



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
INSTITUTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS**

FELIPE KERN MOREIRA

**A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO CONCEITO DE
LEGITIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL:
A Inaplicabilidade da Norma Fundamental
da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen**

Brasília-DF
Junho, 2009

FELIPE KERN MOREIRA

**A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO CONCEITO DE
LEGITIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL:
A Inaplicabilidade da Norma Fundamental
da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen**

Tese apresentada ao curso de Pós –
Graduação em Relações Internacionais,
Instituto de Relações internacionais,
Universidade de Brasília, como requisito
parcial à obtenção do título de Doutor em
Relações Internacionais, área de
concentração em História das Relações
Internacionais.

Orientador: Prof. Dr. Estevão Chaves de
Rezende Martins

Brasília-DF
Junho, 2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Moreira, Felipe Kern

A Construção Teórica do Conceito de Legitimidade no Direito Internacional: A Inaplicabilidade da Norma Fundamental da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen / Felipe Kern Moreira.-- Brasília [S.n], 2009.

599 f.

Trabalho de Conclusão de Curso de Doutorado pela UNB. Tese em Relações Internacionais.

1. Direito Internacional, Norma fundamental, Legitimidade. I. Título.

CDU – XXX.XX

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, sem permissão expressa do Autor. (Artigo 184 do Código Penal Brasileiro, com a nova redação dada pela Lei n.º 8.635, de 16-03-1993).

FELIPE KERN MOREIRA

**A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO CONCEITO
DE LEGITIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL:
A Inaplicabilidade da Norma Fundamental da
Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen**

Tese apresentada ao curso de Pós –
Graduação em Relações Internacionais,
Instituto de Relações internacionais,
Universidade de Brasília, como requisito
parcial à obtenção do título de Doutor em
Relações Internacionais, área de
concentração em História das Relações
Internacionais.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Estevão Chaves de Rezende Martins
Orientador
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. George Bandeira Galindo
Examinador
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Jorge Fontoura (suplente)
Examinador
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Marcio Pereira Pinto Garcia
Examinador
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro
Examinadora
Universidade de Brasília – UnB

Profª Dra. Patrícia Luiza Kegel
Examinadora
Universidade de Brasília – UnB

Não preciso registrar a graça nesta dedicatória. Ela própria o sabe, pois diferente não poderia ser e isto para mim também é suficiente. Registrar aqui na folha branca é mera sacramentalização no sentido mais puro: tornar visíveis realidades invisíveis.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho não teria sido possível sem o auxílio de inúmeras pessoas. Sou muito grato a diversos colegas e amigos que me estimularam, de uma forma ou de outra, a empreender a tarefa de concluir o doutorado em Relações Internacionais. Citar todos seria excessivo aqui. Algumas pessoas e instituições, porém, contribuíram decisivamente para a realização deste trabalho e merecem uma referência especial.

Meu orientador Prof. Dr. Estevão Chaves de Rezende Martins que sempre esteve presente tanto na orientação da pesquisa como no apoio aos projetos pessoais. *Amicus certus in re incerta cernitur.*

Meu supervisor de pesquisas Prof. Dr. Gunter Teubner pelo acolhimento na Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Meus professores, colegas e funcionários da Universidade de Brasília que me proporcionaram um ambiente propício para o desenvolvimento de pesquisas e estudos.

O Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e o Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico/DAAD que me proporcionaram apoio financeiro decisivo cujo resultado é esta tese de doutoramento.

Meus professores, colegas e funcionários da Universidade de Frankfurt am Main, em particular, Prof. Dr. José Luis Seoane Rodrigues, Régis Anderson Dudena e Lauro Joppert Swensson.

Meus colegas professores, funcionários e alunos da Universidade Federal de Roraima.

Meus amigos Prof. Dr. Américo Alves de Lyra Júnior e Profa. Msc. Joani Capiberibe pela amizade incondicional.

Finalmente, minha esposa Deise Maria Votto Silva, companheira de vida no amor e em tudo mais que importa, e minha família maravilhosa, Paulo, Lorice, André, Ricardo e Loriane os quais me encorajam a prosseguir quando tenho dúvidas.

A todos, agradeço de coração. Possa eu um dia ser capaz de retribuir-lhes em igual medida.

“Der Wille der Menschheit wird sich zeigen, den unser Europa eine Zeitlang mit seinem Jahrmarkt von Technik und Wissenschaft überschrien hat. Und dann wird sich zeigen, dass der Wille der Menschheit nie und nirgends gleich ist mit dem der heutigen Gemeinschaften, der Staaten und Völker, der Vereine und Kirchen. Sondern das, was die Natur mit dem Menschen will, steht in den einzelnen geschrieben, in dir und mir. Es stand in Jesus, es stand in Nietzsche. Für diese allein wichtigen Strömungen – die natürlich jeden Tag anders aussehen können, wird Raum sein, wenn die heutigen Gemeinschaften zusammenbrechen.”

Hermann Hesse, Demian

“A vontade da humanidade mostrará, o que a nossa Europa durante algum tempo com seus anos de mercado de tecnologia e de ciência vociferou. E então, ver-se-á que a vontade da humanidade nunca e em parte alguma é igual à da atual sociedade, dos Estados e povos, das associações e igrejas. Mas sim ao que, a natureza junto com os homens quer, aos escritos individuais, em você e em mim. Isto estava em Jesus, isto estava em Nietzsche. Estas importantes torrentes individuais – as quais naturalmente a cada dia poderiam assumir diferentes aparências - tomam espaço, se as sociedades atuais entram em colapso.”

Hermann Hesse, Demian

RESUMO

Esta tese possui como tema a hipótese acerca da inaplicabilidade da norma fundamental kelseniana enquanto pressuposto único de legitimidade do direito internacional e possui como propósito o estudo da evolução histórica das idéias referentes à legitimidade do direito internacional com ênfase no século XX e tendo como ponto de referência a teoria legal de Hans Kelsen. A relevância desta pesquisa surge da perspectiva do papel das idéias na construção dos sistemas ou estruturas políticas em nível internacional. O ponto de partida do debate é a descrição da evolução histórica do conceito de legitimidade conforme ele é compreendido pelas teorias legais. A metodologia a ser aplicada é relacionada à tentativa de descrever o fator de legitimidade do direito internacional fazendo uma comparação entre o discurso teórico e as circunstâncias históricas. O estudo da teoria do positivismo jurídico de Hans Kelsen e o debate acerca da influência deste conjunto de idéias no desenvolvimento do sistema de direito internacional na segunda metade do século XX parece ser o ponto crucial para avaliar a evolução de um sistema amplo e complexo de regras baseado na norma hipotética fundamental. A observação da dinâmica das relações internacionais permite avaliar que as respostas para questões como 'para que servem as leis' ou 'o que causa obediência' parecem ser mais complexas que o conjunto de argumentos explicativos propostos pelo positivismo jurídico. Além disso, novos fenômenos que emergiram nas últimas décadas como a 'soft law' e a 'colisão de regimes' minam a capacidade explicativa oferecida por parte da literatura jurídica. Por outro lado, outras aproximações teóricas procuram explicar – ou mesmo compreender – por que sujeitos de direito internacional observam regras sistêmicas. Neste contexto, dois conceitos poderiam ser propostos para responder às questões: fragmentação e interdependência.

Palavras-chave: Direito Internacional, Norma fundamental, Legitimidade.

ABSTRACT

This thesis focuses on the hypothesis of the inapplicability of the kelsenian basic norm as a single assumption of legitimacy concerned to international law and has as its purpose the study of the historical evolution of ideas concerning the international legal system, mainly established during the 20th century, taking as a point of reference the analysis of the kelsenian legal theory. The relevance of this research emerges out from the perspective of leading ideas in the construction of international political system or structure. The point of departure of the debate is the description of the historical development of the concept of legitimacy as understood by legal theories. The methodology to be applied is related to try to describe the factor of legitimacy of international law doing a comparison between the theoretical discourse and the historical circumstances. The study of Hans Kelsen's legal theory and the academic debate about the role of this set of ideas in the development of the international law system in the second half of the 20th century appears to be the crucial point to realize the influence of ideas in the evolution of a huge and complex system of rules based on the hypothetical basic norm. The observation of the dynamic of international relations more and more shows that the answer for the questions as 'what are laws for?' or 'what causes obedience?' seems to be more complex than the set of explanatory arguments proposed by the positivist theory. Moreover, new phenomena emerged in the last decades – more evident after the Cold War - as 'soft law' and 'regime collisions' erode the capability for explanation and understanding offered by part of legal literature. On the other hand, other theoretical approaches can explain – or even understand - 'why subjects of international law observe systemic rules'. In this context two concepts could be proposed to answer the questions: fragmentation and interdependence.

Key-words: International Law, Basic Norm, Legitimacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
Capítulo I.....	21
1 DIREITO E LEGITIMIDADE NA SOCIEDADE INTERNACIONAL.....	21
1.1 A questão da legitimidade no direito internacional.....	25
1.1.1 <i>Legitimidade no pensamento de José Guilherme Merquior.....</i>	<i>34</i>
1.1.2 <i>Legitimidade e direito internacional: as lições de Ahmed Mahiou na Haia.....</i>	<i>39</i>
1.1.3 <i>Legitimidade enquanto propriedade da norma: um diálogo com Thomas M. Franck.....</i>	<i>43</i>
1.1.4 <i>Legitimidade em Carl Schmitt: status quo e flexibilização da legalidade.....</i>	<i>70</i>
1.1.5 <i>Legitimidade enquanto consenso nas lições de Jürgen Habermas.....</i>	<i>79</i>
1.1.6 <i>Legitimidade enquanto consenso nas lições de Norberto Bobbio.....</i>	<i>88</i>
1.2 Legitimidade e princípios do direito internacional.....	97
1.2.1 <i>Os princípios gerais do direito aplicados ao direito internacional.....</i>	<i>101</i>
1.2.2 <i>Os princípios do direito internacional na tradição dogmática de Alfred Verdross.....</i>	<i>104</i>
1.2.3 <i>Princípios e legitimidade no direito internacional: à guisa de conclusão.....</i>	<i>108</i>
1.3 Legitimidade e fontes do direito internacional.....	114
Capítulo II.....	137
2 A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO CONCEITO DE LEGITIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL E DOGMÁTICA JURISPOSITIVISTA.....	137
2.1 Direito Internacional: narrativas históricas e idéias jurídicas.....	142
2.1.1 <i>Breves considerações sobre a evolução das idéias nas relações internacionais.....</i>	<i>144</i>
2.1.2 <i>Breves considerações teóricas sobre a história das idéias no plano jurídico com especial atenção ao direito internacional... 148</i>	<i>148</i>
2.2 À guisa de introdução: o direito internacional na Antiguidade	159
2.3 O direito internacional na Idade Média.....	167
2.4 O direito internacional na Idade Moderna.....	178

2.4.1 <i>Idade Moderna e Modernidade</i>	178
2.5 O direito internacional contemporaneidade.....	199
2.5.1 <i>Ciência jurídica: progresso e concorrência de programas</i>	204
2.5.2 <i>Positivismo jurídico: o itinerário das idéias</i>	222
2.5.2.1 <i>Normas internacionais: um diálogo com o positivismo jurídico</i>	232
Capítulo III	257
3 A RESPOSTA DA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN À QUESTÃO DA LEGITIMIDADE	257
3.1 Hans Kelsen: breves referências biográficas.....	260
3.1.1 <i>O pensamento filosófico de Immanuel Kant</i>	263
3.1.2 <i>Os círculos intelectuais de Viena</i>	274
3.1.3 <i>O legado teórico-literário</i>	279
3.2 Teoria Pura do Direito: tópicos introdutórios à norma fundamental.....	287
3.3 A norma fundamental internacional.....	297
3.3.1 <i>A norma fundamental no positivismo jurídico kelseniano anterior à primeira versão da teoria pura do direito de 1934: pressupostos teóricos</i>	307
3.3.2 <i>A norma fundamental internacional após a primeira versão da teoria pura do direito de 1934</i>	319
3.4 A resposta da teoria pura do direito de Hans Kelsen à questão da legitimidade.....	369
3.4.1 <i>O conceito de legitimidade na teoria pura do direito</i>	374
3.4.2 <i>A norma fundamental enquanto resposta à questão da legitimidade</i>	388
Capítulo IV	407
4 FRAGMENTAÇÃO E INTERDEPENDÊNCIA COMO FATORES DINÂMICOS DE LEGITIMIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL	407
4.1 Dois estudos de caso relativos à legitimidade de normas internacionais.....	413
4.1.1 <i>A criação da Unidade de Inteligência Financeira - UIF no Brasil</i>	415
4.1.1.1 <i>Análise do caso</i>	424
4.1.2 <i>A tutela da Floresta de Iwokrama na República Cooperativista da Guiana</i>	438
4.1.2.1 <i>Análise do caso</i>	445
4.2 Legitimidade estática e dinâmica:	459
4.2.1 <i>Legitimidade estática e a norma fundamental da teoria pura do direito</i>	461

4.2.2 <i>Sistema estático e dinâmico de normas na teoria pura do direito</i>	469
4.3 Fragmentação e interdependência enquanto fatores dinâmicos de legitimidade do direito internacional.....	474
4.3.1 <i>Fragmentação no direito internacional</i>	479
4.3.1.1 <i>Fragmentação segundo o decisionismo de Carl Schmitt</i>	484
4.3.1.2 <i>Fragmentação segundo o pluralismo jurídico</i>	489
4.3.2 <i>Interdependência no direito internacional</i>	501
4.3.2.1 <i>Interdependência normativa</i>	507
4.3.2.2 <i>Interdependência normativa e decisões em direito internacional</i> .	510
4.4 Coda.....	526
CONSIDERAÇÕES FINAIS	549
REFERÊNCIAS	560

INTRODUÇÃO

“The experience of legal pluralism also arises when we approach the legal order sociologically – when we find what the law *is* by observing what the law *does*.”¹

O propósito desta tese de doutoramento é acrescentar argumentos à hipótese referente à inaplicabilidade da norma fundamental na teoria pura do direito de Hans Kelsen enquanto fundamento único de legitimidade do direito internacional. O debate proposto diz respeito em primeiro plano à história das relações internacionais na medida em que propõe o estudo da construção teórica do conceito de legitimidade no plano das idéias jurídicas no século XX, tendo como marco referencial, a análise da tradição teórica do positivismo jurídico.

A formação do sistema internacional de normas contemporâneo é resultado da construção de idéias no tempo, principalmente estabelecida ao longo do século XX. O acúmulo de construções teóricas tanto no sentido ontológico (entendimento e explicação de fenômenos da realidade internacional) como no deontológico (propositura de modelos) estrutura hoje um sistema de idéias que orientam a dinâmica do direito internacional. O positivismo jurídico de Hans Kelsen propõe assunções teóricas sobre o direito internacional que parecem não possuir potencial explicativo se confrontadas com a práxis do direito nas relações internacionais.

A presente pesquisa procura tratar em conjunto discursos teóricos dos campos da filosofia, direito e relações internacionais. Sabe-se que um dos perigos

¹ KENNEDY, David. One. Two, Three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. In: *N.Y.U. Review of Law and Social Change*. Nr. 657, Vol. 31:64. New York: New York University School of Law, 2007. p. 642.

da iniciativa transdisciplinar é não ser compreendido ou mesmo parecer inconsistente para os campos envolvidos.² Por outro lado este tipo de opção permite que o objeto de estudo possua perspectivas mais abrangentes de análise sem que com isto perca-se de vista, inevitavelmente, o rigor científico. A intenção é buscar estabelecer debate entre autores e áreas do conhecimento que embora conexas possuem ainda espaço a percorrer no campo da interlocução acadêmica.

A presente tese de doutoramento divide-se em quatro capítulos, a saber:

1) Direito e legitimidade na sociedade internacional; 2) A construção teórica do conceito de legitimidade no direito internacional e a dogmática jurispositivista; 3) A resposta da teoria das normas de Hans Kelsen à questão da legitimidade, e; 4) Fragmentação e interdependência como fatores dinâmicos de legitimidade do direito internacional.

O propósito do primeiro capítulo é propor um conjunto de referências teóricas para o conceito de legitimidade no direito internacional. Por isso, não é objetivo deste trabalho chegar a um conceito definitivo do que seja legitimidade no direito internacional, pois diferentes conceitos de normas internacionais possuem consequências para a forma como estas normas são legitimadas no contexto dos discursos teóricos. Também não é objetivo do primeiro capítulo deste trabalho fazer uma ampla varredura nos conceitos de legitimidade oferecidos pelas teorias jurídicas tendo em vista a quantidade e complexidade de teorias jurídicas às quais teria-se que fazer referência para cumprir este objetivo.

² Esta afirmação é de Friederich Kratochwil e traduz de forma eficiente as vantagens e desvantagens da pesquisa interdisciplinar. (cf. KRATOCHWIL, Friederich V. *Rules, norms and decisions – on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 1)

O conceito de legitimidade localiza-se na intersecção entre o campo da política e do direito. Este trabalho procura tratar o tema da legitimidade o máximo possível dentro do campo das ciências jurídicas. Isto significa que existem dois recortes: tratar o tema da legitimidade com ênfase no campo do direito e dentro do campo das teorias legais procurar concentrar o raciocínio no plano do direito internacional. Em virtude destes recortes, a segunda parte do primeiro capítulo dedica-se além do conjunto de referências teóricas para o conceito de legitimidade no direito internacional, à relação entre legitimidade e os princípios e fontes de direito internacional.

O propósito do segundo capítulo é identificar na história do direito internacional e na história do positivismo jurídico os elementos componentes da formulação teórica da norma fundamental na teoria pura do direito. Para tal entende-se que é necessário primeiramente tratar do desenvolvimento histórico do direito internacional a partir da referência à conformação entre semântica teórica e práxis jurídica. Na segunda parte do segundo capítulo, trata-se dos conceitos como ciência e norma jurídica, da evolução dos programas de pesquisa no campo do direito e principalmente da evolução da matriz teórica do positivismo jurídico.

O segundo capítulo fornece elementos para a compreensão da formulação teórica da norma fundamental na teoria pura do direito a partir da contribuição da história do direito internacional em geral e do positivismo jurídico em particular. Longe de impor-se o desafio de descrever o desenvolvimento do direito internacional em termos de narrativas de acontecimentos históricos e descrição de teorias jurídicas o argumento enfatiza os elementos componentes da norma fundamental, a conformação entre teoria e práxis jurídica e os fatores de

legitimidade a partir do conjunto de referências teóricas propostos no primeiro capítulo. Estas aproximações da história das idéias jurídicas deságuam na proposta uniforme do capítulo terceiro onde a norma fundamental é estudada enquanto resposta teórica do positivismo jurídico kelseniano à questão da legitimidade.

O terceiro capítulo tem por objetivo tratar da resposta da teoria das normas de Hans Kelsen à questão da legitimidade no direito internacional contemporâneo. É um capítulo que continua a metodologia desenvolvida na seção anterior no sentido de descrever a evolução dos conceitos teóricos relativos ao conceito de legitimidade no direito internacional. Contudo, a atenção especial à teoria das normas proposta por Hans Kelsen motivou tratar do tema em um capítulo em apartado.

O terceiro capítulo busca oferecer argumentos e reforçar a hipótese que a norma fundamental internacional na teoria das normas de Hans Kelsen é inaplicável enquanto fator legitimador de normas no direito internacional. A inaplicabilidade a que este trabalho faz referência diz respeito ao esgotamento e à falibilidade que a norma fundamental possui para explicar e descrever a legitimidade de normas internacionais no começo do século XXI.

O foco do terceiro capítulo é oferecer argumentos que reforcem a tese que a norma fundamental de Hans Kelsen é inaplicável enquanto fator de legitimidade de normas internacionais. Para tal é necessário fazer referências à teoria e ao papel que o jurista Hans Kelsen exerceu na segunda metade do século XX sem perder de vista que o cerne do debate é a norma fundamental enquanto resposta à questão da legitimidade do direito internacional. A fim de cumprir o objetivo do terceiro capítulo recorre-se às considerações dos dois capítulos anteriores: resgata-se o debate

sobre as referências teóricas ao tema da legitimidade e sobre a relação dinâmica entre a teoria e a práxis do direito internacional. Pode-se dizer que os dois primeiros capítulos adquirem significado neste texto de tese na medida em que permitem compreender os argumentos do terceiro capítulo no sentido do esgotamento explicativo da norma fundamental da teoria das normas de Hans Kelsen enquanto pressuposto de legitimidade de normas jurídicas internacionais.

O propósito do quarto capítulo é propor que os fenômenos denominados fragmentação e interdependência são fatores dinâmicos de legitimidade do direito internacional. Parte-se do reconhecimento de que nas relações internacionais persevera a norma fundamental enquanto fator estático de legitimidade do direito internacional. Contudo, a norma fundamental não responde integralmente por uma explicação acerca da legitimidade do direito internacional. A fragmentação do direito internacional e a crescente interdependência societária e normativa são fatores que podem complementar a hipótese do positivismo kelseniano no sentido de um ajuste que a teoria das normas pode sofrer para responder ao direito internacional contemporâneo de forma menos falível.

Ao final do quarto capítulo sugerem-se dois exemplos para exemplificar a inaplicabilidade da norma fundamental enquanto fator exclusivo de legitimidade de normas internacionais: o caso da unidade de inteligência financeira no Brasil e a tutela florestal da Floresta de Iwokrama na República Co-operativista da Guiana. A referência a exemplos concretos é uma forma de escapar do discurso puramente teórico. De toda forma, os casos não foram escolhidos para se ajustarem ao modelo teórico desenvolvido de legitimidade estática e dinâmica no sentido de uma profecia autocumprida. Na era dos direitos, dentre inúmeros casos que poderiam ser

mencionados para contextualizar os argumentos teóricos entende-se que os sugeridos são ricos em elementos de análise e mesmo refletem possíveis tendências no direito internacional no século XXI.

O que é a dogmática jurídica senão a convergência em torno de teorias que possuem imediata relação com a prática jurídica. Eis aí uma das diferenças substanciais entre o papel do teórico e do prático do direito. Os trabalhadores que lidam com prática precisam lidar com opções limitadas, escolhas concretas, decisões. Assim atuam juízes, árbitros, legisladores, políticos, diplomatas. Para o teórico é possível propor inúmeras soluções e a ele é facultado revisar as opções com maior facilidade. Contudo, quando estas teorias são organizadas e sistematizadas os manuais deveriam diminuir a distância entre a teoria e a práxis. Neste sentido a dogmática jurídica é mais eficiente na medida em que consegue explicar ou responder melhor aos problemas concretos da sociedade. Esta tese de doutoramento é resultado da preocupação com a distância entre o argumento teórico e a práxis jurídica. O fundamento de legitimidade do direito internacional, a inclinação para o cumprimento de normas internacionais, a geração de comportamento de sujeitos de direito internacional não se resumem à justificação teórica do voluntarismo jurídico ou à abstração de uma norma hipotética conforme o sugerido pela teoria das normas. Neste contexto é que um título alternativo para este trabalho poderia ser: 'O fundamento de legitimidade do direito internacional: além da norma fundamental da teoria das normas de Hans Kelsen'.

A teoria das normas de Hans Kelsen e principalmente o papel da norma fundamental neste sistema teórico estão longe de constituir um paradigma incontestado do pensamento jurídico relacionado ao direito internacional. Contudo, o

prestígio do jurista austro-húngro e a força de suas idéias ainda garantem à teoria kelseniana um lugar de destaque – se não prevalente - na doutrina de direito internacional público. O objetivo deste trabalho não é invalidar ou desconstituir a teoria das normas de Hans Kelsen e sim lhe reconhecendo o valor, propor que possa ser aprimorada.

Definir o que é legitimidade em Hans Kelsen requer o enfrentamento da questão de a norma fundamental ser ou não o fator de legitimidade do ordenamento jurídico internacional. Estes questionamentos merecem um esclarecimento oportuno já na introdução deste trabalho: o que Hans Kelsen entende por legitimidade não será necessariamente o que legitimidade realmente signifique no sistema internacional. Este trabalho procura responder se a norma fundamental conforme descrita na teoria legal de Hans Kelsen possui potencial explicativo enquanto fator de legitimidade de normas internacionais no direito internacional contemporâneo e não se a norma fundamental possui potencial explicativo na teoria das normas de Kelsen.

A observação da dinâmica das normas no âmbito da comunidade internacional inspira a hipótese de que a legitimidade possui o poder de compelir atores internacionais em direção ao cumprimento da norma. Parte do modesto objetivo desta tese de doutoramento não é provar, mas reforçar esta hipótese adicionando evidências plausíveis e propondo deduções lógicas.

Algumas breves palavras são ainda necessárias sobre as versões bibliográficas utilizadas nesta contribuição a fim de mais expressar do que justificar algumas das opções enfrentadas ao longo da pesquisa. Algumas obras de Hans Kelsen como a segunda edição de 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre' de 1923, a

primeira edição da 'Reine Rechtslehre' e a edição francesa sob a alcunha de 'Théorie Pure du Droit' não foram editadas em língua portuguesa no Brasil, pelo menos estas traduções não chegaram ao conhecimento do pesquisador. De qualquer forma procura-se citar as versões na língua original, seja o alemão, inglês ou francês, quando se entende que a referência à fonte primária pode aprimorar a compreensão do argumento e isto ocorre não somente com as obras de Hans Kelsen. No caso específico da língua alemã o texto original consta nas notas de rodapé e a referência contida no corpo do texto é um esforço modesto de versão do autor para a passagem, já que isto é verdadeiramente – e vivido a duras penas na prática ao longo da redação - um trabalho para profissionais experientes do ramo, ainda mais considerando os meandros fascinantes da dogmática jurídica teutônica. Já no caso de obras traduzidas para o português, cujos exemplos mais evidentes são a 'Teoria Pura do Direito' de 1961 e a 'Teoria Geral do Direito e do Estado' de 1945 entende-se que a utilização e citação das versões traduzidas não macula o rigor científico. Em outros casos especiais os textos disponíveis encontravam-se disponíveis somente em língua espanhola como é o caso das últimas conferências publicadas em 1942 sob o título de Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales e uma curiosa versão de Teoria Pura do Direito publicada somente em língua espanhola como 'Introducción a la Teoria Pura del Derecho' e, embora coincidente na data, diversa da tradução da segunda edição de 1960.

Os esforços ao longo da pesquisa e escrita gradualmente revelaram que o problema desta tese é um desafio para o qual uma vida inteira parece não bastar. A coleta dos dados, o parar para pensar, as questões apresentadas ao orientador, a interlocução com os colegas, a redação dos parágrafos e tudo mais parecem nunca ser suficientes. Com esta afirmação reconhece-se que consta na percepção e no

senso crítico do pesquisador que alguns dos argumentos desenvolvidos não conseguiram ultrapassar a fronteira da inconsistência científica. Esta talvez seja a maior certeza após a redação das últimas linhas da tese; de que o problema de tese tornou-se o principal tópico de uma agenda vitalícia de pesquisa.

Capítulo I

1 DIREITO E LEGITIMIDADE NA SOCIEDADE INTERNACIONAL

O primeiro capítulo da presente tese tem por objetivo propor um conjunto de referências teóricas para o conceito de legitimidade no direito internacional. Para cumprir este objetivo entende-se que a pesquisa não deve se limitar ao campo de estudo das teorias jurídicas, mas sim procurar estabelecer um diálogo científico harmônico com o campo da filosofia, das teorias políticas e da história. Não se pretende chegar a um conceito definitivo de legitimidade o qual poderia servir de referência instrumental ao longo deste texto de tese, mas sim compor um quadro de referências teóricas.

Reconhece-se que o rigor do método exige a clareza na determinação dos conceitos. Ocorre que o conceito de legitimidade é utilizado em diferentes acepções nos diferentes campos do conhecimento e encontra variantes conceituais mesmo dentro de campos específicos conforme é observado nas ciências jurídicas. Disto conclui-se que a formulação de um quadro de referências teóricas sobre o conceito de legitimidade possui pelo menos duas exigências: interdisciplinaridade e estudo do papel da norma nos diferentes sistemas teóricos legais.

A exigência de interdisciplinaridade decorre do fato de legitimidade não ser um conceito puramente jurídico e tão menos um conceito exclusivo das teorias políticas. Isto sugere que o conceito de legitimidade encontra-se numa certa intersecção entre campos do conhecimento dentre os quais se destaca a filosofia, a ciência jurídica, a ciência política e teoria de relações internacionais. Se por um lado

o diálogo interdisciplinar amplia o debate e torna o objeto de estudo mais claro por outro a intersecção entre diferentes campos possui o perigo de os resultados de pesquisa não satisfazerem a nenhum dos respectivos especialistas. De qualquer forma, a possibilidade de cooperação parece ser mais viável para quem assume a identidade de um 'insider' tanto do campo político quanto do jurídico.³

Ao longo da pesquisa constatou-se que a norma jurídica possui acepções particulares em diferentes sistemas teóricos legais e que estas acepções possuem conseqüências imediatas para a questão da legitimidade. Além de diferentes significados de legitimidade segundo os diferentes campos do conhecimento, a questão da legitimidade é respondida de diferentes formas pelas teorias legais. Pode-se dizer que a questão da legitimidade é a base de um sistema jurídico no plano da práxis e o tamponamento da estrutura discursiva no plano teórico. Por isso, é necessário percorrer diversos sistemas teóricos, não restritos ao campo jurídico, para a montagem do quadro de referências sobre a questão da legitimidade.

³ "Locating the inquiry at the boundary or intersection of various established fields has obvious dangers because it may satisfy none of the respective specialists and draw the ire of all of them. Nevertheless, interdisciplinary works, when successful, have their own rewards. Two justifications can be tendered in support of such an enterprise. First, an interdisciplinary approach can pose new and theoretically interesting questions. It can show important conceptual and empirical links which are lost in the more specialized inquires that take a well-defined 'field of study' for granted. Second, although the present regime discussion in international relations has sparked renewed interest in the investigation of the role of norms in the international arena and thus has legitimated new types of inquiry, its treatment of norms suffers from a variety of epistemological shortcomings." (KRATOCHWIL, Friederich V. *Rules, norms and decisions – on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 1). Outro artigo que trata da necessidade da interdisciplinaridade, com maior otimismo que Kratochwil, é o de Slaughter, Tulumello e Wood de onde se extrai a seguinte citação: "International Relations and International Law rediscovered one another. A new generation of interdisciplinary scholarship has emerged, reacknowledging that the disciplines represent different faces of and perspectives on the same empirical and/or intersubjective phenomena. Outsiders might categorize them as dividing the study of international system in terms of positive versus normative, politics versus law. Insiders in both disciplines reject such facile distinctions. (...) Scholars in both disciplines should profit from the moment to develop a genuinely collaborative research agenda that will generate both practical and theoretical insights. Many international lawyers and international relations scholars are speaking the same language or at least languages. They may not yet be speaking with one voice, nor should they be. But each side is finding something to say, in a deepening and mutually profitable conversation." (SLAUGHTER, A.-M.; TULUMELLO, A.; WOOD, S.. *International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship*. In: *American Journal of International Law*, vol. 92, Issue 3, Jul. 1998. p. 393)

Quando se fala de diferentes campos do conhecimento também se pode falar em usos da linguagem, da semântica ou dos conceitos de forma particular. Este tipo de aproximação indica que para se dominar um campo do conhecimento é necessário o domínio de um vocabulário próprio. Determinadas áreas do conhecimento assumem tal sofisticação conceitual que há quem argumente que ciência é linguagem, ou seja, a ciência é um instrumento que busca caracterizar a realidade a partir de um conjunto de conceitos utilizados em detrimento de outros.⁴

Alguns conceitos que possuem significação dentro de determinado sistema teórico, noutro podem não deter este mesmo significado.⁵ Isto é resultado não somente de um vocabulário próprio no campo científico, mas também de um sistema de significações que caracteriza as sociedades num contexto comunicativo.⁶ Ao optar-se por uma conceituação instrumental única de legitimidade corre-se o

⁴ “Cada ciência exprime-se numa linguagem. Dizer que há uma Ciência Física é dizer que existe um vocabulário da Física. É por esse motivo que alguns pensadores modernos ponderam que a Ciência é a linguagem mesma, porque na linguagem se expressam os dados valores comunicáveis. Fazendo abstração do problema da relação entre Ciência e linguagem, preferimos dizer que, onde quer que exista uma ciência, existe uma linguagem correspondente. Cada cientista tem a sua maneira própria de expressar-se, e isto também acontece com a Ciência do Direito. Os juristas falam uma linguagem própria e devem ter orgulho de sua linguagem multimilenar, dignidade que bem poucas ciências podem invocar.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 7-8)

⁵ Reflexões acerca de ‘sentido’ e ‘significado’ dentro de sistemas argumentativos adquirem força notavelmente com o impacto das idéias do ‘Tractatus Logico-Philosophicus’ de Ludwig Wittgenstein cuja versão definitiva é escrita em 1918 embora reflexões anteriores reconhecessem a importância da linguagem ou da semiótica no campo discursivo-filosófico. Aqui, importa esclarecer que “(...) o grande lógico austríaco explica o signo lingüístico por meio de duas dimensões: o sentido (‘Sinn’) e o significado (‘Bedeutung’). O objeto designado pelo signo é seu significado; o modo pelo qual o signo apresenta este objeto é seu sentido. No caso específico do signo proposicional, seu sentido é o pensamento que ele expressa e seu significado é determinado valor de verdade. Uma proposição dotada de sentido apresenta dado pensamento e nomeia um valor e verdade.” (PINTO, Paulo Roberto Margutti. *Iniciação ao Silêncio: análise do Tractatus de Wittgenstein*. São Paulo: Edições Loyola, 1998. p. 164). A passagem em referência sugere que uma mesma palavra embora possa ter o mesmo significado, assume diferentes sentidos segundo o modo pelo qual o signo (escrita) expressa seu significado. O ‘modo pelo qual’ pode ser determinado contexto cultural ou mesmo teórico conforme é o caso específico do conceito de legitimidade no presente estudo.

⁶ Em particular a ‘Teoria dos sistemas’ de Niklas Luhmann e a ‘Teoria do agir comunicativo’ de Jürgen Habermas atribuem importância significativa ao papel do ‘sentido’ (‘Sinn’). Um exemplo é que a teoria dos sistemas estabelece a diferença entre sistema psíquico (consciente) e sistema social (comunicativo), mas reconhece que ambos os sistemas processam sentidos e por isso estabelecem estreita relação um com o outro. (BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006. p. 58)

risco de esta assumir significado semântico específico dentro de determinados sistemas de pensamento. Este também é um argumento a favor da montagem de um quadro de referências teóricas, o que não impede a análise crítica e a avaliação, segundo critérios objetivos, de que determinados conceitos são mais eficientes do que outros.

A diferença entre campos do conhecimento ou mesmo entre teorias enquanto sistemas discursivos os quais detém sentidos próprios para conceitos utilizados em outros campos ou teorias conduz este trabalho a tecer considerações sobre a autonomia dos campos científicos, em particular da ciência jurídica. A autonomia de determinado campo é caracterizada pela apropriação de elementos próprios que o distingue de outros campos concorrentes. Este tipo de identidade científica contribui para a adoção de um vocabulário próprio e um conjunto de conceitos que permitem a comunicabilidade entre cientistas. Como será tratada mais tarde, ainda neste capítulo, a maior clareza, univocidade e objetividade destes conceitos, assim como ocorre com normas internacionais determina a eficiência da comunicação.

Além da importância dos conceitos, do vocabulário e da semântica, no campo das teorias jurídicas também o argumento ocupa uma posição de destaque, em particular enquanto conceito cénico da Teoria da Argumentação Jurídica, levada a efeito a partir das reflexões seminais de Robert Alexy. O conceito central da teoria da argumentação jurídica é o que o argumento é o átomo que junto a outros átomos formam moléculas complexas (argumentações). A partir da análise do fundamento de decisões de direito é possível uma reconstrução da argumentação em termos de quais fundamentos são relevantes e quais são irrelevantes. Por isso pode a Teoria

da Argumentação Jurídica ser compreendida com uma disciplina analítico-descritiva. Este é mais um exemplo de que no campo científico e em particular no campo jurídico os conceitos básicos e a montagem argumentativa destes conferem significação ao sistema teórico como um todo. Estes elementos conceituais e argumentativos possuem particular importância para a questão da legitimidade ou legitimação de normas dentro de um sistema teórico específico⁷.

Nos parágrafos posteriores adota-se a divisão em torno de temas que permitem compreender o que é legitimidade no campo do direito internacional. Para cumprir tal objetivo o primeiro capítulo se subdivide em três tópicos, a saber, 1.1 a questão da legitimidade no direito internacional; 1.2 legitimidade e princípios do direito internacional, e, 1.3. legitimidade e fontes do direito internacional.

1.1 A questão da legitimidade no direito internacional

À tentativa de conceituar o que é legitimidade no direito internacional podem ser aplicadas as palavras de Agostinho de Hipona em relação à definição de tempo: “se ninguém me perguntar, eu sei; se o quiser explicar a quem me fizer a pergunta, já não sei.”⁸ Não poucas vezes diz-se que tal norma ou decisão é (ou não) legítima e isto é percebido como uma pista mediática. Norma é ou não legítima em função de algo. O elemento legitimidade é então o dedo que aponta para algo e

⁷ “Der zentrale Begriff einer Theorie der juristischen Argumentation ist der des Arguments, der die kleinste Einheit der Argumentation bezeichnet. Das heisst: Argumentation bestehen im Allgemeinen aus einer Mehrzahl miteinander verknüpfte Argumente; das Argument ist das Atom, das sich mit anderen Atomen zu komplexen Molekülen (Argumentationen) verbindet. (...) Denn bei der Analyse von Entscheidungsbegründungen geht es um eine Rekonstruktion der Argumentation.” (NEUMANN, Ulfrid. *Theorie der juristischen Argumentation*. In: NEUMANN, Ulfrid; KISTE, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008. pp. 235 e 237). Sobre as possibilidades oferecidas pela metodologia proposta pela Teoria da Argumentação Jurídica em relação à questão da legitimidade: NEUMANN, Ulfrid. *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*. Baden-Baden, 2004.

⁸ AGOSTINHO, Santo. Tradução de J. Oliveira Santos, S.J. e A. Ambrósio de Pina. S.J.. *Confissões*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1999. p. 322.

aqui, então, está-se mais preocupado com o dedo que com o algo. Com efeito, talvez, legitimidade seja uma palavra da qual muito se faz uso e pouco se sabe com precisão. Isto talvez ocorra porque ela remete a um conjunto de significações e valores utilizados em larga escala no vocabulário jurídico e político. Além dos elementos aos quais a legitimidade faz remissão, possui a legitimidade, enquanto conceito científico, um conteúdo próprio?

As primeiras sistematizações do debate acadêmico sobre o tema *legitimidade* surgem da propositura de conceitos fundamentais na sociologia por *Max Weber* já em 1918 e que mais tarde foram reunidos na obra *Economia e Sociedade*; desde então, o tema tem encontrado ressonância no meio acadêmico e político. A sistematização oferecida por Weber dizia respeito aos fenômenos sociais como um todo e estava inserida no contexto da busca por compreender interpretativamente a ação social e assim explicá-la causalmente em seu curso e em seus efeitos.⁹

O conceito de legitimidade para Weber diz respeito tanto às convenções sociais como ao sistema jurídico o que iria ser caracterizado, neste último caso, pela probabilidade de coação.¹⁰ Contudo, a coação não será o fundamento da legitimidade, apesar de ser sua função forçar a observação de determinada ordem ou castigar por sua violação. A garantia da legitimidade dirá respeito no campo do direito – que difere do campo da afetividade ou religiosidade - à crença na vigência de valores supremos e obrigatórios relativos à moral e à estética, por exemplo; relacionados então ao elemento racional de garantia da legitimidade. É importante

⁹ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Volume 1 e 2. 4ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 03.

¹⁰ *Ibidem*, p. 21.

acentuar a diferença da construção teórica do tema 'legitimidade' entre os sistemas teóricos legal e sociológico:

“Weber defined legitimacy in empirical terms as ‘belief in legitimacy’. Where political subjects recognize rule as legitimate, he argued, it can be considered legitimate. In keeping with his commitment to value-free social science, Weber did not consider some foundations of legitimacy superior to others. His approach to legitimacy as an empirical, not a normative, matter informed much subsequent research.”¹¹

Inegavelmente os estudos de Max Weber sobre legitimidade constam como ponto de partida de diversos trabalhos posteriores.¹² O contexto científico destas reflexões relaciona-se com a preocupação de Max Weber com o esforço de compreensão da sociedade. Apesar desta ‘contribuição externa’ ser significativa para o campo do direito, Weber estava mais concentrado na questão da legitimidade da autoridade do que especificadamente na legitimidade sob o viés jurídico.¹³

Weyma Lübbe aplicou as categorias de Max Weber sobre a questão da legitimidade às sistematizações teóricas de três autores: Hans Kelsen, Jürgen Habermas e Niklas Luhmann buscando avaliar em que medida a legitimidade fortalece a legalidade¹⁴. De qualquer forma o conceito de legitimidade para Lübbe possui no plano jurídico uma relação decisiva com o conceito de validade. Validade

¹¹ BANSHOFF, Thomas; SMITH, Mitchell P. Introduction: conceptualizing legitimacy in a contested policy. In: BANSHOFF, Thomas; SMITH, Mitchell P. (org.). *Legitimacy and European Union: the contested policy*. New York: Routledge, 2004. p. 05

¹² Seria descabido assinalar as obras que fazem referência aos conceitos seminais de Weber. A título de ilustração algumas das que foram consultadas e são trabalhadas nesta tese: HABERMAS, Jürgen. *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus* (1973). Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1973, pp. 133ss; FONSECA JR., Gelson. *A Legitimidade e outras questões internacionais: Poder e ética entre as nações*. São Paulo: Paz e Terra, 1998, pp. 137ss; LUHMANN, N. *Legitimation durch Verfahren* (1969). Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1983, pp. 28-29; FRANCK, Thomas. *The Power of legitimacy among nations*. New York: Oxford University Press, 1990, p. 17. MERQUIOR, José Guilherme. O problema da Legitimidade em Política Internacional: Tese apresentada no I Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco. In: LAFER, Celso (et al). *José Guilherme Merquior, Diplomata*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1993, p. 51.

¹³ Já o início deste debate é interessante situar que se compartilha a visão de Teubner que as contribuições sociológicas são ‘externas’ já que o objeto estudado diz respeito ao direito internacional. (TEUBNER, Gunter. *Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?* In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, nr. 29, heft 1. Stuttgart: Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft, pp. 9-36).

¹⁴ LÜBBE, Weyma. *Legitimität kraft Legalität: Sinnverehen und Institutioneanalyse bei Max Weber und Kritiken*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991.

de uma ordem no sentido jurídico seria a capacidade da validade de fortalecer as normas positivas. No sentido sociológico a validade fortalece a influência sobre as atividades sociais e no sentido filosófico a validade fortalece a fundamentação ou o fundamento de justificação. Contudo, a dogmática jurídica, a filosofia jurídica e moral e a sociologia jurídica se influenciam, definem e mutuamente se corrigem e é difícil dissociar completamente o papel da legitimidade em relação à legalidade sem fazer referência a estes campos de forma conjunta, já que o conceito de validade jurídica é neste contexto angular.¹⁵

A idéia que inaugura a segunda parte do primeiro capítulo deste trabalho é buscar descrever cientificamente o conceito de legitimidade no que diz respeito à dinâmica das normas no âmbito das relações internacionais. Mais do que chegar a um conceito instrumental a ser utilizado ao longo do trabalho o propósito é montar um quadro teórico-conceitual de referência. A opção por um quadro referencial em detrimento da adoção de um conceito instrumental é devida à constatação de que diferentes aproximações teóricas sobre conceitos de normas e de sistemas legais possuem conseqüências para o conceito de legitimidade dentro destes mesmos conceitos teóricos.

A partir da revisão da literatura atinente percebe-se que o conceito não é uniforme nos discursos teóricos o que conduz à antecipação da assertiva que a reflexão que segue não pretende chegar a uma definição em particular e tão menos esgotar o assunto em questão. Importa ainda mencionar que o fenômeno da legitimidade a que este trabalho faz referência diz em primeiro plano respeito à

¹⁵ "Der Algepunkt des Verhältnisses der Fächer zueinander ist dabei der Begriff der Rechtsgeltung. (...) Geltung einer Ordnung im juristischen Sinne sei Geltung kraft positiver Satzung, Geltung im soziologischen Sinne sei Geltung kraft Einfluß auf das Handeln und Geltung im philosophischen Sinne (oder Gültihkeit) sei Geltung kraft Begründung oder kraft rechtfertigender Gründe." (LÜBBE, Weyma. *Legitimität kraft Legalität: Sinnvertehen und Institutioneanalyse bei Max Weber und Kritiken*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991. p. 174)

dinâmica das normas jurídicas, mas não exclui a aproximação que é feito do tema por outros campos do conhecimento. Nestes domínios, as reflexões levadas a cabo pela literatura vinculada aos discursos teóricos em relações internacionais possuirão no presente capítulo atenção privilegiada.

A doutrina de direito internacional sugere que a questão da legitimidade sob a perspectiva jurídica surge como um elemento teórico concomitante ao próprio nascimento do direito internacional. A este respeito, o nascimento dos Estados nacionais e a existência do direito internacional é um processo único de reconhecimento mútuo de personalidades jurídicas que possuem a consciência de pertencimento a uma comunidade. Este capítulo basilar da dogmática jurídica internacionalista aponta para o paradoxo; dois dos elementos mais evidentes do direito internacional ao mesmo tempo podem ser os mais controversos: o reconhecimento de Estados e o carácter obrigatório do direito internacional.

Sobre este tópico a divergência entre os doutrinadores é evidente. De um lado há quem afirme que: “States are subjected to law from the moment, and from the moment only, at which they acquire the marks of a State”, ou seja, “A State is, and becomes, an International Person through recognition only and exclusively”; posição esta defendida por Triepel, Le Normand, List, Lawrence, Wheaton, Anzilotti, Kelsen, Redslob, Lauterpacht.¹⁶ Sed contra, argumenta-se “le existence de l’État souverain est indépendante de sa reconnaissance par les autres états. Cette reconnaissance est la constatation du fait accompli, et c’en est aussi l’approbation”, posição defendida dentre outros por Vattel, Westlake, Moore, Brierly, Williams, Lorimer e Scelle.¹⁷ De qualquer forma é difícil imaginar que uma entidade formal

¹⁶ CHEN, Ti-Chiang. *The International Law of Recognition: with special reference to practice in Great Britain and the United States*. London: Stevens & Sons Limited, 1951. p. 16.

¹⁷ CHEN, op. cit., p. 17.

detenha plena personalidade legal ainda que seus direitos não tenham ainda sido exercidos até que seja reconhecida por outras entidades.

Teorias sobre o reconhecimento dos Estados estão na base do que se pode compreender como a consciência da obrigatoriedade do direito internacional. É neste capítulo sobre o reconhecimento de Estados que surge historicamente pela primeira vez o termo legitimidade aplicado à teoria do direito internacional. A doutrina da legitimidade sustenta que:

“(...) every government that comes to power in a country depends for its legality, not upon mere de facto possession, but upon its compliance with the established legal order of that country.” Such doctrine had been consistently held by early writers, including Grotius, and it was not until Vattel that the contrary doctrine of the facta was established.”¹⁸

Os Estados nacionais modernos europeus que nascem a partir da fragmentação do Sacro Império carolíngio fundamentam-se no status absoluto de monarcas os quais governam e mantêm-se no poder a partir do princípio da legitimidade dinástica. Mais tarde o princípio adquire robustez nas formulações argumentativas no plano jurídico com as revoluções republicanas na Europa que causam o protesto por parte das famílias reais quanto ao não reconhecimento dos governos revolucionários.¹⁹ Este princípio é retomado por inúmeros autores, dentre eles Hans Kelsen²⁰ e Carl Schmitt,²¹ no contexto jurídico para explicar as rupturas constitucionais levadas a efeito por revoluções. A norma fundamental de Hans Kelsen e o reconhecimento da primazia do direito internacional sobre o nacional

¹⁸ Ibidem, p. 105.

¹⁹ A este respeito Ti-Chiang Chen menciona que em 6 de julho de 1791 o imperador germânico convida as principais potências da Europa a juntar-se a ele na declaração que colque fim ao escândalo da usurpação fundamentada na rebelião: “In a circular, issued on december 8, 1820, to their diplomatic representatives, the Austrian Prussian and Russian Sovereigns declared: “The Allied Monarchs being determined not to recognise a Government created by open revolt, could only negotiate with the person of the (Bourbon) King.” (CHEN, Ti-Chiang. *The International Law of Recognition: with special reference to practice in Great Britain and the United States*. London: Stevens & Sons Limited, 1951. p. 105).

²⁰ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State* (1945). Third printing. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1949. p. 117.

²¹ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre* (1928). Achte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. p. 212 e SCHMITT, Carl. *Völkerrechtliche Grossordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte: Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht* (1941). Berlin: Duncker & Humblot, 1991. p. 282

possui nesta inquietação jurídica sua fundamentação.²² Neste contexto então legitimidade, como será retomado adiante em diferentes contextos, pode ser entendida como uma solução de continuidade para a questão da ruptura na legalidade.

Na prática do direito internacional o princípio da legitimidade não foi confinado à aplicação do reconhecimento de governos na forma usual. Também foi aplicado para o reconhecimento de regimes separatistas que reuniam povos contra seus soberanos. Este princípio foi aplicado pela Grã Bretanha contra a Espanha e Portugal e formou um grande obstáculo no reconhecimento britânico dos Estados latino-americanos.²³

A consolidação e força do movimento constitucionalista no incício do século XX trouxe mudanças na forma de avaliar a legitimidade de um poder posto ou seja, do reconhecimento da legalidade de um *status quo* mesmo que tenha sido resultado da ruptura com a antiga ordem constitucional. Esta idéia obteve ressonância na América e em 1907 o ministro de relações exteriores do Equador propôs a doutrina que um poder que surja por meios extra constitucionais não deveria ser reconhecido, idéia esta que delineou o Tratado celebrado entre Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicarágua e El Salvador e apesar dos EUA não serem Estado parte ofereceu pleno apoio político à idéia.²⁴ Neste caso então a forma constitucional é o pré-requisito de legitimidade de um novo governo como legítimo.

²² KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (1920). Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920. p. 235 e KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). Studienausgabe der 1 Auflage 1934. Herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 138.

²³ A este respeito Ti-Chiang Chen apud Anglo-Spanish Treaty de 14 de janeiro de 1809, o terceiro artigo adicional ao Tratado de Madrid de 05 de julho de 1814. (CHEN, op. cit., p. 106)

²⁴ CHEN, op. cit., p. 108.

Ti-Chiang Chen defende que de qualquer forma, o registro na história do terror levado a efeito na revolução francesa e os recorrentes ebulições políticas na América latina levam a crer que a legitimidade seja dinástica ou constitucional deve ter como justificativa o desencorajamento de revoluções e do uso da violência em contraste com o processo legal ordenado.²⁵ Aponta que ainda hoje o princípio da legitimidade é defendido no plano do direito internacional tomando como exemplo o caso de Hyde o qual argumenta que governos não populares estão sujeitos a ter vida curta e neste caso poderia a comunidade internacional menos verificar a desordem interna do que retardar o reconhecimento e dar suporte moral à oposição.²⁶

O princípio da legitimidade na perspectiva do reconhecimento de Estados possuem segundo Ti-Chiang Chen pelo menos três objeções. A primeira é que um dos princípios elementares do direito internacional é o direito de escolher suas próprias regras, livre de interferência interna. A segunda é que em nenhuma circunstância um governo deve ser mudado porque Estados entendem que a mudança é ilegal ou inconstitucional. Neste argumento acrescenta que nenhum governo sobre a terra, com a duvidosa exceção do Japão, não tenha vindo de uma linhagem rompida na legitimidade governamental. A terceira é que a doutrina da legitimidade foi utilizada não poucas vezes para barganha política e estas circunstâncias podem se tornar uma arma poderosa na mão de Estados ambiciosos.²⁷ É interessante que a contribuição de Ti-Chiang Chen tenha sido concluída como um manuscrito em 1947 na Universidade de Oxford sob a

²⁵ Ibidem, p. 110.

²⁶ Ibidem, p. 111.

²⁷ CHEN, op. cit., pp.. 111 a 116.

orientação de J. L. Brierly²⁸ e que não tenha visto o livro publicado em 1951 em virtude de ter sido obrigado a retornar à China para assumir o posto de professor assistente na Tsing Hua University em Peking. A mesma China pelo menos até a década de '70, com a iniciativa da Inglaterra em 1971, enfrentaria o impasse da comunidade internacional quanto ao reconhecimento do governo legítimo.

O reconhecimento de Estados no período posterior à segunda guerra tornou-se um tema de primeira ordem na agenda internacional. A criação do Estado de Israel, a guerra das duas Coreias, a revolução chinesa e os movimentos independentistas contra o colonialismo tardio na África demonstram no quanto o quanto o tema da legitimidade pode oscilar entre o poder e a norma. As lições de direito internacional demonstram também que a legitimidade pode ser uma solução para o eventual conflito entre o exercício de poder e a continuidade da ordem jurídica, normalmente entendida como continuidade da ordem constitucional. Esta aproximação do conceito de legitimidade a partir da dogmática jurídica demonstra que o conceito sob a ótica da argumentação jurídica possui dois sentidos opostos na práxis do direito internacional contemporâneo: um poder constitucional, ou dinástico que reclama a legitimidade mediante o argumento da ruptura da ordem e da legalidade e um poder revolucionário que estabelece uma nova ordem com base no princípio do status quo. Mes esta aproximação não esgota o sentido do conceito de legitimidade no plano jurídico e muito menos no político.

O comportamento dos Estados ou dos atores sociais em relações internacionais possui uma íntima relação com o tema da legitimidade e da

²⁸ Brierly escreve no prefácio: "After completing this book Dr. Chen was obliged to leave this country to take up the post of Associate professor (...) and he has therefore been unable to see the book though the press himself." O editor também registrou uma nota: "It was therefore impossible for him to see it though the Press and bring to date by including those cases and incidents which had arisen between the date of writing and the setting of the type." (CHEN, Ti-Chiang. CHEN, op. cit., p. pp. XI e XV).

legitimação. A princípio, o poder da norma, que provém de uma base legitimatória ou de um fenômeno de legitimação gera comportamento estatal, ou dos atores em relações internacionais. Pergunta-se então por que Estados cumprem normas? A resposta que parece mais evidente à teoria jurídica é que Estados cumprem normas porque anuíram previamente com as normas que são suficientemente legitimadas segundo uma cultura jurídica compartilhada. Nesta medida, o direito e o comportamento estatal possuem uma profunda relação com a questão da cultura nas relações internacionais.

O fenômeno da legitimidade ou da legitimação em certa medida gera comportamento dos atores sociais em relações internacionais. Em certa medida porque por outro lado é óbvio que tanto existem atores que descumprem regras internacionais quanto existem comportamentos que não possuem nexo de causalidade com normas previamente anuídas. No que diz respeito à relação entre legitimidade e comportamento estatal, parte dos argumentos que serão explorados neste trabalho aponta para a necessidade de estruturar-se teoricamente um argumento que permita identificar uma legitimidade estática e dinâmica das normas em nível internacional. Aqui o tema assume uma caracterização peculiar: a função da teoria no mundo do direito.

1.1.1 Legitimidade no pensamento de José Guilherme Merquior

José Guilherme Merquior, no texto de 1978, 'O problema da legitimidade em Política Internacional', o qual apresentou como tese para o I Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco, procura situar o tema da legitimidade nas relações

internacionais. O texto, além da erudição e do valor literário possui a particularidade de ter sido escrito por um teórico considerado brilhante, envolvido diretamente na dinâmica da política internacional, na qualidade de diplomata. Mais do que todas estas características, o trabalho de Merquior é valioso porque é resultado de estudos da tese de doutoramento na London School of Economics, sob a orientação de Ernst Gellner sobre a legitimidade em Weber e Rousseau. Enfim, uma introdução eficiente à questão da legitimidade nas relações internacionais de forma geral e à 'forma mentis' de Merquior no particular.

Fazendo suas as palavras de Merquior esta tese, particularmente no primeiro capítulo, também procura 'projetar um punhado de conceitos com cidadania estabelecida na literatura dita científica em certas realidades da estrutura atual as relações internacionais'.²⁹ Nesta projeção, Merquior parte da semântica histórica. Esclarece que 'legitimus' no latim significava, legal, de acordo com a lei e o mesmo se dava quanto ao grego 'nominon'. Disto conclui que a questão teórica da legitimidade só surgiria no caso helenístico da polis.³⁰

O conceito de legitimidade com o qual Merquior articula seu pensamento pertence ao domínio da política, ou seja, legitimidade do poder. Sugere, então que a inteligência do poder legítimo se resume em duas concepções, a subjetivista e a objetivista. A subjetivista diz respeito à convicção de parte dos membros da comunidade de que é correto e próprio aceitar e obedecer às autoridades. A crítica

²⁹ MERQUIOR, José Guilherme. O problema da Legitimidade em Política Internacional: *Tese apresentada no I Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco*. In: LAFER, et al., *Diplomata*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1993, p. 50.

³⁰ "Aparentemente a apreensão da legitimidade como um problema intelectual se deveu, com efeito, ao eclipse dos governos diretos: a democracia da ágora e a dominação dos tiranos locais. O fato é que a própria aplicação do adjetivo legitimus à pessoa do governante é uma inovação tardia, já medieva, que reflete a longa experiência do poder delegado a representantes do Império ou do papado. A dificuldade prática de justificar a autoridade baseada numa transferência de direitos forneceu, assim, o fundo do questionamento do caráter teórico." (MERQUIOR, In: LAFER, Celso et al., p. 53).

da concepção subjetivista indica que a legitimidade de um governo não depende somente de seus súditos mas também do reconhecimento por outros governos. A este respeito Merquior sugere que esta contraposição amplia a visão subjetivista já que estende a convicção a não-súditos. A objetivista leva em conta o papel dos valores como critério do legítimo; assim, um governo é legítimo se seus resultados são compatíveis com o padrão de valores da sociedade. Sobre estas sistematizações, conclui que tanto as concepções objetivista e subjetivista se articulam em torno da confiança ou crença.³¹

As duas concepções não são satisfatórias. A subjetivista é abstrata e trivializante e a objetivista enfatiza impalpáveis valores sociais. Frente a esta constatação, o autor pergunta: haveria uma terceira concepção? A resposta é afirmativa. Esta terceira sistematização seria uma abordagem 'crítica' em contraposição com a 'fiduciária que resume as duas anteriores: "Consiste em colocar a reflexão sobre a legitimidade no contexto de uma análise sociológica do poder."³²

A legitimidade neste contexto é uma força estabilizadora mas que para ser bem compreendida precisa ser matizada para não correr o perigo de manter-se muito perto da coerção. Distingue os atributos, modalidades, extensão, dimensões e configuração de poder para concluir que a coerção e influência não deixam margem para os 'sentimentos' legitimatórios, mas a autoridade, em termos de poder in actu, fundada no consentimento se desenha como modalidade isomórfica da legitimidade.

A noção de legitimidade como configuração aberta de poder, trocando a ênfase no consenso pela tônica no consentimento, parece bem mais adequada a dar conta da problemática empírica do legítimo/ilegítimo no mundo contemporâneo. (...) A legitimidade internacional, em suma, constitui uma instância ótima do conceito de legitimidade como configuração de poder.³³

³¹ MERQUIOR, op. cit., In: LAFER, et al, op. cit., p. 54-56.

³² Ibidem, p. 57.

³³ Ibidem, p. 63.

A opção teórica do Merquior pode ser tida como um diálogo com as anotações de Weber. Reproduz o registro do 'Economia e Sociedade' nas duas primeiras concepções que reúnem crença e valor. Distancia-se de Weber quando distancia a noção de legitimidade de coerção. Só que isto não acontece por dissenso teórico e sim porque o elemento coerção faz mais sentido no plano estatal do que nas relações internacionais. A coerção não participa do conceito de legitimidade em política internacional em pelo menos dois sentidos: porque a imposição é contrária ao consentimento e porque não há que se falar em coerção numa sociedade internacional descentralizada. Merquior, contudo não inclui este segundo constrangimento em suas reflexões.

A caracterização que Merquior faz de legitimidade sob o viés político é baseada claramente na contribuição de Weber (elemento fiduciário) e contratualista (consentimento) e desta forma não consegue sair do círculo dos elementos normativos, pois o consentimento não é um elemento puramente psicológico e sim manifesto, revestido de formalidade. O consentimento é a formalização do consenso em torno de idéias, valores, etc. Merquior procura conferir densidade empírica distanciando-se dos elementos consensuais e axiológicos para matizar legitimidade em torno da autoridade consentida.

A opção pela concepção relativa à análise sociológica do poder surge porque a noção subjetivista não proporciona critérios discriminatórios e que toda a concepção de legitimidade como simbólica de valores endossados pelos membros da comunidade internacional teria contra si para começar a evidente ausência de consenso axiológico entre os atores.³⁴ A respeito destas últimas críticas algumas confrontações empíricas são necessárias. A concepção subjetivista levanta o

³⁴ MERQUIOR, In: LAFER, et al, op. cit., p. 63.

desafio do consenso que deságua atualmente nos debates sobre governança global e constitucionalização do direito internacional. A dificuldade em estabelecer critérios de consenso não impede que a legitimidade possa ter esta acepção. O mesmo se aplica à questão dos valores tão cara aos estudos sobre direitos humanos. A este respeito, se a sociedade internacional ou determinado país não compartilha valores mínimos acerca da dignidade humana, isto deveria ou não ser um obstáculo ao avanço da legitimidade em torno de padrões mínimos da sociedade internacional como um todo? Estes são alguns dos questionamentos possíveis do 'regressum ad absurdum' da noção de legitimidade em Merquior já que a terceira acepção sugere que legitimidade como dependente do consentimento.

Distanciar o elemento coerção do apanhado teórico acerca de legitimidade e trazer à tona o consenso/consentimento como elementos não contingentes são os momentos de maior força no esforço intelectual de Merquior em perspectiva com o quadro teórico que será desenvolvido neste capítulo. Já que prefere consentimento a consenso reveste a atribuição ou percepção de legitimidade aos elementos formais ou pelo menos expressos. Difícil é então isolar o consentimento à ordem de elementos contratualistas, ou seja, a legitimidade da legalidade.

Partindo-se da aceitação da hipótese levantada por Merquior - legitimidade enquanto consentimento - seria possível isolar os elementos políticos da noção de legitimidade? Não. Por outro lado, é possível falar de legitimidade relativa ao direito internacional? Sim. Para tal, é pressuposto que direito e política não pertençam à mesma ordem de fenômenos. Legitimidade no campo do direito internacional encontra-se na intersecção entre os 'conjuntos' da política e do direito.

A partir desta ótica seria mais acertado estudar o que é legitimidade sob a perspectiva jurídica e não a legitimidade jurídica. Para conseguir responder a estas perguntas com menor margem de erro é necessário ir em busca do que seria legitimidade no direito internacional.

1.1.2 Legitimidade e direito internacional: as lições de Ahmed Mahiou na Haia

Durante o ‘Cours général’ do curso de verão da Academia de Direito Internacional da Haia em 2008, proferido pelo professor Ahmed Mahiou sob o título de ‘O direito internacional e a dialética entre o rigorismo e a flexibilidade’ foram elucidados alguns tópicos importantes sobre o direito internacional contemporâneo³⁵. Fica evidente a partir das lições do professor Mahiou que dentre os novos desafios do direito internacional destacam-se o terrorismo, o meio-ambiente, os direitos humanos e a sociedade civil mundial. Diante destes desafios podem-se propor perguntas acerca da regulação das relações entre os países a qual envolve diretamente a limitação da vontade dos Estados. Neste contexto explicativo, o direito internacional busca um balanço entre a ordem e a anarquia. Estas considerações possuem uma relação direta com o tema da legitimidade na medida em que esta é uma dimensão mais ampla da validade das normas internacionais.

A exposição do professor Mahiou apresentou uma avaliação contemporânea dos avanços e das limitações ainda presentes na ordem jurídica internacional. As lições apresentam dois paradigmas do direito internacional; o primeiro diz respeito à legitimidade que se traduz no balanço entre o direito interno e

³⁵ As considerações a seguir foram obtidas diretamente pelo autor durante o Curso de Verão da Academia de Direito de Haia no ano de 2008 e são mencionadas a partir dos apontamentos efetuados. (CONFERÊNCIA do professor Dr. Ahmed Mahiou, no Curso de Direito Internacional Público da Academia de Direito Internacional de Haia, Holanda, de 28 de julho a 15 de agosto de 2008.)

o internacional e o segundo diz respeito à relação entre força e justiça. Em termos gerais parece que os dois temas possuem relação com legitimidade.

Ainda neste mesmo contexto importa destacar que as mudanças sofridas pela sociedade internacional possuem relação direta com o tema da legitimidade. Embora este assunto seja tratado com mais propriedade no segundo capítulo deste trabalho é oportuno retomar a avaliação que Mahiou faz das mudanças na sociedade internacional e sua exposição particular sobre as teorias acerca da obrigatoriedade da norma internacional. Entende-se que as lições expressam uma avaliação madura a partir de um posto de observação privilegiado resultante dos anos de militância, docência e pesquisa do direito internacional público.

Segundo esta aproximação teórica um dos principais desafios do direito internacional é o progresso tecnológico dos quais dois exemplos são a ameaça nuclear e os estudos genéticos. Em alguns campos é possível mesmo estabelecer uma relação direta entre o desenvolvimento tecnológico e o direito internacional como no caso da plataforma continental e os fundos marinhos. Neste sentido os fundos marinhos foram declarados na Convenção de Montego Bay patrimônio comum da humanidade também tendo em vista a assimetria entre países com alto potencial e os que não dispõem de capacidade tecnológica para a exploração dos fundos marinhos. A relação entre o direito internacional e o desenvolvimento tecnológico é também presente na destinação do lixo atômico, na utilização de fontes energéticas para o futuro e com especial destaque o acesso à tecnologia por parte dos países pouco desenvolvidos economicamente, questão esta relacionada ao tema da cooperação internacional para o desenvolvimento.

Além da tecnologia outros desafios para o direito internacional contemporâneo são as novas formas de escravidão, tráfico de pessoas, tráfico de drogas e terrorismo. Este novo cenário de desafios é acompanhado pela necessidade da globalização possuir uma dimensão democrática, ou seja, os temas de interesse global devem ser debatidos pela comunidade internacional como um todo se respeitando o princípio da igualdade entre Estados. Esta necessidade de decisões que tenham a participação efetiva não só da maioria dos Estados envolve o reconhecimento e a inclusão de atores políticos como as organizações internacionais e as organizações-não-governamentais.

A legitimidade do direito internacional envolve a ampla participação dos Estados nas decisões que envolvam temas globais. Neste sentido, legitimidade assume a dimensão de participação política nas decisões. Contudo, existe uma outra dimensão do tema da legitimidade que se relaciona com a efetividade do direito internacional, assunto este desacreditado por alguns autores. Neste sentido, fala-se em ambiente anárquico internacional o que significa que países não possuem um comando superior. Estas aproximações descrentes do papel do direito internacional suscitam questionamentos sobre uma outra dimensão da legitimidade das normas internacionais: a obrigatoriedade.

Na história do direito internacional diferentes correntes teóricas entenderam de diferentes formas a obrigatoriedade da norma. Se formulássemos a pergunta 'como os Estados são obrigados pelo direito internacional?', a resposta assumiria diferentes contornos de acordo com os períodos históricos específicos e com os diversos juristas. Mahiou relembra que Vitória, Suarez e Grocius fariam a diferença entre a lei natural e a lei positivada e, fundamentalmente, no período que

precedeu a sociedade de Estados soberanos as unidades políticas cumpriam regras em relação às outras unidades políticas já que não havia a noção consolidada de um direito universalmente aplicável.

Já o voluntarismo apregoa que a soberania pode decidir formalmente seguir regras. O 'pacta sunt servanda' é uma explicação dentro do contexto da escola voluntarista que possui muito formalismo legal. A explicação para a obrigatoriedade da norma não deve, contudo ser encontrada no interior dos Estados, mas sim no sistema mesmo. Hans Kelsen, neste sentido, vê normas menores obedecerem normas maiores e, portanto, a ordem nacional é submetida à ordem internacional. Kelsen insere a norma fundamental que é também a norma hipotética fundamental que ao mesmo tempo não é uma norma.

O positivismo sociológico, influenciado por Leon Duguit, provém da solidariedade, da concepção de que a sociedade em si que produz normas. George Scelle que foi influenciado pelo positivismo sociológico entende que Estados não são soberanos em tudo e sim submetidos ao direito internacional. Por sua vez, uma das escolas mais recentes é a marxista que concorda que a lei é feita pela sociedade, mas acrescenta que o direito internacional faz parte da superestrutura que é resultado das estruturas de poder.

Finalmente, o curso geral proferido pelo professor Mahiou de maneira geral contribui para a compreensão do tema da legitimidade no direito internacional contemporâneo. Os tópicos mais importantes das aulas na Academia de Direito Internacional da Corte de Haia podem ser dispostos em dois momentos. O primeiro é que a legitimidade do direito internacional possui relação com o tema da ampla participação dos Estados nas decisões sobre temas que afetem toda a sociedade

internacional. O segundo é que perguntar por que Estados cumprem normas é ainda um dos principais questionamentos para avaliar a efetividade de normas internacionais. A este respeito a exposição em referência dividiu as explicações teóricas em escola jusnaturalista, voluntarista, positivista kelseniana, positivista sociológica e marxista as quais possuem diferentes respostas para o tema da obrigatoriedade da norma internacional.

1.1.3 Legitimidade enquanto propriedade da norma: um diálogo com Thomas M. Franck

A aproximação do conceito de legitimidade proposto por Thomas M. Franck merece uma referência mais detida. Em 1988 Thomas M. Franck, professor emérito da New York University School of Law, publica no 'American Journal of International Law' o artigo 'Legitimacy in International System' e em 1990 uma versão expandida e aperfeiçoada das idéias, reunidas então no livro 'The power of legitimacy among nations'. A dedicação específica ao tema da legitimidade relacionado diretamente com normas internacionais faz deste trabalho uma fonte de referência importante quanto ao assunto.

O texto de 1988 começa sinalizando que é surpreendente que as nações, na maior parte do tempo obedeçam o direito internacional em suas relações com outros Estados. O objetivo do ensaio então é estudar porque Estados obedecem ao direito internacional na abstenção do elemento coercitivo e procura determinar por que e em que circunstâncias uma regra específica é obedecida.³⁶ O resumo da iniciativa de Franck é nas palavras de Gelson Fonseca Júnior o seguinte:

³⁶ FRANCK, Thomas. M..Legitimacy in International System. *In: The American Journal of International Law*. Vol. 82, nr. 4, oct. 1988, p. 705.

Em resumo, existe, pelo menos, a possibilidade hipotética de que, se alguém conseguir demonstrar que há regras que são habitualmente obedecidas nas relações internacionais, então será capaz – e, na verdade, só assim será capaz – de compreender esse fenômeno postulando um fator instrumental não austiniano; um que não seja um comando soberano, nem seja aplicado coercivamente, nem mesmo obedecido somente pela razão ou pelo interesse próprio de obter uma recompensa em curto prazo, já que isso não explica um respeito verdadeiro a regras que nem sempre beneficiará igualmente todas as partes em interação.³⁷

O problema colocado por Franck é em primeiro lugar aplicar o conceito de legitimidade ao campo do direito internacional. Neste domínio, o que se denomina fator instrumental austiniano é a grande diferença no tratamento dado comumente ao conceito de legitimidade na perspectiva do Estado nacional.³⁸ Outra questão importante que não pode passar despercebida no comentário de Fonseca Júnior é que Thomas Franck assume o pressuposto do cumprimento de normas internacionais o que o comentarista em referência faz questão de tratar como uma hipótese.³⁹

³⁷ FONSECA JR., Gelson. *A Legitimidade e outras questões internacionais: Poder e ética entre as nações*. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 166.

³⁸ É importante contextualizar a utilização do termo ‘austiniano’ como um contexto teórico legal positivista no qual leis são comandos em função de um poder soberano que lhes dá suporte. A utilização do conceito de poder soberano ou superior em Austin é não raras vezes uma referência a uma significação mais abstrata da que o que efetivamente foi utilizada em sua obra a qual é resultante das percepções jurídicas e políticas de um tempo de profundas transformações. Estas informações reforçam a idéia que Frank e mesmo Fonseca Jr utilizam o termo austiniano ‘comando soberano’ em uma acepção mais abstrata. A este respeito: “As leis ou regras, propriamente ditas, são uma espécie de comando (...) O mal a que a desobediência estará sujeita é denominado, com freqüência, pena. Mas como as penas, estritamente ditas, são apenas uma categoria de sanção, o termo é por demais estreito pra expressar o significado de maneira adequada. (...) Diz-se que as leis e outros comandos emanam de superiores e obrigam e constringem inferiores. (...) Parece então que o termo superioridade (assim como os termos dever e sanção) é sugerido pelo termo comando. Porque a superioridade é o poder de impor obediência a um desejo. (...) “A lei que está em vigor entre as nações não é lei positiva (...) os deveres que ela impõe são impostos por sanções morais.” (AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), apud MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 337-338-339-340-356)

³⁹ Faz sentido o argumento de Fonseca Jr. que Thomas Frank trabalha com o cumprimento de normas como um pressuposto hipotético. Neste caso Frank possui duas hipóteses, uma que é um pressuposto (cumprimento das normas internacionais) e a outra para qual deseja acrescentar evidências (que a legitimidade possui influência no processo de cumprimento de normas). Quanto aos denominados pressupostos de cumprimento no artigo de 1988 lê-se: “The surprising thing about international law is that nations ever obey its strictures or carry out its mandates.” (FRANCK, Thomas. M. Legitimacy in International System. In: *The American Journal of International Law*. Vol. 82, nr. 4, oct. 1988, p. 705). No texto do livro de 1990, Frank pouco altera seu pressuposto: “In the international system, rules usually are not enforced yet they are mostly obeyed.” (FRANCK, op. cit., p. 3)

De qualquer forma, Franck propõe que é possível falar em legitimidade também no direito internacional. Considerando a falta do elemento coercivo – de forma geral - na dinâmica das regras internacionais demonstra também o estudo que é possível aprender coisas a respeito do papel da legitimidade que não poderiam ser desvendadas com o estudo de seus efeitos sobre o comportamento de indivíduos. O estudo da legitimidade de normas no direito internacional distancia-se do clássico conceito de validade – já que também Thomas Franck assume pressupostos do positivismo jurídico - num ordenamento jurídico e permite, talvez, analisar o objeto de estudo numa perspectiva que ultrapassa o contexto da autoridade constitucional do Estado moderno.

A pergunta que o autor se propõe é por que Estados cumprem normas frente à inexistência de sanções e distingue este tipo de agenda de pesquisa do estudo das fontes da obrigação normativa. Objetivamente então a pergunta que é formulada aproxima-se do propósito de estudo desta tese: por que e sob quais circunstâncias uma regra específica é observada. Para tal propõe um conceito prévio de legitimidade:

“Legitimacy is used here to mean that quality of a rule which derives from a perception on the part of those to whom it is addressed that it has come into being in accordance with right process. Right process includes the notion of valid sources but also encompasses literary, socio-anthropological and philosophical insights. The elements of right process (...) are identified as affecting decisively the degree to which any rule is perceived as legitimate.”⁴⁰

No livro de 1990 o conceito sofre poucas modificações:

“Legitimacy is a property of a rule or rule making institution which itself exerts a pull toward compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process.”⁴¹

⁴⁰ FRANCK, op. cit., p. 706.

⁴¹ Idem, *The Power of legitimacy among nations*. New York: Oxford University Press, 1990. p. 24.

A interpretação que Franck confere ao conceito de legitimidade possui o elemento 'pertencimento'. É importante destacar que a legitimidade no contexto referido é uma qualidade – posteriormente opta pelo termo propriedade - da regra o que remete o conceito ao campo jurídico. A palavra percepção – que desaparece no conceito instrumental no livro - descreve a forma como os sujeitos para os quais a norma é dirigida/aplicável entendem de alguma forma que esta norma existe e é válida e, portanto, exigível. Outra particularidade é a menção aos elementos do processo correto os quais qualificam uma norma segundo um gradiente de legitimidade. Assim, a legitimidade de uma norma é uma qualidade da norma que ultrapassa a lógica binária legítima ou não-legítima.

O conceito posterior não destaca a percepção dos atores, mas sim a propriedade da regra, ou da instituição que a cria, de exercer atração em direção ao cumprimento de seu conteúdo. O fator crença, que remete aos postulados de Weber, é incluído na segunda definição, no contexto dos princípios do processo legal que devem ser considerados para a atribuição de legitimidade a regras ou instituições.

A segunda parte da definição de 1988 remete a elementos que tornam o debate amplo. A referência às fontes de direito válidas é o primeiro tópico desta complexidade. O que são fontes de direito válidas no direito internacional? Esta pergunta é respondida pela doutrina de direito internacional de forma quase unânime: as fontes dispostas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça; contudo, este não é um entendimento que não mereça crítica, segundo a reflexão de Nicolas Onuf:

“The sources of International Law are not as they seem. This judgment follows reasonably enough from the realization that International Law is not

the single, homogeneous thing it is usually thought to be. We observe, however, that while legal minds differ greatly on essential properties of law, the more so when they consider international law, sources are invariably presented in the same, uniform way. How can sources doctrine have persisted, so little challenged or changed, for centuries?"⁴²

Se um jurista internacionalista é perguntado sobre as fontes válidas do direito internacional a resposta é: tratados, costumes e princípios gerais de direito, além da jurisprudência e da doutrina como meios auxiliares e a faculdade de recurso ao princípio da equidade. Fundamenta-se este entendimento no art. 38 do Estatuto da Haia. Se novamente o jurista é perguntado o que valida o Estatuto da Haia a resposta é o próprio Estatuto da Haia já que é um tratado ou, ainda, o costume dos povos que segundo uma prática geral e aceita gerou a norma contida neste artigo. A próxima pergunta: seria possível admitir fontes do direito internacional válidas além das previstas no Estatuto de 1945?

A questão levantada por Onuf possui relação direta com a questão da legitimidade. O entendimento específico acerca de um sistema legal possui conseqüências diretas para a validade ou legitimidade de normas. O critério para uma norma ser considerada válida no positivismo kelseniano é estar de acordo com uma norma superior também válida e, por isso, o recurso à formulação teórica da norma fundamental. Contudo, a doutrina não é concorde quanto ao esgotamento das fontes no conteúdo do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Se as decisões das organizações internacionais, os atos unilaterais de Estado e a soft law são fontes de direito internacional é tema controverso na doutrina.

No sentido da problematização do conceito de Franck, a legitimidade de uma norma passa pela percepção de que ela foi criada a partir de fontes válidas,

⁴² ONUF, Nicolas Greenwood. *Law - Making in the Global Community*. Durham: Carolina Academic Press, 1982. pp. 48-49.

caso este que Franck denomina validação simbólica ou a ritualidade.⁴³ Ora, se não há consenso sobre fontes válidas então não há consenso sobre a legitimidade da norma. Para a solução deste dilema deve-se – pelo menos - vencer o que Onuf denomina ‘persistência’ por parte da doutrina. Neste caso os atos unilaterais, as decisões das organizações internacionais e a soft law poderiam passar a ser aceitos na forma de um costume geral como também serem crescentemente aceitos pela doutrina e incorporados pela jurisprudência. Outra possibilidade seria justamente a mudança dos tratados internacionais que versam sobre a matéria.

A questão a legitimidade não se restringe aos constrangimentos teóricos. Mesmo que fontes não convencionais – no duplo sentido: não tradicional e também não previstas em convenções internacionais – fossem admitidas pela doutrina – onde é natural que sempre se encontre posições dissonantes – a questão da legitimidade permaneceria irreduzível, pois a questão da legitimidade de normas não se reduz à questão do pertencimento às fontes válidas.

O papel de teóricos, de políticos ou juristas é bem diverso neste campo. A teoria não tem fim e pode avançar indeterminadamente, mas o jurista ou o político necessita decidir, precisa de uma resposta definida e delimitada que invariavelmente é buscada nos, ou proposta pelos, discursos teóricos. Conforme se verá no capítulo IV deste trabalho a decisão é um elemento fundamental na dinâmica jurídica. A práxis do direito pode também não ter fronteiras na semântica, mas não busca a inovação da forma que o cientista a busca. O campo teórico é rico em alternativas. No campo prático as alternativas definem a decisão.

⁴³ FRANCK, M..*Legitimacy in International System*, op. cit., p. 725.

Os últimos elementos da primeira definição proposta por Franck apontam para fatores sociológicos, antropológicos e filosóficos. No final da definição resgata a questão dos elementos do correto processo de formulação da norma os quais são identificados como decisivos para a gradualidade da percepção de como normas são percebidas como legítimas. À primeira vista a ponderação de Franck parece ser capaz de incorporar diferentes óticas sobre a matéria, a saber, a aproximação doutrinária jurídica mais tradicional sobre fontes de direito, os fatores diversos ligados às concepções culturais, políticas e societárias e, por fim, a questão da legitimidade pelo procedimento.

Um dos fatores decisivos para o cumprimento da norma é a sua fonte que pode indicar a probabilidade de ela ser cumprida. Este fator nos termos do artigo de Franck é denominado 'pedigree' o qual está longe de ser o único indicador de quão seriamente a norma vai ser considerada no hipotético conflito entre norma e interesse estatal. O termo pedigree não é novo na terminologia jurídica; Dworkin utiliza este termo para caracterizar os critérios proporcionados pela regra de reconhecimento de Hart.⁴⁴ Tanto em Dworkin como em Franck o pedigree se refere à maneira pela qual regras são adotadas ou criadas pelas instituições jurídicas:

O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Estes testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (...) e também de outros tipos de regras sociais que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.⁴⁵

⁴⁴ HART, H. L. A.. *Post scriptum al concepto de derecho* (1994). Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2000. p. 22.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (1977). Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 27-28.

O termo pedigree que foi utilizado num contexto de crítica ao conteúdo de uma teoria legal é acolhido por Thomas Franck para determinar a fonte de cada regra.⁴⁶ O conteúdo da crítica feita por Dworkin à Hart incorpora ainda que o pedigree não levaria em conta o conteúdo da norma. O conteúdo da norma, a saber, se é justa ou não, não faz parte da regra dos critérios da regra de reconhecimento de Hart o que é refutado veementemente por este autor.⁴⁷ Thomas Franck também formulará esta pergunta e sua resposta o aproxima do positivismo jurídico, na medida em que responde que os conceitos de justiça e legitimidade são relacionados, mas conceitualmente distintos e não são uma variável dependente um do outro.⁴⁸

Outra pergunta importante colocada por Franck é por que estudar o sentido teleológico das leis, para que existem leis e quais as causas de obediência?⁴⁹ Questões que manifestam o interesse na obrigação legal e que mantêm o foco nas condições para a aceitação política e sociológica da lei. Neste sentido também, e não somente por participar da Manhattan School que Franck é considerado um continuador da obra de Luis Henkin.⁵⁰

A questão da legitimidade para Franck parte do questionamento austíniaco acerca da natureza do direito interacional:

⁴⁶ “To be sure, the source of every rule – its pedigree, in the terminology of this essay – is one determinant of how strong its pull to compliance is likely to be” (FRANCK, M., *Legitimacy in International System*, op. cit., p. 705)

⁴⁷ “Pero, aunque mis principales ejemplos de los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento son cuestiones a las que Dworkin ha llamado ‘pedigrí’, y se refieren sólo a la manera en la cual las normas son adoptadas o creadas por las instituciones jurídicas y no a su contenido, expresamente sostengo tanto en este libro y en mi artículo anterior sobre ‘Positivism y la separación de derecho y moral’, que en algunos sistemas de derecho, como en el de Estados Unidos, el último criterio de validez jurídico podría explícitamente incorporar, además del pedigrí, principios de justicia o valores morales sustantivos y estos podrían constituir el contenido de límites jurídicos constitucionales.” (HART, op. cit., p. 22)

⁴⁸ FRANCK, *The Power of legitimacy among nations*, op. cit., p. 209.

⁴⁹ FRANCK, *Legitimacy in International System*, op. cit., p. 706.

⁵⁰ KENNEDY, op. cit., pp. 397 – 435, p. 429

“Why should rules, unsupported by an effective structure of coercion comparable to a national police force, nevertheless elicit so much compliance, even against perceived self-interest, on the part of sovereign states?”⁵¹

A questão ganha densidade considerando que além de a comunidade internacional não ter uma autoridade centralizada – ou mesmo descentralizada – que force o cumprimento de normas internacionais – no sentido austiniano. Franck compreende que algumas regras são mais persuasivas do que outras no sentido da atratividade para o cumprimento o que pode ser observado mesmo em comunidades nacionais e subnacionais. Este tipo de observação da dinâmica de normas propicia a diferenciação entre coerção e legitimidade, ou seja, entre os diferentes papéis da coerção e legitimidade no que diz respeito à relação entre ordem legal e obediência sistêmica.

O estudo da legitimidade como um fator não coercitivo que conduz à obediência em sistemas legais nacionais pode iludir o pesquisador em virtude de o fator legitimidade poder ser confundido com outro elemento que compele à obediência: a autoridade. Contudo, esta possível confusão perde força no direito internacional. Existem elementos que compelem sujeitos de direito internacional em direção ao cumprimento da norma mesmo considerando que muitos Estados, por exemplo, obrigam-se pela norma internacional mesmo que a violação desta ofereça algum tipo de vantagem. Embora existam violações da norma internacional Franck argumenta enfaticamente que muitas regras são obedecidas a maior parte do tempo.⁵²

O esforço descritivo do professor Franck em relação à legitimidade de normas internacionais é marcado pela observação do comportamento da

⁵¹ FRANCK, *Legitimacy in International System*, op. cit., p. 707.

⁵² FRANCK, *Legitimacy in International System*, op. cit., p. 710.

comunidade internacional como é o caso da afirmação que determinadas regras são obedecidas na maior parte do tempo⁵³ ou acerca do desconforto que a desobediência de regras pode causar no violador.⁵⁴ Estes tipos de percepção da sociedade internacional parecem ser resultantes da ênfase sociológica dada ao estudo do direito internacional, já mencionado como uma característica da denominada escola de Manhattan. Tendo em vista que se referem ao comportamento dos sujeitos de direito internacional o eventual equívoco nestes dados interfere, mas não invalida a proposta do estudo: a capacidade inerente de uma norma de exercer pressão em direção à obediência.

Este tipo de aproximação de Franck reforça a idéia da coordenação com o pensamento de Louis Henkin não somente em relação ao interesse no mesmo tema de pesquisa - relação entre o cumprimento de regras internacionais e o interesse dos Estados - mas também a percepção que a adequação dos Estados à exigência da norma é mais freqüente do que a mera coincidência ou fortuitividade poderiam gerar:

“One frequently encounters the view that international law is made by the powerful few to support their particular interests. Paradoxically, it is a common view also that the norms of international law are so widely disregarded as to be largely irrelevant to the behavior of nations. Some have even elevated this impression to a doctrine, questioning whether one may meaningfully speak of international norms, of their observance or violation. When nations do behave consistently with law, it is commonly seen as fortuitous: the law happened to coincide with what nations wished to do. But this coincidence is too frequent to be mere coincidence.”⁵⁵

⁵³ “Admittedly, the rule system of the community of states is far from perfected: absence of rules and disobedience continue to be important dissonant features. But it is too readily assumed that these deficiencies are attributable primarily to the lack of an Austinian sovereign with police powers. The weakness of this explanation is its failure to account for significant deviance: that many rules are obeyed much of the time.” (FRANCK, *Legitimacy in International System*. op. cit., p. 710).

⁵⁴ “In such circumstances, legitimacy is indicated not by obedience, but by the discomfort disobedience induces in the violator. (Student demonstrations sometimes are a sensitive indicator of such discomfort.)” (FRANCK, *Legitimacy in International System*. op. cit., p. 712)

⁵⁵ HENKIN, Louis. *How nations behave*. 2. ed., New York: Columbia University Press, 1979. p. 10

Se Estados cumprem normas mesmo frente à inexistência de um poder coercitivo e, algumas vezes, contrárias aos seus interesses; quais fatores confeririam à determinadas normas a capacidade de maior cumprimento pela comunidade internacional? Esta pergunta é respondida por Thomas Franck no sentido de que a legitimidade de normas internacionais ou da criação de normas internacionais existe em função da percepção da comunidade internacional em relação àquela norma específica. Estas percepções dizem respeito a quatro elementos: determinação, validação simbólica, coerência e aderência.

Determinação de uma regra é a habilidade do texto de possuir uma mensagem clara, de ser transparente a ponto de poder-se chegar ao significado através da linguagem. A lógica do raciocínio é que regras com um significado claro são compreendidas de forma mais eficiente e possuem maior potencial de serem cumpridas já que expressam com maior precisão o comportamento que se espera dos destinatários. Indeterminação por outro lado não só possui a característica de não comunicar inequivocamente o comportamento exigido pela norma como também torna o não cumprimento mais fácil de justificar.⁵⁶

Franck propõe que um excelente exemplo do custo da indeterminação é o caso das regras que definem e proíbem a agressão, aprovadas em 1974 na Assembléia Geral das Nações Unidas após anos de debate.⁵⁷ O trabalho de George Galindo sobre a noção de 'patrimônio comum da humanidade' na Convenção de Montego Bay revela que a indeterminação pode não ser mera questão textual e sim também interpretativa. Ao trabalhar a 'pacífica' transformação da noção de patrimônio comum da humanidade como consagrada na Convenção das Nações

⁵⁶ FRANCK, *Legitimacy in International System*. op. cit., pp. 713-714.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 717.

Unidas para o Direito do Mar, evidencia no quanto conceitos passíveis de interpretações diversas – como ‘universal’ - são modelados segundo contextos políticos, culturais e históricos.⁵⁸

A indeterminação de uma norma internacional pode gerar o desacordo entre as partes envolvidas quanto ao conteúdo do comando em diversos sentidos. Outro exemplo de indeterminação é a Resolução 242 do Conselho de Segurança das Nações Unidas de 22 de novembro de 1967. A disputa semântica em particular sobre a cláusula operativa 1 (i) também em função da falta de congruência entre a versão inglesa e francesa gera interpretações que questionam o conteúdo da decisão.⁵⁹ A decisão política com validade no campo normativo que determina a retirada da presença israelense dos territórios ocupados na guerra dos seis dias persevera até hoje. Talvez neste caso a indeterminação seja suscitada como estratégia política. Quanto maior a controvérsia maior a probabilidade de alegação de indeterminação e não de indeterminação em si. É observável neste caso que a determinação possa ser característica resultante tanto do conteúdo semântico da norma quanto do processo político que a cria.

Tendo que legitimidade é uma propriedade da regra de atrair em direção ao cumprimento, o grau de determinação desta afeta o grau de percepção de sua legitimidade. É o que Franck denomina de transparência como um sentido da determinação. Estados evitam descumprir normas em curto prazo porque podem visualizar situações futuras no qual a regra opera a seu favor. O não

⁵⁸ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. ‘Quem diz humanidade, pretende enganar?': internacionalistas e os usos da noção de patrimônio comum da humanidade aplicada aos fundos marinhos (1967-1994). *Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Relações Internacionais*. Brasília: Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, 2006. pp. 342 ss.

⁵⁹ O texto em inglês determina “(i) Withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict”; o texto em francês “Retrait des forces armées israéliennes des territoires occupés lors du récent conflit”. A omissão do ‘the’ na versão inglesa reativa ao ‘des’ é uma das bases da disputa semântica.

descumprimento da regra fortalece a transparência da regra e gera maior possibilidade de previsão acerca do comportamento futuro da sociedade internacional.⁶⁰

Para Franck as expectativas de reciprocidade operam como constrangimentos no sistema internacional, mas para que esta característica vigore são importantes entendimentos mútuos sobre o alcance da norma e o que constituem condições semelhantes.⁶¹ Para explicar o papel do cumprimento destas expectativas Franck recorre ao conflito entre direito diplomático e opinião pública no caso da aplicação das imunidades previstas na Convenção de Viena de 1961. Fica claro no contexto do exemplo que Estados cumprem a garantia de imunidade diplomática em seu território porque possuem interesse na proteção de seus acreditados.

O direito diplomático é um dos exemplos mais claros de um corpo de direitos em nível internacional que foi positivado a partir de práticas costumeiras. Logo, o cumprimento das normas internacionais que regem as relações diplomáticas pode não obedecer somente ao sistema positivado de expectativas de reciprocidade na sociedade internacional, mas também a outros fatores. Práticas não somente exigidas pelos tratados, mas reforçada pela construção histórica que permite a formação do costume o qual modela o comportamento dos atores internacionais em termos de padrões societários entendidos como exigíveis (*opinio juris*) e consequentemente com maior grau de consenso político.

⁶⁰ FRANCK, *Legitimacy in International System*. op. cit., p. 716

⁶¹ "Such expectations of reciprocity are important threads in the fabric of the international system; but before an expectation of reciprocity can arise, there must be some mutual understanding of what the rule covers, what events constitute "similar circumstances." (FRANCK, *Legitimacy in International System*, op. cit., p. 717)

Estas características das imunidades diplomáticas – também como resultado da opinião pública – têm sido rediscutidas.⁶² Isto demonstra que mesmo normas com elevado grau de legitimidade – opinião de Thomas Franck sobre a Convenção de Viena de 1961 – são questionadas quanto à validade/legalidade e, conseqüentemente, quanto à legitimidade. Os processos de aprimoramento do sistema normativo podem reforçar a legitimidade da norma na medida em que o consenso obtém amplo alcance político por parte dos negociadores. A legitimidade possui um caráter dinâmico, normas são legitimadas constantemente pelos processos políticos.

O sentido que Franck atribui à transparência das regras internacionais é tanto o de um comando claro, inequívoco quanto a antecipação de uma vantagem futura em função de regra específica para determinado Estado. Neste último sentido, momentaneamente cumprindo a norma contrária aos seus interesses reforça o sentido do comando normativo e da necessidade de ser obedecida sistemicamente na comunidade internacional. Muito embora Franck argumente que as regras internacionais sobre a atividade diplomática detenham um alto grau de especificidade este fato não pode ser compreendido como o fator preponderante de atração para o cumprimento sistêmico.

⁶² “The Commission, at its fifty-ninth session (2007), decided to include the topic “Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction” in its programme of work and appointed Mr. Roman A. Kolodkin as Special Rapporteur.(...) The Special Rapporteur then turned to the prospective content of his subsequent report. He reiterated his intention to study therein the scope and limits of the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction (both *ratione personae* and *ratione materiae*), including the question of possible exceptions to immunity in the case of crimes under international law and official acts unlawfully carried out in the territory of a State exercising jurisdiction. (...) He would also examine the distinction between “official” and “private” acts for the purposes of immunity *ratione materiae*, notably the question whether the nature or gravity of an unlawful act could affect its qualification as an act carried out in an official capacity.” (UNITED NATIONS. International Law Commission. Report on the work of its sixtieth session (5 May to 6 June and 7 July to 8 August 2008). General Assembly Official Records. Sixty-second Session. Supplement No. 10 (A/63/10). Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2008/2008report.htm>. Acesso em: 18 nov. 2008.

Argumentar que Estados obedecem às normas internacionais relativas às relações diplomáticas em função da determinação é um argumento incompleto tendo em vista que a opinião pública nestes casos afeta o judiciário que não necessariamente obedece a lógica da perda momentânea para o ganho no futuro. De qualquer forma, estas considerações sobre o exemplo de determinação da Convenção de Viena de 1961 (sobre atividade diplomática) não invalidam o argumento sobre a determinação da norma como um elemento importante de geração de comportamento estatal.

A indeterminação de normas internacionais pode ser compreendida como parte da indeterminação da própria sintaxe jurídica. Na obra 'The Decay of International Law', de 1986, Anthony Carty debate a questão do discurso racional e do positivismo e chega a afirmar que se deve reconhecer que um aparentemente positivismo jurídico objetivo é simplesmente um empiricismo que se recusa à necessidade do argumento racional de qualquer tipo. Algumas de suas conclusões apontam para a possibilidade de conexão entre a indeterminação discursiva e a norma fundamental de Hans Kelsen:

"Yet the resort to a so-called Grundnorm, for instance the principle of *pacta sunt servanda* (that treaties must be kept) as the point beyond which lawyers need not go, is in fact nothing more than the point beyond which they do not care to go. In fact international lawyers do not have to satisfy standards of rationality higher than for any other type of discourse. For instance the right to demand an explanation can always be countered by a request for an account of what is unclear. Arguments may frequently be regressive and hence incapable of complete justification. Yet this stage is not reached until one has identified what premises of argument are not recognized as valid. In my view international lawyers are not clear about the assumptions which have become encrusted on to their discipline, and so they are in no position to say that beyond their legal method lies an abyss, the dreaded legal vacuum."⁶³

⁶³ CARTY, Anthony. *The Decay of International Law? A reappraisal of the limits of legal imagination in international affairs*. Mellend Schill monographs in international law. Manchester: Manchester University Press, 1986. pp. 113-114.

As considerações de Carty propõem um novo ângulo de análise da questão da legitimidade de normas internacionais que pode complementar o raciocínio de Franck. Para Franck a determinação é uma qualidade da norma e um fator que exerce atração em direção ao seu cumprimento. Existem então dois elementos fundamentais para o cumprimento da norma: a norma em si e as qualidades da norma que lhe conferem legitimidade. A crítica de Carty sustenta que há indeterminação em relação ao próprio recurso à justificação da norma. É claro que o que Carty compreende por racionalidade do argumento jurídico não é o mesmo que Franck entende por determinação da norma.

Ainda sobre ‘determinação’ Thomas Franck reconhece que regras vagas podem aumentar a margem de decisão acerca de determinado direito. Uma regra não binária (direito/não-direito) permite a maior amplitude da decisão acerca de determinada previsão normativa. A este respeito cita o artigo 83 (1) da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar o qual procura solucionar os direitos sobre a plataforma continental de países vizinhos, sugerindo que a plataforma deva ser parcionada ‘in order to achieve na equitable solution’.

O ‘jus cogens’ é também um exemplo de regra não-binária que adquiriu significado a partir de decisões jurídicas. Apesar do jus cogens ser mais antigo que o próprio direito internacional contemporâneo a inclusão deste instrumento de hierarquização de normas internacionais encontrou inicialmente cepticismo para sua inclusão nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena para o Direito dos Tratados de 1969.⁶⁴ O problema do jus cogens é que não existe uma maneira objetiva de resolver

⁶⁴ “No doubt, the idea of peremptory norms (*jus cogens*) is older than modern international law itself. (...) Over the years most of the initial scepticism around the notion itself has tended to vanish.” (UNITED NATIONS. Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law Adopted by the International Law Commission at its Fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session

acerca de normas não derogáveis em abstrato. Comentadores convergem no fato que não existe uma lista de normas *jus cogens* porque a própria formulação normativa (“accepted and recognized by the international community of States as a whole”) não é imune às controvérsias.

Com o passar dos anos o enfrentamento de questões concretas por instâncias decisórias principalmente no campo jurisprudencial – das quais uma das mais notórias foi o caso Pinochet - contribuiu para a noção que normas acerca da proibição de agressão, escravidão, genocídio, discriminação racial, tortura, assim como normas de direito humanitário em situações de conflito e direito de auto-determinação são normas *jus cogens*. Manifestações da Comissão de Direito Internacional incluem ainda a pirataria, o tráfico de pessoas e o uso ilegal da força o que reforça a idéia que o *jus cogens* afirma-se pela decisão e pelos escritos de direito internacional em diferentes planos institucionais e também em diferentes casos e épocas.⁶⁵ Este é um interessante caso de normas que possuem um aumento de legitimidade na mesma proporção do aumento da determinação. Na medida em que decisões sobre casos concretos delimitam o alcance e o significado da norma esta torna-se mais determinada mas ao mesmo tempo estas decisões devem ser amplamente consensuais em virtude do próprio comando normativo (“accepted and recognized by the international community of States as a whole”).⁶⁶ A

(A/61/10, para. 251). In: Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two. pp. 182-183).

⁶⁵ “It also reflects the influence of Natural Law thinking. Various examples of the content of *jus cogens* have been provided, particularly during the discussions on the topic in the International Law Commission, such as an unlawful use of force, genocide, slave trading and piracy.” (SHAW, Malcolm N.. *International Law*. Fourth Edition. United Kingdom: Cambridge University Press, 1997. p. 117)

⁶⁶ “(33) The content of *jus cogens*. The most frequently cited examples of *jus cogens* norms are the prohibition of aggression, slavery and the slave trade, genocide, racial discrimination apartheid and torture, as well as basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict, and the right to self-determination. Also other rules may have a *jus cogens* character inasmuch as they are accepted and recognized by the international community of States as a whole as norms from which no derogation is permitted.” (UNITED NATIONS. **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law** Adopted by the International Law Commission at its Fifty-eighth session, in 2006,

propósito, a instância que decide pela materialização do direito também está inserida no contexto do grau de legitimidade:

“In practice, the legitimacy of a forum can be tested in the same way as that of a rule: by reference to the determinacy of its charter, its pedigree, the coherence of its mandate and its adherence to the normative institutional hierarchy of international organization. Nowadays, the UN General Assembly and Security Council, as well as organs of regional organizations, sometimes play this clarifying role.”⁶⁷

No quarto capítulo deste trabalho retomar-se-á o tema da decisão como fator dinâmico de legitimidade. Registra-se que regras vagas perdem em ‘determinação’ não obstante possam exigir de instâncias decisórias o entendimento padronizado do que seja o conteúdo da norma não binária. Com as considerações sobre a participação das instâncias decisórias num sistema de reconhecimento de grau de legitimidade encerram-se as considerações sobre a ‘determinação’.

A validação simbólica é a segunda propriedade capaz de conferir percepção de legitimidade às regras internacionais e relaciona-se, mas não é idêntico ao pedigree e ao ritual. A validação simbólica, o pedigree e o ritual possuem a característica de serem a dimensão cultural e antropológica da legitimidade enquanto que a determinação é a lingüística e literária estrutural. A validação simbólica ‘(...) occurs when a signal is used as a cue to elicit compliance with a command. The cue serves as a surrogate for enunciated reasons for such obedience.’⁶⁸

and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (A/61/10, para. 251). In: Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two.)

⁶⁷ FRANCK, *Legitimacy in International System*, op. cit., p. 725.

⁶⁸ Prefere-se a citação literal na língua original do texto em virtude da possibilidade da tradução comprometer o sentido desejado. Ademais, o exemplo proposto para validação simbólica merece também a referência: “The singing of the national anthem, for example, is a vocal and (on public occasions) a visual signal symbolically reinforcing the citizen’s relationship to the state, a relationship of rights and duties. This compliance reinforcement need not be spelled out in the actual words of the anthem (as it is not in the commonly used stanza of the American one). The act of corporate singing itself is a sufficient cue to validate the fabric of regularized relationships that are implicated in good citizenship. We are not really singing about bombs bursting in the night air, but about free and secret elections, the marketplace of ideas, the rule of valid laws and impartial

O ritual é uma forma especializada de validação simbólica marcada por cerimônias que lançam mão de razões não enunciadas que suscitam a observância de comandos de pessoas ou instituições. Todo o ritual é uma forma de validação simbólica embora o inverso não seja necessariamente verdade. Franck exemplifica a validação simbólica sugerindo as cerimônias reconhecimento como quando as Nações Unidas admitem um novo Estado membro, cerimônia que o dota de direitos e deveres.

A versão de 1988, na seção sobre validação simbólica, propõe uma série de exemplos relativos à sociedade asteca, china imperial, liturgia cristã, práticas parlamentares britânicas, para concluir que o pedigree é uma forma particularmente universal de validação simbólica. Citando exemplos diversos no campo da antropologia cultural e mesmo práticas aristocráticas argumenta que conexões de validação não são uma invenção moderna ou ocidental e que a maioria das sociedades faz alguma conexão linguística entre os conceitos 'antigo' e 'venerável'⁶⁹. Observa-se que citar exemplos no campo da antropologia cultural de sociedades pré-modernas bem como práticas societárias no interior das nações não permite argumentar em favor da existência da validação simbólica enquanto propriedade da norma que lhe confere percepção de legitimidade. O controverso tema do sistema de crenças ou valores em nível internacional não é explorado como o tema exige o que faz parecer que há confusão entre os conceitos weberianos de legitimidade racional e religiosa ou carismática.

judges." (FRANCK, *Legitimacy in International System*. op. cit., pp. 725-726.) O exemplo de Frank reforça uma das características do texto citado, assim como do livro que versa sobre o mesmo assunto: as reiteradas utilizações de exemplos do comportamento estatal estadunidense. Entende-se que a opção do autor em trabalhar com uma base empírica restrita pode entrar em conflito com o objetivo de reforçar a hipótese de caráter universal (legitimidade como propriedade da norma) e, conseqüentemente, pode não explicar o comportamento de outros Estados. Neste sentido, enquanto validação simbólica, o exemplo do hino nacional evidencia um padrão cultural nacional particular

⁶⁹ FRANCK, *Legitimacy in International System*. op. cit., p. 729.

Quando sugere exemplos relacionados com a prática do direito internacional contemporâneo – que efetivamente é o que se propõe a discutir – como uma convenção amplamente ratificada ou uma decisão unânime da Corte Internacional de Justiça aponta para fatores importantes da percepção de atores internacionais.⁷⁰ É defensável que uma decisão unânime possa parecer mais legítima e também é perceptível que este é um fator não jurídico – no sentido não previsto pela norma internacional – de atração em direção à obrigatoriedade da norma. Também é defensável que normas com maior número de ratificações tendem a possuir uma noção de obrigatoriedade mais ampla. A observação sobre o argumento de Franck é que não é evidente se a validação simbólica constitui o fator que confere musculatura a estas decisões unânimes e normas universalmente aceitas como válidas já que outros fatores podem ser considerados: normas amplamente aceitas como válidas formam uma rede social mais abrangente em termos de exigência de comportamentos e sentenças unânimes podem refletir convencimentos técnicos objetivos em relação à aplicação da norma.

Argumenta também no sentido da prática diplomática estar revestida de diversos elementos de validação simbólica. Aduz que os títulos de embaixador extraordinário e plenipotenciário, as prerrogativas e imunidades, dos embaixadores, cônsules dentre outros os quais detêm capacidade representativa estão entre os mais antigos dos símbolos e ritos na condução das relações internacionais tendo em vista que o procedimento de acreditar representantes diplomáticos lhes confere pedigree.⁷¹

⁷⁰ “A new rule will have greater difficulty finding compliance, and even evidence of its good sense may not fully compensate for its lack of breeding. Nevertheless, a new rule may be taken more seriously if it arrives on the scene under the aegis of a particularly venerable sponsor such as a widely ratified multilateral convention, or a virtually unanimous decision of the International Court of Justice.” (FRANCK, *Legitimacy in International System*. op. cit., p. 726-727).

⁷¹ FRANCK, *The Power of legitimacy among nations*. op. cit., p. 733.

Determinação e validação simbólica estão conectadas com a terceira variável: coerência a qual para Thomas Franck possui dois sentidos. Regras são coerentes quando casos parecidos são tratados de forma parecida quanto à aplicação da norma e quando uma norma possui sentido em relação a outras normas num dado sistema normativo. Nesta primeira noção, Franck remete ao conceito de integridade de Ronald Dworkin.⁷² O segundo sentido de coerência dá-se quando uma regra, um modelo ou uma validação ritual reúne força se ela é vista enquanto conectada a uma rede de outras regras por um princípio norteador. Este segundo sentido merece a atenção mais detida do autor enquanto uma propriedade/qualidade da norma.

Para exemplificar a terceira propriedade da norma Franck sugere um exemplo simples. Imagine-se a situação hipotética de uma instituição financeira internacional resolvesse perdoar a dívida de países 'do terceiro mundo' num limite de até um bilhão de dólares para os que honrassem com o pagamento de metade do valor devido. O fato de haver um limite total do montante a ser 'perdoado', acordado entre os países concedentes e os beneficiários dos empréstimos faz com que apenas um grupo de países possa receber o benefício. Como implementar o acordado? Estipular uma ordem no pagamento dos créditos pelo critério alfabético (somente os Estados de 'A' a 'N' irão ser beneficiários) seria uma solução possível. A possível decisão possui determinação, mas perde legitimidade porque carece de nexos lógico e prático. Dificilmente alguma questão no direito internacional seria resolvida pelo critério alfabético. A coerência é uma característica que aproxima a decisão do propósito da agência ou da norma. Assim, seria mais 'coerente' conceder

⁷² Idem, *Legitimacy in International System*, op. cit., p. 741.

o 'perdão de dívidas' a partir de critérios como produto interno bruto ou renda per capita.

Franck propõe três exemplos de que coerência é uma chave indicadora de legitimidade: a emergência da autodeterminação, o desenvolvimento da noção de igualdade de Estados e sobre o princípio da nação mais favorecida do GATT.

O primeiro exemplo esclarece que uma norma possui legitimidade quanto mais próximo possível está de seu propósito. O termo autodeterminação surge pós a primeira guerra mundial para conseguir lidar com a questão das minoras étnicas na Europa pós-guerra. Gradualmente a perda de legitimidade da norma é perceptível nas diferentes posições assumidas quanto à independência da Biafra e da Algéria e mesmo nas independências africanas se comparadas com as americanas.

O segundo exemplo diz respeito à adequação entre a norma e os princípios e valores da comunidade na qual Estados estão inseridos. A partir do momento em que um Estado é reconhecido pela comunidade internacional gera-se a noção de pertencer a uma comunidade com regras. Neste tópico Franck acentua a questão do pertencimento à comunidade, mas também faz referência à ilegitimidade dos votos do Conselho de Segurança. Argumenta que a norma que confere suporte aos membros permanentes diz respeito ao mundo em 1945 quando havia uma clareza da responsabilidade das grandes potências, mas que hoje este panorama político está mudado.

O último exemplo diz respeito ao princípio da nação mais favorecida criado pelo 'General Agreement on Tariffs and Trade' que a princípio foi uma tentativa de intensificar o comércio e trazer benefícios a todos os Estados partes.

Contudo na prática o princípio não estava favorecendo países pouco desenvolvidos e então foi criado um sistema de preferências que permite o acesso preferencial temporário de determinados países menos desenvolvidos. O sistema de preferências adequou a razão do princípio da nação mais favorecida que estava perdendo coerência no sistema de comércio mundial.

A coerência é característica ligada ao pertencimento a uma comunidade. Esta característica do comportamento indica que Estados não fazem interações randômicas, mas que aceitam responsabilidades derivadas em uma responsabilidade mais geral que é a de ser membro de uma comunidade.⁷³ Este tipo de caracterização que Franck faz da coerência é semelhante à que Oppenheim faz da base do direito internacional, ou seja, da caracterização de que a obrigatoriedade de uma norma provém da consciência de pertencimento a uma comunidade.⁷⁴ Em virtude de relacionar a regra com os princípios gerais adotados em uma comunidade a coerência é considerada um critério horizontal.

A última propriedade da norma que interfere na percepção de legitimidade por uma comunidade é a aderência a uma hierarquia normativa e à comunidade. Com efeito, é um critério vertical. Muito embora Franck faça referência ao termo hierarquia normativa em nenhum momento a teoria pura do direito ou Hans Kelsen são mencionados no texto.

⁷³ “Thus, in the community of nations, each state must treat discrete obligations that arise only under special circumstances, like the obligation to help a friend who is in great financial need, as derivative from and expressing a more general responsibility active throughout the association in different ways. (...) Rules become coherent when they are applied so as to preclude capricious checkerboarding. They preclude caprice when they are applied consistently or, if inconsistently applied, when they make distinctions based on underlying general principles that connect with an ascertainable purpose of the rules and with similar distinctions made throughout the rule system. Validated membership in the community accords equal capacity for rights and obligations derived from its legitimate rule system.” (FRANCK, M. *Legitimacy in International System*. op. cit., pp. 748 – 751)

⁷⁴ OPPENHEIM, Lassa Francis Lawrence; LAUTERPACHT, H. *International Law: a Treatise. Vol. I – Peace*. (1912). 8 ed., Great Britain: Longmans, Green and Co., 1955. pp. 11, 12, 13 e 17.

Para explicar aderência Franck recorre à Hart e à regra e reconhecimento. Mas como aplicar a regra de reconhecimento em uma sociedade primitiva e descentralizada? Torna-se assim difícil estabelecer um paralelo entre a regra de reconhecimento, normalmente associada na obra Hart ao papel dos tribunais e a prática do direito internacional contemporâneo. A respeito destas perguntas Franck argumenta que embora persevere a caracterização da comunidade internacional como 'primitiva'⁷⁵ é possível encontrar elementos e sofisticação e mesmo identificar normas secundárias como a Convenção de Viena para o Direito dos Tratados e a Carta de São Francisco.

“A rule community operates in conformity not only with primary rules but also with secondary ones—rules about rules—which are generated by valid legislative and adjudicative institutions. Finally, a community accepts its ultimate secondary rules of recognition not consensually, but as an inherent concomitant of membership status. In the world of nations, each of these described conditions of a sophisticated community is observable today, even though imperfectly.”⁷⁶

Para justificar a opção metodológica de adotar H. Hart para explicar aderência é necessário reconhecer que na sociedade internacional existem regras secundárias o que hipoteticamente confere sofisticação a esta comunidade⁷⁷. Este tipo de 'ponte' teórica é necessária para comparar a capacidade do Parlamento Britânico, de tribunais ou a constituição americana de reconhecer normas no interior dos Estados da mesma forma que tratados ou instâncias em nível mundial. Também

⁷⁵ “Hart's critique of the community of states as small and primitive is still widely accepted. Even those who think that the system is at a more sophisticated stage of development might well concede that Hart's misgivings are not wholly unjustified. The recurrence of wars, other conflicts and unremedied injustices invites the appellation "primitive." (FRANCK, *Legitimacy in International System*, op. cit., p. 752)

⁷⁶ FRANCK, *Legitimacy in International System*, op. cit., p. 759.

⁷⁷ De qualquer forma, talvez seja mais acertado admitir que a natureza do direito internacional seja diversa do direito interno dos Estados do que adjetivar a comunidade internacional como 'primitiva' a partir da comparação inadequada com o contexto estatal. Num texto publicado em 1980, Antônio Augusto Cançado Trindade se refere à caracterização da sociedade internacional enquanto primitiva: “(...) há que se examinar com muita cautela e espírito crítico a tese do chamado 'estado primitivo do direito internacional': se há autores respeitáveis que a defendem, como Kelsen, Guggenheim e Scelle, também há os que hoje a rejeitam, como Virally e Ago, concentrando-se nas características essenciais do ordenamento jurídico internacional (...)” (TRINDADE, A. A. C. Apontamentos sobre o uso das ficções no direito internacional. In: *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 184).

em relação à aderência é fundamental compreender que a obrigação de honrar tratados provém mais da condição de sócio do que do consentimento específico.

Em resumo, Thomas Franck propõe quatro propriedades da norma capazes de atrair sujeitos de direito internacional em direção ao seu cumprimento: determinação, validação simbólica, coerência e aderência. Todas são características que aumentam a percepção da norma como legítima nas relações internacionais. O esforço de Franck vale pela tentativa de falar de legitimidade de uma perspectiva normativa e no âmbito do direito internacional enquanto uma ordem descentralizada.

Quando fala de determinação da norma quer demonstrar que a clareza, univocidade e percepção compartilhada do comando criam a propensão maior ao cumprimento do que a hipótese de sua ausência. A validação simbólica evoca elementos sociológicos e ritualísticos que criam a percepção de pedigree de regras. Pode-se dizer que tanto coerência quanto aderência possuem relação de pertencimento à sociedade internacional; coerência no sentido de adequação aos princípios, valores e propósito da norma e aderência num sentido quase luhmaniano, ou seja, do reconhecimento de regras a partir de um sistema interno de reconhecimento de regras válidas, sejam decisões, sejam leis escritas.

Finalmente, restam ainda algumas poucas considerações sobre a contribuição de Thomas Franck. No livro de 1990 acrescenta dois capítulos sobre temas sobre os quais não havia feito menção no artigo de 1988. Os temas são legitimidade e comunidade e legitimidade e justiça. As perguntas básicas feitas nestes capítulos são, respectivamente, a respeito do conceito de obrigatoriedade da norma enquanto resultado de uma ordem social coercitiva e, se a justiça não pode

ser considerada um elemento na legitimidade da norma internacional como é o caso, por exemplo, dos direitos humanos.

No capítulo intitulado “Why not Justice?”, Thomas Franck aponta duas razões para a justiça não ser incluída entre os fatores que produzem legitimidade: um fator operacional e um fator teórico. O fator operacional é que justiça só pode ser feita a pessoas e não a entidades coletivas. Assim, é possível dizer que o Tratado de Versailles fez uma injustiça com a Alemanha no final da primeira grande guerra em relação ao que os alemães sofreram com a inflação, desemprego e perdas sociais enquanto conseqüências da imposição de reparações. O fator teórico relaciona-se com distinção entre legitimidade e justiça. Muito embora haja relação sinérgica entre estes dois conceitos e ambos tendam a atrair em direção à obediência não coerciva, nenhum é variável dependente do outro.⁷⁸

O tema da justiça neste trabalho de Thomas Franck remete aos postulados do positivismo jurídico. Isto porque Kelsen é enfático em reafirmar que justiça e a injustiça não são qualidades de uma norma, mas qualidades do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é o sentido.⁷⁹ As proposições da teoria geral descritiva de Hart por sua vez afirmam que não há nenhuma conexão conceitual necessária entre o conteúdo do direito e o conteúdo da moral e, portanto, disposições perversas podem ser válidas como regras ou princípios jurídicos⁸⁰. É neste sentido que se pode sugerir que o trabalho de Franck é marcado por duas características do positivismo jurídico: centralidade do debate na norma e distinção clara entre norma jurídica e moral.

⁷⁸ FRANCK, *The Power of legitimacy among nations*. p. 209.

⁷⁹ KELSEN, Hans. *O problema da Justiça* (1960). São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 9.

⁸⁰ HART, H. L. A.. *Post scriptum al concepto de derecho* (1994). Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2000. p. 49.

Outra consideração de Franck em atenção ao tema da justiça é que no sistema internacional até agora o objetivo é montar um sistema legal de tal forma legitimado que exerça uma atração não coercitiva em direção ao seu cumprimento. A meta de assegurar a justiça neste sistema de regras é de segunda e não a primeira ordem na agenda global.⁸¹ Esta afirmação de Franck reforça a centralidade da análise na norma e não na aplicação da norma pela autoridade.

O elemento justiça como propriedade que confere legitimidade à norma não é definitivamente um tópico unânime nos discursos teóricos legais. Nem o positivismo formalista de Kelsen nem o decisionismo de Carl Schmitt anuem com a tese da legitimidade da norma a partir do critério da justiça. Influenciado por Carl Schmitt, Hans Morgenthau compartilha a visão que a ética e a justiça não possuem relação com o direito internacional.⁸² Em sua última obra no campo da teoria legal, 'La Réalité des normes. En particulier des normes du droit international' (1934), Morgenthau, enfatiza o aspecto da validade de normas internacionais mas numa acepção diferente da de Kelsen: "for him, such validity was not, however, constituted by relations of systemic delegation (as in Kelsen but by the norm abstract ability to determine the content of someone's will)."⁸³ É neste sentido que embora haja uma aproximação de Franck em relação ao positivismo jurídico, é bem verdade que também outras correntes teóricas – embora de forma diversa – insistirão que a justiça não é propriedade da norma, mas faculdade dos atores, agentes, dos sujeitos de direito.

⁸¹ FRANCK, *The Power of legitimacy among nations*. op. cit., p. 210.

⁸² "The appeal to moral principles in the international sphere has no universal meaning. It is either so vague as to have no concrete meaning that could provide rational guidance for political action, or it will be nothing but the reflection of the moral perceptions of a particular nation." (KOSKENNIEMI, Martti. Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the image of Law in International Relations. In: BYERS, Michael (org.). *The role of Law in International Politics: essays in international relations and international law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 23)

⁸³ KOSKENNIEMI, In: BYERS, op. cit., p. 22.

Sobre a questão da justiça e da universalidade dos direitos humanos Thomas Franck publicou o texto “Are Human Rights universal” em fevereiro de 2001 na *Foreign Affairs* o qual auxilia na compreensão da localização do elemento moral na questão da legitimidade. Franck questiona a universalidade dos direitos humanos a partir da possibilidade da existência de diferentes sistemas de valores morais, o que ele denomina de ‘cultural exceptionalism’. Argumenta que existe hoje um conflito entre um mundo imaginado no qual cada pessoa é livre para desenvolver seu próprio potencial e outro no qual a identidade e significados das pessoas devem derivar exclusivamente de acordo com fatores imutáveis: genética, territorialidade e cultura.⁸⁴

O texto “Are Human Rights universal?” defende a idéia da prevalência dos direitos humanos sobre excepcionalidades culturais. A partir da retomada da história européia argumenta que os padrões mínimos dos direitos não são uma tradição cultural ocidental conforme muitas vezes o direito internacional é visto. No texto não há referência à justiça ou moral universal. Embora lhe pareça mais apropriada a idéia de direitos humanos universais, entende que a legitimidade é fruto de processos culturais e específicos. Na verdade o que existe são batalhas de idéias poderosas, do tipo que sacodem os pilares da história.⁸⁵

1.1.4 Legitimidade em Carl Schmitt: status quo e flexibilização da legalidade

⁸⁴ “It is a deadly earnest conflict between an imagined world in which each person is free to pursue his or her individual potential and one in which persons must derive their identities and meanings exclusively in accordance with immutable factors: genetics, territoriality, and culture. (FRANCK, Thomas. Are the Human Rights univesal? In: *Foreign Affairs*. Vol. 80, nr. 01. New York: Council on Foreign Relations, 2001. p. 10).

⁸⁵ “If the fight against cultural exceptionalism is to be made effective, it needs military and fiscalresources. It needs a common strategy involving governments, intergovernmental organizations, NGOS, business, and labor. But let there be no mistake: the fight is essentially one between powerful ideas, the kind that shake the pillars of history. (FRANCK, *Are the Human Rights univesal?* op. cit., p. 10).

O jurista Carl Schmitt talvez tenha escrito mais sobre legitimidade na perspectiva jurídica do que seus pares, juristas alemães do início do século XX. Na sua 'Verfassungslehre' (Teoria de Direito Constitucional) de 1928 localiza a questão no sentido tradicional da relação entre legalidade e legitimidade no contexto europeu no início do século XX, a saber, a partir da questão da sucessão dinástica no contexto monárquico. Leciona que as monarquias do século XIX tentaram do ponto de vista teórico argumentar pelo princípio da legitimidade como um fundamento normativo de sua existência. Com isto conferiam-se uma característica representativa muito embora legitimidade e representatividade sejam conceitos completamente distintos. A legitimidade para Carl Schmitt por si só fundamenta tanto a autoridade quanto o poder e a representatividade.⁸⁶ No tempo da mais intensiva existência política das monarquias significavam elas monarquias absolutistas e isto significava 'legibus solutus' ou seja, legislar por si e então a renúncia à legitimidade. Por isso afirma Carl Schmitt que a tentativa no século XIX de restauração das monarquias foi somente uma tentativa de estabilizar juridicamente um status quo.⁸⁷

O aparecimento do Estado na Europa está intimamente ligado à noção de legitimidade na perspectiva constitucional de Carl Schmitt. No continente europeu, Espanha, França e Alemanha desenvolveram-se como Estados modernos territoriais na medida em que o principado tornou-se poder absoluto a partir do princípio da legitimidade do status quo no qual todo feudo se baseava.⁸⁸ Assim, a noção tradicional de legitimidade na perspectiva da formações de diversos Estados

⁸⁶ "Legitimität und Repräsentation sind zwei völlig verschiedene Begriffe. Legitimität für sich allein begründet weder Autorität noch Potestas noch Repräsentation." (SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre* (1928). Achte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. p. 212)

⁸⁷ "In der Zeit ihrer intensivsten politischen Existenz nannte sich die Monarchie absolut; das bedeutete legibus solutus, also gerade den Verzicht auf die Legitimität." (SCHMITT, op. cit., p. 212)

⁸⁸ "Auf dem europäischen Festland, in Spanien, Frankreich und in deutschen Territorialstaaten, entwickelt sich der moderne Staat dadurch, daß der Fürst 'absolut' wird, d.h. die wohlverordneten feudalen und ständischen rechte beseitigt und das Prinzip der Legitimität des status quo, auf welchem jener feudale Zustand beruhte, durchbrach und vernichtete." (SCHMITT, op. cit., p. 48-49)

européus oferece uma pluralidade de significados que oscilam entre o fundamento da autoridade, do poder e da representatividade mas também a noção de continuidade do poder político, na perspectiva da sucessão hereditária⁸⁹ conforme será também explorada por Hans Kelsen quanto atribui ao princípio da legitimidade uma função de solução de continuidade para os processos revolucionários capazes de causar rupturas na ordem constitucional.⁹⁰ A legitimidade enquanto *status quo* também pode ser encontrada na literatura schmittiana em outros contextos como na instauração de determinada ordem política por um Estado ou revolução vencedora. Nesta lógica é que Carl Schmitt atribui ao conceito de legitimidade no contexto dinástico um papel de fundamentação da geração política seguinte às revoluções republicanas.⁹¹

Em um primeiro momento parece que Carl Schmitt só poderia ser aplicado ao direito internacional num contexto de abstração de suas teorias constitucionais, tanto em relação ao jovem Carl Schmitt escrevendo sobre decisionismo quanto em relação à obra tardia defendendo que ser soberano é decidir na exceção. Muito embora Carl Schmitt tenha escrito mais sobre legitimidade no contexto constitucional – assim como Hans Kelsen – vale o registro que Schmitt ofereceu contribuição notável no campo do direito e da política internacional.⁹² O

⁸⁹ Estes tópicos serão retomados ainda no terceiro capítulo quando for tratado com particularidade a leitura que Hans Kelsen faz do tema da legitimidade. A respeito da legitimidade na perspectiva da sucessão dinástica: LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002. p. 65 e SCHMITT, Carl. *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte*. In: SCHMITT, Carl. *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte: Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht* (1941). Berlin: Duncker & Humblot, 1991. p. 282.

⁹⁰ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State* (1945). Third printing. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1949. p. 117.

⁹¹ “Der dynastische Legitimitäts Begriff, auf welchem die innerpolitische Ordnung der Heiligen Allianz beruhte, ging in den demokratischen Revolutionen der folgenden Generation zugrunde. Aber selbstverständlich versucht jeder Sieger, dem durch den Sieg erreichten politischen Zustand die Garantie der Legitimität zu geben...” (SCHMITT, op. cit., p. 40)

⁹² A este respeito alguns dos textos mencionados neste trabalho que tratam de temas de direito e política internacional são: SCHMITT, op. cit., SCHMITT, Carl. *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte: Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht* (1941).

conjunto destas reflexões permitem avaliar a questão da legitimidade tanto a partir de características gerais do sistema jurídico (decisionismo) como de análises de casos concretos acerca de política internacional (neutralidade, pirataria e anistia, por exemplo).

Ainda no campo da teoria jurídica schmittiana o estudo de Richard Falk busca estabelecer a distinção entre legalidade e legitimidade em particular no campo do uso da força nas relações internacionais. O artigo intitulado 'Legality and Legitimacy: the quest for principled flexibility and restraint' de 2008, relaciona a noção de legitimidade com a de legalidade. Após o 11 de setembro e em particular na guerra contra o Iraque, os EUA enfatizam a política e a segurança associadas ao recurso à guerra preemptiva ou 'anticipatory self defense'. A questão então trazida por Falk é relativa à evocação do termo legitimidade como uma base para a validação do uso da força. Este uso reconhece a autoridade da lei que serve às necessidades normais da sociedade global e também sua disfuncionalidade (lei), quando determinadas situações excepcionais precisam ser administradas.

“(...) to engage in behavior that is admittedly ‘illegal’ seems to diminish respect for law more than to contend that incompleteness or new circumstances produce reasonable exceptions to law that should be constrained by principled considerations and treated as temporary. In this usage of legitimacy it might be better to think of the exception as quasi-legal rather than in the seminal usage of Carl Schmitt as political.”⁹³

O que Falk denomina de dilema reconsiderado entre legalidade e legitimidade parte da utilização do uso que Carl Schmitt fazia da vontade política no contexto da ditadura nacional socialista emergente. A utilização de Falk faz das idéias de Schmitt é bastante sugestiva considerando que a dificuldade da vinculação imediata das idéias do jurista alemão com a prática jurídica do direito internacional.

Berlin: Duncker & Humblot, 1991. SCHMITT, op. cit.,.

⁹³ FALK, Richard (org.). *The costs of war: international law, the UN, and world order after Iraq*. New York: Routledge, 2008. p. 132.

De qualquer forma é oportuno ter presente algumas idéias básicas de Carl Schmitt para compreender melhor as considerações de Falk. Fazer referência à teoria legal de Schmitt também possibilita a apreciação mais aprimorada desta tese já que ele foi um dos mais significativos opositores de Hans Kelsen.

A distinção entre legalidade e legitimidade originou-se no contexto das relações no Estado/sociedade. A arena legal na Alemanha no entre guerras foi palco de complexas e marcantes controvérsias jurisprudenciais sobre como conceber a legalidade em circunstâncias onde a ordem política é tomada de assalto por um movimento autoritário como o nacional socialista. Procurando lidar com os limites da legalidade num Estado onde os negócios políticos funcionam fundamentalmente diferentes, as controvérsias jurídicas giravam em torno da possibilidade dos cidadãos terem autoridade final mediante a representação legislativa ou possibilitando que a legalidade fosse temperada por normas societárias ou interpretadas pelas Cortes ou sujeitas aos decretos de emergência determinados pela autoridade soberana.⁹⁴ No contexto histórico da Alemanha, a influência do positivismo é muitas vezes responsabilizada pelo aparecimento do nazismo, encorajando a passividade e obediência dos cidadãos alemães. Por outro lado é questionável que a ótica da lei tenha obstruído a ascensão do partido nacional socialista ao poder absoluto. Este jogo de forças entre legalidade constitucional e legitimidade do poder revolucionário reflete o argumento que um poder instaurado é um poder legítimo e que novos padrões legais são instaurados a partir da efetividade deste poder enquanto promotor de ordem social.

Fazendo a transição destas idéias gerais para o contexto da atuação dos EUA nos conflitos no Kosovo e no Iraque, Falk registra que juristas concluíram que a

⁹⁴ FALK, op. cit., p. 133

proibição do uso da força sem o respaldo do Conselho de Segurança foi seriamente erodida ou comprometida por práticas inconsistentes, algumas razoáveis outras não.⁹⁵ Acrescenta que a Comissão de Direito Internacional interpretou que a prática dos Estados não altera a legalidade da Carta das Nações Unidas e não enfraquece as normas a respeito do uso da força. Duas questões emergem: primeiro, o direito internacional continua a ser dependente da soberania dos Estados nacionais o que em última análise não seria diferente do que Kelsen defendia.⁹⁶ Segundo, uma decisão de direito deve ser dada pela autoridade competente quando existe uma situação de exceção à norma. Esta decisão política em Schmitt é a aplicação da legitimidade em Falk.

“Legality clarifies the core obligations relating to force, while legitimacy tries to identify and delimit a zone of exception that takes account of supposedly special circumstances. It is so far a problematic and controversial means of achieving flexibility, because the delimitation proposed lacks endorsement by the United Nations or acceptance by governments of leading states.”⁹⁷

É necessário mencionar que Carl Schmitt não argumenta expressamente quanto à legitimidade enquanto flexibilização da legalidade. A interpretação de Falk é baseada nas concepções schmittianas que uma postura pode ser ilegal e legítima ao mesmo tempo e que a ordem política determina a ordem jurídica. A partir das idéias de Schmitt e de uma afirmação de Anne Marie Slaughter que a eventual recusa de legitimidade às atuações americanas na segunda guerra do Golfo deu-se não em razão do recurso ao uso da força no contexto não defensivo mas na falha da administração Bush em demonstrar com clareza sua própria rationale em relação a guerra, Falk argumenta que em somente duas situações a legitimidade pode exercer

⁹⁵ “Some legal scholars concluded that the legal prohibition embodied in the Charter had been seriously eroded or compromised by inconsistent patterns of practice, some reasonable, others not.” (FALK, op. cit., p. 133)

⁹⁶ “The norms of international law are mostly incomplete norms; they require completion by norms of national law. The international legal order presupposes the existence of the national legal orders. (...) In this sense, the international legal order delegates to the national legal orders the completion of its own norms. (KELSEN, op. cit., p. 205)

⁹⁷ FALK, Richard op. cit., p. 133

papel positivo como uma medida de flexibilização dos constrangimentos legais: no caso de necessidade humanitária (cita Kosovo, Darfur, Sudão) e em circunstâncias de necessidade defensiva (cita o conflito no Oriente Médio em 1967 e Afeganistão em 2002).⁹⁸ Falk sustenta que a ‘racionale’ moral e política destes conflitos, nas circunstâncias específicas indicadas, tiveram o amparo do Secretário Geral e de especialistas no sentido de já estarem incorporadas na Carta das Nações Unidas se ela for corretamente entendida.

“In other words, the gap between legality and legitimacy is not a matter of substantive standard, but interpretative clarity. Whether this is the proper approach to a concern about the limits of legality itself deserves further debate. By incorporating though interpretation changing circumstances, flexibility is achieved, but the clarity of an inhibiting text is definitely weakened.”⁹⁹

A idéia de legalidade enquanto flexibilização da legalidade ou mesmo numa posição de oposição aparece na literatura schmittiana ainda no opúsculo ‘Theorie des Partisanen` de 1963 onde discute a participação de generais Franceses, com atenção especial ao General Salan e à atuação da Organization d’ Armée Secrète - OAS sob o comando de De Gaulle em insurreições na Guerra da Indochina (1946/1954). A questão jurídica levantada é a contraposição ou relação entre legalidade e legitimidade na atuação de milicianos civis em defesa de uma causa nacionalista. Neste caso Schmitt argumenta que embora a legalidade esteja em jogo determinados valores como a fidelidade aos valores da pátria legitimam determinadas atuações.¹⁰⁰

⁹⁸ “The positive role played by legitimacy is to impart a measure of flexibility with respect to the application of legal constraints on the use of international force in two, and only two, sets of circumstances: conditions of humanitarian necessity (Kosovo, Darfur, Sudan) and circumstances of defensive necessity (1967 War in the Middle East. Afghanistan War of 2002).” (FALK, op. cit., p. 149)

⁹⁹ FALK, op. cit., p. 133

¹⁰⁰ “Er (Salan) berief sich gegen den Staat auf die Nation, gegen die Legalität auf eine höhere Art Legitimität. Auch der General de Gaulle hatte früher oft von traditionaler und nationaler Legitimität gesprochen und sie der Republicanischen Legalität entgegengesetzt.” (SCHMITT, op. cit., pp. 83-87.

A interpretação de Richard Falk acerca das reflexões de Carl Schmitt sobre a relação entre legalidade e legitimidade a partir da atuação dos EUA nos conflitos no Kosovo em 1999 e no Iraque em 2003 permitem perceber pelo menos duas noções de legitimidade no contexto do direito internacional. A primeira é a noção de legitimidade enquanto reputação frente à comunidade internacional. Esta noção debate no quanto a legitimidade é relacionada com o decoro diplomático como efetivo uso do poder hegemônico e, acima de tudo, relacionada com o comportamento substantivo que exhibe respeito pelos princípios de direito internacional. Legitimidade neste contexto diz respeito no plano abstrato aos valores que são expressos na opinião pública e no plano concreto à violação de princípios como a não intervenção e mesmo de normas como uso ilegal da força interpretado pela Comissão de Direito Internacional como norma *jus cogens*.¹⁰¹ O resgate de Carl Schmitt por Falk indica que a este respeito:

“The Schmitt perspective, arising in the context of emergent Nazi dictatorial rule, was supportive of the view that ‘legitimacy’ was essentially an expression of political will that was inherently rooted in sovereignty, and took precedence over deference to ‘legality’ in the internal and international operations of government.¹⁰²”

A segunda noção é a da legitimidade enquanto flexibilização da norma em circunstâncias onde a legitimidade parece estar em contradição com a legalidade. Neste caso a noção de razão política e moral de uma conduta ganham peso relativo e o tema ruma para o debate constitucional acerca da solução jurídica para o problema da legalidade da nova ordem constitucional instaurada por uma revolução. Considerando a inexistência de uma constituição ou um poder centralizado no plano internacional a contribuição de Falk sugere a legitimidade enquanto flexibilização da

¹⁰¹ SHAW, Malcom N.. *International Law*. Fourth Edition. United Kingdom: Cambridge University Press, 1997. p. 117

¹⁰² FALK, op. cit., p. 148.

legalidade a partir do exercício do poder ao mesmo tempo em que exige coesão legal para que isto ocorra.

Ainda uma terceira noção de legitimidade não mencionada por Falk poderia ser acrescentada: a noção de legitimidade enquanto princípio do status quo a qual é diversa das concepções de valor, consenso, consentimento e atratividade para o cumprimento muito embora possua relação com o plano jurídico. A noção de legitimidade a partir do princípio do status quo remete ao Estado nacional tanto no plano interno quanto no externo. No plano interno Schmitt faz remissão ao poder absoluto das monarquias europeias e também a instauração das revoluções. Esta noção jurídica de legitimidade na perspectiva constitucional é compartilhada por Hans Kelsen conforme o princípio da legitimidade formulado na teoria pura do direito que será estudado com maior rigor no capítulo terceiro.¹⁰³ Neste caso então um poder revolucionário – e as normas jurídicas que dele emanam - é legítimo na medida em que existe ordem social após as iniciativas revolucionárias mesmo que o novo governo não esteja de acordo com o antigo regime constitucional.

No plano do direito internacional a legitimidade a partir do status quo pode ser identificada no reconhecimento de Estados, ou seja, pode ser observada tanto na formação dos Estados modernos como um ‘estado político’ quanto nos processos de nascimento de Estados admitidos pelo direito internacional. O arrefecimento da noção de continuidade dinástica contudo fez com que a doutrina gradualmente substituísse o critério da legitimidade pelo critério declaratório de um poder de fato.¹⁰⁴ Neste importante capítulo dogmático do direito internacional a efetividade do

¹⁰³ “The validity of legal norms may be limited in time, and it is important to notice that the end as well as the beginning of this validity is determined only by the order to which they belong. They remain valid as long as they have not been invalidated in the way which the legal order itself determines. This is the principle of legitimacy.” (KELSEN, op. cit., p. 117)

¹⁰⁴ Neste contexto que a doutrina aponta que o reconhecimento de Estados pode se dar por meio da doutrina da legitimidade ou da doutrina declaratória ou ‘de facto’. “The doctrine of legitimacy

poder gera legitimidade e legalidade de uma ordem política instaurada e reconhecida.

Se tomados em conjunto as diferentes nuances da questão da legitimidade em Carl Schmitt, a reputação, o status quo e a flexibilização da legalidade reúnem-se sob a noção de direito internacional estatocêntrica e, conseqüentemente, no plano do direito internacional, sob a égide do voluntarismo, o que em termos de legitimidade de normas internacionais traduz-se em consentimento.

1.1.5 Legitimidade enquanto consenso nas lições de Jürgen Habermas

Habermas enfatiza a questão da legitimidade a partir do papel da validação discursiva. Algumas obras são fundamentais para compreender o que Habermas compreende por legitimidade, a saber, 'Faktizität und Geltung: beitrage zur Discurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats' de 1992, 'Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus', de 1973 e 'Communication and the evolution of society' de 1979 do qual se extrai a seguinte definição:

"Legitimacy means that there are good arguments for a political order's claim to be recognized as right and just; a legitimate order deserves recognition. Legitimacy means a political order's worthiness to be recognized. This definition highlights the fact that legitimacy is a contestable validity claim; the stability of the order of domination (also) depends on its (at least) de facto recognition. Thus, historically as well as analytically, the concept is used above all in situations in which the legitimacy of an order is disputed, in which, as we say, legitimation problems arise. One side denies, the other asserts legitimacy. This is a process (...)"¹⁰⁵

maintains that every government that comes to power in a country depends for its legality, not upon mere de facto possession, but upon its compliance with the established legal order of that country. (...) In the latter sense, the legitimate right of a government to rule is derived from the fact of its having actually ruled, until the effort to maintain itself had become hopeless (...)The alternative to the legitimist doctrine is the theory that the existence of a government within a State is a question of fact. The fact that a person or a group of persons governs is the decisive test of the existence of the government and its right to rule." (CHEN, op. cit., pp. 105, 106 e 117)

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. *Communication and the evolution of society*. Boston: Beacon Press, 1979. pp. 78-79.

A definição de legitimidade proposta por Habermas no ‘Communication and the evolution of society’ pertence ao sistema de idéias de sua teoria da ação comunicativa. A definição proposta refere-se à legitimidade na esfera política e, no sentido do significado no sistema teórico habermasiano, enfatiza o papel da validação pelo discurso. É possível afirmar que é mais adequado buscar a noção de legitimidade habermasiana no campo do direito internacional em textos mais recentes, a saber, Tanner Lectures de 1986 onde propõe a pergunta como a legitimidade é possível através da legalidade ou em artigos recentes como ‘Constitucionalização do direito internacional e o problema quanto à legitimação de uma sociedade global constituída’ onde debate um dos temas emergentes da sociedade internacional: a constitucionalização do direito internacional, de 2008.¹⁰⁶

Na forma como Habermas compreende a questão da legitimidade o primeiro ponto a ser destacado é que não obstante Habermas não compreenda a legitimidade enquanto uma propriedade ou característica da norma conforme as reflexões de Thomas Franck, a noção de legitimidade não deixa de pertencer ao campo jurídico já que prefere pensar na legitimidade como um processo social que atua no sistema jurídico. Desta forma, legitimidade não é uma característica da norma, mas sim uma característica do sistema normativo. A diferença neste caso reside no fato da força de legitimação do processo atuar como um resultado da racionalidade comunicativa.¹⁰⁷

¹⁰⁶ O título original do artigo é “Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft” e a tradução é livre do autor. O texto é uma réplica o livro “Anarquia da liberdade comunicativa” (“Anarchie der kommunikativen Freiheit”) de Peter Niesen e Benjamin Harborth o qual questiona as suposições da teoria da ação comunicativa de Habermas relativas ao plano internacional.

¹⁰⁷ “Habermas stellt hier den sachlich-argumentativen Aspekt in den Vordergrund, interpretiert also das rechtlich institutionalisierte verfahren funktional als Weg zur Erzielung vernünftiger Ergebnisse. Die legitimierende Kraft des Verfahrens beruht auf der Freisetzung kommunikativer Rationalität.” (NEUMANN, Ulfrid. Theorie der juristischen Argumentation. In: NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2008).

Para Habermas a crise de legitimidade do direito é uma herança do princípio da subjetividade da filosofia moderna:

“O pragmatismo, a fenomenologia e a filosofia hermenêutica elevaram as categorias da ação, da fala e da convivência cotidianas a um nível epistemológico. (...) Esses sistemas de saber, que são a arte e a crítica, a ciência e a filosofia, o direito e a moral separam-se tanto mais da comunicação cotidiana quanto mais estrita e unilateralmente se envolveram com uma função da linguagem e em um aspecto de validade”.¹⁰⁸

A caracterização que Habermas faz da sociedade internacional e dos desafios para a constitucionalização do direito internacional oferece importantes elementos para a compreensão do papel da legitimidade. Para Habermas a constitucionalização do direito internacional deve confrontar três planos de sistemas distintos: o supranacional, o transnacional e o regional. Enquanto a organização mundial, formada por Estados nacionais é construída hierarquicamente, e para dela participar existem relações de direito, as formas de interação no plano transnacional caracterizam-se por serem heterárquicas.¹⁰⁹

Existem consequências da teorização acerca da composição da sociedade global em termos de indivíduos e Estados nacionais interagindo em nível supranacional, transnacional e regional. Estas consequências podem ser compreendidas em pelo menos três sentidos: a metodologia aplicada à compreensão da sociedade internacional, a forma como a sociedade internacional passa do estado de natureza para uma sociedade constitucionalmente organizada e as exigências políticas para que a constitucionalização do direito internacional possa se efetivar. Estas três consequências em nível teórico dizem respeito ao problema da legitimização de uma sociedade global constituída.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp.470-471.

¹⁰⁹ “Während die Weltorganisation hierarchisch aufgebaut ist und für ihre Mitglieder bindendes Recht setzt, sind die Interaktionsformen auf transnationaler Ebene heterarchisch geprägt.”(HABERMAS, op. cit., In: BRUGGER; NEUMANN, op. cit., p. 364).

O modelo de análise de Habermas diferencia-se da metodologia dos níveis de análise encontrada no teor dos primeiros debates acerca de Teoria de Relações Internacionais na produção teórica nos Estados Unidos da América. Em vez de utilizar as categorias dos três debates em termos de sistema internacional vs. Estado, Estado vs burocracia e burocracia vs indivíduo, Habermas propõe que Estado e indivíduo estejam em constante interação em núcleos societários que possuem diferentes valores, interesses e objetivos aglutinadores: supranacional, regional e transnacional. Verdade é que estas metodologias prestam-se a diferentes objetivos científicos. Os níveis de análise foram originalmente propostos para avaliar o comportamento do sistema internacional em relação ao comportamento dos Estados e vice versa.¹¹⁰ Os três planos do sistema global foram propostos para debater o problema da legitimidade na constitucionalização do direito internacional.¹¹¹ Os dois sistemas, contudo dizem respeito aos métodos de avaliação do comportamento da sociedade internacional.

O reconhecimento da interação entre indivíduos e Estados na conformação de uma sociedade civil internacional é um dos tópicos da teorização de política internacional de Habermas que sofreu críticas. Dentre estas se destaca a contribuição de Peter Niesen e Benjamin Herborth aos quais Habermas está respondendo em seu artigo 'Konstitutionalisierung des Völkerrechts'. Uma das principais questões levantadas no livro organizado por Niesen e Harborth é sobre o

¹¹⁰ HOLLIS, M.; SMITH, S. *Explaining and Understanding International Relations*. Oxford: Clarendon Press, 1990. pp. 07 e 09.

¹¹¹ "Jede begriffliche Konstruktion einer Verrechtlichung der Weltpolitik muss heute von Individuen und Staaten als den beiden Kategorien von weltumfassenden Subjekten ausgehen." (HABERMAS, Jürgen. *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft*. In: BRUGGER; NEUMANN; KIRSTE, op. cit., p. 369).

momento em que a sociedade moderna deixa de ser anárquica e passa a ser uma sociedade constituída em termos de política internacional.¹¹²

A resposta de Habermas a esta questão é que a analogia ao contrato social da filosofia moderna é possível a partir de uma abstração procedida pela racionalidade do discurso jurídico que os Estados de direito adotaram. Desta forma argumenta que a constitucionalização dos Estados nacionais é possível ser reconstruída como se os indivíduos iguais e de livre vontade a partir de uma vontade racional tivessem saído do Estado de natureza.¹¹³

Para Habermas, toda a construção conceitual de uma judicialização da política mundial deve hoje partir de indivíduos e Estados enquanto categorias de sujeitos legisladores constitucionais em nível internacional. Este é o argumento em resposta à Thomas Nagel que defende a representação dos indivíduos pelas instituições:

“I believe that the newer forms of international governance share with the old a markedly indirect relation to individual citizens and that this is morally significant. All these networks bring together representatives not of individuals, but of state functions and institutions. Those institutions are responsible to their own citizens and may have to play a significant role in support of social justice for those citizens and may have to play a significant role in support of social justice for those citizens. But a global or regional network does not have a similar responsibility of social justice for the combined citizenry of all the states involved, a responsibility that if it existed would have to be exercised collectively by the representatives of the member states.”¹¹⁴

¹¹² “Auf welche Weise läßt sich das anarchische Moment kommunikativer Freiheit in der internationalen Politik am ehesten zur Geltung bringen?”(NIESEN, Peter; HERBORTH, Benjamin (hg.). *Anarchie der kommunikativen Freiheit. Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007).

¹¹³ “Die Analogie zum Gesellschaftsvertrag legt im Hinblick auf die Konstitutionalisierung des Völkerrechts die gleiche Abstraktion eines Naturzustandes nahe, die in der Tradition des Vernunftrechts vorgenommen worden ist, um einen kritischen Maßstab für die Konstitutionalisierung des Staatenrechts zu gewinnen. (...) Dem klassischen Fall ist das Gedankenexperiment eines ‘Ausgangs aus dem Naturzustand’ angemessen, welches die Staatsgealt so rekonstruiert, als sei sie aus dem vernünftigen Willen freier und gleicher Individuen hervorgegangen.” (HABERMAS, op. cit., In: BRUGGER; NEUMANN; KIRSTE, op. cit., pp. 369).

¹¹⁴ NAGEL, THOMAS, The problem of Global Justice. In: *Philosophy & Public Affairs*, 33/2(2005), p. 139, *apud* HABERMAS, op. cit., In: BRUGGER; NEUMANN; KIRSTE, op. cit., pp. 369

O debate teórico quanto à natureza do corpo legislativo de uma Constituição de direito internacional revela um dos mais importantes aspectos da problematização da legitimidade para Habermas: a participação democrática consciente que reflita a natureza real da sociedade internacional. A adoção da terminologia ‘weltverfassunggebenden Subjekten’ remete à noção de sujeito da história da matriz hegeliana-marxista, bem conhecidas do jovem Habermas enquanto expoente da Escola de Frankfurt.

Quanto às exigências políticas para que a constitucionalização do direito internacional possa se efetivar Habermas adverte para os desafios que as conjunturas intergovernamentais encontraram nos referendos e nos bloqueios políticos conforme o caso do Tratado de Lisboa. A fim de contemplar os planos regional, transnacional e supranacional, a constitucionalização do direito internacional pode assumir um papel de uma constituição cosmopolita que contemple os cidadãos e os Estados do mundo. Esta concepção de Habermas coordena-se com a noção que o Estado é um personagem autônomo no direito internacional que pode atuar como um entrave na mediação entre cidadãos e o plano internacional, argumento este que reforça a necessidade de um direito universal que prescindia do consentimento formal estatal.¹¹⁵

A proposta prática de Habermas é a formação de uma organização mundial com as funções de assegurar a segurança internacional e a ajuda humanitária bem como representar a sociedade internacional integrando Estados e

¹¹⁵ “Much of the demand for international law has been filled by treaties accepted as binding by state parties. Treaties, however, are unable to serve all the international legal requirements of the contemporary world. Treaties often require considerable time to be negotiated, adopted and brought into force. It is also impracticable to have treaties on all subjects of international law. Most importantly, states’ adherence to treaties rarely approaches universal participation.” (CHARNEY, Jonathan I. *Universal International Law*. In: *American Journal of International Law*, vol. 87, nr. 04, oct. 1993, p. 551).

cidadãos garantindo a unidade do ordenamento jurídico global. Esta organização seria composta de parlamentares eleitos na representação dos Estados de cidadãos do mundo que poderiam ser reunidos alternativamente em duas câmaras. Este parlamento mundial teria ainda a função legislativa no sentido de interpretar e aprimorar a Carta.¹¹⁶

Em virtude da natureza do tema e das exigências políticas da atividade legislativa os estudos teóricos sobre a constitucionalização do direito internacional oferecem contribuições significativas para o estudo da legitimidade e mesmo para a questão da norma fundamental.¹¹⁷ As reflexões de Habermas não fogem à regra. É possível destacar, além do elemento democrático, outras características do conceito habermasiano de legitimidade. Resgatando a definição, citada acima, de caráter mais político, de 1979, em conjunto com as mais recentes, com viés mais jurídico, para Habermas legitimidade é um processo que reconhece a ordem política em termos de argumentos racionais justos e corretos. A legitimidade permite a contestação da validade de uma ordem legal e a legitimidade possui relação com a adequação à conformação política da sociedade a fim de criar normas jurídicas. Neste último sentido, legitimidade é um pressuposto da criação e da validade de normas.

¹¹⁶ HABERMAS, op. cit., In: BRUGGER; NEUMANN; KIRSTE op. cit., pp. 370-71.

¹¹⁷ Outras contribuições que tratam da questão da legitimidade em função da constitucionalização do direito internacional na perspectiva da fragmentação de atores são: LIXINSKI, Lucas. A review of Nicolas Tsagourias, ed., *Transnational Constitutionalism: International and European Models*. In: *German Law Journal*, vol. 09, nr.12. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/> Acesso em: dezembro de 2009; TSAGOURIAS, Nicolas (ed.) *Transnacional Constitutionalism: International and European Models*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; TEUBNER, Gunter. *Global Bukowina: Legal pluralism in the world society*. In: TEUBNER, G..(org.). *Global Law without a State*. Darmouth Publishing Co. Ltd. Aldershot, 1997. pp. 3-28. KENNEDY, David. One, Two, Three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. In: *N.Y.U. Review of Law and Social Change*. Nr. 657, Vol. 31:64. New York: New York University School of Law, 2007. pp. 641-659.

O German Law Journal dedicou seu volume décimo no ano de 2009 ao debate do pensamento habermasiano, principalmente referente à constitucionalização do direito internacional. A pluralidade e qualidade destas críticas indicam o impacto das idéias de Habermas e servem como um fechamento da seção dedicada a este autor. Skordas e Zumbansen por exemplo dedicam-se ao comentário do livro 'Der gespaltene Westen' de 2004, traduzido para o inglês em 2006 como 'Divided West'. Trata-se de uma coletânea de artigos na qual é possível constatar a dissensão entre Habermas e Gunther Teubner na medida em que aquele não aceita a idéia de lei sem Estado (Law without State); controversia esta esta resgatada em particular no capítulo quarto desta tese. Muito embora concorde com o conceito de sociedade global de Luhmann, Habermas refuta a idéia do caráter normativo de regras feitas e obedecidas por atores privados transnacionais,¹¹⁸ um dos principais desafios à constitucionalização do direito internacional.¹¹⁹ Bogdandy e Dellavalle partem da crítica de Habermas à Kant e destacam a oposição do projeto institucional universal kantiano ao paradigma comunicativo habermasiano que defende a constitucionalização internacional a partir de uma nova estrutura global, em multiníveis.¹²⁰ Acerca da legitimidade os autores comentam que a legitimidade democrática do direito internacional continuará vinculada aos processos democráticos dos Estados nacionais já que os procedimentos democráticos não podem ser transferidos para o plano supranacional e para as organização

¹¹⁸ "Habermas is as skeptical in his embrace of these norms as 'law' as he remains careful not to fully close the door on this ambiguous normative order." (SKORDAS, Achilles; ZUMBANSEN, Peer. Introduction: The Kantian Project of International Law: Engagements with Jürgen Habermas' The Divided West. In: German Law Journal. Vol. 10, nr. 01(2009). Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/> Acesso em: abr. 2009. p. 2).

¹¹⁹ "Instead, he redefines the relevant terms and situates the transnational level between the domestic democratic one and a supranational one, which in itself is comprised of states having to learn the art of "governance without government." (SKORDAS; ZUMBANSEN, op. cit., p. 3).

¹²⁰ BOGDANDY, Armin; DELLAVALLE, Sergio. Universalism Renewed: Habermas' Theory of International Order in Light of Competing Paradigms. In: *German Law Journal*. Vol. 10, nr. 01(2009). Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/> Acesso em: abr. 2009. pp. 05-06.

internacionais o que criaria a quimera da construção do Estado mundial. A crítica dos autores é que permanece teoricamente não respondida como o parlamentarismo inserido socialmente consegue reunir legitimidade: “The standards and mechanisms of inclusive politics at the supranational and international level still need to be defined.”¹²¹ Thomas Giegerich traz á tona o problema da oposição americana à proposta de uma república mundial, em tom anedótico sem Carl Schmitt e sem George W, Bush. Contribuição interessante se não finalizasse seu texto com a proposta de reforço da legitimidade nos procedimentos das Nações Unidas a fim de torná-la o principal candidato político a protagonizar os esforços de constitucionalização.¹²² Para fechar os comentários, Tinevelt e Mertens são descrentes quanto à solução dada por Habermas para o problema da legitimidade de uma constituição no plano do direito internacional e nesta contribuição a tônica é a crítica à substituição da democracia pela norma constitucional.¹²³

Estes ensaios em conjunto revelam a contribuição habermasiana como uma leitura contemporânea da posposta cosmopolita de Kant. A questão da legitimidade do direito (e da política) internacional é respondida por Habermas com a proposta de um sistema parlamentar em nível global que contemple cidadãos

¹²¹ Ibidem, p. 29-30.

¹²² “So, in other words, our mission is twofold – firstly, to transform the UN into a quasi federal universal legislature, executive and judiciary so that it can effectively govern with respect to those matters which, according to a strict standard of subsidiarity, may truly be classified as “world affairs,” requiring worldwide solutions; and secondly, in that process constantly to ensure an adequate level of legitimacy and control of the UN’s growing powers.” (GIEGERICH, Thomas. *The Is and the Ought of International Constitutionalism: How Far Have We Come on Habermas’s Road to a “Well Considered Constitutionalization of International Law”?* In: *German Law Journal*. Vol. 10, nr. 01(2009). Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/> Acesso em: abr. 2009. pp. 31-62)

¹²³ “Habermas’s discourse theory of law and democracy is built on a close connection between rights, state and democracy – between human rights and democratic state like structures. On the global level, however, he is unwilling to uphold this connection. On the one hand, the internal relation between right and state gives way to a world organization with only limited functions and without a monopoly on the use of force. On the other, the internal relation between law and democracy is replaced by the liberal priority of the idea of right. His proposed system of multilevel governance is, therefore, incoherent.” (TINNEVELT, Ronald; MERTENS, Thomas. *The World State: A Forbidding Nightmare of Tyranny? Habermas on the Institutional Implications of Moral Cosmopolitanism*. In: *German Law Journal*. Vol. 10, nr. 01(2009). Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/> Acesso em: abr. 2009. p. 80).

mundo. A proposta teórica de Habermas assemelha-se à noção kelseniana de democracia, conforme será mencionada no tópico posterior: a democracia do sistema internacional é tributária dos procedimentos democráticos estatais. Habermas dá a entender que existe um déficit de legitimidade em função da incapacidade que os Estados possuem de dar cobertura à representatividade da sociedade global. A questão da legitimidade em Habermas é respondida por uma democracia qualificada por procedimentos horizontalmente abrangentes e com alto grau de exigência e comprometimento em nível de consciência política. Interessantemente os críticos não mencionam que a contribuição de Habermas só é possível em uma sociedade global de democracias consolidadas o que faz a proposta parecer funcional frente ao problema da legitimidade e da constitucionalização da União Européia. Contudo, não existem razões para excluir sua opinião.

1.1.6 Legitimidade enquanto consenso nas lições de Norberto Bobbio

No ‘Dicionário de Política’ de Norberto Bobbio o verbete legitimidade possui dois significados, o genérico e o específico. No seu significado genérico, legitimidade tem o sentido de justiça ou de racionalidade, mas é na linguagem política que aparece o significado de legitimidade específico. Na política legitimidade aparece como um atributo do Estado e diz respeito ao grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força. “É por esta razão que todo poder tenta alcançar o consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando obediência em adesão.”¹²⁴

¹²⁴ BOBBIO, Norberto *Dicionário de Política*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004. p. 675.

A utilização que Bobbio faz do tema legitimidade no contexto do Estado aproxima-se com a utilização por Franck em relação ao direito internacional. Em ambos a legitimidade é um fator que conduz à obediência sem recorrer ao uso da força. Em Bobbio – o qual pretende fazer um apandado político do tema - é um atributo do Estado e em Franck – aproximação jurídica - uma qualidade/propriedade na norma. Outra comparação pode ser feita, em Bobbio legitimidade tem a ver com o grau de consenso o que o aproxima da ótica de Habermas.

Bobbio divide sua apresentação em quatro momentos: definição geral, os níveis do processo de legitimação, legitimação e contestação da legitimidade e estrutura pessoal, crença na legitimidade e ideologia. A centralidade do debate é a legitimação do Estado que é resultado de um conjunto de variáveis que podem ser analisadas na comunidade política, no regime, no governo e nos impérios hegemônicos.

Possível perceber a influência da contribuição de Weber no texto de Bobbio, em particular a utilização do elemento ‘crença’ na constituição mais originária do Estado. Quando Bobbio afirma que “no Estado nacional, a crença na legitimidade é caracterizada, com maior evidência, por atitudes de fidelidade à comunidade política e de lealdade nacional”,¹²⁵ confere um significado antropológico e cultural ao tema. Este tipo de aproximação que situa o debate no domínio dos valores nacionais ou até mesmo patriotismo pode contribuir para a reflexão sobre legitimidade no direito internacional muito embora a identidade e o apelo nacionalista sejam elementos com maior sentido científico no campo da sociologia ou antropologia e afins.

¹²⁵ Ibidem, p. 676.

Para Bobbio, a característica fundamental de um regime é que os governantes e sua política são aceitos na medida em que os aspectos fundamentais do regime são legitimados. Explica que isto ocorre principalmente quando está presente o elemento da crença na legalidade.¹²⁶ Ocorre que poderia ser perguntado se é possível afastar todos os elementos de crença do fundamento de legalidade. Se fosse weberiano, Bobbio responderia, provavelmente, que não; se Bobbio fosse kelseniano responderia, certamente, que sim. Estas não seriam, contudo as últimas palavras da solução kelseniana. Kelsen acrescentaria que pela 'economia de pensamento', determinada ordem política poderia ser elevada ao patamar de ordem jurídica, a qual em última análise é a formulação da norma fundamental internacional.¹²⁷ A forma como o texto de Bobbio é conduzido faz crer que o elemento weberiano é prevalente na explicação sobre o tema da legitimidade.

Outra característica da relação entre regime e legitimidade apontada por Bobbio é que, com fundamentos legitimados do regime, existe uma abstração das pessoas e das decisões específicas e, neste contexto, a legitimidade cria um ambiente de expectativas em valores compartilhados como um todo. Um exemplo é a aceitação de um sistema político mesmo que a pessoa investida no cargo não represente interesses partidários e, por isso, "quem legitima o regime tem que aceitar também o governo que veio a se concretizar e que busca atuar de acordo com as normas e os valores do regime, mesmo não o aprovando ou até chegando a lhe fazer oposição."¹²⁸

¹²⁶ BOBBIO, op. cit., p. 676.

¹²⁷ Este argumento é exposto no terceiro capítulo deste trabalho. A menção à norma fundamental não pretende antecipar conceitos ainda não explicados e sim sugerir a possibilidade de relação entre as idéias de Kelsen e Bobbio. A respeito da norma fundamental: HANS, op. cit., p. 150.

¹²⁸ BOBBIO, op. cit., p. 676.

Já que neste contexto o regime depende desta constante legitimação de seus aspectos fundamentais, naturalmente, por agentes que dele participam, a visão que Bobbio apresenta da dinâmica da legitimidade num sistema político pressupõe participação ou como já fora afirmado, consenso. Colocar estas idéias no plano das relações ou do direito internacional suscita debates como governança global, constitucionalização do direito internacional e democracia.

Assim como no âmbito estatal, criar expectativas acerca de comportamento político pressupõe a criação de regras de decisão claras e expressas, ou seja, um sistema de comunicação das principais características que definem o sistema político o qual os agentes que lhe dão suporte apóiam. Estas características da legitimidade em Bobbio remetem à influência do pensamento político de Kelsen sobre democracia.¹²⁹ A partir desta visão observa-se que a intensificação da regulamentação do sistema internacional gera mais expectativas

¹²⁹ A influência que o pensamento teórico de Kelsen exerceu sobre Bobbio é notória e foi descrita pelo próprio professor italiano em entrevista à Danilo Zolo: “ But my ‘conversion’ to Kelsenism, to use that term again, had come years earlier. In my lectures at Padoa in 1940-41 there was a section on the step-wise construction of the legal system: the reference was to Kelsen’s famous *Stufenbau*, which fascinated me even then. I may add that in the legal philosophy courses I gave at the University of Camerino in the second half of the 1930s, the lesson plans were structured in three parts: the sources of law, the legal norm and the legal system. This pattern directly reflected my reading of Kelsen. In fact my ‘conversion’ to Kelsen coincided with the violent break with the past that came in our country’s history between the second half of the 1930s and the early 1940s.” (BOBBIO; ZOLO, op. cit., acesso em: outubro de 2008. Adentrar no tema desta influência seria, contudo excessivo no desenvolvimento do argumento desta tese. Cumpre aqui outra citação que demonstra o quanto o tema pode ser ricamente explorado: “O procedimentalismo democrático de Bobbio tem uma fonte bem conhecida: Kelsen. Como vimos, é ao Kelsen de *Essência e valor da democracia*, de 1929, que Bobbio atribui, originariamente, seu acolhimento da concepção procedimental de democracia. Kelsen, na citada obra, antecipa muitas das idéias que Schumpeter desenvolveria, posteriormente, em *Capitalismo, socialismo e democracia*, de 1942. É verdade que não consta, no “índice remissivo” desse livro, o nome de Kelsen, o que nos leva ao entendimento de que talvez o economista austríaco não conhecesse a obra do professor da Universidade de Viena, pelo menos, não *Essência e valor da democracia*. A concepção procedimental de democracia do Kelsen do entre guerras tem por núcleo a idéia de que a democracia é um método para a seleção de “chefes”. O autor concebe que, em termos ideais, a democracia seria uma “coletividade sem chefes”, algo assim no estilo rousseauiano. No entanto, segundo ele, “a realidade social de fato é o domínio, a existência de chefes”. Em razão disso, salienta que “a criação desses [...] chefes [é] o problema central da democracia real”. Para criá-los, todavia, é necessário um método, “um método específico de seleção dos governantes pela coletividade dos governados”, algo que, em sua opinião, “aparece como elemento essencial” da referida democracia. “Esse método”, diz ele, “é a eleição” (BRANDÃO, Assis. Bobbio na história das idéias democráticas. *Lua Nova* [online]. 2006, n. 68, pp. 135).

dos atores políticos e com isto o sistema possui mais possibilidade de ser legitimado, pois os partícipes sabem os valores políticos que estão apoiando. É claro que, aqui, a regulamentação do sistema internacional pode ser interpretada de diferentes formas: como regras válidas num ordenamento (Kelsen), regras societárias passíveis de efetividade pela implementação pela autoridade/procedimento legitimado (Schmitt, Hart, Luhmann) ou regras efetivas criadas fora do sistema tradicional de validação (Teubner, Kennedy).¹³⁰

A significação que Bobbio confere ao tema da legitimidade é centrada no Estado e isto dificulta a transposição direta destas idéias para a análise do plano internacional. Afirma que hoje a sociedade internacional enfrenta a insuficiência das leis estatais para lidar com redes de natureza transnacional e que direito internacional somente inadequadamente dá conta de seus objetivos específicos.¹³¹

A legalidade cristaliza os resultados das negociações políticas e cria expectativas dentre os atores envolvidos no processo de criação de regras (tratados, decisões, princípios) em diferentes planos. Observando as anotações de Bobbio sobre a legitimidade é possível estabelecer um paralelo com as idéias de Habermas.

¹³⁰ As idéias gerais contidas nestas conceituações serão encontradas em diferentes partes deste trabalho. A este respeito: KELSEN, Hans. *Principles of International Law* (1952). Eighth printing. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2008. HABERMAS, Jürgen. Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008. LINDAHL, Hans. Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an ontology of Collective Selfhood. In: WALKER, N.; LOUGHLIN, M. (orgs.). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007. Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch 'private' transnationale Akteure. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008. pp. 440-472. HART, H. L. A.. *Post scriptum al concepto de derecho* (1994). Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. KENNEDY, David. One, Two, Three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. In: *N.Y.U. Review of Law and Social Change*. Nr. 657, Vol. 31:64. New York: New York University School of Law, 2007. pp. 641-659. CALLIESS, Graf-Peter. Systemtheorie: Luhmann/Teubner. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006.

¹³¹ UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. Approved in 13 April 2006. Paragrafos: 481 e 482.

Para Bobbio legitimidade diz respeito “ao grau de consenso numa parcela significativa da população capaz de garantir a obediência sem necessidade de recorrer à força.”¹³² Frente a necessidade de reunir o consenso, Habermas reúne Estados e cidadãos mundo nos esforços de constitucionalização do direito internacional.

Conforme será retomado no quarto capítulo, a expansão do fenômeno normativo requer do sistema a ampliação do sistema de responsabilidades o que sugere que a expansão normativa aumenta a burocracia. Se estas instâncias decisórias e de responsabilidades são legitimadas, pressupõem consenso em torno dela. Desta forma é possível dizer que a legitimação do sistema de normas no plano internacional, em Bobbio e Habermas, exige a ampla participação dos atores envolvidos e, por isso, democracia. A propósito, quando foi perguntado por Danilo Zolo sobre a necessidade de existência de um poder supranacional com tribunais e políticas supranacionais a fim de confrontar a violência privada em nível internacional Bobbio respondeu que limita-se a dizer que hoje em dia existem guerras de outro tipo e que a jurisdição dos Estados é insuficiente.¹³³

Mais um ponto sobre o ‘Dicionário Político’ merece referência. Bobbio sugere que ‘contestação da legitimidade’ ocorre quando:

o Estado é percebido, na sua estrutura e nos seus fins, como estando em contradição com o próprio sistema de crenças, e se este julgamento negativo se transformar numa ação que busque modificar os aspectos básicos da vida política.¹³⁴

Traçando-se um paralelo da reflexão de Bobbio acerca da contestação da legitimidade com o positivismo jurídico é interessante notar que também Kelsen

¹³² BOBBIO, op. cit., p. 675.

¹³³ “I confine myself at this point to noting that today there are conflicts and wars of a new type. It’s a frightening spectacle... And it is clear that the powers and the jurisdiction of individual states are insufficient.” (BOBBIO; ZOLO, op. cit., acesso em: outubro de 2008).

¹³⁴ BOBBIO, op. cit., p. 676.

estivera interessado em resolver o mesmo problema que Bobbio enfrentou. Nesta medida, pode-se dizer que tanto Kelsen quanto Bobbio descrevem a atuação da legitimidade como uma solução de continuidade para processos de ruptura da legalidade. Kelsen argumentara que na revolução, por exemplo, “não somente a Constituição, mas toda ordem jurídica é modificada.”¹³⁵ Se considerarmos que Constituição é uma área de intersecção entre os sistemas político e jurídico,¹³⁶ o ‘princípio da legitimidade’ de Kelsen possui o mesmo conteúdo da ‘contestação da legitimidade de Bobbio: a legitimidade permite que a ruptura no sistema legal, de uma ‘ordem para uma nova ordem que anterior não prevista.’¹³⁷

Existem Estados que não são independentes por não estarem em condições de cumprir seus objetivos primordiais como a segurança dos cidadãos. Neste caso, para Bobbio não existe um Estado em sentido pleno em virtude de ser um país conquistado, uma colônia, um protetorado ou um satélite de uma potência imperial ou hegemônica. Consequentemente: “o ponto de referência da crença na legitimidade será, neste caso, inteira ou parcialmente, a potência hegemônica ou imperial.”¹³⁸

Na perspectiva da legitimidade os estudos sobre hegemonia e Impérios permitem abrir o espectro da análise da questão da legitimidade. Por exemplo, Münker pergunta o que haveria de novo no Império americano. Seria uma forma de domínio imperial para uma época pós-imperialista delineado pela obrigatoriedade

¹³⁵ HANS, op. cit., p. 172.

¹³⁶ Na teoria luhmanniana a Constituição possui estas características muito embora não seja uma exclusividade de Luhmann pensar o fenômeno constitucional como um ponto de encontro para o direito e a política. A este respeito: “Recht und Politik koppeln sich dann über das Institut der Verfassung.” (CALLIESS, Graf-Peter. Systemtheorie: Luhmann/Teubner. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006. p. 65)

¹³⁷ KELSEN op. cit., p. 171.

¹³⁸ BOBBIO, op. cit., p. 676.

dos direitos humanos e da democracia e pelo domínio e segurança dos livres mercados conforme propõe Michael Ignatieff.¹³⁹ Já sobre o palco europeu afirma que um dos desafios do império da União Europeia é colocar-se como subcentro do espaço imperial.¹⁴⁰ Assim, somente a título de uma referência ilustrativa colocar os Estados Unidos e a União Europeia no âmbito dos impérios possibilita identificar a questão dos valores e da legitimidade de forma sistêmica no sentido da interdependência entre os atores que estão sob o domínio imperial.

Fenômenos diversos nas relações internacionais como a soft law, o direito transnacional, normas específicas de direito internacional privado e arranjos regionais acenam para a possibilidade de teorizações mais amplas acerca do papel do direito internacional geral, universal e supranacional. Este tipo de caracterização é a que permite identificar duas interpretações do direito internacional: uma enquanto ordenamento jurídico baseado numa norma fundamental que confere validade às normas e outra fragmentada com um sistema de validação, ou legitimação heterogêneo. As duas caracterizações não deixam de considerar os ordenamentos jurídicos enquanto sistemas.

A tentativa de conciliação de discursos correlatos da teoria política e da teoria jurídica sugere a utilização ou a proposta de subdivisão do conceito de legitimidade. Tem-se que o que se entende como legitimidade na teoria política é conceituado na maior parte do discurso teórico jurídico positivista como validade

¹³⁹ "Was also macht das definitiv neue des amerikanischen Imperialismus aus? Michael Ignatieff spricht von einer 'neuen Form imperialer Herrschaft für ein postimperialen Zeitalter' die durch ihre Verpflichtung auf Menschenrechte und Demokratie sowie die Herstellung und Sicherung freier Märkte gekennzeichnet." (MÜNKLER, Herfried. *Imperien: Die Logik der Weltherrschaft-vom Alten Rom bis zu den Vereinigten Staaten*. Berlin: Rowohlt, 2007. p. 229)

¹⁴⁰ "Hier haben sich die Europäer ihrer politischen Marginalisierung zu widersetzen. Europa muss sich gegenüber den USA als ein Subzentrum des imperialen Raumes behaupten und darauf achten, dass sich zwischen den USA und ihm kein Zentrum-Peripherie-Gefälle herausbildet." (MÜNKLER, op. cit., p. 247)

dentro de um sistema determinado, denominado ordenamento jurídico. Isto não quer dizer que o que é denominado validade na teoria legal kelseniana seja identificado como legitimidade na teoria política. O conceito de legitimidade é mais amplo, mais sutil. Em comparação com o conceito de validade o conceito de legitimidade é menos preciso. Dizer por sua vez que o conceito de legitimidade é menos preciso é dizer que purificá-lo das impurezas relativas aquilo que ele não é pode implicar num déficit explicativo que retira do conceito seu peso relativo na literatura científica. Como desvincular do tema legitimidade assuntos como religião, cultura e ética? É neste tipo de tentativa onde repousam algumas das principais críticas aos fundamentos do positivismo jurídico kelseniano.

O positivismo jurídico procura livrar a ciência jurídica da intervenção da teologia e da moral. O direito é puramente um dever-ser feito por homens para regulamentar a conduta de homens. Este tipo de concepção para Forgó e Somek é um slogan emancipatório para compreender a política democrática. Justificar a validade do direito sem uma base autoritária é uma questão central da ciência jurídica.¹⁴¹ Afirmam os atores pós-positivistas que esta é uma informação paradoxal do positivismo jurídico: justificar o dever-ser ao mesmo tempo em que a questão sobre o fundamento de validade do direito não é uma questão científica.

¹⁴¹ “Der Rechtspositivismus befreite die Rechtswissenschaft von den Interventionen durch Theologie und Moralphilosophie. Auf diesem Gebiet finde die Rechtswissenschaft nicht statt. Alles Recht sei nicht mehr als von menschen für Menschen gesetztes Recht, blosses Sollen. Das ist ein Grosser emanzipatorischer Slogan, dessen Bedeutung vor allem von der demokratischen Politik verstanden wird. Auf die Frage, weshalb das Recht gelte, ohne von Autoritäten abzustammen, die höher sind als der Mensch, antwortete der Rechtspositivismus, wenn er klug antwortete, dass die Begründung der Geltung des Rechts keine wissenschaftliche Fragestellung sei. Das Recht gelte eben. Der Wissenschaft falle die Aufgabe zu, es mit wachem Verstand und unerregtem Gemüt zu beschreiben. Die Auskunft ist selbverständlich paradox.” (FORGÓ, Nikolaus; SOMEK, Alexander. *Nachpositivistisches Rechtsdenken*. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006. p. 266)

As noções de legitimidade vistas até aqui podem ser agrupadas sob três idéias principais: a idéia de atração gravitacional em direção ao cumprimento, a idéia de fundamento da existência da norma e a idéia de valor a ser promovido. Estas três concepções subdividem-se e interrelacionam-se na diluição das teorias jurídicas e sociais. Estas três formas de perceber a legitimidade no direito internacional podem ser resumidas em uma concepção geral: a de um momento de justificação. Este momento de justificação é explicado de diferentes formas no campo teórico e também participa do sistema de legitimação na qualidade de idéias-suporte as quais reforçam determinada ordem social.

1.2 Legitimidade e princípios do direito internacional

O termo jurídico 'princípio' remete tanto à significação de origem como de fundamento de algo. Nestas acepções, quando a doutrina utiliza a denominação 'princípios de direito internacional' seriam estes referentes à origem ou ao fundamento do direito internacional? Qual a relação que os princípios possuem com o tema da legitimidade no direito internacional geral?

Primeiramente é necessário procurar fazer a distinção entre princípios e regras válidas, ou normas, o que permite distinguir entre o papel dos princípios e das fontes no direito internacional. Parece ser claro que as fontes de direito internacional geram normas. Já acerca dos princípios existem diferentes opiniões acerca do efetivo papel que estes ocupam. Muitos teóricos se ocuparam de definições e dentre estes algumas tiveram maior impacto na produção acadêmica. Este tópico não pretende fazer menção a todas as distinções entre normas e princípios, mas sim examinar de maneira geral algumas das opiniões tidas como referências teóricas.

Humberto Ávila dedicou-se à análise da diferença entre normas e princípios e elaborou uma síntese acerca da matéria. A partir da revisão da literatura classifica a evolução jurisprudencial em duas correntes; uma denominada 'fraca' que agrega J. Esser, Canaris e Larenz e outra denominada 'forte' que reúne Dworkin e Alexy:

“First of all, there is the hypothetical-conditional aspect, based on the fact that rules present a condition and a consequence that preset the decision, being applied in an *if, then* fashion, whereas principles only point to the foundation a judge can use to find the rule for the real case eventually. Dworkin states: ‘If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies ought to be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision’. Alexy follows a similar path when he defines rules as norms whose premises are or are not directly fulfilled.

Secondly, there is the final mode of application, supported by the fact that rules are applied in an absolute all or nothing mode, whereas principles are applied in a gradual more or less mode.

Third, the normative relation, based on the idea that the contradiction between rules embodies a true conflict, which can be solved by declaring one of the rules invalid or creating an exception, whereas the relation between principles consists of juxtaposition, which can be solved with weighing that assigns each of them a dimension of weight.

Fourthly, there is the axiological foundation, which considers principles, as opposed to rules, as axiological foundations for the decision to be made.”¹⁴²

O primeiro comentário à posição do autor é que os referenciais teóricos mencionados dizem respeito principalmente ao uso dos princípios pela jurisprudência como é o caso principalmente das obras “Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts” de 1956, e “Taking Rights Seriously” de 1977, respectivamente de J. Esser e R. Dworkin. Também é importante mencionar que o plano e análise acerca dos princípios de direito, neste contexto apresentado, diz respeito principalmente à prática interna dos Estados. De qualquer forma os cinco autores mencionados por Ávila, a saber, Esser, Larenz, Dworkin, Canaris e Alexy realmente são referências na doutrina jurídica em termos de princípios.

¹⁴² ÁVILA, Humberto. *Theory of Legal Principles*. Heidelberg: Springer Verlag, 2007. p. 11

A posição dos autores mencionados sobre o tema pode ser referida nos seguintes termos. Esser afirma que mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da previsão normativa, a diferença entre princípios e regras é qualitativa. Larenz define princípios como normas de grande relevância para a ordem legal já que eles reúnem fundamentos para a interpretação e aplicação da lei. Princípios ainda seriam orientações para a possível e existente ordem legal, mas permaneceriam como normas não aplicáveis por causa de sua falta de uma conexão entre um fato e uma consequência legal. Canaris por sua vez afirma que os princípios ao contrário das regras, têm um conteúdo axiológico explícito e neste sentido precisam das normas para serem realizados completamente. Os princípios ao contrário das normas recebem sua plena significação mediante um processo dialético de complementação e limitação.

Na obra de Dworkin os princípios de direito não definem a decisão, mas apresenta alguns fundamentos que devem ser combinadas com outros fundamentos derivados de outros princípios. Neste raciocínio os princípios em oposição às normas podem colidir uns com os outros; neste caso, um princípio com um maior peso relativo pode sobrepor o outro sem que um deles mais tarde perca sua validade.

Alexy por sua vez concorda que os princípios possuem uma posição de orientação somente e não diretamente determinam as consequências normativas. Neste caso, os princípios resolvem colisões de normas, mas a aplicação dos princípios deve ser vista com reservas já que deve ser analisado se nenhum outro princípio possui um peso relativo maior no caso concreto. A decisão sobre princípios

concorrentes é resolvida pela criação de regras prevalentes que por sua vez causam princípios a ser aplicados como tudo ou nada (Alles-oder-Nichts).¹⁴³

A dualidade entre normas e princípios também esteve particularmente presente no debate entre Hart e Dworkin. Os princípios são para Hart em relação às regras amplos, gerais e não específicos no sentido que frequentemente o que pode ser considerado uma variedade de regras distintas pode ser exibido como as exemplificações ou instâncias de um princípio particular.¹⁴⁴

Dworkin por sua vez criticara o 'The concept of Law' porque este apresenta o direito como regras de tudo ou nada e ignora os princípios que exercem um papel importante no julgamento e no raciocínio jurídico.¹⁴⁵ A resposta de Hart é que o que este entende por regras é mais amplo do que regras de 'tudo ou nada' e que o direito para ele também comporta standards jurídicos variáveis. Explica que certas áreas de conduta são susceptíveis de regulação não por standards variáveis mas por regras que exigem comportamentos específicos em todos os casos.¹⁴⁶ Logo o conceito de regra para Hart, vinculado à formação e receptividade no comportamento social inclui os princípios enquanto standards variáveis embora o rasgo conceitual seja diverso.

As lições de Alexy e Dworkin são semelhantes na medida em que privilegiam mais a conceituação do que a comparação com as regras de direito. É neste sentido então que são denominados por Ávila como uma corrente forte em comparação com a corrente fraca.

¹⁴³ NARITS, Raul. Principles of Law and Legal Dogmatics as Methods Used by Constitutional Courts. In: *Juridica Internacional*. Vol. XII/2007. Tortu: University of Tortu, 2007. Disponível em: <http://www.juridicainternational.ee>. acesso em: 02 set. 2008. pp. 15-22.

¹⁴⁴ HART, op. cit., p. 39.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 37.

¹⁴⁶ HART, op. cit., pp. 42-43.

Raul Narits possui visão particular sobre as diferenças entre Dworkin e

Esser:

“For Esser a principle always means a so-called larger leeway for the judge than offered by a provision in a legal source. The size of such a leeway depends on the fact that a judge must somehow form that principle. Dworkin is on an entirely contrary opinion that a principle narrows a judge’s decision-making space. For Esser a principle is needed to justify a judgment in the legal space, but for Dworkin it is a reference to something important. For Esser principles are separate from ethics. Dworkin on the other hand considers principles to be ethical, and the existence of principles disproves the positivist understanding of separation of right and moral; whereas according to Esser principle of law applies only when used in judgments”.¹⁴⁷

Após esta breve incursão teórica sobre o tema retorna-se às perguntas iniciais: qual o significado dos princípios na prática do direito internacional e qual a relação dos princípios de direito internacional com o tema da legitimidade. É verdade que a doutrina sobre princípios de direito internacional conduz a tantas problematizações que não seria possível enumerá-las todas aqui.

Os principais tópicos deste subtítulo concentram-se em dois objetivos: definir o que são princípios de direito internacional – e em última análise situar a relação de fundamento ou origem – e a relação dos princípios de direito internacional com o tema da legitimidade com especial atenção à questão do uso das ficções no direito internacional. Os primeiros parágrafos deste subtítulo procuraram tornar evidentes tanto as diferenças quanto a relação entre normas – ou regras - jurídicas e os princípios de direito.¹⁴⁸

1.2.1 Os princípios gerais do direito aplicados ao direito internacional

¹⁴⁷ NARITS, Raul. Principles of Law and Legal Dogmatics as Methods Used by Constitutional Courts. In: *Juridica Internacional*. Vol. XII/2007. Tortu: University of Tortu, 2007. Disponível em: <http://www.juridicainternational.ee>. Acesso em: 02 set. 2008. p. 16.

¹⁴⁸ Alguns autores adotam a nomenclatura normas jurídicas, como Hans Kelsen. Outros autores adotam a nomenclatura ‘regras’ como H. Hart. A diferença entre estes conceitos jurídicos é complexa, pois em algumas obras existem diferenças entre estes conceitos e em outras a utilização é semelhante. O sentido desta nota de rodapé é mencionar que estas utilizações serão ainda exploradas no segundo capítulo e que quando o texto fizer menção às duas nomenclaturas possui a intenção de abranger os dois conceitos e não de tê-los por sinônimos.

Os princípios gerais de direito aceitos pelas nações civilizadas são fontes de direito internacional conforme o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e não se confundem com os princípios de direito internacional. Os princípios gerais do direito aceitos pelas nações civilizadas conforme as referências teóricas tratadas dizem respeito predominantemente à atividade judicante estatal. A atuação dos princípios gerais de direito também terá este tipo de atuação no direito internacional.

“In any system of law, a situation may very well arise where the court in considering a case before it realises that there is no law covering exactly that point, neither parliamentary statute nor judicial precedent. In such instances the judge will proceed to deduce a rule that will be relevant, by analogy from already existing rules or directly from the general principles that guide the legal system, whether they be referred to as emanating from justice, equity or considerations of public policy. Such a situation is perhaps even more likely to arise in international law because of the relative underdevelopment of the system in relation to the needs with which it is faced.”¹⁴⁹

Das lições de Shaw extrai-se que os princípios de direito aceitos pelas nações civilizadas possuem papel importante no sistema internacional tendo em vista a precariedade de decisões e de normas específicas em comparação com o direito nacional. A observação atenta do conteúdo destes princípios e de sua formulação permite observar duas diferenças pontuais entre os princípios gerais de direito e os princípios do direito internacional. Os princípios gerais do direito são princípios originados dos ordenamentos jurídicos soberanos e aplicados majoritariamente em questões jurisprudenciais. Os princípios do direito internacional são resultados de uma construção bastante heterogênea, relacionada tanto ao costume quanto ao comportamento e ao sistema de crenças e valores da sociedade internacional. A semelhança entre as nomenclaturas não expressa a diferença jurídica entre princípios gerais do direito (aceitos pelas nações civilizadas) e os princípios de direito internacional.

¹⁴⁹ SHAW, Malcom N.. *International Law*. Fourth Edition. United Kingdom: Cambridge University Press, 1997. p. 92-93.

Na prática do direito internacional enquanto ordem descentralizada o fato dos princípios gerais de direito aceitos pelas nações civilizadas serem formados no interior dos Estados soberanos – a partir da doutrina, comportamento do judiciário, do costume e da lei - suscitou o problema levantado por Alexy de conflitos entre princípios. Considerando que durante a guerra fria existam pelo menos três grandes sistemas de direito, a saber, a common law, o romano-germânico e o socialista, a probabilidade de contradições entre os princípios gerais não era irrisória.¹⁵⁰

A fim de tornar o argumento mais evidente, o princípio da propriedade, por exemplo, ou mesmo do devido processo legal possuía diferentes acepções na prática dos tribunais na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e nos Estados Unidos da América. É neste sentido que Seitenfus e Ventura fazem referência à iniciativa de Nguyen Quoc Dihn em procurar reunir e sistematizar os princípios gerais do direito comum à maioria dos Estados e classificá-los de acordo com os campos da teoria jurídica; assim, por exemplo, o da boa fé no campo das obrigações, e do devido processo legal no campo processual.¹⁵¹

Frente ao conflito de normas em nível internacional ou mesmo 'o subdesenvolvimento do sistema internacional em relação aos desafios que ele confronta' conforme asseverou observou Malcom Shaw, é possível se falar na legitimidade de aplicação de normas, decisões ou resolução não judicial de conflitos a partir da aplicação de princípios gerais de direito. Os princípios gerais de direito possuem duas acepções: uma referente aos elementos não normativos que auxiliam na definição do que é ou não direito (Esser) e outra com perfil mais moral, a qual faz referência às orientações universais conforme o entendimento Kantiano (Dworkin).

¹⁵⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁵¹ SEINTENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Neste contexto é possível falar da relação entre legitimidade e princípios gerais do direito aplicados ao direito internacional.

1.2.2 Os princípios do direito internacional na tradição dogmática de Alfred Verdross

Os princípios de direito internacional dizem respeito a outra ordem de fenômenos. A relação que se faz com a questão da legitimidade - e em especial com a questão da norma fundamental da teoria das normas de Hans Kelsen – deve-se em primeiro lugar à nomenclatura utilizada para explicar os princípios de direito internacional em língua alemã: regras fundamentais, constituição/estatuto fundamental e princípios fundamentais. Em segundo lugar, a relação entre princípios de direito internacional e a questão da legitimidade – e mais uma vez a também a norma fundamental na teoria das normas de Hans Kelsen – é a utilização das ficções e do sistema de crenças no campo das relações internacionais.

Atribui-se à Alfred Verdross o início da sistematização acerca dos princípios do direito internacional no seminal livro ‘Zur Konstruktion des Völkerrechts’ de 1914 no qual debate o conceito de Constituição da Comunidade de Direito Internacional.¹⁵² A sistematização de princípios de direito internacional, por ele denominada regras fundamentais de direito internacional (“völkerrechtlichen Grundrechte”) perseveraram ao longo de suas obras e assumem versão definitiva na quarta edição do ‘Direito Internacional’ (“Völkerrecht”) de 1959. Nesta obra define que existem determinadas regras as quais se podem designar como regras fundamentais. Trata-se de um tipo específico de direito tendo em vista que falta no direito internacional uma sanção para expressá-lo. Verdross argumenta de duas

¹⁵² VITZTHUM, Wolfgang Graf (Hrsg). *Völkerrecht*. 4 Auflage. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, 2007. p. 33-34.

maneiras: apesar de não haver sanção, estas regras fundamentais são possíveis na comunidade de Estados. Além disso, existem direitos fundamentais no direito internacional geral que compreendem a base daqueles direitos (fundamentais) pertencentes à espontaneidade dos Estados sob o fundamento de sua subjetividade de direito internacional da qual os direitos posteriores são dependentes.¹⁵³ Menciona que existem cinco regras fundamentais no direito internacional: o direito à independência, à autodeterminação, à igualdade entre Estados, à honra e ao trânsito ao que enfatiza que são direitos fundamentais admitidos pela doutrina tradicional, ou literalmente, pelos ensinamentos antigos.¹⁵⁴

Wolfgang Graf Vitzthum retoma as lições de Verdross e propõe que os conceitos de regras fundamentais ou princípios fundamentais do direito internacional esboçam o campo cénico das regras de direito para as relações internacionais. Assinala também que as regras fundamentais do direito internacional estão dispostas na Carta das Nações Unidas por meio da qual existe uma vinculação geral espontânea. Sobre estes princípios manifestou-se a Resolução 2625, intitulada ‘Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of United Nations’, aprovada pela Assembleia Geral em 24 de outubro de 1970 a partir da qual é possível trabalhar sete princípios: soberania, igualdade de Estados, defesa da paz,

¹⁵³ Im VR gibt es einzelne fundamentale Rechte, die man als Grundrechte bezeichnet. Dabei handelt es sich aber weder um schwerer abändarbare Rechte, noch um Freiheitsrechte, da diese Rechte die Existenz einer zentralen Gesetzgebungsgewalt zur Voraussetzung haben, die im VR fehlt. (...) Dennoch gibt es auch nicht allgemeinen VR völkerrechtliche Grundrechte, wenn man darunter jene Rechte versteht, die den Staaten unmittelbar auf Grund ihrer Völkerrechtssubjektivität zustehen, während alle andere Rechte vom Vorliegen nochweiterer Voraussetzungen abhängig sind.” (VERDROSS, Alfred. *Völkerrecht*. Vierte Neubearbeitung und erweiterte Auflage. Viena: Springer – Verlag, 1959. pp. 164-165)

¹⁵⁴ “Die ältere Lehre hat in der Regel fünf Grundrechte angenommen, nämlich die Rechte auf Unabhängigkeit, Gleichheit, Ehre und Verkehr.” (VERDROSS, Alfred. *Völkerrecht*. Vierte Neubearbeitung und erweiterte Auflage. Viena: Springer – Verlag, 1959. p. 165).

não-intervenção, soluções pacíficas de controvérsias, autodeterminação dos povos e cooperação entre os povos.¹⁵⁵

Hans Kelsen inicia a obra 'Principles of International Law, justificando a utilização da nomenclatura 'princípios'. Afirma que o livro não tratava somente das normas internacionais, mas também de teoria do direito internacional, o que significaria dizer um exame de sua natureza e conceitos fundamentais, uma análise de sua estrutura e a determinação de sua posição no mundo da lei¹⁵⁶. Contudo, os 'princípios do direito internacional' em Kelsen possuem uma significação objetiva e isto pode ser percebido nos comentários à Carta de São Francisco. Nesta enfatiza que o primeiro princípio de acordo com o qual a ONU e seus membros irão agir é o da igualdade jurídica de seus membros, mas que a soberania neste caso (do artigo 2º) não significa a igualdade de direitos disposta no Preâmbulo. Kelsen quis também registrar que os privilégios conferidos aos Estados membros permanentes do Conselho de Segurança eram incompatíveis com os princípios da 'igualdade de direitos' disposto no Preâmbulo bem como com o princípio da igualdade jurídica¹⁵⁷.

Os princípios constantes na Carta das Nações Unidas podem ser considerados tanto de 'relações internacionais' quanto de 'direito internacional. A aproximação que Kelsen faz dos princípios é acentuadamente jurídica: enfatiza

¹⁵⁵ UNITED NATIONS. Resolution 2625 (XXV) 'Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of United Nations. Disponível em http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_9_2006.pdf. Acesso em: junho de 2008.

¹⁵⁶ KELSEN, op. cit., p. vii

¹⁵⁷ O autor faz referência às dificuldades da negociação da Carta e reproduz 'ipsis literis' declarações de delegados contrários à utilização da palavra 'sovereign' juntamente com 'equality' no artigo 2º.. O assunto foi pacificado com o Relatório da Comissão o qual votou pela utilização a terminologia 'sovereign equality' com base no seguinte: "The Committee voted to use the terminology 'sovereign equality' on the assumption that it includes the following elements: (1) that states are juridically equal. (...) If the States are 'equal' in spite of the fact that some have privileges which others have not, the term 'equal' has lost its original sense. 'Juridical' equality means 'equality before the law', which the law and that means that everybody has the duties and rights which the law confers upon him, or that everybody shall be treated as the law providers; which is an empty tautology." (KELSEN, op. cit., pp. 50 a 53)

nomenclaturas, demonstra opções tomadas ao longo do processo de negociação e aponta para eventuais inconsistências ou conflitos normativos.¹⁵⁸ A relação entre princípios (na época dos comentários à Carta, somente princípios da Organização das Nações Unidas) e a questão da soberania consta na tradição da literatura jurídica internacionalista - na qual se destacam Oppenheim, Verdross e o próprio Hans Kelsen – de forma particular.

Em Kelsen o termo ‘principles of international law’ pode assumir mais de um significado – conforme foi mencionado no parágrafo anterior – mas um, contudo merece atenção especial por ter relação com a questão da legitimidade e com os fundamentos do direito internacional. A partir da crítica à teoria jusnaturalista, Kelsen sustenta que existe somente um princípio que é pressuposto e não positivado no direito internacional.

“It is only another version of the old natural-law doctrine (...) The so-called fundamental rights of the states are legal principles which are conditions on which an international law is possible at all, the legal principles on which the positive international law is built up. We can find these principles by an analysis of the nature of international law. In other terms, the fundamental rights of the state can be deduced from the nature of international law. (...) This version of the natural-law doctrine is logical just as impossible as is the classical version of that doctrine. Legal principles can never be presupposed by a legal order; they can only be created in conformity with this order. The only principle which may and must be presupposed is the fundamental principle determining the first constitution of the legal order, ‘constitution’ meaning the rules determining the methods by which the law is to be created. These methods are custom, legislation, treaties.”¹⁵⁹

A leitura dos comentários aos princípios da ONU de 1950 pode ser complementada por esta passagem do ‘Principles of International Law’ de dois anos

¹⁵⁸ As críticas aos comentários de Hans Kelsen à Carta das Nações Unidas seguem diferentes opiniões. É verdade que a leitura dos comentários pode indicar que a pretense rigidez sugere o contorno das questões mais frágeis do texto. A este respeito: “Significantly, Kennedy, ‘for early criticisms in this mode’, points in his footnote to three reviews of *The Law of the United Nations*. Oscar Schachter disparages ‘Kelsen’s rigid analysis’, Louis Sohn complains that Kelsen ‘is seldom concerned with finding an interpretation which will remove the difficulties and facilitate the working of the United Nations’, and A. H. Feller asserts that the ‘real importance of this effort seems dubious.” (LANDAUER, Carl. *Antinomies of the United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross*. In: *European Journal of International Law*. Vol. 14 No. 4, 2003, p. 771)

¹⁵⁹ KELSEN, op. cit., p. 151.

depois. Para Kelsen, os princípios de direito internacional constantes na Carta não são pressupostos de formação do direito internacional e tão menos de validade de normas. Os princípios de direito internacional não exercem a função de norma fundamental. Kelsen rejeita as teorias do direito natural que vinculam os princípios aos fundamentos do direito internacional.

1.2.3 Princípios e legitimidade no direito internacional: à guisa de conclusão

A relação entre a questão da legitimidade e os princípios de direito internacional pode ser esboçada em três tópicos: a semelhança de nomenclatura, a relação de dependência entre normas internacionais e regras fundamentais e a utilização das ficções. Estes três tópicos permitem também relacionar a questão da legitimidade com o papel da norma fundamental na teoria das normas de Hans Kelsen.

O primeiro tópico diz respeito à questão da nomenclatura. As 'regras fundamentais' propostas por Verdross e reafirmadas posteriormente na Carta das Nações Unidas assemelham-se com a norma fundamental da teoria das normas de Hans Kelsen. Este tipo de semelhança é ainda maior se considerarmos o contexto no qual Verdross empregava estes termos no início do século XX: no sentido da Constituição da Comunidade de Direito Internacional.

A utilização na língua alemã também reforça a suposição de semelhança ou proximidade de significado no campo semântico, principalmente entre 'Grundnormem' (norma fundamental) por um lado e 'Grundregeln' (regra

fundamental) ou ‘Grundsätze’.¹⁶⁰ Contudo, no campo da análise semântica a semelhança entre nomenclaturas pode dizer muito pouco ou mesmo nada. Por isso é necessário recorrer ainda à proximidade de conteúdo, de significado dos conceitos dentro do sistema jurídico.

O segundo tópico diz respeito à relação de dependência entre as normas de direito internacional e as normas fundamentais. O argumento de Verdross é no sentido de que as normas de direito internacional são dependentes dos fundamentos de direito (‘Grundrechte’) que pertencem à formação espontânea da subjetividade no direito internacional. Vitzthum por sua vez fala que os princípios de direito internacional esboçam elementos importantes de uma constitucionalização do direito internacional, de um direito internacional mais objetivo, e também não dentro de um ordenamento recíproco com base em valores fundamentais universais materiais. A reflexão de Vitzthum que pode ser entendida como o desenvolvimento doutrinário das opções teóricas de Verdross reconhece que os princípios de direito internacional não possuem um apelo ou referência moral.

Na tradição de Verdross é possível identificar o aparecimento espontâneo da comunidade internacional a partir do reconhecimento mútuo da intersubjetividade dos Estados, tese esta que é a base (basis) do direito internacional em Oppenheim.

“But is there in existence a universal international community of all individual States? This question had already, before the two World War, been decided in the affirmative as far as the States of the civilised world were concerned. Science and art, which are by their nature to a great extent international, created a constant exchange of ideas and opinions between the subjects of the several States. (...) Thus the first essential condition for the existence of law is at least in the long run, a reality. (...) In practice International Law is

¹⁶⁰ Verdross utiliza o termo ‘Grundrechte’ que pode ser traduzido por fundamento de direito. A tradução do termo “Grundsätze” pode ser ‘princípios’ o que prejudica outra expressão utilizada como análoga pelo autor “Grundprinzipien” que pode ser traduzido como ‘princípios fundamentais’. Logo, “Grundsätze” neste contexto significa mais do que princípios e é possível traduzir a expressão por ‘fundamentos constituintes’. A passagem referida é: “Die Begriffe ‘Grundregeln’, Grundsätze’ oder ‘Grundprinzipien des Völkerrechts’ umreißen den Kernbereich der Rechtsregeln für die internationalen Beziehungen. Seiner materiellen Bedeutung wegen hebt sich dieser Katalog von den eher technischen Detailregeln dieser Rechtsordnung ab.” (VITZTHUM, Wolfgang Graf (Hrsg). *Völkerrecht*. 4 Auflage. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, 2007. p. 33).

constantly recognized as law. The Governments of the different States are of opinion that they are legally, as well as morally, bound by the Law of Nations. The intercourse of States with each other necessitated some rules of international conduct. Single usages, therefore, gradually grew up, the different States acting in the same or in a similar way when occasion arose. As some rules of international conduct were from the end of Middle Ages urgently wanted, the writers on the Law of Nature prepared the ground for their growth by constructing certain rules on the basis of religious, moral, rational reflexions. Hugo Grotius's work, *De Jure Belli ac Pacis*, libriiii (1625), offered a systematised bod of ruls which commented themselves so much to the needs and wats of the time that they became the basis of the subsequent development. When afterwards, specially in the nineteenth century became apparent that customs and usages alone were not sufficient, or not sufficiently clear, new rules were created through law-making treaties being concluded which laid down rules for future international conduct. Thus conventional rules gradually grew up side with customary rules."¹⁶¹

O terceiro tópico é relativo ao uso das ficções na relação entre o tema da legitimidade e os princípios de direito internacional. Fica clara a diferença entre Kelsen e Verdross. Em Kelsen não há espaço para debater princípios enquanto pressupostos do direito internacional tendo em vista que o único princípio pressuposto diz respeito aos métodos de reconhecimento de normas jurídicas. Já Verdross coloca os princípios de direito internacional e em especial o da soberania como condições 'sine quibus non' de existência do direito internacional. É verdade que Verdross não está se referindo diretamente aos princípios da Carta de São Francisco. Por outro lado, três dos princípios fundamentais ou regras fundamentais do direito internacional, a saber, independência, autodeterminação e igualdade possuem relação com os denominados princípios de direito internacional.

Na doutrina há quem entenda que a soberania territorial, reconhecimento de Estados, imunidades e organizações internacionais é resultado da utilização das ficções pelo direito internacional.¹⁶² Verdross recorre ao reconhecimento da

¹⁶¹ OPPENHEIM, Lassa Francis Lawrence; LAUTERPACHT, H. *International Law: a Treatise. Vol. I – Peace*. (1912). 8th Edition. Great Britain: Longmans, Green and Co., 1955. pp. 11, 12, 13 e 17.

¹⁶² Cançado Trindade escreveu estudo acerca do uso as ficções no direito internacional onde sistematiza diversas posições doutrinárias sobre o tema. Neste, não defende o uso das ficções e também não nega a utilidade desta perspectiva jurídica. Reconhece, contudo que "as ficções são usadas em todos os ramos do direito e muitas vezes tornam-se a tal ponto arraigados no sistema jurídico que não mais são reconhecidas como ficções. Numerosas normas do direito moderno baseiam-se em regras que evoluíram há séculos e que então sebasearam em ficções. O direito

subjetividade de direito internacional dos Estados como um pressuposto para o reconhecimento da existência do direito internacional.¹⁶³ Neste contexto é possível perceber a possibilidade de relações entre o uso das ficções e os princípios de direito internacional.

Há utilização das ficções no contexto da legitimidade do direito internacional por Kelsen e por Verdross, mas em contextos distintos. Kelsen como será debatido mais detidamente no terceiro capítulo deste trabalho recorrerá à ficção para explicar a norma fundamental internacional na teoria pura do direito. Verdross por sua vez enuncia o reconhecimento da subjetividade de direito internacional de Estados enquanto pressuposto do direito internacional.

A partir da consulta à literatura é possível dizer que existem pontos em comum entre a legitimidade de normas internacionais e princípios de direito internacional. Para tal distinguiu-se entre princípios gerais do direito e princípios do direito internacional. As relações entre o tema legitimidade e princípios de direito internacional foram esboçadas em três tópicos: a semelhança da nomenclatura, a relação de dependência entre normas internacionais e normas fundamentais internacionais e o uso da ficção.

A partir das teorias estudadas os princípios de direito – ou relações internacionais – não podem ser considerados fatores de legitimidade de normas. Os princípios de direito internacional fazem parte do reconhecimento de relações jurídicas que dão suporte ao direito internacional: a soberania. A legitimidade no

moderno recebeu e desenvolveu tais regras, mas ficaram esquecidas as ficções.” (TRINDADE, op. cit., pp. 165ss)

¹⁶³ “Dennoch gibt es auch nach allgemeinem VR völkerrechtliche Grundrechte, wenn man darunter jene Rechte versteht, die den Staaten unmittelbar auf Grund ihrer Völkerrechtssubjektivität zustehen, während alle andere Rechte vom Vorliegen noch weiterer Voraussetzungen abhängig sind.” (VERDROSS, Alfred. *Völkerrecht*. Vierte Neubearbeitung und erweiterte Auflage. Viena: Springer – Verlag, 1959. p. 165)

direito internacional é uma característica da norma ou sistema jurídico que faz com que os destinatários da norma, sem coerção, sejam atraídos gravitacionalmente para o cumprimento do comando.

Os princípios e a legitimidade no ordenamento jurídico internacional possuem elementos em comum. Se observarmos a noção de legitimidade no sentido do consenso é possível dizer que no plano da história determinados consensos político-jurídicos entre unidades políticas deram origem aos princípios de direito internacional. Em outras palavras os princípios são os reflexos ou a teorização destes consensos.

Observar as conseqüências jurídicas destes consensos é o que faz com que Kelsen proponha a eficiência de um ordenamento jurídico internacional. Já Verdross observa neste consenso – a formação das relações jurídicas entre Estados soberanos – os princípios do direito internacional. Verdross recorre ao argumento jusnaturalista e quer reconhecer relações jurídicas no mundo real. Kelsen propõe que desta realidade é possível formular uma hipótese ou uma ficção sobre a norma fundamental de direito internacional.

A aproximação que Hans Kelsen faz dos princípios das Nações Unidas preocupa-se com duas questões fundamentais as quais constituíam paradoxos das relações internacionais após 1945. A primeira é conciliar a igualdade jurídica entre estados com os privilégios dos membros permanentes do Conselho de Segurança e o segundo é desvincular o princípio da auto-determinação do princípio do governo democrático. Hans Kelsen argumenta que o conteúdo do Preâmbulo e do Art. 2º da Carta, são princípios que não atuam juridicamente da mesma forma. Na formulação “The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its

Members” (art. 2º, §1º), ‘sovereign equality’ não é idêntica à ‘equality’ “of Nations large and small” formulada no Preâmbulo no sentido de direitos iguais a todas Nações. Entende que por isso o princípio da soberania não é mencionado no Preâmbulo. Argumenta então que os privilégios concedidos a determinados Estados nos artigos 27, 108 e 109 são incompatíveis com o Preâmbulo e com a ‘sovereign equality’ dos países membros.¹⁶⁴ Assim também o princípio da auto determinação dos povos usualmente designado como um princípio de direito interno ou de forma preferível de governo o que não iria ser compatível também com ‘sovereign equality’.¹⁶⁵ Interpreta ainda que pelo fato do Artigo 1º, parágrafo 2º referir-se ao ‘princípio’, no singular, indica que ‘equal rights’ e ‘ self-determination’ sejam combinados em um único princípio: o da ‘sovereign equality’, interpretação esta que permite diminuir a problematização dos privilégios a partir da dimensão que todos países possuem uma igualdade jurídica em termos de soberania.¹⁶⁶ O comentarista prefere não conectar os princípios com alguns dos fundamentos da teoria geral do direito e confere aos comentários um caráter hermenêutico de compatibilidade com o conteúdo da Carta.

Em Verdross, a independência, a autodeterminação e a igualdade são pressupostos da norma, mas também sistematizações derivadas do reconhecimento de Estados enquanto sujeitos de direito internacional. Neste último caso, se admite que princípios são resultados do reconhecimento de fenômenos espontâneos

¹⁶⁴ “As to the ‘equality’ of the states, the privileges conferred in Article 27, 108 and 109, upon the states which are permanent members of the Security Council are incompatible with the principle of ‘equal rights of nations large and small’ as well as with the principle of ‘sovereign equality’ of the Members.” (KELSEN, op. cit., p. 51)

¹⁶⁵ “Self-determination of the people usually designates a principle of internal policy, the principle of democratic government. However, Article I, § 2, refers to the relations among states.” (KELSEN, op. cit., p. 52).

¹⁶⁶ KELSEN, op. cit., p. 53.

posteriormente agregados à sintaxe do discurso teórico legal. Também sob esta ótica os princípios não funcionam enquanto legitimadores de regras internacionais.

O direito internacional só é possível a partir da consolidação de uma sociedade de Estados nacionais. Este reconhecimento da intersubjetividade dentre Estados em termos de soberania e igualdade jurídica conforma o ambiente societário aonde relações jurídicas são estabelecidas no plano internacional. A confusão que pode ser gerada a partir da relação entre estes princípios básicos sobre os quais se assenta o direito internacional e a questão da legitimidade justifica a inclusão do tópico.

Legitimidade não se confunde com os pressupostos jurídicos da existência do direito internacional. A legitimidade atua nos processos políticos de criação de normas enquanto fundamento e também na dinâmica das normas enquanto atração para o cumprimento de forma não coercitiva. Processos de legitimação política atuam durante a conformação do ambiente político em que foi criado o direito internacional, mas estes dois elementos não se confundem.

1.3 Legitimidade e fontes do direito internacional

Estados cumprem normas porque pactuaram neste sentido? Se sim, então a geração de comportamento de sujeitos de direito internacional possui como ponto de partida o contrato, concepção esta que remete ao sentido que Merquior atribuiu à legitimidade: consentimento com determinada ordem.¹⁶⁷ Esta questão

¹⁶⁷ “A noção de legitimidade como configuração aberta de poder, trocando a ênfase no consenso pela tônica no consentimento, parece bem mais adequada a dar conta da problemática empírica do legítimo/ilegítimo no mundo contemporâneo.” (MERQUIOR, op. cit., In: LAFER, et al, op. cit., p. 63.

sugere a atenção à relação entre fontes de direito internacional e legitimidade que é tema deste tópico.

Karl – Heinz Ziegler aponta em relação à tradição voluntarista que o positivismo jurídico inicia a ter impacto no direito internacional a partir de 1815 e, em 1914, com os efeitos da primeira guerra mundial iria entrar em crise e esta crise atingiria definitivamente o direito internacional.¹⁶⁸ Este positivismo jurídico ao qual se faz referência é referente à tradição voluntarista, à qual Trindade opõe aos caminhos do direito internacional no século XXI:

Para mim, os rumos do Direito Internacional em expansão e em um mundo em intensa transformação, neste início de século XXI, são claros, como expostos em minhas conclusões: primeiro, um retorno às origens históricas da disciplina, mais precisamente ao ideal da *civitas máxima gentium*; segundo, o distanciamento do *jus inter gentes* interestatal, com a superação definitiva do positivismo voluntarista, de tão triste memória; e terceiro, a construção de um novo *jus gentium*, neste início de século XXI, de um direito universal da humanidade. Caso isto não ocorra (dado que a insensatez humana parece não ter limites), não terei sido eu quem terá se equivocado...¹⁶⁹

O voluntarismo no direito internacional caracteriza as relações jurídicas entre Estados com ênfase no elemento contratual. Já que a base do compromisso é em geral o tratado ou costume, a pergunta é se o tratado escrito é o fundamento da obrigação jurídica. Daí a aceção voluntarista suscita a pergunta sobre a relação entre as fontes de normas internacionais e a questão da legitimidade.

Uma pergunta é se o fundamento da obrigação dos Estados está no contratado, seja na forma de um tratado ou costume. Outra pergunta é qual a relação entre estas normas internacionais e a legitimidade. Se Estados cumprem regras internacionais unicamente em virtude do pacto celebrado então a legitimidade do cumprimento desta norma é a própria norma. Ocorre que não existe perfeita coordenação entre a vontade do Estado e o conteúdo normativo, o prova a observação das relações internacionais: existem Estados não cumprem normas que

¹⁶⁸ ZIEGLER, Karl- Heinz. *Völkerrechts-geschichte*. 2. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2007. p 207.

¹⁶⁹ TRINDADE, op. cit., Prefácio.

pactuaram, existem Estados que pactuam e cumprem normas que não lhes oferecem vantagens imediatas e existem diretivas políticas que geram comportamento estatal em larga escala, conforme o caso da soft law. Estes casos, exceção ou não, existem. Nestas situações fatores além da própria norma compelem Estados a agir conforme o comando. Estes são alguns dados empíricos que indicam que a questão da legitimidade não se encerra na existência das fontes o que seria em outras palavras confundir legalidade e legitimidade no plano do direito internacional.

A forma como Kelsen formulou a norma fundamental em sua teoria pura do direito contribuiu para a noção de obrigações internacionais fundamentadas em compromissos formais. O enunciado sobre a norma fundamental formulado por Kelsen também sugere a relação entre o fundamento do direito internacional e as fontes na medida em que cita o *pacta sunt servanda* como um princípio que é resultado da formulação do direito internacional a partir do reconhecimento do poder dos Estados para regularem relações mútuas.¹⁷⁰ Se o costume internacional segundo a dogmática jurídica é fonte do direito internacional, seria o fundamento do direito internacional equivalente às suas fontes? Qual a relação entre legitimidade de fontes de direito internacional a partir da relação entre o tratado internacional e o fundamento da obrigação?

¹⁷⁰ Esta passagem de Hans Kelsen será retomada com maior ênfase no capítulo terceiro. Desta forma opta-se por nesta altura do trabalho simplesmente mencionar em nota a passagem representativa de sua teoria: "Uma das normas jurídicas de Direito internacional geral produzidas por via consuetudinária reconhece aos Estados poder para regular as suas relações mútuas através de tratados. Nesta norma consuetudinariamente criada têm o seu fundamento de vigência as normas jurídicas do Direito internacional criadas por tratados. Esta norma é usualmente formulada no princípio: *pacta sunt servanda*. Na norma fundamental pressuposta do Direito internacional que institui o costume do Estados como fato gerador de Direito exprime-se um princípio que é o pressuposto fundamental de todo Direito consuetudinário - o indivíduo deve conduzir-se como os outros, na convicção de que assim devem proceder, costumam conduzir-se - aplicado à conduta dos Estados uns em relação aos outros, isto é, à conduta dos indivíduos que, segundo a ordem jurídica estadual, são qualificados por determinada forma como órgãos, a saber, como órgãos do governo." (KELSEN, op. cit., p. 151)

O fato do sistema internacional já não comportar-se da mesma forma que no século XIX e XX reflete na crítica ao voluntarismo positivista. As relações internacionais contemporâneas tornaram-se a tal ponto complexas que comportam reafirmações de características do positivismo voluntarista e também novas formas de adesão a normas. Um exemplo de reafirmação do voluntarismo é a relutância dos Estados Unidos da América em aderir a tratados de direitos humanos.¹⁷¹ Um exemplo da nova forma de adesão é a soft law – aceita com reservas na doutrina como sendo fonte de direito internacional – que gera comportamento de sujeitos de direito internacional sem que estes expressamente tenham aderido formalmente a estas regras.¹⁷²

A literatura acerca de fontes do direito internacional é farta. Não se pretende nesta exposição fazer a revisão doutrinária deste importante capítulo da dogmática internacionalista. Importa então identificar o porquê apesar de fontes de direito possuírem uma tênue relação com o tema da legitimidade não podem com ela serem confundidos. No segundo capítulo deste trabalho por sua vez será

¹⁷¹ O positivismo voluntarista é criticado por Trindade justamente no sentido da justificativa da soberania para a não adesão a compromissos relativos aos direitos humanos. Louis Henkin contribuiu com diversos estudos sobre o comportamento estatal americano e ele mesmo se ocupa de argumentar que quase todas as normas internacionais direitos humanos são previstas na Constituição ou na legislação americana. O argumento de Henkin desloca o eixo do fundamento da obrigação da esfera internacional para a nacional. Desta forma, argumenta em favor das características do voluntarismo: a relutância à normas supranacionais às quais os Estados estejam obrigados independente de adesão formal.” (HENKIN, Louis. *International Human Rights Standards in National Law: The Jurisprudence of the United States*. In: CONFORTI, B.; FRANCONI, F. (eds.). *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*. London: Ed. Martinus Nijhoff, 1997. p. 204)

¹⁷² Shaw contribui para a conceituação de soft law: “It is sometimes argued more generally that particular non-binding instruments or documents or non-binding provisions in treaties form a special category that may be termed 'soft law'. This terminology is meant to indicate that the instrument or provision in question is not of itself 'law', but its importance within the general framework of international legal development is such that particular attention requires to be paid to it.” 'Soft law' is not law. That needs to be emphasised, but a document, for example, does not need to constitute a binding treaty before it can exercise an influence in international politics. Here one may cite particularly international economic law' and international environmental law. The use of such documents, whether termed, for example, recommendations, guidelines, codes of practice or standards, is significant in signalling the evolution and establishment of guidelines, which may ultimately be converted into legally binding rules. They are important and influential, but do not in themselves constitute legal norms.” (SHAW, op. cit., pp. 110-11).

debatida a construção histórica gradual da convergência de Estados soberanos acerca das fontes de direito internacional que complementarás as considerações jurídicas aqui apostas a partir da contribuição da história.

Alguns considerações básicas contudo são necessárias. O que o que se denomina doutrinariamente de fontes de direito internacional diz respeito ao conteúdo normativo constante no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a saber:

“Article 38

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations;

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.”

O que os discursos teóricos entendem por fontes do direito internacional não se restringe ao texto do Estatuto. Desde a formulação do Estatuto da Corte Internacional de Justiça no começo do século XX até o começo do século XXI a doutrina e em certo sentido a jurisprudência já reconheceram outras fontes que gradualmente começam a ser incorporadas nos textos didáticos o que nada mais é do que o mapeamento do movimento das peças no tabuleiro das relações jurídicas internacionais.

Os tratados internacionais assumiram um papel prevalente a partir do século XIX. A partir da positivação dos direitos diplomáticos e consulares

crescentemente costumes internacionais seriam escritos em textos convencionais. O art. 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 define tratado como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.”¹⁷³

A regência pelo direito internacional é um tópico interessante. Haveria acordos celebrados entre Estados que não sejam regidos pelas regras de Direito Internacional Público? Enquanto parte da doutrina não admite esta possibilidade¹⁷⁴ há quem mencione acordos internacionais com natureza própria conforme pode ser visto possível em uns acordos celebrados entre a Escola da Administração Fazendária – ESAF no âmbito do Ministério da Fazenda e o FMI. Trata-se de um acordo escrito entre pessoas de direito internacional – visto que o Estado Brasileiro admite a personalidade jurídica do FMI na medida em que reconhece sua capacidade de contratar e estabelecer atos de vontade com feitos jurídicos – e a ESAF em última análise é uma unidade pertencente à administração pública direta. Qual a natureza jurídica deste acordo de cooperação? Qual o *animus contraendi* e a norma aplicável? Estes questionamentos dão margem para acordos internacionais escritos, concluídos entre pessoas de direito internacional, mas não necessariamente regidos pelo Direito Internacional Público.¹⁷⁵

A contribuição da jurisprudência, por exemplo, é evidente na própria compreensão da dinâmica e do alcance das normas internacionais. Caso

¹⁷³ UNITED NATIONS. op. cit., 1155, p 331. Disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 26 mai. 2008.

¹⁷⁴ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22.

¹⁷⁵ A respeito deste tema: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Considerações sobre a natureza jurídica dos Acordos SAF/ESAF dos arranjos PRGF com o FMI*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero30/artigo06.pdf>. Acesso em: fevereiro de 2006.

paradigmático é a interpretação da ‘opinio juris’ como um elemento essencial para que o ‘costume seja oponível como fonte de direito. Apesar do texto do Estatuto fazer referência ao costume enquanto “*as evidence of a general practice accepted as law*” foi somente a partir dos Casos ‘Lótus’ e ‘North Sea Continental Shelf’ que a interpretação do texto convencional restou pacificada pela Corte Internacional de Justiça.

A jurisprudência suscita o debate sobre a possibilidade da norma de reconhecimento no direito internacional, no sentido em que Hart lhe atribuiu. Neste caso, frente à existência de diversas normas existentes nas relações internacionais a norma de reconhecimento conferiria validade às normas internacionais. Esta hipótese suscita uma quantidade expressiva de desdobramentos, como, por exemplo, quais as instituições no plano internacional seriam capazes de aplicar a regra de reconhecimento. Outro desdobramento possível é permitir o reconhecimento de que existem diversas regras informais nas relações internacionais que podem ser validadas por instituições tanto judiciárias quanto arbitrais ou mesmo decisórias. Ocorre que o positivismo de Hart não encontra ressonância dentre os internacionalistas porque simplesmente não é possível transpor para o direito internacional a forma como a norma de reconhecimento atua em sua teoria. Isto se deve à falta homogeneidade dos tribunais internacionais, à falta de densidade dos órgãos administrativos internacionais e mesmo, conforme suas considerações sobre a Constituição americana, à inexistência de uma Constituição internacional.

O papel da doutrina também merece destaque já que a própria produção científica no campo jurídico internacionalista passou a reconhecer outras fontes de

direito que não estão constantes no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Este é o caso da soft law, dos atos unilaterais de Estados e das decisões tomadas por órgãos das organizações internacionais. A soft law aparece como um aspecto inovador e controverso no direito internacional.¹⁷⁶ Interessa a esta seção mais uma vez reiterar que além das fontes dispostas no Estatuto continuarem em desenvolvimento outros aspectos da dinâmica jurídica internacional conferem direitos e deveres aos sujeitos de direito internacional e estes fenômenos gradualmente passam a ser incorporados aos discursos teóricos e aos recursos pedagógicos. Contudo, é observável que a incorporação de novas fontes de direito internacional não é unânime e consensual. A divergência não se restringe às fontes de direito internacional, mas pode ser aplicada também à sujeitos de direito internacional – algumas vezes denominados de personalidade jurídica internacional, fundamentos e mesmo sobre aspectos de legitimidade. É possível identificar esta falta de unanimidade na simples observação dos conteúdos pedagógicos, agendas de pesquisa ou sumários da bibliografia especializada.

Reconhecidamente podem-se identificar autores mais clássicos, vinculados às fontes tradicionais e, portanto inclinados a fazer farta referência às fontes do artigo 38 e por vezes referências marginais aos temas que ainda não gozam de ampla aceitabilidade na comunidade científica como um todo. Uma outra forma de analisar este fenômeno é perceber a inclinação política de determinados autores em detrimento de uma acentuação ou mote predominantemente jurídico das matérias. Um terceiro viés explicativo é justamente o posto de observação de

¹⁷⁶ “Much controversy remains regarding the precise nature and scope of soft law obligations.” (WORIKA, Ibibia L.; WÄLDE, Thomas. Contractual Architecture fo the Kyoto Protocol: from soft and hard laws to concrete commitments. In: *Joint Issue/Land Use & Transnational*. Vol. 15 & 9, Summer, 2000. p. 491).

determinados autores quem em virtude de métodos, agendas de pesquisa, local e política acadêmica tendem a perceber fenômenos que a outros irão escapar.

A última ótica explicativa referida no parágrafo anterior pode ser exemplificada pela produção em filosofia do direito. A partir da crítica aos modelos explicativos modernos ou positivistas e com a aplicação de modelos teóricos até então estranhos ao mundo jurídico inegavelmente o debate acadêmico sofreu a incorporação de um enriquecimento metodológico altamente heterogêneo. Este tipo de fenômeno em parte explica as diversas interpretações que o mundo fenomênico pode sofrer, em particular o fenômeno jurídico e, no caso da análise em consideração, as fontes de direito.

Um exemplo claro de ajuste doutrinário são as decisões do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. O órgão de cúpula da Organização das Nações Unidas criada a partir do final da segunda guerra mundial trouxe um alcance normativo até então inexistente nas relações internacionais: a possibilidade de uma decisão política possuir obrigatoriedade universal. A este respeito a Carta de São Francisco possui o seguinte texto:

“Article 24

1. In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.

2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII.

3. The Security Council shall submit annual and, when necessary, special reports to the General Assembly for its consideration.

Article 25

The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.”

As fontes dispostas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não dispunham da possibilidade de decisões políticas serem fontes de direito. A possibilidade de um órgão político poder tomar decisões com força normativa, ou seja, mandamental, possibilita avaliar que as fontes de direito internacional poderiam ir além do que era entendido como direito na relação entre Estados soberanos até o final do século XIX. O denominado uso legitimado da força será mais preciso nos casos de ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão conforme as disposições da Carta das Nações Unidas constantes nos artigos 40 a 42. O Conselho de Segurança das Nações Unidas possui poder de criar normas internacionais?

“A resolution may be considered to be a norm. Since the Security Council adopts resolutions, one can therefore assume that it is involved in the creation of norms within the institutional framework that is defined by the Charter. However, this does not mean that Security Council resolutions can be considered as being among the sources of international law set out in the Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice. It only means that the Security Council can create rights and obligations for member States of the United Nations.”¹⁷⁷

Duas questões podem ser apontadas a partir das considerações de Brichambaut. A primeira é o entendimento que se pode reconhecer que o Conselho de Segurança é um órgão envolvido com a criação de normas já que uma resolução é um comando. As normas criadas pelo Conselho de Segurança são decisões políticas quanto a casos concretos, revestidas de formalidades administrativas próprias.

A segunda conclusão a partir do excerto é que ao que o autor ao que reconhece que o Conselho de Segurança tem um papel de criador de normas aduz

¹⁷⁷ BRICHANBAUT, Marc Perrin de. The role of the United Nations Security Council in the International Legal System. In: BYERS, Michael (org.). *The role of Law in International Politics: essays in international relations and international law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 26

que isto não significa que possa ser considerado como dentre as fontes de direito internacional constantes no artigo 38. Acrescenta que isto somente significa que o Conselho de Segurança pode criar regras para os membros da ONU.

Reconhecer que o Conselho de Segurança cria normas é assumir que as decisões de um órgão político determinado podem ser consideradas fonte de direito internacional. Em termos de dogmática jurídica não há necessidade de atualização do Estatuto da Corte de Haia. A doutrina pode em caráter supletivo reconhecer outras fontes.

Se por um lado as Resoluções do Conselho de Segurança internacionais constituem um elemento posterior à escrita do Estatuto, já existia outra fonte de direito hoje amplamente aceita pela doutrina que não fora mencionada pelo diploma legal: os atos unilaterais de Estado. Diversos exemplos de atos unilaterais de Estado têm sido utilizados na teoria para fins pedagógicos. Os atos unilaterais são instrumentos utilizados frequentemente nas relações internacionais: declarações, notificações, protesto, promessa, etc.¹⁷⁸ Embora não sejam normas internacionais no sentido tradicional também não possuem a condição de um elemento no desenvolvimento dos tratados e costume.

Os atos unilaterais também dizem respeito à prática de Estados soberanos quanto à dinâmica procedimental do direito dos tratados conforme pode ser observado nas denúncias. Nesta medida pode-se afirmar que os atos unilaterais estão incluídos indiretamente nas fontes descritas no artigo 38 do Estatuto da Corte

¹⁷⁸ "Einseitige Akte (Deklaration, Notification, Protest, Verzicht, Versprechen, Widerruf usw) häufig eingesetzte Instrumente im zwischenstaatliche Verkehr, können eigenständige Rechtsquellen sein, soweit sich hinter ihnen in wahrheit nicht doch ein Vertrag verbirgt, soweit sie also nicht nur ein Element in der Entwicklung zu Vertrags – oder Gewohnheitsrecht darstellen, oder soweit sie (wie Kündigung, Suspendierung, Anerkennung) nicht als Tatbestandsmerkmal einer völkerrechtlichen Norm auftreten." (VITZTHUM, op. cit., p. 74)

Internacional de Justiça. O reconhecimento que a doutrina faz dos atos unilaterais de Estado retoma a idéia do direito internacional como uma ordem descentralizada que possui relação com os princípios do direito internacional de soberania e igualdade entre os Estados.

As considerações sobre os atos unilaterais de Estado conduzem à outra questão digna de menção a qual relaciona o tema da legitimidade com o que é denominado pela doutrina de fontes de direito internacional. Refere-se aqui à estruturação do Estatuto da Corte Internacional de Justiça no tempo e no espaço. O texto do Estatuto é claro quando afirma no caput do artigo 38 que: “the Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply”. Da citação extraem-se duas conclusões: a primeira é que o artigo 38 remete às fontes de direito internacional que iriam ser aplicadas pela Corte e que com o tempo acabaram por tornar-se o texto base ou o ponto de partida da produção acadêmica quanto à matéria das fontes. A segunda conclusão é consequência da primeira; o artigo 38 não pretende esgotar o que é e o que não é fonte de direito internacional.

Este subtítulo sobre fontes de direito internacional ainda merece um breve consideração sobre um tema que tem sofrido modificações com o passar dos anos, a saber, o jus cogens. É possível identificar uma sensível mudança de tratamento que o capítulo sobre a norma jus cogens tem sofrido principalmente nos manuais de direito internacional. A princípio o tema era tratado em conjunto com o tema dos tratados conforme ainda é sistematizado por parte da doutrina. Está aqui uma sistematização teórica que possui implicações axiológicas. Considerações sobre o

jus cogens irão ser retomadas em diferentes partes este trabalho em virtude da tênue relação que este assunto possui com o tema da legitimidade.

A matéria acerca do jus cogens é disciplinada pela Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. A princípio, nos artigos 53 e 64 da mencionada Convenção, a norma jus cogens ou também ‘norma imperativa de direito internacional geral’ disciplina o conflito entre tratados, ou seja, confere solução para a situação hipotética de uma norma de um tratado entrar em conflito com outra que discipline o mesmo assunto de forma diversa. Teriam os artigos em questão resolvido o hipotético conflito? A este respeito o texto convencional:

“(...) Article 53

Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (“jus cogens”)

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

(...) Article 64

Emergence of a new peremptory norm of general international law (“jus cogens”)

If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.”

A adoção do texto final da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados remonta a maio de 1969, mas o tratado só iria viria a adquirir força em janeiro de 1980. Das negociações da convenção até os dias de hoje o direito internacional passou por profundas mudanças que em parte são resultado dos movimentos na estruturação da sociedade internacional. Pode-se identificar que de uma forma ou outra o artigo trata de uma hierarquia de normas internacionais, ou seja, para a solução de conflitos entre normas elaborou-se uma solução jurídica já

amplamente utilizada nos ordenamentos jurídicos internos dos sistemas de direito romano-germânico.

Nos ordenamentos jurídicos internos existe um escalonamento de normas que se reflete muitas vezes na própria nomenclatura das normas e quando duas normas infraconstitucionais estão no mesmo patamar normativo adota-se a posterior. É claro que mesmo assim não se sana completamente os conflitos normativos. Interessa que o mesmo raciocínio não pode ser aplicado nos conflitos entre tratados. Primeiro que não há hierarquia entre tratados internacionais. Considerando que em alguns países normas internacionais terão diferentes tratamentos em termos de força ou incorporação a nomenclatura 'ordenamento, de toda forma, não é imprecisa. Um exemplo mais claro é o caso dos *treaties* e os *agreements* nos Estados Unidos da América que possuem diferentes tratamentos em termos de *treaty making power*.

É possível aceitar que a norma *jus cogens* seja aplicável a todas as fontes. Isto porque não há impossibilidade jurídica de que as outras fontes possam ser consideradas pela sociedade internacional normas imperativas de direito internacional geral, tanto em termos de alcance da norma internacional – generalidade - quanto da obrigatoriedade quanto acerca da impossibilidade de derogabilidade da mesma. O que parece ser claro da redação do artigo 53 é que o instituto soluciona possível conflito entre uma norma *jus cogens* e um tratado, ou seja, não há possibilidade nos termos da disposição convencional de aplicarem-se os termos dos artigos 53 e 64 em casos de conflito entre outras fontes possíveis. Estas são considerações abstratas que ajudam na consolidação do raciocínio deste capítulo como um todo.

O questionamento de fundo que não poucas vezes é levantado quando da leitura dos artigos é em que termos uma norma seria considerada geral. Mais do que a generalidade, a impossibilidade de derrogação parece ser a redação de maior dificuldade de enfrentamento (“as a norm from which no derogation is permitted”). Seria a norma sem possibilidade de derrogação a mais eticamente correta? Em caso afirmativo como situar isto no contexto hetero-cultural da sociedade internacional? Estes questionamentos foram reforçados com a sofisticação e o ganho de força que as agendas de direitos humanos e ambiental ganharam em particular a partir dos anos noventa.

A partir da possibilidade de normas de direito internacional serem hierarquizadas o tópico *jus cogens* ocupa lugar de destaque na doutrina de direito internacional.¹⁷⁹ Não somente a questão da hierarquia de normas no plano do direito internacional a qual sugere a noção de um ordenamento jurídico internacional unitário e escalonado mas também as colisões entre normas e regimes de direito internacional colocaram recentemente o tema do *jus cogens* em controvérsia, Cristian Walter relaciona o tema da ausência de hierarquia como um problema geral da constitucionalização do direito internacional e neste assunto é que surge um elo de conexão entre o *jus cogens* e valores da sociedade internacional e mesmo a questão da legitimidade:

¹⁷⁹ “Three types of conflict situation may be envisaged. A norm of *jus cogens* might conflict with a regular treaty, a rule of (general) customary international law, and with another norm of *jus cogens*. The first situation is the simplest. Conflict of a treaty with *jus cogens* renders the treaty - or a separable provision thereof - invalid. It makes no difference whether the treaty is bilateral or multilateral. As pointed out above, the Charter of the United Nations constitutes no exception. The same goes for resolutions of international organizations. The same logic applies to a conflict between *jus cogens* and (general) customary law. A conflict between them renders the latter invalid. The question concerning the relationships between conflicting *jus cogens* norms - for example the question of the right to use force in order to realize the right of self-determination - is much more difficult. At this stage, it cannot be presumed that the doctrine of *jus cogens* could itself resolve such conflicts: there is no hierarchy between *jus cogens* norms *inter se*.” (UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*. Approved in 13 April 2006. p. 185).

“The difficult relationship between the various levels of decision making and the different standards of human rights protection on the national level, within international regimes and in international human rights treaties, illustrate that the main difficulty of an emerging international constitutional law consists in the absence of a hierarchy between different norms of international law. The notion of jus cogens and obligations erga omnes are too limited to address the complex issues of level coordination that arise in the new international legal order.”¹⁸⁰

Além de todos os pressupostos de legitimidade que envolveriam a constitucionalização do direito internacional hierarquizar significa conferir ao sistema normativo um gradiente valorativo e o jus cogens não consegue abarcar todos os fenômenos jurídicos em nível global. Cristian Walter problematiza a questão da legitimidade da constitucionalização a partir do que denomina o tombamento dos pilares do templo westfaliano.¹⁸¹ A constitucionalização poderia resolver o conflito entre normas de direito internacional mas não normas no contexto global. O reconhecimento de normas criadas no contexto privado transnacional e com alcance global estimula o raciocínio jurídico a pensar no direito internacional na perspectiva da governança global e não somente do sistema político (inter)nacional.

Os temas de interesse global e diretamente vinculados aos pressupostos éticos como os direitos humanos - e neste conjunto uma dezena de subdivisões possíveis e mais outra centena de divergências doutrinárias – e outros que dizem respeito à viabilização da vida no planeta terra parecem ter uma vinculação muito forte com o que se entenderia como norma não derogável. Por outro lado a dificuldade de angariar ratificações em tratados internacionais para que os instrumentos entrem em vigor mina em parte o que se denomina generalidade (“a norm accepted and recognized by the international community of States as a

¹⁸⁰ WALTER, Christian. Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law. In: *German Yearbook of International Law*, 2001, 44, p. 201.

¹⁸¹ “International lawyers are grappling with a profound change of their subject. While for centuries the sovereign state constituted the center of what has been called the Westphalian Temple, there is now consensus that the pillars of this temple are rapidly decaying.” (WALTER, op. cit., p. 170).

whole”). A título de exemplo podem ser citados o Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional e o Protocolo de Kyoto que durante anos enfrentaram a dificuldade de encontrar o apoio de potências na sociedade internacional. Outro exemplo também é a relutância de países como China e Estados Unidos da América de aderirem aos denominados regimes ambiental e de direitos humanos pelo menos em termos de ratificação de tratados.

Mas por que afinal a questão do *jus cogens* é tão importante para tratar o tema da legitimidade? O *jus cogens* pode ser interpretado de várias formas. A interpretação gramatical, não raras vezes a mais pobre sugere que se a sociedade internacional como um todo deve reconhecer esta norma então o consenso é importante no sentido de uma democracia de números onde a maioria pode não ser sinônimo de valor. De qualquer forma é realmente difícil imaginar que algum dia algum tema ético ou normativo possa ser amplamente – num sentido de unanimidade – aceito e adotado pela comunidade internacional.

O fato do *jus cogens* ser constituído exclusivamente por normas de direito internacional geral realça seu caráter universal. O *jus cogens* exprime valores éticos, que só se pode impor com força imperativa se forem absolutos e universais. Uma norma de *jus cogens* pode ser modificada por outra da mesma natureza, pois ele evolui em função das transformações da situação sócio-histórica da sociedade internacional e das modificações das concepções políticas, éticas, filosóficas e ideológicas.

A partir desta sumária exposição sobre aspectos gerais das fontes de direito internacional é possível tecer considerações sobre a relação das fontes com a questão da legitimidade internacional. Estas considerações são tributárias de

diversos elementos informativos que foram desenvolvidos desde o início deste capítulo. O principal objetivo aqui é estabelecer a distinção entre fontes e legitimidade no direito internacional.

Este trabalho assume que é possível falar em legitimidade de normas internacionais numa perspectiva jurídica. Com isto não se quer formular uma teoria pura acerca da legitimidade e sim argumentar que é possível identificar propriedades da norma e dos sistemas jurídicos relativos aos elementos não coercitivos de geração de comportamento de sujeitos de direito internacional.

É importante destacar que legitimidade no direito internacional em termos gerais é o fator que justifica normas jurídicas. É um momento de força que acontece no campo político e jurídico e é descrito no plano teórico. Esta justificação aparece na literatura sob pelo menos três formas: a idéia de fundamento da existência, a idéia de atração gravitacional e a questão dos valores. Estas concepções permitirão identificar elementos de legitimidade ao longo da história do direito internacional no capítulo seguinte e também compreender o caráter legitimador da norma fundamental na teoria das normas de Hans Kelsen.

O direito internacional é um campo privilegiado para estudar-se a legitimidade, pois existem normas fora de um contexto coercitivo. A questão da legitimidade relaciona-se com o comportamento de sujeitos de direito internacional: quanto maior a legitimidade de uma norma ou de um sistema normativo maior a probabilidade de cumprimento da mesma. Muito embora em inúmeros momentos este trabalho recorra à contribuição sociológica o foco do estudo da legitimidade não está na observação do comportamento de sujeitos de direito internacional.

A noção de legitimidade enquanto fundamento da existência de normas internacionais constitui a primeira possibilidade de diferenciação entre fontes de direito internacional e a questão da legitimidade. O fundamento de existência de normas pode assumir o aspecto de consenso ou consentimento. O consenso entre sujeitos de direito internacional permite que normas sejam criadas no plano bilateral, multilateral ou do costume. Em torno desta noção encontram-se autores como Habermas e Bobbio, não no sentido de formuladores de teorias sobre o consenso no direito internacional, mas sim no sentido de teorias que concordam com esta compreensão da dinâmica das relações sociais internacionais.

O consenso de sujeitos de direito internacional pode dar-se em torno de valores; contudo, as teorias dos autores citados não colocam os valores como fundamento da existência de normas e sim o consenso mesmo. O consenso também não significa necessariamente a maioria das opiniões de atores em determinado contexto e sim tão simplesmente o consenso entre os atores capazes de decidir. Neste caso as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas necessitam pelo menos do consenso entre os membros com poder de veto para uma decisão legal e legítima, mas somente a legitimidade e não a legalidade aumenta na medida em que o grau de consenso aumenta dentre os membros. Também as normas internacionais que impõem obrigações dos vencedores em relação aos vencidos em casos de tratados pós - guerras podem incluídas neste viés teórico. Neste caso fica ainda mais clara a independência entre consenso e valores com a manutenção de um grau mínimo de legitimidade.

A partir da perspectiva do consenso é possível distinguir que processos políticos possibilitam a criação de normas mediante a convergência em torno de

normas. Normas são geradas por processos políticos, moldados por procedimentos jurídicos de validação. Assim, decisões políticas não necessariamente são normas, mas o grau de consenso em torno de decisões pode gerar legitimidade suficiente para que assim sejam consideradas. Neste contexto decisões precisam passar por processos de validação de lhes conferem obrigatoriedade. Estes processos e validação são, contudo posteriores ao consenso. Logo, a legitimidade enquanto consenso é distinta das normas em si e, portanto distinta do que a doutrina denomina fontes.

A nomenclatura fontes poderia suscitar a confusão entre os processos políticos que geram normas. Este não é o caso da doutrina de direito internacional. Fontes na doutrina significam as bases jurídicas nas quais as decisões irão buscar as normas de direito internacional e não os processos de geração de normas. Já que fontes referem-se a tratados e costumes as fontes são as normas mesmas não os processos.

A noção de legitimidade enquanto fundamento da existência de normas também diz respeito ao consentimento. O consentimento pressupõe a manifestação formal em torno de normas propostas e, por isso, possui um caráter contratualista e voluntarista. Conforme a revisão bibliográfica Merquior compreende que a legitimidade, pelo menos no plano político possui esta característica. Neste aspecto, não há que se falar em autores que defendem esta opinião na medida em que o direito internacional assumiu na história um caráter contratualista percebido de forma inequívoca tanto na ratificação e depósito de tratados internacionais quanto no elemento da *opinio juris* na fonte costumeira.

A legitimidade enquanto consentimento sugere que a validação de normas internacionais na perspectiva de um ator específico só ocorra no ato formal do depósito do instrumento internacional. Esta é uma perspectiva interessante de análise do positivismo jurídico de Hans Kelsen que será retomada no terceiro e quarto capítulos. No positivismo jurídico kelseniano normas internacionais são validadas em virtude da existência da norma fundamental internacional. Nesta perspectiva, apesar de existirem tratados válidos dentro de um ordenamento jurídico eficiente, este tratado obriga determinado Estado na medida de seu consentimento formal. A validade no positivismo jurídico kelseniano é um pressuposto da obrigatoriedade, mas a regra é válida e obrigatória para determinado Estado, no plano internacional, somente na perspectiva do consentimento.

No direito internacional a legitimidade enquanto consentimento também permite claramente caracterizar a relação com as fontes. Aos sujeitos de direito internacional é facultado consentir com normas prévias e isto pode dar-se na perspectiva da ratificação de tratados ou da construção histórica do costume. Sob esta perspectiva a legitimidade de normas internacionais é tão maior quanto maior for o grau de consentimento com o comportamento previsto e não necessariamente a quantidade de ratificações de um tratado internacional.

A característica principal da legitimidade enquanto atração gravitacional em direção ao cumprimento da norma é a capacidade de gerar comportamento de acordo com o comando independente da autoridade coativa. Neste caso também a legitimidade não se confunde com a norma, pois dela é uma qualidade ou propriedade. Considerando que a questão dos valores remete aos fatores transcendentais à norma em si e que o fundamento de existência aos processos

políticos de criação de normas, a característica de propriedade ou qualidade da norma é a que permite com maior proximidade estudar a norma a partir da perspectiva jurídica.

A aceção de legitimidade enquanto qualidade ou propriedade da norma não quer dizer que exista uma legitimidade objetiva. Um elemento teórico que não pode escapar a este capítulo é o papel da percepção e do comportamento de sujeitos de direito internacional. É possível teoricamente afirmar que não existe uma legitimidade objetiva das normas internacionais. Existem aceções de legitimidade e isto faz com que algumas normas internacionais possam ser avaliadas em perspectiva como mais legítimas do que outras. Além disto, são os processos políticos e o comportamento dos agentes envolvidos que conferem legitimidade às normas. O gradiente de legitimidade a partir da perspectiva da atração gravitacional neste contexto obedece a critérios diferentes do que a avaliação de legalidade e validade de normas. Muito embora sobre estes dois aspectos possa haver discordância jurídica, conforme foi observado no começo deste capítulo, seguem critérios objetivos. Se uma norma existe é difícil falar que não detém legitimidade alguma, pois o próprio processo que a criou contradiz esta afirmação.

A aceção da legitimidade de normas internacionais a partir da perspectiva dos valores é o último tópico a ser analisado. Em primeiro plano este assunto suscita a relação entre direito e moral. Também remete à perspectivas do direito natural ou concepções jurídicas como a ideia de justiça em John Rawls e a questões dos princípios em Ronald Dworkin. É a aceção que encontra mais controvérsias na dogmática jurídica. Favorece a argumentação deste trabalho que não seja necessário entrar neste campo de disputas teóricas. A perspectiva dos

valores enquanto critério de legitimidade pode ser sistematizado como um critério em apartado, mas também pode ser incluída nas subdivisões anteriores. Os valores podem ou devem estar na base da formulação e também podem ser considerados características da norma.

Difícil encontrar teorias jurídicas que não sejam a favor da aplicação de normas internacionais que correspondam ao progresso da humanidade, aos valores e à moral. Outra coisa é dizer que normas devam ser criadas e corresponder a valores formalizando desta forma o critério jurídico de legitimidade e mesmo de validade. A teoria e a práxis indicam que a dificuldade, neste caso, é estabelecer critérios morais universais mínimos que consigam gerar a percepção de legitimidade de forma amplamente consensual. Sob esta perspectiva é que Hans Kelsen afirma que a justiça dá-se na aplicação da norma e não a norma em si e que a norma por si só não pode gerar justiça ou injustiça.

A relação da questão da legitimidade com as fontes de direito internacional diz respeito também ao reconhecimento de regras válidas de direito internacional. As fontes de direito internacional permitem indicar regras válidas, mas não por isso legitimam o direito internacional. Normas internacionais são expressões da legitimidade e também a legitimidade se manifesta na atuação destas normas. Esta relação também é perceptível a partir do momento em que se reconhece que determinadas normas válidas possuem maior atratividade para a geração de comportamento de sujeitos de direito internacional do que outras. A partir da percepção do pedigree de determinadas regras é possível diferenciar entre o conteúdo do comando normativo e as propriedades da norma que geram a percepção do gradiente de legitimidade da mesma.

Capítulo II

2 A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO CONCEITO DE LEGITIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL E DOGMÁTICA JURISPOSITIVISTA

O objetivo do segundo capítulo é identificar na história do direito internacional e na história do positivismo jurídico os elementos componentes da formulação teórica da norma fundamental na teoria pura do direito. Trata-se então de um capítulo que observa a história do direito internacional a partir da perspectiva da relação entre o tempo natural e o tempo humano conforme a terminologia sugerida por Jörn Rüsen.¹⁸² Procura-se enfatizar o diálogo entre as idéias - principalmente as levadas a efeito no campo da reflexão jurídica - e a prática de determinada época. O balanço entre o 'tempo humano' e o 'tempo natural' permite, a partir da narrativa histórica amparada na revisão da literatura, compreender a evolução dos conceitos e a construção da prática jurídica referente ao direito internacional.

O capítulo é dividido em duas partes. A primeira diz respeito à história do direito internacional em termos de práticas e idéias jurídicas e a segunda ao positivismo jurídico. São partes complementares na medida em que o positivismo jurídico enquanto conjunto de referências teóricas consolida-se no século XX. A funcionalidade deste capítulo diz respeito à estruturação do direito internacional até meados do século XX para no capítulo posterior tratar da teoria jurídica e da questão da legitimidade em Hans Kelsen.

¹⁸² RÜSSEN, Jörn. *Razão Histórica: teoria da história: fundamentos da ciência histórica*. Brasília: Editora da UnB, 2001. p. 60.

A primeira parte trata da identificação do tema da legitimidade nos processos de conformação entre teoria e prática de direito internacional a partir do recurso à história do direito internacional. Conforme será argumentado nas linhas subsequentes, o lapso temporal que será tratado nesta divisão cobre desde a Antiguidade até a Idade Contemporânea. O objetivo do presente capítulo não é descrever o direito internacional neste período e sim focar a questão da legitimidade na práxis e na formulação doutrinária. Seria descabido propor a reprodução de narrativas históricas que cobrissem períodos históricos tão amplos e realidades societárias complexas, diversas entre si e não raras vezes controvertidas na análise historiográfica.

A primeira parte identifica a questão da legitimidade a partir de três perspectivas. A primeira é identificar a questão da legitimidade a partir das características gerais do direito internacional ao longo da história, tomando como referencial os pressupostos teóricos tratados no primeiro capítulo. A segunda é fornecer elementos que possibilitem evidenciar que o direito internacional é resultado da conformação entre teoria e práxis jurídica. A terceira perspectiva consiste em identificar os fundamentos dos elementos teóricos da norma fundamental. A partir destas três perspectivas que o segundo capítulo busca identificar na história do direito internacional os elementos componentes da formulação teórica da norma fundamental na teoria pura do direito.

A divisão histórica proposta neste capítulo pretende tratar o direito internacional na Antiguidade, na Idade Média, na Idade Moderna e na contemporaneidade. A utilização da periodização do direito internacional nestes termos é uma opção de pesquisa. Outras sistematizações poderiam ter sido

utilizadas como a divisão da Idade Média em alta e baixa o que permitiria identificar melhor o papel da escolástica espanhola tardia. Verdade é que a sistematização histórica do direito internacional obedece a padrões próprios de estudo. O fato da formação do Estado nacional ser resultado da gradual fragmentação do Império Carolíngio e a paternidade do direito internacional ser atribuída a Hugo Grotius (1583-1645) o qual teorizou sobre um mundo anterior aos Acordos de de Vestfália de 1648, marco convencional do surgimento do Estado moderno, revela a aritmia entre as periodizações normalmente utilizadas na história universal e os marcos históricos expressivos, da teoria e da prática, relativos ao direito internacional público.

A análise do direito internacional a partir da periodização proposta é precedida de breves considerações sobre implicações da teoria da história para a análise das relações internacionais e do direito internacional. A análise da história a partir da conformação entre o tempo natural e o tempo humano é particularmente útil ao direito em função do direito pretender o modelamento das relações sociais. A intenção de direcionar o comportamento humano e social faz com que a agenda de pesquisa da história das idéias e das ciências jurídicas convirjam. As características dos resultados da ciência jurídica na forma de descrição do sistemas jurídicos e busca de transformação do sistema social é ainda resgatada na seção introdutória da segunda parte deste capítulo. Nesta medida que o encadeamento lógico e metodológico deste capítulo é apresentar o positivismo jurídico como uma das teorias jurídicas que descreve o direito na sociedade e também possui um projeto de modelamento das relações sociais. É possível identificar nos programas de pesquisa do positivismo jurídico a descrição do tempo natural e as estratégias do tempo humano.

Enfatiza-se que não é objetivo do segundo capítulo proceder a narrativa dos fatos históricos referentes à história do direito internacional a fim de oferecer um quadro detalhado de compreensão do tema da legitimidade do direito internacional ao longo da história das relações internacionais. Entende-se que este objetivo mereceria uma tese própria. O foco do segundo capítulo é oferecer um quadro geral do tema da legitimidade a partir do surgimento do direito internacional. A partir deste exercício é possível também verificar que em diferentes contextos societários normas de direito internacional são legitimadas de diferentes formas.

A segunda parte trata da noção de ciência jurídica enquanto campo autônomo e procura apresentar o itinerário das idéias do positivismo jurídico com ênfase nas contribuições de Austin, Kelsen, Hart e Raz. A teoria pura do direito de Hans Kelsen serve de contraponto ao texto o que não impede a referência a outros autores e teorias que auxiliam no cumprimento deste objetivo. Importante também enfatizar que o conceito de norma – ou regra – jurídica confere sentido ao sistema teórico como um todo e que a metodologia oferece a moldura para o que cada teoria compreende como ciência jurídica enquanto campo autônomo do conhecimento. De qualquer forma é necessário ter presente que os conceitos de norma, ciência, metodologia e sistema jurídico devem ser tratados em conjunto para compreender-se o que é legitimidade ou de que forma normas são legitimadas nos sistemas teóricos jurídicos.

A descrição dos itinerários da matriz teórica do positivismo jurídico é também uma resposta à consolidação dos Estados nacionais constitucionais. Naturalmente, o positivismo jurídico enquanto manifestação espontânea da evolução científica nas ciências sociais procura descrever as relações jurídicas e responder

aos desafios das relações sociais. Já que a resposta do positivismo jurídico aos padrões societários é consequência do próprio movimento e evolução científica, a segunda parte deste capítulo inicia com considerações sobre a concorrência de programas de pesquisa nas ciências jurídicas. Estas informações corroboram com a noção de acoplamento entre semântica teórica e práxis jurídica a qual serve de argumento para a constatação que o sistema teórico da teoria pura do direito pode ser aprimorado teoricamente na medida em que modificam-se as próprias relações societárias em nível internacional.

A relação entre o primeiro capítulo e o segundo é procurar evidenciar a partir das narrativas históricas de que forma as regras internacionais e a legitimidade dinamizaram-se no transcurso histórico. Evidenciar esta relação é uma faculdade da história mesma, ou seja, procura-se deixar a história do direito internacional falar por si mesma e permitir que determinados padrões de comportamento estatal ou da dinâmica e alcance de regras jurídicas sejam observados ainda que pela ótica e interpretação dos registros historiográficos. Os dois primeiros capítulos fornecem um conjunto de elementos informativos necessários para o capítulo subsequente.

Ainda em relação aos pressupostos epistemológicos é interessante mencionar que a partir das considerações do primeiro capítulo parece ser mais acertado procurar fazer um mapeamento histórico acerca do tema da legitimidade e da norma fundamental e não de outros temas ou conceitos que com este poderiam concorrer. Assim, o trabalho preferiu não tratar por exemplo, da evolução histórica das fontes, dos princípios, dos sujeitos de direito internacional.

A observação do acoplamento entre semântica teórica e a práxis do direito internacional possibilita trazer novos ângulos de verificação da legitimidade

no direito internacional. Na prática do direito internacional, os valores, o consenso, o consentimento, as propriedades das normas jurídicas e o comportamento de sujeitos de direito internacional podem ser descritos como elementos resultantes da mobilidade societária. A forma como esta mobilidade é descrita no plano científico informa a produção das teorias jurídicas. A partir do estudo da construção das idéias no tempo e das narrativas históricas pretende-se compreender com maior eficiência a dimensão internacional da teoria pura do direito de Hans Kelsen bem como evidenciar em termos de argumento científico o que este trabalho denomina esgotamento teórico explicativo.

Algumas das referências históricas e teóricas deste capítulo adquirem significado e consistência ao longo do itinerário argumentativo deste trabalho. Por exemplo, a noção de normas enquanto comandos na contribuição de John Austin e as diferentes formas que a questão da obrigatoriedade, reconhecimento ou validade de normas é tratada na teórica matriz do positivismo serão resgatados posteriormente quando da aplicação do princípio da eficiência aos padrões do direito internacional contemporâneo. Também, enquanto resultados da conformação entre semântica teórica e práxis jurídica, o reconhecimento das personalidades de direito internacional e da noção de consciência da obrigatoriedade no plano internacional também são elementos centrais para a formulação da noção de legitimidade no direito internacional e da resposta que a teoria pura do direito confere ao tema.

2.1 Direito Internacional: narrativas históricas e idéias jurídicas

A relação de mútuo acoplamento entre a semântica doutrinária e a práxis do direito internacional com particular atenção à questão da legitimidade pode, em

certa medida, ser interpretada como a conformação entre a história natural e a história humana. A este respeito existem duas tónicas na reprodução das narrativas e na construção das idéias jurídicas. A primeira diz respeito à conexão entre a práxis do direito internacional e a história das idéias jurídicas e a segunda refere-se à procura do fundamento de legitimidade de normas jurídicas na racionalidade na história e não na racionalidade histórica.

Conforme foi mencionado na seção anterior o objetivo deste capítulo não pode ser interpretado como a iniciativa de narrar a história do direito internacional. Este propósito enciclopédico certamente poderia ser objetivo para outras tantas teses. Entende-se que para alcançar o objetivo principal desta tese, a saber, de acrescentar argumentos à hipótese referente à inaplicabilidade da norma fundamental na teoria pura do direito de Hans Kelsen enquanto fundamento único de legitimidade do ordenamento jurídico internacional, é fundamental acrescentar à argumentação que a legitimidade no campo teórico, ao longo da história, foi informada pela matriz societária. Na medida em que a matriz societária internacional modifica-se na dinâmica da história, a legitimidade no direito internacional também sofre modificações.

Ao mesmo tempo em que reconhece-se a necessidade do recurso à história não seria possível percorrer a literatura disponível acerca da história do direito internacional. Como lidar com tal dilema? O segundo capítulo desta tese procura manter o foco no propósito da pesquisa. Desta forma, recorrendo-se à literatura disponível apresentam-se as principais características dos macro períodos do direito internacional: antiguidade, idade média, moderna e contemporânea. Procura identificar também em linhas gerais as principais idéias e autores dos

períodos sempre com especial atenção à questão da legitimidade no direito internacional.

2.1.1 Breves considerações sobre a evolução das idéias nas relações internacionais

O campo de estudo das relações internacionais e em certa medida as assunções teóricas das ciências sociais dialoga de forma interessante com a filosofia da ciência. O debate teórico em relações internacionais padece de uma necessidade de portar sempre junto consigo, como bornais, argumentos referentes à filosofia da ciência; situação que reflete a atitude do exercício científico contemporâneo em relação à verdade. Parece que isto ocorre porque a ciência é cumulativa, não refaz seus passos e nela há um extraordinário consenso sem coerção. O paradoxo é que 'enquanto a ciência é consensual, a filosofia da ciência, visivelmente não o é'.¹⁸³ Assim, se teorias são sistematizações da realidade a aproximação ou adequação àquilo que também a própria teoria entende como realidade ou verdade passa a ser mais importante que os discursos teóricos em si.

Muito embora possa parecer mera questão tautológica, a evidência é que existem hoje discursos teóricos e não teoria de relações internacionais. Teoria das Relações Internacionais refere-se vulgarmente à disciplina ou ao conjunto de discursos teóricos já que parece haver convergência entre pesquisadores das relações internacionais que não existe um paradigma teórico em relações internacionais. Uma consequência prática desta afirmação é a utilização das denominações 'discursos teóricos' realistas, construtivistas, etc. A este respeito, as

¹⁸³ GELLNER, Ernest. *Antropologia e política: revoluções no bosque sagrado*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 15.

contribuições do realismo clássico, estrutural e ofensivo, respectivamente, Morgenthau, Waltz e Mearsheimer argumentaram pela proposição de teorias.

A produção de conhecimento científico que possibilite explicações satisfatórias do mundo pode ser concebida com base na pluralidade de sistemas conceituais e não mais com base em paradigmas.¹⁸⁴ As conseqüências destas questões apresentadas para Teoria de Relações Internacionais é justamente que a falta de convergência em torno de um paradigma teórico gera uma pluralidade de sistematizações e discursos teóricos sistematizam-se uns aos outros de forma diferenciada. Na Babel das nomações, assim como nos 'Cem anos de Solidão' de Gabriel Garcia Márquez, compulsivamente escreve-se nas 'coisas' a nomenclatura devida de forma a assim lembrarmos de sua significação em nosso universo epistemológico. Entende-se por pluralidade de sistematizações as diferentes nomenclaturas e formas de agrupar os sistemas conceituais. Num caráter meramente exemplificativo podem ser mencionadas as divisões em racionalistas e construtivistas; realistas e liberais; realismo, revolucionismo e racionalismo; e mesmo os relativistas, fundamentalistas e puritanos do iluminismo¹⁸⁵. Para enriquecer o debate é oportuno notar que embora algumas vezes haja uma identificação semiótica, o que Carr, Ruggie e Mearsheimer – citados de forma quase randômica - entendem por liberalismo não coincide e assim alguns outros exemplos poderiam ser dados, pois as diferentes sistematizações conceituais obedecerão a

¹⁸⁴ ROCHA, Antônio Jorge Ramalho da. *Relações Internacionais: teorias e agendas*. Brasília: IBRI, 2002. p. 50.

¹⁸⁵ Estas sistematizações estão presentes respectivamente nas referências de A. J. R. Rocha ao surgimento, da corrente construtivista, em Edward H. Carr (encontrada também em parte das primeiras sistematizações teóricas) e na postulação de Ernest Gellner relativa à classificação de teóricos no campo das ciências políticas e sociais. (cf. ROCHA, op. cit., CARR, E.. 2001. *Vinte anos de Crise: 1919 - 1939. Uma Introdução ao Estudo das Relações Internacionais*. 2. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001; GELLNER, Ernest. *Antropologia e política: revoluções no bosque sagrado*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 15;)

lógicas epistemológicas e gradientes diversos. Concordariam os reflexologistas, a partir da apropriação das teorias críticas no campo da linguagem, que mais do que a descrição da realidade, as sistematizações em TRI pertencem inevitavelmente a um campo delimitável de redes de significação e valoração já que 'cada filosofia esconde também uma filosofia; cada opinião é também um esconderijo, cada palavra também uma máscara'.¹⁸⁶

Alguns dos discursos em relações internacionais a despeito de sua relativa inadequação àquilo que se entende ser a fenomenologia das relações internacionais, conforme estas se nos apresentam, parecem encontrar validação seja na construção de regimes internacionais ou na confecção de política externa. É possível encontrar na literatura quem entenda que algumas das inadequações dos modelos é resultado da impossibilidade de cumprimento das promessas da razão iluminista e do projeto social da modernidade. A este respeito, a trilogia Hobbes, Locke e Rousseau tem encontrado ressonância expressiva nas sistematizações de itinerários do pensamento político contemporâneo. Em torno destes autores parece orbitar uma série de outros como é o caso de Maquiavel e Tucídides no hobbesianismo; Dante e Morus no rousseunismo e Grotius dentre os Lockianos. Entende-se isto também como simples convenção científica, como não poderia deixar de ser.

Importa aqui expressar que a tradição lockiana sempre pareceu ficar em certo meio termo ou talvez segundo outra figura metafórica, buscando certo equilíbrio entre os extremos realistas e utopistas. Esta é uma forma de ver as coisas. A clivagem proposta por Ernest Gellner contribui de forma diversa para o debate na

¹⁸⁶ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Para além do bem e do mal*. In: *Os Pensadores: obras incompletas: Friedrich Nietzsche*. São Paulo: Editora Abril, 1978. p. 294.

medida em que propõe eixos de adversários ideológicos: relativistas, fundamentalistas e os puritanos do iluminismo.¹⁸⁷ Assim, algumas assunções da Escola Inglesa e mesmo da Francesa podem ser entendidas como um ecumenismo superficial que abarcaria também alguns reflexologistas no eixo relativista. Alguns autores realistas seriam do time fundamentalista, de castigo por serem tão normativos e outros liberais, pluralistas, marxistas, enfim, entrariam no clube dos puritanos do iluminismo por não conseguirem largar o vício do método. Enfim, é necessário tocar nestes pontos para que se compreenda que os argumentos contidos nesta tese pretendem menos criticar teorias do que permitir a percepção da limitação de todas elas enquanto limitação do próprio projeto político da filosofia moderna.

A literatura do campo de estudo teórico das relações internacionais registra a influência das idéias científicas na política internacional. Judit Goldstein e Robert Keohane são enfáticos ao estabelecerem o nexos entre idéias e política internacional:

“Ideas have a lasting influence on politics through their incorporation into the terms of political debate; but the impact of some set of ideas may be mediated by the operation of institutions in which the ideas are embedded. (...) In sum, ideas become institutionalized play a role in generalizing rules and linking issue areas. When collective action requires persuasion rather than mere coercion, and when consistency of policy is demanded on the basis of principles institutionalized in the form of rules, reasons must be given for proposed courses of action: when reasons are required, ideas become important.”¹⁸⁸

Esta influência pode ocorrer de diferentes formas; seja como um conjunto de propostas que atingem consenso no plano político decisório, sejam teorias capazes de influenciar a política mundial.¹⁸⁹ Alexander Wendt em particular ofereceu

¹⁸⁷ GELLNER, Ernest. *Antropologia e política: revoluções no bosque sagrado*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 13.

¹⁸⁸ KEOHANE, Robert; GOLDSTEIN, Judith. *Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change*. Cornell: Cornell University Press, 1993. pp. 20 e 23.

¹⁸⁹ A este respeito algumas contribuições que podem ser mencionadas são: HOLLIS, M.; SMITH, S. *Explaining and Understanding International Relations*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 45;

elementos no mínimo provocadores para o debate quando utilizou padrões teóricos do realismo estrutural para lançar a pergunta sobre em que medida idéias podem afetar as relações internacionais.¹⁹⁰

Estas breves considerações sobre a evolução das idéias nas relações internacionais servem como esclarecimento das opções metodológicas deste capítulo. Os comentários dispostos de forma geral nesta seção servem para indicar o registro de três argumentos na literatura teórica de relações internacionais. Primeiro, as idéias podem influenciar a práxis no plano societário, seja no sistema político seja no jurídico. Segundo, estas idéias possuem um itinerário de acoplamentos teóricos em termos de influência, refutação. Terceiro, o acoplamento mútuo entre teoria e práxis participa no jogo de criar e descartar discursos teóricos. Estes três pontos perpassam este capítulo em particular e estarão presentes ao longo da argumentação desta tese.

2.1.2 Breves considerações teóricas sobre a história das idéias no plano jurídico com especial atenção ao direito internacional

Os sistemas jurídicos tradicionais, dentre estes a common law e o direito romano germânico – produziram argumentos teóricos das mais diversas formas. Esta demanda ocorreu tanto por causa da prática mesma do direito quanto por causa da docência. No entanto, a literatura indica que nem sempre existe congruência entre a ciência e os desafios concretos da sociedade. Um dos autores

KEOHANE, Robert; GOLDSTEIN, Judith. *Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change*. Cornell: Cornell University Press, 1993; YERGIN, Daniel; STANISLAW, Joseph. *The Commanding Heights: the battle between government and marketplace that is remaking the modern world*. New York: Simon & Shuster, 1998. pp. 145 ss; CARR, E.. 2001. *Vinte anos de Crise: 1919 - 1939. Uma Introdução ao Estudo das Relações Internacionais*. 2. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001. pp. 40, 114 e 174; e, DUMONT, Louis. *From Mandelville to Marx: the genesis and triumph of economic ideology*. Chicago: Chicago University Press, 1973.

¹⁹⁰ WENDT, Alexander. *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. pp. 165ss.

que assume postura crítica quanto a este tema é Luhmann que inicia o seu 'Das Recht der Gesellschaft' (O direito da sociedade) fazendo menção que a prática mesma cria a teoria jurídica. A teoria no mundo jurídico é um subproduto da necessidade de se tomar decisões sólidas. Por isso pode-se falar na primazia do metodológico sobre o teórico.¹⁹¹

Luhmann entende que teorias jurídicas são formadas a partir de respostas a questões concretas. Se respostas às questões concretas requerem decisões, a práxis e a teoria jurídica são resultados de opções, de escolhas, de soluções pragmáticas não somente teorizadas e sugeridas mas aplicadas no plano prático. O estudo dos denominados sistemas de direito contemporâneo ensina que nem toda a teoria jurídica é resultado de decisões, ou seja, nem todos os sistemas teóricos incorporam prevalentemente o princípio da common law de que 'decisions precede the rights'.¹⁹² Mas decisões jurídicas não restringem-se à jurisprudência. Toda decisão que atinge direitos, conferindo-os, limitando-os, restringindo-os é uma decisão jurídica. Na sociedade contemporânea, no plano do direito internacional, decisões administrativas referentes à política externa ou no âmbito burocráticos de organismos internacionais podem ser tidas como decisões jurídicas e, portanto, informam as teorias jurídicas.

As correntes decisionistas bem como os estudos referentes à judicialização da política apontam que o sistema romano germânico também tem sofrido forte influência das decisões judiciárias. Na opinião de Paulo Bonavides sobre as decisões levadas a efeito nas Cortes Constitucionais isto acontece em parte porque:

¹⁹¹ LUHMANN, N..*Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995. p. 09.

¹⁹² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Nas Constituições abertas, regidas pelo princípio da legitimidade, os tribunais constitucionais tomam em geral a feição de corpos político-jurídicos que se inclinam mais os valores da sociedade e às garantias de proteção dos direitos fundamentais. Ao passo que nas Constituições fechadas, do modelo clássico, regidas e interpretadas pelo princípio da legalidade, afeição ao normativismo positivista da Escola kelseniana, os mesmos tribunais parecem concentrar-se não em direitos fundamentais mas substancialmente na fiscalização constitucional da distribuição de competência entre os distintos Poderes tanto no plano horizontal quanto vertical. (...) Os que intentam, todavia, restaurar a era do positivismo formalista e legalista já não tem voz, nem vez. A dogmática interpretativa tradicional, como hermenêutica constitucional possui hoje pouca ou nenhuma serventia.¹⁹³

A citação explicita uma questão relevante: a clara diferenciação e funcionalidade da legalidade e dos valores e direitos fundamentais na legitimação de um sistema jurídico. A legitimidade do direito internacional também não escapa a estas interferências. Neste domínio, a estrita legalidade da norma ou a dimensão dos valores constituem também diferentes aspectos a serem considerados na legitimidade do direito internacional. Logo, teorias jurídicas são em parte informadas por decisões específicas para casos concretos na medida em que narram, compreendem, explicam e sistematizam segundo uma linguagem apropriada e pretensamente inequívoca fenômenos ou relações jurídicas.

Ainda segundo Luhmann, além da práxis outra importante fonte de conceituação e sistematização teórica provém da cátedra de direito. Neste contexto a docência jurídica pode cumprir também uma função de discurso autolegitimador na medida em que as ciências jurídicas constituem uma ciência deontológica. Em outras palavras, as ciências jurídicas possuem uma natureza distinta de algumas outras na medida em que é um esforço menos caracterizado pela compreensão da realidade – ou relações sociais - do que pela organização ou criação da mesma. É um campo científico normativo no sentido de em boa parte tentar impor ordem. Fala-se então da necessidade de um discurso legitimatório no âmbito das teorias jurídicas

¹⁹³ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade. In: *Estudos Avançados*. Volume 18, no. 51, São Paulo, 2004. p. 04.

capazes de suportar o sistema como um todo. Logo, a imposição de ordem ocorre tanto no movimento de regulamentação e judicialização das relações sociais como interna e abstratamente nos discursos científicos. A natureza própria das ciências jurídicas explica em parte a dificuldade do diálogo teórico com outros campos da ciência como a filosofia, a política e a sociologia.

Luhmann reforça que a teoria do direito, a dogmática jurídica e os princípios e conceitos do direito são esforços para alcançar consistência conceitual os quais procuram corrigir das generalizações por meio dos sistemas regra/exceção. Reforça que os trabalhos teóricos no mundo jurídico não devem assumir a função defensiva de caráter simbólico e legitimatório. O problema da legitimação no campo teórico surge a partir da atuação das seleções necessárias e da contingência dos resultados.¹⁹⁴

Este tipo de consideração de Luhmann, ao relacionar a práxis com a teoria, trás ao debate a questão da legitimidade na teoria jurídica. Por exemplo, a norma fundamental do positivismo jurídico kelseniano poderia ser interpretada como uma tentativa de legitimar mais a própria teoria pura do direito do que reconhecer um sistema de validação de normas que opera na prática. O mesmo raciocínio pode ser aplicado a diferentes elementos de legitimação de normas nas teorias jurídicas: o valor, a moral, a norma de reconhecimento, as decisões, o procedimento etc... A dificuldade de extrair-se inequivocamente da natureza leis que rejam o comportamento humano gera a 'necessidade' da legitimação mediante a construção teórica. Aqui teorias jurídicas podem possuir um papel de legitimação do direito no sentido de apresentar argumentos que justifiquem determinados pressupostos.

¹⁹⁴ LUHMANN, N..*Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995. p. 11.

A maior proximidade que o direito internacional possui da política, se comparado com o direito no interior dos Estados pode ter diversas explicações em termos de sistematização científica. Uma que parece ser mais evidente diz respeito ao direito internacional enquanto ordem primitiva nas lições de Hans Kelsen. Neste sentido específico pode-se argumentar que o direito internacional responde às relações de poder de forma menos sofisticada do que os ordenamentos jurídicos internos. É bem verdade que o direito internacional evoluiu significativamente na segunda metade do século XX, mas ainda perdura uma ordem descentralizada.

O direito internacional em meados da década de quarenta era para Kelsen um direito 'in statu nascendi' não ascendido ainda à categoria de um direito verdadeiro. Manifestadamente contrário à teoria da guerra justa o jurista austro-húngaro não aceitava que numa ordem jurídica o uso da força pela comunidade internacional fosse concretizado de modo imperfeito. A interpretação prestada ao 'bellum justum' evidencia a avaliação do direito internacional como direito primitivo:

(...) De acordo com esta interpretação (NA: justificação da guerra justa), um Estado viola o Direito internacional se causa dano limitado a outro Estado, e nesse caso, o seu inimigo está autorizado a reagir contra ele por meio de represálias. No entanto, o Estado não viola o direito internacional e não se torna sujeito a uma sanção se a sua interferência na esfera de interesses do outro Estado for suficiente para atormentar a população inteira e o país inteiro do inimigo com morte e destruição. (...) A decisão que dá preferência à teoria de bellum justum não é uma decisão científica, mas política. Tal preferência justifica-se pelo fato de que apenas essa interpretação concebe o Direito internacional como Direito, se bem que Direito confessadamente primitivo, o primeiro passo na evolução que, dentro da comunidade nacional, do Estado, tem levado a um sistema de normas geralmente aceito como Direito.¹⁹⁵

Quando Kelsen faz referência a uma decisão política a qual prevaleceu sobre científica, argumenta no sentido da sensibilidade que a comunidade internacional possui às iniciativas de poder. Falar em um direito primitivo é, portanto

¹⁹⁵ KELSEN, op. cit., p. 485.

falar em um ordenamento jurídico nascente e mais próximo das relações de poder. Apesar de primitiva, contudo, é direito no mesmo sentido do direito nacional.

Assumir a ligação entre o campo da política e o do direito nas relações internacionais implica em conseqüências para o discurso científico. Dentre estas conseqüências deve-se buscar trabalhar com conceitos que possam ser compreendidos pelas duas áreas da ciência e é claro que o trabalho intelectual que adote modelos metodológicos não ortodoxos está sujeito a correr riscos.¹⁹⁶

Muito embora a História seja área do conhecimento distinta do Direito inegavelmente podem ser estabelecidas inúmeras relações entre estes campos. A primeira delas diz respeito ao duplo caráter da disciplina: já que a história do direito internacional é muito antiga, pertence tanto ao campo da historiografia quanto das ciências jurídicas. O direito internacional contemporâneo é reconhecido como um desenvolvimento do direito internacional europeu que por sua vez lança suas raízes em direção à idade média e ainda na antiguidade. O reconhecimento que é um direito de matriz européia da qual existe uma cadeia contínua desde as cidades estado gregas faz com que de qualquer forma a prática do direito internacional confronte-se sempre novamente com a história.¹⁹⁷

¹⁹⁶ “A partir da experiência de Kratochwil de realizar também uma análise das normas a partir da visão do direito internacional e da teoria política é possível antever que: “Locating the inquiry at the boundary or intersection of various established fields has obvious dangers because it may satisfy none of the respective specialists and draw the ire of all of them.” (KRATOCHWIL, Friederich V. *Rules, norms and decisions – on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 1).

¹⁹⁷ “Mit den älteren rechtshistorischen Disziplinen hat die Geschichte des Völkerrechts den Doppelcharakter der Rechtsgeschichte gemeinsam: Sie gehört sowohl der Rechts als auch der Geschichtswissenschaft an. Als juridisches Grundlagenfach führt die Völkerrechtsgeschichte in das geltende Völkerrecht ein. Das Weltvölkerrecht der Gegenwart ist bekanntlich aus dem europäischen Völkerrecht entstanden, dessen Wurzeln nicht nur in das abendländische Mittelalter führen, sondern tief in die heidnische Antike. Die Erkenntnis, dass es ein ‘europäisches Völkerrecht’ gibt, dessen Entwicklung in nie unterbrochener historischer Kontinuität von der Welt der altgriechischen Stadtstaaten bis in unsere Tage reicht, ist noch keinesweg allgemein durchgedrungen. Einer Rückbesinnung auf die in der Geschichte manifest gewordenen Weltgrundlagen unseres geltenden Völkerrechts bedarf es aber auch nach dem Ende des 20. Jahrhunderts, das neben vielen ermutigenden Ansätzen zu einer Welt-Rechtsordnung auch zahlreiche Rückfälle in die internationale Barbarei aufzuweisen hat. Auch der juristische Praktiker wird im Völkerrecht immer wieder mit der

As idéias jurídicas informam o desenvolvimento humano no tempo. Neste conjunto de idéias destacam-se conceitos jurídicos como soberania, autodeterminação e relações diplomáticas. Assim, as idéias jurídicas informam e modelam as relações humanas. Se hoje o sistema de relações sociais em nível mundial caracteriza-se pela relação entre unidades nacionais soberanas este é resultado da consolidação de idéias que se agregaram na esfera fenomênica. Este tipo de aproximação compreende a história não mais como a sucessão de fatos no tempo mas também como acúmulo de conhecimento histórico. Este tipo de sistematização fez Jörn Rüsen propor a diferenciação entre tempo natural e tempo humano:

As experiências do tempo são carentes de interpretação na medida em que se contrapõe ao que o homem tenciona no agir orientado por suas próprias carências. Elas carecem de interpretação porque são sofridas. O tempo é, assim, experimentado como um obstáculo ao agir, sendo vivido pelo homem como uma mudança do mundo e de si mesmo que se opõe a ele, certamente não buscada por ele dessa forma, que, todavia, não pode ser ignorada, se o homem continua querendo realizar suas intenções. Pode-se chamar este tempo de tempo natural . (...) Por oposição a este tempo, pode-se chamar de tempo humano aquele em que as intenções e as diretrizes do agir são representadas e formuladas como um processo temporal organizado da vida humana prática. Esse tempo, como intenção de um fluxo temporal determinante das condições vitais, tem influência sobre o agir humano que projeta, na medida em que os agentes querem afirmar a si mesmos mediante o agir e lograr reconhecimento. (...) Trata-se de evitar que o homem, nesse processo de transformação, se perca nas mudanças de seu mundo e de si mesmo e de, justamente, encontrar-se no 'tratamento' das mudanças experimentadas (sofridas) do mundo e dele mesmo. O pensamento histórico é, por conseguinte, ganho de tempo, e o conhecimento histórico é o tempo ganho.¹⁹⁸

Assumindo que parte do esforço intelectual desta tese é tentar dimensionar a influência das idéias na construção dos sistemas jurídicos internacionais. Sistemas jurídicos são resultados do acúmulo intelectual, do tempo do homem, da história das idéias. Para tal foi fundamental empreender o esforço no sentido de indicar conceitualmente o que seria ciência jurídica e de que forma a

Geschichte Konfrontiert., (ZIEGLER, Karl- Heinz. *Völkerrechts-geschichte*. 2.Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2007.p. 2.)

¹⁹⁸ RÜSSEN, op. cit., pp. 59-60.

literatura trata o tema da história das idéias como uma área identificável e distinta da simples narrativa passível dos fatos históricos. Neste sentido pode-se reconhecer que a história é resultado tanto da contingência, do imprevisível, quanto da ação humana capaz de reinventar o mundo e de determiná-lo.¹⁹⁹ Sobre as diferentes direções para as quais o exercício da ciência pode conduzir a teoria pura de Hans Kelsen é um exemplo de teoria que pretende estudar o direito enquanto objeto e as contribuições de Habermas sobre a constitucionalização do direito internacional uma propositura de um modelo.²⁰⁰

Se a história das idéias fosse descontínua ou aleatória o tema deste capítulo seria desnecessário. Parte-se da hipótese que a legitimidade de normas foi uma constante no direito internacional. Isto quer dizer que na falta de uma autoridade central ‘austriana’ países cumpriam normas por motivos que iam além do firmamento do compromisso formal. Por outro lado falar em evolução teórica do conceito de legitimidade não significa dizer que existe um acúmulo de resíduos teóricos que faz parte do conteúdo do conceito de legitimidade na contemporaneidade. Cada época da história – pelo menos na dimensão das idéias – é tributária do período anterior e não o simples acúmulo de opções teóricas societárias o que seria negar as grandes rupturas e contingências.

¹⁹⁹ Em relação a esta capacidade de modificar o rumo da história que Hegel narra a marcha de Napoleão sobre Jena: “A invasão de Napoleão em Jena em 1806 mergulhou-o em experiências excitantes e desintegradoras. A queda do governo prussiano pouco o aborreceu; Hegel achava-o corrupto e antiquado. Soldados franceses saqueadores, um deles usando a fita da Legião de Honra, invadiram a pensão em que Hegel morava. Hegel lhe disse que um homem de letras simples tinha o direito de esperar um tratamento honroso de alguém que usava aquele distintivo; o apelo, naquele momento, salvou suas escassas posses. Mas, quando o fogo espalhou-se pelas vizinhanças, ele pegou as últimas páginas de seu fenomenologia do espírito e fugiu. Após a batalha de Jena, Hegel viu de relance Napoleão atravessando a cidade montado num cavalo branco. Escreveu a um amigo: ‘na verdade, é uma sensação estranha ver a sua frente um indivíduo que aqui, a partir deste único lugar, montado em seu cavalo, está estendendo-se sobre o mundo e remodelando-o.’ (MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 301)

²⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft*. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

Relacionar o campo da história narrativa com a história as idéias é mais do que identificar padrões de construção de sistemas teóricos. A relação entre razão e história compreende a própria crítica dos padrões 'racionais' de análise, compreende a autocrítica no seio da comunidade dos historiadores quanto às metodologias utilizadas, às verdades e às crenças históricas adotadas.

A teoria da história tem que ir além do círculo profissional da disciplina e examinar também os efeitos da ciência da história. Como o pensamento histórico exerce uma função prática e fundamental de orientação, é inevitável a pergunta sobre como se pode utilizar, na prática, as potencialidades racionais peculiares da ciência da história. (...) A ciência histórica não se restringe aos horizontes da experiência, aos significados e aos critérios de sentido que lhe são dados no contexto social, mas supera esse quadro de orientação da vida prática na medida em que em parte confirma, em parte critica conteúdos empíricos do pensamento histórico e completa-os qualitativamente com novas experiências históricas. O mesmo acontece com respeito às diversas situações contemporâneas de interesses sociais, verdadeiras perspectivas prévias da rememoração histórica: a ciência da história não fica presa a elas, como a instruções, mas modifica-as e amplia-as segundo suas possibilidades cognitivas.²⁰¹

Chama à atenção o que Jörn Rüsen denomina 'orientação'. Parece estar evidenciado nas reflexões citadas que o papel da ciência histórica não é ser mera expectadora do devir. Pode-se estabelecer nesta medida uma interessante relação entre ciência histórica e ciências jurídicas. Assim como ocorre com a ciência jurídica é facultado à história além do aprimoramento teórico a identificação dos interesses dos atores sociais e a capacidade de superação destes conflitos. Em outras palavras, o direito propõe-se, mais do que municiar os argumentos conflitantes, a resolvê-los de forma amistosa. A história poderia também ter este múnus?

(...) se indivíduos, grupos e sociedades se encontram em um contexto interativo no qual buscam interesses diferentes e mesmo contraditórios, então podem meter-se em um conflito de interesses na melhor das técnicas estratégicas e procurarão servir-se do conhecimento histórico como arma nesta guerra (e não faltarão historiadores a fornecer-lhes a munição necessária). Na medida, porém em que o pensamento histórico utiliza suas potencialidades racionais, esse tipo de arma é de pouca utilidade. Há muito mais a conseguir se as partes conflitantes se decidirem a resolver seus conflitos pacificamente. Nessa hipótese, não se trata mais de negar mútua e teimosamente os diversos interesses de cada um, mas esforçar-se pelo reconhecimento recíproco do modo pelo qual buscam seus interesses

²⁰¹ RÜSSEN, op. cit., pp. 176 e 178.

respectivos. A história como ciência teria condições, com sua pretensão de racionalidade, de fornecer as orientações históricas necessárias para esse reconhecimento. Nessa função prática ela não estaria sofrendo abuso, mas estaria sendo honrada.²⁰²

Relacionar o campo da história narrativa com a história as idéias é mais do que identificar padrões de construção de sistemas teóricos. Além do esforço narrativo que procura reproduzir com pretensão de racionalidade e imparcialidade a sucessão de feitos há que se reconhecer o papel das idéias, as causalidades destes feitos e a possibilidade de identificações de padrões sociais e construção da história a partir da mudança do estado estático de mero relator de fatos concretos.

A história preocupa-se então com a identificação dos fatos percebidos, mas pode ir além. Por 'orientação' entende-se também os interesses dos atores, ou seja, cabe à descrição histórica apontar o fato, mas também a orientação do mesmo, a causa eficiente numa acepção mais ampla, o interesse, a racionalidade que permite que o fato se concretize. Daí não se pode depreender que a ciência história seja deontológica, é verdade, mas também não que seja assepticamente ontológica e descritiva.

Têm-se então duas aproximações. A capacidade de a ciência histórica colaborar na construção e transformação do mundo a partir do fornecimento de orientações necessárias para o reconhecimento recíproco por parte dos protagonistas do devir temporal do modo pelo qual buscam seus interesses respectivos.²⁰³ Segundo esta concepção, as ciências histórica e jurídica possibilitam a transformação do mundo. A segunda aproximação diz respeito a uma necessidade comum: a da constante adequação da produção científica ao fluxo contínuo das questões da vida humana prática.

²⁰² RÜSSEN, op. cit., pp. 177e 178.

²⁰³ RÜSSEN, op. cit., p. 178.

Reconhece-se a crescente necessidade por parte dos juristas internacionalistas de revisar os anais da história no sentido de estabelecer liames entre passado e futuro. Esta é uma forma de mapear e avaliar o papel de normas, instituições, doutrinas, jurisprudências e os demais aspectos do direito internacional. O constante olhar sobre a história também permite diminuir as distâncias entre a teoria e prática jurídica e em especial da história da disciplina enquanto construção de mecanismos de ordenamento social capazes de conferir e garantir a ordem na sociedade internacional.

O presente capítulo também possibilita o giro historiográfico no âmbito da disciplina de direito internacional público. Direito é um campo do conhecimento que desconhece a obrigação de ter que descrever a realidade muito embora conhecer a realidade seja necessário para elaboração de normas. É a partir da história das idéias jurídicas que é possível identificar que as concepções de fontes de direito, sujeitos e princípios sobre os quais se assenta o corpo de normas internacionais possuem relação direta com contextos societários. A partir desta identificação também é possível localizar os períodos de ruptura e mesmo de esgotamento dos modelos teóricos que é um assunto que compõe parte expressiva do argumento a ser evidenciado neste capítulo.

Por esgotamento do modelo teórico se entende os períodos de transição nos quais são mais evidentes os descompassos na adequação da produção científica ao fluxo contínuo das questões da vida humana prática. O esgotamento dos modelos teóricos não podem ser avaliados segundo um critério ‘tudo ou nada’ no sentido de um modelo ser ou não adequado. É mais apropriado compreender o esgotamento a partir de um gradiente e então existe maior esgotamento de modelos

teóricos jurídicos na medida do distanciamento entre a dogmática e a práxis: os modelos da doutrina jurídica não respondem mais aos desafios sociais ou a práxis jurídica é limitadamente explicada pelos modelos dogmáticos ou teóricos.

2.2 À guisa de introdução: o direito internacional na Antiguidade

Muito embora a literatura acerca da história do direito internacional faça diferentes opções quanto aos seus pontos de partida para a sistematização das narrativas é possível estabelecer pontos em comum a partir das contribuições historiográficas. Karl Strupp por exemplo parte do Tratado entre Roma e Cártago em 406 a.C. conforme o mencionado pelo texto em grego de Polybio. A metodologia de Strupp também é particular, em seu 'Urkunden zur Geschichte des Völkerrechts' (Documentos da História do Direito Internacional) publicado em 1911 em dois volumes; curiosamente não utiliza periodizações mas tão somente uma lista de datas no início da obra e opta pela reprodução de registros jurídicos em ordem cronológica e na língua original.²⁰⁴ A obra 'A short history of western legal theory' de John M. Kelly, de 1992 faz um apanhado histórico detalhado da história do direito internacional, muito embora a obra possua escopo mais abrangente, e argumenta que embora não se possa falar de doutrina de direito internacional na alta idade média foi neste período que determinadas práticas jurídicas levaram o pensamento europeu a reconhecer uma ordem legal que transcendia os Estados.²⁰⁵ Ziegler parte em sua obra 'Völkerrechtsgeschichte' de 2007 adota periodizações detalhadas que partem da metade do segundo século antes de Cristo com a referência à evolução do Estado enquanto um sistema político num determinado território com atenção à

²⁰⁴ STRUPP, Karl. *Urkunden zur Geschichte des Völkerrechts*. Band I. Bis zum Berliner Kongreß (1878). Gotha: Friederich Andreas Perthes A. -G., 1911.

²⁰⁵ KELLY, John Maurice. *A short history of western legal theory*. New York: Oxford University Press, 1992.

região da Mesopotâmia e ao Egito.²⁰⁶ Arthur Nussbaum também adora uma periodização detalhada e propõe que o primeiro resquício arqueológico que pode ser associado ao direito internacional é um tratado de paz datado de 3.100 a.C. escrito em língua suméria e celebrado entre duas cidades-Estado mesopotâmicas, Lagash e Umma muito embora localize as primeiras expressões do direito internacional na idade média ocidental.²⁰⁷ Ernst Reibstein na obra 'Völkerrecht: eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis' (Direito Internacional: uma história de suas idéias e praxis), de 1957, faz breves referências à antiguidade e situa o início do direito internacional como uma criação europeia na transição da antiguidade para a idade média. Para Reibstein estas opções territoriais e cronológicas são fruto de uma questão de método e de sistematização teórica.²⁰⁸

A historiografia dedica especial atenção contribuição da Europa ocidental para a fundação do direito internacional. O professor batavo J. H. W. Verzijl reflete que existem duas formas de referir-se à fundação: a primeira é a idéia de estabelecer, de edificar um sistema legal entre os príncipes e os povos o que era conhecido como law of nations. A outra forma é a base última, o complexo de crenças ou convicções internas. O direito internacional é em ambos aspectos

²⁰⁶ ZIEGLER, Karl- Heinz. *Völkerrechts-geschichte*. 2.Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2007. p. 11.

²⁰⁷ "Dennoch lassen sich Erscheinungen dieses Rechts von den ersten Anfängen der geschichtlichen Zeit an, nämlich aus dem vierten Jahrtausend v. Chr., nachweisen. Etwa im Jahre 3100 v. Chr. Wurde zwischen Eannatum, dem siegereichen Herrscher in dem mesopotamischen Statstaate Lagasch eunerseits und den Leuten von Umma, einem anderen mesopotamischen Stadtstaat, ein vertrag geschlossen. Dieser vertrag ist in sumerischer Sprache abgefaßt und als Inschrift auf einem Steinmonument erhalten, das im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts entdeckt wurde. (...) Die erste Keime des Völkerrechts: Trotz der hemmenden Wirkung des supranationalen und feudalen rechts blieb dem Völkerrecht doch ein gewisser Spielraum.,, (NUSSBAUM, Arthur. *Geschichte des Völkerrechts in Gedrängter Darstellung*. München: C.H. Beck's Verlagsbuchhandlung, 1960. pp. 1-2; p. 26)

²⁰⁸ "Damit soll nicht gesagt sein, daß die Völkerrechte der außereuropäischen Kulturen ohne Interesse wären, sondern nur, daß deren Probleme nicht unsere Probleme, nicht die Probleme der am Völkerrecht teilhabenden Menschheit sind. Nur in Europa sind die Ideen von Religion und Philosophie, Recht und Staat, Moral und Gesetz in denjenigen Formen entwickelt und zueinander in Beziehung gesetzt worden, auf die sich jeder Zivilisierte ansprechen lassen muß." (REIBSTEIN, Ernst. *Völkerrecht: eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis*. I Von der Antike bis zur Aufklärung. Freiburg/München: Verlag Karl Alber, 1957. p. 23)

resultado da teoria e prática da sociedade europeia ocidental mesmo que esta prática seja entendida como processos de tentativa e erro e que a teoria tenha contribuições de diversas nacionalidades.²⁰⁹ Jörg Fisch no livro 'Die europäische Expansion und das Völkerrecht' (A expansão europeia e o Direito Internacional), de 1984, também ocupa-se do argumento sobre a expansão do direito internacional a partir da Europa tendo como ponto de partida a Idade Média. Muito embora as análises de Fisch sigam no sentido das relações jurídicas no plano do direito internacional no palco europeu e entre a Europa e diversos continentes como o africano, o asiático e o americano, as conclusões da contribuição são que a expansão europeia consolidou as práticas de direito internacional europeu como direito mundial porque foi concebido como universal.²¹⁰

Acerca da centralidade da reflexão europeia sobre o direito internacional que Martti Koskenniemi dedica algumas de suas críticas. Reconhece que o direito internacional é uma tradição europeia mas que assim como outras tantas tradições europeias se imagina universal. Em uma contribuição para o *European Journal of International Law* propõe a medida da universalidade dos padrões europeus de direito internacional ao colocar a pergunta sobre a sua condição de universalidade.²¹¹

Por isso, a sistematização oferecida por Martti Koskenniemi no 'The Gentle Civilizer

²⁰⁹ É bem verdade que o que consta no texto em língua inglesa como 'foundations' pode ser interpretado de diferentes formas. O primeiro sentido então é o de fundação que é o que foi adotado no parágrafo em referência e o segundo sentido pode ser traduzido como fundamento. "To sum up, the law of nations as it stands today is in all its vital aspects mainly the outcome of western European practice and theory." (VERZIJL, J.H.W.. *International Law in Historical Perspective*. Volume I: General Subjects. Utrech: A. W. Sijthoff-Leyden, 1968. pp. 435-436)

²¹⁰ "Sowohl das zwischen den europäischen Staaten geltende als auch das von der europäischen Lehre beschriebene bzw. postulierte Völkerrecht war während der gesamten Periode der Expansion universal konzipiert. Sein räumlicher Geltungsbereich war die ganze Erde. (...) Außerdem war es kein europäisches Völkerrecht der Europäer, ein jus publicum Europaeorum. Denn eingeschränkt war nicht sein räumlicher Geltungsbereich, sondern der Kreis seiner Subjekte. Für sie war es ein jus universale." (FISCH, Jörg. *Die europäische Expansion und das Völkerrecht. Die Auseinandersetzungen um den Status der überseeischen Gebiete vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*. Stuttgart: Steiner, 1984. pp. 498-499)

²¹¹ KOSKENNIEMI, Martti. *International Law in Europe: Between Tradition and Renewal*. In: *The European Journal of International Law*. Vol. 16, 2005.

of Nations: the Rise and Fall of International Law' adota uma periodização específica, a saber, de 1969 a 1960. Recusa que o direito internacional moderno inicie com Westfália ou Viena e argumenta que o entusiasmo profissional de Grotius, Vattel e mesmo Wheaton é diverso do observado na Europa liberal dos encontros do 'Institut de droit international' a partir de 1969.²¹²

As periodizações diversas convergem em apontar o papel da cultura na formação de unidades políticas e em especial o papel da escrita. Reconhecer o papel da cultura em especial na formação dos impérios permite reunir as diversas observações e sugerir que o Império Romano em especial exerceu na Antiguidade um papel preponderante que iria influenciar definitivamente o pensamento jurídico internacionalista. Conforme sugere Malcom Shaw, os estudos da cultura no fenômeno civilizacional não consiste diretamente no estudo do direito internacional mas regras societárias dentro de determinados contextos ético-culturais²¹³. A relação do Império Romano com o delineamento territorial do Sacro-império Romano e com o fornecimento de conceitos básicos utilizados até hoje no direito internacional faz com que esta seção ocupe-se prevalentemente deste contexto histórico-jurídico.

A constituição do Império Romano é de particular interesse para o direito internacional e três fatores merecem referência a fim de justificar a opção por iniciar as narrativas acerca da história do direito internacional fazendo referência a este período. A primeira diz respeito à própria constituição do Império com os custos e

²¹² Idem, *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law, 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 4.

²¹³ "After much neglect, there is now more consideration of the cultures and standards that evolved, before the birth of Christ, in the Far East, in the Indian and chines civilisations. (...) However, the predominant approach of ancient civilisations was geographically and culturally restricted. There was no conception of an international community of states co-existing within a defined framework. The scope for any 'international law' of states was extremely limited and all that one can point to is the existence of certain ideals, such as the sanctity of treaties, which have continued to this day as important elements in society." (SHAW, Malcom N.. *International Law*. Fourth Edition. United Kingdom: Cambridge University Press, 1997. p. 15)

benefícios políticos que isto implica. Neste particular, regras concernentes à guerra, à conquista e à dominação dos territórios ocupados mereceram atenção especial nas relações políticas estabelecidas no período o que acarretou a criação de proto-conceitos da prática jurídica hoje amplamente adotados nas teorizações internacionalistas como as representações diplomáticas, o direito da guerra, os tratados de paz, e o direito do estrangeiro.²¹⁴ O segundo fator deriva do primeiro, ou seja, o império do qual está se falando corresponde ao domínio de vastas áreas geográficas compreendidas em torno do Mar Mediterrâneo. Este fator diz respeito ao ato de que a concepção rudimentar de direito internacional conforme praticada pelos romanos cobriria parte considerável do território europeu aonde séculos mais tarde iria se desenvolver e solidificar o sistema de direito internacional contemporâneo. A relevância do segundo argumento reside então no fato que mesmo considerando a existência de outros impérios anteriores ou contemporâneos ao romano os mesmos não teriam tamanha influência nas formulações do direito internacional moderno e contemporâneo para os fins que este trabalho se destina. Finalmente, um terceiro fator que justifica a adoção do período do Império romano enquanto marco inicial de uma tentativa de sistematização histórica acerca da evolução do conceito de legitimidade do direito internacional é o fato da grande confluência de idéias estabelecida no período que conjuga dentre outros elementos da filosofia grega e das práticas consuetudinárias dos povos com os quais o império dialogava.

Em particular, no período republicano os romanos possuíram um determinado tipo de sacerdócio, os festiales, encarregados das funções afetas à fé pública e aos créditos com outros povos. Encarregavam-se de administrar um sistema que continha regras sobre declarar guerra, feitura de tratados de paz e daí

²¹⁴ ZIEGLER, Karl- Heinz. *Völkerrechts-geschichte*. 2. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2007.p. 47.

por diante. Os jus festiale de qualquer forma tiveram uma forma de reconhecimento pelo costume e com forte base religiosa rente aos povos do território hoje reconhecido como Itália. Por outro lado é possível encontrar em Cícero o conceito de lei que governava as relações entre os povos e aí é possível encontrar rudimentos do que seria um ‘jus in bellum’ bem como um ‘jus ad bellum’.

“The sacredness of an oath to an enemy – which the Romans on several occasions upheld against their own interest – reflect their own fundamental value of fides, the imperative quality of which, on the conduct of the state or citizens, was not dependent on reciprocity. Implicit, however, is the theoretical proposition that this doctrine ought to be respected as self-evident by others.”²¹⁵

A prática da legitimidade de regras rudimentares de direito internacional conforme a literatura demonstra aponta para a legitimação de normas internacionais segundo uma crença religiosa na autoridade sacerdotal. Andreas Fischer Lescano e Ralph Christensen fazem referência aos registros de Ulpiano para caracterizar um modo de decisão jurídica característico da Roma Antiga, a decisão do Tutor na ‘interpositio auctoritatis’, o qual segundo o entendimento da decisão jurídica, transformava o que estava fora em conteúdo de direito, mediante um processo privado de metamorfose de não-direito em direito.²¹⁶ Carl Schmitt, Niklas Luhmann, H. Heller iriam resgatar estas noções do direito romano para desenvolver suas contribuições para a teorização do direito contemporâneo.

Uma das características das práticas jurídicas no período romano seria profundamente influenciadora nos séculos seguintes: a utilização das ficções. Vaihinger identifica que a utilização pelos romanos do ‘como se’ elevou às

²¹⁵ KELLY, op. cit., p. 78.

²¹⁶ “Es geht um das Verständnis rechtlichen Entscheidens, um die eigentümlichen Prozesse der Metamorphose von Nicht-Recht zu recht durch ein Dazwischen, die Ulpian bereits angesprochen hatte, als er die Transformation des Außen ins Innere des Rechts durch den römischen Tutor als auctoritatem interponere bezeichnete.“ (FISCHER-LESCANO, Andréas; CHRISTENSEN, Ralph. Auctoritatis Interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie. In: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*. Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 2005. p. 214).

categorias jurídicas o que existia anteriormente somente na poesia grega e esta prática poderia ser observada nos julgamento de casos análogos perante a lei 'como se' constituíssem a mesma situação. Argumenta também que para os juristas romanos havia uma distinção clara entre a hipótese e a ficção observada principalmente na diferença entre os vocábulos 'fingere' e 'supponere'.²¹⁷

Merece referência que o sistema imperial possuía seu sistema interno de direitos que auto-impunha-se. Isto significa dizer que o ambiente político relaciona-se diretamente com os resultados do sistema jurídico. Reflexões atuais a respeito de práticas imperialistas propõem algo distinto mas que merece referência aqui para fins de comparação: no quanto um sistema de regras internacionais, conhecido como direito internacional geral pode legitimar-se e aplicar-se universalmente como se o interesse do núcleo do império fosse o interesse de todas as unidades que lhe compõe.²¹⁸ Pode ser contestado com evidência que o império do direito internacional geral contemporâneo é algo bem diverso do império do direito romano mas há que se considerar no quanto a formulação teórica contemporânea não é auto-evidente.

A partir da consulta à literatura historiográfica conclui-se que existem distintas periodizações do direito internacional e que é possível estabelecer diferentes sistematizações a partir de diferentes focos temáticos. A partir do foco na questão da legitimidade e nos elementos teóricos informativos da noção de norma fundamental na teoria pura do direito de Hans Kelsen esta pesquisa adota uma sistematização simples: antiguidade, idade média, idade moderna e idade

²¹⁷ "Hier tritt denn das Als ob schon ganz deutlich auf, das wir als dar äusserliche Merkmal der fiktion bezeichnet haben, und dem wir bei den Griechen nur in poetischen Bilbern, nicht aber bei wissenschaftlichen Fragen begegnet sind." (VAIHINGER, Hans. *Die Philosophie des Als Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Neudruck der 9. 10. Auflage leipzig 1927. Aalen: Scientia verlag, 1986. pp. 249ss).

²¹⁸ A este respeito consultar a contribuição de HARDT, Michael; NEGRI; Antonio. *Imperio*. 7. ed., Rio de Janeiro: Record, 2005.

contemporânea. Os períodos escolhidos não refletem a distinção de diferentes padrões de legitimidade no direito internacional. Adota-se uma periodização simples e geral, observada nas lições de história universal para evidenciar diferentes elementos informativos como teorização do direito internacional, padrões normativos e a legitimidade a partir dos elementos apresentados no primeiro capítulo.

As referências explicitadas ao longo deste tópico acerca do direito internacional na antiguidade pretendem mais chamar a atenção para aspectos singulares do que descrever a generalidade da história do direito internacional. Dentre estes aspectos singulares destaca-se primeiramente a relação entre cultura e formação dos sistemas normativos nas diferentes civilizações apontado por Malcom Shaw. Esta aproximação permite estabelecer a relação entre a fundamentação do sistema jurídico pelos valores éticos e a questão da legitimidade. Destaca-se também elementos do início da influência das decisões na práxis do direito que serão elementos importantes da noção de Teologia Política de Carl Schmitt e da literatura decisionista que influenciará pensadores na idade contemporânea. Ainda, a relação entre a semântica teórica e a práxis jurídica que faz com que diversas sistematizações apontem o direito internacional como uma tradição europeia. O direito internacional enquanto conjunto tanto de teorizações como práticas é resultado de um ambiente cultural com valores definidos. Por isso que Martti Koskenniemi sugere o declínio da tradição europeia do direito internacional, por isso sugere que esta seja uma tradição formalista e também por isso aponta que Schmitt e Morgenthau foram opositores deste tipo de tradição jurídica onde o conceito de validade de normas é prevalente.²¹⁹ Tanto a cultura jurídica quanto as decisões e a

²¹⁹ “Since Kelsen, lawyers have looked for professional identity in a middle ground between that which is sociological description (of that works) and that which is sociological description (of what would be good). This is not because lawyers would have dismissed sociology or ethics as unworthy enterprises but because neither one nor the other is able to answer the question that lawyers are called upon to

questão da universalidade são temas cruciais no debate sobre a legitimidade e porque não sobre a norma fundamental enquanto fundamento estático de legitimidade do direito internacional.

2.3 O direito internacional na Idade Média

Numa acepção ampla a Idade Média é o período compreendido entre o final do Império Romano e o surgimento da Europa Moderna, assinalada notavelmente pela Renascença pelas grandes descobertas e pela Reforma. Descrever teorias ou práticas jurídicas durante este vasto período exigiria dividir estas centenas de anos em periodizações apropriadas. Do ponto de vista da teoria jurídica a Idade Média não é um continuum e as periodizações aqui adotadas tão simplesmente prestam-se ao desenvolvimento desta tese.

O primeiro período da Idade Média começa nos eventos finais do Império Romano atingindo a primeira cruzada, o cisma entre o papado em Roma e o patriarcado de Constantinopla e as disputas entre os Imperadores germânicos e o papado e a conquista da Inglaterra pelos normandos. Segundo Kelly, este período é compreendido até mais ou menos o ano 1100 d.C..²²⁰ Ziegler adota uma periodização distinta para o primeiro período; sugere o período de 400-800 d.C como uma transição entre a antiguidade e a idade média que parte da antiguidade tardia de Roma e Bizâncio e vai até a nova ordem da latinidade ocidental nos séculos sétimo e oitavo e, ainda, o período da pré e alta idade média de 800-1300 o

answer; namely the question about (valid) law. There may be disagreement about the significance of that question – and some of the Weimar critics, including Schmitt and Morgenthau, certainly felt that it was ... uninteresting.” (KOSKENNIEMI, *The gentle civilizer of nations*, op. cit., pp. 494-495)

²²⁰ KELLY, op. cit., p. 79.

qual parte da formação do Império carolíngio e vai até a construção dos sistemas de Estados europeus.²²¹

O mundo romano reconheceu algumas regras que poderiam ser categorizadas hoje como direito internacional: tratados com outros povos foram celebrados desde o tempo do começo da República e tinham uma expectativa de serem observados. Também algumas prerrogativas de embaixadores neste período era universalmente reconhecida ainda que baseadas no mútuo reconhecimento do direito costumeiro. Não se pode falar em teoria de direito internacional na literatura jurisprudencial ou secular romana; contudo, com a crescente atuação da Igreja cristã alguns elementos de teorização são discerníveis nos escritos da patrologia latina.

O conceito de 'Teologia Política' surge para Carl Schmitt no século IV e oferece elementos para a compreensão do Estado na perspectiva da legitimidade. O ambiente formado no Concílio de Nicéia com as disputas entre arianos e não arianos suscitaram o aparecimento de Eusebio de Nicomedia, teólogo ariano com profunda influência sobre a família real de Constantinopla. Eusébio batizou Constantino, o Grande, que se tornou então o primeiro imperador romano cristão, em maio de 337, pouco antes de sua morte. O papel de Eusébio neste período histórico foi para Schmitt a especulação que a pessoa do César aparece como necessária enquanto plena de significado para a cristandade e em sua reflexão histórica teológica cruza motivos políticos e retóricos.²²²

Carl Schmitt publica em 1970 sua última obra, a continuação de sua 'Politische Theologie' de 1922, sub-entitulado 'Die Legende von der Erleidigung jeder

²²¹ ZIEGLER, op. cit., p. i.

²²² "In der Eusebianischen Spekulation erscheint die Person des Caesar Augustus ,notwendig als für das Christentum selber bedeutungsvoll'. In Grunde hat Eusebius, der den Monotheismus durch Augustus inauguriert, ,politisch für das Imperium optiert', und in seiner theologischen Geschichtsbetrachtung ,kreuzen sich politische und rhetorische Motive'., (SCHMITT, op. cit., p. 64)

Politischen Theologie' (A lenda da Eliminação de qualquer Teologia Política), em resposta principalmente às críticas de Erik Peterson que negavam a influência do debate político teológico sobre o dogma da Trindade na política de unificação do 'Império Romano sob um Deus, um mundo e um Império'. As críticas de Peterson escritas em 1935 foram em parte motivadas por um neo arianismo de grupos cristãos que procuravam fundamentar teologicamente a idéia de liderança nacional socialistas (Führerprinzip). Contudo para Schmitt a monarquia do Augusto significa o registro da nacionalidade estatal e a primeira vitória do cristianismo da unidade sobre a multiplicidade, é a paz, a vitória da ordem sobre o partidarismo e o alastramento das guerras civis.²²³ O período em destaque segundo Schmitt assenta a analogia entre Deus como senhor do mundo e o Imperador como senhor do Império.

Schmitt coloca em perspectiva Igreja e Estado. O Concílio de Nicéia em 325 foi o primeiro esforço da Igreja de alcançar consenso por meio de uma assembléia que representasse toda a cristandade e em particular neste Concílio foi definido o dogma da Trindade a partir de fortes partidarismos com alcances políticos, tendo em vista que Constantino I era manifestadamente simpático ao arianismo. Carl Schmitt não concorda com uma descrição meramente laica da modernidade pois a secularização moderna remete à idéia de neutralidade para constituir-se como instância decisória do conflito e desta forma uma instância determinante do político. O Estado sofre este processo de neutralização secular na medida em que seus

²²³ "Die Monarchie des Augustus bedeutet, das Aufhören der Nationalstaatlichkeit 'und ,steht providentiell mit dem Erscheinen Christi in einem Zusammenhang'; doch erst der Sieg des Christentums vollendet den Sieg der Einheit über die Vielheit, den Sieg des Einen wahren Gottes-Glaubens über den Polytheismus und den Polis-Aberglauben der heidnischen Völker. Das Imperium Romanum ist der Friede, der Sieg der Ordnung über den Aufruhr und die Parteiungen des Bürgerkrieges: Ein Gott – Ein Welt – Ein Imperium." (SCHMITT, op. cit., p. 63)

inimigos são inimigos públicos, no sentido que exerce uma autoridade neutra sobre as contendidas.

O último capítulo do 'Politische Theologie II' enfrenta o problema da legitimidade na modernidade. Neste capítulo Schmitt retoma o sentido que legitimidade deteve por séculos, como monopólio da legitimidade dinástica. Na utilização atual legitimidade significa medidas de direito e legalidade medidas legislativas. Na modernidade poderia somente a legalidade funcionar como uma justificação ou seja, a partir da Revolução Francesa a legalidade se tornou uma racionalidade válida e uma nova forma de legitimidade, uma mensagem da deusa razão, o novo frente ao antigo.²²⁴ Obviamente Carl Schmitt não concorda com esta supressão da teologia política do tema legitimidade e sugere o 'Leviathan' de Hobbes e a noção de inimigo de Estado em Clausewitz para recolocar seu pensamento frente à crítica deísta da norma.²²⁵ Em outros textos retoma os elementos da noção de teologia política como definidora da legitimidade Estatal como a instituição para a qual a pressuposição de neutralidade legitima a justificação da autoridade, da decisão, do papel legislador e da definição da justiça.²²⁶ O relevante aqui é a suposição que a noção de legitimidade jurídica a partir do Estado surge do acoplamento entre pensamento teológico jurídico e consolidação de práticas políticas no século IV.

²²⁴ "Für die Französische Revolution von 1789 war Legalität eine höhere und gültigere, rationale und neue Art der legitimität; sie war eine Botschaft der Göttin der vernunft, das Neue gegenüber dem Alten." (SCHMITT, *Politische Theologie II*: op. cit., p. 88)

²²⁵ "Meine Darlegung zu Thomas Hobbes schließt mit den Worten, daß sein Leviathan als Frucht einer Epoche ,die Frucht eines in espezifischer Weise theologisch-politischen Zeitalters' war. In einem späteren Aufsatz, Clausewitz als politischer Denker habe ich die verschiedenen Arten der Feindschaft gegen Napoleon nachgewiesen (...)" (SCHMITT, *Politische Theologie II*: op. cit., p. 88)

²²⁶ Idem, *Über die Drei Arten des Rechts-Wissenschaftlichen Denkens*. (1934) Hamburg: Hanseatische Verlaganstalt, 1934. pp. 26-29

Santo Isidoro de Sevilha (560 - 636) faz referência aos princípios da lei natural e enumera em uma categoria em separado elementos do jus gentium de modo distinto do modo como eram aplicados no direito romano. Por jus gentium os romanos entendiam as instituições de direito civil as quais eles supunham que os povos civilizados naturalmente respeitavam. Alguns elementos de jus gentium na realidade irão figurar na lista de Santo Isidoro como direito natural; um exemplo é a restituição de coisas depositadas ou alugadas.

“St Isidore’s ius gentium, consists of a serie of matters which in fact are more and less the scattered timbers out of which the Renaissance world and ultimately Grotius constructed modern international law: the taking possession of land for settlement (sedium occupatio); the rights arising from constructing buildings and fortifications (aedificatio, munitio); wars, and rules about prisoners captivity and their restitution to their former status after release (bella, captivitates, servitutes, postliminia); peace treaties and truces (foedera pacis, induitiae); the sacredness of ambassadors (legatorum non violandorum religio); and prohibitions o marriage with foreigners (connubia inter alienigenas prohibita).”²²⁷

Logo após a época de Santo Isidoro as condições políticas e econômicas favoráveis que requereriam o direito internacional iriam gradualmente surgir. No século oitavo o comércio internacional que havia cessado com o cisma começou a reutilizar códigos rudimentares referentes ao direito para o uso dos oceanos. No século nono, após o colapso do império de Carlos Magno, as principais nações do oeste da Europa começaram a redesenhar o mapa europeu, movimento este que envolvera o mútuo reconhecimento de unidades nacionais independentes. Étienne Gilson procura identificar em linhas gerais às áreas do direito que se formaram no período escolástico como resultado de decisões baseadas na razão:

“Existe em primeiro lugar la igualdad natural de las cosas, que basta para fundar una relación de derecho y por conseqüente de justicia. Yo puedo, por ejemplo, dar tanto para recibir otro tanto. Y esto es o que se lhama el “derecho natural”, expresión que significa primeramente lo que es naturalmente justo y, en consecuencia, de derecho. Un caso completamente diferente es aquél en el que hay igualdad, equivalencia, en virtud de una convección, sea privada o publica.(...) Estas decisiones crean relaciones de equivalencia más flexibles que las de la estricta igualdad natural; el derecho

²²⁷ KELLY, op. cit., p. 111.

que se origina en virtud de tales convecciones se denomina 'derecho positivo'. Finalmente, ciertas nociones sobre la equidad derivan tan evidentemente de las exigencias de la razón que se las encuentra casi en todas sociedades humanas. Fórmase así un derecho positivo común a todos los hombres, que se chama derecho de gentes.²²⁸

O movimento de fragmentação verificado após o gradual esfacelamento da unidade europeia promovida pelo império carolíngio não significa contudo o aparecimento do sistema moderno de Estados nacionais. A matéria é controversa em termos de convenções históricas. Contudo, é aceita a hipótese que o período compreendido entre os séculos X e XVI é constituído de processos sociais e culturais profundos que culminariam no surgimento do Estado nacional soberano; processos estes que não somente seriam fruto da fragmentação do império carolíngio em unidades que obedecem a critérios culturais diversos mas também das novas concepções filosóficas e jurídicas.

O período posterior ao ano mil merece considerações particulares acerca das sistematizações que existiram sobre o que hoje conhecemos como teoria do direito. O Decreto de Graciano publicado em 1139 que é uma compilação e remodelamento de leis de natureza canônica e de fato a base do Codex Iuris Canonici, distinguiu a lei natural ou divina das leis humanas. No século seguinte, sob a influência de Aristóteles do qual dos escritos estavam a recém tornando-se conhecidos no ocidente esta concepção de lei natural centrada na revelação começaria a mudar. A obra de Aristóteles trazida à Europa mais pela cultura islâmica do que pelos cristãos ortodoxos enfatizava a razão humana e o que poderia ser descoberto por ela. John Kelly registra que Willian de Auxerre (falecido circa 1231), afirmava que a capacidade humana de reconhecer o bem e o mal assim como a vontade de Deus, fazia da razão um critério para a lei natural. Afirmações semelhantes foram feitas por Alexander de Hales (falecido em 1245) que via a razão

²²⁸ GILSON, Étienne. *El Tomismo*. Buenos Aires: Desclée de Brouwer, 1951. pp. 425-426.

como a base do reconhecimento da lei natural. São Boaventura (falecido em 1274) escreveu que o que a razão natural comanda é chamado de lei natural. A lei natural desta forma é no século treze a lei da razão correta, 'recta ratio', que coincide com a lei da revelação, a lei bíblica as não é derivada desta.²²⁹ Assim, o germe da ética baseada no direito natural que na realidade evoca a filosofia grega antiga começa a ser parte da moralidade cristã católica e a formar um separado autônomo por si próprio.

A criação de uma sistematização teórica sofisticada que sintetizasse a lei natural como produto da razão por um lado e a doutrina cristã por outro é atribuída à Tomás de Aquino. A contribuição do Doutor Angélico para a teoria jurídica situa-se no campo do direito natural. Deriva de Aristóteles e em certa medida da filosofia clássica a noção de sumo bem e causa de todas as coisas que existem; as cinco vias que inauguram a Suma Teológica justamente tratam destas questões. Existe a 'potência' do 'ato' de sumo bem. A ordem da natureza é o resultado desta potência; mas como a ordem é um produto da razão, uma razão transcendente por trás da criação tem que ser assumida. É claro que o conceito de transcendente em Tomás de Aquino e Aristóteles será diverso daquele que posteriormente seria formulado por Emanuel Kant para propósitos bastante semelhantes, a saber, fundamentar a teoria do conhecimento e a moral.

Assim, já existe na criação uma dimensão do princípio da ordem que é o princípio da subordinação, ou seja, a subordinação do indivíduo à coletividade, ou de objetivos parciais aos princípios gerais. Noções como ordenamento jurídico – resguardada a devida proporção da teorização jurídica escolástica – e de fundamento do direito pelo exercício da razão, mas em relação à um sumo bem

²²⁹ KELLY, op. cit., p. 142.

moral são formuladas neste período e constam na teoria e prática do direito até os dias de hoje.

Outro conceito tratado pela escolástica que iria decisivamente influenciar o direito internacional é o conceito de personalidade. Muito embora a personificação do Estado seja um fenômeno bem posterior e mesmo Vaihinger avalie que mais presente no registro científico a partir do século XVIII²³⁰ é interessante aplicar o raciocínio de Carl Schmitt que diversos elementos da teorização do Estado moderno são secularizações de conceitos teológicos. E a contribuição parece se confirmar a partir da leitura da Summa Teológica de Tomás de Aquino. Buscando estabelecer no plano da teologia a diferença entre as pessoas divinas, no capítulo XXIX do livro primeiro da Suma chega a uma definição para pessoa: substância individual de natureza racional.²³¹ Estes conceitos sugerem a noção de personalidade que perdura até os dias de hoje, ou seja, uma individuação dotada de racionalidade.

José Guilherme Merquior entende que a questão teórica da legitimidade só emergiria no ocaso helenístico da pólis ao que sustenta que a teoria político-jurídica acerca da legitimidade seria uma característica do século XIV com Tomás de Aquino e Bartolo:

(...) através da distinção entre a tirania ex parte exercitii e a tirania ex defectu tituli, pode-se dizer que nasce a teoria jurídico-política do legítimo, estreitamente unida, conforme se vê, a uma aguda percepção do fenômeno da ilegitimidade. A tirania derivada do mau exercício do poder configurava a ilegalidade; a tirania proveniente de usurpação (título defeituoso), a ilegitimidade. De Grotius e Hobbes a Locke e Rousseau, a filosofia política pós-medieval, quase toda ela inspirada na perspectiva contratualista do jusnaturalismo, e centrada no problema da obrigação política, manteve o tema da legitimidade em pleno relevo teórico.²³²

²³⁰ VAHINGER, Hans. *Die Philosophie des Als Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Neudruck der 9. 10. Auflage Leipzig 1927. Aalen: Scientia Verlag, 1986. pp. 45ss.

²³¹ "Persona est rationalis naturae individua substantia" (AQUINATIS, Thomae. *Summa Theologica. Volumen Primum*. Parisiis: Apud Ludovicum Viés, Bibliopolam Editorem, 1889. p. 207).

²³² MERQUIOR, op. cit., In: LAFER, et al, op. cit., p. 54.

A utilização da razão como um critério para o reconhecimento de um direito é uma ruptura decisiva para a compreensão dos processos que irão culminar com o nascimento do direito internacional dentro do contexto das primeiras sistematizações científicas do direito. Até então as práticas que hoje são reconhecidas como elementos rudimentares do direito internacional eram informadas numa concepção não distinta do sagrado ou do costume. Mesmo que na prática costumeira seja possível identificar elementos pragmáticos racionais nas práticas normativas entre diferentes unidades autônomas, como tratados de paz, acordos comerciais e representações diplomáticas; o movimento cultural que adere a estas concepções aristotélicas e as incorpora nas sistematizações jurídicas é inovador.

Não se pode argumentar pela existência de um direito entre nações na alta idade média. Apesar disto, o período contém desenvolvimentos teóricos e práticos que conduziram a concepção jurídica europeia para uma idéia de uma ordem legal que transcendesse Estados a qual iria emergir no período subsequente. Por exemplo, o reavivamento do comércio internacional influenciou no crescimento do corpo e regras de direito marítimo as quais eram reunidas em compêndios. Em particular ressalta-se as decisões do tribunal de Oléron na França no século doze e o 'Consolato del Mare' em Barcelona no século quatorze o qual contivera normas de direito marítimo dentre as quais algumas perseveraram até o século dezenove.²³³

No plano teórico, neste período tanto teólogos quanto ou juristas seculares - contribuíram para emergência de um sistema legal internacional.

"The most famous of the Commentators, Bartolus of Saxoferrato, yielded something from the Roman supposition of only one empire; the medieval emperor might be in title the 'dominus totius mundi' and 'rex universalis', but

²³³ KELLY, op. cit.,

he acknowledged that, *de facto*, the world contained a number of independent kingdoms and principalities which 'recognized no superior', thus laying the ground for a system based on plurality of mutually independent territorial sovereignties."²³⁴

Este tipo de compreensão da mudança nos padrões societários foi levada adiante pelo pupilo de Bartolus, Baldus de Ubaldis. A literatura aponta que Baldus consolidou esta transição de pensamento declarando que cada rei é um imperador em seu próprio território (*ex in rego suo imperator regni sui*), fazendo assim possível a aplicação para líderes de nações de doutrina que havia sido concebida pelos juristas romanos para o benefício do imperador.²³⁵

É interessante perceber a semelhança dos princípios enunciados por Baldus e os que iriam ser formulados pelo menos dois séculos depois nos acordos de Vestfália. Disto poderia se conceber que o sistema de Estados soberanos foi um processo longo que iniciou no século IX com o esfacelamento do império carolíngio e que assumiu delineamentos decisivos no séculos seguintes. O fato de Bartolus e Baldus terem escrito suas idéias, em certo sentido vanguardistas, antes que o sistema como um todo assumisse estas características não significa que as idéias moldaram o sistema mas pelo menos que as teorizações anteciparam-se à adoção ampla do modelo no palco europeu.

O franciscano Guilherme de Ockham também contribuiu com a familiarização no plano teórico de práticas que desde longo período eram visíveis na prática, principalmente a coexistência e o status eqüitativo de uma pluralidade de unidades - ou corpos – políticos. Em termos práticos, considerando a passagem de um título imperial que não estivesse em conformidade com os interesses papais, Guilherme de Okham escreveu que o título poderia ser transferido pelo 'body of

²³⁴ KELLY, op. cit., p. 157.

²³⁵ Ibidem, p. 78.

humankind' (universitas mortalium) e que o papado não tinha privilégio especial sobre outras nações. O papado não tinha uma soberania sobre os imperadores e seus impérios já que um título imperial não era dado por Deus.²³⁶

O período medieval é marca o início da transição do *ius gentium* para o *ius inter gentes*. A fragmentação gradual do império carolíngio, o surgimento do sistema de Estados europeus, as primeiras sistematizações teóricas pela escolástica espanhola tardia e a consolidação de conceitos que perduram até hoje no direito internacional, como o de guerra justa²³⁷ revelam uma série de elementos seminais não somente para a dogmática do direito internacional mas também para a sedimentação do conceito de legitimidade no plano da práxis e no teórico. O período medieval pode ser considerado o período mais decisivo no itinerário da evolução teórica da noção de legitimidade no direito internacional. O primeiro ponto a ser destacado é o surgimento da autonomia gradual dos principados. Por isso que a paz de Vestfália é avaliada como provedora de um estímulo a uma dinâmica que já existia anteriormente.²³⁸ O segundo elemento de destaque é a transição da justificação da autoridade pelo fundamento religioso pela autoridade pelo dogma secular, ou seja, o início da teologia política que transforma o 'Status' no eixo de definição da legalidade, da legitimidade e da justiça. O terceiro aspecto remete às duas noções anteriores, ou seja, a legitimidade da autoridade do príncipe informada pelo princípio da transmissão hereditária da dinastia e, neste sentido, legitimidade

²³⁶ KELLY, op. cit., pp. 145-146.

²³⁷ "In some senses, recourse to legitimacy as a supplement to legality is a discourse that parallels the revival of the just war doctrine, especially in thinking about the propriety of 'war' as a response to the 9/11 attacks. Indeed, supplying content and criteria for legitimating war resembles the process of validating war by reference to the just war doctrine." (FALK, Richard (org.). *The costs of war: international law, the UN, and world order after Iraq*. New York: Routledge, 2008. p. 132)

²³⁸ "It is the presence of the imperial princes at the negotiations, as of right and as full participants, that has attracted most comment. Even if it was not Westphalia that started this process of princely autonomy, the treaties 'provided a powerful stimulus to an existing dynamic' (CLARK, Ian. *Legitimacy in International society*. Disponível em: <http://www.oxfordscholarship.com>. Acesso em: março de 2009. p. 54).

enquanto solução de continuidade para as rupturas na ordem legal, neste caso do 'ruler'. O quarto aspecto é a noção de legitimidade enquanto valor moral constatado a partir do exercício racional a qual é reinserida no direito internacional na forma de institutos como o 'jus cogens' o qual não sobrevive sem a idéia de sumo bem e de valores superiores a serem defendidos.

2.4 O direito internacional na Idade Moderna.

2.4.1 Idade Moderna e Modernidade

A história da filosofia informa que o período moderno inicia-se com a profunda clivagem no campo das idéias pelo advento das assunções nominalistas das quais o principal disseminador é Guilherme de Ockham. O nominalismo é realmente um fenômeno paradoxal. Longe de ser um sistema de idéias coeso e estruturado encontrou ressonância nos círculos intelectuais europeus mais em virtude do enfraquecimento da escolástica do que pela força de suas teses. A negação dos universais, tão caros à metafísica aristotélico-tomista, provocou um abalo sísmico nas estruturas já cambaleantes do século XIV e o mundo das idéias já não seria mais como antes. Pode-se então reconhecer que o período moderno, no campo das idéias, é o resultado da ruptura com a metafísica medieva a qual se distancia substancialmente da metafísica conforme será entendida por Kant. Assim, o nominalismo, mais do que um apanhado de idéias que suplantam a estrutura epistemológica prevalente na verdade representou um eixo de transição para a construção da ciência no período moderno.

Assume-se que é mais fácil identificar o nominalismo de Guilherme de Ockham como desfecho do arrefecimento das idéias dominantes da idade média do

que apontar autores ou obras que inaugurem o pensamento político da idade moderna. O nominalismo foi para o campo da filosofia o que Vestfália foi para o político. Duns Scot - que também como Ockham foi professor em Oxford - representa também o fim da era medievá; por outro lado, a crítica à razão e a falta de coesividade no conjunto das idéias diminui a consistência desta via de sistematização. Ainda, alguns indicariam o pensamento de Maquiavel como o pórtico do pensamento político moderno o que parece apropriado. Deve-se, contudo ter claro que da morte de Ockham em 1350 ao nascimento de Maquiavel em 1469 existem um lapso temporal considerável não imune à atuação da cultura, das crenças e das idéias que informariam as grandes revoluções do pensamento político a partir do final do século XV.

Sugerir o início da modernidade na ruptura procedida pelo nominalismo parece ser tão importante mencionar quanto outros tipos de estruturações em termos de história da filosofia. Jacques Maritain escreveu obra singular onde identificava que três pessoas dominavam o mundo moderno, um reformador religioso, um reformador filosófico e um reformador moral: Lutero, Descartes e Rousseau. Afirmava que entendia que Kant seria ao mesmo tempo a confluência das correntes originárias destes três homens.²³⁹ Os 'três reformadores' contribuíram substancialmente para a construção teórica que constitui em certo sentido a base epistemológica e política dos discursos teóricos em relações internacionais. A concepção de modernidade em Maritain também é definida: remete ao modernismo do século XIX, cunhado também por documentos da Igreja, em especial durante o pontificado de Pio X e referente a um conjunto de idéias que reúne liberalismo

²³⁹ MARITAIN, Jacques, *Três reformadores: Lutero, Descartes, Rousseau*. Traducción de Isabelino Fernandez Camejo. Buenos Aires: Editorial Excelsa, 1952.

político, socialismo e anarquismo mas que em última análise remetem ao humanismo renascentista e ao iluminismo.

Reconhece-se, então que é notório que existem muitas maneiras de se sistematizar a história das idéias em relações internacionais e que normalmente estas divisões farão referência a pensadores representativos na teoria política moderna. A modernidade a que este texto faz referência diz respeito prevalentemente à filosofia política que fundamenta a concepção moderna de Estado. Esta concepção aqui adotada faz referência ao projeto de modernidade formulado no século XVIII pelos filósofos do iluminismo e consiste em seus esforços por elaborar ciência objetiva, lei e moralidade universal e arte autônoma segundo sua própria lógica. Este projeto pretendia liberar o potencial cognitivo destes campos de suas formas esotéricas. Esta é a concepção adotada entre outros por Habermas para falar da relação entre modernidade e pós modernidade.²⁴⁰

Outras visões de modernidade ainda interessam a este esforço as quais numa acepção mais abrangente fazem referência às considerações de Marshall Berman. Nestas o uso metafórico do Fausto de Goethe, o contexto urbano e a dialética hegeliana representam percepções apropriadas e fascinantes da modernidade cuja complexidade ultrapassa o objeto deste estudo.²⁴¹ A este respeito é bem provável que Martin Wight estivesse se referindo à limitação daquilo que ele denominou 'tradições' para explicar cientificamente as relações internacionais quando escreveu que 'existe um tipo de recalcitrância da política internacional a ser

²⁴⁰ HABERMAS, Jürgen; Ben-Habib. *Modernity versus Postmodernity*. In: *New German Critique*, nr. 22, Special Issue on Modernism (Winter, 1981). p. 09.

²⁴¹ BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

teorizado e a razão para isto é que a teorização tem de ser feita na linguagem da teoria política e da lei'.²⁴²

Ao perguntar-se o que aconteceu com o modernismo do século XIX no século XX, Berman responde que 'de vários modos prosperou e cresceu para além de suas próprias esperanças selvagens'.²⁴³ Nesta medida, o argumento possui relação com a proposta deste trabalho. Quando diz que apesar do século XX ser talvez o período mais criativo e brilhante da história da modernidade 'ainda assim parece que não sabemos como usar nosso modernismo e que nós perdemos ou rompemos a conexão entre a nossa cultura e nossas vidas'.²⁴⁴ A partir de considerações como esta se entende que aquilo que se denomina pós-modernismo é muito mais o esgotamento de todo um sistema cultural que está face a face com sua falibilidade²⁴⁵ do que propriamente a constatação de algo novo, se é que algo novo possa acontecer de fato ou já tenha acontecido na história das idéias visto que este campo é resultado de contínua síntese.

Outra visão de modernidade concorda que o projeto sócio-cultural da modernidade assenta-se em três pilares da filosofia política moderna: o do Estado de Hobbes, o de mercado dominante na obra de Locke e o da comunidade encontrado na obra de Rosseau, além das lógicas de emancipação racional²⁴⁶. Esta mesma visão também concebe que o inadequado nome de pós-modernidade diz respeito a um tempo de transição e crise, pois a extinção da modernidade é parte de um processo de superação e parte de obsolescência. 'Superação na medida em que

²⁴² GRIFFITHS, Martin. 50 grandes estrategistas das relações internacionais. São Paulo: Contexto, 2005. 248-249.

²⁴³ BERMAN, op. cit., p. 24

²⁴⁴ Ibidem, p. 25.

²⁴⁵ "Should we try to hold on the intentions of the Enlightenment, feeble as they may be, or should we declare the entire project of modernity a lost cause?" (HABERMAS, op. cit., p. 9).

²⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed., São Paulo: Cortez, 2000. p. 77.

a modernidade cumpriu algumas das suas promessas e, de resto, cumpriu-as em excesso'.²⁴⁷ Obsolescência na medida em que está incapacitada de cumprir as restantes. Neste quadro de promessas destacam-se a radical transformação de todo mundo físico, moral e social e o efetivo movimento social em direção ao desenvolvimento econômico; características estas que levaram Berman a afirmar que o Fausto de Goethe expressa e dramatiza o processo pelo qual, no fim do século XVIII e início do seguinte, um sistema mundial especificadamente moderno vem à luz.²⁴⁸

O período compreendido entre a Renascença e a Reforma (1350-1600) é capital para o surgimento do direito internacional tal como foi concebido até meados do século XX, principalmente a partir da última metade do século XVI quando é possível discernir a emergência de um sistema governando as relações entre Estados. Já havia sido feita referência à contribuição de Santo Agostinho e Santo Isidoro de Sevilha os quais escreveram sobre uma ordem legal internacional, principalmente fazendo referência a práticas como costumes marítimos, mercantis e a diplomacia. Contudo é na escolástica tardia, principalmente a levada a efeito na Espanha – e que em certa medida é reflexo da idade de ouro espanhola – que a doutrina sobre um objeto definido aparece e que no início do século XVII será efetivamente desenvolvida por Hugo Grocius.

Os avanços do século XVI não são acidentais. E primeiro lugar a Espanha encontra os povos exóticos e selvagens do novo mundo que forçava os centros intelectuais à reflexão acerca do direito destes povos. Pérez Luño menciona que o debate sobre a América no século XVI foi um debate sobre o status político jurídico

²⁴⁷ SANTOS, op. cit., p. 77.

²⁴⁸ BERMAN, op. cit., p. 44.

dos índios e que os avanços da escolástica espanhola tardia foram resultado do impulso humanista da Renascença somado ao fundamento da razão do direito natural aristotélico-tomista. Estas influências possibilitaram um pensamento sobre liberdade bem como sobre ordem política não baseados no medo e nas obrigações mas no pensamento societário.²⁴⁹ Outro motivo é que este foi o primeiro século no qual a Europa desenvolveu um padrão completo e claramente definido de poder soberano dos Estados. O potencial das nações para desenvolver o potencial nesta direção foi refreado na idade média pela idéia de unidade cristã sob o papa e o imperador.

A hipótese de que os Estados europeus demoraram até conseguir desenvolver 'maturidade' interna não pode ser descartada. Fato é que no final do século XV a mudança havia acontecido. Na literatura é possível identificar o ano de 1494, o da invasão francesa da Itália como o começo de um período de disputas por domínio territorial e político. Desde este momento as nações portam-se como personalidades acabadas (particularmente podem ser mencionados Espanha, França e Inglaterra no tempo de Ferdinando, Luis XI e Henrique VII respectivamente) e um sistema internacional havia nascido; um sistema o sentido de contatos habituais e intensivos entre nações que precisavam ter preocupações umas com as outras todo o tempo.²⁵⁰ A principal característica deste tempo da nova Europa foi a rápida disseminação da prática, originada das cidades italianas, do mantimento de embaixadas constantes em cortes estrangeiras, em vez de meramente enviar emissários em ocasiões específicas. As novas condições

²⁴⁹ "Zugleich förderte auf der Ebene der Ideen die Verbreitung der – durch die humanistischen Impulse der Renaissance erneuerten – rationalistisch-tomistischen Naturrechtslehre einen vernunftgründeten Freiheitsgedanken sowie eine Vorstellung von politischer Ordnung, die nicht auf Angst und Zwang, sondern auf dem Gemeinwohl basierte" (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhunderten*. Berlin: Dunkker & Humbold, 1994. p. 27)

²⁵⁰ KELLY, op. cit., p. 200.

mundiais, de contato com países vizinhos, de comércio com o oriente e de oportunidades no Atlântico fomentava um novo sistema jurídico lei que estava sendo instaurado.

A expressão lei das nações possui origem no termo romano 'jus gentium' mas 'jus gentium' não possuía para os romanos ou para os medievos a mesma significação que hoje lhe é atribuída. A utilização de uma antiga terminologia para novas realidades é um sinal do quanto é gradual o desenvolvimento do conceito de direito internacional. Francisco de Vitória (1483-1546) defendeu o direito dos espanhóis, de exercerem um comércio pacífico, como uma parte do jus gentium no 'De Indis recenter inventis'.²⁵¹ Quando ele escreveu que os indígenas do Novo Mundo detinham o direito de propriedade de suas terras e que isto não era deixado ao arbítrio de um Imperador ou papa, e que eles não poderiam ser espoados deste direito, mesmo na possibilidade de não crerem ou recusarem-se a escutar a mensagem cristã, e que eles tinham príncipes legítimos assim como os cristãos tinham, e que eles não poderiam ser punidos pelo seus supostos pecados contra a natureza e que declarar guerra contra eles só seria possível por justa causa, estava justamente referindo-se a princípios das leis das nações que outras nações normalmente respeitavam, principalmente a partir do direito costumeiro.²⁵²

Para Francisco de Vitória o Estado não era simplesmente um ato da vontade humana mas um desenvolvimento orgânico natural fundado no instinto associativo humano e que proporcionava vantagens como a proteção contra os inimigos e o favorecimento do comércio dentro da sociedade.²⁵³ A definição do inimigo pelo Estado é um elemento que remete à teologia política e neste contexto

²⁵¹ ZIEGLER, op. cit., p. 163.

²⁵² SHAW, op. cit., p. 22.

²⁵³ KELLY, op. cit., p. 170.

narrativo do itinerário político do século XVI permite identificar o papel de proteção não contra um inimigo pessoal mas contra um inimigo societário o que também evidencia a analogia racional da personalidade estatal. As conclusões às quais Francisco de Vitória chega em relação ao jus gentium avança nos limites aos quais a expressão se circunscrevia. Nas suas lições adotara expressão jus inter gentes para referir-se à lei referente às relações entre nações entre si, muito embora este tipo de aproximação continuasse a ser referente à lei que governava os povos. Este tipo de exploração em novos territórios conceituais renderam-lhe a qualificação de fundador do direito internacional na forma de um pioneiro anterior a Hugo Grotius. É claro que quando a literatura aponta Francisco de Vitória ou mesmo Hugo Grotius enquanto fundadores isto possui uma acepção de teóricos que respondiam a um novo mundo onde Estados nascentes criavam efetivamente o direito internacional moderno. Sob esta ótica o direito internacional não é fundado por Vitória e Grotius, mas encontra em suas opiniões jurídicas as primeiras sistematizações.

Segundo Carlo Galli, a contribuição de Francisco consiste em sustentar que ao lado da lei natural existe um poder político atrelado à lei humana. O 'potestas' vem de Deus e a 'auctoritas' é um poder de comando legítimo e real que por meio do povo atua como uma 'translatio auctoritatis' o qual é um elemento romano e remete à 'lex regia de imperio'. O 'translatio' não constitui um 'pactio unionis' mas sim um 'pactio subjectionis'. O papa não é 'dominus orbis' o que implica na legitimidade do poder relativo ao povo e em particular em relação ao Estado. A guerra é lícita ao cristianismo, o príncipe é seu protagonista, deve ter uma causa justa e o príncipe por direito natural e pela autoridade da humanidade inteira a

conduz de forma imediatamente defensiva e ofensiva como uma sanção do direito das gentes.²⁵⁴

Alberico Gentili (1552-1608) foi um raro italiano protestante que refugiou-se na Inglaterra onde tornou-se professor de direito civil em Oxford e também pode ser considerado um pioneiro. Ele foi o primeiro jurista a escrever um tratado sobre embaixadas, *De Legationibus* (1585), e publicou um livro sobre o direito da guerra, 'De iure belli' (1598) o qual contém importantes considerações sobre os tratados de paz, estipulando que eles vinculam mesmo quando impostos e também descreve a noção da assim chamada cláusula 'rebus sic stantibus'. O título da obra faz referência a uma ordem normativa que transcende os poderes beligerantes, conceito este que aparecera somente bem no final do século XVI e que pouco depois apareceria sob forma de teorizações jurídicas na idéia de uma ordem legal à qual Estados estão submetidos.

Richard Hooker no seu primeiro livro 'Law of Ecclesiastical Polity' (1594) também se refere a um terceiro tipo de lei referente primeiramente ao direito das embaixadas direitos de estrangeiros mas também considerações sobre rompimento de relações diplomáticas ou em outras palavras, o direito da guerra. Fundamentos doutrinários fundamentais também foram escritos pelo jesuíta Suárez que em uma de suas considerações fundacionais descreve uma lei à qual todos os povos e nações devem observar entre eles. Nas considerações de Suárez é possível observar o reconhecimento de uma lei que não é natural, mas sim uma lei dos homens estabelecida pelo usos e costumes e não escrita. Em obra que foi publicada em 1611 Suarez argumentava que:

²⁵⁴ VITÓRIA, Francisco de. *De iure belli: a cura di Carlo Galli*. Roma: Editori Laterza, 2005. pp. XVIII-XXIII.

“No matter how many diverse people and kingdoms the human race may be divided into, it always has a certain unity, not merely as a species but even a sort of political and moral unity, which is indicated by the natural precept of mutual love and mercy which extends to foreigners, even to foreigners of any nation. No matter how a sovereign state, commonwealth or kingdom may be in itself a perfect society with its own members, each one is also, in a sense, as seen from the point of view of the human race, a member of the universal community; for states standing alone are not so self-sufficient that they never require some mutual help, association and intercourse...They therefore need some law to direct and order rightly this type of intercourse and association...and so certain specific laws could be introduced through the usage of the nations.”²⁵⁵

As lições de Suárez apontam para fatores interessantes na legitimidade de normas entre os povos. Não somente este autor, mas a escola da escolástica tardia espanhola iria ser lida e assimilada por Hugo Grotius que alguns anos mais tarde iria formular suas teorizações sob forte influência destes autores. Hugo Grotius nasceu em 1583 e viria a falecer em 1645 o que lhe coloca num eixo de transição entre os séculos que contém as grandes transformações do sistema internacional para o modelo prevalente ao qual o direito internacional moderno – e mesmo contemporâneo – iria ser aplicado.

Os acordos de Westfalia de 1648 que combinam o os tratados de Münster (entre o Sacro Império Romano e a França) e o de Osnabrück (entre o Sacro Império Romano e a Suécia) constituem uma forte referência acerca das origens da legitimidade internacional. Ian Clark dedicou a este tema um capítulo de sua obra ‘Legitimacy in international society’ onde levanta uma série de suspeições acerca deste ícone. Ressalta a crítica de Krasner que a maioria dos dispositivos do tratado se referem ao interior do império e por isso “It is to the empire, not to the European system at large” mas também menciona o desenvolvimento da mudança do pensamento político na Europa com a consolidação do direito dos povos após 1942 com a descoberta do ‘novo mundo’, com o ímpeto da escola espanhola e com o

²⁵⁵ ‘De legibus ac Deo legislatore 2.19 8’ apud KELLY, op. cit., p. 202.

impacto da obra 'De Juri Belli ac Pacis' de Grotius em 1625. Estes desenvolvimentos como um todo marcam a transição de um *ius gentium* para o *ius inter gentes*.²⁵⁶

O escopo dos tratados comparado com o que hoje se compreende por sistema europeu de Estados é pequeno: Münster lida com compensações territoriais em relação à França e Osnabrück trata de compensações territoriais e financeiras à Suécia.²⁵⁷ O número de 'plenipotenciários' que varia na literatura de 150 a 176 evidencia que a Paz de Vestfália significou o estímulo a uma dinâmica já existente sobre a autonomia dos principados que justamente foi a causa da guerra dos 30 anos.²⁵⁸ A paz significou também a maior distribuição de poder entre as potências, o declínio do poder da Espanha, a perda de poder dos Habsburgo pretendida pela França e Suécia e principalmente o abandono do princípio de Augsburg que dava ao 'ruler' o direito de determinar a religião e adotou-se uma base de divisão dos territórios eclesiais com base na prevalência. Clark assume que muito embora os pacificadores não tivessem consciência de sua missão os tratados de Vestfália significam o fim de uma época e o início de outra.²⁵⁹

O direito internacional no século XVII pode ser encontrado nas sistematizações teóricas de Hugo Grotius. A famosa obra do autor holandês 'De iuri belli ac pacis' foi concebida e escrita durante a guerra dos trinta anos leva a efeito na região hoje ocupada pela Alemanha onde em 1618 iniciou-se um processo de barbáries piores dos que as levadas a efeito na guerra entre Holanda e Espanha.

²⁵⁶ CLARK, Ian. *Legitimacy in international society*. Disponível em <http://www.oxfordscholarship.com>. Acesso em: março de 2009. p. 52.

²⁵⁷ STRUPP, Karl. *Urkunden zur Geschichte des Völkerrechts*. Band I. Bis zum Berliner Kongreß (1878). Gotha: Friederich Andreas Perthes A. -G., 1911. pp. 16-23

²⁵⁸ CLARK, op. cit., acesso em: março de 2009. p. 53.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 55.

Hugo Grotius, latinização de Huig de Groot, emancipa a ciência jurídica, no campo do direito internacional dos fundamentos da teologia. É atribuído ao Grotius o estudo pioneiro da sistematização do direito internacional. Interessa a esta análise identificar os elementos de justificação do direito internacional. Na obra 'Mare Liberum', Grotius argumenta contra a concepção do monopólio de navegação das rotas para as Índias concedido pelo papa aos portugueses com base no soberano conhecimento dos antigos, medievos e da jurisprudência corrente bem como nos fundamentos morais da literatura teológica espanhola.²⁶⁰ No 'De juri Belli ac Pacis' também recorre à antiguidade clássica, à patrologia o que pode ser constatado a partir da leitura dos primeiros capítulos mas além destes indica os próprio interesses da humanidade como fundamento recorrendo à noção que a guerra não é desejada a partir da constatação de que enquanto ela ocorre o que se deseja é seu fim.

"In the very heat of war the greatest security and expectation of divine support must be in the unabated desire, and invariable prospect of peace, as the only end for which hostilities can be lawfully begun. So that in the prosecution of war we must never carry the rage of it so far, as to unlearn the nature and dispositions of men. These and these alone would be sufficient motives for the termination of war, and the cultivation of peace. But apart from all considerations of humanity, the interests of mankind would inevitably lead us to the same point."²⁶¹

Para Grotius, o fundamento de toda a ordem é a natureza social do homem que é atribuída em última instância a Deus. De toda a forma, a influência da religião nas obras de Grotius é evidente. Contudo, mesmo para aqueles que não crêem em Deus devem existir regras e comportamentos os quais são exigidos da natureza humana e que requerem obediência. A manutenção da ordem social é a fonte da lei e a lei propriamente denominada é o dever de uns para com os outros. A concepção de Estado soberano nas sistematizações de Grotius já é bem

²⁶⁰ ZIEGLER, op. cit., pp. 135-136.

²⁶¹ GROTIUS, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Kitchener: Batoche Books, 2001. pp. 373-374.

consolidada: uma perfeita sociedade de homens não sujeita a outro poder, uma unidade política dotada de vontade a qual possui consequências na esfera pública.²⁶²

No contexto do século XVII o fato de o jus gentium não acarretar em sanções não significava que as regras não eram eficientes. A obediência a estes preceitos é em última instância referente à boa consciência, à aprovação de outras nações e à proteção de Deus. A guerra pode ser declarada, mas a guerra justa tem que ser declarada em ocasião certa e os métodos para conduzi-la devem ser tão escrupulosos quanto os utilizados para a administração da justiça. Esta teoria em linhas gerais construiu uma série de preceitos detalhados, alguns deles referentes à guerra e muitos deles partes não de leis internacionais, mas municipais e são incorporados ao sistema de Grotius pela via da analogia em atenção à relação entre Estados.

A obra de Grotius inaugurou uma nova área da ciência e ainda no século XVII foi seguida por notáveis juristas que se ocuparam do direito das nações e ocuparam cátedras que começavam a ser destinadas a esta nova área. No século XVII Samuel Pufendorf – que ocupou em Heildeberg a primeira cátedra de Direito Natural e das Nações da Universidade – aparece em lugar de destaque. Ao contrário de Hugo Grocius que concedia aos tratados e à prática comum o status de fontes do

²⁶² “The particular acts of the Sovereign are either directly of a public nature, or a private, but even the latter bear reference to his public capacity. Now the acts of the sovereign executive power of a directly public kind are the making of peace and war and treaties, and the imposition of taxes, and other similar exercises of authority over the persons and property of its subjects, which constitute the sovereignty of the state. (...) That power is called sovereign, whose actions are not subject to the control of any other power, so as to be annulled at the pleasure of any other human will. (...) We are to consider then what is the subject in which this sovereign power exists. Now the subject is in one respect common, and in another proper, as the body is the common subject of sight, the eye the proper, so the common subject of sovereign power is the state, which has already been said to be a perfect society of men.” (GROTIUS, op. cit., p. 48).

direito das nações, Pufendorf negava autoridade aos mesmos vinculando-os por sua vez ao direito das nações proveniente da lei natural.

No século XVII e seu culto à razão funda a idéia da guerra e a relação não regulada entre Estados. À sistematização do direito internacional criada por Grocius foram adicionadas propostas de garantia da paz e estabilidade. Neste contexto a mais conhecida destas publicações foi a do Abbé de St. Pierre, que em 1713, no final da guerra promovida por Luis XIV produziu seu 'Projeto para tornar a paz perpétua na Europa', que sugeria que todos os Estados europeus deveriam formar uma federação com um senado para lidar com suas disputas e com um sistema de armas contra a infração de regras de um Estado para com o outro.

As formulações denominadas 'modernas' situariam o fator de legitimidade em uma norma posta, consensual, proposta expressamente, o que deu origem ao contratualismo jurídico o qual irá localizar o fundamento de legitimidade do direito internacional no princípio do *pacta sunt servanda*. Quando se fala de filosofia moderna, faz-se referência principalmente aos pensadores dentro da trilogia Hobbes, Locke e Rousseau. Wendt irá utilizá-los para sistematizar o que denominou 'culturas de anarquia'.²⁶³ Apesar da relevância desses pensadores, não se deve descuidar do fato que Emmanuel Kant, efetivamente estabeleceria debate teórico com outros pensadores para desenvolver suas teses tanto acerca do conhecimento humano como da moral e da política internacional: Hume e Descartes. Hume e Descartes colaboraram intensamente para a formulação da filosofia moral kantiana nos termos da síntese entre o empirismo e o racionalismo.

²⁶³ WENDT, Alexander. *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. pp. 246ss.

O contratualismo moderno que legitima o direito com base em no contrato social possui as raízes no desafio auto-imposto por Rousseau de achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça, todavia senão a si mesma e fique tão livre quanto antes.²⁶⁴ O pacto social substituiria a desigualdade por uma igualdade moral e legítima na qual homens desiguais na força e na capacidade tornam-se iguais por convenção e direito.²⁶⁵ Ora, para Rousseau ainda seria interessante distinguir que a vontade geral é bem distinta do bem comum, visto que é a soma de interesses particulares e que o conceito de corpo político estaria vinculado ao conceito de ‘soberano’ que se opõe ao de ‘senhor’. Assim, quando há um senhor não há mais soberano e o corpo político está destruído.²⁶⁶

Rousseau apropriara-se de uma visão descrente de uma vontade geral amplamente legitimada, ou seja, amparada por todos os contratantes.²⁶⁷ Recusando-se a reconhecer o caráter atávico das relações sociais primitivas propõe-se a ‘achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça, todavia senão a si mesmo e fique tão livre quanto antes’ a qual passa a ser sua frase de efeito mais célebre.²⁶⁸ Mais do que tudo isto, Rousseau interessara-se por

²⁶⁴ ROUSSEAU, Jean – Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 32.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 37.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 40.

²⁶⁷ Acrescentemos que não há governo tão sujeito às guerras civis e agitações intestinas como o democrático, ou popular, por que não há outro que atire tão forte e incessantemente a mudar de forma, nem que requeira mais vigilância e coragem para se manter na sua. É sobretudo nesta constituição que se deve o cidadão armar de força e constância, e dizer a cada dia no íntimo da alma, o que dizia um virtuoso paladino na dieta de Polônia: ‘Malo periculosam Libertatem quam quietum servitium’. Se houvesse um povo de deuses, seria governado democraticamente, mas aos homens não convém tão perfeito governo. (ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 72.)

²⁶⁸ ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 31.

estabelecer princípios de direito político de direito interno compreendendo que a ordem internacional constituía-se de um outro objeto.²⁶⁹

No final do século XVIII surge Kant que deve ser registrado com particular atenção. A complexa síntese filosófica kantiana em relação à legitimação do direito possui fundamento na teoria do conhecimento. A admissibilidade dos conceitos de ‘imperativo categórico’ e ‘sumo bem’ na crítica da razão prática permitiu o reconhecimento da existência de uma moral comum entre os homens.²⁷⁰ Muito embora exista distanciamento entre as idéias de Kant em relação à Rousseau²⁷¹ com clareza percebe-se que a idéia de uma liga de paz (*foedus pacificum*) que substituiria os tratados pontuais de paz (*pactum pacis*) baseia-se na possibilidade de um contratualismo enquanto acordo de vontades²⁷² o qual garantiria a liberdade de um Estado para si mesmo.²⁷³ Kant está, portanto transferindo para a esfera internacional argumentação de Rousseau que seria em certo sentido um modelo de descentralização da autoridade internacional.²⁷⁴ Em virtude deste itinerário no plano das idéias Georg Geisman²⁷⁵ avalia que Kant é o concludente de Hobbes e Rousseau porque com o direito racional da liberdade corrigiu as deficiências do direito natural em Hobbes e do argumento quanto à vinculação da fundação do contrato social.

²⁶⁹ “Estabeleci os verdadeiros princípios de direito político, procurei fundar o Estado em suas bases, e resta escorá-lo nas suas relações externas, isto é, o direito das gentes, o comércio, o direito de guerra e conquistas, o direito público; as ligas, negociações, tratados, etc., etc. Mas, tudo isso forma um novo objeto, muito vasto para minha curta vista... Mais perto de mim eu deveria tê-la sempre fixado.” (ROUSSEAU, op. cit., p. 125).

²⁷⁰ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 121.

²⁷¹ Idem, *À Paz Perpétua*. São Paulo: L& PM Editora, 1989. p. 9.

²⁷² Ibidem, p. 60.

²⁷³ Ibidem, p. 41.

²⁷⁴ WENDT, Alexander. *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. pp. 307.

²⁷⁵ “Bei Rousseau hat das Gebäude keine Basis: es fehlt der Nachweis der Verbindlichkeit des staatsstiftenden Vertrages. Bei Hobbes hat das Gebäude keinen Aufbau, und der Boden ist noch nicht fest: es fehlt ein verbindliches Prinzip der Herrschaftsausübung, und das den Staat fundierende Naturrecht ist widersprüchlich. Indem Kant die von Hobbes und Rousseau geschaffenen Bauteile einer rein rationalen Rechtslehre aufgreift und sie zu einem geschlossenen rechtsphilosophischen Gebäude mit sicherem Fundament verarbeitet, wird er zum eigentlichen Philosophen des Vernunftrechts der Freiheit.” (GEISMAN, Georg. *Kant als Vollender von Hobbes und Rousseau*. Der Staat, 21 (1982), pp. 173-174)

Kant, em nenhum momento do seu 'À Paz Perpétua' cita Rousseau ou mesmo o Abade de Saint Pierre muito embora o primeiro o tenha influenciado nesta obra.²⁷⁶ Mas também não fará referência aos fundamentos de seus sistemas conceituais que talvez constituam sua principal contribuição para a filosofia. Não constam decisivamente na sistematização filosófico-jurídica levada a cabo por Kant as assunções de Hobbes ou Locke; pelo menos, interessavam menos que as de Descartes e Hume acerca da filosofia do conhecimento. A tentativa kantiana de formar um sistema teórico que conseguisse conciliar a gnoseologia racionalista cartesiana com a empiricista de Hume gerou a noção de 'juízos sintéticos a priori' que possui relação com o 'imperativo categórico' no campo da moralidade²⁷⁷. Dissocia-se assim no campo das idéias, segundo uma formulação teórica coesa e em certa medida convincente, o campo da moralidade do campo da empiria ou antropologia. O imperativo categórico implica na moralidade universal imune à contingências culturais e diversa daquela moral universal baseada na legitimação

²⁷⁶ O prefácio de edição alemã de 'À Paz Perpétua' registra a influência de Jean Jacques Rousseau com, seus escritos sobre a lei natural, contrato social e de ensino, especialmente o 'Contrato Social' (1762), com vista a resolver os problemas da dignidade da pessoa humana, os seus direitos e da liberdade e da paz. A este respeito: "Der Einfluss Jean Jacques Rousseaus, seiner Schriften zur Naturrechts – und Gesellschaftsvertragslehre, vor allem seines 'Contrat Social' (1762), im Hinblick auf die Behandlung der Probleme der Würde des Menschen, seiner Rechte und Freiheit und des Friedens auf Kant ist hierin nachhltig."(KANT, Immanuel. *Zum ewige Frieden – reprint der Erstausgabe von 1795*. 2. Auflage. Berlin: Verlag der Nation Berlin, 1987. p. 23)

²⁷⁷ Sugere-se uma passagem que sintetiza de maneira eficiente a linha e pensamento ao qual se faz referência: "Uma vez que meu propósito aqui envereda tão somente para a filosofia moral, circunscreverei a questão posta aos termos a seguir: - não é verdade que é da mais urgente necessidade algum dia elaborar uma pura filosofia moral que seja completamente depurada de tudo o que possa ser somente empírico e restrito à antropologia? Que deva existir tal filosofia, advertese, de modo evidente, da idéia comum do dever e das leis morais. Qualquer indivíduo haverá de confessar que para uma lei valer moralmente, isto é, como fundamento de uma obrigação, tem que trazer consigo uma necessidade absoluta; que o mandamento 'não mentirás' não é válido somente para os homens, como se os outros seres racionais não tivessem de se importar com ele, o mesmo ocorrendo com todas as demais leis propriamente morais; que, por conseguinte, o fundamento da obrigação não se deve buscar aqui na natureza do homem ou nas circunstâncias do mundo em que o homem se situa mas sim a priori, exclusivamente em conceitos da razão pura e em qualquer outro preceito fundamentado em princípios da mera experiência, incluindo um preceito em certa medida universal, se ele se apoiar em bases empíricas, por mínimo que seja esse apoio, talvez por um único motivo de determinação, o que se poderá chamar na verdade de regra prática, porém jamais de lei moral." (KANT, op. cit., p. 15)

teológica.²⁷⁸ Os juízos sintéticos a priori e a moralidade universal propostos por Kant exerceram influência considerável no pensamento europeu. Sobre isto Nietzsche manifestou que a crença em sua verdade é uma crença necessária como uma crença de fachada e uma aparência que faz parte da ótica de perspectivas da vida e que exercera uma certa ‘virtus dormitiva’ na Europa inteira.²⁷⁹

Uma outra interpretação faz referência à moralidade universal ou ao imperativo categórico de Kant, ou seja, com uma norma interna que faça com que todos os homens ajam de determinada maneira. A possibilidade de uma moral universal é um questionamento que interessa diretamente ao direito internacional e que ao longo deste trabalho sofrerá aproximações em diferentes contextos. Neste momento cabe registrar três inquietações que o tema pode suscitar: a referência ao supremo princípio da moralidade universal como fundamento comportamental universal, o que Kant compreendia por princípios da ética internacional e finalmente o ponto mais inquietante, se existe relação entre o imperativo categórico e os princípios da ética internacional.

A obra de Immanuel Kant destaca-se no campo da filosofia da moral dispondo de farta base de reflexões contida principalmente em suas obras ‘Grundlegung zur Metaphysik der Sitten’ (Fundamento da metafísica dos costumes), ‘Kritik der praktischen Vernunft’ (Crítica da razão prática) e ‘Kritik der reinen Vernunft’ (Crítica da Razão pura). A complexidade teórica e as implicações práticas das obras citadas limitam digressões mais altaneiras sobre a teoria do conhecimento e a

²⁷⁸ Nietzsche, que recusa-se a aceitar um pressuposto transcendental da moralidade ironiza a mudança do eixo legitimador, de religioso à filosófico. Trata-se aqui do texto ‘Para a genealogia da moral’ adendo ao ‘Para além do bem e do mal’: “O certo é que os transcendentalistas de toda a espécie, desde Kant, ganharam outra vez o jogo – estão emancipados dos teólogos: que felicidade! - , ele lhes denunciou aquele caminho dissimulado, pelo qual doravante podem seguir de próprio punho e com melhor decência científica os ‘desejos de seu coração’”. (NIETZSCHE, op. cit., p. 322)

²⁷⁹ NIETZSCHE, op. cit., p. 270.

filosofia moral de Kant. Aqui interessa em primeiro lugar evidenciar que no sistema teórico kantiano existe a possibilidade de uma moral universal. O alcance desta moralidade, se universal, diz respeito diretamente às diferentes crenças, culturas e ordenamentos jurídicos em nível internacional.

“Kant says that the supreme principle of morality “must hold not only for human beings but for all *rational beings as such*”. The supreme principle of morality would have an extremely wide scope: one that extended not only to all rational human beings but to any other rational beings who might exist – for example, God, angels, and intelligent extraterrestrials. In Kant’s view, the supreme principle of morality would have to possess what I call “wide universal validity.” It would have to be binding on *all* rational agents, at all times and in all places. This is the second feature that, according to Kant’s basic concept, the supreme principle of morality would have to possess.”²⁸⁰

O comentador faz referência ao tema comentado no parágrafo anterior. O princípio supremo da moralidade estabelece uma relação direta com a potencialidade que a razão possui de alcançá-la. Esta é uma parte do complexo argumento que vincula a teoria do conhecimento à moralidade. Fica claro que para Kant o supremo princípio da moralidade possui validade mundial. Isto permite passar à segunda consideração. Quando Kant escreve com foco nas relações internacionais do século XVIII irá propor princípios de uma sociedade que possa assegurar a paz. Na obra ‘Zum ewigen Frieden’ (À Paz perpétua) traça com objetividade os delineamentos destes princípios:

“The first principle of international ethics embodied in the first definitive article of Perpetual Peace is: ‘The civil constitution of every nation should be republican’. The requirement of a republican form of government must be read in conjunction with the second article: The law of nations shall be based on a federation of free states’. The first two articles prescribe that international law should be based upon a union of republican states. Kant asserts that adherence to these requirements will result in an alliance of free nations that will maintain itself, prevent wars, and steadily expand.”²⁸¹

O que Tesón denomina ‘princípios da ética internacional’ parece ser uma interpretação extensiva do que realmente Kant quis registrar em sua ‘À paz

²⁸⁰ KERSTEIN, Samuel J.. *Kant’s Search for the Supreme Principle of Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 17.

²⁸¹ TESÓN, Fernando R.. *A Philosophy of International Law*. EUA: Westview Press, 1998. p. 3.

perpétua'. É possível perceber a partir da leitura da obra em apreço que quando Kant propõe um projeto de paz perpétua não faz nenhum tipo de relação com suas lições sobre filosofia moral. Na realidade a publicação de 'Zum ewigen Frieden' assume um estilo literário e teórico bastante diferente de outras anteriores. O texto de 1795 é direto, claro e com poucas referências filosóficas. Isto leva a crer que os 'Definitivartikel' conforme escritos na "À paz perpétua" são princípios de organização da sociedade com natureza pragmática e política.

A nomenclatura que Tesón utiliza, a saber, 'principles of international ethics' parece ser uma conciliação da fonte secundária que procura conciliar a filosofia moral com idéias acerca de organização política. A terminologia que Kant utiliza é 'Prinzipien der Freiheit der Glieder einer Gesellschaft (als Menschen)', que poderia ser traduzido por 'princípios da liberdade de organização de uma sociedade enquanto homens'; distante, portanto de 'princípios de ética internacional' que seria uma interpretação extensiva a qual sugere que os princípios da paz perpétua sejam éticos e universais. Certo é que o supremo princípio da moralidade o é (ético e universal). Não é pacífico, contudo falar o mesmo dos 'Definitivartikel' que parecem seguir outra ordem de fundamento dos elementos vinculativos: a contratualista.

O longo período histórico que sucede a idade média oferece elementos novos para a construção teórica do conceito de legitimidade no direito internacional. Em primeiro plano a consolidação dos sistemas de Estados europeus coloca o Estado nacional como o eixo de legitimidade do direito internacional na medida em que a comunidade de Estados é a condição de existência de normas internacionais. Ao lado deste fenômeno político destaca-se a substituição do princípio de Augsburg sobre a imposição da religião pelo rei por uma divisão religiosa territorial baseada na

prevalência de determinada ordem. Este elemento indica a legitimidade pela efetividade de uma ordem política que será resgatada anos depois na formulação da norma fundamental de Hans Kelsen e nos estudos de legitimidade enquanto status quo de Carl Schmitt. O terceiro elemento diz respeito ao profundo impacto que as idéias de Kant teriam no pensamento jurídico no século XIX no sentido de um pensamento liberal cosmopolita relativo às relações jurídicas internacionais, concepção esta que só sofreria modificações após a metade do século XX com as mudanças trazidas com as estruturas políticas da sociedade internacional. O quarto elemento que é possível ser destacado com atenção à legitimidade é a inclusão de um pensamento jurídico positivista atrelado à idéia de sumo bem o qual também arrefeceria gradualmente com o desenvolvimento do positivismo jurídico ao longo do século XX.

O pensamento político da modernidade é marcado pela idéia de um projeto. A consolidação do sistema de Estados e a aceitabilidade de um pensamento jurídico dissociado do jusnaturalismo propiciou que teorias sobre o Estado e a sociedade internacional florescessem a partir da idéia de um projeto societário em nível estatal e internacional. A modernidade é inaugurada com a contraposição à metafísica dos escolásticos tomistas e é concluída com a metafísica da moral de Kant. A crença na legitimidade positiva de um sistema de normas substitui a noção jusnaturalista de crença na orientação divina da natureza. Por isso que a modernidade no sentido de um projeto societário ocorrido no palco europeu pode em muitos aspectos ser avaliada como a ruptura com a crença teísta para a crença ateísta.

O eixo de legitimidade de normas internacionais no final do século XVIII é o Estado e a descrição do fundamento da obrigatoriedade é caracterizado como contratualista muito embora a orientação do projeto moderno de Kant seja baseada numa justificação moral. Normas são geradas por Estados e a sociedade internacional é altamente descentralizada. A legitimidade do direito internacional situa-se no eixo da legalidade e, portanto, baseada no contratualismo voluntarista. O vácuo quanto aos elementos que ultrapassavam estes fundamentos da atratividade em direção ao cumprimento de normas internacionais eram preenchidos por um projeto europeu de sociedade internacional.

2.5 O direito internacional contemporaneidade

O início do século XIX é marcado na Europa pela guerra. A derrota de Napoleão em 1815 para a aliança formada pela Grã-Bretanha, Prússia, Rússia e Áustria foi sucedido por um acordo no Congresso de Viena que estabeleceu um equilíbrio de forças que perdurou até o início da primeira guerra mundial. Houve conflitos localizados os quais geralmente duraram pouco como a guerra da Criméia (1853-1856) e a guerra entre França e Prússia (1870-1871). Estes conflitos não espalharam-se como as guerras napoleônicas e como as que seguiriam ao longo da primeira metade do século XX. Por estas características o século XIX é relativamente pacífico na Europa em relação ao século que o precedeu e o que viria a sucedê-lo.

No plano da prática durante o século dezenove o direito internacional expandiu-se enormemente e a lei da guerra foi ofuscada pelos temas da paz. Especialmente por volta de 1860 houve um aumento considerável do número de

tratados que então passaram a ser mais negociáveis e mais tecnicamente livres do formalismo que a prática diplomática utilizava. Os tratados eram agora frequentemente abertos, ou seja, disponíveis para o acesso por Estados que originariamente não eram os Estados pactuantes. Áreas da atividade econômica foram objeto de regulação internacional: copyright, patentes, leis marítimas; um dos tratados significativos foi a convenção mundial relativa a padrões de postagem a qual originou a União Postal Universal de 1878. Surge também a Cruz Vermelha inspirada pelo suíço Henri Dunant o qual presenciou os horrores das batalhas italianas nos anos '50. O período também é marcado pela solução de disputas mediante arbitragem, não raras vezes tratando de questões territoriais.

Sob os aspectos teóricos, o trabalho de Hegel é importante neste período. Para Hegel a figura do Estado é soberana e autônoma em relação a seus vizinhos ou seja, a paz parte da natureza dos Estados os quais detém soberania de vontade. Outro autor importante na teorização jurídica do período é John Austin para o qual o direito significa comando superior, caracterizado pela ameaça de sanção na possibilidade de desobediência. Neste sentido as normas de direito internacional não possuíam as características propostas por Austin e então o direito internacional não era um direito em sentido estrito. Interessante apontar que estes tipos de preocupações permaneceriam em debate no direito internacional. Austin então denomina as normas internacionais de moral positivada.

A catástrofe da primeira guerra mundial foi para o direito internacional um grande desafio. Assim não é difícil imaginar que a questão sobre o fundamento do direito internacional sob os aspectos sociológico, filosófico e histórico encontrasse interesse.²⁸² Esta tendência, além de estar historicamente vinculada com a

²⁸² ZIEGLER, op. cit.,p. 207.

formulação da norma fundamental por Hans Kelsen, também se associa ao retorno das perguntas colocadas pela corrente do direito natural.

O direito internacional de 1914 a 1945 sofre inúmeros processos de aprimoramento enquanto sistema jurídico. Ziegler destaca o papel dos juristas internacionalistas neste período – e cita como exemplo a Conferência de Paris e as que a sucederam - não só no sentido de participar da produção de normas escritas mas também ordenar o que já havia sido feito.²⁸³ Neste período destaca-se o trabalho doutrinário de Hans Kelsen (1881-1973), Dionizio Anzilotti (1869-1950), Georges Scelle (1878-1961), Sir Hersch Lauterpacht (1897-1960), Alfred Verdross (1890-1980) e Carl Schmitt (1888-1985).

No livro 'Empire', Michael Hart e Antônio Negri desenvolvem a idéia da formação gradual de um império mundial a partir de 1945. Uma das características deste império é a teoria jurídica de Hans Kelsen:

“it is useful to read the work of Hans Kelsen, one of the central intellectual figures behind the formation of the United Nations. As early as the 1910s and 1920s, Kelsen proposed that the international juridical system be conceived as the supreme source of every national juridical formation and constitution. Kelsen arrived at this proposal through his analyses of the formal dynamics of the particular orderings of states. The limits of the nation-state, he claimed, posed an insurmountable obstacle to the realization of the idea of right.”²⁸⁴

O argumento de Hart e Negri sobre o sistema jurídico internacional reforça a idéia da influência que Kelsen exerceu sobre a práxis jurídica após a segunda grande guerra. Fazendo isto reforça também a idéia da interrelação entre teoria e práxis na segunda metade do século XX. Verdade é que Kelsen não colaborou com a elaboração da Carta de São Francisco muito embora tenha atuado

²⁸³ Ibidem

²⁸⁴ HARDT, Michael; NEGRI; Antonio. *Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 04.

como consultor de alguns dos delegados.²⁸⁵ Chegou portanto a editar uma análise crítica sobre a Carta de São Francisco onde expõe suas idéias sobre a recém criada Organização das Nações Unidas.²⁸⁶ Estes elementos levam a crer que Kelsen influenciou na conformação do direito internacional contemporâneo, mas não que necessariamente seja o teorizador do sistema das Nações Unidas.

Martti Koskenniemi destaca o período entre 1870 e 1960 como informado por duas instituições: as rupturas com os períodos anteriores protagonizadas na segunda metade do século XIX e a emergência de uma nova consciência profissional no campo verificada em particular no comportamento interno do Institut de Droit international²⁸⁷ no qual percebe existir a concepção que a consciência jurídica do mundo civilizado deveria depender de o que ocorresse em suas sessões²⁸⁸. A partir de 1960, a visão de um federalismo orientado pelo direito internacional público como um instrumento de reforma liberal-humanitária perde força para novos desafios nas relações internacionais: o progresso tecnológico, a expansão das organizações internacionais, a guerra fria e a descolonização.

²⁸⁵ “Al celebrarse, em 1945, en San Francisco la conferencia que habría elaborar la Carta de las Naciones Unidas no se pidió la colaboración de Kelsen. La unica explicación de ello es que lo jefe de la delegación americana encargada del proyecto de la carta, Leo Pasvolksy, habia contestado ya a las sugerencias que habia hecho Kelsen em Washington sobre el particular, diciendo que el particular, diciendo que él, no concedia mucho valor a las ‘legalistic technicalities’! De todas formas, varios miembros de diversas delegaciones se dirigieron privadamente a Kelsen para pedir um consejo profesional. Así, Roland Lebeau, de Belgica, Eelco N. van Kleffens, de Holanda, y Vladimir Vochoc, de Checoslovaquia, recibieron el consejo desinteessado de Kelsen.” (MÉTAL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen, vida y obra*. Traducción del alemán de Javier Esquivel. Mexico: Istituto de Investigaciones Jurídicas, 1976. pp. 85-86)

²⁸⁶ Kelsen reconhece no prefácio da ‘The Law of Nations’ que separação entre direito e política ocorre na medida em que o direito é uma técnica específica para a obtenção daquilo que é determinado pela política. Em alguns tópicos como as responsabilidades primárias das grandes potências e democracia internacional Kelsen levanta algumas críticas e avalia que o projeto de São Francisco superava o da Liga das Nações. Registrou que as decisões no âmbito do Conselho de Segurança iriam acabar com o impasse na Assembléia Geral da Liga das Nações e que a necessária unanimidade entre as grandes potências –materializada no poder de veto – afastava a tendência ao clientelismo de pequenas nações. (KELSEN, *The law of the United Nations*: op. cit.,p. 272 ss).

²⁸⁷ KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law, 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 5

²⁸⁸ Ibidem, p. 511.

Koskenniemi fala de um novo período onde o direito internacional é chamado a dialogar em particular com a história, com a cultura e com o pensamento político. Os comentários de Galindo sobre o 'historiographical turn' proposto pela obra 'The Gentle Civilizer of Nations' avaliam que a historiografia representa uma parte significativa do pensamento crítico e pode ser observada dentre diversos movimentos intelectuais.

"Such movements share, for example, the perception that the historical and cultural conditions upon which the theories drew, and still draw, should be investigated, as well as a common attitude of constant re-evaluation of the constitutive categories and the conceptual structures on which an understanding of the theories is based."²⁸⁹

O comentário de Galindo expressa o sentido das rupturas observadas por Koskenniemi no Institut de Droit international, a saber, a necessidade de reavaliação das categorias nas quais as estruturas das teorias estão baseados. A teoria pura do direito de Hans Kelsen é um exemplo de teoria jurídica referente à primeira metade do século XX à qual a crítica de Koskenniemi pode ser aplicada.

Sobre o direito internacional na contemporaneidade, Koskenniemi afirma que a partir de 1960 a visão de um espaço social único do direito internacional foi substituído por um entendimento fragmentado do mundo aonde novas configurações de espaço e tempo são completamente misturadas entre o que é particular e o que é universal. Hoje em dia a questão não é sobre o quão cosmopolita se é mas sim sobre qual forma de cosmopolis deveria se preferir. Cita os conflitos entre interesses globais e privados, de regimes globais e do cyberespaço, entre Nokia e Microsoft, entre confidencialidade e a atuação da CIA e do Pentágono.²⁹⁰ O quarto capítulo desta tese trabalha com estas características framentadas do direito internacional e

²⁸⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law. In: *The European Journal of International Law Vol.16 no.3*. Disponível em: <http://www.ejil.org>. acesso em: outubro de 2008.

²⁹⁰ KOSKENNIEMI, op. cit., p.515.

pergunta em que medida é possível haver critérios de legitimidade do direito internacional.

A partir da segunda metade do século XX o direito internacional diversifica-se e a ordem jurídica internacional comporta não somente mais Estados como também Organizações Internacionais como sujeitos de direito internacional. O direito internacional também mais intensivamente volta-se à proteção do homem mais que em épocas passadas e evolui autonomamente enquanto sistema fora do ambiente intelectual europeu.²⁹¹ Esta última seção relativa ao resgate de elementos da história do direito internacional serve tão simplesmente como uma conexão com a resposta do positivismo jurídico à questão da legitimidade e das normas internacionais a partir da ruptura de John Austin com as teorias jusnaturalistas. Elementos do direito contemporâneo serão resgatados no quarto capítulo desta tese como exemplos ilustrativos de características do direito internacional contemporâneo que atingem a questão da legitimidade.

2.5.1 Ciência jurídica: progresso e concorrência de programas

Ao longo do século XX fica caracterizada em determinados campos do conhecimento a busca pelo rigor científico capaz também de conferir a um campo teórico específico objeto e metodologia próprios. Estes esforços procuram claramente evidenciar uma área do conhecimento como um domínio distinto. Dois exemplos podem ser mencionados e que possuem relação com o objeto deste trabalho: a 'Reine Rechtslehre' (traduzida como teoria pura do direito) de Hans

²⁹¹ ZIEGLER, op. cit., p. 294.

Kelsen, publicada em 1934 e a 'Theory of International Politics' (traduzida como Teoria de Relações Internacionais) publicada em 1979 de Kenneth Waltz.²⁹²

A gradual consolidação do campo das ciências jurídicas conferiu à área objeto, métodos e mesmo uma linguagem própria. Isto não significa, contudo que os conceitos de norma e mesmo a compreensão do que sejam ciências jurídicas sejam consensuais. As posteriores considerações procuram evidenciar que diferentes sistemas teóricos jurídicos possuem diferentes respostas para questão da legitimidade e o sistema kelseniano também possui esta característica.

Quando este trabalho utiliza a terminologia 'direito internacional' refere-se ao campo teórico e político do direito internacional público tendendo à terminologia direito internacional geral. Esta afirmação implica em uma série de conseqüências e opções metodológicas as quais se pretende que sejam claramente compreendidas. Dividem-se as distinções mais significativas nos seguintes tópicos: a) Direito Internacional Público enquanto disciplina distinta; b) a dimensão teórica e política do Direito Internacional Público, e; c) Direito Internacional Público Geral enquanto subdivisão do Direito Internacional Público.

²⁹² A comparação entre os textos mencionados revela a proximidade do propósito científico. A este respeito: "(...) ein Blick auf die traditionelle Rechtswissenschaft, so wie sie sich im Laufe des 19. und 20. Jahrhunderts entwickelt hat, zeigt deutlich, wie weit diese davon entfernt ist, der Forderung der Reinheit zu entsprechen. In völlig kritikloser Weise hat sich die Jurisprudenz mit Psychologie und Biologie, mit Ethik und Theologie vermengt. Sie (n.a. Die Reine Rechtslehre als Theorie) will die rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien. Das ist ihr methodisches Grundprinzip. (KELSEN, op. cit., p. 15). No mesmo sentido: "Reflecting on theories that follow the general-systems model, we concluded at once that international politics does not fit the model closely enough to make the model useful and that only through some sort of systems theory can international politics be understood. To be a successful theory has to show how international politics can be conceived of as a domain distinct from the economic, social, and other international domains that one may conceive of." (WALTZ, Kenneth N.. *Theory of International Politics* (1979). London: Routledge, 1991. p. 78). Procura-se evidenciar nas passagens selecionadas a tentativa de delimitação de um domínio científico distinto, com metodologia e objeto próprios também distintos de outros campos do conhecimento.

Primeiramente, o Direito Internacional Público distingue-se de Direito Internacional Privado²⁹³ como também do Direito Comunitário e da Integração²⁹⁴ e mais ainda do direito transnacional ou global.²⁹⁵ Os conceitos mencionados não se referem somente a diferentes campos disciplinares (como é o caso objetivo do Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direito Comunitário e da Integração), mas também às utilizações no campo científico que embora correlatas ao papel de normas na sociedade internacional não dizem respeito à mesma ordem de fenômenos (conforme o caso do direito transnacional). A intersecção entre estes campos disciplinares faz com que as considerações desta tese não se apliquem exclusivamente ao Direito Internacional Público.

Mesmo Hans Kelsen não oferece uma definição do que seja o direito internacional. No subtítulo 'Definition of International Law' da obra 'Principles of International Law' de 1954 o jurista inicia a tentativa de definição – a qual não conclui – expressando a dificuldade de delimitar a esfera material de validade do direito internacional já que ela é ilimitada e, conseqüentemente, fica impossível definir o

²⁹³ O Direito Internacional Privado – Dip é uma disciplina que possui por objeto resolver o conflito de normas no espaço muito embora esta seja uma definição geral e restrita já que o Dip inclui em seu campo de estudo, dentre outros, a lei do estrangeiro o direito comparado e os pedidos de assistência jurídica internacional. O 'espaço' mencionado na definição é o território que encerra a jurisdição de determinado Estado soberano. Logo o Dip aplica-se aos casos específicos onde haja dúvida quanto à aplicação de normas jurídicas de diferentes Estados soberanos. Não obstante no campo doutrinário os objetos e as fontes não se confundam ocorre que há uma expressiva área de intersecção entre o Dip e DIP.

²⁹⁴ O Direito Comunitário e da Integração refere-se, principalmente, ao direito supranacional aplicável aos processos e integração econômica como União Européia, Mercosul, NAFTA, etc. A área adquiriu autonomia a partir de meados do século XX embora também tenha muitos elementos em comum com o Direito Internacional Público.

²⁹⁵ O direito transnacional não é uma disciplina autônoma no direito e sim um conceito utilizado com referência à 'lei global sem Estado'. O conceito de direito transnacional refere-se à outra ordem de fenômenos: ao desenvolvimento de uma lei global criada por si só, sem a interferência de Estados, a partir da atuação de vários setores da sociedade mundial e não restrita ao campo econômico. (cf. TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: Legal pluralism in the world society*. In: TEUBNER, G. (org.). *Global Law without a State*. Dartmouth Publishing Co. Ltd. Aldershot, 1997. pp. 03-28; e, TEUBNER, Gunter; FISHER-LESCANO, Andreas. *Regime-Collisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2006.). Este tipo de conceito também foi utilizado pela Comissão de Direito Internacional da ONU para expressar fenômenos legais contemporâneos: "A discussion of the extent to which new types of "global law" might be emerging outside the scope of traditional, State-centric international law would require quite a different type of exercise". (UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*. Approved in 13 April 2006. Parágrafo 490, pp. 248.)

direito internacional a partir de seu objeto. Já que cada assunto interno pode se tornar um assunto externo, critica os autores que definem o direito internacional como um sistema de normas que regula os assuntos externos dos Estados.²⁹⁶

Kelsen critica também a definição de direito internacional enquanto um direito entre Estados em função desta definição não se referir ao objeto específico do direito internacional, mas ao procedimento de sua criação. Assim, não existem, na opinião de Kelsen, matérias que não possam ser regulamentadas pelo direito internacional, mas existem matérias que podem ser regulamentadas somente pelo direito internacional como a limitação territorial da lei de determinado país, a celebração de tratados e o estabelecimento de tribunais internacionais.²⁹⁷

A perspectiva com que Kelsen finaliza o segundo capítulo do 'Principles of International Law' é bastante interessante: não define o que seja direito internacional não obstante confira-lhe uma função essencial: "the determination of the spheres of validity of national legal orders (legal existence of the state) by the international order."²⁹⁸ A função atribuída por Kelsen ao direito internacional é em parte uma definição funcional na qual o conceito de validade – o qual será retomado no capítulo terceiro é central. Interessante também é perceber um caráter de determinação na função essencial do direito internacional o que não é facultado, em última análise, somente à norma jurídica, mas à decisão jurídica conforme será comentado ao longo deste trabalho – em particular no quarto capítulo - fazendo referências à norma de reconhecimento em H. Hart, ao decisionismo em Carl Schmitt e ao subsistema de direito como autopoiético em Luhmann.

²⁹⁶ "It is impossible to define international law (as some writers do) as the system of norms regulating the external affairs of the states (...)" (KELSEN, op. cit., p. 201).

²⁹⁷ Idem, *Principles of International Law* (1952). Eighth printing. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2008.p. 202.

²⁹⁸ Ibidem, p. 203.

Quanto à dimensão teórica e política do direito internacional público pretende-se distinguir que normas internacionais são objetos de campo próprio de estudo que fazem parte da atuação científica do direito internacional. Estas mesmas normas possuem finalidades na sociedade internacional e, na medida de sua atuação, fazem parte da dimensão social e política do direito internacional. As áreas de atuação teórica, política e social são inter-relacionadas e não se confundem. Este trabalho preocupa-se estas dimensões na medida em que evidencia o esgotamento teórico da norma fundamental no positivismo jurídico kelseniano a partir de sua limitação para explicar a dinâmica de normas na sociedade internacional contemporânea.

A terminologia Direito Internacional Geral é encontrada na doutrina e nas fontes de Direito Internacional Público.²⁹⁹ A terminologia Direito Internacional Público Geral permite que a presente pesquisa trabalhe com normas mais universais do que particulares. Permite também que o argumento fique mais evidente; pois o consenso enquanto fator de legitimidade do direito internacional é mais denso nos tratados bilaterais os quais envolvem interesses mais específicos, negociações mais objetivas e menor amplitude de multiplicidade cultural do que nos tratados abertos,

²⁹⁹ Considerando que este trabalho possui por objeto a teoria legal formulada por Hans Kelsen alguns exemplos possíveis da utilização da terminologia são: “The general legal norms are created by custom – that is, by the habitual behavior of the individuals subjected to the law”; (KELSEN, *Collective Security under International Law* (1954). op. cit., p. 7) e “This is a norm of general international law, and general international law is created by custom constituted by acts of States”. (KELSEN, *General Theory of Law and State*. op. cit., p. 369). Em Hans Kelsen a terminologia ‘direito internacional geral’ é designada em referência à normas internacionais que destinam-se à sociedade internacional como um todo e em diversas passagens o autor conecta esta classificação à positividade do costume. Mesmo que estas não atinjam a totalidade da sociedade internacional, pois dependem normalmente do consentimento dos Estados segundo um rito constitucional específico, possuem objeto e alcance com caráter universal. No plano das fontes há referência ao direito internacional geral, por exemplo, na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, arts. 50 e 61: “Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)”. De qualquer forma há quem afirme que o ‘direito internacional geral’ é aquele direito válido dentre os sujeitos de direito internacional, particularmente universal, proveniente do costume e em contraste com o direito internacional particular que vincula uma parte dos sujeitos de direito internacional e o direito internacional regional o qual restringe-se à uma região geográfica determinada. (cf. VITZTHUM, Wolfgang Graf (Hrsg). *Völkerrecht*. 4 Auflage. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, 2007, p. 11).

multilaterais e universais. A opção por tratar do Direito Internacional Público Geral, contudo, é mais uma inclinação do que um recorte metodológico excludente.

Trabalhar dentro do campo teórico do Direito Internacional Público ou com o denominado Direito Internacional Público Geral não significa limitar-se às fontes convencionais de direito dispostas no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ou aos Estados e Organizações Internacionais enquanto únicos sujeitos de direito internacional. Procura-se trabalhar com o direito internacional numa perspectiva não-tradicional.³⁰⁰ A evolução do direito internacional demonstra que os sujeitos, as regras e também a questão da legitimação sofrem mudanças em virtude de diferentes contextos histórico-societários.

A tentativa de ‘purificação’ da ciência jurídica, ou seja, de identificação de um sistema conceitual que lhe caracteriza como área autônoma, diversa de outras ciências afins, delimita um sistema lingüístico e de significações a ser utilizado por uma comunidade científica de forma minimamente consensual. De outra forma a comunicabilidade científica e o diálogo entre pesquisadores não seria possível. Este esforço de purificação que pode ser identificado em outras áreas do conhecimento assume contornos particulares na teoria pura do direito de Hans Kelsen.

“Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.”³⁰¹

³⁰⁰ Não existe uma diferença doutrinária entre o direito internacional tradicional e o que não o é. O que se pretende expressar por uma ‘visão não tradicional’ é a que ultrapassa a doutrina consensual que possui limitações para explicar fenômenos como a atuação de atores transnacionais e a soft law. A este respeito há referência a esta diferenciação pela Comissão de Direito Internacional: “One aspect of globalization is the emergence of technically specialized cooperation networks with a global scope (...) that transgress national boundaries and are difficult to regulate through traditional international law.” (UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. Approved in 13 April 2006. Parágrafo 481, pp. 244).

³⁰¹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960), op. cit., p. 12.

Registre-se que a principal preocupação de Hans Kelsen com a proposta de uma Teoria Pura do Direito não diz respeito somente ao aspecto lingüístico, mas também ao metodológico. Ao criticar o desenvolvimento da ciência jurídica em particular nos séculos XIX e XX, Kelsen aduz que a ciência jurídica não pode confundir a jurisprudência com a psicologia, com a sociologia, com a ética e com a teoria política. Conseguir mediante abstração lógica separar os conteúdos próprios do direito daqueles que lhes são estranhos assume um conteúdo argumentativo central na Teoria Pura do Direito.

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.³⁰²

O esforço desta tese é também pontuado pela identificação da autolimitação que o método proposto por Kelsen se impõe. Se por um lado reconhece-se a necessidade de metodologias e sistemas conceituais próprios que permitam caracterizar uma ciência como autônoma por outro estes sistemas conceituais e métodos de investigação devem propiciar o avanço da ciência e não a limitação dos discursos teóricos a uma comunidade. Em outras palavras, discursos científicos não devem possuir significação e refutação no seio de uma comunidade isolada de pesquisadores.

O raciocínio desenvolvido até então conduz a um raciocínio também importante para o desenvolvimento dos argumentos deste trabalho. A ciência jurídica – pelo menos para Hans Kelsen - não se preocupa com a sistematização de fenômenos da realidade ou com a descrição de ‘verdades’ empíricas. A distinção entre direito e natureza, entre as ciências da natureza e as ciências sociais, se a

³⁰² Ibidem

ciência jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social e, por conseguinte, se o direito é um fenômeno natural ou social foram temas que Hans Kelsen fez questão de aprofundar na segunda edição da teoria Pura do Direito de 1961.³⁰³ Estes temas são resolvidos na teoria pura do direito a partir da concepção de sentido subjetivo e sentido objetivo do ato e sua auto-explicação.

Na verdade o indivíduo que, atuando racionalmente, põe o ato, liga a este um determinado sentido que se exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros. Este sentido subjetivo, porém, pode coincidir com o significado objetivo que o ato tem do ponto de vista do Direito, mas não tem necessariamente de ser assim. (...) Uma planta nada pode comunicar sobre si própria ao investigador da natureza que a procura classificar cientificamente. Ela não faz qualquer tentativa para cientificamente explicar a si própria. Um ato de conduta humana, porém, pode muito bem levar consigo uma auto-explicação jurídica, isto é, uma declaração sobre aquilo que juridicamente significa. (...) o conhecimento que se ocupa do Direito encontra já, no próprio material, uma auto-explicação jurídica que toma a dianteira sobre a explicação que ao conhecimento jurídico compete.³⁰⁴

Já que a ciência jurídica não é a princípio comprometida com a verdade objetiva, ou seja, com o estudo empírico de objetos ou a extração de verdades a partir da análise da natureza, como os programas de pesquisa concorrentes em ciências jurídicas podem progredir? Considerando que o direito é um ato subjetivo, que se auto-explica e que pode ou não coincidir com um significado objetivo, a relação entre filosofia da ciência e ciência jurídica ganha significação na medida em que é posta a pergunta de como se dá a dinâmica entre programas de pesquisa ou teorias concorrentes na ciência jurídica.

O progresso da ciência depende de programas concorrentes. Segundo o racionalismo crítico de Popper e Lakatos o abandono de um programa de pesquisa ocorre quando existe uma alternativa melhor; quando a concepção de que fatos em

³⁰³ “Las nociones básicas de la teoría pura han sido refinadas y replanteadas de manera de superar malentendidos a los cuales daban origen a las formulaciones de la primera edición. En la presente edición merece destacar el esfuerzo de Kelsen por distinguir la ciencia del derecho e la ciencia natural no exactamente como mundos distintos el uno del otro, sino, simplemente, como dos diferentes unidades de consideración científica.” (SALMORÁN, Rolando Tamayo. Presentación. In: KELSEN, op. cit., p. 6)

³⁰⁴ KELSEN, op. cit., pp. 2-3.

conflito com uma teoria são suficientes para que ela seja rechaçada, o que normalmente acontece num processo temporal extenso. A falseabilidade de um programa de pesquisa ou uma teoria no plano jurídico possui certas particularidades distintas da concorrência observada nos programas das ciências naturais.

Os programas de pesquisa no campo das ciências jurídicas em parte descrevem a práxis jurídica da sociedade, por exemplo, a análise de decisões jurídicas e em parte ocupam-se de respostas normativas e teóricas ao mundo social. Desta realidade decorre que a concorrência entre programas científicos no campo do direito dá-se não somente no sentido da falseabilidade, mas também no sentido da predição e da eficiência das respostas que dada teoria oferece à sociedade. Neste sentido que os cientistas tendem a aderir aos programas progressivos.³⁰⁵

Aprofundar a relação entre filosofia da ciência e ciência jurídica seria descabido neste trabalho. Estas breves considerações fazem parte de um conjunto de referências necessárias para o desenvolvimento dos argumentos desta tese como um todo em pelo menos três sentidos. O primeiro diz respeito à caracterização do direito no mundo da ciência e ao progresso científico e societário que não poderiam deixar de ser mencionados. Segundo, porque no segundo capítulo enfatiza-se a relação entre a práxis do direito e a teoria produzida em dado período histórico a fim de evidenciar que o discurso teórico do direito e a práxis jurídica possuem relações de mútua conformação societária. Juristas descrevem o direito de seu tempo mas também podem criar soluções 'ex nihilo'³⁰⁶ e, neste processo de

³⁰⁵ "Como se sucedem as revoluções científicas? Se houver dois programas de pesquisa rivais e um deles progride, enquanto o outro degenera, os cientistas tendem a aderir ao programa progressivo. Esta é a explicação das revoluções científicas" (LAKATOS, *La metodología de los programas de investigación científica*. Madrid: Alianza, 1989, p. 15)

³⁰⁶ "(...) von u.a. Carl Schmitt der juristischen Elite vorbehaltene Alternative entscheidet sich dafür, die Entscheidung als Willensakt zu konzipieren, dessen Inhaltsbestimmung normativ einer creatio ex nihilo entspricht." (FISCHER-LESCANO, Andréas; CHRISTENSEN, Ralph. Auctoritatis Interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie. In: *Der Staat. Zeitschrift für*

composição teórica e dogmática teorias são superadas por outras que possuem maior potencial científico. O terceiro sentido é justamente o do fornecimento de argumentos para reforçar a hipótese que a norma fundamental internacional no positivismo jurídico kelseniano, enquanto fundamento de legitimidade de normas internacionais, é passível de refutação. Isto diz respeito na terminologia de Lakatos à refutação de parte do núcleo firme da teoria pura do direito.³⁰⁷

A distância entre a ciência do direito e a empiria, ou entre a dogmática e a práxis, é particularmente uma opção metodológica da teoria do positivismo jurídico. É o que Hans Kelsen denomina de 'direito enquanto direito' como algo distinto de fenômenos relacionados com a norma ou com a jurisdição do direito. O direito é auto-referenciado e auto-relacionado. A denominada autonomia do direito significa um isolamento do direito mesmo da sua ambientação contingente factual que diz respeito aos fatores sócio-culturais e histórico-econômicos.

Isto ocorre porque uma norma jurídica possui validade dentro de um ordenamento jurídico que lhe confere existência e com o qual possui uma relação de pertencimento.³⁰⁸

Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht. Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 2005. pp. 214-215.

³⁰⁷ "A própria ciência como um todo pode ser considerada um imenso programa de pesquisa com a suprema regra heurística de Popper: arquitetar conjecturas que tenham maior conteúdo empírico do que as suas predecessoras" (LAKATOS, I. O falseamento e a metodologia dos programas de pesquisa científica. In: LAKATOS, I.; MUSGRAVE, A. (org). A crítica e o desenvolvimento do conhecimento. São Paulo: Cultrix, 1979. p. 162). "O núcleo firme é convencionalmente aceito e, portanto irrefutável por decisão provisória." (LAKATOS, I. History of science and its rational reconstruction. In: HACKING, I. (org). *Scientific Revolutons*. Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 116)

³⁰⁸ Estes pontos são ressaltados por Matthias Jestaedt nos comentários da primeira edição da Teoria Pura do Direito de 1934 e reafirmados pelo próprio Kelsen nas edições posteriores como a segunda edição de 1960 e na Introdução à teoria pura de 1961. (cf. KELSEN, Hans. *Introducción a la Teoria Pura del Derecho* (1960). 3ª. Edición revisada y corregida. México: Universidad Autónoma del Mexico, 2002. pp. 63 ss e KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (1960). 6. ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. A este respeito transcreve e alguns dos comentários de Matthias Jestaedt que basearam as opiniões escritas no parágrafo em referência: "Recht ist also selbstbezüglich oder auch autoreferenziell. (...) Dabei geht es zunächst darum, das (positive) Recht als eigenständige, von allen anderen faktischen wie normativen Phänomen sich unterscheidende geistige, genauer: normative Entität darzustellen. Nicht um die historische oder die

A prescindibilidade que a ciência jurídica possui da validação científica enquanto adequação entre os discursos teóricos e realidade é um tema controverso. É logicamente defensável que à ciência jurídica não importe a sistematização da realidade já que a natureza mesma do direito é ordenar as relações sociais e não compreendê-las. É neste sentido que a ciência jurídica é uma ciência normativa; não somente no sentido de possuir regras metodológicas rígidas, mas no sentido de ser uma ciência deontológica e não ontológica.

A descrição dos fatos ocorridos nos autos de um processo, o caráter probatório nos procedimentos judiciais, a veracidade dos fatos narrados por uma testemunha ou mesmo a realidade social que motiva a atividade legiferante são elementos da ciência jurídica que dizem respeito à necessidade da adequação dos fatos à estrutura lingüística ou as sistemas narrativos e conceituais. Contudo, à ciência jurídica enquanto sistematização teórica importa mais a transformação e o modelamento das relações sociais do que a descrição destas.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.³⁰⁹

politische, die ökonomische oder diesoziale, die moralische oder die psychische Qualität von Recht geht es, eben 'eigensetzliche' dimension des Rechts. (...) Die autonomie des Rechts heist 'lediglich', dass es das Recht selbst ist, das abschliessend bestimmt, wie sich äussere, also rechsexogene Einflüsse im Recht selbst auswirken." (cf. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). Studienausgabe der 1 Auflage 1934. Herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. pp. XXV). Assinala-se que algumas particularidades da língua alemã dificultam a tradução literal de algumas passagens. A este respeito, as particulas 'auto', 'selbst' e 'eigen' normalmente traduzem-se para o português como 'auto'; por isso, 'selbstbezüglich' e 'autoreferenzel' traduzem-se respectivamente por autorelacionado e autoreferencial mas outras traduções poderiam ser possíveis. Assim também a palavra autonomia que é importante neste contexto, pode ser encontrada na língua alemã como 'Autonomie', 'Eigengesetzlichkeit' ou mesmo 'Selbständigkeit'. É difícil precisar se Hans Kelsen utilizava não poucas vezes num mesmo tópico palavras diferentes para explicar diferentes ordens de fenômenos ou como recurso estilístico no sentido de não repetir os mesmos conceitos. Ao longo da presente pesquisa constatou-se que nenhum dos dois possíveis motivos prevalece sobre o outro.

³⁰⁹ KELSEN, op. cit., p. 12.

A este respeito, na introdução do ‘The law of United Nations: a critical analysis of its fundamental problems’, Kelsen oferece elementos para a compreensão da diferença entre política e direito sob a perspectiva das relações internacionais. É interessante observar que nesta obra escrita em 1950, entre as duas edições da Teoria Pura do Direito (1934 e 1961), Kelsen admite que lidando com questões legais a eliminação dos assuntos políticos envolvidos é sempre relativa, nunca absoluta.

O contexto em que estas considerações são escritas é particular. Cinco anos antes Kelsen havia afirmado no *General Theory of Law and State* que o direito internacional é em aspectos técnicos um direito primitivo que opera numa ordem jurídica descentralizada e por isso o ato coercitivo é reservado à comunidade.³¹⁰ Já em 1950³¹¹ argumentaria pelas responsabilidades primárias das grandes potências enquanto justificativa para o direito ao veto. Estes fatores específicos propiciam que as primeiras considerações de seus comentários à Carta as Nações Unidas sejam sobre a relação entre direito e política:

“This book is a juristic – not a political- approach to the problems of the United Nations. It deals with the law of the Organization, not with its actual or desired role in the international play of powers. Separation of law from politics in the presentation of national or international problems is possible in so far as law is not an end in itself, but a means or, what amounts to the same, a specific social technique for the achievement of ends determined by politics. (...) Juristic in contradistinction to political has the connotation of technical. It is not superfluous to remind the lawyer that as a jurist he is but a technician whose most important task is to assist the law-maker in the adequate formulation of the legal norms.”³¹²

³¹⁰ Idem, *Teoria geral do direito e do Estado* (1945). São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 481.

³¹¹ Este comentário revela a relação entre poder e norma estabelecida no Conselho de Segurança para a qual a teoria pura do direito parece não possuir respostas: “The privileged position which the Charter grants the five great powers in conferring upon each of them a permanent seat in the Security Council and the veto right is justified in the Statement of the Four Sponsoring Powers by their ‘primary responsibilities’. (...) even the Cuban representative who was against the veto right as he permanent members of the Security Council admitted that ‘the responsibility of the great powers surpassed that of other powers’. This may be true from a political point of view. Legally the five privileged powers have no other duties or responsibilities than all the other Members of the United Nations.” (KELSEN, *The law of the United Nations* op. cit., p. 272).

³¹² KELSEN, *The law of the United Nations*: op. cit., p. xiii.

Em função do reconhecimento do papel da política em relação ao direito é possível afirmar que Kelsen não fez uma ‘Teoria Pura do Direito’ mas sim uma ‘Teoria do Direito Puro’. Não é acertado afirmar que Kelsen sustentara uma teoria jurídica na qual a norma fosse imune à influência política. A leitura de sua obra em conjunto afasta esta interpretação. Kelsen propõe um método que permite isolar – ainda que o campo da abstração - o objeto de análise da ciência jurídica: a norma jurídica.³¹³

A idéia que às ciências jurídicas cumpre responder o que é direito não impede que a atividade científica tenha um caráter de previsibilidade. Na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, amparado nos postulados de Cardozo, Kelsen conclui que existe certo caráter de previsibilidade na ciência jurídica. Cardozo, como Huxley, considera a regra de Direito como um tipo de lei da natureza.³¹⁴ Assim como um cientista da natureza que, do estudo do particular chega a determinadas leis gerais, sendo capaz de prever o comportamento de uma determinada espécie ou objeto; a ciência jurídica pode estabelecer determinadas regras gerais e ontologicamente lógicas que mesmo se deparadas com um sistema jurídico diverso, poderiam ser previsíveis.

(...) o Direito que veio a existir por meio de um ato de livre criação também é direito, apesar de ser evidentemente um Direito imprevisível. Esse Direito também é um objeto da ciência do Direito, e um muito importante, senão o mais importante, já que todas as regras gerais do Direito estatutário ou do consuetudinário, e uma parte considerável do direito criado por juiz, são produto da livre criação e, portanto, imprevisíveis. Apenas caso se restrinja a visão de Direito à atividade ordinária dos tribunais, ou seja, a sua função aplicadora de Direito, é que se pode ser levado à definição da ciência do Direito - não do Direito - como uma ciência de previsão.³¹⁵

³¹³ O trocadinho não é original do autor desta tese. A frase “Kelsen, em última análise, não propõe uma ‘Teoria Pura do Direito, mas sim uma Teoria do Direito Puro” é de autoria do Prof. Dr. Rudolf Wiethölter (célebre pelo uso de trocadilhos em suas reflexões). A frase foi proferida durante o Seminário “Urteilen/Entscheiden” no semestre e inverno de 2008-2009 na Universidade de Frankfurt am Main.

³¹⁴ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 242.

³¹⁵ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado* (1945). op. cit., p. 244.

O direito enquanto livre criação de normas em diferentes contextos sociais não é previsível. Por outro lado, na ótica de Kelsen, se se reduz o direito à aplicação de normas existentes então a ciência jurídica possui caráter preditivo. A redação da citação sugere que Kelsen compreendia a atividade judiciária como mera aplicadora do direito ao que reconhecia que o direito não se restringe à atividade dos tribunais. A passagem em questão revela um aspecto importante da teoria legal de Kelsen: a possibilidade de o direito ser criado pelo juiz. A este respeito, tema é interessante lembrar que a decisão jurídica e em especial a decisão em matéria constitucional foi uma das controvérsias entre Hans Kelsen e Carl Schmitt³¹⁶. Fica, por enquanto, o registro, no teor da descrição acerca da metodologia empregada pelo positivismo jurídico que há espaço para a decisão enquanto fonte de direito, tema este que será resgatado em particular no capítulo IV.

No Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, de 1911, que é considerada a primeira obra teórica representativa de Hans Kelsen,³¹⁷ a questão do método aparece como central para a autonomia científica muito embora reconheça que existam campos de intersecção entre os métodos, a exemplo do jurídico e do sociológico. Descreve que, de forma muito

³¹⁶ Kelsen se opõe ao artigo de Schmitt 'A defesa da Constituição', publicado em 1931, o qual defendia o poder neutral e o presidente do Reich como defensor da Constituição, publicando no mesmo ano 'Quem deve ser o guarda da Constituição?', no qual defende um Tribunal Constitucional. Sobre as distintas opiniões de Kelsen e Schmitt sobre poder constituinte e democracia consultar: LINDAHL, Hans. Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an ontology of Collective Selfhood. In: WALKER, N.; LOUGHLIN, M. (orgs.). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007 e o texto 'Foundations of Democracy', de 1955 na obra KELSEN, . *Verteidigung der Demokratie*. op. cit., p. 96-99 e 292. Sobre o caráter decisionista em contraposição ao normativista consultar: SCHMITT, *Über die Drei Arten des Rechts-Wissenschaftlichen Denkens*. op. cit.,. Sobre algumas das disputas constitucionais no plano doutrinário: SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928). op. cit., pp. 252

³¹⁷ Em 1911 Hans Kelsen alcançou sua 'habilitação' para ministrar a disciplina de Direito do Estado e Filosofia do Direito na Universidade de Viena com o escrito em referência, o qual foi publicado no mesmo ano. (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., pp. LXIII). As referências utilizadas nestas considerações fazem parte de um texto revisado de uma Conferência pronunciada no inverno de 1911 na Soziologische Gesellschaft em Viena, baseada em passagens do 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre' e publicado no México em 1989. (CORREAS, Óscar (compilador). *El Otro Kelsen*. Mexico: Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 1989. pp. 283-319)

especial, dentro do amplo círculo das ciências sociais, existem regiões nas quais as disciplinas se tocam, se entrecruzam, sem que haja limites naturais que separem uma região da outra.³¹⁸ Por outro lado, a oposição entre ser e dever - ser embasa a divisão entre disciplinas explicativas e normativas e entre ciências causais e normativas.³¹⁹

Característica semelhante à do positivismo jurídico de isolar a norma dos elementos sociológicos, morais e econômicos, pode também ser percebida na obra de Niklas Luhmann. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann compreende o direito como autopoiético, ou seja, o direito é um sistema normativo fechado capaz de produzir normas por si só. A capacidade autopoiética do sistema jurídico ocorre assim que nele é introduzido um sistema organizado de decisões.³²⁰ Assim, na teoria dos sistemas o sistema do direito e o sistema da sociedade podem ser diferenciados, pois o do direito é um subsistema do sistema social.³²¹ Argumenta ainda que se o direito, a economia e a política não se diferenciam então o direito fica sem defesa contra a corrupção e o poder da pressão de atores privados.³²² Isto não

³¹⁸ KELSEN, Hans. Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico. (1911) In: CORREAS, op. cit., p. 284.

³¹⁹ Exemplifica que fazem parte as ciências causais as ciências naturais e também as ciências históricas e dentre as disciplinas normativas encontram-se a ética, a lógica e a gramática. (KELSEN, Hans. Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico. (1911) In: CORREAS, op. cit., p. 289)

³²⁰ "Autopoiesis bedeutet nicht totale Abschliessung des Rechts gegenüber der Gesellschaft, sondern ist blosse Voraussetzung dafür, dass es überhaupt ein ausdifferenziertes Rechtssystem gibt. (...) Sobald ein organisiertes Entscheidungssystem im recht institutionalisiert ist, kann nur noch in diesem festgelegt werden, was in einem offiziellen Sinne Recht ist (normative Geschlossenheit)." (CALLIESS, Graf-Peter. Systemtheorie: Luhmann/Teubner. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006. pp. 61 e 64).

³²¹ "Systemtheoretiker gehen im allgemeinen davon aus, dass man zwischen Rechtssystem und politischen System unterscheiden müsse. Es handele sich um verschiedene Subsysteme des Gesellschaftssystems. Dies gilt erst recht, wenn man das Konzept der Autopoiesis akzeptiert und auf der Autonomie und historischen Individualität aller Sozialsysteme besteht." (LUHMANN, N.. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995. p. 407.

³²² "Solange Wirtschaft, recht und Politik nicht ausdifferenzierung sind, bleibt das recht wehrlos gegenüber jeder Form politischen Terrors, politischer Korruption und privater Pressionmacht." (CALLIESS, Graf-Peter. Systemtheorie: Luhmann/Teubner. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, op. cit., p. 65). Calliess faz um resumo eficiente de LUHMANN, op. cit., pp. 470-471.

invalida que existam pontos de intersecção entre direito e política que é o que ocorre na Constituição.³²³

A diferenciação entre os campos do direito, da política e da economia em Kelsen e Luhmann possui contextos teóricos distintos. Em Kelsen dá-se por uma questão de pureza de método e isolamento do objeto de uma área científica distinta. Em Luhmann são diferentes (sub) sistemas dentro do sistema social. Além da diferenciação clara entre direito e política, existem outras questões teóricas que permitem a conexão entre Hans Kelsen e Niklas Luhmann. Um exemplo é a unidade do sistema de direito. Neste caso a unidade para Luhmann é a identidade do sistema de direito que reúne todas as comunicações de direito (código legal/não-legal) em uma unidade capaz de reduzir a complexidade nas comunicações entre instituições e organizações.³²⁴ Em Kelsen a unidade do sistema jurídico possui outra natureza; diversas normas válidas compõem um escalonado num único ordenamento jurídico em função de uma norma fundamental.³²⁵

Em função destas comparações há quem entenda que a teoria pura do direito possa ser compreendida como uma forma prévia (Frühform) da teoria dos sistemas de Luhmann.³²⁶ Esta é também uma razão para a inclusão de Luhmann

³²³ "Recht und Politik koppeln sich dann über das Institut der Verfassung." (CALLIESS, Graf-Peter. Systemtheorie: Luhmann/Teubner. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006. p. 65.)

³²⁴ "Aus ähnlichen Gründen beschreibt sich auch das Recht selbst als Handlungssystem. Kommunikationen, die sich am Code Recht/Unrecht orientieren, können von jedermann zu jeder Zeit und jeder Ort vorgenommen werden. Die Grenzen des Rechts als Menge aller Rechtskommunikationen verlaufen damit quer zu allen Institutionen und Organisationen. Das Rechtssystem reduziert diese Komplexität, indem es seine tatsächliche Einheit (alle Rechtskommunikationen) verkürzt als Handlungssystem beschreibt (Identität)." (CALLIESS, Graf-Peter. Systemtheorie: Luhmann/Teubner. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006. p. 62)

³²⁵ "Eine Vielheit von Normen bildet eine Einheit, ein System, eine Ordnung, wenn ihre Geltung auf eine einzige Norm als letzten Grund dieser Geltung zurückgeführt werden kann. Diese Grundnorm konstituiert als die gemeinsame Quelle die Einheit in der Vielheit aller eine Ordnung bildenden Normen." (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 73.)

³²⁶ No prefácio da primeira edição da Teoria Pura do Direito o professor Dr. Mattias Jestaedt, da Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, escreve: "Wissenschaftstheoretisch mutet das

neste debate específico. Ocorre que as diferenças teóricas entre os sistemas de Luhman e Kelsen não permitem que a teoria pura do direito possa ser considerada uma forma prévia da teoria legal de Luhman e quanto mais da teoria dos sistemas. As teorias possuem campos diversos: a teoria pura do direito é uma teoria exclusivamente jurídica e a teoria dos sistemas uma teoria societária e que, enquanto tal, atinge também o campo jurídico. Em Kelsen existe um sistema normativo autônomo e em Luhman o direito é um sistema autopoietico. A identificação entre autodeterminação e autopoiese pode gerar a comparação equivocada entre as teorias em questão.³²⁷

A concepção teórica relativa ao direito enquanto objeto a ser conhecido é um fenômeno que avança notavelmente no século XX e o desenvolvimento gradual do positivismo jurídico é um esforço destacado neste movimento. Antes deste período podem-se identificar ou reconhecer sistematizações discursivas referentes à moral, à lei, à justiça, à positivação, ao papel do Estado, legislação e justiça.

A fim de esclarecer em que medida a norma fundamental exerce a função de legitimação na teoria pura do direito a primeira parte deste capítulo procurou destacar a questão da legitimidade e os elementos formadores da noção teórica da grundnorm. Estes argumentos farão mais sentido a partir da compreensão dos capítulos subsequentes. Cumpre ainda dentro deste capítulo descrever o itinerário

Kelsenche Konzept wie eine Früform der Luhmannschen Systemtheorie an" (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. XXIX.)

³²⁷ A passagem em referência onde há possibilidade de equívoco é a seguinte: "Sieht man inds näher zu, so spielt der Gedanke der Eigengesetzlichkeit, die man ebenso gut als Eigenrationalität, Eigenlogik oder Eigenfunktionalität, als Selbstand (Autonomie), Selbstbestimmung (Autopoiesis) oder Selbstbezüglichkeit (Autoreferencialität) bezeichnen könnte, nicht nur für das Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft die zentrale Rolle, sondern auch für die Rechtswissenschaft selbst." (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. XXVII.) No excerto, o professor Jestaedt parece conferir a mesma significação de autodeterminação à autopoiese. Autopoiese, em geral, significa a capacidade autocriadora, da junção das palavras gregas auto (próprio) e poiesis (produção). Autodeterminação por sua vez significa por vontade, iniciativa própria.

do positivismo jurídico dentro do campo da história das idéias. A segunda parte do segundo capítulo presta-se também para evidenciar que o positivismo jurídico enquanto corrente teórica possui diferentes perspectivas metodológicas e diferentes agendas de pesquisa concorrentes.

A questão da legitimidade pode sofrer diferentes aproximações dependendo dos conceitos no plano jurídico. As noções de norma, sistema e validade, por exemplo, influenciam decisivamente no modo como uma teoria jurídica cuida da questão da legitimidade. A atenção a este raciocínio é decisiva para a observação da questão da legitimidade no positivismo jurídico e em particular na teoria jurídica kelseniana.

Em termos de história das idéias, este capítulo parte de elementos da história do direito internacional em direção ao papel do positivismo jurídico enquanto resposta teórica, no plano jurídico, às questões jurídicas principalmente (enquanto consolidação de discursos teóricos) a partir do começo do século XX. A segunda parte deste capítulo possui duas características nos termos da organização do raciocínio: continuidade e ênfase. Continuidade porque o positivismo jurídico encontra-se no contexto dos elementos da história do direito internacional e ênfase porque no século XX existem muitas outras vertentes teóricas que poderiam ser mencionadas. O terceiro capítulo observará também a teoria pura do direito sobre o viés da história das idéias a partir do foco cada vez mais direcionado na teoria jurídica de Hans Kelsen, mencionando, por exemplo, o papel dos círculos intelectuais de Viena e do neo-kantianismo. As linhas subsequentes no entanto dedicam-se à corrente do positivismo jurídico em termos gerais.

2.5.2 *Positivismo jurídico: o itinerário das idéias*

As ciências humanas no século XX lucraram significatvo avanço. As questões sobre o método, as imagens do homem, as teorias do Estado e da sociedade e as conjecturas sobre a história humana são problemas típicos da tradição da pesquisa filosófica deste período. No que se refere às ciências jurídicas, pode-se dizer que o rigorismo científico e a sistematização foram seus pontos de avanço.

A obra de Hans Kelsen é representativa deste período tanto por apresentar elementos do paradigma da produção das ciências jurídicas do século XX como também por dedicar-se à teorização do Estado, do direito, da atividade jurisdicional, etc. Para compreender a obra de Kelsen é necessário identificar as vertentes teóricas que predominavam na produção doutrinária: (a) o jusnaturalismo; (b) o positivismo jurídico e; (c) o realismo jurídico.

O jusnaturalismo é a escola mais antiga e defende que uma lei só é válida se for justa: se não for justa, *non est lex sed corruptio legis* (não é lei mas sim corrupção da lei). A genética remissiva do direito natural é tributária de uma lista de nomes que incluem Cícero, Agostinho, Isidoro de Sevilha (o autor da célebre reflexão ‘Quem senão Deus inscreveu a lei natural no coração dos homens?’), Tomas de Aquino, Hugo Grocio, Francisco de Vitória e Francisco Suárez Um dos representantes mais significativos do junaturalismo no século XX foi *Gustav Radbruch* (1878-1949), jurisconsulto e teórico que perdeu a cátedra durante o regime de Adolf Hitler. O problema de fundo do jusnaturalismo é trazer para o debate jurídico a relação entre direito e justiça.³²⁸

³²⁸ “Nur die Moral vermag die verpflichtende Kraft des Rechts zu begründen.” (RADBRUCH, Gustav. Rechtsphilosophie: Studienausgabe (1932). Dritte ganz neu bearbeitete und stark vermehrte Auflage.

Gustav Radbruch³²⁹ afirma que até o início do século XIX toda a filosofia do direito era jusnaturalista. Isto significa que os juízos de valor fundamentavam-se em três fontes válidas e imutáveis: natureza, publicidade e razão as quais se expressavam pelo direito positivo.³³⁰ Afirma também que a partir de Kant o problema do direito passa ser também um problema da teoria do conhecimento e o direito da posição de resposta passa também a ser uma questão. Uma das últimas expressões do renascimento do iluminismo jurídico pós hegeliano para Radbruch – que escreve isso em 1932 – é a teoria pura do direito, uma típica junção do positivismo jurídico com o seu oposto, o dever ser. Nestas reflexões que Radbruch anatematiza o positivismo kelseniano como a ‘Polícia do conhecimento’, que quer ‘destruir os fantasmas do direito’ para finalmente ‘aniquilar a si mesma’.³³¹

Devido à concepção do jusnaturalismo que o direito deve possuir uma remissão à justiça, Hans Kelsen, atribuiu a este direito um caráter dualista, pois ao lado do direito positivo há o direito natural. Logo, nas lições contemporâneas – refere-se aqui, principalmente, às formulações mais recentes a partir do século XIX – o direito natural não prescinde do direito positivo. Por outro lado o positivismo jurídico é uma teoria jurídica monista na medida em que existe somente um direito: o positivo.³³²

Heidelberg: C.F.Müller Verlag, Hüthig GmbH, 1999. p. 47)

³²⁹ “Von ihrem Anbeginne bis zum Anfan des 19. Jahrhunderts war alle Rechtsphilosophie Naturrechtslehre”. (RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie: Studienausgabe* (1932). Dritte ganz neu bearbeitete und stark vermehrte Auflage. Heidelberg: C.F.Müller Verlag, Hüthig GmbH, 1999. p. 21).

³³⁰ “Diese Werturteile sind entsprechend ihrer Quelle – Natur, Offenbarung. Vernunft – allgemeingültig und unwandelbar. Sie sind der Erkenntnis zugänglich. Sie gehen, einmal erkannt, widersprechendem gestzte Rechte vor: Naturecht bricht positives Recht.” (RADBRUCH, op. cit., p. 21)

³³¹ “Gleichfalls Rechtsphilosophie des positiven Rechts, wenn überhaupt Rechtsphilosophie, eine eigenartige Verbindung des Positivismus mit seinem scheinbare Gegenteil der ‘normlogischen’ Sollenslehre ist die sogenannte reine Rechtslehre, die in ihrer unerbittlichen Entlarvung aller Hypostasierung und Fiktionen die Aufgabe eines originellen Philosophen aus Ludwig Feuerbach Schulle wieder aufzunehmen schint: als ‘hohe Polizeides Wissens’ alle ‘Rechtshantasmen zu zerstören’, um schliesslich ‘sich selbst zu vernichten.’”(RADBRUCH, op. cit., p. 32)

³³² KELSEN, Hans. *O problema da Justiça* (1960). São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 116-117.

As principais críticas de Kelsen ao direito positivo dizem respeito ao fundamento metafísico religioso de sua doutrina. Por isso, a formulação da norma fundamental possui relação com a contraposição ao jusnaturalismo muito embora haja que se reconhecer que talvez a grande contribuição teórica de Kelsen ao positivismo jurídico tenha sido a norma fundamental tendo em vista que seus predecessores afirmavam a validade de normas sem, contudo estipular o fundamento teórico – ainda que um pressuposto hipotético - deste reconhecimento.

Na obra ‘O problema da justiça’ de 1960, a qual conclui com considerações sobre o problema da fundamentação do direito no positivismo jurídico e no direito natural Kelsen procura atingir sobremaneira os argumentos sobre (i) a fundamentação do direito na natureza humana frente à diversidade de impulsos do homem, (ii) a postulação teológica da doutrina o qual contradiz a o conceito de razão prática – considerando a diferença do conceito de razão prática dentre os escolásticos e Kant - e (iii) o sentimento jurídico como fundamento e fonte do direito.³³³

Curiosamente, como será mencionado posteriormente com maior detenção, algumas das críticas à formulação teórica da norma fundamental de direito internacional são ser baseadas na ‘porta que o positivismo jurídico abriu ao direito natural’ como é o caso da apreciação que Alfred Verdross faz da formulação teórica da norma fundamental de Hans Kelsen.³³⁴ O positivismo jurídico só admite como norma válida a que corresponde a uma norma superior e, sobre isto, Verdross recorda que primeiramente Gustav Rabruch entendeu que este ‘método’ poderia ajudar para o processo de certeza jurídica referente a um direito de conteúdo

³³³ KELSEN, Hans. *O problema da Justiça* (1960). São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 76, 82 e 94.

³³⁴ VERDROSS, Alfred. *Völkerrecht*. Vierte Neubearbeitung und erweiterte Auflage. Viena: Springer – Verlag, 1959. p. 21.

incerto. Posteriormente, contudo, Radbruch reconheceu que a perspectiva do ordenamento jurídico positivo detém o flagrante prejuízo ao conteúdo dos direitos humanos, pois frente a injustiças a certeza de direito não ganha peso³³⁵. Estas são algumas questões ao redor das quais orbitava o debate entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo na primeira metade do século XX.

A Escola do Realismo Jurídico possui como mais ilustre representante no século XIX o célebre *Friedrich Carl von Savigny* (1779 - 1861). Para esta corrente, o direito surge daquela realidade social onde comportamentos humanos fazem e desfazem as normas de conduta. Direito não é norma justa - por certa ética filosófica - ou a norma válida - segundo e em dado ordenamento -, mas sim a regra eficaz que emerge da vida vivida pelos homens. O realismo jurídico foi defendido pelo jurista norte-americano *Oliver Wendell Holmes* (1841-1935), durante muitos anos juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos. De Bobbio, Holmes recebeu as seguintes palavras: "(...) o primeiro, primeiramente no exercício de suas funções a rejeitar o tradicionalismo jurídico das cortes e a introduzir uma interpretação evolutiva do direito, mais sensível às mudanças da consciência social."³³⁶

Acerca do positivismo jurídico é possível identificar diversas classificações na doutrina. O positivismo jurídico é distinto do positivismo filosófico e ainda do positivismo ideológico. O positivismo filosófico foi teorizado por *Augusto Conte* (1798-1857), em sua obra em seis volumes publicada de 1830 a 1842 denominada *Curso de Filosofia Positiva*. Os postulados filosóficos possuem como um dogma o

³³⁵ "Später hat aber RADBRUCH erkannt, dass jene Anordnungen, die flagrante Verletzungen der Menschenrechte zum Inhalt haben, nicht nur unrichtiges Recht, sondern schlethin unverbindlich sind, da gegenüber solchen Ungerechtigkeiten die Rechtssicherheit überhaupt nicht mehr ins Gewicht fällt." VERDROSS, op. cit., p. 21.

³³⁶ REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Volume III. São Paulo: Edições Paulinas, 1991. p. 909.

fundamento de só 'o sensível é objeto do conhecimento, só o sensível é real'.³³⁷ além de em linhas gerais, classificar e hierarquizar as ciências, formular a teoria da lei sociológica dos três Estados (teológico, metafísico e positivo). O positivismo ideológico sustenta que a justiça das normas se reduz ao fato de que elas são fixadas por quem tem a força para fazê-las respeitar. Como dizia Hobbes: *iustum quia iussum* (ao justo o que é de direito). E ordenado por quem? Por quem tem a força. Portanto para o positivismo jurídico ideológico, o *príncipe* o é criador da justiça. O empirismo moderno e a filosofia analítica foram, às vezes, designados também como positivismo ideológico. O termo positivismo procede do positivismo imanente de Ernst Mach, segundo o qual a função científica consiste na descrição mais exata possível do que é dado imediatamente.³³⁸ Os empiristas modernos não aceitam mais este conceito pacificamente, tornando-se errôneo associar este pensamento com esta corrente o que é mais apropriado à escola fenomenológica.

Norberto Bobbio por sua vez sugere que positivismo jurídico possa ter três interpretações possíveis. A primeira é positivismo jurídico enquanto método o qual estuda o direito enquanto uma série de fatos complexos, fenômenos e dados sociais. O principal problema reside, neste caso, na validade das normas, independente do componente axiológico. A segunda interpretação é enquanto teoria jurídica, desenvolvida durante a época das grandes codificações e atravessou o século XIX. Encontra-se nesta concepção a idéia de que a lei coincide com o ordenamento positivo emanado do Estado. A terceira interpretação Bobbio particularmente denomina de ideologia do positivismo jurídico e é relativa à idéia que lei é lei e que leis estatais merecem absoluta obediência. Bobbio, rejeitou inúmeras

³³⁷ FRANCA, Leonel. *Noções de História da Filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Pimenta de Mello, 1928. p.194.

³³⁸ LOSANO, Mario G. Kelsen y Freud. In: CORREAS, Óscar (compilador). *El Otro Kelsen*. Mexico: Universidade Nacional Autônoma de Mexico, 1989. p. 105.

vezes o positivismo jurídico do ponto de vista ideológico e teórico, mas aceitou-o do ponto de vista metodológico.³³⁹

Há também que se distinguir o positivismo jurídico de Hans Kelsen do neopositivismo do Círculo de Viena. O Círculo de Viena foi um grupo formado na década de '20 do século XX inicialmente com propósitos sociais e depois intelectuais. A modernização de Viena no começo do século XX propiciou o aparecimento de grupos de intelectuais em torno de idéias como a lógica da análise do discurso, clareza e pureza das idéias científicas.³⁴⁰ As teorias jurídicas são apenas uma das expressões deste ambiente científico. Apesar de Kelsen ter sido influenciado pelos anos vienenses a teoria pura do direito não é a expressão jurídica do Círculo de Viena e sim o neopositivismo.

Kelsen esteve em contato com o Círculo de Viena, mas a 'teoria pura do direito' possui muitas contraposições ao neopositivismo. Dr. Otto Neurath³⁴¹ que foi um dos expoentes do neopositivismo discordava veementemente da distinção entre ser e dever ser (Sein und Sollen) da teoria jurídica kelseniana e possuía uma visão

³³⁹ BOBBIO, Norberto; ZOLO, Danilo. Hans Kelsen, the theory of law and the international legal system – A Talk. Turim, 1o de julho de 1997. Traduzido para o inglês por Iain L. Fraser. In: *European Journal of International Law*. Volume 09 (1988), nr. 02. Disponível em: <http://www.ejil.org>. Acesso em: outubro de 2008. p. 3.

³⁴⁰ “Die kleine Schrift *Wissenschaftliche Weltauffassung – dere Wiener Kreis* formulierte programmatisch, um welche Erneuerung in Wissenschaft und Philosophie es der Gruppe ging. Die Methode der logischen Analyse der Sprache, die vom Kreis entwickelt worden war, würde, so erklärte die Schrift, die intellektuelle Welt revolutionieren. (...) Genau ihnen wollte der *Wiener Kreis* Einhalt gebieten. Er nahm sich daher vor, den „Geist der wissenschaftlichen Forschung“ zu durchdenken und aufzuzeigen, worin eine „wissenschaftliche Weltauffassung“ besteht, deren Verbreitung zum Aufbau einer modernen Gesellschaft beitragen würde. „Sauberkeit und Klarheit werden angestrebt, dunkle Fernen und unergründliche Tiefen abgelehnt.“(NEMETH, Elisabeth. Einleitung. In: THURM, Volker (hrsg.). *Wien und der Wiener Kreis. Orte einer unvollendeten Moderne: ein Begleitbuch*. Wien: Facultas, 2003. p. 1)

³⁴¹ Neurath reconhece que Kelsen havia seguido a tendência anti-metafísica em seus estudos, uma das características do neopositivismo do círculo de Viena. Neurath rejeita o idealismo da teoria pura: “When certain legal theoretical problems are no longer dealt with as problems of ‘divine law’ or of ‘natural law’ but as problems related to the consistency of certain statements, we are on our way to logical empiricism. But why should we begin such a discussion with speculations on the category of ‘being’ and ‘ought’?” (JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: the Viennese Years. In: *European Journal of International Law*. Vol. 09, nr. 02. 1998. pp. 368-385. Disponível em: <http://www.ejil.org>. Acesso em: outubro de 2008. p. 8)

jurídica que defendia a unificação das ciências. Outro jurista neopositivista, Schlick, argumentava pela característica da ética da norma o que também entrava em conflito com as idéias de Hans Kelsen.³⁴² No capítulo terceiro o tema do neopositivismo do Círculo de Viena será retomado. Por ora, cumpre simplesmente distinguir entre o neopositivismo do Círculo de Viena e o positivismo jurídico kelseniano enquanto sistemas de idéias distintos.

A tradição do positivismo jurídico iniciada com Austin subdivide-se em inúmeras vertentes nas quais as obras de H. Hart e Raz também são significativas. Muitos juristas de uma forma ou outra se alinharam com as assunções positivistas e a lista de juristas que de uma forma ou outra participaram dos programas de pesquisa – para utilizar a nomenclatura de Lakatos - do positivismo jurídico kelseniano podem muitas vezes serem confundidos com o pertencimento ao seu quadro de alunos como Adolf Julius Merkl (1890-1970), Sir Hersch Lauterpacht (1897-1960) e Alfred Verdross (1890-1980), os simpatizantes do círculo de Viena, Leonidas Pitamic (1885-1971), Felix Kaufman (1895-1949), Alf Christian Ross (1899-1979) e Rudolf Aladár Métall (1903-1975). A lista de juristas que demonstraram de uma forma ou de outra admiração intelectual é composta de Roscoe Pound (1870-1964), Norberto Bobbio (1909-2004) e Herbert L. A. Hart (1907-1992).

Por outro lado, as lista de opositores e o teor de suas críticas também merece referência para compreender o que Kelsen referia como ódio às suas idéias: Carl Schmitt (1888-1985) qualificaria Kelsen como um ‘zelote de um normativismo cego’, Alexander Hold-Ferneck por sua vez o denominaria ‘o alto sacerdote da

³⁴² “Schlick asserted that a norm is nothing other than a mere rendition of a fact of reality, in that it only specifies the conditions under which an act, an opinion or a character can be actually referred to as good, i.e., be deemed moral. In his opinion, laying down norms is nothing but a matter of defining the concept of goodness, which ethics seeks to recognize.” (JABLONER, op. cit., p. 9)

cultura monteísta do dever-ser'.³⁴³ De toda a forma, é difícil selecionar com precisão os juristas que pesquisam tópicos dos programas de pesquisa segundo a dogmática kelseniana, se é que existam muitos, embora o recurso às suas reflexões e o alcance de suas obras o coloque entre os mais influentes juristas do século XX.³⁴⁴

Recentemente os autodenominados pós – positivistas constituem um movimento que merece referência. Com conteúdo teórico que justifica a menção, destaca-se que a corrente pós-positivista' possui matriz teórica predominantemente kelseniana em detrimento da hartniana. Então não se confunde positivismo jurídico com pós-positivismo jurídico. A nomenclatura é menos clara do que a classificação em si. Afirma-se o pensamento pós-positivista está para o positivismo assim como a pós-modernidade está para a modernidade e que é menos uma teoria jurídica do que uma teoria do conhecimento jurídico.³⁴⁵

Juristas contemporâneos não discordam sobre a natureza da concepção positivista de lei. Em outra medida não há consenso acerca de questões metodológicas e questões de teoria de jurisprudência. É por isso que Lars Vinx propõe três paradigmas do positivismo contemporâneo que merecem ser

³⁴³ KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., pp. XIV e 05.

³⁴⁴ "(...) por ocasião dos seus 50 anos, uma obra contendo ensaios em sua homenagem podia já dar o testemunho da sua importância em todo o mundo. Nesta coletânea, o coreano Tomoo Otaka exigia que a metodologia kelseniana devesse significar, no futuro (estávamos em 1931), a única forma possível de conhecimento autônomo do direito. E o japonês Kisaburo Yokota o mencionava, ao lado de Stammler, como o mais significativo filósofo do direito da atualidade. O espanhol Luis Legazy Lacambra afirmava, mesmo livro, que o pensamento jurídico do século 20 teria de ser 'um permanente diálogo com Kelsen.'" (FERRAZ JR. Tercio Sampaio. Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981. In: *Revista Seqüência*, nr. 04, ano 02, dezembro de 1981. Florianópolis: Editora da UFSC, 1981. p. 133). .

³⁴⁵ "Das nachpositivistische Rechtsdenken verhält sich zum Positivismus wie die Postmoderne zur Moderne. (...) Das nachpositivistische Rechtsdenken ist weniger eine Theorie des Rechts als vielmehr eine Theorie des rechtlichen Wissens." (FORGÓ, Nikolaus; SOMEK, Alexander. Nachpositivistisches Rechtsdenken. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006. p.263).

mencionados: o positivismo metodológico, o positivismo político e o positivismo 'raziano'.

"Methodological positivism assimilates legal theory to descriptive social science and treats the existence of law as a matter of social fact. The thesis that there is no necessary connection between law and morality is seen as a consequence of the conventionality of the social rules that govern the identification of valid law. There at least could be legal systems that exist as a matter of social fact but which do not incorporate any moral standards into their standards of legality. Political positivists, on the other hand, claim that our understanding of legal practices shapes the nature of our law. Choices between different concepts of law that meet basic standards of descriptive adequacy are not perfectly determined by objective matters of fact beyond our control. Hence, such choices should reflect our ideal of good law. The separation of law and morality, the political positivist goes on to argue, can be defended on the ground that adopting a positivist standard of legality will have morally beneficial consequences for a society. Razian positivists, finally, claim that positivism is required to explain how the law can function as an independent and distinctive standard for the guidance of human action. This position is descriptive-explanatory in that it rejects the political positivist idea that our conception of law should be responsive to our ideal of good law. But at the same time, it openly rejects the assimilation of legal theory to empirical social science that characterizes methodological positivism."³⁴⁶

Vinx classifica a obra de Hart como pertencente tanto ao positivismo metodológico quanto ao político. Par tal baseia-se no fato que no postscriptum do *The Concept of Law*, Hart explica sua metodologia argumentando que o projeto positivista visa a formulação de uma teoria geral do direito em termos descritivos:

"My aim in this book was to provide a theory of what law is that is both general and descriptive. It is general in the sense that it is not tied to any particular legal system or legal culture but seeks to give an explanatory and clarifying account of law as a complex social and political institutions with a rule-governed aspect. (...) My account ist descriptive in that it is morally neutral and has no justificatory aims: it does not seek to justify or comment on moral or other grounds the forms and structures which appear in my general account of law (...)"³⁴⁷

Há quem entenda que tanto a teoria legal de Hart quanto a de Kelsen podem ser caracterizadas pela circularidade. Em Hart o critério de validade de uma norma é a regra de reconhecimento (muito embora a utilização do termo 'critério de

³⁴⁶ VINX, Lars. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 4.

³⁴⁷ É interessante notar que a ênfase no aspect descritivo da teoria jurídica de Hart se faz presente no prefácio do Postscript da segunda edição de 1994. No prefácio da primeira edição à frase: "(...) the book may also be regarded as an essay in descriptive sociology; for the suggestion that inquires into the meanings of words merely throw light on words is false." (HART. H. L. A.. *The concept of law* (1961). Second edition. Oxford: Oxford University Press, 1994. pp. 240 e vi)

validade' não seja consensual entre os críticos) a qual faz identificar quais as regras de um sistema jurídico particular são regras jurídicas. A regra de reconhecimento é usada por agentes públicos para identificar o que é lei, mas quem é agente público é determinado pela Constituição. Assim a lei identifica a lei. Em Hans Kelsen este fenômeno ocorre de forma diversa. O que confere validade às normas é a Constituição e neste particular também a lei é autorizada pela lei. Só que em Kelsen existe o reconhecimento da impossibilidade deste reconhecimento.

"The logical impossibility of this is acknowledged by Kelsen, who says that we presuppose a source for legal authority – above the constitution - called the grundnorm. And is this source hierarchical? Well yes and no. For we are told that law must be effective to explain the actions of officials. There must be some convergence between primary norms, and the actions of officials, for the point of legal knowledge is to give us the normative meaning of official action. To put this another way – if the constitution we have identified does not explain what the officials are doing, then we have the wrong constitution. So, does the legal meaning of official action come from the constitution, or does the legal meaning of the constitution come from the officials. Or is it both - is it not really hierarchical, but circular?"³⁴⁸

Considerar que o conceito de hierarquia quando visto com maior proximidade conduz à observação de circularidade é uma forma de dizer que dentre os positivistas a norma é justificada pela norma. Círculo vicioso parece ser a interpretação neste caso. Seria então um sistema teórico que possui significação e validade científica unicamente no contexto de seus termos.

A formulação teórica que Kelsen faz da norma fundamental é justamente a tentativa de não fundamentar a norma pela norma. Fenômeno semelhante ocorre com as formulações de Hart quando sugere o reconhecimento da norma enquanto fator de validação. Ambas as teorias apontam para fatores de validação que em parte estão na norma sendo mesmo difícil precisar no quanto não estariam predominantemente no campo da decisão política e da decisão subjetiva, no caso de

³⁴⁸ TEUBNER, Gunter; NOBLES, Richard; SCHIFF, David. The autonomy of Law: an introduction to legal authopoiesis. *Jurisprudence*. London: Butterworths, 2003.

Hart, e no do costume ou das ficções no caso de Kelsen. De qualquer forma, a imprecisão em afirmar que uma das características do neopositivismo é a circularidade é dimensionada pela tentativa mesma dos positivistas de fugirem deste padrão auto-explicativo. Os capítulos mais contestados e difíceis de Kelsen e Hart – e talvez em todas as teorias jurídicas - são justamente os que procuram legitimar o sistema hierárquico de normas por um fator que não seja a norma em si, fator este compreendido como auto-referencialidade ou supletivo.³⁴⁹

2.5.2.1 Normas internacionais: um diálogo com o positivismo jurídico

Este tópico propõe um referencial teórico acerca do conceito de normas internacionais visto que a etimologia ‘norma’ é reconhecidamente ampla e pode dar margem a diversas interpretações. Já que esta tese dialoga com a teoria pura do direito de Hans Kelsen a menção aos autores e obras é orientada pela intensidade da relação dos autores estudados com o positivismo jurídico. Esta opção não impede que algumas vezes o texto permita-se trazer para o debate algum elemento que possibilite enriquecer e reforçar o argumento científico

A aproximação que a teoria geral do direito de Hans Kelsen fará do conceito de norma influencia decisivamente os estudos jurídicos, principalmente nos países que adotam o sistema romano-germânico. O que irá distinguir uma regra de uma norma não é o seu comando e tão menos sua eficácia, mas a sua validade. Assim, toda norma assim como toda lei ou regra são compostas de comando. Um

³⁴⁹ “In the dazzling light of the desert – at the same site, where Derrida observes the violence of law’s self-foundation, where Kelsen had seen the *Grundnorm*, and Hart the basic rule of recognition - they see the khadi’s twelfth camel grazing at a green place. But they quarrel whether the site is an oasis or a Fata Morgana. For them the twelfth camel is not a symbol representing something else, rather it performs itself the symbolic operations of law. It is the localized self-reference of the legal system which ends in the interplay of paralysing paradoxes and liberating moves. (TEUBNER, Gunter. *Alienating justice: on the surplus value of the twelfth camel*. In: NELKEN, David; PRIBÁN, Jiri (eds.), *Law’s New Boundaries: Consequences of Legal Autopoiesis*. Ashgate: Aldershot, 2001. p. 22.)

comando é a expressão da vontade de um indivíduo, mas nem todo comando é uma ordem válida.

Um comando é uma norma apenas quando for obrigatório para o indivíduo ao qual é dirigido, apenas quando esse indivíduo deve fazer o que o comando exige. Por 'validade' queremos designar a existência específica de normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – o que redundaria no mesmo – pressupomos que ela possui 'força de obrigatoriedade' para aqueles cuja conduta regula. As regras jurídicas, quando válidas, são normas. São, mais precisamente, normas que estipulam sanções.³⁵⁰

As assunções que Kelsen efetua em seu 'Teoria Geral do Direito e do Estado' de 1945 fazem expressa referência às concepções utilitaristas de John Austin. No célebre livro 'The Province of Jurisprudence Determined', de 1832, Austin esboça suas aulas introdutórias na recém-fundada Universidade de Londres e que alcançariam à época pouca repercussão dentre o alunado que estava preocupado com a prática instantânea do direito, em particular da advocacia. O sentido da referência ao tema é demonstrar que a preocupação com a diferenciação entre normas e regras estava presente já nas lições semanais de Austin:

"Laws proper, or properly so called, are commands; laws which are not commands, are laws improper or improperly so called. Laws properly so called, whith laws improperly so called, may be aptly divided into the four following kinds. 1. The divine laws, or the laws which are set by God to his human creatures. 2. Positive law: that is to say, laws which are simply and strictly so called, and which form the appropriate matter of general and particular jurisprudence. 3. Positive morality, rules of positive morality, or positive moral rules. 3. Laws methaphorical or figurative, or merely metaphorical or figurative."³⁵¹

As reflexões de John Austin (1790-1859) contribuem decisivamente para a determinação do objeto de estudo e para a solidificação da ciência jurídica. Diversos elementos do positivismo jurídico de Kelsen provêm desta matriz intelectual. Para Austin a matéria do direito é a lei positiva: a lei simples e estritamente assim chamada; ou lei estabelecida por superiores políticos para

³⁵⁰ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, op. cit., p. 43.

³⁵¹ AUSTIN, John. *The province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence* (1832) (1863). Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 1998. p. 1

inferiores políticos.³⁵² Muito embora Austin fosse proveniente da zona rural inglesa foi um profundo estudioso e conhecedor do direito continental, principalmente o alemão. Destaca-se neste contexto que logo após receber o convite para ingressar na Universidade de Londres, passa um tempo de estudos na Universidade de Bonn onde aprende a língua alemã. Nos anos subseqüentes retornaria a viver na Alemanha, em Carlsbad, Dresden e Berlin e chegou mesmo a confidenciar a sua esposa que deveria ter sido um professor alemão.³⁵³

Além de determinar o campo do direito Austin estabelece um sistema teórico legal onde a lei exerce o papel central. Em suas aulas discute leis divinas, leis gerais, pessoais e também consuetudinárias. Em relação à lei divina, entende ser difícil precisar que os sentimentos morais de todos os homens são iguais já que isto é contestado por fatos notórios. Afirma também que em virtude da lei positiva coincidir com a moralidade ou com a lei divina a verdadeira natureza e fonte da lei positiva é muitas vezes confundida de maneira absurda, por autores de obras jurídicas.³⁵⁴ Esta contraposição a autores jusnaturalistas de seu tempo mediante a argumentação que a ciência jurídica se ocupa de leis positivas consideradas sem relação com sua bondade ou maldade é um marco referencial na construção teórica das ciências jurídicas enquanto campo de estudo próprio no qual a norma jurídica é o objeto desvinculado da moralidade.

Outra concepção fundamental na obra 'The Province of Jurisprudence Determined' é a idéia de autoridade. A teoria legal proposta por Austin não possui uma idéia de hierarquia de normas, mas as leis emanam de comandos superiores que obrigam e constringem os inferiores e que muitas vezes é sinônimo de

³⁵² Ibidem, p. 11.

³⁵³ MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 336.

³⁵⁴ AUSTIN, op. cit., p. 10.

precedência ou excelência. A superioridade é chamada soberania que é uma comunidade política independente. Por isso que, se uma lei ou um ato de um monarca ou grupo soberano entra em conflito com a lei constitucional, que é o composto de moralidade e lei positiva que fixa a constituição ou estrutura do governo supremo dado, há o caso de inconstitucionalidade.

A lei positiva em Austin existe em função da autoridade e estabelece uma obrigação. A origem da obrigação moral ou a lei positiva é resultado da utilidade que revela a influência das idéias de Bentham neste contexto teórico.³⁵⁵ Austin atribui a Bentham o pioneirismo no uso da expressão 'international law'. Sua teoria é simplesmente a aplicação do princípio da utilidade para a conduta das nações: isto deveria ser regulamentado com a finalidade de conseguir o maior nível de bem estar para todas as nações sobre a terra:

“Putting himself in the position of a hypothetical lawgiver to the nations, he reduced this to five subordinate propositions, which can be summarized thus: each nation must seek general good by committing no injury upon, and conferring as much benefit as possible on, other states, consistent with its welfare; by accepting no injury from, and deriving as much benefit as possible from, other states, consistent with regard for their welfare; and, in a state of war, to do as little harm as is consistent with achieving its objective.”³⁵⁶

O princípio da utilidade para Bentham orienta que a natureza situa a humanidade sob o governo de dois mestres, a dor e o prazer e o princípio da utilidade assume a função do governo como uma fábrica de felicidade mediante a razão e a lei.³⁵⁷ A origem utilitarista da obrigação não é uma solução ampla de sua origem. Para Austin, o contrato ou pacto original, ou pacto fundamental civil proposto por alguns autores é uma hipótese referente ao não contentamento com o

³⁵⁵ AUSTIN, op. cit., p.115.

³⁵⁶ KELLY, op. cit., p. 300.

³⁵⁷ “Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law.” (BENTHAM, op. cit., p. 125)

esclarecimento da origem da obrigação ou obediência simplesmente a partir da menção a suas fontes manifestas. Fixar a origem da obrigação da lei é algo impossível para Austin.³⁵⁸

Já que a lei positiva existe dentro de uma sociedade política independente a lei que existe em nível internacional possui uma natureza diversa. A sociedade formada pelo intercurso de sociedades políticas independentes é o campo do direito internacional e apesar de na sociedade internacional a necessidade de normas também advir da utilidade a falta de uma estrutura de governo supremo modifica completamente a estrutura das leis internacionais:

“The so called law of nations consists of opinions or sentiments current among nations generally. It therefore is not law properly so called. But one supreme government may doubtless command another to forbear from kind of conduct which the law of nations condemns. And, though it is fashioned on law which is law improperly so called, this command is a law in the proper signification of the term. Speaking precisely, the command is a rule of positive morality set by a determinate author. For, as no supreme government commanding does not command in its character of political superior. If the government receiving the command were in a state of subjection to the other, the command, though fashioned on the law of nations, would amount to a positive law.”³⁵⁹

É possível identificar a influência da teoria legal de Austin no positivismo jurídico de Kelsen sob diversos aspectos. Austin determina à ciência jurídica um campo próprio diverso de outros correlatos e indica que a matéria do direito é a lei positiva. A ciência do direito se ocupa de leis positivas sem relação com a moralidade. Finalmente, uma terceira característica em comum entre o positivismo jurídico e as assunções de Austin é que o direito internacional é descentralizado e possui uma dinâmica diversa do que a lei positiva numa comunidade política soberana.

³⁵⁸ AUSTIN, op. cit., pp. 37ss.

³⁵⁹ AUSTIN, op. cit., p. 142.

A noção de direito internacional segundo o autor indica a concepção jurídica das normas de direito internacional na cultura jurídica do início do século XIX. Classifica o direito internacional no conjunto de normas positivas impropriamente ditas porque são impostas pela opinião geral o que é dizer uma classe ou sociedade de pessoas no caso do direito internacional uma sociedade mais ampla formada de várias nações. As leis e regras relativas à conduta dos soberanos ou dos governos supremos nas suas relações uns com os outros: “there are laws which regard the conduct of independent political societies in their various relations to one another.”³⁶⁰ Estas espécies de leis que são impostas às nações são normalmente denominadas ‘the law of nations’ ou ‘international law’.

A lei internacional para Austin é positiva, ‘positive international morality’. Este é um ponto de controvérsia de Austin com as lições de Grotius que para Austin atribuiu às relações entre nações civilizadas uma vaga noção de moralidade internacional no sentido de um dever ser (ought to be) que é algo indeterminado conforme outro conceito indeterminado denominado lei natural³⁶¹. Não obstante não concorde com a natureza jurídica do direito internacional em Grotius sobre o conceito de soberania recorre as suas reflexões o qual cita na tradução em francês de Barbeyrac:

“La puissance souveraine est celle dont les actes sont indépendans de tout autre pouvoir supérieur, en sorte qu’ils ne peuvent être annulez par aucune autre volonté humaine; car il faut excepter ici le souverain lui-même, à qui il est libre de changer de volonté.”³⁶²

O conceito de Grotius é retocado por Austin em alguns pontos. Observa que muitos governos se submetem ao governo de outros governos e frequentemente às opiniões e sentimentos do direito internacional e ocorre mesmo

³⁶⁰ AUSTIN, op. cit., pp. 140-141.

³⁶¹ Ibidem, p. 187.

³⁶² Ibidem, p. 214.

de governos se renderem às opiniões e sentimentos de seus sujeitos. Com base nestes fatos cita outro conceito com base em Von Martens of Göttingen, um autor de direito positivo: “a sovereign government is a government which ought not to receive commands from any external or foreign government.”³⁶³ A posição de Von Martens traz um importante elemento: as relações de soberanias com soberanias mas omite a relação com os sujeitos. A partir destes conceitos a noção geral de soberania é ‘independent political society’. Esta conceituação geral indica a essência da definição embora não esgote o que ela implique, elementos estes que podem variar conforme as formas de governo, os limites reais e imaginários do poder do soberano e as origens do governo, da sociedade política e as causas da obediência habitual.³⁶⁴

A questão da legitimidade em John Austin não é evidente. Na obra *The Province of Jurisprudence Determined* existem diversos elementos a serem considerados passíveis de serem relacionados ao que se entende de forma geral por legitimidade. Inexiste em Austin a noção de pertencimento a um ordenamento jurídico, mas por outro lado questões como o princípio da utilidade, a noção de autoridade e também coerção reforçam a necessidade de fatores componentes na dinâmica das normas que ultrapasassem a pura legalidade da lei positiva.

Como para Austin no direito internacional não existem leis positivas afasta-se a idéia de coerção, de pacto civil assim como a noção de autoridade tendo em vista que a sociedade internacional é composta por sociedades políticas independentes. Resta o princípio da utilidade que forma as leis morais e positivas o que indica a possibilidade de interpretação que no sistema austiniano exista uma

³⁶³ Ibidem, p. 215.

³⁶⁴ AUSTIN, op. cit., p. 216

legitimidade pragmática baseada na necessidade societária. O princípio da utilidade tende à autoridade e à moralidade enquanto fatores que impulsionam o cumprimento da norma, respectivamente no direito interno e internacional.

A referência à Austin e ao princípio da utilidade propicia a menção à Jeremy Bentham (1748-1832). Bentham escreveu 'Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação' publicada em 1789 e dentre seus discípulos encontram-se John Stuart Mill e John Austin. Na obra de Bentham deve-se destacar o princípio da utilidade.

O princípio da utilidade reconhece esta sujeição [dor e prazer] e a assume para fundação desse sistema, cujo objetivo é erigir a construção da felicidade pelas mãos da razão e da lei. (...) Por princípio de utilidade queremos dizer princípio que aprova ou desaprova toda e qualquer ação, segundo a tendência que parece ter para aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão; (...) não apenas de toda ação de um indivíduo particular, mas de todas as medidas do governo.³⁶⁵

Antes de avançar é interessante registrar que o princípio da utilidade em Bentham relaciona-se com a fundamentação política do governo. O direito tem a utilidade de construir a felicidade pela lei e pela razão. Por isso, o princípio da utilidade é aplicável a todas as ações, tanto individuais como do governo. É possível estabelecer relações entre o princípio da utilidade e a norma fundamental do positivismo Kelseniano. Ambos são elementos que dão sentido ao reconhecimento do direito na sociedade. Não são condições de validade de regras e sim fundamentos políticos de legitimidade da ordem jurídica. Estas questões ficarão mais claras com a contribuição dos outros capítulos.

O utilitarismo de Bentham entra na genética do positivismo pelas mãos de Austin. O princípio da utilidade aplicado ao campo jurídico remete à questão da fundamentação do direito; neste caso, o direito e a autoridade são úteis. 'A

³⁶⁵ BENTHAM, op. cit., p. 262.

construção da felicidade pela razão e lei' sugere a existência de valor e a racionalidade na montagem do sistema de governo e legiferante o que o aproxima dos argumentos jusnaturalistas.

Além da referência ao conceito de norma em John Austin é oportuno fazer menção a outros autores o que não esgota o conceito de normas no positivismo jurídico. Outros autores poderiam ser mencionados. A escolha foi feita com base nas teorias legais relacionadas ao positivismo jurídico bem como, procurando conferir coesão à pesquisa, no critério de interlocução com a obra de Kelsen. O objetivo conforme o já mencionado é evidenciar que em diferentes contextos teóricos – mesmo que dentro do positivismo jurídico - surgem diferentes conceitos de normas e também diferentes argumentos quanto à questão da legitimidade.

Na introdução da obra 'Essays in Jurisprudence and Philosophy' Herbert Lionel Adolphus Hart, (1907 – 1994) compartilha com Kelsen que a tarefa principal da filosofia do direito é explicar a força normativa das proposições jurídicas que ocorrem, tanto na literatura jurídica acadêmica quanto no discurso de juízes e advogados³⁶⁶. Com efeito, a tese medular de Hart é que os juristas antes de construírem teorias devem analisar a linguagem jurídica que se utiliza na prática do direito, o que é considerado um giro hermenêutico na filosofia do direito³⁶⁷. Neste contexto é que Hart é um continuador do positivismo jurídico de Austin embora em virtude de influências de autores como Jeremy Bentham (1748 – 1832), John Langshaw Austin (1911 – 1960) e Ludwig Wittgenstein (1889 – 1951) se distancia da

³⁶⁶ HART, op. cit., p. XIV.

³⁶⁷ BIX, Brian. H.L.A. Hart and the Hermeneutic turn in legal theory. In: *SMU Law Review*, Vol. 52. Texas: Law Review Association, 1999. p. 168. Bix adverte que Hart mesmo não utilizou o termo 'hermenêutica em seus primeiros textos, mas sim mais tarde para descrevê-los.

denominada teoria neo-kantiana de Hans Kelsen por quem possuía manifesta admiração.³⁶⁸

A obra 'The concept of Law' de H. L. A. Hart aparece em 1961, no mesmo ano da segunda edição da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, ao lado da qual, houve quem considerasse que tratam-se das obras mais importantes da filosofia do direito no século XX.³⁶⁹ Nesta obra Hart oferece uma análise dos conceitos de direito e de ordenamento jurídico e explica a forma como as regras de conduta são utilizadas como padrões sociais. A obra é dividida em dez capítulos e inquieta no quanto a crítica de Hart à Dworkin não se aplica a ela: é possível que o direito fora do contexto da common law possa ser teorizado nas categorias sugeridas por Hart? No segundo capítulo Hart parte da noção austiniana de normas enquanto comandos mas problematiza o conceito afirmando que na vida social expressões de comando como 'Vá para casa'. 'pare' ou mesmo 'não mate ele' configuram imperativos diversos.³⁷⁰ Segundo a tradição austiniana o contexto coercivo é fundamental no sistema hartiniano e por isso dedica seu quarto capítulo à questão da soberania. Já a questão da validade é resolvida a partir da teorização da regra de reconhecimento a qual permite que que pessoas na esfera pública e privada sejam providas com um critério de autoridade para a identificação de regras primárias obrigatórias. Regras primárias são as diversas regras nos mais diferentes níveis que existem na

³⁶⁸ A afirmação foi registrada em artigo após o debate público entre os dois onde se lê: "(...) diria que em nosso debate não nos aprofundamos nessas questões bastante complexas envolvendo as relações lógicas entre Direito e Moral. Kelsen disse, contudo, que estava considerando novamente a questão das possíveis relações lógicas entre normas e, particularmente, a possibilidade de que uma norma possa logicamente entrar em conflito com uma outra. Não registro isto para mostrar que Kelsen estava impressionado com meus argumentos, pois penso que ele tenha em mente considerações um tanto diferentes. Mas devemos esperar muito que sobre esse tema que considero o mais difícil, poderemos ouvir mais do mais estimulante autor de Teoria Analítica do Direito de nossos dias." (HART, op. cit., p. 177)

³⁶⁹ HART, op. cit., p. XIV. A comparação entre a 'Reine Rechtslehre' de H. Kelsen e 'The concept of Law' foi feita por Niel MacCormic na biografia escrita sobre H.L.A. Hart.

³⁷⁰ HART. op. cit., p. 18.

sociedade e a regra secundária é aquela que é anuída em termos de sociedade política para identificar quais regras são válidas como obrigatórias.³⁷¹

O capítulo final do 'The concept of Law' é dedicado ao direito internacional e pouco seria dedicado a este campo posteriormente no Post Scriptum de 1994. Hart problematiza a possibilidade de caracterizar o direito internacional como um sistema legal segundo a idéia da união entre regras primárias e secundárias. A falta de cortes com jurisdição compulsória e um sistema centralizado de sanções caracteriza a diferença do direito internacional:

“The absence of these institutions means that the rules for States resemble that simple form of social structure, consisting only of primary rules of obligation, which, when we find it among societies of individuals, we are accustomed to contrast with a developed legal system.”³⁷²

O mundo das relações internacionais descrito por Hart já não é mais o mesmo. Neste sentido a literatura de Hans Kelsen e Carl Schmitt parece mais duradoura. A versão de 1961 segue o estilo contido e parcimonioso de Hart para examinar questões internacionais numa época onde o direito internacional aprimorava do modelo da Liga das Nações. Ao longo do capítulo sobre o direito internacional cita fragmentariamente a Carta das Nações Unidas e reafirma o caráter de uma sociedade internacional como primitiva.³⁷³ Centra-se no papel da sanção atribuindo ao veto e à ideologia a paralização do 'law enforcement'.³⁷⁴ No século XXI a retomada do pensamento de Hart seria mais eficiente na contestação do modelo dogmático de reconhecimento de normas internacionais do que quanto às idéias

³⁷¹ “Wherever such a rule of recognition is accepted, both private persons and officials are provided with authoritative criteria for identifying primary rules of obligation.” (HART. op. cit., p. 100.)

³⁷² HART. op. cit., p. 214.

³⁷³ Ibidem, p. 227.

³⁷⁴ Ibidem, p. 233.

contidas em seu décimo capítulo, conforme será observado no quarto capítulo desta tese.³⁷⁵

'The concept of Law' suscitou várias críticas e em particular o debate com o sucessor de Hart na cátedra de Jurisprudência em Oxford, Ronald Dworkin, gerou a resposta, publicada postumamente com o título de 'Post Scriptum', de 1994.³⁷⁶ Muito há para se referir sobre a obra de Hart; os parágrafos seguintes dedicam-se basicamente à noção de norma conforme o propósito desta seção.

A teoria legal de H. Hart busca ser geral e descritiva; geral no sentido de não estar vinculada a nenhum ordenamento jurídico específico e, descritiva, porque busca esclarecer o direito enquanto instituição social e política completa governada por normas.³⁷⁷ Para conseguir cumprir o objetivo de uma teoria descritiva normativa lança mão de diversos conceitos: regras que impõe obrigações, regras que conferem faculdades, regras de reconhecimento, regras de mudança, aceitação de regras, pontos de vista interno e externo, enunciados internos e externos e validade jurídica.

A regra de reconhecimento desempenha no sistema teórico de Hart um papel destacado. A obrigatoriedade das regras deriva ou de sua validade ou de seu reconhecimento. Dworkin sintetiza o pensamento de Hart da seguinte maneira:

As comunidades primitivas possuem apenas regras primárias e estas são obrigatórias tão somente devido às práticas de aceitação. Não se pode afirmar que estas comunidades tenham um 'direito', pois, neste caso, não

³⁷⁵ WELLENS, K.C.L.A.N.M. Barnhoorn. *Diversity in secondary rules and the unity of international law*. The Haage: martinus Nijhoff Publishers, 1995.

³⁷⁶ O 'Postscriptum' de H. L.A Hart não possui a clareza e elegância de 'The Concept of Law', já que Hart faleceu antes de corrigir a versão final. Muito embora sejam a mesma a obra, aquela acrescenta respostas ponderadas às críticas desta. Muito embora as recorrentes referências aos argumentos de Dworkin permeiem o texto do 'Postscriptum' o que faria crer que se trata de uma obra apologética e distinta, o próprio Hart inaugura a introdução com a passagem: "Este livro fue publicado, por primera vez, hace treinta y dos años." Logo, na opinião do próprio autor trata-se da mesma obra.

³⁷⁷ HART, op. cit., p. 11.

há maneira de distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais, como exige o primeiro princípio do positivismo. Mas quando uma comunidade desenvolveu uma regra secundária fundamental que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas, nasce a idéia de um conjunto específico de regras jurídicas e, com isto, a idéia de direito. Hart chama esta regra secundária fundamental de 'regra de reconhecimento'. A regra de reconhecimento de determinada comunidade pode ser relativamente simples ('O que o rei decreta é lei') ou pode ser muito complexa (A Constituição dos Estados Unidos, com todas as suas dificuldades de interpretação, pode ser considerada como uma única regra de reconhecimento).³⁷⁸

O resumo de Dworkin em relação a seu antípoda permite perceber alguns fundamentos da teoria de Hart. Em relação à terminologia, Hart não emprega a palavra norma ou norma jurídica, mas sim regras.³⁷⁹ Hart também não trabalha com o conceito de ordenamento jurídico e de validade o que torna sua teoria completamente diferente do positivismo jurídico de Kelsen.

Uma regra pode se tornar obrigatória para um grupo se o grupo aceita esta regra como um padrão de conduta exigível. Uma regra também pode se tornar obrigatória se é promulgada de acordo com uma regra secundária que estipula que regras assim promulgadas são obrigatórias. Neste contexto é que se utiliza a nomenclatura regras válidas. Frente à dificuldade em separar o que é reconhecimento de regras e o que é moralidade em dado contexto social e mesmo identificar inequivocamente os padrões típicos de dada coletividade para chegar aos

³⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (1977). Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33.

³⁷⁹ Para estabelecer claramente as diferenças entre normas e normas jurídicas em Kelsen e regras e regras jurídicas em Hart é necessário esclarecer uma série de conceitos em Hart como as proposições jurídicas, tipos de normas e a natureza descritiva de sua teoria do direito, objetivos estes que ultrapassam o objetivo dos argumentos desta tese. De qualquer forma, um dos textos de referência para compreender estas questões é o publicado por Hart como resultado de seu debate público com Hans Kelsen na faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, em Berkeley, em novembro de 1961 na "A tarefa da ciência do Direito é a de representar o Direito de uma comunidade, isto é, o material produzido pela autoridade jurídica no processo legislativo na forma de proposições que estabeleçam que, 'se tais e tais condições são preenchidas, então tais e tais sanções devem seguir-se'. Estas proposições, por meio das quais a ciência do direito representa o direito, não devem ser confundidas com as normas elaboradas pelas autoridades legislativas. É preferível não chamar essas proposições de normas, mas regras jurídicas. As normas jurídicas promulgadas pelas autoridades legislativas são prescritivas; as regras do direito formuladas pela ciência do direito são descritivas. É importante que o termo 'regra legal' ou 'regra de direito' seja aqui empregado em um sentido descritivo." (HART. H.L.A.. *Visita a Kelsen* (1963). Tradução de Leonel Cesarino Pessoa. In: *Revista Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. Nr. 64. São Paulo: CEDEC, 2005. pp. 154-155).

fundamentos das regras de reconhecimento – que é a única regra que deve ser aceita para ser obrigatória - a regra de reconhecimento diz respeito ao funcionamento do aparato governamental composto pelo legislativo, pelos tribunais, pelos órgãos públicos, etc.³⁸⁰

A questão da validade em Hans Kelsen é tributária da existência da norma fundamental e em Hart da existência da regra de reconhecimento. Hart sustenta também que ainda que existam muitas diferentes conexões entre direito e moral, não há nenhuma conexão conceitual necessária entre o conteúdo do direito e da moral e, portanto, disposições perversas podem ser válidas como regras ou princípios jurídicos.³⁸¹ Isto significa que a existência e conteúdo do direito podem ser identificados em referência às fontes sociais do direito (legislação, decisões judiciais, costume) sem recorrer à moral, exceto quando o direito haja incorporado critérios morais. Quanto à definição de norma ressalta-se que para Hart este esforço é menos importante do que analisar os conceitos legais.

A teoria legal de Hart procura ultrapassar o contexto da common law. Uma de suas críticas a Dworkin era justamente que este não conseguira fazer uma teoria fora deste contexto.³⁸² A regra de conhecimento e o papel importante que os tribunais exercem em relação às normas limitam a comparação com a teoria positivista de Kelsen. Em Hart, por exemplo, não existe o conceito de ordenamento jurídico escalonado e as regras jurídicas comportam os princípios enquanto ‘standards jurídicos variáveis’. Neste sentido, o direito internacional não é objeto de

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (1977). Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 32-34.

³⁸¹ HART, op. cit., p. 49.

³⁸² “La teoría jurídica concebida de esta manera, como descriptiva y general, es una empresa radicalmente diferente a la concepción que Dworkin tiene de la teoría jurídica (o jurisprudencia, como frecuentemente la denomina), en parte evaluativa y justificativa y dirigida a una cultura jurídica particular, la cual es, usualmente, la del propio teórico y, en el caso de Dworkin, ésta es la del derecho angloamericano.” (HART, op. cit., p. 12.)

reflexão de Hart e o mesmo pode ser dito acerca do debate sobre a norma fundamental. Reforça-se a idéia que o positivismo jurídico de Hart é mais influenciado por John Austin do que por Hans Kelsen em termos de conteúdo teórico.

Em 1970 Joseph Raz publica a primeira edição da obra 'The concept of Legal System: an introduction to the theory of legal System'. Apesar de ter seu nome associado a Hart – Raz inclusive organizou a edição póstuma do Post Scriptum – a obra é influenciada por Bentham, Austin, Kelsen e Hart. Nesta, existe a clara preocupação de pensar o direito enquanto sistema muito embora este sistema não tenha a aceção de um ordenamento jurídico, mas sim a aceção que a existência de um vínculo apropriado entre uma regra e instituições a converte em regra de direito.³⁸³ O argumento de Raz se ocupa em grande parte com a natureza deste vínculo. O livro se baseia na tese de doutorado de Raz na Universidade de Oxford sob orientação de H. Hart o que explica a influência de idéias como a da regra de reconhecimento.

No 'The Concept of Legal System' Raz está empenhado em identificar a natureza do vínculo entre a regra e as instituições relevantes que convertem a regra em uma regra de direito.³⁸⁴ Raz aprofunda as noções da regra de reconhecimento de Hart numa perspectiva de sistema jurídico e não está preocupado em propor um conceito de norma jurídica. Por sinal, para Raz a noção de norma depende da teoria sobre o sistema jurídico.³⁸⁵ Discorda de Hart e Kelsen em diversos pontos e faz

³⁸³ RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico: una introducción a la teoría del sistema jurídico* (1980). Traducción da 2ª ed., prologo y notas de Rolando Tamayo y Salmorán. Mexico: Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 1986. Prefácio à edição espanhola.

³⁸⁴ Ibidem, p. 5.

³⁸⁵ Ibidem, p. 11.

críticas tanto a norma fundamental em Hans Kelsen quanto a regra de reconhecimento de Hart.³⁸⁶

Para Raz a continuidade de um sistema jurídico não necessariamente é interrompida pela criação de novas disposições jurídicas originárias. Para ele isto não seria admissível em Hans Kelsen, ou seja, disposições originárias num sistema jurídico momentâneo deveriam estar lá desde a constituição do sistema. Um exemplo que dá é a outorga de independência a um país a qual autoriza as disposições jurídicas deste, mas ao mesmo tempo formam um sistema jurídico em apartado. A criação de uma nova disposição originária interrompe a continuidade de um sistema jurídico unicamente se é uma disposição de grande importância, pois a identidade dos sistemas jurídicos depende da identidade das formas sociais aos quais pertencem.³⁸⁷

Algumas palavras sobre as idéias de Raz são necessárias. O capítulo IX da 'The concept of Legal System: an introduction to the theory of legal System' Raz finaliza a exposição sobre a existência de sistemas jurídicos. Remete à noção de eficiência de um sistema jurídico e lembra que teóricos do direito argumentam que a existência de um sistema jurídico depende da eficácia do mesmo e da obediência às obrigações jurídicas, mas que estes mesmos teorizadores não fazem esforço por esclarecer o significado preciso de eficácia.³⁸⁸ A crítica de Raz é pontual. Eficiência é um termo central no positivismo jurídico kelseniano e a explicações sobre a percepção desta eficiência é um dos elementos centrais da vulnerabilidade da teoria pura do direito.

³⁸⁶ Ibidem, p. 239.

³⁸⁷ RAZ, op. cit., p. 226.

³⁸⁸ Ibidem, p. 243.

Apesar de o direito internacional não constar nas reflexões de Raz algumas de suas reflexões contribuem significativamente para esta pesquisa em pelo menos quatro sentidos. O primeiro é que Raz propõe a noção de sistema jurídico no qual a justificação da norma é dinâmica. Segundo, resgata de forma organizada as contribuições de Bentham, Austin, Kelsen e Hart e permite desta forma estabelecer um código genético do positivismo jurídico que este trabalho incorporou. A terceira contribuição é fornecer argumentos que permitam perceber o direito enquanto um sistema já que uma regra é jurídica porque pertence a um sistema de regras que possui um caráter de direito. Este segundo aspecto confronta a noção de Kelsen de validade e do direito unificado pela norma fundamental. O último aspecto diz respeito às críticas à obra de Kelsen em particular à norma fundamental que será retomada no terceiro capítulo.

Os programas de pesquisa na área de relações internacionais têm contribuído substancialmente com os debates sobre direito internacional. Este conjunto de reflexões engloba não somente juristas e oferece novas perspectivas de observação do direito internacional. O diálogo dos temas jurídicos com outras áreas como a ciência política e a sociologia permitem verificar não somente o que a norma internacional é, mas também de que forma ela atua no sistema internacional.

A conceituação de normas proposta por Wendt na obra *Social Theory of International Relations*, é “I prefer to say that norms are shared beliefs which may or may not manifest in behavior depending on their strength, but norms can only have effects if they are so manifested.”³⁸⁹ A tentativa de Wendt de dialogar com o realismo estrutural de Kenneth Waltz torna a conceituação mais ampla e serve melhor ao

³⁸⁹ WENDT, Alexander. *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 185.

debate entre as diversas escolas e tendências em Teoria de Relações Internacionais. Outro fator relevante na obra em referência é que o autor busca argumentar no sentido de as idéias serem constitutivas e capazes de modificar as 'estruturas' no sentido conferido por Kenneth Waltz. Entende-se que esta concepção aberta do conceito de normas propicia uma linguagem franca entre as diversas escolas e tendências dos discursos teóricos referentes ao Direito e às Relações Internacionais.

Se existem normas enquanto 'crenças compartilhadas que podem ou não gerar comportamentos' há que haver um fator que as legitime, ou seja, que faça com que os atores em relações internacionais se comportem segundo uma norma antecipadamente manifestada. Neste sentido, o conceito de legitimidade vincula-se diretamente à dinâmica de regras num contexto social determinado o que leva parte dos estudos acadêmicos a debater os limites do direito a partir das fronteiras de seu fator legitimador.

Outra conceituação de normas é a proposta por Friedrich V. Kratochwil, influenciada pela teoria da ação comunicativa e dos atos da fala que segundo o autor permitem analisar o papel das normas na vida internacional de uma nova forma. A menção a este conceito é possibilitar uma visão diversa da sociológica de Wendt como também da de Kelsen, mas evidentemente também fazendo referência a um sistema integrado no qual a legitimidade possui um papel fundamental:

"I shall simply note that while all norms are directives, not all directives function like norms, and while all rules are norms, not all norms exhibit rule-like characteristics. (...) Actors also have to resort to norms when they want to air their grievances and establish the various obligations that result from general prescriptions and the utilization of certain speech acts. (...) The difficulties with the systemic conception largely have to do with the

inappropriate static representation of norms as logical hierarchies that leaves out the process of interpretation and judicial law making.”³⁹⁰

Neste tipo de campo conceitual a legitimidade distancia-se do campo normativo contratualista na medida em que reconhece que a normatividade é informada e validada por relações sociais mais complexas do que normas válidas superiores. Tanto Kratochwil quanto Wendt formulam conceitos de norma com acentuado viés político e societário e desta forma suscitam questões sobre legitimidade, legitimação e law-making mais complexas de serem respondidas.

Pergunta-se então que tipos de comandos interessariam ao direito internacional? Este parece ser um desaguar interessante das reflexões efetuadas até aqui. A questão que pode parecer meramente tautológica assume contornos que interferem na adoção do conceito instrumental de direito, de regras ou de normas internacionais a ser adotado neste trabalho. Na verdade pergunta-se a que tipo de regras ou normas refere-se as reflexões teóricas das disciplinas de direito internacional e teoria política? Se normas são regras válidas, a obrigatoriedade de uma lei depende de seu processo de validação. Este processo de validação seria o que se entende por legitimidade nas assunções teóricas do direito e das relações internacionais?

Alexander Somek, em artigo recente denominado ‘Kelsen lives’ afirma que conceito de sistema de normas conforme o proposto por Hans Kelsen é de limitada aplicabilidade no direito internacional:

“The claim of this type of theory is, in a legal context, that traditional beliefs in the regulatory import of norms and the governing effect of a legal hierarchy have no reality. All normativity is bound to collapse in practice. As

³⁹⁰ KRATOCHWIL, Friederich V. Rules, norms and decisions – on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. pp. 9, 10 e 18.

regards public international law, it is the very belief in the existence of a (unified) system of public international law that is put into question.”³⁹¹

A norma para Hans Kelsen é uma regra jurídica válida e a validade depende de uma norma superior também válida. Em termos práticos o ordenamento jurídico internacional que obedeça a um sistema hierárquico de normas nunca chegou a se efetivar universalmente. A própria dificuldade dos juristas internacionalistas em lidar com a identificação inequívoca da norma ‘jus cogens’ evidencia a falta de unanimidade teórica sobre esta questão.³⁹²

Normas de direito internacional dependem de complexos processos de legitimação que em última instância dependem de opções pragmáticas de natureza política. O conteúdo e o comando mesmo da norma dependem da atribuição de significado moral e semântico a ela dentro de sistemas políticos. O principal sistema jurídico no plano internacional é o sistema de Estados e Organizações Internacionais, mas existem também sistemas regionais, transnacionais e supranacionais. Este cenário de sistemas políticos cria relações mais complexas de criação de normas e legitimação.

Se normas são regras válidas a obrigatoriedade de uma lei depende de seu processo de validação. O exame do conceito de normas em Austin, Kelsen, Hart e Raz procura tornar claro que na teoria jurídica o conceito de normas jurídicas possui diferentes acepções. Acrescentar a contribuição de outros autores serve para evidenciar no quanto as teorias dispensam diferentes tratamentos às normas jurídicas. A noção de norma invariavelmente aponta para processos políticos e critérios de reconhecimento de normas enquanto válidas. Neste momento surge a

³⁹¹ SOMEK, Alexander. Kelsen Lives. In: *The European Journal of International Law Vol. 18 nr. 03*. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 416-417.

³⁹² UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. Approved in 13 April 2006. pp. 183-184.

pergunta sobre a fundamentação do direito na sociedade e quais os fatores não ligados à coerção que interferem no cumprimento da norma.

Este capítulo ofereceu elementos sobre a construção teórica do conceito de legitimidade no direito internacional e a dogmática jurispositivista. Para empreender tal esforço foi necessário equilibrar a narrativa dos acontecimentos históricos com a reflexão teórica nos períodos estudados. Ir além da narrativa das circunstâncias históricas, admitir a narrativa histórica como resultado de percepções e interpretações socio-culturais e identificar no pensamento jurídico parte da consciência histórica de seu próprio tempo são caminhos que permitem reconstruir a história não somente enquanto a sucessão contingencial de fatos no tempo mas também como uma construção na qual a racionalidade se faz presente; por isso, a construção teórica do conceito de legitimidade e não somente a construção do conceito de legitimidade.

A questão da legitimidade, analisada sob a perspectiva histórica é uma das expressões do clássico tema da relação entre a teoria e a prática nas ciências sociais. Uma das manifestações deste tema está presente na relação entre a doutrina (teoria legal) e a prática jurídica, o ‘dentro’ e o ‘fora’ profissão do jurista. Martti Koskenniemi opina sobre estas questões em um texto em resposta às críticas ao seu “From Apology to Utopia”:

“I tend to think that, overall, the most promising responses to such queries come from some sort of Marxism and that any plausible view ought to recognise the reflexivity of “theory” and “practice” – the way the two co-construct each other. One must also be aware of the stakes that affect, at each level, the choice of alternative (theoretical or practical) orientations – that is to say, the role played by *power* in academic institutions and the contexts of legal practice.”³⁹³

³⁹³ KOSKENNIEMI, op. cit., acesso em: novembro de 2008. p. 1103.

A questão da legitimidade não escapa a este tipo de aproximação. Sujeitos de direito internacional consolidam suas práticas conforme os padrões jurídicos de seu tempo e estas práticas formam outros padrões normativos que serão a moldura de posteriores reconhecimento de normas tidas como jurídicas. Nem sempre a teoria e a prática andam coordenadas, existem movimentos sincrônicos e diacrônicos entre a prática dos Estados e a reflexão acadêmica e da mesma forma a reflexão intelectual pode ter um descompasso em relação ao seu tempo tanto apontando para o direito do futuro quanto sustentando posturas anacrônicas. Reconhecer o descompasso é primeiro passo para o aprimoramento teórico

A estrutura da sociedade e a semântica do direito estão mediante um processo circular – ou senoidal – acopladas uma à outra.³⁹⁴ A noção de decisão no direito internacional, no sentido da criação ou reconhecimento de normas jurídicas válidas pode ser uma pergunta com regresso ao infinito se considerarmos que o que é tido como direito é resultado de decisões tomadas por sujeitos detentores de capacidade jurídica num dado contexto societário. Ocorre que nem todas as decisões políticas são reconhecidas como criadoras de direitos, ou seja, reconhecidas enquanto normas - ou regras – jurídicas pelo sistema de direito enquanto um subsistema da sociedade.

A partir do reconhecimento da alteração dos padrões normativos em função da mudança nos padrões societários é possível propor uma metáfora: a

³⁹⁴ “Gesellschaftsstruktur und rechtssemantik sind dadurch in einen zirkulären Prozess miteinander verknüpf.”(FISCHER-LESCANO, Andréas; CHRISTENSEN, Ralph. Auctoritatis Interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie. In: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*. Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 2005. p. 219).

história é o sol, o direito são os objetos e a legitimidade são as sombras³⁹⁵. A partir a observação dos fenômenos jurídicos na perspectiva histórica é possível perceber que ‘algo’ acompanha a mudança nos padrões normativos. Contudo, esta sombra só é possível mediante a observação do movimento dos padrões jurídicos na história os quais permitem observar que o direito muda assim como a sociedade muda.

A partir destas observações dos sistemas jurídicos na sociedade a partir da ótica histórica também é possível observar que o padrão das decisões, o ‘Rechtsgefühl’ e a autoridade não obedecem a um padrão constante. Logo, a legitimidade de normas também não permanece constante. Importante ressaltar que a legitimidade não obedece ou muda conforme os padrões culturais, a estrutura social e a semântica do direito, pois o direito é ao mesmo tempo um subsistema do sistema social e um meio de transformação da sociedade. O direito é por natureza inconformado. Na perspectiva de que o direito não se adapta à sociedade mas sim procura transformá-la é mais acertado afirmar que a legitimidade altera-se assim como os padrões societários são alterados do que afirmar que a legitimidade altera-se em razão das mudanças nos padrões societários.

A leitura que as teorias legais fazem da legitimidade – conforme o contexto amplo que este conceito assumiu ao longo do século XX – segue a

³⁹⁵ A metáfora não é original do autor e foi adaptada dos comentários do Prof. Rudolf Wiethölter ao texto de Rudolf Jhering “Über die Entstehung des Rechtsgefühles” que é resultado dos registros das preleções de Jhering em um encontro ocorrido em doze de março de 1884. A citação original é “O sol é a história, o direito são os objetos e a sombra é o sentimento de direito (tradução imperfeita para Rechtsgefühl).” Entende-se apropriada a utilização do termo legitimidade em vez de Rechtsgefühl, o qual também não encerra devidamente o significado de ‘Rechtsgefühl’. Rechtsgefühl por sua vez diz respeito a uma série de elementos que acompanham o direito, mas não são considerados direito, a saber, a cultura, os padrões sociais, o sentimento de justiça, o convencimento do juiz, os princípios norteadores, todos eles dependentes dos fatos da história. Neste sentido: “Unser Rechtsgefühl also ist abhängig von den realen Thatsache, die sich in der Geschichte verwirklicht haben; aber es geht über die Thatsachen hinaus, weil es eben das Concrete verallgemeinert und zu Sätzen führt, die in den Einrichtungen nicht in dieser Weise enthalten sind.” (JHERING, Rudolf von. *Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene S.P.A., 1986. p. 19)

estrutura senoidal da relação entre estrutura da sociedade e a semântica do direito em função da doutrina de direito ser parte dos discursos teóricos legais. O conceito de legitimidade participa da história das idéias como um conceito quase-legal e quase-político o qual incorpora novas interpretações a partir da observação do comportamento dos atores sociais, mas também leva consigo nos discursos teóricos as heranças ou resíduos das formulações teóricas dos períodos anteriores. Logo, a formulação de teorias legais que consigam responder à dinâmica e à natureza do direito internacional no alvorecer do século XXI presta inevitavelmente tributo ao acúmulo teórico observável na história das idéias jurídicas.

Diversos elementos teóricos e históricos contribuíram para o aparecimento da teoria pura do direito de Hans Kelsen. No plano histórico o surgimento dos Estados na forma de unidades políticas dotadas de capacidades jurídicas no sentido de atribuição de personalidade numa perspectiva de mútuo reconhecimento em relação às outras unidades políticas. No plano das idéias o deslocamento do eixo de justificação de comandos jurídicos do direito natural para o direito positivo o qual recebe diferentes explicações teóricas a fim de justificar a validade normativa, ou seja, a obrigatoriedade de normas.

As formas adotadas para a justificação da ordem jurídica no interior dos Estados sofrem variações segundo os períodos históricos e também segundo a forma de governo adotada. Como resultado destes processos históricos, nas sociedades contemporâneas, após a sedimentação de princípios societários em nível internacional, a legitimidade constitucional passou a funcionar como um instrumento de validade normativa. Por sua vez, a legitimidade no direito internacional é um assunto desafiador na medida em que, para compreendê-lo, não

é possível utilizar os mesmos critérios da legitimidade estatal. A Constituição na forma de uma norma fundamental nacional determina o que é direito válido e o que não é (mesmo que isto seja decidido por uma autoridade reconhecida constitucionalmente) e assim é possível a partir do particular (legalidade) chegar à questão do fundamento de um sistema jurídico (legitimidade).

Dado que no direito internacional não existe uma Constituição a forma de reconhecimento de normas tidas como normas jurídicas válidas poderia, em tese, indicar o fundamento de legitimidade do direito internacional. O capítulo seguinte se ocupa deste problema na medida em que examina a norma fundamental no positivismo jurídico kelseniano enquanto conceito teórico que indica o fundamento de legitimidade do direito internacional.

Capítulo III

3 A RESPOSTA DA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN À QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

O terceiro capítulo tem por objetivo tratar da resposta da teoria das normas de Hans Kelsen à questão da legitimidade no direito internacional contemporâneo. Para tal divide-se o capítulo em três partes: a primeira tem por objetivo descrever em linhas gerais a teoria jurídica de Hans Kelsen, a segunda trata da norma fundamental na teoria pura do direito e a terceira trata da resposta do positivismo jurídico kelseniano à questão da legitimidade. Considerando a quantidade de informações com a quais o pesquisador tem que lidar para dar conta destes temas procura-se deixar claro nesta introdução o que é e o que não é do interesse deste capítulo.

Descrever o positivismo jurídico kelseniano é o objetivo da primeira parte deste capítulo. Obviamente o pesquisador depara-se com difíceis escolhas para conseguir dar conta deste objetivo. Tendo que a produção teórica de Hans Kelsen é muito extensa, o recorte temático faz com que objetivo do capítulo não assumam a pretensão da revisão total da literatura. Ainda assim, algumas referências não diretamente relacionadas com o tema da norma fundamental e com a questão da legitimidade serão mencionadas. Isto significa que se opta por compreender Hans Kelsen a partir da descrição de seu tempo, de suas influências, de suas obras e dos aspectos mais significativos de sua teoria.

‘Como falar de norma fundamental em Hans Kelsen sem fazer remissões a Emanuel Kant?’ ‘Como falar em teoria pura do direito sem fazer referência ao Círculo de Viena?’ E, o mais importante: ‘como escrever sobre estes tópicos de forma ponderada, na estrita observância do objetivo particular do capítulo e geral do texto da tese de doutoramento?’ Com a finalidade de fazer menção à toda informação considerada importante para a compreensão dos principais argumentos desta pesquisa admite-se que em algum momento o texto possa parecer denso ou fluido demais. Esta percepção depende também do nível de conhecimento do leitor acerca do positivismo jurídico kelseniano. Assim, as informações desta primeira parte foram escritas tendo como referência a necessidade de cumprir objetivos determinados descritos na introdução deste trabalho.

A segunda parte do capítulo procura localizar a norma fundamental dentro do positivismo jurídico kelseniano. A análise mais detida deste tópico refere-se à norma fundamental na perspectiva do direito internacional. Para tal, as principais fontes pesquisadas foram obras de Kelsen acerca de teoria geral do direito e os comentários doutrinários referentes a este assunto. Recorreu-se também a elementos exógenos à teoria pura, fazendo referências principalmente aos trabalhos tardios de Kelsen sobre direito e política internacional. Tendo que a norma fundamental na teoria das normas talvez encontra-se dentre os tópicos mais debatidos da teoria jurídica muito foi escrito sobre o assunto tanto por Kelsen quanto por seus comentadores. A revisão da literatura permite perceber que o tema ainda hoje é tão fascinante quanto controvertido.

A terceira parte do terceiro capítulo trata da resposta da teoria das normas à questão da legitimidade. Hans Kelsen não associou a norma fundamental

à questão da legitimidade embora faça menção aos dois conceitos em sua teoria. Importante ter presente que o que Hans Kelsen compreendia por legitimidade não reflete a rede de significados que o conceito assumiu a partir da segunda metade do século XX. Este capítulo não analisa a norma fundamental no sistema kelseniano somente a partir da noção kelseniana de legitimidade, mas procura ir além e analisa a a partir do referencial teórico discutido no primeiro capítulo.

Este capítulo parte do pressuposto que existe um 'fenômeno' que atua no mundo jurídico que se chama 'legitimidade'. Existe legitimidade na medida em que existe a percepção de atores internacionais de que algumas normas ou decisões jurídicas são mais legítimas do que outras. A legitimidade é fruto da percepção dos atores em relação ao comportamento da norma. Ergo, existe a possibilidade de atores perceberem a legitimidade de normas e este fenômeno pode ser estudado a partir de uma perspectiva jurídica.

Argumenta-se neste capítulo que dado que existe a percepção de legitimidade de normas no sistema internacional este fator de legitimidade é respondido na teoria das normas de Kelsen pela norma fundamental. Em outras palavras, o local que a legitimidade ocupa na teoria pura do direito é o da norma fundamental. Isto significa que a norma fundamental na teoria pura do direito é o fator jurídico não coercivo e não positivado que exerce atração em direção ao cumprimento da norma. Logo, o objetivo na terceira parte deste capítulo não é provar que a norma fundamental exerce função relativa à legitimidade, mas sim que se existe um fator de legitimidade na teoria pura do direito no plano do direito internacional, este fator é a norma fundamental.

Ao longo deste capítulo trata-se da inaplicabilidade da norma fundamental de Hans Kelsen enquanto elemento legitimador de normas internacionais, mas esta argumentação na realidade perpassa todo o texto desta tese. Inaplicabilidade significa inadequação teórica e prática em relação ao direito internacional contemporâneo. Isto quer dizer que a fim de acrescentar argumentos que reforcem a hipótese de que a norma fundamental é inaplicável enquanto fator de legitimidade de normas internacionais argumenta-se tanto no campo teórico quanto no campo da observação da práxis jurídica.

O presente capítulo pode ser compreendido como um aprofundamento temático dos dois anteriores. Em particular no segundo capítulo já foram mencionados aspectos da teoria das normas de Kelsen que neste não precisam ser repetidos, somente retomados: a definição de norma no sistema jurídico kelseniano e a metodologia na teoria pura do direito. As reflexões deste capítulo permitem também compreender que diferentes sistemas jurídicos possuem diferentes respostas sobre a legitimação de regras, a partir do exame de uma teoria em específico. Complementa o segundo capítulo na medida em que permite identificar com maior objetividade as nuances da forma como Hans Kelsen compreendia o direito e as relações internacionais. Neste domínio, é possível ‘ler o mundo’ a partir da obra de Kelsen e compreender de que forma o autor compreendia que a legitimidade do direito internacional operava ou deveria operar.

3.1 Hans Kelsen: breves referências biográficas

Hans Kelsen nasceu em Praga, no ano de 1881. Lecionou na Universidade de Viena de 1917 até 1930. Foi autor intelectual da Constituição

Republicana e juiz da Corte Constitucional da Áustria durante nove anos (1921-1930). Desde o aparecimento de sua primeira obra teórica de fôlego, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, já dava mostras de talento didático e rigor metodológico. Depois se dirigiu à Colônia onde permaneceu até 1933 quando o governo nacional-socialista na Alemanha o expulsou da Universidade. Esteve então em Genebra e Praga (1933-1940) e dali para os Estados Unidos, onde lecionou nas Universidades de Harvard e Berkeley (Califórnia). Faleceu em 19 de abril de 1973, depois de ter se aposentado como professor em 1952.

A biografia de Hans Kelsen ajuda a compreender muitas de suas opções metodológicas e reforça a idéia da coordenação entre a atividade profissional e a vida privada. A condição de alemão e judeu para um jurista defensor da democracia e das cortes constitucionais ao longo do século XX insinua alguns dos elementos que podem suscitar o interesse não somente em sua obra teórica. Algumas curiosidades como ter que contentar-se com a faculdade de direito apesar da motivação pela filosofia;³⁹⁶ ter ajudado decisivamente a habilitação de Hans Morgenthau;³⁹⁷ ter interesse por psicologia, teologia e sociologia;³⁹⁸ ter adquirido sua primeira casa própria aos 65 anos,³⁹⁹ e, não ter sido convidado para a conferência que haveria de elaborar a Carta das Nações Unidas (por que, na opinião de Kelsen, o chefe da comissão americana não concedia muito valor às 'legalistic technicalities');⁴⁰⁰ indicam uma carreira menos gloriosa e uma formação teórica mais plural do que a fama da 'teoria pura' pode sugerir.

³⁹⁶ MÉTAL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen, vida y obra*. Traducción del alemán de Javier Esquivel. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976. p. 13.

³⁹⁷ Ibidem, p. 70.

³⁹⁸ CORREAS, Óscar (compilador). *El Otro Kelsen*. Mexico: Universidade Nacional Autônoma de Mexico, 1989.

³⁹⁹ MÉTAL, op. cit., p. 84.

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 85.

No período no qual Kelsen foi professor na Universidade de Viena esteve em estreito contato com os pensadores neopositivistas. A distinção que Kelsen faz entre *juízo de fato* e *juízo de valor* deixa claro que além do denominado Círculo de Viena, de Vaihinger e de Mach, do pensamento de Max Weber, ficou registrada em sua obra a noção de Emmanuel Kant quanto ao papel da ciência.⁴⁰¹ Contudo, a reflexão sobre a contribuição de Hans Kelsen para a ciência indica que não somente o 'Círculo de Viena' mas o ambiente intelectual da 'moderna' capital austríaca influenciaram suas opções metodológicas e seus resultados de pesquisa assim como também não somente Kant mas principalmente o neokantianismo foi decisivo em sua maneira de teorizar. A influência dos círculos intelectuais e do pensamento neokantiano são matéria das considerações subsequentes.

O período em que esteve nos Estados Unidos da América foi o que mais dedicou às questões internacionais. Aceitou o convite de Roscoe Pound para lecionar em Harvard como 'research assistant' onde havia recebido um doutorado honorífico em 1933. Para tal decidiu não aceitar o convite da New Scholl for Social Research de Nova York por ser uma cidade muito cara e carecer de meios de aí permanecer.⁴⁰² A permanência de Kelsen em Harvard não foi possível e o registro biográfico indica que esta decisão foi tomada de tal forma que nem se uma fundação lhe pagasse o soldo a universidade lhe permitiria permanecer pois isto implicaria na obrigação moral de sua permanência e, então, aceitou o convite da Universidade da Califórnia, Berkeley, inicialmente como 'visiting' e depois, a partir de 1945 como 'full

⁴⁰¹ "(...) não está em condições de pronunciar juízos de valor e, portanto, não está autorizada a isto. O que também se aplica à ciência do direito, ainda que esta seja considerada como uma ciência de valores. A exemplo de toda a ciência de valores, ela consiste no conhecimento dos valores, mas não pode produzir esses valores; ela pode compreender as normas, mas não pode criá-las." (REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Volume III. São Paulo: Edições Paulinas, 1991. p. 910).

⁴⁰² MÉTAL, op. cit., p. 83.

professor', ainda que não no departamento de direito mas sim no de ciência política e aí lecionou até sua aposentadoria.⁴⁰³

Hans Kelsen sempre evitou ser tido como um chefe de uma escola de pensamento jurídico, o que faz Losano observar que neste ponto diferenciou-se substancialmente de Freud. Seu biógrafo sustentara que o jurista aceitava críticas e correções de bom grado, conforme assim também o fez, mas “lo que lo irritaba y molestaba era solamente la tontería y la maldad.”⁴⁰⁴

3.1.1 O pensamento filosófico de Immanuel Kant

A teoria do conhecimento fornece os primeiros dados para a compreensão da obra de Kant a qual pretendia, entre outros, resolver o conflito entre os juízos analíticos dos racionalistas e os juízos sintéticos dos empiristas. Para compreender este capítulo da história da filosofia é necessário mencionar que René Descartes inaugura a separação entre mente e matéria sensível o que veio a desdobrar-se em duas correntes: (a) a racionalista, continental, de Spinoza, Malebranche e Leibnitz que apregoava os juízos analíticos a priori, ou seja, o conhecimento como anterior à experiência; e a (b) empirista, do Reino Unido, de Locke, Hume e Barkely que propunha os juízos sintéticos e que apresentava o mundo sem certezas e que o conhecimento se faz por acréscimo a partir de várias experiências sensíveis individuais. No racionalismo a sensação é uma ideação imatura e a intelecção é uma idéia clara; no empirismo a sensação é uma idéia clara e a intelecção é a generalização das sensações.

⁴⁰³ MÉTAL, op. cit., p. 84.

⁴⁰⁴ LOSANO, In: CORREAS, op. cit., p. 104.

O conhecimento humano, para Kant, é ligado à realidade, mas não depende unicamente desta. No conhecimento do objeto o que o transcende não é a realidade em si, mas nossa mente que a descobre segundo suas impressões sensitivas organizadas. A razão pura - denominada transcendental - é a legisladora da natureza - e a razão prática é a legisladora do agir frente a um mundo de fenômenos que nos confere liberdade.

Para Kant, o conhecimento pressupõe a sensibilidade e o entendimento. A sensibilidade dá o conteúdo que é submetido às categorias do entendimento. O conceito puro que tem origem só no entendimento sem a participação das intuições é chamado noção. Quando esta noção se torna transcendente, ultrapassando toda a possibilidade de experiência, tem-se a idéia ou conceito de razão. A idéia é criada pela faculdade da razão, como o conceito é produto do entendimento aliado à sensibilidade. A razão no sentido prático é o conceito fundamental do sistema moral Kantiano. A razão prática é aquela que não se preocupa em traduzir as leis dos fenômenos da natureza, mas em representar as leis segundo as quais o ser racional, dotado de liberdade, deve agir.

(...) a razão prática é a faculdade que temos de agir por princípios ou máximas, as quais somente tornam possível uma ação entendida como um acontecimento que tem origem na vontade. Dizer que o homem tem vontade é dizer que ele pode representar-se uma lei e agir de acordo com ela. Essa faculdade de determinar-se na ação segundo a representação de certas leis, ou seja, segundo máximas é a que Kant chama razão prática ou vontade. A razão teórica detecta as leis segundo as quais os objetos da natureza se relacionam. A razão prática ou vontade representa, a si, leis, segundo as quais o ser racional deve agir.⁴⁰⁵

No âmbito do conhecimento, a sensibilidade e o entendimento é o que tornam possível a síntese (juízos sintéticos), enquanto no mundo inteligível não podem oferecer qualquer contribuição, pois este pertence à esfera dos fins. No

⁴⁰⁵ GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 55.

âmbito do dever ser a razão é a faculdade criadora e não apenas reguladora. Mas, o dever ser exige uma causa originária que lhe dê fundamento: a liberdade. Importante para a posterior aplicação à construção *kelseniana* é que Kant postula a existência da ética universal, independente da experiência, pois, se:

(...) relativamente à natureza, a experiência dá-nos regra e é a fonte da verdade; no que toca às leis morais a experiência é (infelizmente) a madre da aparência e é altamente reprovável extrair as leis acerca do que devo fazer daquilo que se faz ou querer reduzi-las ao que é feito.⁴⁰⁶

A ética, como a entende Kant, não pode ser empírica, isto é, não pode fundar-se em princípios da experiência, mas apenas em princípios *a priori*. Os princípios éticos têm que ser necessariamente universais: não são fundamentados na natureza, mas sim nos princípios puros da razão. Embora a máxima da ação seja subjetiva, a lei moral é objetiva. Os princípios morais, já que não podem ser extraídos da natureza humana (da experiência), devem ser buscados *a priori*, em conceitos puramente racionais. Pelo fato do homem ser racional conhece a lei moral, mas pelo fato dual de ser também sensível, não necessariamente obedece à lei moral por causa de sua sensibilidade.

A razão impõe regras à ação humana através dos imperativos que podem ser hipotéticos ou categóricos. Os hipotéticos representam a necessidade de uma ação possível como meio de se alcançar um fim. Os categóricos mandam uma ação objetivamente, sendo esta boa por si mesma. Kant se pergunta como são possíveis esses imperativos categóricos, ou seja, como é possível ligar a vontade ao ato *a priori*. A resposta a esta pergunta é a busca pelo princípio supremo da moralidade, fundamento de moralidade que, na abordagem kantiana, é desenvolvido na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

⁴⁰⁶ KANT, apud GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 312.

O imperativo categórico é, pois uma proposição sintética a priori, na qual a conexão acontece através da liberdade. Uma vontade pura só pode ser representada como legisladora se puder ser contada como parte do mundo inteligível. Só a idéia de liberdade possibilita ligar a vontade empírica (afetada pela sensibilidade), posto que somente sob a idéia de liberdade o homem pode pensar-se agente.

O conceito de direito em Kant, no que se refere a uma obrigação a ele correspondente, diz respeito somente a três aspectos: primeiro, à relação externa e prática de uma pessoa com outra; segundo, não significa a relação do arbítrio de um com o desejo de outro, mas a relação do arbítrio de um com o arbítrio de outro, terceiro, essa relação recíproca do arbítrio não diz respeito à matéria do arbítrio.

Não obstante a influência do pensamento de Kant na obra de Kelsen seja inegável, existe debate sobre a medida desta influência. O transcendental nestes autores não coincide, mas há que se reconhecer o paralelo nas perguntas que ambos se impõem. Não é fácil estabelecer relações entre o funcionamento da norma fundamental na teoria jurídica de Hans Kelsen e a filosofia transcendental de Kant. Existe, contudo quem sustente esta posição. Dreier Horst afirma que assim como Kant, Kelsen⁴⁰⁷ busca fundamentar a ciência jurídica em autoridades metajurídicas

⁴⁰⁷ "Intrinkat ist die Frage, ob Kelsen sich im Hinblick auf die Funktion der Grundnorm in die Traditionslinie der Kantschen Transzendentalphilosophie stellen, also zwischen seiner Grundnormkonstruktion und Kants Lösung der Frage, wie syntetische Urteile a priori möglich seien, mit Recht eine Verbindung herstellen kann. Kelsen reklamiert eine solche Parallele – wenn auch nur per analogiam – ausdrücklich: 'So wie Kant fragt: wie ist eine von aller Metaphysik freie Deutung der unseren Sinnen gegebenen Tatsachen in den von der Naturwissenschaft formulierten Naturgesetzen möglich, so fragt die Reine Rechtslehre: wie ist eine nicht auf metarechtliche Autoritäten wie Gott oder Natur zurückgefremdende Deutung des subjektiven Sinnes gewisser Tatbestände als ein System in Rechtssätzen beschreibbarer objektiv gültiger Rechtsnormen möglich?'" (HORST, Dreier. *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1990. pp. 56-57).

como Deus ou a natureza perguntando como é possível um sistema objetivamente válido de normas.

Esclarecedoras são as inúmeras referências à filosofia moral de Kant nas notas explicativas da edição da 'Teoria Pura do Direito' de 1961. A diferenciação entre a moral e o direito positivo são elementos de convergência entre estes dois autores. Com o passar do tempo o dever ser na teoria pura do direito perde a característica de uma categoria transcendental – a qual poderia remeter ao imperativo categórico de Kant – para assumir uma categoria de um comportamento social primitivo, um dever ser enquanto atos do costume que formam uma natureza determinada de modo obrigatório de comportamento.⁴⁰⁸

A partir da análise das obras que compõem o núcleo duro da teoria pura do direito é possível perceber um gradiente que parte da forte influência da filosofia transcendental de Kant na primeira versão da 'Teoria Pura do Direito' de 1934 perpassando menções críticas na edição de 1961 e que culmina na rejeição da aplicação do conceito de razão prática na 'Teoria Geral das Normas' de 1979. Nesta última versão expõe que por meio da razão pode-se reconhecer e conceituar normas, mas não criá-las. A razão enquanto legislador é um conceito central na filosofia kantiana, mas esta razão prática é uma razão divina nos homens. Assim na filosofia kantiana a norma não é conceituada no sentido da vontade, mas como um

⁴⁰⁸ Estes tópicos serão retomados, ainda, na menção às obras teóricas de Hans Kelsen. Nas seções em que Kelsen trata do dever ser nas diferentes versões da teoria das normas é possível identificar estas variantes, a saber, 'o dever-ser enquanto categoria transcendental' na versão de 1934 (KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). Studienausgabe der 1 Auflage 1934. Herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 33), 'o dever ser enquanto uma categoria originária ou primitiva', na versão de 1979 (KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*. op. cit., pp. 37ss p. 2).

ato do pensamento baseado, segundo as anotações de Kelsen, numa especulação teológico-metafísica.⁴⁰⁹

Dentre estas críticas além da não aceitação do conceito kantiano de razão prática no período tardio, destacam-se as referências que Kelsen faz ao problema da liberdade em Kant, em especial nos comentários à crítica da razão pura que considera sua obra mais representativa. Em síntese, Kelsen faz duas críticas à filosofia kantiana, a saber, quanto à impossibilidade de cognição dos objetos em si que é para Kelsen contraditória com a questão da liberdade e quanto ao dever ser enquanto imperativo categórico:

Visto não poder negar-se a determinação objetiva da vontade pela lei da causalidade, muitos autores crêem que podem fundamentar a possibilidade da imputação no fato subjetivo de que o homem, não sendo na verdade livre, no entanto se considera como livre, ainda que erroneamente. Do fato de o homem se considerar livre, conclui-se que ele sente arrependimento e remorsos quando pratica uma ação moral ou juridicamente má. Isso, porém, não está certo. Não são de forma alguma todos os homens que sentem arrependimento e rebates de consciência como consequência de um ato mau que praticaram.⁴¹⁰

As normas exteriores só existem no Estado civil, ou seja, após o homem sair do estado de natureza e estabelecer o *Contrato Social*.⁴¹¹ Sobre o contrato social é oportuno fazer menção ao distanciamento de Kelsen da perspectiva contratualista do jusnaturalismo que alcançou grande repercussão ao longo dos

⁴⁰⁹ "Mittels der Vernunft kann man die – von einer Autorität durch Willensakte gesetzt – Normen erkennen, kann man Begriffe, kann man aber nicht Normen erzeugen. Die Vernunft als moralischer Gesetzgeber ist der Zentralbegriff der Kantischen Ethik. Aber diese Vernunft ist nach Kant die praktische Vernunft, und diese ist – wie die göttliche Vernunft – zugleich Denken und Wollen, und ist, sieht man näher zu, die göttliche Vernunft im Menschen, die Vernunft Gottes, an der Mensch, als von Gott nach seinem Ebenbild geschaffen, teil hat. Auch der in der Lehre vom Vernunftrecht unternommene Versuch, die Norm nicht als Sinn eines Willens-, sondern eines Denkaktes zu begreifen, beruht auf metaphysisch-theologischer Spekulation, und steht und fällt mit dieser." (KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*. op. cit., p. 6).

⁴¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 67.

⁴¹¹ "Na Idade Média, floresceu a idéia de que a autoridade dos governantes se fundava num contrato com os súditos: o *pactum subjectionis*. Por este pacto, o povo se sujeitava a obedecer ao príncipe enquanto este se comprometia a governar com justiça. (...) No século XVII, Hobbes, no *Leviatã*, e Locke, no tratado do governo civil, desenvolveram a concepção de que a própria sociedade se funda num pacto, num acordo ainda que tácito entre os homens. A mesma idéia foi difundida por Rousseau às vésperas da revolução Francesa, no *Contrato Social*." (FERREIRA FILHO, M. *Curso de Direito Constitucional*, 1990, pp. 5-6).

séculos dezessete e dezoito e na qual os conceitos de liberdade e igualdade são centrais. Na obra 'Peace through Law' de 1944 Kelsen adverte que esta suposição contratualista havia há muito sido substituída pela hipótese que o Estado surge a partir de conflitos hostis entre grupos sociais de diferentes estruturas econômicas. Utiliza-se aqui a oportunidade do momento de menção às críticas de Kelsen à Kant para situar a concepção sociológica de formação do Estado orientadora das reflexões de Kelsen.⁴¹²

A noção que o Estado surge a partir da competição de grupos sociais matizados por diferentes caracterizações econômicas, em última análise, se observada com detenção, revela que o que Hans Kelsen acolheu das contribuições sociológicas parece não corresponder ao que propõe como fundamento jurídico do Estado. Kelsen recusa o momento mágico, supletivo, da explicação contratualista e indica a hipótese do reconhecimento das relações de fato, ou seja, que o Estado é simplesmente reconhecido como um 'estado' de relações sociais. No campo da teoria jurídica, ao contrário, propõe a fundamentação jurídica do Estado através da norma fundamental em detrimento do reconhecimento sociológico e histórico do 'estado' das relações políticas. Em Habermas o argumento é simbiótico: quando criticado que é não é possível precisar em qual momento a sociedade internacional sai do estado de natureza responde que inexistente um 'momentum'; que isto é suposto. A saída do Estado de natureza no Estado nacional é assim como na sociedade internacional o que permitiria a constitucionalização do direito internacional.⁴¹³

⁴¹² "The supposition maintained by the natural law doctrine of the seventeenth and eighteenth centuries that the State originates in a social contract concluded by sovereign individuals in a state of nature long since has been abandoned replaced by another hypothesis according to which the State comes into existence through hostile conflicts between social groups of different economic structure." (KELSEN, *Peace through law* (1944). op. cit., p. 6)

⁴¹³ "Nach meiner Vermutung lässt sich Nagels (N.A.: o crítico de Habermas) begrifflicher Einwand gegen die demokratische Konstruktion einer entstaatlichen Weltverfassung von einer falschen

Existe, portanto, a legislação interna (moral) e a legislação externa (jurídica). A liberdade interna gera a obrigação moral, e a liberdade exteriorizada gera a obrigação jurídica, garantida por um sistema de coação, onde o legislador figura como alguém que busca sistematizar e positivar os princípios das categorias *a priori* que fundamentam o direito. Tratando da distinção entre legislação interna e externa, da qual decorrem deveres internos e externos, afirma Bobbio:

Como deve ser entendido o uso que Kant faz dos atributos interno e externo referentes à distinção entre moralidade e legalidade? Deve-se entender, neste sentido: a ação legal é externa pelo fato de que a legislação jurídica, dita, portanto legislação externa deseja unicamente uma adesão exterior às suas próprias leis; ou seja, uma adesão que vale independentemente da pureza da intenção, com a qual a ação é cumprida, enquanto a legislação moral, que é dita portanto, interna, deseja uma adesão íntima às suas próprias leis, uma adesão dada com intenção pura, ou seja, com a convicção da bondade daquela lei.⁴¹⁴

Pode-se afirmar com Habermas que há uma subjacente reconstrução da idéia platônica segundo a qual a ordem jurídica copia e, ao mesmo tempo concretiza no mundo fenomênico a ordem inteligível de um mundo de fins, ou seja, a norma parte do arbítrio não da moral, a partir de uma limitação do princípio da moral pelo princípio do direito: “A partir dessa limitação, a legislação moral reflete-se na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos”⁴¹⁵. Posteriormente, haverá uma avaliação da filosofia de Kelsen que a norma por existir, promove a justiça e é eficiente, o que o distancia da proposta de complementação entre moral autônoma e direito positivo.

Analogie in die Irre Führen. Die Analogie zum Gesellschaftsvertrag legt im Hinblick auf die Konstitutionalisierung des Völkerrechts die gleiche Abstraktion eines Naturzustandes nahe, die in der Tradition des Vernunftrechts vorgenommen worden ist, um einen kritischen Masstab für die Konstitutionalisierung des Staatenrechts zu gewinnen. (...) Dem klassischen Fall ist das Gedankenexperiment eines ‘Ausgangs aus dem Naturzustand’ angemessen, welches die Staatsgewalt so rekonstruiert, als sei sie aus dem vernünftigen Willen freier und gleicher Individuen hervorgegangen.” (HABERMAS, Jürgen. Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten weltgesellschaft. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21 Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008. p. 369)

⁴¹⁴ BOBBIO, op. cit., p. 56.

⁴¹⁵ HABERMAS, op. cit., p. 140.

A influência de Kant sobre o pensamento jurídico no século XX é inegável, principalmente dentre os juristas de língua alemã. A este respeito, talvez um dos elementos mais marcantes da genética da teoria pura do direito esteja da herança kantiana: a fundamentação do direito não na natureza, mas na razão. A formulação definitiva da norma fundamental como ato puro do pensamento⁴¹⁶ é uma expressão desta concepção jurídica. Por outro lado, o descolamento da teoria pura em relação à influência kantiana é perceptível no abandono do dever ser enquanto categoria transcendental.

András Jakab faz um interessante estudo sob a influência de Kant sobre Kelsen a partir da perspectiva do direito internacional. Joakab afirma que Hans Kelsen é o mais famoso jurista a aplicar princípios neokantianos, influenciado pelo pensador de Marburg Hermann Cohen mas também Rudolf Stammler.⁴¹⁷ Atribui ainda, e com razão, como será tratado nos tópicos subsequentes deste capítulo, que a teoria do reconhecimento neokantiana é um dos recursos – senão o principal – mais decisivos na formulação da norma fundamental na teoria pura do direito. Em relação à norma fundamental afirma que Kelsen parte de duas premissas de teoria da ciência neokantianas: a disparidade entre ‘ser’ e ‘dever ser’ e a objetividade científica.⁴¹⁸

⁴¹⁶ “Die Grundnorm einer positiven Moral – oder Rechtsordnung ist –wie aus dem Vorhergehenden ersicht – keine positive, sondern eine bloss gedachte (...)” (KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlassherausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchlandung, 1979. p. 206).

⁴¹⁷ JAKAB, András. Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik. In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Vol. 64 (2004). Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2004. pp. 1045-1057. Disponível em: <http://www.zaoerv.de>. Acesso em: janeiro de 2009.

⁴¹⁸ “Kelsen geht von zwei neukantianischen wissenschaftstheoretischen Prämissen aus: Nach der einen sind Sein und Sollen streng getrennt (Disparität von Sein und Sollen). Nach der zweiten verlangt Wissenschaft Objektivität. Nun soll näher darauf eingegangen werden, wie diese zur Konstruktion der Grundnorm geführt haben.“ (JAKAB, András. Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik. In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Vol. 64 (2004). Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2004. p. 1046. Disponível em: <http://www.zaoerv.de>. Acesso em: janeiro de 2009

Haase comenta que Kant influencia a teoria pura do direito de diversas formas. A fonte do ordenamento é tanto para Kant como para Kelsen o Sollen (dever ser) baseado numa vontade livre. Para ambos há diferença entre ser e dever-ser. Os pensadores também se entendem quanto ao ordenamento do Estado como 'obra de arte' como organismo e como sistema. Kant e Kelsen diferenciam-se na determinação do conteúdo da norma fundamental: enquanto para o positivismo jurídico o 'pesquisador' não pode determinar a norma fundamental por meio da razão, para Kant o mais alto fundamento de validade só pode ser encontrado pela razão.⁴¹⁹

Na Teoria Geral das Normas de 1979,⁴²⁰ a qual pode ser considerada a última obra teórica de Hans Kelsen, a referência à filosofia moral kantiana ainda está presente. Sobre o imperativo categórico escreve Kelsen que Kant ignora que não seja um imperativo, e que isto significa não ser uma norma, não ser um dever-ser, mas sim um dever. Noutra passagem da mesma obra tenta evidenciar a contradição de em Kant a moral ser independente da religião já que o dever ser possui uma natureza que só pode ser divina.⁴²¹

Apesar do interesse em registrar a discordância com a filosofia moral kantiana, a base teórica para a reformulação da teoria acerca da norma fundamental

⁴¹⁹ "Kant und Kelsen unterscheiden sich freilich in der Bestimmung des Inhalts der Grundnorm. Während für den Rechtspositivisten Kelsen der Betrachter die Grundnorm nicht durch seine Vernunft bestimmen kann, ist bei Kant der die Grundnorm nicht durch seine Vernunft bestimmen kann, ist bei Kant der höchste Geltungsgrund ausschließlich in der Vernunft zu suchen." (HAASE, Marco. *Grundnorm, Gemeinwille, Geist: Der Grund des Rechts nach Kelsen, Kant und Hegel*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 184)

⁴²⁰ Ocupar-se aqui dos argumentos de Kelsen em relação ao imperativo categórico kantiano seria demasiado descritivo e detalhista já que o argumento final desta sessão foca no distanciamento de Kelsen da influência direta da filosofia moral kantiana. Neste sentido: "Was Kant einen Imperativ der Geschicklichkeit nennt, ist ein Imperativ, dessen Bedingung ist, dass der Adressat etwas Bestimmtes will. Ein solcher muss aber kein hypotetischer Imperativ sein. Das ignoriert Kant. Und was Kant einen 'Imperativ der Geschicklichkeit' nennt, ist gar kein Imperativ, das heisst gar keine Norm, kein Sollen, sondern ein Müssen." (KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*. op. cit., p. 12).

⁴²¹ KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen* op. cit., p. 65.

viria da contribuição de um neokantiano: Hans Vaihinger (1852-1933) com a obra ‘Philosophie des Als-Ob’.⁴²² Esta obra de Vaihinger por sua vez é influenciada não somente por Kant mas também por Hegel, Mill e pela literatura das três últimas décadas do século XIX, a voluntarista (Fichte, Darwin, Windelband, Rickert), pela teoria do conhecimento de Mach com a ‘Analyse der Empfindungen’ de 1886 e Avenarius com a ‘Kritik der reinen Empfindungen’ (1888) e a filosofia de Friederich Nietzsche e Schopenhauer.⁴²³

Vaihinger postulava que o homem não pode conhecer a realidade do mundo e como conseqüência constrói sistemas de pensamento que assumem esta realidade como alcançada. Para ele, entre o falso e o verdadeiro não existiria uma fronteira tão abissal como comumente se caracteriza pois são conceitos referentes ao modo de raciocinar sobre o mundo externo.⁴²⁴ Assim, o homem comporta-se ‘como se’ (‘als-ob’) o mundo correspondesse a esta descrição. Isto torna controversa a influência tardia de Kant sobre Kelsen, já que um dos pontos centrais da discordância de Kelsen com a filosofia do conhecimento de Kant é a impossibilidade de conhecer o mundo.⁴²⁵

A reformulação da norma fundamental enquanto ficção faz Kelsen abandonar a caracterização enquanto hipótese. Kelsen não explica o porquê

⁴²² “Fiktion im Sinne der Vaihingerschen Philosophie des Als-Ob (...)” (KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*. op. cit., p. 206)

⁴²³ VAIHINGER, Hans. *Die Philosophie des Als Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Neudruck der 9. 10. Auflage leipzig 1927. Aalen: Scientia verlag, 1986. pp.VIIIss.

⁴²⁴ Ibidem, p. 193

⁴²⁵ “De resto a coisa em si desempenha na filosofia de Kant um papel muito questionável. No trabalho mais representativo da sua filosofia, a *Kritik der reinen Vernunft*, diz ele: “O que possam ser os objetos em si e enquanto isolados de toda a receptividade dos nossos sentidos, isso permanece para nos completamente incógnito”; e: “O que possam ser as coisas em si não o sei, e também não preciso saber, que nunca uma coisa me aparece senão no seu fenômeno (manifestação)”. Nesse caso, também não se pode saber que o homem como coisa em si é livre, que ele tem esta natureza e não qualquer outra, e não se pode, bem assim, fundamentar nesta afirmação a possibilidade da imputação, decisiva para a Ética de Kant.” (KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960 op. cit., p. 261)

abandona a opção teórica pela hipótese, mas tão simplesmente assume uma nova caracterização da norma fundamental. A hipótese acerca da existência de um ordenamento jurídico internacional eficiente só é possível a partir do reconhecimento que a realidade do mundo é passível de ser conhecida. Quando Kelsen diz que a norma fundamental só pode ser designada a partir do uso da ficção, conforme a ficção é apresentada no 'Filosofia do Als-ob',⁴²⁶ ou seja, 'como se' existisse o ordenamento jurídico eficiente; admite que (re)conhecer o ordenamento jurídico internacional eficiente enquanto realidade não é possível, mesmo pela hipótese. É possível interpretar a opção pela utilização da ficção vaihingeriana na versão de 1979 como uma aceitação tácita da filosofia do conhecimento de Kant. Estes dados fazem crer que a controversa questão da norma fundamental kelseniana possui em última análise influência ou remissão à teoria moral e do conhecimento de Immanuel Kant. Estas considerações teóricas antecipam elementos que serão explicados no item sobre a norma fundamental e, por isso, podem não permitir, ainda, a plena compreensão do texto, em particular, destes dois últimos parágrafos.

3.1.2 Os círculos intelectuais de Viena

O neopositivismo é a filosofia do Círculo de Viena, que teve seu início quando o físico e filósofo Moritz Schick (1882-1936) foi chamado para a Universidade de Viena, a fim de ocupar a cátedra de filosofia das ciências indutivas. Viena constituía um terreno particularmente adequado para o desenvolvimento intelectual em virtude do fato de que, durante a segunda metade do século XIX, o

⁴²⁶ Kelsen cita a passagem de Vaihinger sobre a Ficção: "Als eigentliche Fiktionen im strengsten Sinne des Wortes stellen sich solche Vorstellungsgebilde dar, welche nicht nur der Wirklichkeit widersprechen, sondern auch insich selbst widerspruchsvoll sind." (KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*. op. cit., p. 206)

liberalismo - com o seu patrimônio de idéias originado do iluminismo, do empirismo e do utilitarismo - representara a orientação política predominante.

Diferentemente da maioria das Universidades alemãs, a Universidade de Viena se mantivera graças à influência da igreja católica, substancialmente imune ao idealismo. Desse modo, foi a mentalidade escolástica, que preparou a base para a abordagem lógica das questões filosóficas. A subida de Hitler ao poder acarretou o fim do *Wiener Kreis* e então alguns membros do grupo (como Carnap e Feigl) emigraram para os Estados Unidos, onde o seu pensamento entrou em simbiose com as correntes empírico-pragmáticas da filosofia norte-americana.

O núcleo básico da filosofia vienense é o princípio de verificação, segundo o qual só têm sentido as proposições que podem ser verificadas empiricamente através do recurso aos fatos da experiência. Uma das obras que influenciaram sobremaneira o estilo de pensamento e de trabalho do Círculo de Viena foi 'Der logische Aufbau der Welt' (A construção lógica do mundo) do filósofo Rudolf Carnap a qual constitui um dos fundamentos do empiricismo lógico e do neopositivismo.⁴²⁷ A propósito, o neopositivismo do Círculo de Viena, apesar da proximidade semântica possui pouca relação com o positivismo jurídico de Hans Kelsen. O neopositivismo reúne uma série de princípios científicos da ampla agenda de pesquisa do Wiener Kreis, referente aos vários campos do conhecimento; já o positivismo jurídico é uma das correntes doutrinárias do campo das ciências jurídicas. Foi com base nesse princípio que os neopositivistas decretaram a

⁴²⁷ Na introdução da obra citada ('Der logische Aufbau der Welt') Carnap refere-se às características de seu pensamento como fatores telúricos do Círculo de Viena: "Hier überall spüren wir dieselbe Grundhaltung, denselben Stil des Denkens und Schaffens. Es ist die Gesinnung, die überall auf Klarheit geht und zugleich auf Großlinigkeit im ganzen, auf Verbundenheit der Menschen und zugleich auf freie Entfaltung des Einzelnen. Der Glaube, dass dieser Gesinnung die Zukunft gehört, trägt unsere Arbeit." (NEMETH, Elisabeth. Einleitung. In: THURM, Volker (hrsg.). *Wien und der Wiener Kreis. Orte einer unvollendeten Moderne: ein Begleitbuch*. Wien: Facultas, 2003. p. 02).

insensatez de toda a afirmativa metafísica e teológica, sustentando a redução das normas éticas a um conjunto de emoções.⁴²⁸ Há, contudo quem faça restrições à medida da influência exercida pelo Círculo de Viena, como o jurista Miguel Reale:

Há duas Escolas de Viena: - uma a dos neopositivistas, no campo da Filosofia científica; e outra, a de Kelsen, nos domínios do Direito. Já temos visto, muitas vezes, confusões sobre este ponto, embora se deva reconhecer que em certas conseqüências, as duas correntes apresentam, máxime nos últimos anos, crescentes pontos de contato, assemelhando-se por sua tendência antimetafísica e pelo empirismo radical.⁴²⁹

De fato, Hans Kelsen foi influenciado pelos círculos intelectuais de Viena, mas ao mesmo tempo está longe de expressar a face jurídica do Círculo de Viena conforme advertia Reale. Na história pessoal de Hans Kelsen, os anos em Viena ocupam um papel importante na consolidação de suas idéias. Embora tivesse nascido em Praga, na parte austríaca do Império Austro-Hungaro, em 1883 sua família imigrou para Viena aonde se graduou, se licenciou e, de 1919 a 1930 foi professor titular de Direito Administrativo e do Estado na Universidade de Viena. Em 1930 aceita o convite para lecionar em Colônia e deixa Viena permanentemente.⁴³⁰

É importante destacar o fato de Kelsen ter sido influenciado não somente pelo Círculo de Viena, mas pelos círculos intelectuais de Viena na transição do século XIX para o século XX. Kelsen também mantinha contatos pessoais e intelectuais

⁴²⁸ Dentre os pressupostos basilares do Círculo de Viena podemos citar: “1) que o princípio de verificação constitui o critério de distinção entre proposições sensatas e proposições insensatas, de modo que tal princípio se configura como critério de significância que delimita a esfera da linguagem sensata da linguagem sem sentido que leva à expressão o mundo das nossas emoções e dos nossos medos; 2) que, com base nesse princípio, só tem sentido as proposições possíveis de verificação empírica ou factual, vale dizer, as afirmações das ciências empíricas; 3) que a matemática e a lógica, constituem somente conjunto de tautologias, convencionalmente estipuladas e incapazes de dizer algo sobre o mundo; 4) que a metafísica, juntamente com a ética e a religião, não sendo constituídas por conceitos e proposições factualmente verificáveis, são um conjunto de questões aparentes (Scheinfragen) que se baseiam em pseudo conceitos (Scheinbegriffe); 5) que o trabalho que resta ao filósofo sério é o da análise semântica (relação entre linguagem e realidade à qual a linguagem se refere) e da sintática (relação dos sinais de uma linguagem entre si) do único discurso significativo, isto é, do discurso científico; 6) por isso, a filosofia não é doutrina, mas sim atividade: atividade clarificadora da linguagem.” (REALE; ANTISERI, op. cit., p. 991)

⁴²⁹ REALE; ANTISERI, op. cit., p. 458.

⁴³⁰ JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: the Viennese Years. In: *European Journal of International Law*. Vol. 09, nr. 02. 1998. pp. 368-385. Disponível em: <http://www.ejil.org>. Acesso em: outubro de 2008.

com teorizadores líderes do movimento social-democrata austríaco, como Karl Renner, Otto Bauer e Max Adler⁴³¹ muito embora o credo nacional-socialista estivesse contradição com as idéias de Kelsen sobre política.⁴³² No campo jurídico podem-se mencionar três juristas que se destacaram na teorização neopositivista: Dr. Otto Neurath, Schlick e Felix Kaufmann, este último um dissidente. Pode-se deixar Hans Kelsen mesmo expressar em que medida o Círculo de Viena o influenciou:

“What connected me to the philosophy of this circle – without being influenced by it – was its antimetaphysical thrust. From the very beginning I rejected the moral philosophy of this circle – as is formulated in Schlick’s ‘Issues of Ethics’. However, the writings by Philipp Frank and Hans Reichenbach on causality did influence my view of this issue.”⁴³³

A obra ‘Hauptprobleme der Staatsrechtslehre’ foi desenvolvida como o escrito de habilitação de Kelsen para a Universidade de Viena e nesta época uma grande influência foi exercida por Edmund Bernartzik, um reputado professor austríaco de direito constitucional que o orientou na pesquisa. O trabalho de juiz na corte constitucional austríaca trouxe a influência do “juridical-dogmatic method” da teoria de direito público.⁴³⁴ Em virtude desta pluralidade de elementos influenciadores da teoria jurídica de Hans Kelsen que se preferiu denominar esta seção de ‘círculos intelectuais de Viena’ e não simplesmente ‘Círculo de Viena’. Os anos passados em Viena foram tão decisivos para a formação intelectual que Kelsen chegou a fazer referências nos esboços de sua autobiografia sobre a relação entre o Estado austríaco e a teoria pura do direito:

“A la vista del Estado austriaco, compuesto de grupos tan distintos por su raza, idioma, religión e historia, las teorías que pretenden fundamentar la unidad del Estado en algún nexo psico-social ou biologico-social de los hombres que juridicamente pertenecen al Estado, se muestran claramente como ficciones. En tanto que esta teoria del Estado es una parte esencial de

⁴³¹ Ibidem, p. 6.

⁴³² MÉTAL, op. cit., p. 51.

⁴³³ “From a letter that Kelsen wrote to Henk L. Mulder on 5 May 1963. Mulder had sent out a questionnaire to study the background of the Vienna Circle. (Cited permission of Wiener Kreis Stichtung, Amsterdam. All rights reserved.)” (JABLONER, op. cit., p. 7).

⁴³⁴ “Of course, this older brand of positivism showed serious shortcomings: it sought to concentrate constitutional law, as the ‘theory of constitutional law’, on positive law, while in many respects still adhering to the earlier methodological diversity.” (JABLONER, op. cit., p. 3)

la teoría pura del derecho, puede considerar-se que la teoría pura como una teoría específicamente austriaca.”⁴³⁵

Existem ainda alguns aspectos a serem destacados na relação entre Kelsen e o Círculo de Viena. É inegável que os princípios da pureza, a possibilidade de interlocução com outras áreas – como no caso de Kelsen com a sociologia e a psicologia – e a própria adoção da matriz positivista eram pontos de convergência entre o pensador Hans Kelsen e o Círculo de Viena. A rejeição ao transcendentalismo foi uma orientação encontrada tanto no positivismo jurídico quanto no neopositivismo. A influência do neokantismo parece ser um ponto de convergência entre o positivismo, o neopositivismo e mesmo a democracia social austríaca. A influência de Ernst Mach quanto à ‘economia de pensamento’ e da filosofia do ‘como se’ de Vaihinger foram decisivas também para a formulação da teoria pura do direito. Hans Kelsen também estudou a obra de Max Adler que argumentara que o socialismo era para ser baseado em fundamentos neokantianos.⁴³⁶ Estas diferenças e particularmente a convergência em torno de autores neokantianos propicia que os subcapítulos sobre Kant e os círculos intelectuais de Viena sejam lidos em perspectiva.

A propósito, a influência do neo-kantiano Ernst Mach não deu-se somente na perspectiva da economia de pensamento. Na primeira década do século passado as ‘idéias psicológicas’ do físico Ernst Mach despertaram interesse em Kelsen sobre o assunto. É difícil delimitar com precisão no quanto o interesse por diversos campos da ciência era uma característica do jovem pesquisador Hans Kelsen – o qual não tinha interesse em ciências jurídicas mas sim em filosofia e literatura à época da graduação – do ambiente cultural da Viena moderna ou da pluralidade de

⁴³⁵ MÉTAL, op. cit., p. 49.

⁴³⁶ JABLONER, op. cit., p. 7.

idéias e das fronteiras abertas do Círculo de Viena. Losano argumenta que as idéias de Mach exerceram um papel determinante na Constituição pós-bélica austríaca devido a Kelsen. Argumenta ainda que a relação de Kelsen com o Círculo de Viena é labial e indireta e que as idéias de Mach foram os elementos mediáticos nesta relação, já que o círculo que precedeu o de Viena foi justamente o círculo Ernst Mach fundado por Otto Neurath.⁴³⁷ Este é mais um argumento que justifica a adoção da expressão “círculos de Viena” e que relativiza o grau de influência do Círculo como determinante para a teoria pura do direito.

Também a noção de escalonado do ordenamento jurídico no positivismo jurídico kelseniano possui influência do Círculo de Viena. Há que se lembrar aqui que muito embora o positivismo jurídico já fosse uma escola de pensamento consolidada a clareza e o delinamento das relações sociais proposto pelo Círculo contribuiu para o aprimoramento da noção de organização lógica de normas. Dirk Heckmann afirma que a escola de teoria jurídica de Viena viria a influenciar decisivamente Adolf Merkl (a quem Kelsen dedica sua edição do ‘Hauptprobleme der Staatsrechtslehre’) e Kelsen com a noção de escalonado do ordenamento jurídico como um modelo esclarecedor da relação entre diferentes normas jurídicas e o poder legiferante.⁴³⁸

3.1.3 O legado teórico-literário

Considerado um dos maiores pensadores do século XX, Hans Kelsen deixou uma vasta obra, a qual, a título de sistematização pode ser organizada em

⁴³⁷ LOSANO, In: CORREAS, op. cit., p. 105.

⁴³⁸ “Die Wiener rechtstheoretische Schule, die im Anschluss na Merkl und Kelsen den Stufenbau der Rechtsordnung als Erklärungsmodell für das Verhältnis unterschiedlicher Rechtsnormen und Normgeber erforscht hat.”(HECKMANN, *Dirk. Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen: Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997. p. 145)

quatro campos: o da teoria geral do direito, do direito constitucional, do direito internacional e da ciência política. Referentes à teoria geral do direito encontram-se as seguintes obras: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911), *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (1911), *Allgemeine Staatslehre* (1925), *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920), *Reine Rechtslehre* (1934 e 1961), *General Theory of Law and State* (1945), *Allgemeine Theorie der Normen* (póstuma, 1979). Em relação ao direito constitucional: *Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich* (1922), *Österreichisches Staatsrecht* (1923). Relativas ao direito internacional: *Principles of International Law* (1952) e *The Law of the United Nations* (1950). Sobre teoria da justice, direito natural e sociologia: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922) *Vergeltung und Kausalität* (1941) *What is Justice* (1957). Finalmente as obras relativas à ciência política são: *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920), *Sozialismus und Staat* (1920).⁴³⁹ A classificação em referência não é rígida, pois as áreas assinaladas interagem na obra de Kelsen. Nas obras teóricas, por exemplo, é possível encontrar consideração de direito constitucional e internacional. Também é necessário fazer referência à grande quantidade e artigos esparsos e conferências as quais constituem fontes indispensáveis de pesquisa.

Dentre as obras citadas destaca-se - por ser uma espécie de condensação de seus estudos a respeito do direito - a *Teoria Pura do Direito*. Esse trabalho tem quatro edições fundamentais, sendo na verdade quatro versões

⁴³⁹ As obras são citadas na língua original em que foram escritas acompanhadas da data da primeira edição. A sistematização em referência encontra-se no sítio eletrônico da Fundação Instituto Hans Kelsen junto à Universidade de Viena, disponível em <http://www.univie.ac.at/staatsrecht-kelsen/index.htm>, acesso em: junho de 2008. A lista fornecida pelo Instituto não contempla alguns livros no campo do direito internacional do período nos EUA que serão mencionados ao longo da tese. .

distintas da mesma obra. *Reine Rechtslehre* foi publicada em 1934 na cidade de Viena muito embora o próprio Hans Kelsen afirme que o primeiro esboço da Teoria Pura tenha sido surgido em 1911 com o lançamento de 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre'⁴⁴⁰ de cuja versão utilizada nesta pesquisa é a segunda edição lançada na Alemanha em 1923. A segunda foi editada pela Universidade de Harvard em 1945 com o nome de 'General Theory of Law and State' e a terceira foi a edição francesa publicada na Suíça em 1953, chamada 'Théorie Pure du Droit'. A quarta e definitiva edição foi a chamada segunda edição alemã de 'Reine Rechtslehre', editada em Viena no ano de 1961.⁴⁴¹

A obra seminal 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze' de 1911 constitui o trabalho escrito da habilitação de Hans Kelsen junto à Universidade de Viena e nela é possível encontrar algumas das bases da teoria pura do direito como a diferenciação entre lei da natureza e norma jurídica, a refutação do fundamento metafísico do direito e o questionamento acerca do fundamento de validade do ordenamento jurídico.⁴⁴² Corrobora para a caracterização da versão de 1911 enquanto forma primitiva da teoria pura do direito o fato de na introdução da versão de 1934 ser escrito que "há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura".⁴⁴³

⁴⁴⁰ "É evidente que uma teoria cujo primeiro esboço se encontra no meu livro Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, aparecido em 1911, não poderia ficar sem alteração durante tão longo período de tempo." (KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. i)

⁴⁴¹ Existe uma diferença entre o tempo de registro do copyright em 1960 o lançamento da edição impressa em 1961. Assim, a data em referência ao lado da obra é 1960 mas a edição é conhecida como 1961. Um detalhe escrupuloso que justifica a diferença entre os anos em referência à quarta versão.

⁴⁴² Uma das passagens representativas destas características faz referência "Worauf es de 'Hauptproblemen' offenbar ankommt, ist: die Objektivität der Geltung zu gewinnen, mit der allein wie Gesetzmäßigkeit überhaupt so auch Rechtsgesetzmäßigkeit auftreten kann ohne Rechtsgesetz aber keine Rechtskenntnis, keine Rechtswissenschaft. Darum objektives Urteil, nicht subjektiver Imperativ."(KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. VII)

⁴⁴³ "Mehr als zwei Jahrzehnte ist es her, dass ich unternommen habe, eine reine, das heisst: von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte, ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewusste Rechtstheorie zu entwickeln." (KELSEN, *Reine*

Por outro lado, salta aos olhos que a estrutura da obra e a metodologia adotada é bem diversa das obras sobre teoria geral do direito escritas posteriormente. A evidência destas diferentes características é perceptível na exposição do argumento e, a este respeito, a segunda e definitiva edição do 'Hauptprobleme' editada em 1923 possui 709 páginas enquanto a *Reine Rechtslehre* compreende 162. Na versão de 1911 também é possível encontrar Kelsen dialogando abertamente com teorias jurídicas como Jellinek, Jehring para citar alguns dos mais significativos. Já nas obras posteriores, principalmente na versão de 1934, é difícil precisar com quais juristas Kelsen está dialogando e o mesmo poderia ser dito da versão de 1961 se não fossem as remissões em suas notas explicativas. Além disso, a sistematização do argumento entre a segunda edição de 'Hauptprobleme' de 1923 é significativamente diversa da versão que viria a lume uma década depois e pode-se dizer que esta estrutura iria perseverar até a versão de 1961.

A 'Théorie Pure du Droit' de 1953 não consiste na mera tradução da primeira versão de 'Reine Rechtslehre' de 1934. Entre estas duas versões existe a 'General Theory of Law and State' de 1945 a qual é bastante diferente da versão de 1934 na extensão da exposição do argumento, na metodologia e no conteúdo. Curiosamente a versão francesa é mais semelhante com a primeira versão de 1934 do que com a segunda em língua inglesa de 1945; tanto na nomenclatura como no tamanho e metodologia da exposição do argumento. Isto faz crer que não é rigoroso considerar a 'General Theory of Law and State' de 1945 uma das versões da teoria pura do direito o que funciona como uma classificação das obras de Hans Kelsen no campo da teoria geral do direito. Mas já no prefácio da versão de 1953 Hans Kelsen

Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (1934). op. cit., p. 3)

esclarece que não trata-se de mera tradução, que havia modificado alguns pontos de sua teoria em função de seus resultados de pesquisa:

“Près de vingt années s'étant écoulées depuis la parution de l'édition allemande, on comprendra sans peine que ma théorie ne pouvait guère rester intacte pendant une si longue période. Les objections qui lui ont été faites, les travaux que j'ai entrepris dans le domaine du droit international positif et l'examen de certains problèmes touchant à la philosophie du droit m'ont constamment incité à repenser ma conception du droit et de la science juridique. J'ai ainsi été amené à préciser divers points qui n'étaient pas suffisamment clairs et avaient donné lieu à des malentendus. (...) Le présent ouvrage ne pouvait donc pas être une simple traduction de celui que j'avais publié en 1934”⁴⁴⁴

Em relação à versão de 1934, Hans Kelsen afirma ainda no prefácio que preserva sem modificações somente o prefácio da primeira edição e não faz menção alguma à edição publicada uma década antes pela Universidade de Harvard. Afirma ainda que a primeira versão é formulada reativamente em relação aos padrões sociais de seu tempo e que a versão francesa não fica indiferente ao efeito da segunda guerra mundial: a ameaça secular de uma subordinação da ciência à política.⁴⁴⁵ Comparando as sistematizações temáticas das versões de 1934 e de 1953 são de fato diversas, aquela possui nove capítulos e esta treze e nestes somente os primeiro três coincidem tematicamente. Na versão francesa Kelsen dedica capítulos a temas específicos como ilicitude, responsabilidade jurídica, e em especial um capítulo final ao direito internacional.

⁴⁴⁴ KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit*, op. cit., p. 7.

⁴⁴⁵ De fato, Hans Kelsen havia registrado no prefácio da primeira edição a tentativa de separação de sua teoria da política fazendo menção às principais correntes políticas européias no início do século XX: “Da die Reine Rechtslehre sich völlig von aller Politik freihalte, entferne sie sich vom pulsierenden Leben und werde daher wissenschaftlich wertlos; das ist einer der häufigsten Einwände, der gegen sie erhoben wird. (...) faschisten erklären sie für demokratischen Liberalismus, liberale oder sozialistische Demokraten halten sie für Schrittmacher des Faschismus. Von kommunistischer Seite wird sie als Ideologie eines kapitalistischer Seite bald als krasser Bolschevismus, bald als verstecker Anarchismus disqualifiziert. (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 3). Na versão francesa reafirma o caráter não ideológico de sua teoria: „la seconde guerre mondiale et les bouleversements sociaux qu'elle a provoqués ont en effet accentué la menace séculaire d'une subordination de la science à la politique.” (KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit*, op. cit., p. 8.)

Comparada com a primeira edição alemã de 1934, a segunda edição de 1961 praticamente dobra de tamanho. O número de capítulos aumenta e diversos pontos são substancialmente alargados e aprofundados, em parte “devido à pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política’ bem como à ‘renascida metafísica do direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico”.⁴⁴⁶ As noções básicas da teoria pura foram refinadas e recolocadas de maneira a superar mal entendidos aos quais davam origem ao ódio que motivava a oposição à sua teoria por todos os meios.⁴⁴⁷ Em particular a norma fundamental do ordenamento jurídico é explicada com maior precisão bem como a diferença entre ciência jurídica e ciências naturais. São também dignos de menção o aprofundamento das reflexões sobre a relação entre direito nacional e internacional e as lições sobre regras jurídicas não autônomas situadas na última parte do primeiro capítulo.

As diferenças registradas nas edições da Teoria Pura do Direito de 1934 e 1961 não dizem respeito somente ao aprofundamento das assunções teóricas. Em alguns casos Kelsen chega a modificar alguns pontos anteriormente sustentados conforme é o caso do ‘Sollen’ que de um conceito a priori, isto é, como conceito lógico transcendental é transformado em uma variável deontológica que explica as modalidades do comportamento humano e da mesma norma Kelsen abandona a opinião anterior sobre as relações entre direito e paz social.⁴⁴⁸ Em atenção ao ‘dever ser’ é perceptível que na segunda edição Kelsen acentua a diferença entre direito e moral no sentido da moral oferecer uma justificação para o dever ser. A negação do

⁴⁴⁶ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960), op. cit., p. i.

⁴⁴⁷ “Das ist der Grund der schon an Hass Grenzenden Oposition gegen die Reine Rechstelhre, das der Hintergrund es mit allen Mitteln gegen sie geführten Kampfes.” (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 5)

⁴⁴⁸ Estas mudanças de opinião são descritas por Rolando Tamayo y Samorán na apresentação da edição mexicana da segunda edição à Teoria Pura do Direito. (KELSEN, *Teoria Pura del Derecho* (1960). op. cit., p. 7)

dever ser como categoria transcendental que coloca a norma moral como um imperativo significa ao mesmo tempo um distanciamento da filosofia moral kantiana e o aprofundamento lógico dos pressupostos basilares da teoria pura do direito.⁴⁴⁹

A Teoria Geral das Normas (*Allgemeine Theorie der Normen*) foi editada postumamente em 1979 como uma obra pertencente ao campo da teoria pura do direito. Contudo, esta obra é um conjunto de textos que tanto na organização final da obra quanto em relação ao conteúdo contrastam com a divisão metodológica e as principais idéias contidas na versão de 1961. É nesta obra que Kelsen muda de posição em relação à teorização da norma fundamental a qual de hipotética passa a ser ficcional. Não somente a norma fundamental, mas diversos elementos da teoria de Kelsen sofrem modificações nestas anotações e não há consenso sobre a importância destas modificações bem como em relação a data dos textos. Muito embora a definição sobre a versão teórica definitiva sobre a norma fundamental seja importante para compreender melhor o itinerário do pensamento de Hans Kelsen, o fato da Teoria Geral das Normas ter sido publicado em 1979 não indica se a obra é composta de anotações, textos tardios ou estudos correlatos. Já que a obra póstuma não pode ser considerada o aprimoramento da teoria pura, este trabalho ocupar-se-á mais em mencionar e esclarecer a mudança de posição do que deliberar acerca da versão teórica definitiva.

⁴⁴⁹ Estas diferenças aparecem evidentes quando se compara o texto da Teoria Pura do Direito de 1934 com a Teoria Geral das Normas de 1979. Na versão de 1934 é escrito: "Das Sollen als tranzedentale Kategorie (...) Dies in der Weise, dass die Rechtsnorm nicht, wie es von der traditionellen Lehrer zumeist geschieht, so wie die Moralnorn als Imperativ, sondern als hipotetisches Urteil verstanden wird, das die spezifische Verknüpfung eines bedingenden Tatbestandes mit einer bedingen Folge ausdrückt." (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., pp. 33-34). No texto de 1979: "Das Sollen als ursprüngliche Kategorie (...) Doch kann eine Norm nicht nur durch einen bewusst auf ihre Erzeugung gerichteten Wilensakt, sondern auch durch Gewohnheit, d.h. durch die Tatsache erzeugt werden, dass sich Menschen tatsächlich in bestimmter Weise zu verhalten pflegen." (KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*. op. cit., p. 2)

Após imigrar para os Estados Unidos da América, no verão de 1940, Hans Kelsen dedicou especial atenção ao reconhecimento dos problemas do pós – guerra no plano do direito internacional e em particular sobre a revisão do pacto da Liga das Nações. Esta literatura desenvolvida nos anos de permanência primeiramente na Harvard Law School e após 1942 no Departamento de Ciência Política da Universidade da Califórnia, em Berkeley, San Francisco caracterizam-se pelo enfrentamento do desafio de escrever em língua inglesa e de confrontar o campo do direito internacional marcadamente mais sujeito à influência política.⁴⁵⁰ Desta época destacam-se obras como ‘Peace Through Law’ de 1944, ‘The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems’ de 1950, ‘Principles of International Law’ de 1952 e ‘Collective Security under International Law’ de 1954.

Após 1940, Hans Kelsen também proferiu uma série de Conferências em diversas instituições americanas e alguns destes textos foram publicados e servem de referência para esta pesquisa. Em especial, no ano de 1941 proferiu uma série de Conferências na Universidade de Harvard que versavam sobre Direito e Relações Internacionais. Este é um período transitório, com o deflagrado fracasso da Liga das Nações e a perpetuação dos problemas de segurança internacional que viriam a desencadear a II Grande Guerra. Kelsen entendia o prenúncio de uma nova etapa na história mundial, onde seria muito possível que a idéia de um Estado Federal mundial se realizasse, fomentado em etapas por uma política consciente no campo ideológico.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ MÉTAL, op. cit., pp. 84ss.

⁴⁵¹ KELSEN, *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales* (1942) op. cit., p. 175.

3.2 Teoria Pura do Direito: tópicos introdutórios à norma fundamental

Esta seção apresenta, conforme o próprio título orienta, tópicos teóricos introdutórios ao tema da norma fundamental na Teoria Pura do Direito. As idéias foram organizadas segundo elementos básicos que constituem pressupostos teóricos para a compreensão do tema, a saber, ordenamento jurídico nacional e internacional, fontes do direito nacional e internacional, validade e eficácia da norma internacional, e conflito entre direito nacional e internacional. O objetivo é descrever de forma concisa elementos do positivismo jurídico kelseniano que auxiliam o argumento deste capítulo como um todo. Para tal, recorre-se principalmente à versão da Teoria Pura do Direito de 1961 bem como à Teoria Geral do Direito e do Estado de 1945 por serem fontes primárias diretamente vinculadas com a exposição da teoria geral do direito do positivismo jurídico kelseniano. Os pontos desenvolvidos neste tópico visam apresentar uma idéia geral do pensamento do autor ao mesmo tempo em que servem para o embasamento da proposta deste trabalho de uma forma específica, ou seja, o foco na norma fundamental do ordenamento jurídico internacional.

Kelsen distingue duas possibilidades de organização de sistema de normas: relacionando-as a partir de seus conteúdos ou a partir das regras de competência e as demais reguladoras da sua produção. No primeiro caso dá-se origem a um *sistema estático*, e no segundo a um *sistema dinâmico*. Os temas abordados pela teoria estática do direito são, nesse contexto, a sanção, o ilícito, o dever, a responsabilidade, direitos subjetivos, capacidade, pessoa jurídica, etc; os compreendidos na teoria dinâmica do direito são a validade, a unidade lógica da ordem jurídica, o fundamento último do direito, as lacunas, etc.⁴⁵²

⁴⁵² KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960) op. cit., pp. 161ss e 178ss.

Para compreender a teoria do ordenamento jurídico de Hans Kelsen é necessário distinguir entre norma jurídica (Rechtsnorm) e proposição jurídica (Rechtssatz). Na realidade a distinção veio a sofrer um amadurecimento progressivo desde os primeiros escritos sobre a Teoria Pura do Direito. Primeiramente, a norma jurídica prescreve a sanção que se deve aplicar contra os agentes de condutas ilícitas. A proposição jurídica, juízo hipotético, afirma que, dada a conduta descrita na lei, deve ser aplicada a sanção também estipulada na lei. A forma de exteriorização do enunciado, entretanto, não é essencial; o que importa, realmente, é o seu sentido. A norma jurídica, editada pela autoridade, tem caráter prescritivo, enquanto a proposição jurídica, emanada da doutrina, tem natureza descritiva. Aquela resulta de ato de vontade (a autoridade com competência quer as coisas de certo modo) e esta última decorre de ato de conhecimento (é verdade que a autoridade com competência quer as coisas de certo modo).⁴⁵³

Outra distinção é a de que a proposição jurídica descreve a norma jurídica. Desta forma, por exemplo, em 1940, ao editar o Código Penal, o legislador enunciou que o homicídio deve ser punido com reclusão de seis a vinte anos (art. 121). Desde então, em cada aula de Direito Penal, professores tem enunciado que o homicídio deve ser punido com reclusão de seis a vinte anos. O primeiro enunciado que prescreve condutas, deriva do exercício da competência legislativa por quem o titulariza. O outro se limita a descrever o art. 121 do Código Penal, no contexto do conhecimento da ordem jurídica em vigor no Brasil. Aquele é norma jurídica e este é proposição correspondente. Já a noção de sanção em Kelsen nos leva a dois conceitos: o primeiro é o que “o direito só pode ser entendido como uma ordem social coativa, impositiva de sanções.”⁴⁵⁴ E o segundo é o que faz diferenciar a moral

⁴⁵³ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960) op. cit., p. 51.

⁴⁵⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 3. ed.. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 45.

por si só do direito que é justamente a punibilidade pela desobediência à norma escrita.

A questão da validade é central no positivismo jurídico kelseniano. Um conjunto de normas pertencerá ao mesmo ordenamento jurídico se a sua validade derivar da mesma norma fundamental. Estamos aqui diante de conceitos-chave para o entendimento do pensamento kelseniano. Primeiramente, a validade e a eficácia de uma norma são questões diferentes, mas interrelacionadas:

Uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo, é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade; uma condição, não a razão da validade. Uma norma não é válida porque é eficaz; ela é válida se a ordem a qual pertence é, como um todo, eficaz.⁴⁵⁵

Em relação à eficácia, esta está intimamente ligada à aplicabilidade da lei, ao fato concreto pela tutela jurisdicional, com a sanção apropriada. Neste sentido, concorde com o afirmado anteriormente, a matéria legislativa é imprevisível, mas as funções de uma comunidade jurídica, por outro lado, dada a constituição predeterminada de normas, passa a ter um qualificativo de previsibilidade. A eficácia passa a ter uma relação tênue com a jurisprudência, pois a partir do momento que uma ordem jurídica é eficaz, de forma generalizada, seus institutos passam a ser válidos. De outra forma, “nenhuma previsão quanto aos órgãos aplicadores de direito seria possível.”⁴⁵⁶

A validade de uma norma dá-se a partir do pertencimento a um sistema eficaz. O sistema eficaz por sua vez é a aplicabilidade fática de um sistema de normas que possuem em seu eixo de sustentação a *norma fundamental*, que é uma construção jurídica ficcional. Na realidade, grande parte da doutrina aplica suas

⁴⁵⁵ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 58.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 151.

restrições ao pensamento kelseniano a partir do caráter ficcional da norma fundamental que conseqüentemente irá ter repercussão na validade da norma. Neste sentido, uma norma é válida e eficaz simplesmente porque se faz cumprir, que passa a ocupar uma posição na teoria mais deontológica que ontológica. O amorfismo quanto ao substrato de validade das normas é um desafio para os juristas e constitui o eixo da questão da legitimidade conforme pode ser interpretado da contribuição de Miranda Afonso:

Na teoria de Kelsen, não há espaço para se indagar se a validade da ordem jurídica é devida ao seu valor intrínseco, à justiça de seu conteúdo, se é devida ao consenso da comunidade social à que as normas jurídicas se dirigem, se decorre da harmonia entre os valores contidos nas normas jurídicas e os valores acolhidos pela comunidade social.⁴⁵⁷

Ademais, a construção ficcional da norma fundamental na teoria pura do direito é o que sustenta toda a estrutura do Estado moderno: a lei em última análise é que dá garantia ao executivo para governar, ampara e viabiliza o exercício do poder judicante e do legislador mas, por outro, avança para além da abordagem constitucional:

Admitindo a primazia do Direito Internacional sobre o Direito nacional, o problema da norma fundamental desloca-se da ordem jurídica nacional para a ordem jurídica internacional. Então, a única norma fundamental verdadeira, uma norma que não é criada por um procedimento jurídico, mas pressuposta pelo pensamento jurídico, é a norma fundamental do direito internacional.⁴⁵⁸

O positivismo jurídico, aprofundando os postulados modernos que acabam por inaugurar a concepção do Estado de direito, enfrenta a discussão sobre o fundamento da validade do direito. A terminologia norma, validade, norma fundamental e sistema de normas é um conjunto de conceitos interdependentes que necessitam ser estudados na medida de sua relação no sistema. Hans Kelsen intenta esforços para teorizar um fundamento de validade da ordem jurídica

⁴⁵⁷ MIRANDA, Afonso apud GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 151.

⁴⁵⁸ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 521. p.178.

enquanto sistema integrado que ao mesmo tempo não tenha sido fruto do mesmo processo legislativo, de uma autoridade.

Não é incomum encontrar quem identifique a norma fundamental com a Constituição, já que desta *Carta Magna* emanam a validade de todas as demais normas em um Estado Moderno. O é em parte, pois é a norma fundamental positivada no direito interno de um Estado. Contudo, para Kelsen a Constituição também deve forçosamente pressupor a existência de uma norma fundamental anterior. Aqui reforça-se a idéia do caráter hipotético da norma fundamental: não necessariamente esta obedece à cadência lógica de uma linha histórica. Neste sentido, deve-se remontar sempre mais e mais nas positivações constitucionais; contudo, não se trata de anterioridade no tempo e tão menos de um embasamento político, pois a norma hipotética fundamental não é o poder constituinte.⁴⁵⁹

Os ordenamentos jurídicos nacionais e internacional não podem ser sistemas de normas diferentes e mutuamente independentes se as normas de ambos os sistemas forem - em uma possibilidade fático-jurídica - consideradas válidas no mesmo espaço e ao mesmo tempo, assim: "É impossível logicamente supor que normas simultaneamente válidas pertencem a sistemas diferentes, mutuamente independentes."⁴⁶⁰

Em relação ao conflito de normas entre os ordenamentos jurídicos nacionais e internacional, Kelsen admite duas possibilidades. Numa concepção, o

⁴⁵⁹ "Nesse caso, a norma fundamental - como Constituição em sentido lógico-jurídico - institui como fato produtor de Direito não apenas o ato do autor da Constituição, mas também o costume constituído pela conduta dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica constitucionalmente criada." (KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 156). "A norma fundamental é apenas uma pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico. (...) A constatação de que a norma básica realmente existe na consciência jurídica é o resultado de uma simples análise de enunciados jurídicos concretos." (KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado* (1945). op. cit., p. 170).

⁴⁶⁰ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., pp. 516-517.

direito internacional só vale em face de um Estado quando é reconhecido por este, com base em sua Constituição, e então a hipótese da norma fundamental permanece válida:

Se levamos também em consideração a ordem jurídica internacional nas suas relações com as diferentes ordens jurídicas dos Estados e se aceitamos - como freqüentemente sucede - que o Direito Internacional só vale - se é que vale - em face de um Estado quando é reconhecido por este, isto é, pelo seu governo, com base na Constituição do Estado, então a resposta até aqui dada à questão do fundamento da vigência do Direito - de que é uma norma fundamental pressuposta referida a uma Constituição do Estado e eficaz - permanece válida.⁴⁶¹

Kelsen defende que neste caso que o direito internacional é apenas parte integrante do ordenamento jurídico estatal, como ocorre no direito constitucional quando um tratado internacional é acolhido no ordenamento jurídico interno. A norma fundamental do Estado é o fundamento de validade do direito internacional reconhecido. A segunda posição exposta por Kelsen é a seguinte:

A situação modifica-se, porém, quando se considera o Direito internacional, não como parte integrante da ordem jurídica do Estado, mas como única ordem soberana, supra-ordenada a todas as ordens jurídicas estatais e delimitando-as, umas em face das outras, nos respectivos domínios de validade, quando se parte, não do primado da ordem jurídica do Estado, mas do primado da ordem jurídica internacional.⁴⁶²

Na segunda hipótese, a do direito internacional como ordem jurídica soberana, o fundamento de validade de uma ordem estatal não é mais uma norma fundamental pressuposta, mas uma norma posta do direito internacional. Esta norma jurídico-positiva é apenas o fundamento imediato de validade da ordem estatal e não seu fundamento último. A posição de Kelsen que pode ser tida como a definitiva é a expressa na segunda edição alemã aonde reafirma o caráter político da escolha entre qualquer construção monista.⁴⁶³

⁴⁶¹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 232.

⁴⁶² Ibidem

⁴⁶³ “É, porém, uma questão de política a questão de saber até que ponto um governo estadual deve ou pode limitar a liberdade de ação do seu Estado através de tratados de Direito internacional. A resposta não pode ser deduzida, quer do primado do Direito internacional, quer do primado do Direito estadual.” (KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 242).

Considerando que as fontes de direito internacional e nacional provêm de relacionamentos entre nações e indivíduos, por outro lado, essencialmente o processo é o mesmo segundo a doutrina. As fontes de direito nacional e internacional embora diferentes, respeitam um mesmo processo de matéria e forma, fato e norma e contexto consuetudinário e estatutário.

E mesmo que o direito nacional fosse criado de um modo totalmente diverso daquele pelo qual é criado o Direito Internacional - o que não é o caso - tal diferença nas fontes não significaria que as normas criadas de modos diferentes pertencem a sistemas jurídicos diferentes e mutuamente independentes. A diferença entre o costume e a legislação é muito maior que a diferença entre um tratado de Direito internacional e um contrato de Direito nacional. Não obstante, uma mesma ordem jurídica nacional contém tanto Direito consuetudinário quanto estatutário.⁴⁶⁴

O primeiro passo ao abordar a aplicabilidade da teoria das normas no contexto internacional é delimitar o que é a matéria deste. Certo é que são sistemas que regulamentam situações fático-jurídicas diversas. Neste sentido, aparece já a primeira diferença apontada por Kelsen: "O direito nacional - diz-se - regulamenta a conduta de indivíduos; o Direito Internacional a conduta de Estados."⁴⁶⁵ Interessante registrar que enquanto a maior parte dos instrumentos de pesquisa na área de Direito Internacional colocam os Estados e as Organizações de Direito Internacional como como únicos dotados de personalidade jurídica internacional, já em 1945, Kelsen complementava o raciocínio exposto anteriormente:

Já demonstramos que a conduta de um Estado é reduzível à conduta de indivíduos que representam o Estado. Assim, a pretensa diferença de matéria entre o Direito Internacional e o Direito Nacional não pode ser uma diferença entre os tipos de sujeitos cuja conduta eles regulamentam.⁴⁶⁶

Kelsen também faz correções lógicas em relação à separação da matéria do direito tendo como critério o fato de um tutelar os negócios nacionais e outro os internacionais, em uma mesma acepção, de negócios estrangeiros ou política

⁴⁶⁴ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 521.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 517.

⁴⁶⁶ *Ibidem*

externa, comércio internacional. O argumento contrário é justamente que por exemplo a relação entre empregados e empregadores é uma relação territorialmente interna, mas, “(...) tão logo um Estado conclui um tratado com outros Estados referente à regulamentação dessa relação, ela se torna um assunto estrangeiro.”⁴⁶⁷ Pergunta-se, então, qual é a matéria, ou o critério de aplicabilidade dos diferentes sistemas de normas?

Todas as matérias que são, ou podem ser, regulamentadas pelo Direito nacional também estão abertas à regulamentação pelo Direito internacional. Portanto é impossível fundamentar a visão pluralista numa diferença de matéria entre o Direito internacional e o Direito nacional.⁴⁶⁸

Kelsen sustenta dentro da ciência jurídica uma postura monista, ou seja, considera que existe um só ordenamento jurídico onde há uma relação de sistemas de normas: o nacional e o internacional. A relação entre os dois sistemas dentro do contexto monista será a matéria de divergência dentro da obra de Kelsen. Assim, a unidade de direito nacional e internacional é um postulado epistemológico e se um jurista as aceita ambas como válidas deve compreendê-las numa relação harmônica, ou de inferioridade e superioridade ou de coordenação, que pressuporia uma terceira ordem superior a ambas.⁴⁶⁹

A diferença entre os sistemas, sob uma abordagem lógico - jurídica residuiu não no conteúdo mas no fundamento de validade, como o referido no subcapítulo anterior. A esta posição volta em trabalhos posteriores. Entretanto, a posição tida como definitiva pela sua plausibilidade e cientificidade é a da segunda edição alemã, a Teoria Geral do Direito e do Estado, onde debate e refuta as teses pluralistas inúmeras vezes, como a de que a personalidade nacional e internacional do Estado são distintas:

⁴⁶⁷ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 518.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 519.

⁴⁶⁹ Ibidem, pp. 530-531.

Mas o que eles querem dizer é apenas que o mesmo Estado tem uma personalidade internacional e uma personalidade nacional, exatamente como um ser humano tem uma personalidade moral e uma jurídica.⁴⁷⁰

Antes de abordar a questão da primazia entre Direito nacional e internacional, faz-se necessário perguntar se o sistema de normas internacional é válido, independe do reconhecimento por um Estado.

Quando um novo Estado passa a existir, esse Estado, de acordo com o Direito internacional, recebe todas as obrigações e direitos conferidos a um Estado por essa ordem jurídica, independente ou não do reconhecimento ou não do Direito Internacional por parte do Estado.⁴⁷¹

Para esta situação, o que faz com que o novo Estado esteja sob o sistema de normas internacional é o próprio reconhecimento mútuo da comunidade de Estados, que pressupõe a validade do direito internacional.⁴⁷² Desta forma, dada a validade do Direito internacional para um Estado, se a necessidade é formulada na Constituição, a norma internacional deve ser internalizada por meio de ato legislativo. Se a Constituição se cala, os Tribunais podem aplicar diretamente a norma, pois é válida em um mesmo ordenamento.

A primazia do Direito nacional ou internacional guarda estreita ligação com o tema da soberania, pois "(...) dizer que o Estado é soberano significa que a ordem jurídica nacional é uma ordem acima da qual não existe nenhuma ordem."⁴⁷³ Kelsen pois responde à questão sobre a primazia dos sistemas de normas respondendo à questão da soberania, ou seja, é uma questão de perspectiva conforme pode ser observado em diferentes versões da teoria pura do direito.⁴⁷⁴ O

⁴⁷⁰ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 535.

⁴⁷¹ Ibidem, p. 541.

⁴⁷² Ibidem, p. 542.

⁴⁷³ Ibidem, p. 545.

⁴⁷⁴ "La formulation du rapport entre le droit international et le droit national varie donc selon le système de référence adopté. Pour la science juridique ces deux systèmes de référence adoptés. Pour la science juridique ces deux systèmes sont également admissibles, car il n'y a pas de méthode juridique permettant de donner la préférence à l'un au détriment de l'autre." (KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction à la Science du Droit* (1953). KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 170).

monismo internacionalista de Kelsen dá-se mais em função do reconhecimento de uma ordem jurídica que confere aos Estados o poder de legislar:

Não se pode dizer que o Estado é ou não é soberano; pode-se apenas pressupor que ele é ou não é soberano, e essa pressuposição depende da teoria que usamos para abordar a esfera dos fenômenos jurídicos. se aceitamos a hipótese da primazia do Direito internacional, então o Estado não é soberano.(...) Se, por outro lado, aceitamos a hipótese da primazia do Direito nacional, então o Estado é soberano no sentido absoluto, original do termo, sendo superior a qualquer outra ordem, inclusive o Direito internacional.⁴⁷⁵

A postura monista internacionalista no sentido da formulação teórica da norma fundamental internacional é presente na primeira versão da teoria pura do direito e conforme adiante se observará transfere o problema da norma fundamental do plano nacional para o internacional.⁴⁷⁶ Antes disto, contudo, à problematização da relação de primazia entre o direito estatal e o direito internacional Kelsen dedicaria o seu ‘Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre’ (O problema da soberania e a teoria do direito internacional: contribuição para uma teoria pura do direito) de 1920. Neste trabalho Kelsen registra a idéia que a concepção da coexistência entre estados soberanos só é possível a partir da hipótese jurídica que acima dos Estados existe um ordenamento jurídico que é o campo de validação que permite as fronteiras entre as unidades estatais no sentido de sua personificação enquanto personalidades jurídicas isoladas, ou seja, que garante a soberania dos Estados.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960 op. cit., p. 546-547).

⁴⁷⁶ “Geht man vom Primat des Völkerrechts aus, dann verschiebt sich das Problem der Grundnorm und wird zum Problem des letzten Geltungsgrundes einer alle einzelstaatlichen Rechtsordnungen umfassenden Total-Rechtsordnung.”(KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 82).

⁴⁷⁷ “Diese Vorstellung ist aber nur möglich mit Hilfe einer juristischen Hypothese: daß über den als Staaten angesehenen Gemeinwesen eine rechtsordnung steht, die Geltungsbereiche der Einzelstaaten gegenseitig abgrenzt, (...) die zu besonderen Rechtssubjekten personifizierten einzelstaatlichen rechtsordnungen aus ihrer Isoliertheit (und damit aus ihrer Höchstwertigkeit oder Souveränität) heraushebt.” (KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (1920). op. cit., pp. 204-205)

O monismo internacionalista da teoria pura do direito surge então como uma consequência lógico jurídica a partir das primeiras formulações acerca da norma fundamental no plano do direito constitucional combinado com o reconhecimento hipotético jurídico de uma ordem jurídica que garante a coexistência de Estados soberanos enquanto esferas de poder isoladas. Desta forma, o positivismo jurídico e mais especificadamente o positivismo normativista, do qual o jurista Hans Kelsen é expoente, constitui um dos marcos científicos sob o qual se estabeleceu a teorização da legitimidade racional-legal da sociedade contemporânea, nas esferas nacional e internacional.

Em nível nacional o modelo de Estado democrático de direito e das cortes constitucionais como instrumentos de manutenção e promoção dos direitos fundamentais e das sociedades democráticas constituem outra ordem de fenômenos relacionados com as considerações aqui apostas. É nesse sentido que a teoria pura do direito registra-se no mundo das idéias como uma das mais expressivas tentativas de fundamentação da ciência do direito enquanto discurso científico que o século XX veio a conhecer.

3.3 A norma fundamental internacional

Nas relações internacionais é perceptível que sujeitos de direito internacional de diferentes formas reconhecem a existência de normas às quais estão vinculados. A existência de padrões de comportamento é uma das mais básicas características societárias. Estes padrões mínimos de comportamento ou regras societárias atingem o patamar de normas jurídicas na medida em que atingem o significado da exigência de obrigatoriedade. As teorias jurídicas relativas

ao direito internacional se ocupam com a questão acerca da transição para o reconhecimento do caráter jurídico destas normas; questão esta que diz respeito às fontes de direito e ao fundamento de validade de normas jurídicas.

O direito internacional pode então ser compreendido como o conjunto de normas pertencentes à esfera internacional que são reconhecidas enquanto vinculativas. Heinrich Drost a obra 'Grundlage des Völkerrechts' (Fundamentos de Direito Internacional) de 1936 aponta que a consciência dos homens em relação à vinculação dos Estados a estas regras é diverso que a vinculação objetiva dos Estados a uma norma. O fundamento da consciência da vinculação é psicológico⁴⁷⁸ e o fundamento da vinculação dos Estados às normas de direito internacional, seu fundamento de validade é normativo. A pergunta sobre o fundamento de validade de normas internacionais e sobre sua força obrigatória mais do que uma pergunta sociológica ou histórica é uma questão normativa. A partir de qual fundamento são os Estados obrigados a seguir normas de direito internacional?

As lições voluntaristas remetem às noções de que o fundamento de validade de tratados internacionais não se encontra fora do Estado e as normas de direito internacional possuem tantos fundamentos de validade quantos são os Estados. Para Georg Jellinek por exemplo o último fundamento de todo direito é aquele do qual não é possível ultrapassar a formação de sua validade. O último fundamento de obrigatoriedade da vontade mediante o direito repousa na consciência espontânea, que se é ciente da obrigatoriedade. A expressão desta consciência de obrigatoriedade é o reconhecimento da obrigação e, ainda, para

⁴⁷⁸ "Aber als Bewusstsein der Menschen von dieser Gebundenheit der Staaten ist etwas anderes als die objektive Gebundenheit der Staaten an eine Norm. Der Grund des Bewusstseins der Gebundenheit ist ein psychologischer, der Grund der Verbindlichkeit der Völkerrechtsnormen für die Staaten, ihr 'Geltungsgrund', ist ein normativer."(DROST, Heinrich. *Grundlagen des Völkerrechts*. München und Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1936. p. 85)

Jellinek, isto particularmente designa o último fundamento da obrigatoriedade do direito internacional.⁴⁷⁹ A particular opinião de Jellinek, compartilhada por Triepel, vem do fato que para ele todo o direito conceitualmente é uma expressão da vontade.

Drost não concorda com a explicação de Jellinek e Triepel. Para ele falham os autores em responder a uma questão de filosofia do direito com uma afirmação psicológica. Para evidenciar a resposta contraditória pergunta onde está a norma à qual os Estados enquanto direito internacional se vinculam?⁴⁸⁰ É neste contexto da história das idéias jurídicas na Europa que surge a formulação da norma fundamental de Hans Kelsen. Uma norma que constitui a unidade de todo o direito e que não localiza-se dentro do sistema de direito positivo estatal mas sim numa pressuposição. Drost explica que Kelsen entende que a unidade de um sistema constitui o caráter jurídico das normas mas a unidade de um sistema não responde se uma norma é jurídica. Isto é respondido pela unidade de um conhecimento empírico do direito que as toma como jurídicas.⁴⁸¹ Também é mencionado no argumento Alfred von Verdross o qual negara à norma fundamental sugerida por Kelsen um caráter hipotético ao que afirmava sua natureza axiomática assim como todos valores em uma esfera ideal de normas existentes.⁴⁸²

⁴⁷⁹ "Nach Georg Jellinek liegt der letzte Grund allen Rechts in der nicht weiter ableitbaren Überzeugung seiner Gültigkeit. (...) Der Ausdruck dieser Verpflichtung, von Jellinek besonders als letzter Grund der Verbindlichkeit des Völkerrechts bezeichnet." (DROST, op. cit., pp. 86-87).

⁴⁸⁰ "Aber beide sind dem Fehler verfallen, auf die rechtsphilosophische Frage, warum die Staaten an das Völkerrecht gebunden sind, mit einer psychologischen Feststellung zu antworten. Wo ist die Norm, welche die Staaten an das Völkerrecht bindet?" (DROST, op. cit., pp. 86-87)

⁴⁸¹ "Kelsen meint, die Einheit eines Systems konstituiere den rechtscharakter der solchermaßen zurückführbaren Normen. (...) Ob eine Norm Recht ist, kann nicht aus der Einheit eines Systems, sondern nur aus der Einheit des empirischen Begriffes Recht entnommen werden." (DROST, op. cit., p. 91)

⁴⁸² "Nur einer kurzen Erörterung bedarf hiernach noch die Anwendung der Grundnormtheorie auf das Völkerrecht durch v. Verdross. Die von behauptete Grundnorm allen Völkerrechts, ‚pacta sunt servanda‘ ist für ihn keine Hypothese, sondern eine axiomatische, wie alle Werte in einer idealen Sphäre existierende Norm." (DROST, op. cit., pp. 91-92).

A exposição de Heinrich Drost datada de 1936 revela diversas nuances do debate sobre a norma fundamental do início do século XX os quais ainda hoje perseveram no debate científico. Dentre os argumentos destaca-se a questão se a norma fundamental ou o último fundamento de validade do direito é um assunto que possui relação com o fundamento de obrigatoriedade do direito. O segundo argumento é a tentativa do autor de estabelecer uma linha de raciocínio que parte dos voluntaristas e das primeiras sistematizações positivistas do final do século XIX com Jellinek para escoar no debate entre Kelsen e Verdross. A terceira diz respeito a um convencimento que a pergunta sobre a validade do direito internacional deve ser respondida pelo direito.⁴⁸³ O último argumento de destaque é a dificuldade – e não a impossibilidade – de se fundamentar a obrigatoriedade moral do direito internacional apesar da validade de normas jurídicas dependerem da qualidade moral de seu conteúdo.⁴⁸⁴

Outra contribuição significativa do início do século XX é a coletânea de artigos organizada por Tunkin com a colaboração de professores da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, sobre problemas atuais do direito internacional. A obra 'Gegenwartsprobleme des Völkerrechts' (Problemas atuais do direito internacional) caracteriza-se por ser um resultado da reunião anual da Associação Soviética para o Direito Internacional em janeiro de 1958 e, nesta obra, também é possível identificar a ênfase na preocupação teórica com a questão dos fundamentos jurídicos, da obrigação dos sujeitos de direito internacional e do pacta

⁴⁸³ "Wir stellten bereits fest, daß der Geltungsgrund des Völkerrechts kein anderer als der des Rechts überhaupt sein kann." (DROST, op. cit., pp. 93-94)

⁴⁸⁴ "Zwar wäre es schwierig, die moralische verpflichtung eines rechts zu begründen (...) Das recht ist ihr Mittel, dessen verbindlichkeit darum in der Ethik begründet ist, ohne deshalb die juristische Geltung der einzelnen Rechtsnorm von der moralischen Qualität ihres Inhalts bedingt ist." (DROST, op. cit., p. 94)

sunt servanda.⁴⁸⁵ Por que estariam os autores soviéticos tão preocupados com estas questões? Uma hipótese é a contraposição à primazia do direito internacional nos moldes kelsenianos e referente ao que hoje poderia ser entendido como a constitucionalização do direito internacional.

A significativa posição de Tunkin opõe-se à idéia de um direito internacional que atinja o Estado mundial; idéia esta que considera utópica e reacionária ao que acentua a coexistência como uma característica fundamental do direito internacional. Se o direito internacional justamente reconhece a coexistência das soberanias, a formação do Estado mundial seria um passo para o reconhecimento do domínio da violência nas relações internacionais.⁴⁸⁶ No mesmo sentido opina Korowin quando afirma que o princípio da soberania e da independência contradiz o comando mundial de uma potência imperialista, os EUA, mediante medidas cosmopolitas de um 'mundo livre', de um 'governo mundial' ou de um direito mundial bem como as soluções nacionalistas como o modo de vida americano.⁴⁸⁷ Em outras contribuições como a de Korezki sobre os direitos

⁴⁸⁵ Em especial destacam-se as contribuições de TUNKIN, Grigory . Viertig Jahe Koexistenz und Völkerrecht; de KOROWIN, E. A. Proletarischer Internationalismus und Völkerrecht; de KOREZKI, W. M. Das problem der Grundrechte und Grundpflichten der Staaten im Völkerrecht; de SCURSCHALOW, W. M.. Der juristische Inhalt des Prinzips pacta sunt servanda und seine Verwirklichung in den internationalen Beziehungen. In: KOREZKI, W. M. Das problem der Grundrechte und Grundpflichten der Staaten" im Völkerrecht: e MODSCHORJAN, L. A.. Die Grundrechte und Grundpflichten der Völkerrechtssubjekte; todas em TUNKIN, Grigory (hr.). *Gegenwartsprobleme des Völkerrechts*. Berlin: Veb Deutscher Zentralverlag, 1962. pp. 132-143.

⁴⁸⁶ "Solange die Souveränität der Staaten anerkannt wird, behauptet Kelsen, könne das Völkerrecht nicht aus dem primitiven Zustand herauskommen. Er fordert dazu auf, die staatliche Souveränität abzuschaffen und einen Weltstaat zu bilden, der die Entwicklung und Anwendung des Völkerrechts gewährleisten würde. (...) Die Konzeptionen vom Weltstaat sind unter den gegenwärtigen Bedingungen nicht nur utopisch, sondern auch reaktionär. Von diesen Konzeptionen aus ist es nur ein Schritt bis zu der Behauptung, daß alle Versuche, das allgemeine Völkerrecht zu festigen und zu entwickeln, hoffnungslos sind, und nur ein Schritt bis zu dem Standpunkt, der die Herrschaft der Gewalt in den internationalen Beziehungen anerkennt." (TUNKIN, Grigory . Viertig Jahe Koexistenz und Völkerrecht. In: TUNKIN, Grigory (hr.). *Gegenwartsprobleme des Völkerrechts*. Berlin: Veb Deutscher Zentralverlag, 1962. pp. 38-39)

⁴⁸⁷ "das prinzip der Souveränität ist bekanntlich nicht neu in der Geschichte, sondern bereits im feudalen Mittlealter entstanden. Seit den bürgerlichen revolutionen ist dieses Prinzip zu einem der allgemein anerkannten Grundsätze des Völkerrechts geworden. (...) Diesem Prinzip widerspricht in immer stärkeren Maße der sowohl durch kosmopolitische ('Freie Welt', 'Weltregierung', 'Weltrecht') als auch durch nationalistische Losungen ('amerikanische Lebensweise') getarnte Kurs auf die Beseitigung der Souveränität, auf die Weltherrschaft der imperialistischen Großmächte (in ester Linie

fundamentais e o fundamento de obrigatoriedade do direito internacional e a de Schurschalow sobre o conteúdo jurídico do princípio *pacta sunt servanda* e sua eficiência nas relações internacionais é possível perceber a reafirmação da caracterização da sociedade internacional enquanto coexistência pacífica de Estados soberanos, do direito internacional baseado na democracia no sentido da liberdade de adesão aos tratados internacionais.⁴⁸⁸

A doutrina soviética de direito internacional permite analisar o debate sobre a norma fundamental, valores e legitimidade a partir da ótica ideológica e também verificar que além da caracterização teórica os fundamentos do direito internacional podem ser interpretados como possibilidades argumentativas em termos de política internacional. Modschorjan registra que a posição soviética foi decisiva para a inclusão do princípio da autodeterminação dos povos na Carta das Nações Unidas o qual fundamentara a postura dos Estados soviéticos contra o colonialismo na África e na Ásia.⁴⁸⁹ O argumento da coexistência pacífica dos Estados baseado na autodeterminação e na soberania, na não interferência nos assuntos internos e na vontade livre de aderir aos tratados é visto como o fundamento da obrigatoriedade do direito internacional para a doutrina soviética, argumento este baseado nos dez princípios da Conferência de Bandung e que viriam a ser incorporados futuramente na década de setenta na Declaração das

der USA).“ (KOROWIN, E. A. Proletarischer Internationalismus und Völkerrecht. In: TUNKIN, KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 75)

⁴⁸⁸ KOREZKI, W. M. Das Problem der Grundrechte und Grundpflichten der Staaten im Völkerrecht. SCHURSCHALOW. Der juristische Inhalt des Prinzips *pacta sunt servanda* und seine Verwicklung in den internationalen Beziehungen. In: TUNKIN, Grigory (hrg.). *Gegenwartsprobleme des Völkerrechts*. Berlin: Veb Deutscher Zentralverlag, 1962. pp. 115-131, pp. 132-154)

⁴⁸⁹ „Auf Initiative des Sowjetstaates wurde in die Charta der Vereinten Nationen das recht der Nationen auf Selbstbestimmung aufgenommen, und im Prozeß der weiteren Tätigkeit der UNO traten die sozialistischen Staaten gemeinsam mit allen vom Kolonialjoch befreiten Ländern Asiens und Afrikas für die Festigung und Konkretisierung dieses Rechts ein.“ (MODSCHORJAN, L. A.. Die Grundrechte und Grundpflichten der Völkerrechtssubjekte. In: TUNKIN, KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 112)

Nações Unidas sobre os Princípios de Direito Internacional.⁴⁹⁰ A literatura soviética é marcada pela refutação do uso ideológico dos princípios como a tentativa de contrapor o princípio da soberania e não interferência com base na dependência dos Estados, na ajuda e na necessidade de integração política.

A leitura soviética dos princípios fundamentais de direito internacional oferece elementos interessantes para a análise da norma fundamental da teoria pura do direito de Hans Kelsen. Um curiosidade sobre este assunto é que embora a obra de Kelsen tenha sido mais agudamente criticada na ex URSS, onde nunca nenhuma obra sua foi publicada, foi o delegado russo Andrei Vyshinsky, na V Assembléia Geral, em outubro de 1961, o primeiro delegado a referir-se aos Comentários à Carta das Nações Unidas.⁴⁹¹ O reconhecimento das capacidades jurídicas de direito internacional é o ponto de partida de ambas posições teóricas (doutrina soviética e Hans Kelsen) mas as implicações jurídicas e políticas destas correntes possuem vetores opostos. O positivismo jurídico prevê a crescente regulamentação de assuntos internos pelo direito internacional e a doutrina soviética encontra no direito internacional a base jurídica para a garantia da autodeterminação em termos de política, economia e cultura.⁴⁹²

Alfred Verdross dedicou páginas de seu “Völkerrecht” à questão da norma fundamental de direito internacional. Nada estranho para um aluno de Kelsen, embora não alinhado com o positivismo jurídico formulado pelo professor. Interessante registrar que embora a quarta edição do “Direito Internacional” de

⁴⁹⁰ UNITED NATIONS. Resolution 2625 (XXV) ‘Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of United Nations. Disponível em http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_9_2006.pdf. Acesso em: junho de 2008.

⁴⁹¹ MÉTAL, op. cit., p. 88.

⁴⁹² “Alle Völker und alle Nationen haben das Recht auf Selbstbestimmung, das heißt das Recht auf freie bestimmung ihres politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Status.“ (MODSCHORJAN, L. A.. Die Grundrechte und Grundpflichten der Völkerrechtssubjekte. In: TUNKIN, op. cit., p. 113)

Verdross seja de 1959 e que em seu título “O problema da norma fundamental” faz referências somente à primeira versão alemã da teoria pura do direito de 1934, ou seja, não teve acesso às modificações e ajustes da versão em inglês da 1945 da “General Theory of Law and State”.

Verdross parte do raciocínio que o positivismo jurídico compreende o direito positivo como autoproducente, fechado em si enquanto ordenamento. Em virtude das teorizações do positivismo jurídico não solucionarem a pergunta ‘a partir de que fundamento esclarecem os legisladores e os juízes que os homens poderiam ser vistos como vinculados ou obrigados por outros homens’, avalia o positivismo crítico de Hans Kelsen como necessário: incorporar uma norma fundamental supra positiva (“überpositive Grundnorm”) que determina que os homens devem obedecer a determinado ordenamento.⁴⁹³

Ocorre que estas não seriam as últimas palavras de Kelsen sobre a norma fundamental na versão de 1934, conforme será visto posteriormente de forma mais detida. No que diz respeito ao direito internacional, Kelsen compreendia a eficiência do ordenamento jurídico internacional como autoridade jurídica posta. Verdross entende que Kelsen considera o direito no sentido da teoria tradicional, como uma ordem para a paz.⁴⁹⁴ A ordem para a paz aparece como uma ordem eficiente que por si só permite a ordem e a paz.

A crítica de Verdross inicia com a consideração que já que a paz e a ordem são valores que são colocados em prática mediante regras, mas regras que

⁴⁹³ VERDROSS, Alfred. *Völkerrecht*. Vierte Neubearbeitete und Erweiterte Auflage. Viena: Springer – Verlag, 1959. p. 18.

⁴⁹⁴ “Wenn wir aber weiter fragen, warum die Kelsenche Grundnorm gerade die wirksame, effektive Ordnung (und nicht eine andere) als Rechtsautorität einsetzt, dann finden wir den Schlüssel dazu in der Tatsache, dass auch Kelsen das Recht im Sinne der traditionellen Theorie als soziale Friedensordnung betrachtet.” (VERDROSS, op. cit., p. 18.)

não foram postas, mas supostas, reconhece-se que não somente o direito positivo, mas também o positivismo jurídico advém de valores suprapositivos. Acrescenta então que se por um lado, com a formulação da norma fundamental Kelsen soergueu a construção do direito positivo, por outro abriu uma porta para o direito natural. Basear o direito numa ordem para a paz é um argumento simplificador, pois o direito internacional é de uma natureza mais complexa. A natureza do direito compreende não somente os valores de ordem, segurança e paz, mas também outros valores diversos. O direito natural é visto por Verdross não como um direito ideal paradisíaco, que a todos os homens pacificamente obriga, como Kelsen muitas vezes o apresentou, mas sim um direito correspondente à conduta moral dos homens, a como eles vivem neste mundo real.⁴⁹⁵

A crítica de Verdross à norma fundamental de Hans Kelsen também diz respeito ao fechamento que o positivismo impõe ao sistema de normas para reconhecê-las como válidas.⁴⁹⁶ Quando o positivismo jurídico crítico – assim Verdross o denomina – afirma de forma fechada que todos os atos jurídicos são vinculados, até aqueles que são assegurados pelos órgãos criados, então não consegue perceber que diversos princípios podem ter validade somente dentro destes procedimentos/processos jurídicos.

⁴⁹⁵ O próprio Verdross faria remissões às lições de Kelsen acerca do direito natural contidas no “O problema da justiça”. Nesta obra há um estudo minucioso dos princípios e diferenças entre o direito natural e positivismo jurídico, dentre as quais é possível ler considerações sobre a norma fundamental: “A norma fundamental determina somente o fundamento de validade, não o conteúdo de validade do direito positivo. Este fundamento de validade é completamente independente do conteúdo de validade. A teoria do direito natural é uma teoria jurídica dualista, pois, segundo ela, ao lado do direito positivo há um direito natural. A teoria do direito positivo é uma teoria jurídica monista. Segundo ela existe um só direito: o direito positivo. A norma fundamental definida pela teoria pura o direito não é um direito diferente do direito positivo; ele apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental da sua validade.” (KELSEN, *O problema da Justiça* (1960 op. cit., pp. 116-117).

⁴⁹⁶ VERDROSS, op. cit., p. 23.

O teor de algumas críticas levadas a efeito pelo jusnaturalismo na primeira metade do século XX possuem esta preocupação com a validação de normas que não pertencem ao sistema de validação do direito positivo. Parte deste debate foi mencionada na descrição do direito jusnaturalista no capítulo anterior. Na segunda metade do século XX com o arrefecimento das opiniões jusnaturalistas este debate fica mais visível em novas teorias jurídicas conforme é o caso da contribuição de John Rawls e Jürgen Habermas que trazem para a primeira ordem do debate jurídico a noção de justiça, razão e espaço público – elementos estes semelhantes aos fundamentos do direito natural - enquanto componentes fundamentais do contratualismo constitucional moderno.⁴⁹⁷

No debate contemporâneo a questão dos princípios e valores continua com vigor no debate internacionalista no que diz respeito à forma de validação proposta pelo direito positivo, baseada num ordenamento unitário fundamentado na norma fundamental. Ocorre que a crítica ao positivismo a partir da idéia de valores - como justiça - já sofreu um descolamento da contribuição jusnaturalista conforme é o caso de Rawls. Outros debates também emergem neste contexto, acerca do reconhecimento de regras que não são produzidas no sistema político tradicional, em certa medida dominado pela idéia do direito internacional enquanto sistema de validação de normas jurídicas enquanto tal.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ A este respeito muito poderia ser escrito como também muitos autores poderiam ser mencionados como contribuintes do debate contemporâneo entre direito e moral. A idéia neste parágrafo é fazer menção ao arrefecimento do jusnaturalismo e a substituição na segunda metade do século XX por teorias jurídicas que resgatam elementos da escola jusnaturalista como a razão e a justiça. Evidentemente o papel da razão está inserido num contexto diverso no jusnaturalismo e justiça é marcadamente político em oposição ao metafísico. A este respeito: HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: Remarks on John Rawls' Political Liberalism. In: *The Journal of Philosophy*, vol. 92, no. 03, (mar. 1995), pp. 109-131.

⁴⁹⁸ Algumas das contribuições a este respeito mencionadas em diferentes partes deste trabalho são: KENNEDY, David. One, Two, Three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. In: *N.Y.U. Review of Law and Social Change*. Nr. 657, Vol. 31:64. New York: New York University School of Law, 2007, pp. 641-659; TEUBNER, Gunter. Global Bukowina: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, G.(org.). *Global Law without a State*. Darmouth Publishing Co. Ltd. Aldershot, 1997, pp. 3-28; e, TEUBNER, Gunter. *Die Anonyme Matrix: Zu*

Conclui Verdross em sua lição que se a norma fundamental de direito internacional deve ser formulada deve ela exprimir o dever ser do comportamento dos sujeitos de direito internacional bem como descrever os princípios de direito internacional e os fundamentos das normas criadas pelos tratados e pelo costume. Esta formulação deve levar em conta também que o direito internacional é dependente de princípios que expressam uma unidade à qual os Estados estão vinculados. Por isto que para Verdross é mais correto falar em uma montagem de um conjunto de normas fundamentais do que em uma só norma.⁴⁹⁹

3.3.1 A norma fundamental no positivismo jurídico kelseniano anterior à primeira versão da teoria pura do direito de 1934: pressupostos teóricos

A norma fundamental é um dos conceitos que mais suscitou interpretações da obra de Kelsen e um dos tópicos sobre os quais se dedicou com maior ênfase na segunda edição da teoria pura do direito. Juan Antônio Garcia Amado dedicou à norma fundamental na teoria jurídica de Hans Kelsen seu escrito para a habilitação à cátedra de filosofia do direito da Universidade de Leon, em 1994, o que resultou na obra de referência em língua espanhola denominada “Hans Kelsen y la norma fundamental”, publicada em 1996. Nesta obra aponta que existe um efeito desconcertante em relação à norma fundamental do positivismo jurídico kelseniano. Coordenando-se com Stewart afirma que de tal forma a norma

Menchenrechtsverletzungen durch ‘private’ transnationale Akteure. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfried; KIRSTE, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21 Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, pp. 440-472.

⁴⁹⁹ A palavra-chave utilizada nesta última frase é “Gefüge” que expressa encaixe assim como tijolos em uma construção. Preferiu-se não utilizar a tradução como construção porque o sentido aqui é diverso daquele que um escalonado de normas, como no positivismo jurídico, poderia sugerir. Neste sentido: “Daher ist richtiger von einem Gefüge von Grundnormen statt von einer Grundnorm zu sprechen.”(VERDROSS, op. cit., pp. 24-25.)

fundamental é uma peça central na teoria pura do direito que se é falho se converte num tendão de Aquiles da teoria.⁵⁰⁰

A norma jurídica é o núcleo da teoria do positivismo normativista e o conceito de validade o de maior importância dentro deste sistema já que é a partir daí que se pode partir para o conhecimento do fundamento de todo o ordenamento jurídico: a norma fundamental (*Grundnorm*). A ideia de normas válidas para o positivismo jurídico de Hans Kelsen é inaceitável, porque a validade absoluta só existe na teoria do direito natural, e não no direito positivo. A fim de escapar deste dilema, Kelsen teoriza a norma fundamental. Assim, a validade da Constituição e, portanto, de todo sistema jurídico é apoiada na hipótese de uma fundamentação mítica.⁵⁰¹

De fato, na cascata das recíprocas relações de validade entre normas é que reside a chave para a dissecação do conceito de norma fundamental, que nada mais é do que o fundamento último de validade de todo um sistema jurídico. O sistema jurídico para Hans Kelsen é unitário, orgânico, fechado, completo e auto-suficiente; nele nada falta para seu aperfeiçoamento; normas hierarquicamente inferiores buscam seu fundamento de validade em normas hierarquicamente superiores. O ordenamento jurídico resume-se a este complexo emaranhado de relações normativas. Qualquer abertura para fatores extra-jurídicos comprometeria sua rigidez e completude, de modo que a norma fundamental desempenha esse papel importante de fechamento do sistema normativo escalonado.

⁵⁰⁰ AMADO, Juan Antônio Garcia. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996. p. 9.

⁵⁰¹ "(...) die Idee von absolute geltenden Normen ist für Kelsens Rechtspositivismus unannehmbar, denn absolute Geltung besteht nur im Naturrecht, nicht im positiven Recht. Um diesem Dilemma zu entgehen, greift Kelsen zur Theorie der Grundnorm. Die Geltung der Verfassung und damit der ganzen Rechtsordnung wird durch die Hypothese einer mythischen Grundnorm begründet." (BINDSCHEDLER, R.L. Zum Problem der Grundnorm. In: ST. VEROSTA, F.A. Frhr V.D. Heydte; ZEMANEK, KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 92)

Ao problema de onde estaria o ponto de apoio de todo sistema jurídico,⁵⁰² a resposta do positivismo kelseniano é: numa estrutura escalonada de normas na qual a última apareceria como a fundamental, ápice de uma pirâmide de relações normativas. Onde há hierarquia, há dependência entre determinadas normas na cadeia de validade; onde há dependência, a validade da norma inferior é extraída da norma superior e assim até a última norma, a norma fundamental. Esta não é a norma constitucional de um Estado, mas um pressuposto lógico do sistema, o cume da pirâmide escalonada de normas jurídicas. Ela não existe historicamente, e nem fisicamente, mas é pressuposta logicamente.

A pergunta sobre a norma fundamental na teoria pura do direito é antes de tudo uma pergunta sobre o conceito de causalidade. A causalidade de um ordenamento jurídico enquanto fundamento da obrigatoriedade de determinadas normas jurídicas possui em última análise como questões de fundo a pergunta sobre a causalidade na natureza e, por que não, sobre a causalidade na estrutura do conhecimento. Antes que este parágrafo possa ser tido como um 'regressus ad infinitum' que ultrapassa o campo do direito ou das relações internacionais é necessário trazer ao texto a contribuição do próprio Hans Kelsen do ano de 1941, um tratado sobre validação e causalidade, o qual pode ser considerado também como uma chave hermenêutica para a teorização da norma fundamental, muito embora não sejam feitas quaisquer menções na obra a sua teoria pura do direito.⁵⁰³

⁵⁰² Acerca da concepção teórica sobre validade de normas do positivismo jurídico e sobre o impacto das idéias de Hans Kelsen em particular na prática jurídica alemã recomenda-se o estudo de Heckman de onde se extrai a seguinte passagem que reflete a frase a qual a citação faz referência: "Der Stufenbau der Rechtsordnung ist das Bau- und Ordnungsprinzip des Rechts überhaupt. Er vereint nicht nur alle rechtswormen, sondern liefert auch die kriterien für die Ordnung, indie er sie bringt. Auch für die vorliegend relevanten Geltungsfragen nimmt die Normenpyramide als Spiegelbild der deutschen Rechtsordnung eine Schlüsselposition ein, (...)" (HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtswormen*: op. cit., p. 145)

⁵⁰³ KELSEN, Hans. *Vergeltung und Kausalität: eine soziologische Untersuchung*. The Hague: W.P. van Stockum & Zoon, 1941.

A obra 'Vergeltung und Kausalität' conforme o subtítulo propõe, trata-se de uma pesquisa sociológica. A pergunta sobre a causalidade adquire significado para o direito e em particular para norma fundamental na medida em que era estranho para os povos primitivos o conceito de causalidade e para estes o sentido de natureza era diverso de um esquema causal⁵⁰⁴. O conceito de causalidade toma forma pela primeira vez na consciência humana na filosofia grega mas este conceito ainda conserva representações mítico religiosas.⁵⁰⁵ Os conceitos de consciência social, de causalidade a partir da natureza, de mitologia, de costume e de causalidade como uma categoria do pensamento necessária são centrais para o conceito de validação na sociedade e por via de consequência no direito também.

A natureza da obra mencionada e a vinculação do conceito de causalidade com o conceito de validação permite sugerir que a exposição argumentativa acerca da norma fundamental na teoria pura do direito não prescinde do argumento sociológico. Da mesma forma o estudo da norma fundamental internacional também presta tributo aos pressupostos sociológicos das relações entre os povos. Em diferentes partes deste trabalho a obra 'Vergeltung und Kausalität' será mencionada no sentido da contribuição do argumento sociológico.

A obra 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre' de 1911 também oferece alguns dos fundamentos necessários para a compreensão da norma fundamental na teoria pura do direito. Em particular o Capítulo XII da segunda edição de 1923 sob o

⁵⁰⁴ "Denn dem denken der noch heute lebenden primitiven Völker ist der Begriff der Kausalität durchaus fremd. Sie deuten die natur nach einem anderen als dem kausalen Schema."(KELSEN, *Vergeltung und Kausalität: eine soziologische Untersuchung*. op. cit., p. 2)

⁵⁰⁵ "Wir sind glücklicherweise in der Lage festzustellen, wann und wo der Kausalbegriff der modernen Wissenschaft zum ersten Mal im bewusstsein der menschheit Gestalt gewonnen hat. Das war in der Naturphilosophie der alten Griechen. Diese aber ist aus religiös-mythischen Vorstellungen hervorgegangen, die in weitgehender Überestimmung mit der uns bekannten Mentalität der Primitiven stahen." (KELSEN, *Vergeltung und Kausalität: eine soziologische Untersuchung*. op. cit., p. 2)

título de ‘teoria do reconhecimento’ (Die Anerkennungstheorie) trata da questão sobre o fundamento de validade de normas jurídicas (Die Frage nach dem Geltungsgrunde der rechtsnormen). Nesta obra seminal da teoria pura do direito, de mais de 700 páginas Hans Kelsen não formula a norma fundamental enquanto tamponamento teórico. Kelsen afirma que o jurista não pode perguntar sobre o fundamento de validade material do ordenamento jurídico e que esta questão do ponto de vista jurídico só pode ser formal.⁵⁰⁶ Esta resposta formal sobre o último fundamento de validade do direito é dada pela ficção, a ficção do reconhecimento.⁵⁰⁷

Em outras obras Kelsen retoma a teoria do reconhecimento formulada primeiramente em 1911, no ‘Hauptprobleme’ de forma a conciliar a teoria pura do direito com o jusnaturalismo. A forma de (re)conciliar teorias que ele mesmo havia veementemente refutado possui uma única forma: o direito baseia-se na ficção do reconhecimento de validade de um dado ordenamento. É isto que se afirma no texto de 1911 sobre as fronteiras entre o método jurídico e sociológico.

“Que respuesta dan entonces los juristas a la pregunta que ellos plantean acerca de la causa de validez del derecho positivo? Con una unanimidad que raramente es dable observar entre los juristas, el problema planteado se resuelve mediante una formula denominada teoria del reconocimiento. Ella indica que las normas legales valen debido a que, y solamente en tanto lo son, reconocidas por aquellos a quienes estás dirigidas. Creo no extralimitarme se afirmo que esta teoria del reconocimiento de nuestra moderna teoria del derecho positivo es casi identica a la ridicularizada teoria del derecho natural; que contiene em especial lo mismo error metódico y que por lo tanto ella conduce también necessariamente a la misma vetuperable ficción.”⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ “Nach dem materiellen Geltungsgrunde der rechtsordnung darf der Jurist nicht fragen. Nur formal kann die Frage sein, die der Jurist zu stellen befugt ist. Nicht der Grund, das Warum, sondern nur das ‘Wie’ ist es, das der Jurist festzustellen hat.” (KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). Unveränderter Neudruck der zweiten um eine Vorrede vermehrten Auflage Tübingen, J.C.B. Mohr. Aalen: Scientia, 1960. p. 353.)

⁵⁰⁷ “Das Resultat, zu welchem die metodische Ungeheuerlichkeit führt, eine psychologische und eine ethische Frage im Rahmen der formalen Jurisprudenz zu beantworten, ist, wie wir in analogen Fällen schon so oft konstatieren konnten: eine Fiktion; und diese Fiktion ist die Anerkennung.” (KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 353.)

⁵⁰⁸ KELSEN, *Acerca de las fronteras entre el método juridico y el sociológico*. (1911) In: CORREAS, op. cit., p. 293

A forma como Hans Kelsen tece seu argumento leva a crer que por fim para ele não há diferença entre o jusnaturalismo e a teoria pura do direito. Contudo algumas questões devem ser levantadas: se a pergunta tem em conta que a validade de um ordenamento jurídico parte da vontade e da autoridade do Estado então a concordância entre as teorias é um fato. No jusnaturalismo a pergunta sobre o pacto de direito natural é uma pergunta explicativa à qual é dada uma resposta normativa enquanto que na moderna teoria do reconhecimento oferece uma pergunta normativa ou seja, dirigida para obter uma legitimação de algo real que são as normas. Kelsen pergunta o que se ganha com o ato psíquico-real de reconhecimento ao que responde: “Evidentemente solo una explicación de la validez de ser de las normas, es decir, una explicación de por qué los hombres respetan en realidad las normas.”⁵⁰⁹

Para compreender contudo a questão do fundamento de validade do ordenamento jurídico é necessário também mencionar que Kelsen compreende que o fundamento material de obrigatoriedade de normas provém de uma questão dúplice: é ao mesmo tempo uma pergunta da moral e da psicologia.⁵¹⁰ Por isso a ciência jurídica está apta a responder somente sobre o fundamento formal e este fundamento formal que se utiliza da ficção do reconhecimento. O ato do reconhecimento que o ‘direito confere força ao direito’, que o último fundamento formal do ordenamento jurídico é, por um lado, dado pelo ato de consentimento pela obrigatoriedade do direito o qual a ética por si faz formalmente vincular e, por outro lado, a necessidade psíquica de participação no nexos causal entre normas jurídicas

⁵⁰⁹ Ibidem, op. cit., p. 293

⁵¹⁰ “Diese Theorie kann nämlich ein psychisches Motiv für das rechtmäßige Verhalten, das tatsächliche Befolgen der rechtssätze aufzeigen wollen; sie aber auch den Zweck verfolgen, eine ethische Rechtfertigung der rechtssätze zu liefern.” (KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. 354.)

pressupostas e as que pelo ato de vontade são consideradas obrigações de direito.⁵¹¹

Outra idéia importante para a formulação da norma fundamental internacional é a noção de vontade dos Estados na perspectiva psicológica a qual foi muito influenciada pela teoria de Vaihinger das ficções. Para Kelsen reconhece-se a personalidade jurídica como a personificação de um complexo de normas e compreende-se primeiramente a partir desta personificação em que sentido a pessoa assume obrigações. A partir da teoria do reconhecimento enquanto uma teoria de auto-obrigatoriedade compreende-se como um Estado metajurídico a si mesmo – assim como os homens – permite-se assumir obrigações jurídicas⁵¹². Esta noção de Estado enquanto paralelismo com os processos psicológicos individuais humanos, no plano da vontade conjunta e da ‘alma das massas’ aparece também na obra ‘*Allgemeine Staatslehre*’, de 1925, onde explica o Estado como uma forma fictícia de vinculação da sociedade como uma unidade social real que em termos de paralelo com os processos psíquicos pode ser descrito como uma vontade, um sentimento ou mesmo uma consciência ou interesse coletivo ou conjunto.⁵¹³

A noção de vontade dos Estados é fundamental para se compreender a validade jurídica da formação do costume enquanto normas jurídicas conforme escreve Kelsen no ‘*Hauptprobleme*’ a partir das lições de Jellinek.⁵¹⁴ O costume

⁵¹¹ “Der Akt der Anerkennung, die das Recht zum Rechte macht, die der letzte formale Grund der Rechtsordnung ist, gibt hier einerseits dem rechtlichen Verpflichtungsakt die ethisch allein verbindliche Form der Selbstverpflichtung und bildet andererseits ein notwendiges psychisches Mittglied in dem Kausalnexus zwischen der vorgestellten Rechtsnorm und der als Rechtspflicht betrachteten Willensbindung.” (KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: op. cit., p. 354.)

⁵¹² KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. XIX.

⁵¹³ “Man könnte hier von einer Parallelität der psychischen Prozesse sprechen. Und eine solche liegt immer vor, wenn von einem ‘Gesamtwillen’ einem ‘Gesamtgefühl’, einem gesamt-oder Gemeinbewußtsein oder –interesse die rede ist. (...) Doch liegt auch hier offenbar eine Fiktion vor.” (KELSEN, *Allgemeine Staatslehre* (1925). op. cit., p. 9)

⁵¹⁴ “(...) das Volk als organisierte Einheit, als Staat, welcher als souveräner Wille der Gesamtheit das Recht setzt und erhält. (...) Soferne aber das Volk personifiziert, d.h. soferne ihm ein einheitlicher

neste caso concebe a unidade dos povos sob uma organização, o que mais tarde será reconhecido como personalidade jurídica e ao mesmo tempo estas personalidades jurídicas criam regras costumeiras entre si. Neste raciocínio a noção de obrigação jurídica surge ao mesmo tempo que a noção de personalidade jurídica do Estado. Posteriormente o costume e a constatação acerca da existência de um ordenamento jurídico internacional a partir da observação da efetividade das auto-atribuições de obrigações jurídicas ocuparia uma posição central na formulação da norma fundamental. Por isso estes pressupostos epistemológicos das obras anteriores ao ano de 1934 merecem referência.

No prefácio da segunda edição do ‘Hauptprobleme’, Hans Kelsen, afirma que o conceito de norma fundamental surge em suas contribuições teóricas em 1914 no tratado ‘Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung’ (Lei imperial e lei estadual segundo a Constituição austríaca).⁵¹⁵ O conceito de norma fundamental representava a unidade das normas jurídicas como um pressuposto fundamentador muito embora nesta contribuição não constasse ainda a diferenciação que mais tarde seria feita entre a Constituição enquanto norma fundamental no sentido lógico jurídico e a Constituição no sentido jurídico positivo.⁵¹⁶

Registra também Kelsen que o pensamento da norma fundamental enquanto Constituição no sentido lógico jurídico aparece no tratado de Alfred Verdross ‘Zum

Wille (wie er sich im Gewohnheitsrechte manifestiert) zugesprochen wird, ist darunter nichts anderes zu verstehen als der Staat, wenn man, wie Jellinek, den letzteren mit dem Volke als organisierte Einheit identifiziert.” (JELLINEK apud KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). Unveränderter Neudruck der zweiten um eine Vorrede vermehrten Auflage Tübingen, J.C.B. Mohr. Aalen: Scientia, 1960. pp. 99-100).

⁵¹⁵ KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. XV.

⁵¹⁶ “(...) und in der 1914 erschienenen Abhandlung ‘reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung’ habe ich den Begriff der Grundnorm als der Einheit der Rechtsnorm begründenden Voraussetzung bereits deutlich dargestellt, freilich ohne die erst später entwickelte Unterscheidung zwischen der Grundnorm als der verfassung im rechtslogischen Sinne und der verfassung im positiv rechtlichen Sinne.” (KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. XV).

Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers' (Sobre o problema da submissão jurídica dos legisladores) de 1916 por meio da qual o conceito foi naturalmente desenvolvido a partir da noção de uma matéria do direito relacionada à hipótese em analogia à hipótese das ciências naturais.⁵¹⁷ Faz expressa menção também que a questão da significação da norma fundamental como uma proposição do conhecimento jurídico surge com Leonidas Pitamic no tratado 'Denköonomie Voraussetzungen der Rechtswissenschaft' (Pressupostos de economia do pensamento nas ciências jurídicas) de 1918.

Estes preciosos registros de Kelsen indicam que o conceito de norma fundamental pelo menos até 1923 era relativo à fundamentação jurídica lógico formal no plano constitucional. Também pode-se intuir que a caracterização da norma fundamental como hipótese surge na realidade com Verdross em 1916 e que a literatura jurídica de Hans Kelsen até então trabalhava influenciada sobremaneira com a noção de ficção se bem que para explicar outra ordem de fenômenos ou conceitos, como a concepção do Estado como personalidade jurídica. A contribuição de Pitamic também parece ser decisiva com o recurso ao princípio da economia de pensamento que iria decisivamente influenciar a obra teórica de Kelsen. Estes dados justificam e evidenciam a importância do recurso à obra de Verdross no início desta seção. Já que o 'diabo mora nos detalhes' parece ser importante a leitura das referências aos pressupostos científicos e, por que não, a referência à matriz genético-intelectual da norma fundamental internacional que iria aparecer num formato teórico acabado em 1934 na primeira edição da teoria pura do direito,

⁵¹⁷ "Den gedanken der Grundnorm als der Verfassung im rechtslogischen Sinne hat Alfred Verdross in seiner 1916 erschienenen Abhandlung 'Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers' dadurch wesentlich weitergeführt, daß er sie eine auf das Material des positiven Rechtes bezogene Hypotesis anch Analogie der naturwissenschaftlichen Hypothese erkannte." (KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. XV).

formulação esta que curiosamente enfrentaria a oposição de Verdross a quem, ao lado de Adolf Merkl, a segunda edição do 'Hauptprobleme' foi dedicada.

Na obra 'Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre' (O problema da soberania e a teoria do direito internacional: contribuição para uma teoria pura do direito) de 1920, quando ainda era professor em Viena, surge em destaque a expressão 'teoria pura do direito'. Nesta obra estão reunidos todos os pressupostos teóricos e questões relativas à norma fundamental ainda que este conceito não seja mencionado.

A obra é dividida em duas partes. A primeira trata da teoria da soberania estatal e a segunda a teoria do direito internacional e o dogma da soberania. Com atenção à contribuição de Drost, Hans Kelsen dialoga com as teorias jurídicas de seu tempo, principalmente com o positivismo voluntarista para o qual o fundamento de obrigatoriedade do direito internacional era baseado no reconhecimento consciente do Estado e a partir disto a natureza jurídica do tratado fazia remissão ao direito internacional em termos de pertencimento mas não de validade⁵¹⁸. Hans Kelsen não concorda com este tipo de interpretação por uma questão de reconhecimento do poder normativo como ele se dá nas relações internacionais.

O argumento de Kelsen nesta obra parte da distinção entre a soberania e as funções do Estado principalmente do monopólio do uso da violência, lições estas onde exaustivamente dialoga com Jellinek. Os capítulos centrais referentes ao esboço da norma fundamental na teoria pura situam-se no debate sobre faticidade, normatividade e eficácia e validade. As questões colocadas por Kelsen são que

⁵¹⁸ "Auch die Sonderform der Lehre des äußeren Staatsrechts, welche Wenzel vertritt, daß die zwischen staatlichen verträge als Ausfühlung gezetzlicher Ermächtigung zu vertragsschlüssen selbst schon Recht seien, enthält nur die variante, daß das Gesetz nicht mehr den rechtscharakter eines vertrages konstituiert sondern ‚der nächste Grund der Verbindlichkeit‘ der vertraglich gesetzten Völkerrechtsimperative ist." (DROST, op. cit., p. 86).

costuma-se responder à pergunta sobre o fundamento da validade do direito ou sobre o fundamento do dever ser com o argumento que o Estado, o Principado ou o Parlamento determinou: esta seria a lógica formal da facticidade do direito positivo. Obedece-se porque a lei positiva é um fato.⁵¹⁹

Posteriormente surge outra questão acerca da existência de fundamento que postule um comportamento característico da ciência jurídica e da práxis jurídica. O reconhecimento que normas positivas não são resultado de um autoritarismo vazio leva à pergunta sobre o reconhecimento da efetividade de normas válidas. Neste momento sugere o texto de Pitamic sobre os pressupostos da economia de pensamento nas ciências jurídicas o qual aplica o princípio da economia de Mach ao campo do reconhecimento do ser como dever ser. A questão colocada por Kelsen situa-se no fato de normas constituírem um ser mas o dever ser é resultado de um reconhecimento da efetividade das mesmas. A este respeito cita Spinoza para o qual o direito é identificado como um poder factual e também Hegel para o qual o direito é a evolução do ser da natureza e da história com o desenvolvimento dos valores.⁵²⁰ De qualquer forma a citação de Spinoza e Hegel, não muito comuns na literatura jurídica de Kelsen, evidencia muito o que ele entende por eficácia. Finaliza a primeira parte do livro, que trata da questão da soberania com o raciocínio que o reconhecimento de uma ordem jurídica válida pode ser aplicado também à relação entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica estatal.

⁵¹⁹ KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*: op. cit., pp. 94-96.

⁵²⁰ "Was in der Sphäre der Natur-Wirklichkeit sich vollzieht, auch jeden historischen Vorgang für wertvoll, insbesondere aber für Recht oder rechtmäßig zu erkennen, so wie dies bei SPINOZA der Fall ist, der das Recht mit der faktischen Macht identifiziert, oder bei HEGEL, der alles was ist, für vernünftig erklärt, also als gesollt hinstellt, der Entwicklung des Seins der Natur und Geschichte mit der Entfaltung des Wertes identifiziert." (KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (1920). op. cit., p. 100).

Os dois principais argumentos da segunda parte da obra dizem respeito a evidências da eficiência do direito internacional sobre a impossibilidade do fundamento de validade de normas internacionais depender da soberania dos estados nacionais. Dois são os casos: o reconhecimento de Estados e a continuidade da ordem jurídica no caso de revolução. Estes dois argumentos sugerem os três elementos constitutivos da formulação teórica da norma fundamental: o ponto de partida da eficiência de um ordenamento jurídico, o reconhecimento da personalidade dos Estados e a necessidade de uma solução de continuidade para a ruptura na ordem constitucional.

Quanto ao reconhecimento de Estados, argumenta que uma pura existência factual do Estado não significa a existência do mesmo no sentido que o direito internacional lhe confere. Seria Estado no sentido do direito, como um homem ou um escravo no direito interno, mas não no sentido de um conteúdo de direitos e deveres. O Estado no direito internacional existe no sentido do existir como Estado, existir na comunidade de direito internacional.⁵²¹ Sobre a questão do problema das revoluções constitucionais argumenta que existe uma continuidade factual do conteúdo do ordenamento jurídico estatal. Recorre à diferença entre a facticidade e a eficácia como um recurso para o argumento que em caso de revolução existe uma metamorfose do facticidade em normatividade e não um poder normativo da facticidade e, neste caso, a facticidade do poder é válida como poder normativo.

No 'problema da soberania e a teoria do direito internacional: contribuição para uma teoria pura do direito' Hans Kelsen esforça-se mais por desconstituir o dogma da soberania do que afirmar o monismo internacionalista. A importância da

⁵²¹ "Eine bloß faktische Existenz als Staat bedeutete nicht einen Staat im Sinne des Völkerrechts. Ein solcher Staat wäre ebensowenig ein Staat im Sinne des Völkerrechts." (KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*: op. cit., p.235.

obra no itinerário do pensamento do jurista austríaco é o fato de adotar no título da contribuição a expressão teoria ao mesmo tempo em que propõe os fundamentos da obra que apareceria quatorze anos depois num formato argumentativo bastante diverso: poucas referências a outros autores, clara e objetiva. Na obra de 1920 não faz menção ao conceito de norma fundamental muito embora faça referências à possibilidade da existência uma hipótese do primado do direito internacional

3.3.2 A norma fundamental internacional após a primeira versão da teoria pura do direito de 1934

As primeiras formulações de Hans Kelsen em relação à norma fundamental internacional no teor da teoria pura do direito encontram-se na primeira edição em língua alemã da 'Reine Rechtslehre' de 1934. Nesta edição, no capítulo V denominado 'A ordem jurídica e seu escalonado' ('Die Rechtsordnung und ihr Stufenbau') encontram-se as noções basilares acerca dos seguintes temas: sistema jurídico enquanto ordenamento, o ordenamento jurídico enquanto um conjunto de produção de normas, o significado e conteúdo da norma fundamental no contexto do ordenamento jurídico Estatal e do direito internacional e, ao final do capítulo, a posição do direito internacional no escalonado normativo.

Algumas das formulações clássicas de Hans Kelsen são escritas na edição de 1934 de forma seminal e quase definitiva. Algumas destas reflexões não mudariam substancialmente nas revisões posteriores – o que não é o caso da norma fundamental - e sim mereceriam reflexões mais extensas, mais detidas. Muito embora nos tópicos anteriores deste capítulo tenham sido apresentados aspectos da teoria geral das normas e da caracterização das obras alguns pontos do conteúdo da teoria kelseniana serão retomados aqui com ênfase na formulação da norma

fundamental. Esta é uma forma de incorporar metodologicamente a este capítulo o desenvolvimento teórico da norma fundamental.

O direito enquanto ordenamento ou o ordenamento jurídico é um sistema de normas jurídicas. Este tipo de aproximação suscita a pergunta que confere sentido à formulação da norma fundamental: o que fundamenta a unidade de uma multiplicidade de regras jurídicas? Uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, uma ordem se sua validade remete finalmente a uma única norma enquanto último fundamento de validade. Esta norma fundamental constitui a fonte da unidade sistêmica na multiplicidade de todas as normas que formam um ordenamento.⁵²²

Dizer que normas são válidas significa que elas são percebidas como dadas pelo comportamento humano e que estas normas exercem força sobre o comportamento societário porque o seu conteúdo possui uma qualidade evidentemente espontânea que lhe concede validade. Contudo, estes tipos de normas são normas da moral e o direito é válido como direito positivo, como um direito legal se sua validade é independente da moral. Isto é o que distingue o direito positivo do direito natural o qual possui normas deduzidas da moral e a força de seu conteúdo normativo advém da vontade de Deus, da natureza ou da pura razão.⁵²³

O positivismo jurídico libertou a lei das intervenções da teologia e da filosofia moral. Também por isso na evolução teórica da teoria pura gradualmente Kelsen distanciou-se de Kant. O direito não é mais do que uma atividade de homens direcionada aos homens para regulamentar a lei. Este é o denominado por Forgó e

⁵²² KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 73.

⁵²³ KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 75.

Somek o slogan emancipatório do positivismo jurídico, principalmente se é entendida sua significação política democrática. Por outro lado, a resposta do positivismo à pergunta acerca da validade do direito possui uma informação paradoxal, pois esta questão não é respondida em termos científicos.⁵²⁴

A norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo não é outra coisa do que a regra fundamental segundo a qual as normas de um ordenamento são produzidas. Esta norma fundamental permite que regras do sistema jurídico sejam produzidas, mas não logicamente deduzidas. As regras devem ser colocadas segundo um ato de vontade e não um ato de pensamento, de raciocínio. Assim, as normas jurídicas são produzidas segundo o rumo do costume ou do processo legislativo.

Pergunta-se sobre o fundamento de validade de uma Constituição ou de um corpo de leis e isto faz remeter a uma Constituição anterior e finalmente a uma primeira Constituição no plano histórico que foi promulgada por um usurpador ou por um colegiado de alguma forma constituído. Este tipo de remissão faz que o primeiro órgão constituinte a partir de um ato da vontade tenha conferido validade jurídica às normas. Este é o fundamento do reconhecimento do ponto de partida de uma ordem jurídica. Esta é uma formulação esquemática da norma fundamental de um ordenamento jurídico no sentido de um ordenamento estatal.⁵²⁵

⁵²⁴ “Der Rechtspositivismus befreite die Rechtswissenschaft von den Interventionen durch Theologie und Moralphilosophie. Auf diesem Gebiet finde die Rechtswissenschaft nicht statt. Alles Recht sei nicht mehr als von menschen für Menschen gesetztes Recht, blosses Sollen. Das ist ein Grosser emanzipatorischer Slogan, dessen Bedeutung vor allem von der demokratischen Politik verstanden wird. Auf die Frage, weshalb das Recht gelte, ohne von Autoritäten abzustammen, die höher sind als der Mensch, antwortete der Rechtspositivismus, wenn er klug antwortete, dass die Begründung der Geltung des Rechts keine wissenschaftliche Fragestellung sei. Das Recht gelte eben. Der Wissenschaft falle die Aufgabe zu, es mit wachem Verstand und unerregtem Gemüt zu beschreiben. Die Auskunft ist selbsterklärend paradox.” (FORGÓ, Nikolaus; SOMEK, Alexander. *Nachpositivistisches Rechtsdenken*. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006. p. 266).

⁵²⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 76.

A teoria pura do direito opera com a norma fundamental enquanto um fundamento hipotético. Somente a partir da pressuposição da norma fundamental pode-se conferir significação ao direito material empírico, isto é, um sistema de normas de direito ser esclarecido. Sob a pressuposição que ela é válida, vale também o ordenamento jurídico o qual ela sustenta. A norma fundamental é válida não porque é produzida por um procedimento jurídico, não enquanto uma norma de direito positivo, pois ela não é legislada, mas sim como presuposta, como uma vinculação de todo procedimento de direito positivo.⁵²⁶

Com a formulação da norma fundamental a teoria pura não pretende inaugurar um novo método de análise científica do direito. O positivismo jurídico pretende levar à consciência o que juristas fazem na maior parte das vezes inconscientemente ao conferir validade a um determinado ordenamento jurídico. O direito positivo atribui validade a uma ordem jurídica não a partir do fato nu e cru, baseado em motivações que permanecem em suspenso, mas sim a partir de uma validade compreendida como normativa. Com a teorização da norma fundamental a teoria pura busca somente as vinculações lógico-trancedentais já exercidas nos métodos jurídicos mediante a análise dos procedimentos concretos.

O conteúdo e o significado da norma fundamental no âmbito estatal ficam particularmente claros quando uma ordem jurídica é modificada não a partir dos procedimentos legais. É o caso de uma revolução Estatal de um estado monárquico em um Estado republicano. A norma fundamental neste caso recolocada pelo governo revolucionário é legítima enquanto norma criada por uma autoridade constituída que gera uma nova norma fundamental. Esta lição será retomada quase

⁵²⁶ "Die reine rechtslehre operiert mit dieser Grundnormals einer hypothetischen Grundlage." (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 77).

sem modificações teóricas substanciais nas edições posteriores da teoria jurídica kelseniana. Demonstra uma das premissas subjacentes da teoria pura do direito: a antiga verdade que o direito não pode existir sem o poder, mas que mesmo assim direito não é idêntico ao poder. O direito é - no sentido teórico – uma ordem – ou organização - determinada do poder.⁵²⁷

Aqui é possível retomar as lições de Carl Schmitt no sentido tanto do princípio da legitimidade na perspectiva das monarquias absolutistas, ou seja, o princípio da legitimidade do status quo e quanto à consequência desta legitimidade: a transição hereditária do poder.⁵²⁸ Hans Kelsen procura responder com a formulação da norma fundamental internacional à questão da ruptura da ordem constitucional lançando mão de elementos materiais do direito. O que permite juridicamente que uma revolução substitua o poder e mesmo instaure uma nova Constituição no espaço de poder estatal é o princípio da legalidade que permite a sedimentação jurídica do status quo político e também a continuidade da ordem legal. Neste sentido é que é possível dizer que em Hans Kelsen a legitimidade é tida como uma solução de continuidade da ruptura legal.

A proposição de que a validade de uma ordem jurídica possui uma conhecida eficácia é expressa não pelo ordenamento jurídico positivado de um Estado, mas sim pelo ordenamento do direito internacional. Este princípio de efetividade que é um princípio de direito internacional é a norma fundamental dos diferentes Estados nacionais. As primeiras Constituições no plano histórico são válidas a partir da presunção da norma fundamental de direito internacional e no

⁵²⁷ “Und dann ist die hier versuchte Lösung nur die wissenschaftlich exakte Formulierung der alten Wahrheit: dass das Recht zwar nicht ohne Macht bestehen kann, dass es aber doch nicht identisch ist mit der Macht. Es ist – im Sinne der hier entwickelten Theorie – eine bestimmte Ordnung (oder Organization) der Macht.” (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 81).

⁵²⁸ SCHMITT, op. cit., pp. 48-49 e 212.

mesmo sentido um governo revolucionário constituído à força alcança legitimidade a partir da ótica do direito internacional. Isto significa a existência de um ordenamento internacional espontâneo como legítimo, um ordenamento vinculante ou em outras palavras, que mediante este ordenamento a sociedade internacional constituída de Estados possui um campo de validade e efetividade. A análise textual da versão de 1934 demonstra que o uso da palavra legitimidade é mais freqüente nas exposições sobre a norma fundamental muito embora não existam elementos para crer que esta análise semântica revele precisão discursiva tal capaz de estabelecer a conexão teórica entre os conceitos.⁵²⁹

As ordens jurídicas estatais são reconhecidas como tais a partir de uma norma fundante de direito internacional e este é o caso quando se conceitua esta ordem de direito internacional como uma ordem jurídica colocada acima dos Estados. Então se pode falar da norma fundamental – aqui no sentido específico não de uma norma legislada, mas de uma norma suposta – não mais como o fundamento da ordem jurídica dos Estados e sim como base do direito internacional. A proposição acerca da efetividade do direito internacional somente pode ser validada como norma fundamental em função das ordens jurídicas estatais. Parte-se do primado do direito internacional; então reposiciona-se o problema da norma fundamental e torna-se o problema do último fundamento de validade dos ordenamentos estatais abarcado numa ordem jurídica total.⁵³⁰

À norma fundamental na versão de 1934, dedica-se Kelsen ainda no nono capítulo da ‘Teoria Pura do Direito’, intitulado ‘Estado e Direito Internacional’. Neste

⁵²⁹ A relação entre legitimidade e norma fundamental será tratada no tópico posterior. As páginas em referência são KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., pp. 81-82.

⁵³⁰ KELSEN, *Reine Rechtslehre*: op. cit., p. 82.

capítulo é possível compreender o resgate do tema a partir das características gerais do positivismo jurídico kelseniano. O direito internacional é um escalonado de normas criado primariamente a partir de atos de Estado e pelo costume. Sobre estas normas é de particular significado a norma que é designada pela via costumeira como a fórmula 'pacta sunt servanda'. Esta norma fundamental exerce força sobre os sujeitos da sociedade internacional, sobre seu comportamento, seus órgãos e seus subordinados através da regulamentação por tratados.⁵³¹

O direito internacional na análise de 1934 possui três escalões: o terceiro é composto por normas relativas à estrutura do direito internacional e o funcionamento dos órgãos criados por ele. O segundo encerra as normas de produção do direito internacional e o primeiro é a mais alta camada do direito internacional, a norma fundamental do direito internacional formada a partir do costume dos Estados como normas jurídicas efetivas.⁵³²

Kelsen então formula a pergunta que ainda na versão de 1961 perseverou. Se o direito internacional é mais jovem que a ordem jurídica dos Estados, como pode o direito internacional fundamentar os Estados? Kelsen responde que não se pode misturar a relação histórica com a normativa.⁵³³ A

⁵³¹ "Das sind die Normen des allgemeinen, weil alle Staaten verpflichtenden und berechtigenden Völkerrechts. Unter ihnen ist von besonderer Bedeutung des Norm, die man gewöhnlich mit der Formel 'pacta sunt servanda' kennzeichnet. Sie ermächtigt die Subjekte der Völkerrechtsgemeinschaft, ihr Verhalten, das heisst das Verhalten ihrer Organe und Untertanen durch Verträge zu regeln." (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 138).

⁵³² "Da diese – das im Weg internationaler Verträge erzeugte Völkerrecht – auf einem Satze des allgemeinen Gewohnheitsvölkerrechtes, der relativ höchsten Schichte beruht, muss als die Grundnorm des Völkerrechts und damit auch der vom Völkerrecht delegierten einzelstaatlichen Rechtsordnungen eine Norm gelten, die die durch das gegenseitige Verhalten der Staaten konstituierte Gewohnheit als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzt." (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 139.)

⁵³³ "Man darf die historische nicht mit der normologischen Beziehung vermengen" (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 82.)

resposta de Kelsen sugere que a norma fundamental desde o princípio servia mais ao tamponamento teórico do que à fundamentação sociológica ou política do direito.

No capítulo nono da versão de 1934 constam também lições acerca do direito internacional como um ordenamento jurídico primitivo o qual obriga Estados como pessoas jurídicas e obriga pessoas mediante o compromisso estatal. Afirma a unidade e o primado do direito internacional. O dogma da soberania em última análise corresponde à visão subjetiva, o querer conceituar o 'eu' como centro do mundo⁵³⁴ e, desta forma, uma individualidade que quer conceituar o mundo e o que existe nele somente como vontade e representação do eu.⁵³⁵ Esta vinculação entre soberania e a atribuição de identidade – completamente diferente da questão da identidade étnica ou cultural dos Estados nacionais - retoma as assunções do 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre' sobre a vontade dos órgãos de Estados cuja permissão de validade provém da vontade única de todo o povo.⁵³⁶

Neste estágio do raciocínio observa-se o interesse de Hans Kelsen, na época em qua vivia em Viena, nos programas de pesquisa da psicologia analítica e em especial nas idéias de Sigmund Freud. A este respeito Mario Losano chega a

⁵³⁴ "Das Dogma der Staatssouveränität mit dem daraus resultierenden Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung entspricht durchaus jener subjektivistischen, in ihrer letzten Konsequenz dem Solipsismus verfallenden Anschauung, die das Einzelindividuum, d.h. aber das Ich als Zentrum der Welt und diese daher nur als Wille und Vorstellung des Ich begreifen will." (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 150)

⁵³⁵ É difícil precisar se Hans Kelsen pretendia fazer alguma referência à filosofia de Arthur Schopenhauer com esta referência ao mundo como vontade e representação ("das Ich als Zentrum der Welt und diese daher nur als Wille und Vorstellung des Ich begreifen will"). Conforme já foi advertido, em particular na versão de 1934, inexistem notas e referências a outros autores. É bem possível que desejasse fazer esta referência tendo em vista o interesse de Kelsen pela filosofia e a consagração da expressão da principal obra de Schopenhauer, a saber, 'O mundo como vontade e representação' de 1818 ('Die Welt als Wille und Vorstellung').

⁵³⁶ Nesta passagem ressalta-se que o reconhecimento dá-se por um processo de pensamento e na medida que compreende-se a vontade única como um fato psicológico o qual, então, não permite se seja compreendida (a vontade dos órgãos do Estado) como ficção: "Der gedankliche Vorgang, der darin besteht, das man den als Einheit erkannten Willen der Staatsorgane als einheitlichen Willen des ganzen Staatsvolkes gelten lässt, ist jedoch – solange man den Willen prinzipiell als psychische Tatsache betrachtet – eine unzulässige Fiktion." (KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. 175)

dizer que o Kelsen californiano colocou na sombra os inícios mais polifônicos de sua atividade em Viena.⁵³⁷ Uma contribuição destacada destes anos de interesse pela psicologia é o artigo “Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der l’ Masse”, (O conceito de Estado e a psicologia social com especial referência à teoria das massas de Freud), publicado em 1922 na revista *Imago*.

No “Conceito de Estado e a psicologia social com especial referência à teoria das massas de Freud”, Kelsen busca estabelecer uma relação entre idéias de Freud sobre a estrutura libidinal das massas e a concepção de Estado de uma proto teoria pura que entende que a unidade do Estado assim como o pertencimento a este é determinada a partir de um ponto de vista jurídico segundo a validade coerente de um ordenamento jurídico pressuposto como válido.⁵³⁸ A estrutura libidinal das massas consiste por sua vez na conjunção da noção psicológica de massas em Sighele e Le Bon⁵³⁹ e conceito fundamental da psicologia freudiana, a libido. Para tal, considera que as relações afetivas são a essência dos laços sociais. A pergunta de fundo seria se o Estado pode ser entendido como um fenômeno psicológico de massas.

Para estabelecer a relação entre a psicologia das massas e o Estado enquanto complexo normativo, Kelsen percorre noções de poder em “Toten e Tabu” de Freud e as ‘Regras do método sociológico’ de Durkheim. Interessantemente no

⁵³⁷ LOSANO, In: CORREAS, op. cit., p. 100.

⁵³⁸ KELSEN, *El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial a la teoría das masas según Freud)*. In: CORREAS, op. cit., pp.335 e 336.

⁵³⁹ Para Le Bon a massa psicológica obedece à lei da unidade psíquica das massas ou lei da unidade mental das multidões. “La masa psicológica es un ser provisorio, constituida por elementos heterogéneos que, por un instante, se han unido entre si, exactamente como las células del organismo constituyen, mediante su unión, un nuevo ser con cualidades totalmente distintas as que poseen las celulas individuales.” (KELSEN, *El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial a la teoría das masas según Freud)*. In: CORREAS, op. cit., p.344)

tópico III do texto, onde dá um direcionamento jurídico ao texto, faz menção novamente à expressão que reapareceria na versão da teoria pura de 1934: atos humanos de vontade e representação.⁵⁴⁰ Na verdade, quer situar que instituições e organizações são complexos normativos que regem o comportamento humano e, por isso, o dever ser, as normas em si mesmas são atos de vontade. Conclui assim que a idéia jurídica de Estado só pode ser reconhecida em sua própria autonomia especificadamente jurídica e não pela via psicológica como os processos psíquicos e os laços das relações libidinais que constituem o objeto da psicologia social. De outra forma não haveria diferença entre nação, religião e Estado.⁵⁴¹

Diferencia também que Freud não está interessado em buscar causalidades para a justificação da autoridade, e sim, unicamente explicações para fenômenos psíquicos. Freud e Durkheim partem dos estudos de totemismo para explicar o poder a partir de relações particulares no tecido social, como a influência do macho poderoso, da religião e do mito. Kelsen conclui que os estudos de Teoria do Estado representa o Estado não segundo um sistema abstrato de normas de comportamento humano mas sim segundo uma personalidade atuante e este conceito significa a personificação ilustrativa do ordenamento jurídico que cria a comunidade social e funda a unidade de uma multiplicidade de comportamentos humanos.⁵⁴²

No final do artigo recorre novamente a Vaihinger para explicar que a personificação do Estado é um recurso do pensamento com a finalidade de ilustração, abreviação e simplificação. Os raciocínios que seguem curiosamente

⁵⁴⁰ KELSEN, *El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial a la teoría das masas según Freud)*. In: CORREAS, op. cit., pp. 357-358.

⁵⁴¹ KELSEN, *El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial a la teoría das masas según Freud)*. In: CORREAS, op. cit., p. 357.

⁵⁴² *Ibidem*, pp. 369-370.

parecem ser a síntese das críticas à norma fundamental e é difícil acreditar que Kelsen está falando das estruturas psíquicas por trás do Estado e não do problema da norma fundamental por enquanto fundamento do direito:

“La técnica de esta hipóstasis, com el redoblamiento de su objeto de conocimiento, com su contexto de falsos problemas, se asemeja em todos los aspectos a la que funciona ya em la concepción mitológica de la naturaleza que representa, detrás de cada árbol, una Dríade, detrás de cada fuente un diós, detrás de la luna la diosa de la luna e detrás del sol a Apolo. (...) Desde el punto de vista de la crítica del conocimiento, este método mitológico que, em virtud ya de nuestro language sustantivo es la medula de lo que es necesario superar por erróneo, interpretar com cosas estables relaciones que solo son determinables por el conocimiento, interpretar la función com sustancia.”⁵⁴³

É possível interpretar que este texto antecipa o “problema” da norma fundamental enquanto legitimação do direito tanto do ponto de vista político como jurídico afirmando que a teoria moderna do Estado é primitiva assim como o sistema totêmico que é justamente a teoria do Estado dos primitivos.⁵⁴⁴ Com estas breves referências pretende-se sugerir que o estudo do artigo “Conceito de Estado e a psicologia social com especial referência à teoria das massas de Freud” é orientador de diversas noções relativas à norma fundamental na teoria pura do direito como a influência decisiva de Vaihinger na literatura vienense de Kelsen (e não somente nos escritos tardios americanos quando afirma a norma fundamental como pura ficção), o recurso à personalização do Estado, ainda que como um ato do pensamento para compreender a moderna teoria do Estado que também é um componente central na formulação teórica da norma fundamental, e na argumentação jurídica como única via de legitimação do Estado enquanto complexo normativo orientador do dever ser enquanto atos de representação e vontade.

⁵⁴³ KELSEN, *El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial a la teoría das masas según Freud)*. In: CORREAS, op. cit., p. 370.

⁵⁴⁴ Ibidem, p. 371.

Afirmar a primazia do direito estatal é negar a soberania a outros Estados e, também, negar a existência do direito internacional.⁵⁴⁵ Para Kelsen, do ponto de vista da eficiência do direito o reconhecimento da existência do direito internacional é um pressuposto para o reconhecimento da soberania e isto fundamenta sua postura monista internacionalista. Nas últimas considerações da obra seminal em referência conclui que a solução para o dogma da soberania é um dos resultados típicos da teoria pura.⁵⁴⁶

A obra ‘General Theory of Law and State’ de 1945 foi na realidade escrita por Kelsen também em alemão e traduzida para o inglês após muitas revisões graças à colaboração do professor Anders Wedberg.⁵⁴⁷ Nesta obra, no capítulo VI que trata do ‘Direito nacional e direito internacional’, na subdivisão “C”, sobre ‘a unidade do direito nacional e do direito internacional (monismo e pluralismo)’, Kelsen afirma que o fundamento do direito internacional é expresso pelo princípio do *pacta sunt servanda* o que revigora e aprimora a teorização da norma fundamental.⁵⁴⁸

“To find the source of the international legal order, we have to follow a course similar to that which led us to the basic norm of the national legal order. We have to start from the lowest norm within international law, that is, from the decision of an international court. If we ask why the norm created by such a decision is valid, the answer is furnished by the international treaty in accordance with which the court was instituted. If, again, we ask why this

⁵⁴⁵ “So bedeutet der Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung letzten Endes nicht nur die Leugnung der Souveränität aller anderen Staaten und damit deren rechtlicher Existenz als Staaten im Sinne des Souveränitätsdogmas, sondern auch die Leugnung des Völkerrechts.”(KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 151).

⁵⁴⁶ KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 161.

⁵⁴⁷ “Sólo de passada mencionemos que Kelsen no recibió nunca regalías de la Editorial Harvard University Press, a pesar de que las diversas ediciones de la obra indicaban una buena venta, limitándose a recibir gratuitamente un número reducido de ejemplares.” (MÉTAL, op. cit., p. 87).

⁵⁴⁸ Na tradução para o português: “Se, perguntamos por que esse tratado tem validade, somos levados de volta à norma geral que obriga os Estados a se conduzirem de acordo com os tratados por eles firmados, uma norma comumente manifestada pela expressão ‘pacta sunt servanda’. Essa é a uma norma do Direito internacional geral, e o direito internacional geral é criado pelo costume, constituído pelos atos dos Estados. [...] deve ser uma norma que aprova o costume como fato criador de normas e que poderia ser formulada da seguinte maneira: ‘Os Estados devem se conduzir como tem se conduzido de costume’. O Direito Internacional consuetudinário, desenvolvido com base nessa norma, é o primeiro estágio dentro da ordem jurídica internacional.” (KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 545).

treaty is valid, we are led back to the general norm which obligates the States to behave in conformity with the treaties they have concluded, a norm commonly expressed by the phrase *pacta sunt servanda*. This is a norm of general international law and general international law is created by custom constituted by acts of States. The basic norm of international law, therefore, must be a norm which countenances custom as a norm-creating fact, and might be formulated as follows: 'The States ought to behave as they have customarily behaved.'⁵⁴⁹

Em outras palavras, a única norma fundamental verdadeira, uma norma que não é criada por um procedimento jurídico, mas pressuposta pelo pensamento jurídico, é a norma fundamental do direito internacional.⁵⁵⁰ Garcia Amado interpreta que Kelsen localiza o costume como a suprema fonte normativa internacional, supremo fator de criação jurídica e que o costume é na ordem internacional equivalente à Constituição na ordem Estatal "(...) por lo que cabe preguntarse de dónde extrae la costumbre su habilitación, su legitimación como norma jurídica válida y base de la creación de normas jurídicas inferiores a Ella."⁵⁵¹

Na perspectiva histórica o costume que cria o direito internacional consiste em atos de Estados, visão esta que coloca o direito internacional como fundamento dos ordenamentos jurídicos estatais. Este tema foi sob outro viés debatido no primeiro capítulo quando se relacionou o tema da legitimidade com os princípios de direito internacional. Kelsen também se faz esta pergunta: "Como pode o direito internacional derivar a sua validade do direito internacional, se o início deste último pressupõe a existência do primeiro?" A resposta a esta pergunta é que a relação histórica entre as ordens jurídicas nacionais e a ordem jurídica internacional não exclui a relação lógica que existe entre seus fundamentos de validade.⁵⁵² A efetividade do direito internacional não é uma norma de direito positivo, mas uma

⁵⁴⁹ KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op. cit., p. 369.

⁵⁵⁰ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 178.

⁵⁵¹ AMADO, op. cit., p. 16-17.

⁵⁵² KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado* (1945). op. cit., p. 526.

hipótese do pensamento jurídico. Se o direito internacional existe, uma ordem jurídica superior à dos Estados é válida.⁵⁵³

Na conclusão do parágrafo preferiu-se utilizar a palavra ‘efetividade’ à ‘eficácia’ conforme é encontrada na versão da Teoria Pura do Direito de 1961 no idioma português no Brasil. Isto possui dois fundamentos; o primeiro é que Hans Kelsen na versão de 1934 escreve no mesmo contexto “Der völkerrechtliche Grundsatz der Effektivität (...)” e em alemão efetividade (Effektivität) é diverso de eficácia (Wirksamkeit); o segundo é que o que Kelsen entende aqui por efetividade é o sentido de existência, de algo que pode ser reconhecido como uma realidade dada que foi um dos fundamentos de suas críticas à filosofia do conhecimento kantiana. Ainda, quando trata de efetividade e eficácia dos ordenamentos jurídicos, este tem o sentido de vigência, de poder, e aquele tem o sentido de reconhecimento de uma realidade dada.

Na obra Teoria Geral do Direito e do Estado de 1945, traduzida do inglês por Luis Carlos Borges, lê-se “princípio da eficácia” para explicar que “a velha ordem jurídica como um todo, perdeu sua eficácia; porque a conduta efetiva dos homens não mais se conforma a esta velha ordem jurídica”⁵⁵⁴. Algumas páginas depois lê-se sob o título ‘O princípio da eficácia como norma jurídica positiva’ que “segundo este princípio uma autoridade efetivamente estabelecida é o governo legítimo (...) na

⁵⁵³ Quanto à terminologia efetividade e eficácia sugere-se consultar KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 80ss; e; quanto à crítica de Kelsen à impossibilidade de conhecimento da realidade e as conseqüências jurídicas da teoria kantiana do conhecimento: “[Nota do ator: Kelsen inicialmente citando Kant] ‘O que possam ser os objetos em si e enquanto isolados de toda a receptividade dos nossos sentidos, isso permanece para nós completamente incógnito’; e ‘o que possam ser as coisas em si não o sei, e também não preciso saber, que nunca uma coisa me aparece senão no seu fenômeno (manifestação)’. Nesse caso, também não se pode saber que o homem como coisa em si é livre, que ele tem esta natureza e não qualquer outra, e não se pode, bem assim, fundamentar nesta afirmação a possibilidade da imputação, decisiva para a Ética de Kant”. (KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960), op. cit., p. 261).

⁵⁵⁴ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado* (1945 op. cit., p. 173.

medida em que essa ordem como um todo é eficaz.”⁵⁵⁵ Na obra original em língua inglesa, a qual é uma tradução assistida por Kelsen de seu manuscrito em alemão, a mesma passagem consta da seguinte forma: “According to this principle (...) an actually established authority is the legitimate government (...) insofar as this order is, on the whole, efficacious.”⁵⁵⁶ O tradutor da versão em português opta por traduzir “actually established” por “efetivamente estabelecida” e respeita a distinção entre “effectiveness” (efetividade) e “efficacious” (eficaz) muito embora traduza “The principle of Effectiveness” como “Princípio da Eficácia”. “Actually” e “effectiveness” em português são traduzidos respectivamente como efetivamente e eficácia. Na língua inglesa é possível distinguir entre “effectiveness” substantivo do qual o adjetivo é “effective” e “efficacy” do qual o adjetivo é “efficacious”. Em francês, conforme o traduzido na ‘Théorie Pure du Droit’ de 1953 relaciona-se ‘efficacité’ com ‘efficace’.⁵⁵⁷

Na obra Teoria Pura do Direito de 1961, traduzida diretamente da língua alemã por João Batista Machado, é lido: “o princípio que aqui surge em aplicação é o chamado princípio da efetividade.”⁵⁵⁸ “O princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade” mas na explicação do tópico ‘Legitimidade e Efetividade’⁵⁵⁹ é utilizado inúmeras vezes o termo eficácia para descrever o que o tópico denomina ‘Efetividade’. No “Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“

⁵⁵⁵ Ibidem, p. 177.

⁵⁵⁶ KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op. cit., p. 121.

⁵⁵⁷ “Ce principe de l’efficacité, qui est une des règles du droit international, constitue la norme fondamentale des divers ordres juridiques nationaux.” (KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit* (1953). op. cit., p. 120).

⁵⁵⁸ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 147.

⁵⁵⁹ Alguns exemplos são: “A norma fundamental refere-se apenas a uma Constituição que é efetivamente estabelecida por um ato legislativo ou pelo costume e que é eficaz. Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas. (...) Se a revolução não fosse bem-sucedida, quer dizer, se a Constituição revolucionária - que não veio à existência de acordo com a antiga Constituição - não se tivesse tornado eficaz, se os órgãos por ela previstos não tivessem ditado quaisquer leis que fossem de fato aplicadas pelos órgãos previstos nestas leis, mas se, pelo contrário, a antiga Constituição tivesse permanecido eficaz, não haveria qualquer motivo para pressupor uma nova norma fundamental no lugar da antiga.” (KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 147)

de 1920 trata do tema como uma oposição entre “Faktizität” (facticidade) e “Wirksamkeit” (eficácia).⁵⁶⁰ Na versão de 1934 do “Reine Rechtslehre” Kelsen afirma que é tão impossível a determinação da validade (Geltung) a partir da abstração da realidade (Wirklichkeit) quanto identificar validade com realidade, pois coloca-se no lugar do conceito de realidade enquanto eficácia (Wirksamkeit) do ordenamento jurídico o conceito de poder. Desta forma problematiza-se da mesma forma o comportamento da validade e da eficácia do ordenamento jurídico com a relação entre direito e poder.⁵⁶¹

A referência à esta questão tautológica ou semiótica serve para indicar que eficiência, eficácia e efetividade são utilizadas conjuntamente para explicar a mesma ordem de fenômenos muito embora na língua portuguesa, alemã e inglesa possam assumir diferentes significados na literatura jurídica. Registre-se que na versão francesa a palavra utilizada é ‘efficacité’.⁵⁶² Conforme foi observado a partir das passagens mencionadas, Hans Kelsen utiliza pelo menos quatro conceitos para tratar do mesmo assunto: Wirksamkeit, Wirklichkeit, Efektivität e Wirkung. A referência a estas problematizações – as quais não foram esclarecidas definitivamente a partir da literatura consultada - é necessária em primeiro lugar para descrever o que Hans Kelsen compreende por princípio da eficácia. Também é importante fazer estas distinções no sentido de justificar a utilização dos termos eficiente, eficaz e efetivo em situações análogas ao longo deste trabalho para fazer

⁵⁶⁰ “Mit der prinzipiellen Ablehnung der Faktizität als Kriterium für die Positivität des Rechtes ist jedoch keineswegs das Problem der tatsächlichen Wirksamkeit des Rechtes (...) (KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*: op. cit., p. 94)

⁵⁶¹ “So wie es unmöglich ist, bei Bestimmung der Geltung von der Wirklichkeit zu abstrahieren, so ist es auch unmöglich, die Geltung mit der Wirklichkeit zu identifizieren. Setzt man an Stelle des Begriffs der Wirklichkeit – als Wirksamkeit der Rechtsordnung – den Begriff der Macht, dann fällt das Problem des Verhältnisses von Geltung und Wirksamkeit der Rechtsordnung mit dem –viel geläufigeren – von Recht und Macht zusammen. (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 81)

⁵⁶² “Il y a donc un rapport entre la validité et l’efficacité d’un ordre juridique, la première dépendant dans une certaine mesure de la seconde.” (KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit* (1953). op. cit., p. 118).

referência ao princípio da eficácia que permite reconhecer um dado ordenamento jurídico o qual se distingue da pura facticidade (*Faktizität*) de normas positivas. A facticidade de normas positivas permite reconhecer a existência das mesmas no sentido ontológico mas a a eficiência (*Wirksamkeit*) permite reconhecer a eficiência das mesmas no sentido deontológico, de deterem força enquanto comandos jurídicos válidos.

Na versão francesa de 1953 não existe alteração significativa na explicação da norma fundamental em relação às versões precedentes. Hans Kelsen apresenta a formulação teórica no capítulo que trata da estrutura hierárquica da ordem jurídica ('Chapitre IX - La structure hiérarchique de l'ordre juridique') assim como havia feito na versão de 1934 ('V – Die Rechtsordnung und ihr Stufenbau'). A norma fundamental é primeiramente apresentada no capítulo nono sobre 'la structure hiérarchique de l'ordre juridique', após as considerações que 'un ordre juridique est un système dynamique de normes'. Nesta apresentação introdutória Kelsen distingue a norma fundamental dos postulados fundamentadores do direito natural enquanto emanações da vontade divina, da natureza e da pura razão. A norma fundamental é uma regra segundo a qual as normas jurídicas são criadas, o ponto de partida de um procedimento e seu caráter é essencialmente formal e dinâmico. A validade de normas jurídicas são deduzidas de sua norma fundamental⁵⁶³ e seu conteúdo é determinado em cada caso particular que não é um ato de pensamento mas de vontade: o costume, o procedimento legislativo, as decisões judiciárias, atos administrativos e atos jurídicos de direito privado.

⁵⁶³ "La norme fondamentale d'un ordre juridique est d'une autre nature. Elle est simplement la règle fondamentale selon laquelle les normes juridiques sont créées; elle pose le principe même de leur création. Elle est donc le point de départ d'une procédure et son caractère est essentiellement formel et dynamique. Seule la validité des normes d'un ordre juridique peut être déduite de sa norme fondamentale." (KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit* (1953). op. cit., p. 115).

Uma diferença marcante na metodologia é que na versão de 1934 esta parte é precedida pelas considerações sobre validade e eficiência e na versão de 1953 é precedida pelo título 'Uma ordem jurídica é um sistema dinâmico de normas' ('Un ordre juridique est un système dynamique de normes'), semelhante ao que havia sistematizado na versão inglesa de 1945. O texto da versão de 1953 é diferente das duas versões anteriores muito embora não haja alteração na formulação teórica: a norma fundamental é apresentada como hipótese necessária ao jurista e como uma forma de resolver a questão da validade de um ordenamento sem recorrer ao direito natural e assim a validade que a ciência jurídica atribui ao direito não é absoluta mas condicional e relativa:

“La Théorie pure du droit attribue à la norme fondamentale le rôle d'une hypothèse de base. (...) C'est donc en dernière analyse dans la norme fondamentale que se trouve la source de la signification normative de tous les faits qui constituent un ordre juridique. Seule l'hypothèse d'une norme fondamentale permet de conférer un sens juridique aux matériaux empiriques qui se présentent à l'examen du juriste et le considérer comme formant un système de normes (...) En recourant à la notion de norme fondamentale la Théorie pure ne pense pas introduire une méthode nouvelle dans la science du droit, car elle se borne à mettre en lumière une opération que tout juriste fait, souvent inconsciemment, quand après avoir écarté le droit naturel comme source de la validité du droit positif (...) ainsi la validité que la science juridique peut attribuer au droit n'est pas absolue, mais conditionnelle et relative.”⁵⁶⁴

O texto de 1953 é mais enxuto e objetivo do que o de 1945 e em termos de elegância e parcimônia lembra a primeira edição alemã. No 'Théorie Pure du Droit' afirma que a norma fundamental de direito nacional é a norma fundamental internacional em virtude do princípio da eficácia ser uma das regras de direito internacional e também retoma o princípio da eficácia enquanto reconhecimento de uma ordem jurídica eficaz relativo à solução do problema da ruptura na continuidade constitucional.⁵⁶⁵ A explicação que a norma fundamental confere senso, significado

⁵⁶⁴ KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit* (1953). op. cit., pp. 116-117.

⁵⁶⁵ “Nous verrons plus en détail dans la suite de cet ouvrage que le droit international considère un pouvoir de fait comme légitime dans la mesure où l'ordre de contrainte établi par lui est réellement efficace. Ce principe de l'efficacité, qui est une des règles du droit international, constitue la norme fondamentale des divers ordres juridiques nationaux.” (KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction*

normativo aos fatos, materiais empíricos remete ao ancoramento da teoria pura do direito no reconhecimento de relações jurídicas e em especial no reconhecimento mútuo de Estados enquanto pessoas jurídicas capazes de contraírem obrigações. Estes elementos do princípio da eficácia estão presentes na versão francesa da formulação da norma fundamental internacional inserida no capítulo treze, dedicado exclusivamente ao direito internacional:

“Le droit international comprend notamment des normes établies par la voie de la coutume en vue de régler les relations entre États (...) ces normes constituent le droit international général, car elles créent des obligations, des responsabilités et des droits subjectifs pour tous les États. L'une des plus importantes s'exprime dans la formule *pacta sunt servanda* qui autorise les États membres de la communauté internationale à conclure des traités réglant leur conduite réciproque (...) La norme fondamentale du droit international, qui sera aussi par voie de conséquence celle des divers ordres juridiques nationaux subordonnés à ce droit, est une norme conférant la qualité de fait créateur de normes juridiques à la coutume résultant de la conduite réciproque des États”⁵⁶⁶

Dois outros elementos da versão em francês merecem destaque. O primeiro é a seção dedicada à definição de pessoa física e pessoa jurídica. Afirma que na teoria tradicional a pessoa física é o homem, sujeito de direitos e obrigações e a pessoa jurídica não será um homem mas outra coisa. Contudo, para a Teoria Pura do Direito tanto a pessoa física como a pessoa jurídica são personificações de uma ordem jurídica e a pessoa jurídica é uma hipostatização de um puro conceito destinado a facilitar a descrição do direito que ajuda a distinguir a pessoa jurídica⁵⁶⁷ como uma realidade distinta dos sujeitos que a compõe ou do conjunto de regras da qual é formada. O outro elemento a ser destacado é o retorno ao princípio da eficácia no capítulo sobre o direito internacional, no qual reafirma que o princípio é uma das regras fundamentais do direito internacional. A comunidade constituída por

a la Science du Droit (1953 op. cit., p. 120).

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 164.

⁵⁶⁷ “La personne juridique conçue comme une réalité distinct des individus, mais chose étrange non perceptible par les sens, ou comme un organisme social supérieur aux individus qui le composent, est l'hypostase d'un pur concept destiné à faciliter la description du droit.” (KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit* (1953). op. cit., p. 164).

normas válidas em determinado território é um Estado no sentido do direito internacional, ou seja, a qualidade de criador de normas é atribuída pelo direito internacional na forma de uma autorização de criar normas jurídicas. O princípio da efetividade do direito internacional delimita os domínios de validade das ordens jurídicas nacionais de três formas: territorial, pessoal e temporal.⁵⁶⁸

Na versão da Teoria Pura do Direito de 1961 a descrição da norma fundamental obedece à mesma moldura da versão de 1934 e 1945. Parte-se do reconhecimento da relação entre validade como um dever ser e a eficácia como um ser.⁵⁶⁹ Estes elementos são fundamentais para compreender tanto o reconhecimento que a norma fundamental só pode ser teorizada com o recurso à ficção, na versão de 1979, quanto às críticas de Verdross à teorização de seu ora professor.

O positivismo jurídico procura situar-se frente a teses tidas como incompatíveis, denominadas teoria idealista e teoria realista. A teoria idealista localiza a validade no direito no dever-ser e torna-se completamente independente da eficácia; a teoria realista identifica a validade do direito com a eficácia. Segundo Kelsen a idealista erra na medida em que nega uma ordem jurídica como um todo e a realista não responde aos casos em que o direito é considerado válido embora não o seja o que compromete também a sua eficiência.⁵⁷⁰

A concepção de eficiência de uma ordem, no positivismo jurídico kelseniano é o pressuposto para compreender a norma fundamental. A eficácia de

⁵⁶⁸ “Par le principe de l’effectivité le droit international délimite les domaines de validité des ordres juridiques nationaux au triple point de vue territorial, personnel et temporel. (...) Si l’on préfère un langage plus imagé, on dira de l’État qu’il est une personne juridique et qu’il remplit la fonction d’un organe de la communauté constituée par le droit international, notamment dans la mesure où il participe à la formation des normes de ce droit.” (KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit* (1953). op. cit., pp. 180-181)

⁵⁶⁹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 148.

⁵⁷⁰ Idem, *O problema da Justiça* (1960) op. cit., p. 68.

um ordenamento jurídico é condição de validade e uma norma não é mais válida quando deixa de ser eficaz. A eficácia de uma ordem jurídica também não é o fundamento da validade. Neste raciocínio encontra-se o núcleo da formulação a norma fundamental enquanto hipótese:

Fundamento da validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes. A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade.⁵⁷¹

Mais algumas palavras sobre o conceito de eficácia são necessárias, necessidade de ênfase esta colocada pelo próprio Kelsen. Eficácia na teoria pura quer dizer existência de um ordenamento jurídico, ou melhor, o reconhecimento de um ordenamento jurídico que pode pertencer ao campo costumeiro, moral ou da mera repetição de comportamentos entendidos como exigíveis, conectados a um 'dever-ser'. Talvez o raciocínio mais central na formulação da teoria da norma fundamental seja justamente o reconhecimento da ordem internacional como uma ordem constituída para a paz, que é um argumento mais enfatizado na versão de 1961. Nesta ordem constituída para paz Kelsen baseia toda a validade do ordenamento jurídico internacional e dos ordenamentos nacionais isoladamente tomados.

Neste patamar pergunta-se: qual o itinerário do raciocínio que faz reconhecer uma ordem como efetiva? Garcia Amado oferece duas interpretações. A primeira é referente ao princípio da economia de pensamento tomado da teoria da ciência de Mach, a qual exerceu influência no Círculo de Viena, e que esteve

⁵⁷¹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960) op. cit., p. 148.

presente nas primeiras décadas da produção de Kelsen muito embora tardiamente tenha sido abandonada por Kelsen:

Esse principio, analogo al de economia del pensamiento o economia de la explicación, fuerza al conocimiento normativo a reducir al maximo la distancia entre el ser y el deber, a hacer coincidir el mayor contenido posible del 'Sein' com el contenido del 'Solen'. Se trata de un principio determinante de la formación de la norma originaria. (...) Tiene claro Kelsen (...) que se trata de um principio extrajurídico, no fundamentable juridicamente, siempre que pessuponga el carácter soberano del ordenamiento estatal. En otro caso, cuando se parte de la soberania del orden internacional, dicho principio se convierte en jurídico, ya que este ordenamiento establece la efectividad como critério determinante de la existencia del Estado.⁵⁷²

A segunda interpretação de Garcia Amado é referente à aplicabilidade do princípio de Ernst Mach citado acima. A autoridade da norma fundamental enquanto produtora de direito é originária das normas que são estabelecidas em termos gerais e o reconhecimento de todo ordenamento jurídico em certo grau coincide com o comportamento dos homens aos quais se refere.⁵⁷³ Acrescenta Amado que Kelsen em 1928 faria uma afirmação sobre a natureza da norma fundamental, embora sem mencionar diretamente o princípio da economia de pensamento: “em certo sentido a norma fundamental significa a transformação do poder em direito.”⁵⁷⁴

Na edição de 1934 esta formulação de 1928 encontraria formulação semelhante. Ao final do subitem em que trata de ‘validade e eficiência do ordenamento jurídico’, imediatamente antes de iniciar o subitem ‘o direito internacional e o ordenamento jurídico dos Estados’ Kelsen registra o que é eficiência na versão de 1934 na qual explica que é impossível tanto abstrair a noção de validade da de realidade como também identificar validade com realidade. Afirma Kelsen que coloca-se no lugar do conceito de realidade – como eficiência do ordenamento jurídico – o conceito de poder, e assim ficam juntos o problema da

⁵⁷² AMADO, op. cit., p. 60

⁵⁷³ Ibidem, p. 61.

⁵⁷⁴ Ibidem

relação entre validade e eficiência do ordenamento jurídico com o do direito e poder.⁵⁷⁵

Aqui é interessante trazer à tona a noção de reconhecimento da realidade em si e não da noção kantiana de conhecer unicamente a fenomenologia como uma percepção individual. A possibilidade ou capacidade de conhecer a realidade é 'conditio sine qua non' para chegar ao conceito de eficiência, muito embora haja menção a esta capacidade cognoscitiva no contexto da argumentação sobre a questão da liberdade, pois se o homem não conhece a realidade sobre si, sobre os outros homens e sobre o mundo então não é livre.⁵⁷⁶

A ótica de Garcia Amado compreende que a norma fundamental na perspectiva da eficiência é o reconhecimento de uma ordem jurídica enquanto relações de poder. O itinerário do raciocínio que leva à conceituação das relações de poder enquanto ordenamento jurídico é justificado teoricamente pelo princípio da economia de pensamento. Logo, a eficiência é a constatação de relações de poder que geram regras num sentido geral, capazes de gerar comportamento ou a noção de vínculo, de obrigatoriedade. Esta noção mais clara dos fundamentos teóricos da norma fundamental – quase enquanto características subjetivas do raciocínio de Kelsen – são possíveis somente com a leitura conjunta do itinerário intelectual das versões da Teoria Pura do Direito de 1934 e 1961.

⁵⁷⁵ KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 81.

⁵⁷⁶ "De maneira perfeitamente acertada especifica Kant que, quando se trata de imputação nos encontramos perante uma outra ordem, completamente diferente "da ordem natural", e que consideramos o homem como "livre" enquanto interpretamos a sua conduta segundo esta outra ordem. Mas, para o considerarmos como livre, temos de não transferir o homem ou o seu questionável duplo, o homem como coisa em si, para um mundo inteligível inacessível ao nosso conhecimento, para um mundo de coisas das quais nós nada sabemos e nada precisamos saber." (KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 262).

Após a menção aos pressupostos epistemológicos é possível apresentar a teorização da norma fundamental na Teoria Pura do Direito, considerada a versão definitiva da teoria geral do direito kelseniana, mas não necessariamente a teorização definitiva das características teóricas da norma fundamental. De toda a forma, a norma fundamental em 1961 é apresentada como uma hipótese. A hipótese acerca do reconhecimento da eficácia de um ordenamento jurídico internacional:

(...) o fundamento de vigência da ordem jurídica estadual pode ser encontrado no Direito internacional positivo. Nesta hipótese, o fundamento de vigência daquela ordem jurídica é uma norma posta, não uma simples norma pressuposta. (...) Nesta hipótese, o fundamento de vigência daquela ordem jurídica é uma norma posta, não uma simples norma pressuposta.⁵⁷⁷

Quais as características que a ordem jurídica internacional possui enquanto relações de poder, ou, em outras palavras, quais as características jurídicas da eficiência do ordenamento jurídico internacional? A este respeito duas características podem ser destacadas; não somente a garantia da paz, mas também o reconhecimento da soberania enquanto governo independente de outros governos, que exerce um domínio efetivo sobre a população em determinado território descrito como país ou Estado soberano.⁵⁷⁸ Ergo, chega-se à formulação final da norma fundamental:

Este fundamento de vigência (...) é o fundamento mediato de vigência da ordem jurídica estadual. (...) não é uma norma posta, mas uma norma pressuposta. Estas normas são criadas pela via de um costume que é constituído pela conduta efetiva dos Estados, isto é, pela conduta dos indivíduos que, de acordo com as ordens jurídicas estaduais, funcionam como governos. (...) Uma das normas jurídicas de Direito internacional geral produzidas por via consuetudinária reconhece aos Estados poder para regular as suas relações mútuas através de tratados. Nesta norma consuetudinariamente criada têm o seu fundamento de vigência as normas jurídicas do direito internacional criadas por tratados. Esta norma é usualmente formulada no princípio: *pacta sunt servanda*.⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960), op. cit., p. 150.

⁵⁷⁸ "(...) uma norma do direito internacional geral reconhece a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos o poder de, com base numa Constituição eficaz, criar e aplicar, como governo legítimo, uma ordem normativa de coerção." KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 150.

⁵⁷⁹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 151.

O texto indica que a norma fundamental não é o princípio do *pacta sunt servanda* e tão menos é baseada no princípio. A norma fundamental é a hipótese que existe um ordenamento jurídico. Este ordenamento jurídico é reconhecido mediante a eficiência de um conjunto de normas, do reconhecimento que indivíduos seguem normas segundo uma noção consciente de obrigação jurídica. A eficiência por sua vez é o reconhecimento da realidade das relações de poder que criam a noção de obrigação. A norma fundamental também não é o costume. O costume e as normas criadas pelos Estados a partir da noção de que o contratado deve ser cumprido cria um ordenamento jurídico geral e o reconhecimento hipotético deste ordenamento geral é teorizado enquanto uma norma fundamental pressuposta, não positiva.

A descrição da teorização da norma fundamental na versão de 1961 pode ser encerrada com menção à garantia da paz enquanto valor. Porque esta menção é necessária? A menção à garantia da paz é necessária em dois sentidos. Em primeiro plano porque é uma das características apontada por Kelsen para identificar a realidade das relações de poder enquanto obrigação jurídica – ao lado do reconhecimento da soberania. Neste contexto, o valor paz é uma dimensão prevalente da eficiência do ordenamento jurídico em nível internacional. Em segundo plano porque curiosamente inclui um valor na fundamentação do direito, que servirá aos críticos para interpretar que o positivismo jurídico é tributário do jusnaturalismo conforme já foi observado na crítica de Verdross.⁵⁸⁰

Na norma fundamental do Direito internacional também não está contida qualquer afirmação de um valor transcendente ao Direito positivo; nem mesmo do valor paz, que o Direito internacional geral, criado pela via consuetudinária, e o direito internacional particular, criado com base na norma jurídica pactícia, garantem. O Direito internacional e as ordens jurídicas estaduais que - sob a pressuposição do primado daquele - lhe

⁵⁸⁰ VERDROSS, op. cit., p. 19.

estão subordinadas são válidos ou vigentes não porque ou na medida em que realizam o valor paz.⁵⁸¹

A forma como Kelsen redige os parágrafos acima tornam a garantia da paz um dos elementos mais inconsistentes de sua teoria. Se por um lado Verdross critica a norma fundamental em função de ser baseada no valor de paz social, Kelsen refuta quaisquer valores transcendentais enquanto conteúdo da norma fundamental. A releitura da formulação da Grundnorm leva a crer então que a contribuição de Verdross não é precisa.⁵⁸² A norma fundamental não possui um conteúdo e trata-se da hipótese acerca do reconhecimento mútuo do estabelecimento de relações jurídicas, a saber, o reconhecimento da consciência psicológica dos Estados que o pactuado, o consentido, deva ser cumprido, muito embora a caracterização psicológica conste somente no 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre'.

O valor da paz no contexto da formulação a norma fundamental da teoria Pura do Direito de 1961 será reiterado inúmeras vezes na obra de Kelsen. Em março de 1941 proferiu conferências na Escola de Direito de Harvard, as quais foram publicadas em 1942. Na primeira frase da introdução da versão impressa destas lições afirma que "O direito é, em essência, uma ordem para promover a paz."⁵⁸³ Em 1945 no 'Peace Through Law' afirma que para garantir a paz, a ordem social não exclui todos os tipos de atos coercitivos e que a característica essencial da lei como ordem coercitiva é estabelecer o monopólio a força.⁵⁸⁴ Em 1956 no 'Collective Security under International law' afirma que a condição de ser protegido

⁵⁸¹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 151.

⁵⁸² "Wenn wir aber weiter fragen, warum die Kelsensche Grundnorm gerade die wirksame, effective Ordnung (und nicht eine andere) als Rechtsautorität einsetzt, dann finden wir den Schlüssel dazu in der Tatsache, dass auch Kelsen das Recht im Sinne der traditionellen Theorie als soziale Friedensordnung betrachtet." (VERDROSS, op. cit., p. 18).

⁵⁸³ KELSEN, *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales* (1942). op. cit., p. 23.

⁵⁸⁴ Idem, *Peace through law* (1945). op. cit., p. 3

contra um perigo é uma condição objetiva do homem a qual - certa ou erroneamente - o homem assume existir.⁵⁸⁵ No 'Principles of International Law' de 1952, expõe que mediante a reserva ao uso da força coletiva a lei garante a paz.⁵⁸⁶

A noção que a eficiência do ordenamento jurídico internacional é percebida na ordem social é uma particularidade da teoria pura do direito. Se a ordem ou a paz social é considerada um valor, como pode este valor ser compreendido como um elemento de convergência entre os homens para fundamentar o direito internacional como um todo. A este respeito, o positivismo jurídico argumenta que não é a ordem social ou o princípio do *pacta sunt servanda* o fundamento do direito internacional, mas a existência do ordenamento jurídico - prevalentemente pela via do costume - que é percebida a partir da busca e manutenção deste valor.

Ainda, na versão de 1961 existem passagens que permitem perceber a irreduzibilidade de Hans Kelsen em assumir a tese que apareceria na Teoria Geral das Normas de 1979: a recusa em aceitar as críticas de Menger e Wedberg que a norma fundamental não pode ser tida como o reconhecimento da eficiência de uma ordem internacional dada e concreta:

"Menger (...) nega a possibilidade de deduzir logicamente da norma fundamental uma ordem jurídica de normas concretas. Isto é sem dúvida verdade, mas não atinge a Teoria Pura do Direito que afirma que, da norma fundamental, apenas podemos deduzir o fundamento de validade e não o conteúdo das normas jurídicas concretas. Por isso Wedberg compreende mal a teoria da norma fundamental quando afirma: 'Kelsen mantém que todo o sistema jurídico contém uma única norma básica (*Grundnorm*) da qual todas as restantes normas do sistema são extraídas por conclusão'."⁵⁸⁷

Kelsen reformularia substancialmente a teorização da norma fundamental nas anotações publicadas postumamente em 1979 sob o título de Teoria Geral das

⁵⁸⁵ KELSEN, *Collective Security under International Law* (1954) op. cit., p. 1.

⁵⁸⁶ Idem, *Principles of International Law* (1952). op. cit., p. 17.

⁵⁸⁷ Idem, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 265.

Normas (Algemeine Theorie der Normen). Conforme já foi descrito neste capítulo no subitem acerca da produção literária, é difícil atribuir a esta obra póstuma a qualidade de última versão da teoria pura do direito tendo que a partir da leitura dos textos é evidente que os tópicos estão dispostos de forma diversa das versões de 1934, 1945, 1953 e 1961. A resolução desta questão a qual suscita diversos debates dentre os juristas não é decisiva para os argumentos desta tese, mas a devida referência é necessária.

Cumpra aqui o objetivo da descrição teórica da norma fundamental na teoria pura do direito. Neste contexto é obrigatória a referência aos diferentes matizes teóricos contidos na versão de 1979. Estes elementos serão ainda utilizados na argumentação final deste capítulo acerca da norma fundamental enquanto resposta da teoria pura do direito à questão da legitimidade do direito internacional. Se esta norma é uma hipótese, pressuposta pelo pensamento jurídico, se é baseada no princípio do 'pacta sunt servanda' ou se é pura ficção jurídica é uma matéria que diz respeito à forma como a Grundnorm é descrita no plano teórico.

Na versão de 1979 a norma fundamental de um ordenamento jurídico ou moral não é juridicamente positivada e sim puro pensamento. Isto significa uma norma fictícia no sentido de um ato de vontade não real, mas sim ficcional. Kelsen acrescenta que é ficção no sentido da filosofia Vaihingeriana do 'Como se' (als ob), que é delineada é contraditória em relação à realidade e contraditória em si mesma. Assim a suposição de uma norma fundamental de um ordenamento moral religioso ou de uma ordem jurídica contradiz não somente a realidade, porque tal norma não existe no sentido de um ato efetivo da vontade, mas também é contraditória em si

própria porque ela representa a autoridade máxima de uma ordem moral ou jurídica.⁵⁸⁸

A intenção da norma fundamental no plano do pensamento é a fundamentação da validade de normas em um ordenamento moral ou jurídico positivado. Este é a significação do sentido subjetivo do ato de estas normas serem postas como um sentido objetivo e porque se denominam estas normas, normas válidas. Este objetivo é alcançado somente por meio de uma ficção. Assim, a norma fundamental, no sentido da filosofia vaihingeriana do ‘Als-Ob’, não é uma hipótese – conforme Kelsen havia designado⁵⁸⁹ – mas sim uma ficção, a qual se diferencia conceitualmente de uma hipótese. A ficção é acompanhada da consciência ou deve se fazer acompanhar, pois não corresponde à realidade.

A diferente explicação dada à norma fundamental suscitou infundáveis debates dentre os juristas e os filósofos. A partir da leitura do texto original da versão de 1979 e da compreensão geral do aprimoramento teórico da norma fundamental é possível endereçar ou propor algumas contribuições. A fim de obedecer ao encadeamento lógico desta tese e não perder-se na pretensiosa tentativa de

⁵⁸⁸ “Die Grundnorm einer positive Moral - oder Rechtsordnung ist – wie aus dem Vorhergehenden ersichtlich – keine positive, sondern eine bloss gedachte, und das heisst eine fingierte Norm, der Sinn nicht eines realen, sondern eines bloss fingierten Willensaktes. Als solche ist sie eine echte oder ‘eigentliche’ Fiktion im Sinne der Vaihingerschen Philoophie des Als-Ob, die dadurch gekennzeichnet ist, dass sie nicht nur der Wirklichkeit widerspricht, sondern auch in sich selbst widerspruchsvoll ist. Denn die Annahme einer Grundnorm – wie etwa die Grundnorm einer religiösen Moralordnung: ‘Man soll den Geboten Gottes gehorchen’ oder die Grundnorm einer Rechtsordnung: ‘man soll sich so verhalten, wie die historisch erste Verfassung bestimmt’ – widerspricht nicht nur der Wirklichkeit, da keine solche Norm als Sinn eines wirklichen Willensaktes vorhanden ist, sie ist auch in sich selbst widerspruchsvoll, da sie die Erächtigung einer höchsten Moral – oder Rechtsautorität darstellt, und amit von einer noch “ber dieser Autorität sthenden – allerdings nur fingieren –Autorität ausgeht.”(KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*. op. cit., pp. 206-207)

⁵⁸⁹ KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*. Im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlassherausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter. op. cit., p. 207. Na versão brasileira é possível encontrar a seguinte citação: “Rejeito a teoria, sufragada por muitos autores - e a princípio também por mim -, segundo a qual a norma *pacta sunt servanda* deveria ser considerada como fundamento do Direito Internacional, pois ela só pode manter-se com ajuda da ficção de que o costume dos Estados é um Tratado tácito.” (KELSEN, *Teoria Geral das Normas*. op. cit., p. 234).

responder questões de diversas ordens que não seriam, por fim, resolvidas aqui; propõem-se três contribuições. A primeira é indicar a diferença entre norma e ficção no sentido que Hans Kelsen lhes confere. A segunda é se a versão de 1979 é posterior e definitiva. A terceira é se Kelsen muda de posição por causa da influência de Vaihinger. Estas diferenciações pretendem somente situar melhor os dados estudados em termos de uma cartografia teórica mais arrojada já que, conforme já foi indicado, não interferem nos objetivos da pesquisa. Em outras palavras, para argumentar pela inaplicabilidade da norma fundamental de Hans Kelsen enquanto fundamento de legitimidade do direito internacional não é decisivo o dado se esta norma fundamentada é designada como hipótese ou como ficção.

Quando Kelsen explica que a teoria pura do direito opera com a norma fundamental enquanto fundamento hipotético ele quer dizer que há uma pressuposição que existe uma ordem jurídica que pode ser identificada enquanto eficaz a partir da identificação dos fatos relativos ao comportamento dos homens.⁵⁹⁰ No caso da norma fundamental de direito internacional conforme já foi visto este comportamento é identificado pela via do costume.⁵⁹¹ Logo, a hipótese é um pressuposto que existe uma ordem eficiente capaz de ser reconhecida. Neste caso, hipótese possui o sentido científico de uma suposição que aponta para um fato existente, para o reconhecimento de uma realidade dada, ou conforme o caso específico do direito internacional, um conjunto de fenômenos sociais. A hipótese é passível de experimentação, de provas e de comprovação.

⁵⁹⁰ “Die Geltung einer das Verhalten bestimmter Menschen regelnden Rechtsordnung steht somit zu der Tatsache, dass das reale Verhalten dieser Menschen der Rechtsordnung entspricht – zu ihrer Wirksamkeit, wie man auch zu sagen pflegt –, in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis.” (KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 80).

⁵⁹¹ KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 138.

Para Kelsen, assim como a hipótese da norma fundamental, a ficção também é uma norma suposta, mas esta suposição não indica a existência de uma realidade e sim a contradiz.⁵⁹² A ficção neste contexto é um puro ato da vontade, um pensamento puro. Não se pode afirmar se Kelsen muda de posição porque não poderia ou não se pode provar o reconhecimento da existência de uma ordem eficaz baseada no princípio do *pacta sunt servanda*. O jurista somente afirma que o ato de colocar uma norma positiva enquanto ato da vontade só pode ocorrer por meio da utilização da ficção. Registre-se que não há na versão de 1979 nenhum tipo de explicação adicional acerca da impossibilidade da utilização teórica da norma fundamental enquanto hipótese.

A hipótese naturalmente indica a possibilidade de teste científico a partir da confrontação com a práxis jurídica. Já a ficção é um recurso intelectual que oferece as mesmas possibilidades teóricas de 'ultima ratio' sem o comprometimento científico em suspenso da hipótese. A bem da verdade a explicação sobre a norma fundamental como um reconhecimento de uma ordem jurídica de fato coordena-se melhor com a opção hipotética, pois se a ordem não existe ou nunca existiu então não há que se recorrer nem mesmo a ficção. De qualquer forma é importante reenfatizar que a versão de 1979 não apresenta justificativas para mudança do recurso teórico. Nas palavras de Bobbio, a ficção é uma forma de fechamento do sistema teórico:

"To be sure, there remains the delicate problem of the *Grundnorm*, the fundamental norm, which is a solution that continues to arouse doubts and to feed theoretical discussions. I would say, though, that the *Grundnorm* in Kelsen is a sort of 'logical' closure of his system. (...) Thus in an essentially non-metaphysical thinker like Kelsen the 'closure' of a system through the *Grundnorm* is only, so to speak, a closure of convenience. It is a little like the idea of the absolute sovereignty of the nation-state. The idea of sovereignty as 'power of powers' is a closure of convenience, no different from the

⁵⁹² KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*. Im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlassherausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter op. cit., p. 206

Grundnorm conceived of as a 'norm of norms'. Nothing verifiable corresponds, nor can correspond, to these notions."⁵⁹³

A literatura jurídica manifesta-se de diferentes formas quanto à mudança na explicação da norma fundamental. A convergência sobre este tema parece ser somente uma: admitem ser terreno árido apontar sem erro qual foi a posição definitiva do autor estudado. Há quem entenda que a segunda explicação, norma fundamental enquanto ficção é resultado de um processo crescente de elementos a-lógicos e seu sistema:

“Quem estudar a última grande obra de Kelsen, a Teoria Geral das Normas, publicação póstuma de 1979, não poderá senão reconhecer a crescente importância dos elementos a-lógicos em seu sistema, a partir do conceito nuclear de norma jurídica e sua inesperada referência à “vontade do legislador”, até ao conceito de norma fundamental, que perde seu caráter hipotético para apresentar-se como pura ficção, um *als ob* à maneira de Vaihinger.”⁵⁹⁴

Certo é que a mudança de opinião de Kelsen não é justificada e que as proposições da segunda edição alemã não são as definitivas porque posteriores. A posterioridade de compilação na publicação póstuma não é a mesma coisa que dizer que a produção do raciocínio é também posterior a versão de 1961. Miranda Afonso, por exemplo, entende que a mudança na concepção da norma fundamental ocorreu antes de 1933, e deu-se no sentido da ficção à hipótese, e não da hipótese à ficção, tomando como aporte uma carta de Kelsen a Renato Treves, datada de 1933, em que aquele afirma que a teoria da norma fundamental encontra sua origem em Vaihinger (ficção) e Mach (economia de pensamento), mas que preferia renunciar a se inspirar nestes dois autores devido aos numerosos mal-entendidos, e a partir daí construir sua teoria com base no método da hipótese desenvolvido por Cohen.⁵⁹⁵ Ressalta ainda que se Kelsen quisesse mudar a concepção de norma

⁵⁹³ BOBBIO; ZOLO, op. cit., acesso em: outubro de 2008. pp. 02-03.

⁵⁹⁴ REALE; ANTISERI, op. cit., p. 480.

⁵⁹⁵ Herman Cohen, também um kantiano, influenciou sobremaneira a Hans Kelsen o que é mais evidente depois de um encontro pessoal em 1911. Com o contato com o kantianismo de Marburgo, o qual tendia a uma pureza metódica mais estrita diz-se que a visão de kelsen ficou mais aguda para perceber numerosas e graves confusões pelas quais passavam a teoria jurídica. (MÉTAL, op.

fundamental, teria publicado nesse sentido - bem razoável para um professor da Harvard - o que não fez.⁵⁹⁶

Existem elementos para pensar que Miranda Afonso possui razão em seu argumento. Neste caso, a formulação da norma fundamental parte do contexto ficcional para a hipótese e retorna ao contexto ficcional. O prova a introdução à segunda edição do 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre' onde Hans Kelsen, fazendo referência ao 'Philosophie des Als-ob', afirma que se utilizara a análise das ficções personificativas de Vaihinger para a personificação do direito no Estado. Em voga no início do século XX, Kelsen lança mão da analogia da personificação do 'Universo em Deus para Deus no Estado'⁵⁹⁷ em certo sentido também explorado nas reflexões de Carl Schmitt no Politische Theologie no qual todos conceitos influentes da teoria moderna do Estado são secularizações de conceitos teológicos.⁵⁹⁸ Trata-se do reconhecimento da pessoa jurídica enquanto personificação da complexidade normativa e compreende-se por meio deste recurso primeiramente em qual sentido uma pessoa tem obrigações e então por meio desta ótica chega-se à teoria da auto-obrigatoriedade a qual permite a imposição de obrigações ao Estado como uma personalidade.⁵⁹⁹ A idéia das ficções personificativas aparecem já nas contribuições

cit., pp. 22-23)

⁵⁹⁶ GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 152.

⁵⁹⁷ "Dazu brachte mir auch Vaihingers Analyse der personificativen Fiktionen (Philosophie des Als – Ob) manche Aufklärung, indem ich auf analoge Situationen in anderen Wissenschaften aufmerksam wurde. Auch die von mir schon gelegentlich in den 'Hauptprobleme' gezogene Analogie der Personifikation des Universums in Gott zu der des rechtes im Staat, sowie die in meiner 1913 erschienenen Schrift 'Über Staatsunrecht' begonnene Parallelisierung zwischen Problemen der Theologie und der Juisprudenz (Theidzee und Staatsunrecht) erhielt von hier aus neue Anregung."(KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. XVII).

⁵⁹⁸ "Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe. Nicht nur ihrer historischen Entwicklung nach, weil sie aus der Theologie auf die Staatslehre übertragen wurden, indem zum Beispiel der allmächtige Gott zum omnipotenten Gesetzgeber wurde, sondern auch in ihrer systematischen Struktur, deren Erkenntnis notwendig ist für eine soziologische betrachtung dieser Begriffe." (SCHMITT, *Politische Theologie* op. cit., p. 43)

⁵⁹⁹ "Erkennt man die juristische Person als Personifikation eines Normen-Komplexes und versteht man dadurch erst, in welchen Sinne eine Person Pflichten 'haben' kann, dann durchschaut man erst die Selbstverpflichtungstheorie, die einen metarechtlichen Staat sich selbst – wie einem menschen –

de Kelsen em 1913 no artigo ‘Theodizee und Staatsunrecht’, em 1916 na ‘Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft’, em 1919 no ‘Zur Theorie der juristischen Fiktionen’ e particularmente no livro que antecipa as idéias principais do ‘Hauptprobleme’, ‘Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts’.⁶⁰⁰ O que Kelsen está tratando nestas obras, contudo é o uso das ficções, e em particular a ficção da personificação do Estado enquanto personificação de um complexo de normas; não trata-se da formulação da norma fundamental enquanto hipótese.

A personificação do complexo normativo do Estado aparece na literatura jurídica kelseniana em diferentes obras a partir da utilização de conceitos como hipostatização, antropomorfismo e personificação.⁶⁰¹ Os conceitos dizem respeito à um reducionismo (hipostatização) de um sistema normativo à uma unidade capaz de ter atos de vontade (personificação) reconhecidos por outras unidades que formam uma comunidade (antropomorfismo). Já sobre a utilização dos conceitos de hipótese e ficção antes da versão da Teoria Pura do Direito de 1934, a obra teoria do Direito Internacional é representativa: Kelsen caracteriza a efetividade da ordem

Pflichten auferlegen lässt, als unzulässige Hypostasierung einer Personifikation und als eine jener irreführenden verdoppelungen, die Vaihingers Theorie der Fiktionen so treffend aufgezeigt hat.”(KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. XIX).

⁶⁰⁰ KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. XVII-XVIII

⁶⁰¹ “La técnica de esta hipótesis, con el redoblamiento de su objeto de conocimiento, con su contexto de falsos problemas (...)” (KELSEN, *El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial a la teoría das masas según Freud)*. In: CORREAS, op. cit., p. 370); “(...) neben ihrem rettungslosen Versinken in dem Anthropomorphismus eines von der Rechtsordnung unabhängigen Staatssubjektes (...)” (KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (1920). op. cit., pp. 168ss. p. 44); “(...) die Aufnahme des neustaates in die Völkerrechtsgemeinschaft oder, mit andern Worten und ohne die veranschaulichenden Personifikationen ausgedrückt, (...)” (KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (1920). op. cit., pp. 168ss. p. 229); „ Die juristische Person des Staates zeigt somit durchaus den gleichen Charakter wie jede andere juristische Person.“ (KELSEN, *Reine Rechtslehre*: op. cit., p. 130)

internacional como uma hipótese e recorre à ficção para explicar o conceito de soberania.⁶⁰²

Os conceitos de ficção e hipostatização em Kelsen são decisivamente influenciados pelas reflexões sobre teoria do conhecimento da obra “ Die Philosophie des Als Ob’ (‘A filosofia do como se’) do neo kantiano Hans Vaihinger. A obra em referência, profundamente densa em referências científicas de diversas áreas do conhecimento, é um capítulo à parte no pensamento filosófico alemão do início do século XX. Para cumprir parte do desenvolvimento do argumento pretendido neste capítulo, de explorar os elementos teóricos constitutivos da norma fundamental, é necessário pelo menos fazer referência aos capítulos quinto, sexto e nono da primeira parte, respectivamente sobre as ficções jurídicas, sobre as ficções personificativas e sobre as ficções práticas (éticas). Muitos outros tópicos incluídos na obra como a a matemática, a simbologia física, mecânica e o uso das ficções na história poderiam ser mencionados para conferir maior significação ao argumento da ‘filosofia do como se’ o que se por um lado dariam mais força aos objetivos desta tese, por outro imporia um desvio na linha argumentativa que ao final em vez de objetividade poderia mesmo enfadar.

Segundo o ‘Filosofia do como se’ as ficções jurídicas bem como as personificações ficcionais são tipos de ficções simbólicas ou analógicas conforme o sistematizado no capítulo quarto da primeira parte. Ficções simbólicas são utilizadas nas parábolas poéticas e nos mitos na forma de um mecanismo do pensamento. Exemplifica com a contextualização por parte de Schleiermacher de categorias

⁶⁰² „(...) normen auf dem Wege einer Fiktion zu erweisen, die einzelstaatliche Souveränität retten soll (...) ein gewisser Grad von Wirksamkeit dieser Ordnung, von Faktizität vorausgesetzt wird. Nur bei einem Primat des Völkerrechtes könnte eine solche Hypothese juristischen Character haben.“ (KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*: op. cit., pp. 168ss. pp. 228 e 240)

teológicas como por exemplo de que Deus não é pai dos homens mas esta categoria é classificada para tratar ‘como se’ o fosse para fins de práticas e cultos religiosos. Para Vaihinger, Schleiermacher tratou todos os dogmas religiosos de igual forma, mudando-os da hipótese para a ficção.⁶⁰³ As ficções analógicas – ou analogias ficcionais – são mecanismos que permitem o uso de analogias não reais como a de um Estado com um organismo humano. Isto permite diferenciar entre analogias reais relativas à induções e à hipótese e a pura analogia ficcional a qual são relativas ao método subjetivo.⁶⁰⁴ Por sua vez, a distinção básica entre hipótese e ficção é que a primeira ocorre na realidade e é passível de verificação.⁶⁰⁵

Hans Vaihinger argumenta que uma parte especial das ficções correntes são as ficções jurídicas e que o nome das ficções não é em nenhum outro melhor conhecido como nas ciências jurídicas e é para a práxis absolutamente necessário assim como são as ficções para a matemática.⁶⁰⁶ Diferencia a ‘fictio iuris’ da ‘praesumptio iuris’, sendo a última uma hipótese jurídica e a primeira uma ficção jurídica. Argumenta que na teoria e na prática são conceitos que sofrem muitas vezes confusões e a distinção é um problema jurídico. A ‘praesumptio’ é uma suposição e a ‘fictio’ é uma descoberta consciente.⁶⁰⁷ Historicamente desde a Roma

⁶⁰³ VAIHINGER, Hans. Die Philosophie des Als Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Neudruck der 9. 10. Auflage leipzig 1927. Aalen: Scientia verlag, 1986. pp. 39-41.

⁶⁰⁴ Ibidem, p. 45.

⁶⁰⁵ Ibidem, pp. 143ss.

⁶⁰⁶ “Eine speziellere Abart der vorigen sind die juristischen Fiktionen. Der name der Fiktionen ist bis jetzt nirgends besser bekannt als in der Rechtswissenschaft, wo sie ein beliebtes Kapitel bilden. (...) Wer mit der Methode der Rechtswissenschaft bekannt ist, kann ermessen, wie ungeheuer wichtig dieser Kunstgriff für die juristische Praxis ist; er ist für sie ebenso unentbehrlich, als er es in der Mathematik ist.” (VAIHINGER, op. cit., p. 46).

⁶⁰⁷ “Ein weiterer besonders interessanter Punkt hierbei ist das Verhältnis der fictio iuris zur praesumptio iuris. Die letztere ist die juristische Hypothese, die erstere ist die juristische Fiktion; auch in der juristischen Theorie und Praxis sind beide oft verwechselt worden, und ihre Distinktion ist ein beliebtes juristisches Problem. Die preasumptio ist eine Vermutung, die fictio ist eine absichtliche, eine bewusste Erfindung. (VAIHINGER, op. cit., p. 48).

antiga as ficções são úteis ao direito e no constitucionalismo inglês o princípio 'the King can do no wrong' foi um emprego notável.⁶⁰⁸

As ficções personificativas são aquelas reunidas sob o grupo da representação da pessoa e o princípio unificador destas ficções é a hipostatização dos fenômenos demonstrada na forma, mais ou menos, de uma figura de uma personalidade. Vaihinger não fala somente da pessoa como um todo mas características, partes e atributos como alma, força, afinidade e poder. Em algumas descrições científicas fenômenos que são naturalmente reais como a 'força gravitacional' a força é utilizada como uma ficção analógica por Newton. Vaihinger não aprofunda a questão do Estado como uma hipostatização da pessoa pois apresenta seu argumento com ênfase nas questões mais amplas como o uso da ficção analógica nas ciências de forma geral e por isso recorre aos exemplos da física e mesmo da química.

Ao explicar as ficções (éticas) práticas, Vaihinger parte da questão da liberdade. Afirma que a humanidade formou este importante conceito no andamento da evolução com uma necessidade psicologicamente imanente pois seu fundamento é possível somente a partir da cultura e da moral. Sozinho este conceito é uma contradição, uma monstruosidade.⁶⁰⁹ Argumenta que até o século dezoito a liberdade era uma hipótese ou um dogma. A liberdade é uma ficção altamente necessária para a práxis mas deve ser entendida não como uma absoluta liberdade da vontade e capacidade ordenadora. Recorre ao exemplo que o círculo ideal não existe na natureza mas a matemática consegue calculá-lo e utilizá-lo cientificamente.

⁶⁰⁸ VAIHINGER, op. cit., p. 696ss.

⁶⁰⁹ "Die Menschheit hat dieses wichtige Begriffsgebilde im Laufe der Entwicklung mit immanenter psychischer Notwendigkeit gebildet, weil nur auf Grundlage höhere Kultur und Sittlichkeit möglich ist: allein hindert nicht, einzusehen, dass dieses begriffsgebilde selbst eine logische Monstrosität ist, dass es ein Widerspruch ist, kurz, dass es nur eine Fiktion, keine Hypothese ist., (VAIHINGER, op. cit., p. 60)

As formas imaginárias (abstrações e ideais) são permitidas apesar de sua irrealdade e sem elas a ciência não seria possível em sua mais alta forma. Para Vaihinger esta é a tragédia de vida que conceitos mais valorosos tomados na realidade são sem valor.⁶¹⁰

A leitura que Hans Kelsen faz da filosofia do “como se” de Vaihinger é explicado no artigo “Reflexiones en torno de la Teoria de las Ficciones Jurídicas con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger”. Neste argumenta que a ciência do direito só é possível se se parte da concepção que existe uma soberania do direito que quer dizer que se reconhece um sistema de normas como autônomo e por conseguinte do qual nenhuma ordem é superior.⁶¹¹ Kelsen interpreta que Vaihinger acerta quando diz que duplica-se o objeto do conhecimento com a ficção, em geral, e com a personificação em particular.⁶¹² Dois conceitos centrais na formulação da norma fundamental: reconhecimento mútuo de personalidade e recurso à ficção. Afirma que um dos grandes méritos das investigação de Vaihinger está em haver reconhecido a afinidade entre o método matemático e a técnica conceitual da ciência do direito. Com efeito, as semelhanças entre estes campos não se restringem à utilização das ficções mas estendem-se também a aplicação de leis gerais a casos particulares. Não que o caso particular se submeta a casos particulares mas as linhas curvas são calculadas a partir de linhas retas. O direito é um padrão para a análise de casos particulares.⁶¹³

Para Vaihinger a característica essencial da ficção é ser contraditória em relação à realidade. Recorre à história e relembra que na antiguidade clássica os

⁶¹⁰ “Das ist eben die Tragik des Lebens, dass die wertvollsten Begriffe, realiter genommen sind.” (VAIHINGER, op. cit., p. 61)

⁶¹¹ KELSEN, *Reflexiones en torno de la Teoria de las Ficciones Jurídicas con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger. Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 18, 2001. p. 31.

⁶¹² Ibidem, p. 18.

⁶¹³ Ibidem, p. 24.

romanos designavam com o termo *fictio* o procedimento criado através do direito pretoriano que consistia em aceitar em determinadas circunstâncias como ocorrido ou como presente algo que constitui uma exigência rigorosa do direito ainda que não houvesse ocorrido.⁶¹⁴ Vaihinger anda na direção oposta do direito natural e para ele nada no direito é real: “o ideal é uma ficção prática.”⁶¹⁵ Kelsen chega a afirmar que Vaihinger deveria ter declarado que todos os conceitos éticos são ficções muito embora tenha de fato se restringido a afirmar que a liberdade e o contrato social são ficções necessárias para fundamentar o direito do Estado de punir.⁶¹⁶ Em função destes elementos complexos da filosofia neo-kantiana de Vaihinger é preciso distinguir entre a utilização que Kelsen faz da filosofia do “como se” e o que Vaihinger entende como ficção. Para Kelsen a ficção é um recurso do direito e para Vaihinger o direito e os pressupostos deste, como liberdade, personalidade e uso legitimado da violência são em essência ficções.

Quanto à pergunta se a versão de 1979 é a definitiva – em relação à formulação teórica da norma fundamental - a opinião desta pesquisa é que sim. Primeiro porque é clara a menção à impossibilidade de um ato subjetivo referente a uma norma posta capaz de conferir validade a outras normas no sentido de um ordenamento por meio da hipótese. Segundo porque no teor desta explicação Kelsen intervêm na primeira pessoa: ‘como eu mesmo preteritamente a designei’⁶¹⁷. Provavelmente a falta de sistematização, revisão e aprimoramento das reflexões publicadas em 1979 suscitem as opiniões contrárias à interpretação desta formulação enquanto definitiva.

⁶¹⁴ KELSEN, *Reflexiones en torno de la Teoria de las Ficciones Jurídicas con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger*, op. cit., p. 26.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁶¹⁶ *Ibidem*, pp. 30ss.

⁶¹⁷ “Daher ist zu beachten, dass die Grundnorm im Sinne der Vaihinglerschen Als-Ob keine Hypothese ist - als was ich selbst sie gelegentlich gekennzeichnet habe –sondern eine Fiktion (...)” (KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*. op. cit., p. 207)

O ficcionalismo, ou convencionalismo gnoseológico liga-se a filósofos como Ernst Mach e Hans Vaihinger que sustentam o caráter ficcionalista do todo o conhecimento. Para estes pensadores, o homem afirma algo como se houvesse certeza por uma necessidade humano-biológica.⁶¹⁸ O neo-kantiano Vaihinger desenvolve em seu clássico *Die Philosophie des Als-ob - A filosofia do como si* - que exceto a matemática, quase não existe campo algum que se preste melhor que o direito para a dedução de leis lógicas e para o desenvolvimento de leis e métodos lógicos em geral e do método da ficção em particular. Em certa medida a ficção jurídica é uma ficção científica.⁶¹⁹

Quanto ao terceiro questionamento proposto, se Kelsen muda de posição por causa da influência de Vaihinger é possível somente tecer considerações inconclusivas, dada a subjetividade do tema. Vaihinger é um autor ao qual faz referências expressas tanto na versão do 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre' de 1923⁶²⁰ quanto na versão da Teoria Pura de 1961,⁶²¹ então é difícil reconhecer que a influência da obra *Die Philosophie des Als-ob* torne-se decisiva somente na versão de 1979. É possível também dizer que o contato com as idéias de Ernst Mach possa também remontar ao período de influência do círculo de Viena⁶²² mas, por outro lado, é difícil precisar a influência crescente ou decisiva de Vaihinger. Kelsen reformula sua teoria porque estava teoricamente convencido deste direcionamento ainda que não tenha aprimorado sua moldura teórica tardia.

⁶¹⁸ REALE; ANTISERI, op. cit., p. 168.

⁶¹⁹ KELSEN, *Reflexiones en torno de la Teoria de las Ficciones Jurídicas con especial énfasis en la filosofía del* "op. cit., p. 15.

⁶²⁰ KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. XVII.

⁶²¹ A utilização que Kelsen faz de Vaihinger na Teoria Pura do Direito de 1961 é estritamente no domínio das críticas ao problema da liberdade em Kant. Então, Kelsen possui conhecimento da obra de Vaihinger embora não haja influência desta no domínio da utilização das ficções no plano científico. KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 67

⁶²² NEMETH, Elisabeth. Einleitung. In: THURM, Volker (hrsg.). *Wien und der Wiener Kreis. Orte einer unvollendeten Moderne: ein Begleitbuch*. Wien: Facultas, 2003.

A revisão do texto da Conferência pronunciada por Kelsen no inverno de 1911 na Soziologische Gesellschaft em Viena, baseado em passagens do 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre' e publicada em 1989, também indica a mudança teórica em direção ao uso da ficção. Na apresentação do livro publicado no México em 1989, sob o nome sugestivo de 'El Otro Kelsen', Óscar Correas afirma que o outro Kelsen propõe o mito de deus parêlo com o do Estado (isto mesmo, Deus com minúsculas e Estado com maiúsculas!) e dentre outras mudanças, curiosidades e peculiaridades, que propõe a 'Grundnorm', ao final, como uma ficção que atua em nossa consciência investindo o outro de uma autoridade que não possui por si mesmo⁶²³.

Na segunda parte do texto intitulado 'Acerca de las fronteras entre al método jurídico y el sociológico' Kelsen assinala que o direito natural possui um sincretismo equivocado, também denominado amálgama ilícito entre os métodos jurídico e sociológico.⁶²⁴ A questão surge quando para um problema tratado pela sociologia busca-se responder com a moldura e a técnica das ciências jurídicas. Este é o caso da constituição do Estado a qual é solucionado em todas as doutrinas de direito natural mediante um conceito legal: mediante um acordo. Segundo Kelsen, ainda, a confusão entre os métodos sociológico e jurídico fez com que os teóricos contratualistas como Hobbes, Locke e também Georg Jelinek tratassem o contratualismo como uma questão histórica.

⁶²³ CORREAS, op. cit., p.13

⁶²⁴ A questão levantada aqui surgiu ao longo da pesquisa bibliográfica. A literatura que trata da mudança de argumento teórico acerca da norma fundamental, a qual parte do pressuposto hipotético para a mera ficção é consensual em afirmar que a obra póstuma Teoria Geral das Normas é a obra que descreve expressamente esta mudança. Há que se reconhecer, contudo que na obra 'El Otro Kelsen', composta de artigos de pesquisadores na primeira parte e de textos do próprio Kelsen na segunda parte também contém o registro expresso da revisão teórica. Registra-se também que a partir das informações contidas no livro é difícil precisar a data das adequações do texto. (KELSEN, Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico. (1911) op. cit., p. 291)

“Como una manifestación de este tipo carece totalmente de base empírica, es más, como por vários motivos, es probable o contrario, la teoría del acuerdo contituye una ficción. Es decir: es la afirmación de un proceso real de una realidade, en contradicción consciente con la realidad. Y esta ficción, esta mentira piadosa científica está radicada pues en el sincretismo inadmisibile de los métodos, em la amalgama inacceptable del punto de vista normativo com el punto de vista explicativo.”⁶²⁵

A passagem é elucidativa. A crítica científica efetuada por Kelsen pode ser utilizada como um argumento contra sua própria teoria. Ao que acusa os teóricos contratualistas de utilizar o argumento normativo – e, portanto, ficcional – para explicar a constituição histórica do Estado, também Kelsen ao reconhecer a existência de um ordenamento jurídico internacional, aproveita-se de um argumento jurídico para explicar uma questão sociológica: que Estados se comportam segundo a norma.

Na primeira versão da obra ‘The concept of Law’ de H. L. A. Hart, no décimo capítulo dedicado ao direito internacional, algumas das últimas considerações são sobre o papel da Carta das Nações Unidas. Hart critica Kelsen, como também a outros teorizadores que adotam a mesma linha de raciocínio, por insistir que assim como a lei nacional, o direito internacional tenha ou deva ter uma norma fundamental ou o que ele denominava de norma de reconhecimento para que o problema da validade das normas do sistema pudesse ser resolvido. Para Hart a visão oposta é que a analogia da estrutura é falsa: “international law simply consists of a set of separate primary rules of obligation which are not united in this manner.”⁶²⁶

Outras críticas de Hart seguem no sentido de verificar que o direito internacional é composto de normas costumeiras das quais a regra que dá força vinculante aos tratados é uma. Caracteriza que é notório que todos que embarcaram

⁶²⁵ KELSEN, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*. (1911) In: CORREAS, op. cit., p. 292)

⁶²⁶ HART. op. cit., p. 234.

no objetivo de formular a norma fundamental tiveram grande dificuldade nisto e que os candidatos a esta posição incluem o princípio *pacta sunt servanda*. A crítica levada a efeito por Hart sobre a utilização do *pacta sunt servanda* vai ao encontro de argumentos opostos neste texto de tese: o *pacta sunt servanda* não pode ser utilizado como conteúdo da norma fundamental porque é incompatível com o fato que “not all obligations under international law arise from *pacta*”⁶²⁷. Atribui então que os vieses que adotam a norma fundamental substituíram o *pacta* por algo menos familiar: os Estados devem se comportar como costumeiramente se comportam. A crítica de Hart é sutil, não dirige-se diretamente a Kelsen mas sim aos que adotaram seu elemento teórico embora não cite suas fontes e não mencione as dificuldades teóricas. Embora atribua aos discípulos, Hart menciona, de fato, o argumento da teoria pura.

Sobre a influência neo kantiana pergunta: “Why should we make this a priori assumption?”⁶²⁸ A mera existência de normas para Hart não envolve a existência de tal norma fundamental. Se regras são aceitas como modelos de conduta e apoiadas com formas apropriadas de pressão social, então nada mais é necessário para demonstrar que elas são regras vinculantes mesmo que existam numa forma simples de estrutura social.

A leitura do texto de Hart sugere que sua teoria atribua ao direito internacional uma forma bastante primitiva de sofisticação jurídica. Em 1961 seria temeroso contentar-se com o comportamento recorrente de Estados como fundamento suficiente para a exigência de obrigatoriedade do direito internacional. Hart confere à norma fundamental três características: a assunção a priori, o recurso

⁶²⁷ HART. op. cit., p. 235.

⁶²⁸ Ibidem

ao pacta e o caráter costumeiro. Hart não parece ser preciso na leitura de Kelsen já que considera que a agenda de pesquisa kelseniana tem o 'pacta' ou o costume como conteúdo da norma. Talvez a crítica pudesse ser apropriada se para tal estivesse considerando o registro na literatura jurídica referente às vertentes do positivismo jurídico onde não raramente encontram-se interpretações equivocadas da formulação teórica de Kelsen. Longe de fazer apologia da teoria pura é necessário registrar que a norma fundamental na teoria pura é observada na prática costumeira e uma de suas expressões comuns é o pacta sunt servanda mas nenhum destes elementos é conteúdo da norma.

Joseph Raz no 'The concept of Legal System' afirma que Kelsen se expressa de tal forma que dá a entender que a norma fundamental é criada ao ser pressuposta. Assim, por exemplo, diz que a norma fundamental é válida não porque foi criada por um ato jurídico e sim porque é pressupostamente válida. Raz faz duas colocações sobre a formulação teórica da norma fundamental. A primeira é que pressupor a norma fundamental não é condição para existência do sistema jurídico, mas uma condição para reconhecê-lo e entendê-lo como sistema jurídico. A segunda é que é melhor considerar as normas fundamentais como normas necessárias no sentido que em todo sistema jurídico existe uma e somente uma norma fundamental. Desta maneira tenta se impedir que a norma fundamental seja um regresso ao infinito.⁶²⁹

As reflexões de Raz sobre a norma fundamental também cobrem a relação entre Kelsen e Austin. Para Austin um sistema jurídico existe somente se (a) seu legislador supremo é habitualmente obedecido; (b) seu legislador supremo não obedece a ninguém, e; (c) seu legislador supremo é superior a todos os sujeitos

⁶²⁹ RAZ, op. cit., p. 224.

jurídicos. Raz assinala que Kelsen omite esta última condição. Kelsen substitui o soberano de Austin pela norma fundamental. Critica que embora Kelsen esteja empenhado em aprimorar o sistema austiniano ambos têm em comum que a eficácia de um sistema jurídico é o critério de sua existência.⁶³⁰

Raz não faz considerações sobre a norma fundamental sob a perspectiva internacional e esta opção compromete sua análise da teoria pura do direito já que caracterizar a norma fundamental como internacional é uma opção teórica clara e definitiva em Kelsen. Raz trata a norma fundamental no plano do reconhecimento da eficácia de sistemas jurídicos. Estados soberanos, por exemplo, possuem sistemas jurídicos próprios a partir do reconhecimento da eficácia das relações jurídicas que se estabelecem em determinado território. Este viés reducionista da norma fundamental também consta no 'The authority of law' de 1979.⁶³¹

Em Kelsen, contudo a norma fundamental é mais do que o reconhecimento da eficácia de relações de poder. Em síntese, Raz dedica sua atenção prevalentemente à afirmação de Kelsen que a única função da norma fundamental é 'autorizar a criação da primeira constituição'.⁶³² Em Raz, tópicos como a norma fundamental estar acima dos ordenamentos dos Estados e o direito internacional formar um ordenamento único com os direitos estatais não são explorados.

No teor da análise da norma fundamental Raz cita um artigo de Kelsen para a *Israel Law Review*, denominado "On the pure theory of law", de 1966 no qual Kelsen aceita a ficção que as normas fundamentais são estabelecidas. Avalia Raz

⁶³⁰ RAZ, op. cit., pp. 122-124

⁶³¹ Ibidem, p. 183.

⁶³² Ibidem, pp. 129-130.

que Kelsen, neste artigo, atribui ficção não somente à teoria jurídica, mas a todo aquele que pensa em direito.⁶³³ Este detalhe do itinerário intelectual de Kelsen confirma a hipótese que a partir da edição da teoria pura de 1961 a ficção fica mais evidente na formulação da norma fundamental.

Raz acerta quando afirma que a norma fundamental não é pressuposto para existência, mas para o reconhecimento a existência de sistemas jurídicos. Isto leva à clara noção que a noção de norma fundamental não se adequa às relações sociais se for 'jogada' no mundo real. É um pressuposto para o reconhecimento de sistema, ou ordenamento jurídico, unicamente no campo da abstração.

Algumas das críticas de Raz vão ao encontro dos objetivos desta tese. Explica que a diferença entre a normatividade dos sistemas jurídicos (tese de Raz) e dos ordenamentos jurídicos (tese Kelsen) pode ser explicada pelo fato que os sistemas jurídicos têm uma integrada possibilidade de justificação dinâmica da maioria e suas normas.⁶³⁴ Isto remete à noção de Raz que em Kelsen a justificação é estática, ou seja, remete à norma fundamental. Afirma que a norma fundamental não dá conta de estabelecer a unidade de sistemas jurídicos e nem de arregimentar normas. Dizer que a norma fundamental é fonte de validade não justifica estas normas. Enfim, pergunta: existe algum motivo para aceitar a existência de normas fundamentais?⁶³⁵

Raz dedicou à norma fundamental kelseniana o capítulo VII do "The authority of law" e aí (re)argui que a norma fundamental fracassa em dois sentidos: a primeira é que todas as disposições jurídicas que pertençam a uma mesma cadeia

⁶³³ RAZ, op. cit., p 170.

⁶³⁴ Ibidem, p. 170.

⁶³⁵ Ibidem, p. 171.

de validade são parte de um mesmo sistema jurídico. O fato que contrapõe esta afirmação é a independência de um país na qual um país A permite ao país B a autonomia de seu ordenamento jurídico. Neste raciocínio, Raz acentua que a atitude da população e as decisões dos tribunais são da maior importância para decidir a unidade e a identidade de um sistema jurídico.⁶³⁶ O segundo sentido do fracasso da norma fundamental é na questão da validade. Parece que só se pode identificar um sistema jurídico com a ajuda da norma fundamental e que esta só pode ser identificada depois que a identidade do sistema jurídico foi estabelecida.⁶³⁷ Muito embora Raz julgasse a teoria de Hans Kelsen a melhor teoria de direito positivo existente baseada no conceito de normatividade justificada, considerava a formulação da norma fundamental um verdadeiro fracasso.⁶³⁸

O recurso à norma fundamental é um esforço científico de regresso e justificação da existência de um ordenamento jurídico. Aqui se pode resgatar alguns elementos mencionados no primeiro capítulo.

“Yet the resort to a so-called Grundnorm, for instance the principle of *pacta sunt servanda* (the treaties must be kept) as the point beyond which lawyers need not go, is in fact nothing more than the point beyond which lawyers need not care to go. In fact international lawyers do not have to satisfy standards of rationality higher than for any other type of discourse. For instance, the right to demand an explanation can always be countered by a request for an account of what is unclear. Arguments may frequently be regressive and hence incapable of complete justification. (...) In my view international lawyers are not clear about the assumptions which have become entrenched on to their discipline, and so they are in no position to say that beyond their legal method lies an abyss, the dead legal vacuum.”⁶³⁹

No domínio jurídico, o uso das ficções não é somente uma prerrogativa da teoria das normas de Hans Kelsen. A construção das idéias no tempo evidencia o caráter ficcional na própria estruturação do sistema internacional de Estados

⁶³⁶ RAZ, op. cit., pp. 163ss.

⁶³⁷ Ibidem, p. 166.

⁶³⁸ Ibidem

⁶³⁹ CARTY, Anthony. *The Decay of International Law? A reappraisal of the limits of legal imagination in international affairs*. Mellend Schill monographs in international law. Manchester: Manchester University Press, 1986. pp. 113-114.

soberanos. A idéia de um Estado soberano foi constituída a partir de um sistema de crenças legitimado pela adoção crescente desta ficção enquanto um princípio de direito das gentes.

“La juxtaposition des deux séries d’analyses consacrées par Kelsen à la Grundnorm en fait apparaître l’ambigüité: elle est norme mais dépourvue de positivité; elle répond à une question de théorie de la connaissance mais exerce des fonctions de délégation-validation dans le droit positif. Em définitive, toute l’ambigüité reside dans le concept d’une norme qui n’est pas voulue mais seulement pensée. (...) Il reste donc une solution: la norme qui assure le fondement de la validité sera le contenu d’un acte d’intelligence. Elle est la forme rationalisée de la supposition intellectuelle que font quotidiennement les juristes en interprétant les juristes en interprétant les actes posés conformément à la Constitution comme des normes objectivement valables.”⁶⁴⁰

A construção do direito enquanto ciência não pode ser dissociado da ficção, que é o que os jurisconsultos aplicam largamente para conceber a figura da pessoa jurídica: a do Estado por excelência e a das instituições em geral, exercendo um papel construtivo e constitutivo no âmbito do conhecimento. Importante ressaltar que a questão da lógica exerceu também uma influência substancial na filosofia de Kelsen, consubstanciado inexoravelmente na troca de correspondência com Ulrich Klug.

A função desta norma fundamental - não legislada, mas pressuposta pelo pensamento jurídico - é possibilitar a explicação do sentido subjetivo do ato criativo jurídico como seu sentido objetivo, isto é, como norma objetiva válida. Aplicando à Teoria Pura do Direito princípios lógicos às normas de uma ordem jurídica assevera ela que duas normas se contradizem quando uma prescreve que se deve proceder de uma determinada forma e a outra que não se deve proceder assim, não podendo, por consequência, as duas normas considerar-se válidas ao mesmo tempo; e que a validade de uma norma pode deduzir-se de outra norma - mas unicamente de uma norma, não de um fato.⁶⁴¹

A argumenta passagem Kelsen retoma os dois sentidos da norma fundamental que Verdross havia trabalhado o conceito de ‘Grundnorm’ ainda antes da formulação definitiva da teoria pura do direito de 1934. A norma fundamental

⁶⁴⁰ LENOBLE, Jacques; OST, François. *Droit, Mythe et Raison: essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980. p. 529.

⁶⁴¹ KLUG, Ulrich; KELSEN, Hans. *Normas Jurídicas e análise lógica*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 10.

pode ser tida no sentido positivado que é a Constituição ou no sentido de um pressuposto lógico jurídico. Kelsen enfatiza na passagem a formulação lógica que é a que coincide inclusive com a formulação da norma fundamental. Estes dois sentidos também dizem respeito às noções de direito formal e material. Na segunda edição do 'Hauptprobleme' de 1923 Kelsen afirma que ao direito só é possível uma resposta formal à questão do fundamento de obrigatoriedade da norma. A afirmação está de acordo com o argumento do diálogo com Klug: a validade de uma norma provém de uma norma e não de seus pressupostos psicológicos ou morais.

Koller argumenta que a própria doutrina clássica das Relações Internacionais baseia-se em pressupostos que não correspondem à realidade fenomênica do mundo contemporâneo, que seriam o da autonomia moral dos Estados, a impossibilidade de uma autoridade supranacional e a separação entre as sociedades individuais.⁶⁴² Crenças compartilhadas como as imunidades diplomáticas, soberania territorial e não poucos institutos de direito internacional conduzem à conclusão de que o uso das ficções é amplo no sistema internacional.

Compreendendo ser a ficção-jurídica questão pontual para o desenvolvimento do entendimento das relações internacionais, pergunta-se como se dá a legitimação do direito internacional a partir de uma tradição ficcional. Goldsmith entende que o positivismo jurídico cometeu um erro lógico quando confundiu a separação mental com a separação real,⁶⁴³ pensamento este com o qual concorda Fariñas Dulce:

“El problema surge, cuando a las ficciones se les atribuye erróneamente un carácter de realidad, pretendiendo que puedan llegar a cumplir una función

⁶⁴² KOLLER, Peter. Soberania Nacional e Justiça Internacional. In: MERLE, Jean-Christophe, MOREIRA, Luiz (org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Editora Landy, 2003. p. 326.

⁶⁴³ GOLDSMITH, Werner. *A Teoria Tridimensional no mundo jurídico*. Revista Forense: Rio de Janeiro: Forense, v. 208, 1964. p. 28.

meramente descriptiva y analítica de la realidad. En estos casos, la construcción ficticia deja de ser un instrumento heurístico y útil de conocimiento, para convertirse en un objeto del propio conocimiento, incurriendo en una peligrosa instrumentalización ideológica de la propia 'ficción' y del propio conocimiento."⁶⁴⁴

É difícil afirmar em que medida o positivismo jurídico de Hans Kelsen influenciou as relações internacionais. Conforme foi analisado no segundo capítulo a semântica teórica e a práxis possuem uma relação de conformação das dinâmicas sociais. Na obra 'Imperio', Hart e Negri consideram Kelsen o autor chave para entender as relações internacionais no século XXI e que o jurista austríaco chegou a realizar com o surgimento das Nações Unidas sua idéia de norma fundamental:

"It was only fitting, then, that Kelsen would later have the privilege of attending the meetings in San Francisco that founded the United Nations and seeing his theoretical hypothesis realized. For him the United Nations organized a rational idea. It gave legs to an idea of the spirit; it proposed a real base of effectiveness for a transcendental schema of the validity of right situated above the nation-state. The validity and efficacy of right could now be united in the supreme juridical source, and under these conditions Kelsen's notion of a fundamental norm could finally be realized."⁶⁴⁵

A norma fundamental em Hans Kelsen não está associada a um tratado internacional. A afirmação de Hart e Negri é imprecisa na medida que interpreta a norma fundamental do ponto de vista da moldura jurídica de um império baseado em valores de paz e justiça. A hipótese de que a Carta de São Francisco represente ou guarde relação com a norma fundamental é uma afirmação que não encontra fundamento na obra de Kelsen, mesmo nos Comentários à Carta. Em Hans Kelsen a norma fundamental é uma norma suposta pelo pensamento jurídico, que parte de uma pura construção ficcional que os Estados reconhecem-se mutuamente como unidades soberanas e estabelecem relações jurídicas entre eles. A efetividade destas relações de poder faz reconhecer que existe uma ordem não puramente política mas também jurídica entre eles e este reconhecimento dá-se pela ficção, pelo

⁶⁴⁴ DULCE, María José Fariñas. La "Ficción" en la Teoría Jurídica de Hans Kelsen. In: *Crítica Jurídica, Curitiba*, n. 18, p. 99-108, 2001. p. 99.

⁶⁴⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 5.

simples raciocínio que parte-se do princípio que existe um ordenamento jurídico internacional 'como se' ele existisse.

3.4 A resposta da teoria pura do direito de Hans Kelsen à questão da legitimidade

O fechamento deste capítulo pretende dedicar-se ao estudo da questão da legitimidade na teoria pura do direito de Hans Kelsen. A questão da legitimidade não é um tema central na teoria jurídica de Kelsen e esta afirmação é confirmada a partir da leitura de suas principais obras teóricas onde o vocábulo é raramente mencionado. Ao longo desta seção procura-se analisar de que forma o conceito 'legitimidade' foi citado nas principais obras de Hans Kelsen e quando isto ocorre que significado o conceito possui. As obras a serem referidas neste contexto são a primeira e a segunda edição da 'Reine Rechtslehre', respectivamente de 1934 e 1960, a 'General Theory of Law and State' de 1945, a 'Théorie Pure du Droit' de 1953 e a 'Allgemeine Theorie der Normen' de 1979, além de alguns textos esparsos.

É possível enumerar questões circunstanciais para a pouca referência de Kelsen ao termo legitimidade. Dentre as possíveis razões de o conceito legitimidade não possuir relevância no sistema teórico kelseniano é a tentativa de purificação da ciência jurídica, a qual diminui no discurso científico a interferência de outros campos como a moral, a política e a sociologia. Outra possível explicação é a que o problema da legitimidade enquanto questão fundamental no campo jurídico surgiria gradualmente na segunda metade do século XX. No campo teórico é provável que Kelsen não tenha se dedicado ao assunto em virtude de outros conceitos possuírem maior sentido e precisão dentro o sistema teórico do positivismo jurídico. Neste

domínio, conceitos como legalidade e validade possuem inegavelmente um papel mais importante do que o de legitimidade.

Se considerarmos a hipótese que legitimidade possui relação com o comportamento de sujeitos de direito internacional segundo a norma,⁶⁴⁶ é possível dizer que Kelsen entende que o motivo que explica a força obrigatória da ordem legal possui relação com a questão da validade. Isto não possui relação com o que legitimidade é, mas com o que legitimidade faz/produz. Para Kelsen fica aberta a pergunta se a causa da obrigatoriedade de um ordenamento legal não seria um argumento de natureza metajurídica, um problema transcendente à ciência jurídica. Para Kelsen o ordenamento jurídico é de tal forma eficiente que é imanente ao sistema que os agentes aos quais as normas são dirigidas comportem-se segundo os comandos. Se não fosse assim não haveria sentido em identificar uma norma como jurídica. Então, as causas da desobediência ou desobediência às normas jurídicas válidas não é para o positivismo jurídico uma pergunta a ser respondida pelas teorias jurídicas. Apesar disto, argumenta que são os juristas que se sentem compelidos a dar uma solução para o problema:

“Sin embargo, lo que és seguro, es que el planteo del problema solamente puede ser normativo, es decir, que lo que se cuestiona aquí es unicamente: ¿por qué deben ser obedecidas las normas legales? Y no por ejemplo, ¿ por que se las respeta efectivamente o no? La validez, cuyo fundamento es el buscado, es una validez del deber ser, no del ser. Porque una validez de ser, es decir la pregunta de por qué ciertas normas de convivencia social se respetan efectivamente, la pregunta por los motivos psíquicos de un comportamiento social es sólo y exclusivamente objeto de la sociología, de la psicología social, y puede ser contextada únicamente con los medios específicos de las disciplinas explicativas”⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ “In this hypothesis, legitimacy is assigned the role of an independent variable, one which controls the extent to which a rule is perceived to exert a powerful pull toward compliance on those to whom it is addressed.” (FRANCK, *The Power of legitimacy among nations*. New York: Oxford University Press, op. cit., p. 25)

⁶⁴⁷ KELSEN, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*. (1911) In: CORREAS, op. cit., pp. 292-293.

Esta passagem oferece elementos de análise esclarecedores a fim de entender o conceito de legitimidade na teoria legal de Hans Kelsen. Retomando a hipótese proposta, é possível dizer que há lugar para o conceito de legitimidade na teoria pura do direito. Se a pergunta 'porque devem ser obedecidas normas legais' é respondida pelo argumento da validade da norma, logo a norma fundamental, que confere validade às normas segundo uma relação de pertencimento e vinculação possui relação com o conceito de legitimidade. Nesta relação, a legitimidade enquanto atração para o cumprimento pode ser compreendida como uma propriedade da norma: a validade.

Escapa às considerações de Kelsen nesta passagem que se considerarmos um ordenamento jurídico composto de normas jurídicas válidas – mesmo no caso do ordenamento jurídico estatal - nem todas as normas são obedecidas da mesma forma. Provavelmente Kelsen não negaria que algumas normas encontram maior receptividade no comportamento social do que outras. Contudo, neste caso, estas seriam questões a ser endereçadas à sociologia e à psicologia social. Esta diferença entre os campos de estudo propõe a questão se a legitimidade enquanto atração gravitacional – nos termos em que foi disposta no primeiro capítulo – pode ser estudada a partir da ótica do positivismo jurídico.

Por uma questão de recorte metodológico a pesquisa acerca do conceito de legitimidade na obra de Kelsen será feita com ênfase nos capítulos sobre o direito internacional e norma fundamental. Isto não significa que o sentido de legitimidade em atenção a outros temas será desconsiderado, mas que este tipo de opção permite verificar com maior margem de acerto as conexões entre os conceitos legitimidade, norma ou direito internacional e norma fundamental. Aqui uma

pergunta se faz necessária: considerando que o conceito de legitimidade não ocupa parte central na teoria jurídica de Hans Kelsen; por que esta tese argumenta pela inaplicabilidade da norma fundamental enquanto fundamento de legitimidade do direito internacional?

A primeira consideração sobre a questão levantada é que o que interessa a este trabalho é o modesto objetivo não de provar, mas sim de reforçar a hipótese que a norma fundamental de Hans Kelsen não esgota o argumento explicativo sobre o que é legitimidade no direito internacional contemporâneo. Para tal, procura adicionar ao debate acadêmico algumas evidências plausíveis e apresentar deduções lógicas. Nesta seção, procura-se em particular apresentar os resultados da pesquisa às fontes primárias sobre o que viria a ser legitimidade no positivismo normativista.

A segunda consideração sobre esta questão é que é provável que o que Hans Kelsen compreende por legitimidade seja diverso do que outros autores compreendem por legitimidade. Isto ocorre porque a pergunta sobre a legitimidade de normas não se restringe a perguntar por que normas devem ser obedecidas ou qual o fundamento de validade de um dado ordenamento jurídico. Independente da forma como Kelsen compreende a questão da legitimidade importa a este trabalho a hipótese que a norma fundamental confere legitimidade às normas em sua teoria geral do direito.

Não interessa a este trabalho identificar o que seja legitimidade na teoria pura do direito. A teoria jurídica de Kelsen nem mesmo propõe-se a responder esta questão em termos de rigor científico. Interessa primeiramente reconhecer que existe o fenômeno denominado legitimidade e que este fenômeno atinge a dinâmica

de normas jurídicas. Consequentemente legitimidade diz respeito também às ciências jurídicas e em particular neste trabalho ao direito internacional, seja a partir da perspectiva das normas internacionais ou do ordenamento jurídico internacional, para utilizar a nomenclatura jurispositivista apropriada. A este primeiro interesse foram dedicados o primeiro e o segundo capítulo.

Num segundo momento, evidentemente mais decisivo, interessa a este trabalho identificar qual o papel que a legitimidade ocupa na teoria pura do direito a partir do conjunto de referências teóricas para o conceito de legitimidade no direito internacional trabalhados no primeiro capítulo. Este propósito determina que a legitimidade possa ser estudada sob a perspectiva jurídica ainda que não totalmente imune dos elementos políticos. Sob o ponto de vista metodológico esta característica é a que localiza esta pesquisa no campo das relações internacionais.

Se existe lugar para a legitimidade na teoria pura do direito este é ocupado pela norma fundamental. É claro que com esta afirmação não se pretende afirmar que a norma fundamental é um depositário de legitimidade na teoria pura do direito. Preocupa-se em argumentar que a norma fundamental é o núcleo da questão da legitimidade do direito internacional na teoria pura do direito nos termos em que o conjunto de referências teóricas expõe o conceito de legitimidade. O fato de estabelecer a ubiqüidade da legitimidade na teoria pura do direito permite então argumentar pela inaplicabilidade da norma fundamental enquanto fator central de legitimidade.

A citação de Hans Kelsen proposta no início deste capítulo por si só já permitiria afirmar que a norma fundamental internacional responde pela questão da legitimidade. Contudo, naquele contexto Kelsen referira-se unicamente à questão da

geração de comportamento dos destinatários da norma. Se o que gera o comportamento a partir de uma perspectiva exclusivamente jurídica é a questão da validade de normas, então a norma fundamental internacional é a 'ultima ratio' em relação à legitimidade de normas internacionais. Este argumento, contudo responderia somente em parte à aproximação do conceito de legitimidade enquanto atração gravitacional e deixaria de lado outras acepções como fundamento da existência e a questão dos valores supremos.

Embora não seja do interesse desta pesquisa identificar o lugar que ocupa o conceito de legitimidade na teoria pura do direito unicamente a partir do modo como a legitimidade é compreendida no âmbito desta teoria os parágrafos posteriores comprometem-se em ocupar-se destas questões. A este respeito, onde o conceito de legitimidade aparece e de que forma é tratado nas diferentes versões da teoria pura do direito é um assunto incontornável. Depois destas considerações será possível argumentar pela ubiqüidade da legitimidade na teoria pura do direito a partir das referências teóricas exógenas ao pensamento jurídico kelseniano e, por fim, argumentar pela inaplicabilidade, questão esta que na realidade já começou a ser argumentada nas primeiras considerações do primeiro capítulo e persevera até as últimas considerações deste trabalho.

3.4.1 O conceito de legitimidade na teoria pura do direito

O objetivo desta tese não consiste em argumentar que a norma fundamental da teoria pura do direito cumpre uma função de legitimação enquanto conceito jurídico próprio do próprio positivismo kelseniano muito embora esta argumentação não seja desprovida de argumentos. O texto de 1911, sobre as fronteiras do método jurídico e sociológico, o qual elucidava diversas questões sobre

a obra 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre', permite verificar que Hans Kelsen compreendia que a ficção necessária a qual respondia a pergunta sobre o fundamento de validade de normas jurídicas possuía um papel de legitimação e ainda mais, que esta legitimação é o porquê dos homens respeitarem normas. Neste caso, o que Kelsen denomina ato psíquico-real de reconhecimento de normas válidas dirige-se a obtenção de legitimação e legitimação para o jovem Kelsen é a explicação da obediência às normas. Mas para que a interpretação não soe ousada, vale a citação da tradução espanhola deste raro e elucidativo texto:

“(...) la moderna teoría del reconocimiento le ofrece a una pregunta normativa, o sea, dirigida a obtener una legitimación, solamente una respuesta que brinda una explicación del hecho real, es decir, una respuesta explicativa. Pero? Que és lo que se gana con este ato psíquico-real del reconocimiento? Evidentemente sólo una explicación de la validez de ser de las normas, es decir, una explicación de por que los hombres respetan en realidad las normas.”⁶⁴⁸

O termo legitimidade é citado na primeira edição da Teoria Pura do Direito de 1934 de forma a confirmar a hipótese que Hans Kelsen compreendia a norma fundamental enquanto fator de legitimidade do ordenamento jurídico. Por outro lado o conceito de legitimidade nesta obra seminal não obedece a um rigorismo conceitual.

No capítulo V da Teoria Pura do Direito de 1934, que trata da ordem jurídica e seu escalonamento, mais propriamente no subcapítulo 30 intitulado 'A norma fundamental do ordenamento jurídico estatal', a letra 'c' trata particularmente do 'Direito Internacional e a norma fundamental das ordens jurídicas estatais'. Neste tópico é escrito que a partir da proposição que a validade tem uma conhecida eficácia, a saber, uma conhecida relação de correspondência em relação ao condicionamento de um ordenamento jurídico, desta forma a validade é expressa

⁶⁴⁸ KELSEN, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*. (1911) In: CORREAS, op. cit., p. 293

somente pelo conteúdo de uma norma jurídica positiva, não do ordenamento estatal, mas sim do direito internacional. Esta norma positiva de direito internacional, para Kelsen legitima – e utiliza este verbo - o efetivo poder estabelecido e delega assim o que esta ordem coatora abarca.⁶⁴⁹ Esta utilização o termo legitimidade indica que para Kelsen a conceituação possui um viés político e jurídico, a saber, que a norma fundamental de direito internacional legitima o poder capaz de estabelecer uma ordem jurídica vinculante e eficaz. Fica clara, a partir da passagem sugerida, a natureza legitimadora da norma fundamental de direito internacional, com algumas características passíveis de reconhecimento: gerar comportamento e sustentar um ordenamento jurídico.

Outra utilização da terminologia legitimidade na versão de 1934 dá-se no contexto da própria construção teórica, quando Hans Kelsen não aceita que a teoria pura possa legitimar o Estado pelo direito, pois a teoria própria argumenta que isto é impossível em pelo menos dois sentidos. A teoria nega que a ciência jurídica possibilite a justificação do sistema jurídico dos Estados através do direito e nega também que isto possa acontecer através da ciência jurídica mesma. Esta justificação significa valoração e valorar – que é uma ação subjetiva – é tarefa da ética e da política e não do conhecimento objetivo.⁶⁵⁰

⁶⁴⁹ “Mit dem Gundsatz, dass die Geltung einer Rechtsordnung eine gewisse Wirksamkeit, genauer: ein gewisses Verhältnis der Entsprechung zur Bedingung habe, wird jedoch nur der Inhalt einer positiven Rechtsnorm ausgedrückt; zwar nicht der einzelstaatlichen Ordnung, sondern des Völkerrechts. Dieses legitimiert eine sich tatsächlich etablierende Macht und delegiert so die von dieser gesetzte Zwangsrdnung in dem Umfrang, als se effektiv wirksam wird.”(KELSEN, *Reine Rechtslehre*: op. cit., p. 81)

⁶⁵⁰ Neste parágrafo o termo ‘justificação’ é uma tradução possível para o termo ‘Rechtfertigung’ que poderia ser traduzido também por acabamento do direito, ou também, não literalmente, como tamponamento do direito. A passagem original a seguir indica a idéia principal, a saber, a utilização da terminologia legitimidade e legitimização, conforme é o objetivo da seção em apreço: “f) Die Auflösung der Legitimitäts-Ideologie. (...) Wenn die Reine Rechtslehe eine Legitimierung des Staates durch das recht ablehnt, so nicht etwa darum, weil sie jede Legitimierung des Staates für unmöglich erklärt. (...) Rechtsfertigung bedeutet Wertung; und wertungen – stets subjektiven Charakters – sind Sache der Ethik und Politik, nicht aber der objektiven Erkenntnis.” (KELSEN, *Reine Rechtslehre*: op. cit., p. 137)

Estas preocupações da teoria pura no campo teórico permitem reunir elementos para compreender o que é legitimidade e encontram-se no capítulo VIII da versão de 1934 que trata da relação entre direito e Estado. O Estado é uma ordem jurídica, mas nem toda a ordem jurídica se designa como Estado. O Estado denomina-se a ordem jurídica quando esta alcança um reconhecido grau de centralização.⁶⁵¹

Aqui é possível encontrar um significado de legitimidade enquanto justificação, fechamento, acabamento ou tamponamento de um sistema jurídico (*Rechtsfertigung*). Esta interpretação é possível ser compreendida a partir do tema do capítulo VIII (Direito e Estado) que encerra com o debate que a ciência ou o direito não podem oferecer este tamponamento total do ordenamento jurídico porque isto incluiria entrar em outros campos (político e ético) que trabalham a valoração. Em parte contraditória esta afirmação de Kelsen já que na mesma edição, conforme os parágrafos anteriores, a norma fundamental internacional legitima o poder efetivo e delega a coerção.

Existem dois momentos na edição de 1934 onde o conceito de legitimidade é mencionado. O primeiro é na função da norma internacional de legitimar o poder e delegar o que a ordem coerciva abarca. O segundo é negar à teoria em si ou ao direito o papel e legitimação do Estado. Estes elementos não negam que a norma fundamental legitime o ordenamento internacional e, por consequência teórica, o nacional. Entende-se que inclusive reforçam esta interpretação. Kelsen também não nega que a norma jurídica possa funcionar como uma justificação (*Rechtsfertigung*). Também neste aspecto parece reforçar esta

⁶⁵¹ KELSEN, *Reine Rechtslehre*: op. cit., p. 127-128.

hipótese: que a norma não possa legitimar o Estado, mas o ordenamento jurídico estatal e também o ordenamento jurídico internacional.

Na 'Teoria Geral do Direito e do Estado' de 1945 ao tema da legitimidade são dedicadas reflexões mais precisas. A própria localização do tópico intitulado 'princípio da legitimidade' oferece informações importantes para a compreensão da gradual importância que o tema assumira no positivismo normativo. A seção sobre 'o direito enquanto um sistema dinâmico de normas' é sucedido pelo título 'a norma fundamental de um ordenamento jurídico' a qual é dividida em subtópicos denominados 'a norma fundamental e a constituição', 'a função específica da norma fundamental' e então 'o princípio da legitimidade'.

A leitura da obra em referência no contexto da opção metodológica de divisão dos temas sugere que a questão da legitimidade possui relação íntima com a norma fundamental. Kelsen afirma que a norma fundamental não introduz nas ciências jurídicas nenhum método novo e sim meramente explicita o que todos os juristas assumem quando eles consideram que o direito positivo atua num sistema de normas válidas e que esta validade não provém do direito natural.⁶⁵²

Antes da formulação do que denomina o 'princípio da legitimidade', Kelsen formula uma pergunta: como são possíveis as afirmações dos juristas acerca de normas legais, deveres legais, direitos legais e daí por diante? Esta pergunta diz respeito à constatação acerca da existência da norma fundamental, pois para Kelsen o fato da norma fundamental existir no que ele denomina 'consciência jurídica' é o resultado da análise das afirmações jurídicas.⁶⁵³ Segue então a formulação do princípio da legitimidade:

⁶⁵² KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op. cit., p. 116.

⁶⁵³ KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op. cit., p. 117.

“The validity of legal norms may be limited in time, and it is important to notice that the end as well as the beginning of this validity is determined only by the order to which they belong. They remain valid as long as they have not been invalidated in the way which the legal order itself determines. This is the principle of legitimacy.”⁶⁵⁴

Fica mais evidente na passagem aqui estudada que o que Kelsen entende por princípio da legitimidade não necessariamente reflete o sentido que o conceito assume nas contribuições contemporâneas das teorias políticas e jurídicas. Além disso, a forma como o tema da legitimidade será tratado na ‘Teoria Geral do Direito e do Estado’ não esgota o conteúdo do conceito de legitimidade assume ao longo das versões da teoria pura do direito. O conceito de princípio da legitimidade possui ainda a particularidade de ser a primeira menção expressa ao tema da legitimidade, enquanto conceito e não mero uso da expressão, nas obras teóricas relativas à teoria das normas.

O que dificulta a aplicação do referido princípio no plano do direito internacional é que as reflexões feitas após a descrição do princípio indicam que o autor tinha em mente prevalentemente o plano constitucional. Afirma que o princípio atua somente sob certas condições já que falha no caso de revoluções no sentido de um golpe de Estado. Isto porque a revolução em um sentido amplo ocorre quando a ordem legal de uma comunidade é anulada e substituída por uma nova ordem de maneira ilegítima, no sentido de não ser prescrita pela primeira ordem a qual ela sucedeu.⁶⁵⁵

É elucidativo que segundo Carl Schmitt a noção de princípio da legitimidade enquanto continuidade da ordem política que justifica, ou melhor, legitima o direito provém do princípio da legitimidade das monarquias dinásticas europeias. Este elemento é bem perceptível nos contextos em que Kelsen explica o

⁶⁵⁴ Ibidem

⁶⁵⁵ KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op. cit., p. 117.

princípio da legitimidade nas versões de 1945 e 1961. O princípio conferia legitimidade às intervenções das grandes potências na Europa e também foi aplicado nas intervenções na América Latina em relação às revoluções republicanas. Na análise de Schmitt no artigo ‘Völkerrechtliche Grossraumordnung mit interventionsverbot für raumfremde Mächte’, de 1941, a Doutrina Monroe foi um exemplo da contrariedade ao princípio da monarquia dinástica na medida em que os povos da América não mais seguiriam às potências do além mar e não seriam mais sujeitos à colonização.⁶⁵⁶

Anna Leisner também oferece significativa contribuição aos estudos da legitimidade na perspectiva constitucional sob a ótica da continuidade. A continuidade proporcionada pelo carácter hereditário da linhagem real permaneceu até o século XX como um fundamento de legitimidade que prevalecia em algumas situações sobre a legalidade.⁶⁵⁷ A perspectiva da legitimidade enquanto continuidade sofreu rupturas e aprimoramentos na medida em que as revoluções que substituíram o Estado monárquico exigiam que o poder revolucionário fosse reconhecido também como legítimo na perspectiva constitucional e esta questão tornou-se então central dentre os juristas europeus e especialmente dentre os alemães com as transições revolucionárias de Weimar e do III Reich. Leisner compreende que a teoria pura do direito de Hans Kelsen não apresenta respostas para a questão da continuidade constitucional, ou seja, como e em quais casos a continuidade jurídica transcorre.

⁶⁵⁶ “Die echte und ursprüngliche Monroedoktrin hatte als Gegendoktrin das monarchistisch-dinastische Legitimitätsprinzip im Auge. (...) Die Völker der amerikanischen Kontinente dagegen fühlten sich nicht mehr als Untertanen fremder Grossmächte und wollten auch nicht mehr Objekte fremder Kolonisation sein.” (SCHMITT, *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit interventionsverbot für raumfremde Mächte*: op. cit., p. 282).

⁶⁵⁷ “Aus dieser familiengestützten Kontinuität vermochte der fürstliche Adel noch bis ins zwanzigste Jahrhundert hinein seine legitimität zu begründen, und diese war mehr als eine Legalität, die nur rechtliche Ableitbarkeit aus unmittelbar vorhergehenden Rechtssituationen bedeutet hätte.” (LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002. p. 65).

Considerando que tanto a continuidade como a ruptura permitem as mesmas medidas em relação ao esquema de recepção de normas, são igualmente legais e a legitimidade não é questionada.⁶⁵⁸ Carl Schmitt encontra nesta questão acima de tudo a necessidade da continuidade material e por isso para ele a definição de legitimidade enquanto reconhecimento da Constituição não é somente um elemento fático mas sim medidas jurídicas para garantir a ordem.⁶⁵⁹

Para Kelsen, neste contexto teórico, é irrelevante no quanto a substituição da ordem legal foi feita de forma violenta em relação aos indivíduos que até então ocupavam os órgãos competentes legitimados para criar e fazer emendas à ordem legal. Também é irrelevante no quanto a substituição foi feita mediante movimento de massas ou por pessoas que estavam em posições no governo legítimo. Isto porque do ponto de vista jurídico o critério decisivo, a saber, o reconhecimento da existência de uma revolução é a que a ordem vigente é destituída e substituída por uma nova ordem numa forma que a anterior não havia previsto ou antecipado.

No plano constitucional o novo governo que a revolução traz ao poder anula somente a Constituição e certas leis significativas do aparato policial (refere-se claramente ao poder de política estatal e não unicamente à instituição da polícia), colocando outras normas em seu lugar. Assim, uma grande parte da velha ordem legal permanece válida também nos moldes na antiga ordem. Adverte, contudo que dizer que parte do ordenamento jurídico continua válido não dá uma descrição

⁶⁵⁸ “Aus der Problemstellung der vorliegenden Untersuchung heraus lässt sich all dem hinzufügen: Die Reine Rechtslehre lässt jegliche Antwort auf die Frage vermessen, wie und in welchen Fällen rechtliche Kontinuität durch das Recht zu wahren ist, denn Kontinuität wie Brüche lassen sich gleichermaßen in ihre normativen Produktionsschemata unterbringen, sind unterschiedlos ‘legal’, nach Legitimität wird nicht gefragt. (LEISNER, op. cit., p. 39).

⁶⁵⁹ “Hierin findet nun allerdings doch materielle Kontinuität in das Schmittsche Kontinuitätsdenken Eingang. (...) Deutlich wird dies anhand der Schmittschen Definition der Legitimität als Anerkennung der Verfassung nicht nur als eines faktischen Zustands, sondern auch als einer rechtmäßigen Ordnung.” (LEISNER, op. cit., p. 146).

adequada do fenômeno, pois somente o conteúdo destas normas continua o mesmo e não a razão de sua validade.

Este tipo de argumento de Hans Kelsen reforça a idéia de que a conexão estabelecida entre norma fundamental e princípio da legitimidade refere-se ao contexto constitucional. O texto busca responder à questão sobre como parte de um ordenamento jurídico que permanece inalterado depois de uma revolução no plano estatal, preserva sua validade. A resposta é que as leis que foram preservadas não são mais válidas em função de terem sido criadas do modo que a antiga constituição prescreveu, já que a antiga Constituição não é mais vigente, mas sim porque a nova Constituição as recepcionou expressa ou tacitamente.

É perceptível a partir da análise detalhada do tópico de Kelsen sobre o princípio da legitimidade que a expressão legitimidade não mais é usada ao longo de todo o tópico a não ser para fechar o texto e repetir a nomenclatura do princípio ao reafirmar que uma ordem legal deixaria de ser válida a partir do momento em que mediante revolução a antiga ordem fosse destituída do plano da validade. O princípio da legitimidade diz respeito então à continuidade do plano da validade de determinada ordem legal:

“This shows that all norms of the old order have been deprived of their validity by revolution and not according to the principle of legitimacy. And they have been so deprived not only de fact but also de jure.”⁶⁶⁰

A partir do contexto discursivo e metodológico da obra pode-se interpretar que o conceito ordem refere-se à ordem legal já que as considerações em referência encontram-se na primeira parte da obra ('O Direito') no capítulo X ('Ordem Legal') que inaugura a segunda parte do capítulo referente à 'nomodinâmica' em

⁶⁶⁰ KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op. cit., p. 118.

contraposição aos nove primeiros capítulos que tratam da ‘nomoestática’. Por outro lado é difícil dissociar completamente a interferência política do contexto jurídico.

Nas considerações subseqüentes, as quais tratam da ‘Mudança na Norma Fundamental’ permitem identificar com maior clareza a interferência política na questão do princípio da legitimidade. Kelsen sugere o exemplo hipotético de um grupo de indivíduos que pretendem introduzir a forma republicana de governo num Estado monárquico. A forma como o caso hipotético é descrito permite concluir que o conceito de ‘ordem’ para Kelsen, embora esteja no contexto da ordem legal, ultrapassa a necessidade de uma lei positiva e válida.

“In they succeed, if the old order ceases, and the new order begins to be efficacious, because the individuals whose behavior the new order regulates actually behave, by and large, in conformity with the new order, then this order is considered as a valid order. It is now according to this new order that the actual behavior of individuals is interpreted as legal or illegal. But this means that a new basic norm is presupposed. It is no longer the norm according to which the old monarchical constitution is valid, but a norm according to which the new republican constitution is valid, a norm endowing the revolutionary government with legal authority. ⁶⁶¹”

A passagem lida em conjunto com o princípio da legitimidade permite perceber que uma ordem legal legítima pode ser pressuposta. Permite também conceber que determinado comportamento possa ser considerado lícito ou não em função de uma mudança na ordem política ainda não completamente transferida para ordem jurídica. A ordem legal em Hans Kelsen que é concebida como uma ordem constitucional admite a possibilidade de uma legitimação do sistema legal no plano político.

Kelsen claramente possui a intenção de utilizar os conceitos de validade e de legalidade como distintos de legitimidade. Por isso, embora sejam temas correlacionados denomina o princípio de princípio da legitimidade. Por validade a

⁶⁶¹ KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op. cit., p. 118

teoria das normas compreende que é pressuposta a sua existência ou pressupõe-se que ela possui ‘força de obrigatoriedade’ porque foi emitida por uma autoridade competente.⁶⁶² Por esta razão que uma norma é válida para todos, mesmo na hipótese de seu descumprimento, caso este em que a norma é ineficaz. Legalidade por sua vez diz respeito a uma conduta correspondente a uma norma jurídica válida e nesta medida, na teoria pura do direito, apenas como legalidade é que a justiça pode fazer parte da ciência do direito.⁶⁶³

A partir destas perspectivas o conceito de legitimidade não tem o mesmo significado que validade o qual possui, segundo Eugenio Bulygin na teoria jurídica de Hans Kelsen dois sentidos: o de pertencimento e o de vinculação.⁶⁶⁴ Normas jurídicas são válidas se pertencem a determinado ordenamento jurídico no qual a última razão é a norma fundamental. Este pertencimento ao escalonado de normas confere por si só obrigatoriedade às normas. Compreender a validade a partir perspectiva do pertencimento e obrigatoriedade permite compreender que a norma fundamental é o fundamento da validade de um ordenamento jurídico, mas que o que é facultado à norma fundamental na teoria pura do direito não se restringe à função de validação. É por isso que Lars Vinx afirma que Hans Kelsen utiliza o termo legitimidade em diferentes sentidos:

“I should emphasize right away that Kelsen himself does not employ the term ‘legitimacy’ to characterize the normativity the pure theory attributes to the law. What is more, he sometimes actively disparages the idea that the law can legitimize political power.”⁶⁶⁵

⁶⁶² Idem, *Teoria geral do direito e do Estado* (1945). op. cit., pp. 43 e 45.

⁶⁶³ Ibidem, pp. 20-21.

⁶⁶⁴ “Der Ausdruck ‘Geltung’ ist bei Kelsen mehrdeutig; es können mindestens zwei ganz verschiedene Begriffe, die mit diesem Ausdruck bezeichnet werden, unterschieden werden. Sie sind Zugehörigkeit und Verbindlichkeit.” (BULYGIN, Eugenio. *Das Problem der Geltung bei Kelsen*. In: PAULSON, Stanley L.; STOLLEIS, Michael. *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. p. 94).

⁶⁶⁵ VINX, Lars. *Hans Kelsen’s Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 59.

O conceito de legitimidade na Teoria Geral do Direito e do Estado possui ainda dois elementos que merecem destaque: ordem política eficaz e comportamento de indivíduos. Ordem política eficaz é a ordem de uma revolução bem sucedida que precede a ordem legal. O comportamento dos indivíduos é também relevante porque eles, de uma forma geral, efetivamente se comportam segundo a nova ordem o que faz a considerar uma ordem válida. Logo, validade, que é um conceito puramente jurídico e inequívoco na teoria pura do direito pode existir num contexto de uma ordem legal pressuposta.

O princípio da legitimidade diz respeito ao fato que determinada ordem legal que confere validade às normas legais, permanece válida enquanto não for invalidada no modo pelo qual a ordem legal mesma determina. Isto quer dizer que o conceito de legitimidade na 'Teoria Geral do Direito e do Estado' é relativo ao modo pelo qual a ordem legal determina-se. As considerações sobre a mudança na norma fundamental permitem também concluir que a norma fundamental modifica-se antes de necessariamente haver mudança no direito positivo, a saber, na ordem constitucional. Por isso Kelsen afirma, no último exemplo, que 'a nova norma fundamental é pressuposta'. Nesta medida pode-se afirmar que a norma fundamental é um fator de legitimidade de uma (nova) ordem legal. Este tipo de informação é essencial para estabelecer a relação entre norma fundamental e legitimidade no direito internacional, já que no direito internacional não existe Constituição e muito menos a possibilidade de revolução nos termos da revolução constitucional, pelo menos enquanto não existir uma constituição ou uma autoridade centralizada de direito internacional.

A 'Théorie Pure du Droit: introduction a la science du droit' de 1953 não menciona o princípio da legitimidade. Existe então uma lacuna na menção ao princípio entre as versões de 1945 e 1961. No tópico sobre a norma fundamental da ordem jurídica internacional parte também do caso de uma revolução que pretende mudar o regime legítimo monárquico para o republicano e suas conclusões são as mesmas das outras lições. A opção por não mencionar o princípio da legitimidade retira a versão de 1953 das fontes mais expressivas de análise da questão da legitimidade na teoria pura do direito: Digna de referência é a passagem: "Il y a donc un rapport entre la validité et l'efficacité d'un ordre juridique, la première dépendant dans une certaine mesure de la seconde."⁶⁶⁶ Se esta citação é colocada em perspectiva com a da versão de 1961: "o princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade",⁶⁶⁷ então é possível estabelecer a relação entre validade e legitimidade: a norma fundamental é o fundamento de validade de uma ordem jurídica na medida em que a efetividade deste ordenamento fundamenta sua legitimidade.

Na segunda edição da Teoria Pura do Direito, concluída em Berkley em 1960, também é possível identificar mudanças em relação à redação do texto de 1945. Destaca-se que os tópicos 'princípio da legitimidade' e mudança na norma fundamental' e 'princípio da eficácia' constam, no mesmo contexto metodológico e discursivo da 'Teoria Geral do Direito e das Normas' num capítulo denominado 'legitimidade e efetividade'.

A mudança substancial do texto de 1945 para o texto de 1961 é que existe uma maior harmonização da concepção de uma nova ordem válida com a

⁶⁶⁶ KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit* (1953). op. cit., p. 118.

⁶⁶⁷ Idem, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 147.

exigência de uma Constituição vigente. Para tal, Kelsen retira do texto referências expressas à ordem política eficaz e ao comportamento dos indivíduos conforme a nova ordem. Esta mudança resta clara na passagem onde cita a possibilidade da revolução não chegar a termo:

Se a revolução não fosse bem-sucedida, quer dizer, se a Constituição revolucionária - que não veio à existência de acordo com a antiga Constituição - não se tivesse tornado eficaz, se os órgãos por ela previstos não tivessem ditado quaisquer leis que fossem de fato aplicadas pelos órgãos previstos nestas leis, mas se, pelo contrário, a antiga Constituição tivesse permanecido eficaz, não haveria qualquer motivo para pressupor uma nova norma fundamental no lugar da antiga. O princípio que aqui surge em aplicação é o chamado princípio da efetividade. O princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade.⁶⁶⁸

A constatação das diferentes redações de 1945 e 1961 não necessariamente conduz à conclusão de que houve uma mudança no raciocínio. Na versão de 1961 fica mais claro que a nova ordem é instaurada por uma Constituição o que pode ser resultado do próprio desenvolvimento do fenômeno constitucional após 1945 enquanto pressuposto de validade de um ordenamento jurídico válido. Continua claro em ambas as versões que Constituição e norma fundamental não se confundem e que legitimidade diz respeito à possibilidade de modificação de uma ordem legal segundo a ordem vigente.

O que não fica claro é se houve ou não mudança no raciocínio quanto à possibilidade da pressuposição de uma nova norma fundamental. Em outras palavras, não é claro se a partir de uma revolução uma nova ordem legal válida se instaura em virtude de uma norma posta (Constituição) ou suposta (ordem eficaz a partir do comportamento geral dos indivíduos). Contudo, a resposta a esta questão modifica o conceito de legitimidade. Quanto a este tema o que surge de novo na versão de 1961 é que a legitimidade é limitada pela efetividade de uma nova ordem legal. É neste contexto que Larx Vinx argumenta que Hans Kelsen emprega o termo

⁶⁶⁸ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 147.

legitimidade em diferentes sentidos e que esta utilização sugere que a lei possa legitimar o poder.⁶⁶⁹

3.4.2 A norma fundamental enquanto resposta à questão da legitimidade

No artigo “Alienating Justice: On the surplus value of the twelf camel”, Gunter Teubner lança mão do recurso à antiga história que também fora utilizada inúmeras vezes por Jean-Pierre Dupuy e Niklas Luhmann nos seus debates sobre auto-organização e autopoiesis, de forma a lançar luzes sobre os paradoxos do direito. Entende-se que o mesmo recurso também é aqui apropriado.

Conta-se que um Sheik beduíno, velho e rico, escreveu seu testamento e dividiu sua fortuna, uma cáfila de camelos, dentre seus três filhos. Achmed, o mais velho foi herdeiro da primeira metade da fortuna. Ali, o segundo filho, ficou com um quarto e Benjamin, o mais jovem com um sexto. Quando o pai morreu, infelizmente, somente onze camelos foram deixados. Achmed, é claro, reclamou seis deles e foi imediatamente contestado por seus irmãos. Quando a confusão se instaurou eles procuraram o Khadi que então decidiu: ‘Eu ofereço a vocês um dos meus camelos. Devolva-me ele, por vontade de Alá, o mais rápido possível. Agora, com doze camelos a divisão era fácil. Achmed pegou seus seis camelos, Ali pegou seu quarto que são três camelos e Benjamim pegou sua sexta parte, dois camelos. E é claro, o décimo segundo camelo que havia sido deixado de fora foi rapidamente devolvido ao Khadi.⁶⁷⁰

⁶⁶⁹ “I should emphasize right away that Kelsen himself does not employ the term ‘legitimacy’ to characterize the normativity the pure theory attributes to the law. What is more, he sometimes actively disparages the idea that the law can legitimize political power.” (VINX, Lars. *Hans Kelsen’s Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 59).

⁶⁷⁰ TEUBNER, Gunter. Alienating justice: on the surplus value of the twelf camel. In: NELKEN, David; PRIBÁN, Jirí (eds.). *Law’s New Boundaries: Consequences of Legal Autopoiesis*. Ashgate: Aldershot, 2001. p. 21.

Teubner assinala que no mesmo lugar onde Derrida observa a violência da auto-fundamentação da lei, onde Kelsen tinha visto a norma fundamental e Hart a norma de reconhecimento está o décimo segundo camelo pastando em verdes planagens. Para eles o décimo segundo camelo representa alguma coisa a mais do que seu papel simbólico na dinâmica do direito. O camelo é a localização da auto-referencialidade do sistema legal que finaliza a performance de deter os paradoxos e liberar a dinâmica jurídica.⁶⁷¹

Teubner compreende em particular a norma fundamental como a autoreferencialidade ou caráter supletivo da teoria jurídica. De fato, a norma fundamental pode ser compreendida como um tamponamento teórico para que o sistema enquanto teoria adquira consistência ou coesão de forma integral. Contudo, tanto Kelsen quanto Hart não apresentaram respectivamente a norma fundamental e a regra de reconhecimento unicamente como um elemento de suplência teórica.

É interessante então voltar-se às teorias e verificar no quanto os autores referiam-se à dinâmica jurídica na sociedade, a qual, enquanto fenômeno social, está predominantemente vinculada às moções de atribuição de valor. Assim também ocorre na economia com o papel moeda e com a própria docência. A atribuição de valor a um pedaço de papel não restringe-se somente à ficção; tal ingenuidade acaba no momento em que bastaria a um país imprimir e emitir mais notas para tornar-se mais próspero. Também nas academias, a sistematização que faz com que alunos entendam os juízos acadêmicos dos mestres enquanto expressões de

⁶⁷¹ Ibidem

Estas idéias são uma tradução livre a partir da passagem: In the dazzling light of the desert – at the same site, where Derrida observes the violence of law’s self-foundation, where Kelsen had seen the *Grundnorm*, and Hart the basic rule of recognition - they see the khadi’s twelfth camel grazing at a green place. But they quarrel whether the site is an oasis or a Fata Morgana. For them the twelfth camel is not a symbol representing something else, rather it performs itself the symbolic operations of law. It is the localized self-reference of the legal system which ends in the interplay of paralyzing paradoxes and liberating moves. (TEUBNER, op. cit., p. 21).

verdade possuem o elemento crença que o que está ocorrendo um processo educativo, mas existe uma construção objetiva não auto-referenciável em termos de verdade científica.

No caso que interessa a esta tese, acerca da norma fundamental, se Kelsen observa as relações sociais em nível internacional e percebe que existem fatos jurídicos, a saber, a consciência de obrigatoriedade de que o pactuado deve ser cumprido então a relação entre práxis e teoria é da observação à descrição. Isto é diverso da visão de Teubner que o décimo segundo camelo é um elemento mágico unicamente com o sentido de fechamento teórico. Esta visão de Teubner, muito embora a utilização da história detenha reconhecido valor retórico, atribui à norma fundamental um caráter de descrição de uma realidade que não existe e isto se coordena em parte com a proposta da teoria pura do direito ou da teoria jurídica descritiva de Hart.

Outra possibilidade de explicação da caracterização que Teubner dá à norma fundamental kelsensiana é possível utilizando a noção de topo enquanto teoria e base enquanto práxis. A interpretação de Teubner segue na direção do topo para a base enquanto a explicação que Kelsen dá à norma fundamental possui as duas direções. Kelsen fala da norma fundamental enquanto o reconhecimento do ordenamento jurídico eficaz observado nas relações humanas. Esta é uma interpretação que segue na direção da base para o topo reforçada ainda mais se considerarmos a norma fundamental enquanto hipótese, pois neste caso a norma fundamental é a afirmação da existência hipotética de um fato real, a saber, no plano do direito internacional, relações de comprometimento que geram normas jurídicas costumeiras.

Já a norma fundamental enquanto pura ficção poderia ser o golpe mortal na concepção base-topo já que a norma fundamental na versão de 1979 é contraditória em si mesma em virtude de não corresponder com a realidade. Esta interpretação também não estaria completamente correta já que o ordenamento jurídico eficaz ao qual Kelsen faz referência refere-se à consciência da obrigatoriedade de normas costumeiras, ou seja, à relações que ocorrem com a ajuda da ficção - da crença na concepção weberiana - já na realidade não tão concreta das relações sociais. Talvez por isso que Kelsen diga que a norma fundamental não possa ser explicada sem o recurso à ficção e não justifique o abandono da ora opção pela hipótese. Da mesma forma também Hart quando falava da norma de reconhecimento referia-se às relações sociais como o exercício da jurisprudência no sistema common law. Logo, a norma fundamental e a regra de reconhecimento não servem somente de autoreferencialidade nas teorias jurídicas, é possível dizer que percorrem as direções de topo-base que é a autoreferencialidade e também a base-topo que em certa medida acena para a questão da legitimidade.

Estas considerações iniciais sobre o décimo segundo camelo Gunter Teubner constituem um pórtico de entrada para o debate sobre o lugar onde o décimo segundo camelo pasta. Aonde Kelsen encontrou a norma fundamental não é tão simplesmente um lugar de autoreferencialidade teórica; é também o lugar onde a legitimidade encontra-se em sua teoria. A norma fundamental exerce o papel de autoreferencialidade teórica mas sua formulação sob os aspectos que seguem a direção base-topo, da observação da eficácia do ordenamento jurídico internacional para a formulação teórica permitem identifica-la como fator de legitimidade no positivismo jurídico.

José Guilherme Merquior argumenta em sua tese “O problema de Legitimidade em Política Internacional”, de 1978, que as contribuições contemporâneas para a questão da legitimidade são provenientes da área jurídica e do legado da filosofia política clássica. No primeiro grupo cita as contribuições de Kelsen e Hart e no segundo, com o qual estivera efetivamente ocupado em sua exposição cita dentre muitos outros Carl Joachim Friedrich, e Karl Deutsch, tentando costurar as argumentações em torno do que denomina a caracterização empírica da legitimidade do poder. Para Merquior, Hans Kelsen:

(...) renovou a conceituação de legitimidade da norma. Kelsen estendeu-a como uma validade imanente à lei positiva, mas Herbert Hart, talvez o maior filósofo do direito pós-kelseniano, moderou consideravelmente este radicalismo positivista ao subscrever a existência de um mínimo de congruência entre a lei e a moralidade, mínimo este baseado em determinados truismos sobre a condição humana.⁶⁷²

O raciocínio de Merquior pode ser dividido em dois momentos. O primeiro é quando argumenta que a legitimidade é teorizada a partir de duas contribuições, a da filosofia política e a do direito. Parte deste pressuposto para falar em legitimidade nas relações internacionais e resolve explorar o viés político. Esta tese de doutoramento procura explorar o viés jurídico.

As poucas palavras dedicadas a Hans Kelsen servem para manifestar-se sobre a renovação da conceituação de legitimidade no campo jurídico. Merquior entende que legitimidade para Kelsen é uma validade imanente à lei positiva. Ora se o que confere validade às normas na teoria pura é, em última análise, a norma fundamental, então a norma fundamental internacional é o fundamento de legitimidade de normas internacionais.

⁶⁷² MERQUIOR, In: LAFER, et al, op. cit., p. 54.

O raciocínio de Merquior sobre a legitimidade no campo da política internacional é caracterizado mais pelo consentimento do que pelo consenso. Então, não é difícil verificar que a norma fundamental internacional seja para Merquior o fundamento da legitimidade muito embora para Kelsen determine a validade de normas em um escalonado. Retomando-se a formulação da norma fundamental na versão da 'Teoria Geral do Direito e do Estado', de 1945, a validade de tratados remete à regra geral que obriga os Estados a se conduzir de acordo com tratados por eles firmados, norma esta manifestada pela expressão *pacta sunt servanda*.⁶⁷³ Conforme já foi argumentado, a norma fundamental não é o *pacta sunt servanda*, mas sim a regra geral de comportamento conforme a norma consentida. Assim, a interpretação dada por Merquior é que em Kelsen a legitimidade diz respeito à validade imanente da norma positiva, à consciência de obrigatoriedade do cumprimento da norma consentida.

Na mesma linha webberiana de Merquior Weyma Lübbe argumenta inequivocamente pela ligação entre o tema da legitimidade e a questão da validade na teoria jurídica de Hans Kelsen. Não que a definição de validade na sociologia seja a mesma do positivismo jurídico pois estas tipologias obedecem a racionalidades diversas. Por outro lado, para Max Weber a crença na legalidade era uma forma corrente de legitimidade. Pouco plausível que Weber concordasse com o princípio do reconhecimento da pureza metodológica da teoria pura mas uma interpretação plausível é que para Weber a crença na legalidade seria hoje em dia mais que um outro tipo de legitimidade mas um fenômeno de massas.⁶⁷⁴

⁶⁷³ KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado* (1945), op. cit., p. 524.

⁶⁷⁴ LÜBBE, Weyma. *Legitimität kraft Legalität*. Sinnverehen und Institutioneanalyse bei Max Weber und Kritiken. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991. p. 65.

A acepção de legitimidade enquanto consentimento, mencionada no primeiro capítulo, possibilita identificar que a norma fundamental na teoria pura do direito é o fundamento de legitimidade do ordenamento jurídico internacional. Esta interpretação é reforçada pela falta de uma autoridade política ou jurídica única nas relações internacionais, no sentido austiniano. A partir desta acepção sujeitos de direito internacional cumprem normas num ambiente jurídico não coercivo em virtude da norma geral que obriga Estados a se comportarem nos moldes do comando positivo.

Muito embora não seja o objetivo deste tópico, é necessário dedicar alguns comentários sobre a menção que Merquior faz a Hart. É difícil precisar no quanto Hart admitiu a moralidade em seu sistema teórico. Assim como em Kelsen, Hart nega que em seu sistema não haja lugar para a moralidade conforme afirmavam seus antípodas e dentre eles em especial Dworkin. No Post Scriptum dedica páginas e páginas a explicar defensivamente seus sistemas e no quanto seu positivismo analítico pode incluir princípios e valores. No mais, é concorde com Kelsen que há uma diferença clara entre direito e moral.⁶⁷⁵ Merquior faz uma referência rápida à Kelsen e Hart, mas é necessário resgatar aqui que o 'truísmo' em Hart é discutível e mais, que o sistema teórico de Hart é de difícil transposição para o campo do direito internacional conforme foi argumentado no primeiro capítulo.

⁶⁷⁵ Pode-se dizer que na teoria descritiva de Hart a moral ocupa um papel diverso do que na teoria pura do direito mas este assunto forneceria problemas para outra tese de doutoramento. Sobre moralidade em Hart algumas passagens significativas são: "É, sem dúvida, verdadeiro que todas essas formas de teoria do Direito têm alguns traços importantes em comum; todas são ciências cuja matéria tem por objeto o Direito Positivo; não estão preocupadas em avaliar ou criticar a matéria que tem uma perspectiva moral, ideológica ou quaisquer outras (...)" (HART, KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op. cit., p. 177) "Sostengo en este libro que aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna connexion conceptual necesaria entre al contenido del derecho y la moral; y, por tanto, disposiciones perversas pueden ser validas como reglas o principios juridicos."(HART, op. cit., p. XIV. A comparação entre a 'Reine Rechtslehre' de H. Kelsen e 'The concept of Law' foi feita por Niel MacCormic na biografia escrita sobre H.L.A. Hart. p. 49).

É neste sentido que é possível afirmar que o fator que confere legitimidade às normas internacionais não se restringe ao princípio do 'pacta sunt servanda' ou à norma hipotética fundamental. Esta posição é defensável tanto do ponto de vista da insustentabilidade teórica em si quanto a partir do esgotamento explicativo relativo à adequação teoria-realidade. Questões acerca da obrigatoriedade da norma, de sua validade e da geração de comportamento de sujeitos de direito internacional parecem desafiar e em certo sentido esgotar as duas explicações levadas a efeito pela teoria legal formulada por Hans Kelsen.

A partir do conjunto de referências teóricas propostas no primeiro capítulo é possível identificar a norma fundamental enquanto fator de legitimidade na teoria pura do direito. Para tal, é necessário resgatar que legitimidade no direito internacional em termos gerais é o fator que justifica normas jurídicas. Foi argumentado também no primeiro capítulo que este momento de justificação aparece na literatura sob pelo menos três formas: a idéia de fundamento da existência, a idéia de atração gravitacional e a adoção de valores. A idéia de um momento de força que acontece no campo político e jurídico e é descrito no plano teórico corrobora para a interpretação que a norma fundamental enquanto fator de legitimidade não restringe-se à autoreferencialidade teórica.

A idéia de fundamento de existência é uma das formas mais evidentes de associar a norma fundamental kelseniana à questão da legitimidade. Nesta concepção legitimidade pode ser vista tanto da perspectiva do consenso quanto do consentimento. Na perspectiva do consenso a legitimidade é o fator capaz de gerar o convencimento que determinados padrões de conduta são exigíveis enquanto

obrigação jurídica num determinado contexto social. O consenso primitivo é então não a norma específica, mas a idéia que o que for consensual deve ser obedecido:

Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo.⁶⁷⁶

Nestes termos, a formulação da norma fundamental na versão de 1961 é o momento em que o que as normas compreendidas no ordenamento jurídico são revestidas de legitimidade. É neste sentido também que foi argumentado que a norma fundamental não é a fórmula *pacta sunt servanda*, mas sim o que por essa é expressa.⁶⁷⁷

A legitimidade enquanto fundamento da existência de normas jurídicas possui ainda a acepção de consentimento. A partir desta segunda acepção Hans Kelsen observa na conduta dos Estados que existem regras globais que são respeitadas.⁶⁷⁸ A partir desta constatação o positivismo jurídico possui um pressuposto epistemológico traduzido em termos de conceito teórico. O pressuposto epistemológico da norma fundamental é admitir que a realidade acerca do mundo possa ser reconhecida o que gera uma ruptura decisiva entre o positivismo jurídico a filosofia do conhecimento em Kant e mesmo em Schopenhauer conforme já foi mencionado. A tradução desta possibilidade de conhecimento do mundo é traduzida no positivismo jurídico pelo conceito de eficiência praticamente inalterado desde a versão de 1934.⁶⁷⁹

⁶⁷⁶ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 139.

⁶⁷⁷ “Esta norma é usualmente formulada no princípio: *pacta sunt servanda*.” (KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 151).

⁶⁷⁸ “Como genuína norma fundamental, não é uma norma posta mas uma norma pressuposta. Ela representa o pressuposto sob o qual o chamado Direito internacional geral, isto é, as normas globalmente eficazes, que regulam a conduta de todos os Estados entre si, são consideradas como normas jurídicas que vinculam os Estados.” (KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 151).

⁶⁷⁹ “Setzt man na Stelle des Begriffs der Wirklichkeit – als Wirksamkeit der Rechtsordnung – den Begriff der Macht (...)” (*Reine Rechtslehre*: KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op.

Na formulação da norma fundamental, o consentimento dos Estados é percebido nas regras formadas pelo costume⁶⁸⁰. Neste aspecto é importante acrescentar que o costume diferencia-se do 'uso' na medida em que sujeitos de direito internacional devem estar convencidos que suas ações ou abstenções cumprem um dever ou que eles exercitam um direito.⁶⁸¹ Neste sentido o convencimento do dever ou do direito é algo anterior à formação da norma costumeira tendo em vista que dela é um elemento constituinte.⁶⁸² Logo, o fundamento da existência de normas válidas não só consensuais, mas também consentidas que vigoram na sociedade internacional na teoria pura do direito é compreendido com a norma fundamental. Interessante notar que tanto a norma fundamental quanto a legitimidade não se restringem ao convencimento mas a um conjunto de fatores interativos como consenso e noção de direito/dever.

A aceção de legitimidade a partir da perspectiva do consenso, aqui relacionada à formação de normas internacionais pela via do costume possui, contudo uma diferença substancial da formulação teórica da norma fundamental.

cit., p. 81)

⁶⁸⁰ "Estas normas são criadas pela via de um costume que é constituído pela conduta efetiva dos Estados, isto é, pela conduta dos indivíduos que, de acordo com as ordens jurídicas estaduais, funcionam como governos. Se elas são pensadas como normas jurídicas vinculantes para os Estados é porque se pressupõe uma norma fundamental que institui o costume dos Estados como fato produtor de Direito. O seu teor é: os Estados, quer dizer, os governos dos Estados, devem conduzir-se nas suas relações mútuas em harmonia com um dado costume dos Estados, ou: a coação de um Estado contra outro deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma correspondentes a um dado costume dos Estados." (KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 151).

⁶⁸¹ "The second element is the fact that the individuals whose conduct constitutes the custom must be convinced that they fulfill, by their actions or abstentions, a duty, or that they exercise a right. They must believe that they apply a norm, but they need not believe that it is a legal norm which they apply. They have to regard their conduct as obligatory or right. If the conduct of the states is not accompanied by the opinion that this conduct is obligatory or right, a so-called 'usage', but not a law-creating custom, is established." (KELSEN, *Principles of International Law* (1952). op. cit., p. 307)

⁶⁸² A este respeito os casos decididos pela Corte Internacional de Justiça e sempre lembrados pela dogmática são Lotus de 1927 (France/Turkey) e North Sea Continental Shelf de 1968 (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands): "The opinio juris, or belief that a state activity is legally obligatory, is the factor which turns the usage into a custom and renders it part of the rules of international law. To put it slightly differently, states will behave a certain way because they are convinced it is binding upon them to do so." (SHAW, KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op. cit., p. 80).

Pode-se neste caso falar-se em legitimidade do direito internacional e de normas internacionais isoladamente tomadas, mas a norma fundamental na perspectiva internacional é somente uma. Esta diferença não argumenta no sentido da não identificação entre a norma fundamental e a legitimidade, mas sim caracteriza o esgotamento teórico explicativo da norma fundamental. Por isso que no quarto capítulo a norma fundamental é apresentada como o fator de legitimidade estático, pois diz respeito ao reconhecimento do ordenamento jurídico internacional expresso no princípio *pacta sunt servanda*. Na via desta argumentação a inaplicabilidade da norma fundamental diz respeito ao fato que ela explica somente em parte a legitimidade de normas internacionais tanto no positivismo jurídico quanto na prática jurídica internacional.

A legitimidade enquanto atração gravitacional em direção ao cumprimento é outra aceção que pode ser tomada para a análise da norma fundamental. Thomas Franck sugere nesta aceção que a propriedade telúrica da norma possa ser explicada a partir de quatro fatores: determinação, validação simbólica, coerência e aderência. A vantagem da relação entre as idéias de Kelsen e Franck é que ambos os autores centralizam suas análises na norma jurídica.

Dos quatro fatores apontados por Franck enquanto propriedades da norma que conferem percepção de legitimidade nem todos podem ser associados à norma fundamental do positivismo jurídico. Por exemplo, a determinação é uma propriedade direta de normas internacionais tomadas isoladamente e diz respeito à clareza e precisão de seus comandos. Por isso, afasta-se a possibilidade de associar o fator determinação à norma fundamental. O mesmo acontece com a questão da validação simbólica a qual diz respeito aos ritos e atos sociais numa

perspectiva representativa e simbólica. Nestes termos pode-se dizer que as características da norma que Franck denomina 'cultural e antropológica (validação simbólica) bem como lingüística e literária estrutural (determinação)⁶⁸³ não estabelecem relação direta com a norma fundamental.

O mesmo não se aplica à coesão e à aderência, considerados por Franck os critérios respectivamente horizontal e vertical. A coerência é característica ligada ao pertencimento a uma comunidade e diz respeito ao consentimento em relação às responsabilidades derivadas de uma responsabilidade mais geral que é a de ser membro de uma comunidade. Nesta lógica, Franck afirma que a força gravitacional em direção à obediência às regras é mais forte se a base da obrigação é mais associativa do que meramente contratual.⁶⁸⁴ Esta noção pode ser relacionada com a noção de Hans Kelsen que a norma fundamental "representa o pressuposto sob o qual normas globalmente eficazes são consideradas como normas jurídicas que vinculam os Estados."⁶⁸⁵ Normas internacionais não são elementos sociais aleatórios e sim pertencem a um sistema político no qual a noção de que o que foi pactuado deve ser cumprido é o primeiro estágio da eficiência de um ordenamento jurídico. É importante distinguir que a coerência confere legitimidade às normas, mas o fundamento da legitimidade é o consenso originário de que o que é pactuado deve ser cumprido porque este consenso é o fundamento do pertencimento à comunidade. Só existem normas internacionais se existe anteriormente uma comunidade que reconhece estas regras como válidas. Neste sentido é que a norma fundamental é, segundo o critério da coerência, o fundamento da legitimidade de normas internacionais no positivismo jurídico. Em outras palavras, que o lugar em

⁶⁸³ FRANCK, *Legitimacy in International System*. op. cit., pp. 725-726.

⁶⁸⁴ FRANCK, *The Power of legitimacy among nations*. op. cit., p. 186.

⁶⁸⁵ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 151.

que a norma fundamental está não significa o lugar onde a legitimidade se encontra no contexto teórico kelseniano, mas sim o lugar do fundamento da legitimidade.

Coerência confere percepção de legitimidade na medida em que normas internacionais estão vinculadas aos delineamentos fundamentais do ordenamento jurídico. Neste contexto a coesão aproxima-se do consenso, pois normas internacionais detêm mais legitimidade se participam com maior intensidade dos propósitos políticos da norma:

“Rules become coherent when they are applied so as to preclude capricious checkerboarding. They preclude caprice when they are applied consistently or, if inconsistently applied, when they make distinctions based on underlying general principles that connect with an ascertainable purpose of the rules and with similar distinctions made throughout the rule system. Validated membership in the community accords equal capacity for rights and obligations derived from its legitimate rule system.”⁶⁸⁶

A proposta de Franck é que normas jurídicas são mais legítimas se aplicadas consistentemente com os princípios e os propósitos destas normas no sistema político, ou seja, consistência no ordenamento jurídico do qual fazem parte. Considerando que a norma fundamental é a fonte de unidade de uma diversidade de normas contidas num sistema ou ordenamento, a norma fundamental no positivismo jurídico é o fundamento de legitimidade⁶⁸⁷ porque é o fundamento da coerência do sistema. A norma fundamental é o fator que confere consistência ao ordenamento jurídico e nestes termos normas possuem mais legitimidade quanto mais obedecem e atuam no sentido da consistência do sistema. Em termos práticos, se normas atuam no sentido para o qual foram elaboradas e obedecem a princípios amplamente aceitos no sistema jurídico possuem mais potencial de serem obedecidas.

⁶⁸⁶ FRANCK, op. cit., p. 751.

⁶⁸⁷ “Eine Vielheit von Normen bildet eine Einheit, ein System, eine Ordnung, wenn ihre Geltung auf eine einzige Norm als letzten Grund dieser Geltung zurückgeführt werden kann. Diese Grundnorm konstituiert als die gemeinsame Quelle die Einheit in der Vielheit aller eine Ordnung bildenden Normen.” (KELSEN, *Reine Rechtslehre*: op. cit., p. 73.)

A norma jurídica detém maior legitimidade na medida em que reforça o acordo no plano horizontal com o contexto das outras normas do sistema, dos princípios e dos consensos legislativos e jurisprudenciais. No plano da jurisprudência esse raciocínio fica mais convincente; uma decisão jurisprudencial oferece maior percepção de legitimidade na medida em que está de acordo com várias decisões precedentes. Porém o que define a fronteira do ordenamento jurídico é a norma fundamental e assim a norma fundamental sob o critério da coerência delimita o alcance dos elementos capazes de conferir consistência em dado sistema jurídico, o que é mais perceptível no contexto constitucional.

O último critério proposto por Franck é o mais evidente na relação entre legitimidade e norma fundamental. O critério vertical da aderência remete à noção de hierarquia de normas e isto dá-se na visão de Franck de duas formas. A primeira é no sentido teórico:

“We shall refer to this property as adherence, by which is meant the vertical nexus between a primary rule of obligation, which is the system’s workhorse, and a hierarchy of secondary rules identifying the sources of rules and establishing normative standards that define how rules are to be made, interpreted, and applied.”⁶⁸⁸

A segunda acepção refere-se à práxis:

“There are courts functioning in the international system (...) all of these have been established by treaties and contracts providing for mandatory or consensual ad hoc third-party conflict resolution. These agreements also usually establish the procedures and sources of rules to be used in deciding cases.”⁶⁸⁹

A aderência enquanto propriedade da norma que confere percepção de legitimidade associa-se no campo teórico hartiniano ao reconhecimento de normas jurídicas. No positivismo jurídico este reconhecimento é compreendido como validação e uma das diferenças entre Hart e Kelsen é a explicação deste sistema de

⁶⁸⁸ FRANCK, op. cit., p. 184.

⁶⁸⁹ Ibidem, p. 185.

validação.⁶⁹⁰ No plano da práxis Franck argumenta de tal forma que pode haver confusão entre legitimidade e legalidade. Não diz respeito à legitimidade, nos termos em que esta é proposta pelo autor, se Cortes decidem com base em tratados tanto do ponto de vista da competência quanto das normas e procedimentos aplicáveis às decisões. Contudo, normas e decisões tornam-se mais legítimas na medida em que obedecem ao sistema hierárquico de validação de normas o que na teoria pura do direito culmina na norma fundamental. Também no argumento vertical a norma fundamental é o fundamento de legitimidade, pois é o fundamento último de validação de normas jurídicas.

Finalmente é necessário fazer referência à acepção de legitimidade na perspectiva dos valores da sociedade. Esta perspectiva encontra ressonância tanto nas formulações jusnaturalistas quanto na fundamentação jurídica dos direitos humanos. Sob esta perspectiva pode-se explorar a relação entre norma fundamental e legitimidade a partir de duas interpretações da norma fundamental. A primeira é dizer que no positivismo jurídico a norma fundamental não possui acepção moral ou atrelada aos valores sociais. Esta interpretação parece refletir o que Hans Kelsen formulou na versão da teoria pura de 1960⁶⁹¹ e na obra 'O problema da justiça'⁶⁹² do

⁶⁹⁰ "In Hart's theory, the highest level of obligation could operate only in respect of a rule which is part of a normative hierarchy capped by an ultimate system-validating rule. (FRANCK, op. cit., p. 186).

⁶⁹¹ "Na norma fundamental do Direito internacional também não está contida qualquer afirmação de um valor transcendente ao Direito positivo; nem mesmo do valor paz, que o Direito internacional geral, criado pela via consuetudinária, e o direito internacional particular, criado com base na norma jurídica pactícia, garantem. O Direito internacional e as ordens jurídicas estaduais que - sob a pressuposição do primado daquele - lhe estão subordinadas são válidos ou vigentes não porque ou na medida em que realizam o valor paz. Podem realizar este valor se e na medida em que valem; e valem se se pressupõe a norma fundamental que institui o costume dos Estados como fato gerador de Direito, qualquer que seja o conteúdo que possam ter as normas assim criadas." (KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (1960) op. cit., p. 151).

⁶⁹² "A norma fundamental de ma ordem jurídica positiva não é de forma alguma uma norma de justiça (...) não pode ser - como no direito natural - um critério de apreciação do direito positivo. (...) A norma fundamental definida pela Teoria Pura do Direito não é um direito diferente do direito positivo: ela apenas éo seu fundamento de validade, a condição lógico-trancedental da sua validade e, como tal, não tem nenhum caráter ético, político,mas apenas um caráter teórico-gnoseológico." (KELSEN, *O problema da Justiça* (1960) op. cit., p. 117).

mesmo ano. A segunda refere-se às críticas de Vedross que a paz e a ordem são valores e que mesmo o positivismo jurídico não conseguiu ficar imune aos valores suprapositivos.⁶⁹³ A crítica de Verdross interpreta que desta forma a edificação fechada do positivismo jurídico abriu uma porta para o jusnaturalismo.⁶⁹⁴ A crítica de Verdross é referente à versão da ‘Teoria Pura do Direito’ de 1934, ao ‘O que é justiça’ de 1956 e à ‘Teoria Geral do Direito e do Estado’ de 1945 e é respondida por Kelsen na já mencionada versão de 1960. Disto pode-se concluir que a teoria de Kelsen pode ter duas interpretações, mas com base no que o próprio autor da teoria afirma, não é possível admitir a norma fundamental como um fundamento de legitimidade a partir da aceção dos valores. Isto contudo não significa caracterizar a teoria pura do direito como um sistema de idéias impermeável à noção de justiça. A respeito desta leitura de sua teoria o próprio Hans Kelsen se manifestou:

A minha única desculpa é que, a esse respeito, estou em ótima companhia: teria sido muita presunção fazer crer (...) que eu teria podido alcançar êxito onde falharam os pensadores mais ilustres. Consequentemente, não sei e não posso dizer o que é a justiça, aquela justiça absoluta que a humanidade procura. Devo me contentar com uma justiça relativa. Assim, posso dizer apenas o que é justiça para mim. Como a ciência é a minha profissão e, portanto, a coisa mais importante de minha vida, a justiça é para mim aquele ordenamento social sob cuja proteção pode prosperar a busca da verdade. A minha justiça é, portanto, a justiça da liberdade, a justiça da democracia, em suma, a justiça da tolerância.⁶⁹⁵

Sobre a relação entre norma fundamental e valores Bindschedler argumenta que em última análise a pergunta sobre a norma fundamental do ordenamento jurídico é uma pergunta filosófica sobre a natureza do homem e do mundo, já que o fundamento valorativo do direito é uma questão de viver em sociedade. A partir destes pressupostos conclui que a questão da norma

⁶⁹³ “Da nun aber Ruhe und Ordnung in Betracht, da allein eine solche Ruhe und Ordnung Werte sind, die zwar in der Regel durch das positive Recht verwirklicht, nicht aber von ihm gesetzt, sondern von ihm vorausgesetzt werden, erkennen wir, dass nicht nur die Naturrechtslehre, sondern auch der Rechtspositivismus von bestimmten überpositiven Werten ausgeht.” (VERDROSS, op. cit., p. 18)

⁶⁹⁴ “Mit dieser Einsicht ist aber bereits der domatische Rechtspositivismus überwunden, da dadurch das in sich geschlossene Gebäude des positiven Rechts gesprengt und ein Tor zur Naturrechtslehre geöffnet wird.” (VERDROSS, op. cit., p. 19)

⁶⁹⁵ KELSEN apud REALE; ANTISERI, op. cit., p. 913.

fundamental não poderia ser respondida pela razão, pois se encontra na fronteira da ciência.⁶⁹⁶ Aqui se retorna ao lugar onde o décimo segundo camelo citado por Teubner está, é claro sob um céu cinzento. Experiência profissional quase mística também é relatada por David Kennedy do seu despertar do sonho cosmopolita do direito internacional, relato este que vale a pena ser citado:

“There is a long tradition in religious and political thought praising this moment – the moment when ‘unknowing’ and deciding cross paths, when freedom and moral responsibility join hands. It is, I think, what Carl Schmitt had in mind by ‘deciding on the exception’, or what Max Weber spoke of as having a ‘vocation for politics’. It is what Kierkegaard spoke of as the ‘man of faith’ or what Sartre described as the exercise of responsible human freedom. It is, I think, what Derrida meant by ‘deconstruction’. The sudden experience of unknowing, with time marching forward to determination, action, decision – the moment when the deciding self feels itself thrust forward, unmoored, into the experience.”⁶⁹⁷

A referência à teorização da norma fundamental de Hans Kelsen efetuada neste capítulo permite ao pesquisador chegar a conclusões não tão obscuras sobre o papel da ciência na descrição, compreensão e explicação da norma fundamental. Kelsen lança olhar sobre as relações internacionais e reconhece que no começo do século XX é possível afirmar que existem relações jurídicas entre Estados. Estas relações podem ser reunidas a partir de um fundamento: a consciência do que é pactuado deve ser cumprido ainda que de fato não o seja. Disto conclui que o reconhecimento da realidade que Estados possuem também uma vontade capaz de ser expressa e comunicada é um pressuposto que está acima da vontade isolada e constitucional dos Estados, pois depende do pertencimento a uma comunidade na

⁶⁹⁶ “Da jede Rechtsordnung wenigstens einen Wert, den der Ordnung, verwirklicht, bedeutet die Frage nach der Grundnorm letzten Endes die nach der Begründung der Werte. Stellt man auf die reine Tatsache der Notwendigkeit einer Rechtsordnung für das menschliche Zusammenleben ab, so gelangt man zur Frage nach dem Wesen des Menschen und der Welt. Beides sind philosophische Fragen, die nicht vollständig aus der Vernunft beantwortet werden können; die Antwort hängt letztendlich von der philosophischen oder religiösen Überzeugung jedes einzelnen ab. Hier stösst man an die Grenzen der Wissenschaft, die Schranken der Erkenntnis.” (BINDSCHEDLER, R.L. Zum Problem der Grundnorm. In: ST. VEROSTA, F.A. Frhr V.D. Heydte; ZEMANEK, I. Seidl-Hohenveldern. *Völkerrecht und Rechtliches Weltbild: Festschrift für Alfred Verdross*. Wien: Springer Verlag, 1960. p. 76)

⁶⁹⁷ KENNEDY, David. One. Two, Three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. In: *N.Y.U. Review of Law and Social Change*. Nr. 657, Vol. 31:64. New York: New York University School of Law, 2007. pp. 644-645.

qual existe o mútuo reconhecimento de subjetividades. Deste segundo momento conclui que a norma fundamental é uma norma pressuposta e que existe uma única ordem jurídica universal baseada na consciência de juridicidade e por lógica esta ordem está hierarquicamente acima das ordens constitucionais, pois a consciência na comunidade referente à intersubjetividade é um fator facultado não à declaração autônoma do Estado, mas ao reconhecimento intersubjetivo.

A eficiência em Hans Kelsen nada mais é do que o reconhecimento de relações de poder que operam de fato na realidade. Suas afirmações partem de dois pressupostos epistemológicos: o mundo é passível de ser descrito e este mundo é o mesmo que o observado por outros homens ainda que reconhecidamente existam diferentes percepções fenomênicas. Esta interpretação da teorização da norma fundamental só é possível a partir do estudo em conjunto das caracterizações psicológicas do Estado contidas na versão do 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre', de 1923, da noção da eficiência das relações de poder na primeira versão da Teoria Pura do Direito de 1934 e da mudança da teorização da norma fundamental do contexto hipotético para o ficcional nas versões da 'Teoria Pura do Direito' de 1960 e 'Teoria Geral das Normas' de 1979.

É possível compreender em termos científicos a norma fundamental na teoria pura do direito assim como é possível descrever o que é legitimidade no direito internacional sem ter que recorrer ao elemento divino. Se isto não fosse alcançável não somente esta tese perderia o sentido como também a própria ciência jurídica. Contudo, a hipótese do transcendente ao direito em quanto agumento imanente à ciência jurídica não é um absurdo; em parte foi o que Carl Schmitt propôs em sua Teologia da Política, o que Hans Kelsen sugere com a norma

fundamental puramente ficcional e o que Luhmann e Teubner fazem referência com a alegoria ao décimo segundo camelo.

Argumentou-se neste capítulo que a norma fundamental exerce na teoria pura do direito uma função e fundamento de legitimidade muito embora a noção de legitimidade utilizada para tal não seja a proposta por Kelsen. Das noções de legitimidade propostas a que remete à questão dos valores não pode ser relacionada à norma fundamental de Kelsen porque ele mesmo afasta completamente esta possibilidade. Contudo, o mapa proposto por Kelsen parece não descrever o território do direito internacional contemporâneo e neste domínio esta tese ocupa-se de somente uma questão: se a norma fundamental é o lugar do fundamento da legitimidade de normas internacionais na teoria pura do direito, a norma fundamental explica somente em parte a atração gravitacional em direção ao cumprimento de normas num ambiente societário não coercitivo. Esta questão a qual dá continuidade às reflexões do presente capítulo é o propósito daquele que o sucede.

Capítulo IV

4 FRAGMENTAÇÃO E INTERDEPENDÊNCIA COMO FATORES DINÂMICOS DE LEGITIMIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

O propósito do quarto capítulo é acrescentar argumentos à hipótese de que os fenômenos denominados fragmentação e interdependência são fatores dinâmicos de legitimidade do direito internacional. Qualificar fragmentação e interdependência como fatores ditos 'dinâmicos' de legitimidade implica em assumir que a norma fundamental proposta na teoria das normas de Hans Kelsen possa ser compreendida enquanto fator estático de legitimidade do direito internacional. Neste sentido é que a norma fundamental de Hans Kelsen é considerada inaplicável; não porque é equivocada em termos científicos, mas porque é incompleta para explicar a dinâmica de normas jurídicas na sociedade internacional contemporânea e, em particular, a questão da legitimidade no direito internacional.

A primeira parte deste quarto capítulo destina-se à análise de dois casos, a saber, a implementação da unidade de inteligência financeira pelo Estado brasileiro e a tutela ambiental da floresta de Iwokrama na República Cooperativista da Guinana. A escolha dos casos é uma opção metodológica desta pesquisa a partir das particularidades que possuem. Por isso, este quarto capítulo não possui como objetivo corrigir a teoria pura do direito de Hans Kelsen mas sim acrescentar argumentos às hipóteses relativas à possibilidade de aprimoramento da teorização da norma fundamental na teoria pura do direito de Hans Kelsen.

A opção metodológica de iniciar a exposição do quarto capítulo com os casos em referência é resultado do aprendizado a partir das contribuições científicas mencionadas ao longo desta pesquisa. A este respeito, tanto o jusnaturalismo, como o realismo jurídico e o positivismo jurídico kelseniano partem da observação de práticas societárias efetivas. Pode-se afirmar a partir de argumentos já explicitados nos capítulos precedentes que o que é eficiência no positivismo jurídico kelseniano é natureza no jusnaturalismo. As fronteiras teóricas surgem na medida em que a validade de normas nos sistemas jurídicos é interpretada de forma bem diversa. No jusnaturalismo normas jurídicas dependem da conexão com esta realidade social que indica que o sentido teleológico do direito é a justiça. No positivismo jurídico Kelsen reconhece que existe uma norma fundamental a partir da observação das relações entre os homens mas dá um salto epistemológico que confere à norma fundamental um caráter estático e independente da moral.

De qualquer forma a observação das relações sociais e o reconhecimento de que estas relações podem ser reconhecidas constituem os pontos de partida da teorização jurídica. A identificação de normas jurídicas enquanto comandos e de personalidades jurídicas enquanto atribuição de possibilidade de autovinculação por estes mesmos comandos fazem parte também do caminho da teorização jurídica. Nesta medida é que este capítulo propõe-se, a partir de casos concretos, lançar o olhar científico nas relações jurídicas internacionais para analisar a questão da legitimidade a partir da norma fundamental de Hans Kelsen

A análise dos casos estudados objetiva resgatar os pressupostos mencionados nos capítulos anteriores. Primeiramente a análise parte das categorias de legitimidade apresentadas no primeiro capítulo para posteriormente evidenciar no

quanto as relações sociais encontram-se de tal forma em movimento e que bem provavelmente o direito internacional pode ser analisado de forma diversa da que Hans Kelsen propôs, o que diz respeito à relação entre teoria e práxis jurídica explorada no segundo capítulo. No que pertine ao terceiro capítulo a análise dos casos contempla a confrontação dos dois casos com a teoria pura do direito, em particular, com a teorização da norma fundamental enquanto fundamento de legitimidade de normas internacionais.

Os casos estudados não pretendem ser profecias auto-cumpridas referentes à inaplicabilidade da norma fundamental da teoria pura do direito. Na medida em que a fragmentação e interdependência são apresentados como hipóteses os casos mencionados servem para ilustrar a apresentação do argumento e não para prová-lo. A opção pela caracterização dos fatores dinâmicos enquanto hipóteses é também resultado da convicção de que aquilo que está além da norma fundamental não é provado nesta tese. Muitos outros exemplos e casos poderiam ser mencionados - e alguns de fato o são - no sentido de acrescentar argumentos às hipóteses mas ainda assim os argumentos continuariam imperfeitos dado que a significação das idéias principais dispostas nos argumentos esboçados neste quarto capítulo é facultada ao tempo - a mais bem acabada arte - e, quem sabe, de contribuições posteriores que ajudem a retificar as inevitáveis incongruências desta exposição.

A partir da análise dos casos propõe-se a utilização dos conceitos de legitimidade estática e dinâmica o que significa tratar do tema da legitimidade na teoria pura do direito além da norma fundamental do positivismo jurídico kelseniano. Para tal recorre-se à própria utilização da terminologia 'estática' e 'dinâmica' por

Hans Kelsen muito embora na teoria das normas os conceitos sejam utilizados para explicar outra ordem de fenômenos. Neste segundo momento do presente trabalho reconhece-se que a teorização da norma fundamental representa um fator estático relativo ao fundamento de legitimidade do direito internacional. Nesta lógica é que fragmentação e interdependência são hipóteses relativas a fatores dinâmicos de legitimidade do direito internacional.

A fragmentação do direito internacional e a crescente interdependência societária e normativa são trabalhadas neste capítulo como hipóteses relativas à explicação da legitimidade do direito internacional. Este trabalho procura preservar o viés jurídico para explicar os fatores dinâmicos de legitimidade ao mesmo tempo em que reconhece que o tema legitimidade conforme estudado no primeiro capítulo está na intersecção entre o campo político e o legal. Logo, quando se menciona interdependência e fragmentação está-se dentro do campo do direito internacional o que não significa que o recorte seja puramente normativo.

A segunda parte deste capítulo busca ainda explicar de que forma os fenômenos fragmentação e interdependência constituem fatores dinâmicos de legitimidade do direito internacional. Para tal é necessário explicar o que este trabalho entende por fragmentação e interdependência já que os conceitos podem ser explorados por diferentes óticas no campo filosófico, sociológico, político e jurídico.

A fragmentação do direito internacional que é resultado também da fragmentação da sociedade internacional faz com que sejam criadas normas cada vez mais específicas e especializadas. Se a fragmentação do direito internacional é reconhecida enquanto um fenômeno societário contemporâneo caracterizado pela

fragmentação de sujeitos de direito, pela expansão normativa e pelo caráter altamente especializado de normas então é possível afirmar que sujeitos de direito internacional possuem um comprometimento e dependência ampla destas normas para garantir a sua própria possibilidade comunicativa na sociedade.

A fragmentação do direito internacional relaciona-se diretamente com a atividade de produção de normas. A gradual positivação do costume ao longo do século XIX foi substituída no século XX por formas de produção de normas prospectivas, ou seja, desvinculadas de uma prática comum e aceita por Estados e voltada para o remodelamento social em nível internacional. A produção de normas internacionais é um fenômeno em franca expansão no sentido de uma ampla regulamentação das complexas relações societárias internacionais e também é um fenômeno que ocorre para complementar as normas já existentes como são os casos de normas comerciais específicas e protocolos adicionais sobre os mais diversos temas como a prática diplomática e o direito ambiental.

A seção sobre a fragmentação do direito internacional é sucedida pelas reflexões sobre a interdependência promovida pelo direito internacional. Interdependência também é um conceito utilizado de diferentes formas por diferentes campos do conhecimento. Por exemplo, a denominada escola pluralista em teoria de relações internacionais desenvolveu o conceito de interdependência complexa para compreender e explicar o comportamento da sociedade internacional e este conceito aplica-se a uma ordem mais geral de fenômenos dos que os referentes ao campo do direito internacional.

Interdependência enquanto fator que participa do processo de legitimidade dinâmica de normas internacionais possui relação com o conceito de

interdependência complexa, mas é necessário fazer um recorte metodológico para procurar evidenciar como a interdependência afeta particularmente a legitimidade do direito internacional. Para tal procura-se distinguir entre interdependência sistêmica e normativa.

Assim como a fragmentação do direito internacional é resultado de processos de fragmentação na sociedade a interdependência normativa também pode ser considerada produto da interdependência sistêmica. A formação dos blocos econômicos, por exemplo, gera a necessidade de um direito a ser aplicado dentro deste bloco. Igualmente a formação de um novo Estado nacional gera a necessidade de criação de um ordenamento jurídico próprio. No campo societário normalmente uma autonomia política gera-se a partir de uma iniciativa jurídica que é uma forma de legitimação e de comunicabilidade com as outras unidades políticas. Estes são exemplos de fragmentação na sociedade internacional que geram fragmentação no campo legal. Exemplos de interdependência sistêmica que geram interdependência normativa são observáveis nos regimes que envolvem ampla cooperação internacional como o regime ambiental. A percepção que danos ambientais produzidos em regiões específicas do globo como a emissão de CO₂ e os desmatamentos possuem conseqüências sistêmicas em termos de aquecimento global, desertificação e produção de alimentos gera a noção responsabilidade comum quanto a estes temas. Neste caso, a constatação de que o sistema só alcançará eficiência a partir da participação ampla da sociedade internacional gera a necessidade de normas com amplo alcance societário. O amplo alcance societário opera não somente na adesão dos Estados nacionais mediante a ratificação de tratados na área ambiental mas também no envolvimento direto de atores no plano

subnacional e transnacional nos processos de feitura e cumprimento da norma internacional.

4.1 Dois estudos de caso relativos à legitimidade de normas internacionais

Esta seção destina-se à análise do caso da criação da unidade de inteligência financeira no Brasil e da tutela ambiental da Floresta de Iwokrama na República Cooperativista da Guiana. Os dois casos servem de exemplos para o argumento principal deste trabalho que é a inaplicabilidade da norma fundamental positivista kelseniana enquanto fator único de legitimidade do direito internacional. Os casos selecionados também possibilitam ilustrar que normas são legitimadas em razão de fatores em constante mobilidade na sociedade internacional como a fragmentação e interdependência.

Ao longo da história o comportamento dos atores na sociedade mundial gera formas distintas de legitimidade de normas internacionais conforme o tratado no segundo capítulo deste trabalho. Os dois casos selecionados servem de exemplos de fenômenos que sugerem novas formas de legitimidade e de geração de comportamento de sujeitos de direito internacional. O caso da implantação de uma unidade de inteligência financeira no Brasil pode ser considerado um exemplo de atuação da soft law. Neste caso é possível observar que o combate aos ilícitos transnacionais e ao terrorismo produziu normas enquanto ‘atos concertados não convencionais’ que possuem efetividade na comunidade internacional. A implementação de Unidades de Inteligência Financeira além de diminuir o risco de ocultação de ativos provenientes de atividades ilícitas transnacionais e relacionados ao financiamento do terrorismo, é um critério para a concessão de empréstimos por

parte do Fundo Monetário Internacional. A fragmentação normativa pode ser observada a partir da atuação eficiente das recomendações de organismos internacionais enquanto soft law. A interdependência normativa é observada na relação entre a implementação das unidades de inteligência financeira e sistemas normativos análogos por parte do Fundo Monetário Internacional.

O caso da tutela ambiental da Floresta de Iwokrama na República Cooperativista da Guiana relaciona-se por sua vez com tratados de proteção ambiental e comportamento de atores não estatais. A interdependência sistêmica na área ambiental gerou o interesse de investidores internacionais em atuar diretamente na tutela de florestas tropicais como a de Iwokrama. Neste caso o comportamento estatal guianense, bem como de atores no âmbito subnacional e transnacional, em conformidade com normas internacionais, é motivado pela possibilidade de fragmentação de regras internacionais produzidas fora do contexto interestatal como é o caso da indexação de florestas. Já no plano da interdependência, os investidores parecem atender tanto os interesses corporativos quanto a percepção de ameaça ambiental por parte da sociedade civil.

Importante enfatizar que os casos em questão não são exemplos perfeitos de fatores de legitimidade dinâmica nas relações internacionais. Os casos propostos devem em primeiro lugar serem lidos à luz da inaplicabilidade da norma fundamental da teoria das normas de Hans Kelsen enquanto fator de legitimidade do direito internacional. Num segundo momento podem servir de base para evidenciar no quanto os fenômenos da fragmentação e interdependência pode servir de ajuste às assunções teóricas de Hans Kelsen.

A escolha dos casos também não se dá em virtude de ajustarem-se aos argumentos relativos aos denominados fatores de legitimidade dinâmicos. Os casos foram selecionados em razão da riqueza de elementos que possibilitam perceber no quanto a teoria das normas de Kelsen é passível de ajuste. Embora o rigor do método exija que os casos sejam analisados em situações focais, particulares, é possível afirmar que não são casos isolados e podem, mesmo, conforme será retomado adiante, apontar para tendências da sociedade internacional.

4.1.1 A criação da Unidade de Inteligência Financeira - UIF no Brasil

A globalização financeira, consubstanciada na economia de mercado de capitais e na atuação das empresas transnacionais, permitiu o aparecimento de novas formas de ilícitos que revelam a sofisticação dos meios operacionais de criminalidade. A possibilidade de transações financeiras complexas conjugada com o despreparo dos Estados e dos organismos internacionais para lidar com práticas delituosas de caráter transnacional levadas a efeito por redes de criminalidade criou ambientes favoráveis para a prática da lavagem de dinheiro, crimes contra o sistema financeiro, contra a ordem tributária e contra a ordem econômica na esfera estatal.

Duas das maiores características da globalização, a fluidez da informação e a economia de mercado, possuem uma íntima relação com o assunto ora estudado. Com o reposicionamento do tema do terrorismo na agenda internacional acentuou-se a preocupação com o aporte financeiro dos ilícitos transnacionais, bem como com a dimensão financeira das atividades terroristas. Na visão do Banco Mundial sobre os efeitos da globalização constatou-se que os ataques de 11 de setembro prejudicaram as perspectivas para as nações em desenvolvimento. Segundo os prognósticos correntes, o ano de 2002 terminou com cerca de dez

milhões a mais de pessoas em situação de pobreza em consequência dos ataques terroristas e o custo estimado do prolongado terrorismo na região dos países bascos sugere que ocorreu uma redução de 10% na renda.⁶⁹⁸

As atividades terroristas em âmbito mundial possuem relações intrínsecas com as atividades financeiras e econômicas nacionais. Quanto às atividades econômicas, chama-se a atenção para o fato de o tema terrorismo poder ser vinculado com o tema da pobreza como se procurou indicar no parágrafo anterior. Contudo, pretende-se dedicar mais atenção às atividades financeiras visto que possuem relação mais próxima com o tema da inteligência financeira. O caráter altamente desregulamentado das relações financeiras internacionais apresenta uma complexa rede de fatores que proporciona o acobertamento da autoria e a ocultação dos financiadores da ameaça. Entende-se por *financiamento da ameaça* o suporte financeiro às atividades ilícitas internacionais que possam vir a constituir ameaças transnacionais ou mesmo estatais como o terrorismo, o tráfico de armas e o narcotráfico.

A ampla possibilidade de transferências financeiras por meio eletrônico, as garantias legais do regime jurídico das empresas *off shore* e a dificuldade de cooperação interestatal mediante instrumentos tradicionais de direito internacional – marcos regulatórios formais e instituições multilaterais - são características ligadas ao sistema financeiro internacional que demonstram uma realidade anárquica e interdependente. Anárquica porque não há padrão normativo ou institucional que consiga conferir ordem ao sistema como um todo e interdependente porque os ilícitos financeiros internacionais só poderão ser combatidos a partir de políticas

⁶⁹⁸ BANCO MUNDIAL, Globalização, crescimento e pobreza. *Relatório de Pesquisa Política do Banco Mundial*. São Paulo: Futura, 2003.

concertadas, visto que a ameaça é transnacional e as atividades ilícitas são mais intensas e ofensivas aonde há menor regulamentação.

O advento das *unidades de inteligência financeira* nacionais e a realidade da cooperação entre elas é uma história que merece registro. Os países mais industrializados do mundo, o G7, conscientes da limitação das políticas convencionais de cooperação estatal – na visão clássica do direito internacional público –, criaram um organismo de cooperação intergovernamental denominado *Financial Action Task Force - FATF* ou *Grupo d'action financière - GAFI*, que estabelece padrões e desenvolve e promove políticas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Presentemente, conta com 33 membros: 31 países e governos e duas organizações internacionais. Conta ainda com mais de 20 observadores: cinco organismos regionais e mais de 15 outras organizações internacionais ou organismos.

O modelo de atuação estatal proposto pelo GAFI centra-se em medidas estratégicas a serem tomadas no setor financeiro: (i) regras de identificação do cliente e de manutenção de arquivos; (ii) regime de comunicação de transações suspeitas, e; (iii) criação de uma unidade de inteligência financeira.⁶⁹⁹ Do ponto de vista prático, o GAFI estabelece *Recomendações* – esta é a nomenclatura utilizada – para serem incorporadas aos ordenamentos jurídicos ou gerarem comportamento estatal. O sistema funciona de forma bastante simples: o GAFI recomenda que os países criem normas jurídicas para que atores no sistema financeiro, comercial e econômico estabeleçam critérios mais apurados de comunicação e inteligência para que inequivocamente possa-se saber a origem de transações financeiras. Além

⁶⁹⁹ MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do Direito Penal – A gestão dos Problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Edesp, 2004.

disso, marcos normativos estabelecem limites de fluxo para uma determinada operação financeira seja considerada suspeita, normalmente divididos por área como imóveis, pedras preciosas, transação em espécie, etc. Por fim, soma-se a este aparato a atuação de uma unidade de inteligência financeira que é a instância burocrática – estatal a qual detêm a competência para receber as informações dos bancos sobre transações suspeitas, sistematizar estes dados e se necessário acionar outras agências para medidas necessárias.

As unidades de inteligência financeira - UIFs podem estabelecer cooperação entre si e curiosamente pode ser mais fácil a comunicação entre UIF's do que entre a UIF e outras instâncias burocráticas nacionais. Ao reconhecer os benefícios inerentes ao desenvolvimento de uma rede de UIFs, em 1995, um grupo de UIFs, reunidas no Palácio Egmont-Arenberg em Bruxelas, decidiram estabelecer um grupo informal para estimular a cooperação internacional. Hoje reunidas sob a alcunha de Grupo de Egmont, essas UIFs reúnem-se regularmente para encontrar formas de cooperar, em especial nas áreas de troca de informação, treinamento e compartilhamento de *expertise*. Existem, atualmente, 108 unidades de UIF operacionais reconhecidas, com outras em vários estágios de desenvolvimento⁷⁰⁰. Os países devem passar por um processo formal estabelecido pelo Grupo de Egmont para serem reconhecidos como em consonância com a definição de Egmont de uma UIF.

O Grupo de Egmont como um todo reúne-se uma vez por ano. Como o Grupo de Egmont não é uma organização formal, não há uma secretaria permanente. As funções administrativas são divididas de forma rotativa. Além do

⁷⁰⁰ EGMONT GROUP. *Press Release* (29 May 2008). Disponível em: http://www.egmontgroup.org/PRESS_RELEASE_version_27_MAY_2008_G.pdf. Acesso em: dezembro de 2008.

Posto de Apoio de Egmont, Grupos de Trabalho e o Comitê de Egmont são ferramentas utilizadas para conduzir assuntos de interesse comum. As UIFs, no mínimo, recebem, analisam e distribuem para autoridades competentes informações de instituições financeiras sobre transações financeiras suspeitas ou incomuns. Apesar de cada UIF operar sob linhas gerais diferentes, a maioria das UIFs, em certos dispositivos, podem trocar informações com suas contrapartes no exterior. Além disso, muitas UIFs podem ser úteis no fornecimento de dados governamentais administrativos e informações de registro público às suas contrapartes que podem também ser muito úteis aos investigadores.

Um dos objetivos principais do Grupo de Egmont é criar uma rede global ao promover a cooperação internacional entre UIFs. O desenvolvimento contínuo e o estabelecimento das UIFs exemplificam como países ao redor do mundo continuam a intensificar seus esforços para concentrar-se em pesquisa, análise e troca de informações para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e outros crimes financeiros. Em síntese, o GAFI entende que a eficiência do combate aos ilícitos transnacionais procede-se mediante o impedimento de acesso ao recurso financeiro que os possibilitem em termos de recursos financeiros.

Grande parte da corrupção identificável, e, portanto punível, permanecia, antes da adaptação às recomendações do GAFI, quase imperceptível em relação à atividade jurisdicional do Estado, devido à incapacidade dos órgãos de controle em vencer o sucedâneo do interesse privado, mesmo considerando que o interesse na maior parte das vezes na informação fiscal ou bancária é público, pois se refere aos crimes de lavagem de dinheiro e, conseqüentemente, diz respeito à repatriação de

dinheiro sujo, oriundo da sonegação, do tráfico, da corrupção ou outras fontes ilícitas.

Um fator que merece atenção é justamente o quanto as Resoluções do GAFI atuam como *soft law*, ou seja, como atos concertados não convencionais em nível internacional que interferem decisivamente no comportamento Estatal. O GAFI nada mais é do que um organismo – e não uma organização internacional – composta por uma parcela relativamente pequena de países. Ocorre que as Recomendações são adotadas amplamente pela comunidade internacional com alcance semelhante aos tratados multilaterais. O reconhecimento do fenômeno das recomendações do GAFI enquanto *soft law*, ou seja, como fontes de direito que condicionam o comportamento dos Estados a partir de uma legitimidade suficiente é o que localiza este tópico também no domínio do direito internacional.

A forma como o Brasil reagiu às recomendações do GAFI exemplifica a lógica interna da atuação das Recomendações como *soft law* enquanto fonte não convencional de direito internacional. A narrativa proposta, a fim de ser ilustrativa em relação ao desenvolvimento do argumento principal desta tese, sedimenta-se em dois tópicos: (i) o processo de adequação na estrutura institucional e normativa brasileira às Recomendações do GAFI e (ii) uma hipótese de explicação para a celeridade do referido processo além da disposição em cooperar internacionalmente.

O primeiro tópico proposto diz respeito a um efusivo debate constitucional no país. Não que as questões em curso no Supremo Tribunal Federal digam respeito ao foco deste trabalho, mas entende-se que alguns raciocínios relativos à esfera estritamente jurídica ajudam no entendimento do tema proposto. Neste sentido, o Brasil criou sua unidade de inteligência financeira em 1998 mediante a Lei

9.613, sob a nomenclatura de Conselho de Controle das Atividades Financeiras – COAF. Complementando o processo, na esfera normativa interna foram criadas duas Leis Complementares (104 e 105/2001) a fim de regulamentar a matéria das hipóteses em que o direito ao sigilo bancário e fiscal pode ser “violado”. Como a aprovação das Leis Complementares operou-se no sentido de atender também às demandas internacionais e, por outro, lado a Constituição brasileira possui regras de proteção do sigilo nas suas previsões acerca dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, X, e XII), surgiram diversos questionamentos no Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade das Leis Complementares. O raciocínio fundamental desta primeira consideração é justamente sobre a capacidade que a *soft law* possuiu de influenciar o processo legislativo nacional, ou seja, de gerar comportamento estatal, prescindindo até mesmo de um debate constitucional mais sedimentado.

O segundo tópico diz respeito ao relatório publicado em junho de 2005 pelo Fundo Monetário Internacional sobre combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo que critica o Brasil por limitar o trabalho de autoridades fiscais, não avançar na retificação de uma resolução do Conselho de Segurança sobre o tema e não exigir dos bancos maior comprometimento contra a abertura de contas em nome de ‘laranjas’.⁷⁰¹ Na realidade o relatório foi elaborado pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e o documento em sua apresentação refere que seu teor não reflete a visão do FMI ou de um governo específico.⁷⁰² Outro

⁷⁰¹ INTERNATIONAL MONETARY FOUND. IMF Country Report no. 05/207: Brazil: Report on the observance of Standards and Codes – FATF Recommendations for Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. June 2005. Disponível em www.imf.org. Acesso em: julho de 2005.

⁷⁰² “This report on the Observance of Standards and Codes (ROSC) for the FATF 40 Recommendations for Anti-Money Laundering and 8 Special Recommendations for Combating the Financing of Terrorism was prepared by representatives of member jurisdictions of the Financial Action Task Force (FATF) and the Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD) and members of the FATF and GAFISUD Secretariats.1 The report provides a summary of the level of compliance with the FATF 40 Recommendations, adopted in 1996, and the FATF 8 Special Recommendations, adopted in 2001, and provides recommendations to strengthen Brazil’s anti-money laundering and combating the financing of terrorism (AML/CFT) system. The views

relatório já havia sido publicado em 2000 sobre os mesmos critérios, ou seja, sobre a adequação/cumprimento das 40 Recomendações do FATF/GAFI, de 1996, às quais se somaram mais 9 a partir de 2001.

Um questionamento é sobre a razão de o Brasil seguir as Recomendações, lógica esta que poderia acrescentar argumentos à explicação do porquê outros países também adotam o mesmo padrão de comportamento. O que legitima o cumprimento de normas não convencionais e, em última instância, por que países obedecem a documentos políticos. De fato, sendo difícil apontar inequivocamente o itinerário do interesse estatal em comportar-se de determinada maneira algumas hipóteses possíveis são (i) o interesse em diminuir a possibilidade de ameaça (autopreservação estatal); (ii) cooperar para a diminuição dos ilícitos transnacionais; (iii) evitar conseqüências sistêmicas como um relatório do Fundo Monetário Internacional que poderia influenciar a opinião de investidores; bem como (iv) o conjunto não homogêneo de todos os fatores mencionados.

A forma como o Brasil reage às recomendações do GAFI constitui um estudo de caso interessante para a análise de política internacional. Primeiramente, o comportamento estatal brasileiro reproduz características comuns à maioria dos países que também adotaram uma atitude de cooperação baseada em documentos políticos, em outras palavras, em compromissos não oriundos de tratados ou outras fontes tradicionais de direito internacional. Já neste primeiro ponto o recorte metodológico é oportuno. Em segundo lugar, os desafios criados para o ordenamento jurídico brasileiro revelam a força que a *soft law*, situada na tênue

expressed in this document are those of the evaluation team as adopted by the FATF Plenary and do not necessarily reflect the view of the government of the Federative Republic of Brazil, the International Monetary Fund (IMF), or the World Bank. (INTERNATIONAL MONETARY FUND. *IMF Country Report no. 05/207: Brazil: Report on the observance of Standards and Codes – FATF Recommendations for Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*. June 2005. p. 1. Disponível em www.imf.org. Acesso em: julho de 2005).

fronteira entre o direito e a política internacional, possui sobre normas e instituições no âmbito do estamento burocrático nacional.

A atuação das unidades de inteligência financeira é decisiva para o combate às ameaças transnacionais na América do Sul, especialmente ao financiamento do terrorismo. Se a partir dos ataques às torres gêmeas o terrorismo passou a ser o tópico prioritário na agenda de segurança da potência hegemônica, a principal ressonância disto no Brasil foi a preocupação internacional que na Tríplice Fronteira estariam sendo levadas a efeito atividades de grupos terroristas e em específico o financiamento das atividades.⁷⁰³ Inegavelmente a visão da potência hegemônica acerca de segurança internacional exerce influência nos processos decisórios nacionais latino americanos mas por outro lado a competência para avaliar a existência ou não de transações financeiras que financiem grupos terroristas como o *Al Qaeda* situa-se na unidade de inteligência financeira, instância vinculada ao Ministério da Fazenda, a qual também só poderá ter uma base suficiente de dados a partir da cooperação com outras agências.

O exemplo proposto forma um cenário mais amplo de entendimento do papel do direito internacional em matéria de políticas concertadas de cooperação

⁷⁰³ A fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina, a partir dos atentados de 11 de setembro, passou a ser uma prioridade da agenda de defesa, segurança, demandando uma maior intensificação da atuação da inteligência brasileira, principalmente no ponto focal – o município de Foz de Iguaçu. A atuação das comissões *ad hoc*, bem como as negociações do grupo 3+1 resultaram de “manifestações de inquietação” com a possível presença de pessoas ligadas a atividades terroristas. A informação à imprensa sobre a Reunião 3+1, realizada na sede da Chancelaria Argentina, em 17 de dezembro de 2002, sinaliza para a preocupação e a possibilidade de políticas coordenadas: “Hubo acuerdo de las delegaciones 3 + 1 que no se han detectado en este momento actividades operativas de terrorismo en la Triple Frontera de grupos radicalizados tales como Hezbolla, Hamas o Al Qaeda, ya sea actividad de entrenamiento, o de formación de cuadros de organizaciones terroristas o celulas “dormidas”. Hubo coincidencia em que ningún lugar del planeta esta exento de esta posibilidad. Por eso es necesario mantener la vigilancia y fortalecer los controles policiales, de inmigración, de pasaportes, etc. en la región.”(Informação à imprensa sobre a Reunião 3+1, realizada na sede da Chancelaria Argentina, em 17 de dezembro de 2002)

para o desenvolvimento na medida em que se reduz violência estrutural⁷⁰⁴ e índices de corrupção. Os conceitos e fenômenos tratados oferecem elementos para a compreensão do comportamento interno do Estado brasileiro como consequência de sua inserção internacional. Conclui-se também que políticas de cooperação são resultado de um cálculo de vantagens comparativas que ultrapassam a disposição altruísta estatal e que podem ser avaliadas a partir de um crescente fator de interdependência sistêmica entre estados e instituições.

4.1.1.1 *Análise do caso*

Conforme foi mencionado antes da exposição do caso ilustrativo, o objetivo final desta análise é confrontar o exemplo dado com a teorização da norma fundamental na teoria pura do direito de Hans Kelsen enquanto fator de legitimidade do direito internacional. A presente análise procura também resgatar elementos importantes da exposição efetuada até então, a saber, a eficiência das relações jurídicas em nível internacional, o desenvolvimento histórico do direito internacional, as noções de legitimidade e por fim acrescentar argumentos à noção de inaplicabilidade da norma fundamental.

O ponto de partida para a análise do caso da implementação das Resoluções do GAFI e, em particular, da Unidade de Inteligência Financeira no Brasil é o reconhecimento de relações jurídicas em nível internacional. Este reconhecimento inclui, conforme o princípio da eficiência da teoria pura do direito

⁷⁰⁴ Violência estrutural é um conceito sugerido no campo teórico para designar não somente o conflito tradicional no sentido inter-estatal, com o uso da força bélica, mas sim em uma acepção mais ampla, como inseparável das relações sociais como um todo. O conceito foi utilizado em análises de conflitos tribais na África no contexto da agenda de pesquisa sobre diplomacia paraestatal mas no parágrafo em referência é utilizado no contexto da violência urbana como um dos impactos sociais do tráfico de armas, de substâncias ilícitas, de pedras preciosas, da lavagem de dinheiro, etc. (cf. DAVIES, John; KAUFMAN, Edward. *Second track/citizen's diplomacy: concepts and techniques for conflict transformation*. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2002).

indica, a identificação de normas e sujeitos de direito em nível internacional. Segundo a doutrina de direito internacional e o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, organismos internacionais como o GAFI ou o Grupo Egmond não podem produzir por si só normas jurídicas internacionais válidas. Por outro lado não se pode negar ao caso que existem relações jurídicas efetivas, pelo menos em nível estatal, que obedecem interesses como o combate às atividades terroristas tendo como valor de fundo a segurança internacional ou a ordem social em nível internacional.

Um dos elementos apresentados pelo caso que pode suscitar dissensos doutrinários é o reconhecimento das Recomendações do GAFI enquanto normas internacionais. As Recomendações são textos políticos produzidos para gerarem comportamento estatal em larga escala. Os países membros do GAFI que sugerem as Recomendações, se comportam segundo as mesmas – isto quer dizer, neste caso, que implementam as UIFs - e pretendem que outros países adotem o mesmo padrão comportamental. A noção austiniana de normas conforme foi exposta no segundo capítulo contribui para a noção que normas são comandos e que seu cumprimento é garantido pela autoridade. A este respeito foi mencionado também que no direito internacional inexistente autoridade central coatora dado que a sociedade internacional possui por característica ser uma ordem descentralizada.

É difícil precisar se as Recomendações do GAFI são normas enquanto comandos mas se comandos são enunciados que prescrevem condutas enquanto dever ser, então são. Na perspectiva de Hans Kelsen as Recomendações podem ser caracterizadas como um dever ser, como um ato da vontade humana que deseja gerar um comportamento de um sujeito capaz de ser consciente de uma obrigação. Contudo, o problema que surge na perspectiva kelseniana é o da validade, ou seja,

estas Resoluções parecem não terem sido produzidas em conformidade com o rito de validação de normas jurídicas internacionais.

A partir da noção de validade de normas jurídicas internacionais sob a ótica do positivismo jurídico kelseniano as Recomendações do GAFI oferecem uma perspectiva particular de análise. Conforme foi observado no segundo e terceiro capítulos, a forma de validação de normas jurídicas no positivismo jurídico dá-se a partir da relação de pertencimento e vinculação à norma fundamental.⁷⁰⁵ Também foi observado que a atribuição lógico-jurídica de validade a partir da norma fundamental é mais evidente no plano constitucional.⁷⁰⁶ No plano do direito internacional não há como estabelecer relação lógica entre tratados e costumes no sentido da conexão com a norma fundamental internacional. A atribuição de validade de normas internacionais dá-se a partir da noção de que Estados consentem com a norma jurídica. A norma fundamental internacional diz respeito ao reconhecimento do ordenamento jurídico internacional que reconhece e garante as soberanias nacionais.

O argumento pretende ser claro: as Recomendações não permanecem como leis inconsistentes (soft law) na forma de documentos políticos que sugerem comportamentos e sim atingem formalmente o consentimento dos Estados. Nem por isso deixam de ser, no plano internacional, soft law. Para o positivismo jurídico

⁷⁰⁵ “Der Ausdruck ‘Geltung’ ist bei Kelsen mehrdeutig; es können mindestens zwei ganz verschiedene Begriffe, die mit diesem Ausdruck bezeichnet werden, unterschieden werden. Sie sind Zugehörigkeit und Verbindlichkeit.” (BULYGIN, Eugenio. *Das Problem der Geltung bei Kelsen*. In: PAULSON, Stanley L.; STOLLEIS, Michael. *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. p. 94).

⁷⁰⁶ Para o reconhecimento da cadeia de validações no escalonado normativo é necessária a diferenciação entre a Constituição enquanto norma fundamental no sentido lógico jurídico e a Constituição no sentido jurídico positivo. Aqui a referência é à norma fundamental no sentido lógico jurídico que é a única concepção possível relativa à norma fundamental internacional. (sobre a primeira diferenciação entre as duas concepções cf. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. XV.

kelseniano, como também na práxis jurídica das relações internacionais, normas internacionais adquirem validade na medida em que Estados consentem com estas normas no plano constitucional. As Recomendações do GAFI adquirem o status de normas válidas no momento em que Estados aprovam normas jurídicas – sejam leis complementares, ordinárias ou Resoluções no caso específico do Brasil – e estas normas são em parte resultantes da formulação e do interesse do legislador pátrio. Muito embora as Resoluções do GAFI não sejam internalizadas na forma de tratados; de soft law passam a ser normas jurídicas internas em sentido estrito.

Resposta semelhante seria dada pela teoria jurídica de Hart que não negaria que as Recomendações são normas mas exigiria a regra de reconhecimento para a declaração de sua juridicidade.⁷⁰⁷ Inexiste um reconhecimento de juridicidade das Recomendações em nível internacional mas se a teoria de Hart remete à necessidade do reconhecimento da juridicidade pelo ordenamento jurídico estatal então o conteúdo das Recomendações é jurídico já que adquirem juridicidade não na forma de incorporação de tratados mas na forma de diferentes espécies de normas jurídicas válidas como leis complementares, leis ordinárias e resoluções.

A soft law é uma dissensão do sistema clássico de validação de normas jurídicas. A soft law na perspectiva das Resoluções do GAFI não deixa de ser lei já que o próprio nome indica isto conforme argumenta Shaw mas sim deixa de ser lei porque o sistema de validação conformado pela teoria e práxis jurídica não permite que assim seja caracterizada. Por outro lado são comandos com alto grau de capilaridade no sentido de gerar comportamento estatal em larga escala. Estes elementos corroboram com a definição de Kelsen no *Principles of International Law* que o objeto de estudo do direito internacional são os critérios de validade de

⁷⁰⁷ HART, op. cit., pp. 154-155

normas internacionais. Corroboram também com a aproximação do pluralismo jurídico que a norma pode ser estudada sociologicamente não somente a partir do que ela é mas também a partir da perspectiva do que ela faz.

Parece ser mais fácil então caracterizar as Resoluções como soft law ou seja, atos concertados não convencionais que interferem decisivamente no comportamento Estatal.⁷⁰⁸ A impossibilidade de caracterizar as Recomendações do GAFI como normas jurídicas internacionais provém de pelo menos dois critérios: a ausência da descrição da soft law nas fontes formais de direito internacional dispostas no Estatuto da Corte Internacional de Justiça e da não aceitação desta fonte por parcela da doutrina.

Conforme foi mencionado no texto do Estatuto da Corte Internacional de Justiça o que é denominado de fontes formais são os elementos que informam e fundamentam o convencimento da Corte. Para Vitzthum embora o artigo 38 do Estatuto da Haia não possa ser compreendido como *numerus clausus*, a soft law não é fonte de direito internacional – assim como aos standards de direitos humanos ou direito econômico internacional - pois direito é direito e não existe um direito rígido ou um direito fraco.⁷⁰⁹ Já Malcom Shaw raciocina que a própria terminologia indica que não se trata de uma lei muito embora insista que deva ser dada atenção a este fenômeno. Argumenta ainda que estes documentos não possuem força vinculativa muito embora em alguns casos a influência da soft law seja incalculável

⁷⁰⁸ A definição de soft law enquanto atos concertados não convencionais é sugerida por Guido Soares. (SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2004).

⁷⁰⁹ “Art. 38 Abs 1 IGH-Statut ist insofern nicht als *numerus clausus* der Völkerrechtsquellen zu verstehen. (...) Keine Rechtsquelle des Völkerrechts ist auch das soft law. Recht ist Recht, wenn es von einem zur Rechtsetzung befugten Organ als rechtlich geltend gesetzt wird. Entweder gilt es, oder es ist eben zum jeweiligen Zeitpunkt kein Recht; ‚stärkere‘ oder ‚schwächere‘ Geltung kann es logisch nicht geben. Solange Völkerrecht der Normstruktur und –logik des Rechts allgemein folgt, vermag es auch den Völkerrechtsbegriff selbst nicht zu erweitern.“ (VITZTHUM, Wolfgang Graf (Hrsg). *Völkerrecht*. 4 Auflage. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, 2007. pp. 74 e 76)

conforme o exemplo que sugere da Ata final de Helsinque em 1975 no plano dos direitos humanos na Europa central e do leste. Encerra o tópico reafirmando o caráter efetivo dos documentos na geração de comportamento de Estados apesar de não vinculantes:

“Certain areas of international law have generated more 'soft law', in the sense of the production of important but non-binding instruments, than others. (...) They are important and influential, but do not in themselves constitute legal norms. (...) What is determinative as to status in such situations is not the title given to the document in question, but the intention of the parties as inferred from all the relevant circumstances as to whether they intended to create binding legal relationships between themselves on the matter in question.”⁷¹⁰

À questão da inexistência de vinculação em relação às Recomendações do GAFI é possível acrescentar o seguinte raciocínio. Estados incorporam as Recomendações em seu ordenamento jurídico interno fazendo com que comandos, o dever-ser contido nos documentos, alcance o patamar de norma jurídica válida. A utilização das Recomendações para a confecção de documentos formulados pelo FMI – que podem ser também caracterizados como soft law – pode motivar decisões como concessão de empréstimos ou a adjectivação da segurança financeira de determinado país. Ao lado de uma vinculação interna concreta efetivada na criação da UIF por meio de normas jurídicas é possível falar em uma coercividade ou ‘soft binding’ na medida em que os membros do GAFI utilizam as Recomendações como critérios de decisões nas quais possuem influência no sentido de seus interesses estratégicos.

Quanto à legitimidade, o caso da implantação da UIF no Brasil pode ser analisado a partir do conjunto de referências teóricas proposto no primeiro capítulo: fundamento da existência, atração gravitacional e valor a ser defendido. Mesmo que as Recomendações do GAFI não sejam normas jurídicas internacionais em

⁷¹⁰ SHAW op. cit., pp. 111-112.

sentido estrito, pode-se perguntar o que fundamenta a sua existência e a resposta é o consenso político. Estados resolvem criar padrões de comportamento e instrumentos para que estes padrões sejam obedecidos em larga escala.

A partir da noção de legitimidade enquanto atração gravitacional em direção ao cumprimento as Resoluções ilustram sobremaneira um cenário destituído de coerção jurídica pois o comprometimento pela efetividade das UIFs é em parte baseado na legislação interna e em parte na disposição para cooperar. A pergunta aqui é: porque Estados comportam-se segundo normas baseadas no consenso de um pequeno grupo de Estados e positivados em documentos políticos? Dada a ausência de coerção jurídica pode-se aplicar os critérios da propriedade da norma propostos por Thomas Franck: determinação, validação simbólica, coerência e aderência.

As Recomendações possuem determinação tendo em vista que possuem comandos objetivos. Muito embora seja inegável que os países que lideram estes esforços exercem influência nas relações internacionais tendo em vista serem os países mais industrializados do mundo e, por consequência, com economias robustas e consolidadas; a validação simbólica é questionável pois as Recomendações são documentos políticos formulados em nome de um organismo internacional. A coerência da norma neste caso diz respeito ao valor que ela a princípio defende que é a capacidade de observação e cooperação internacional em termos de operações financeiras tendo como foco principalmente o financiamento ao terrorismo, mas também outros ilícitos. A coerência do conteúdo das Resoluções também pode ser avaliada no sentido de os Estados nacionais terem margem de decisão na implementação das Recomendações, por exemplo, de que forma a UIF

será burocraticamente administrada. Finalmente, quanto à possibilidade de aderência das Recomendações, de um lado constituem documentos políticos formulados segundo o interesse de um grupo pequeno de países e, neste contexto, inexistente vínculo jurídico no sentido da aderência proposta por Thomas Franck. Por outro lado, é inegável que existem convergências entre as Resoluções e outros instrumentos jurídicos e políticos representativos como a 'United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances' de 1988, a 'United Nations International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism' e a 'United Nations Convention against Transnational Organised Crime' bem como Resoluções do Conselho de Segurança.⁷¹¹ Neste caso então é possível afirmar que este corpo normativo das Nações Unidas reforça não só a percepção de legitimidade a partir da característica de aderência como também a coesão muito embora seja mais preciso argumentar que existe coesão entre o conteúdo das Recomendações e os instrumentos normativos das Nações Unidas e não aderência no sentido de um vínculo jurídico a estes.

Segundo, os critérios de Thomas Franck as Recomendações do GAFI reúnem certas características que conferem percepção de legitimidade. A pergunta que pode ser feita agora é se a norma fundamental do positivismo jurídico é aplicável como fator de legitimidade das Resoluções do GAFI. Isto significa questionar se a norma fundamental funciona como fundamento da existência, como atração gravitacional e como valor. Antes, contudo, é apropriado fazer algumas digressões sobre a norma fundamental no sentido de seu papel mais evidente na teoria pura do direito: o plano da validade.

⁷¹¹ INTERNATIONAL MONETARY FUND. IMF Country Report no. 05/207: Brazil: Report on the observance of Standards and Codes – FATF Recommendations for Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. June 2005. p. 05. Disponível em www.imf.org. Acesso em: julho de 2005.

A norma fundamental internacional segundo a formulação do positivismo jurídico kelseniano valida normas jurídicas internacionais na perspectiva indireta. Tratados são colocados no plano da validade a partir de um procedimento complexo que depende da iniciativa estatal tanto na perspectiva constitucional (internalização) como na internacional (depósito do instrumento de ratificação). O costume também depende do elemento subjetivo ou psicológico do Estado (*opinio juris*) para ser reconhecido como uma norma jurídica válida. O ritual de validação de normas jurídicas internacionais encontra na vontade do Estado soberano um elemento mediático. Neste contexto, a norma fundamental diz respeito ao reconhecimento lógico jurídico de que o Estado ou outros sujeitos possuem individualidade e personalidade jurídica para assumir obrigações criadas na comunidade de Estados. A norma fundamental internacional possui então somente a dimensão lógico jurídica e com ela é impossível estabelecer a conexão inequívoca de vinculação e pertencimento entre normas jurídicas válidas conforme a possibilidade oferecida pela norma fundamental positivada. Logo, sob a perspectiva do pressuposto de validade no plano lógico jurídico a norma fundamental internacional é aplicável.

No plano da teoria pura do direito, ainda que as recomendações do GAFI não sejam consideradas normas jurídicas internacionais válidas e que o GAFI não seja considerado sujeito de direito internacional, o caso oferece elementos para acrescentar argumentos à noção de inaplicabilidade da norma fundamental enquanto fundamento de legitimidade do direito internacional. O caso permite visualizar como normas internacionais para serem consideradas válidas não dependem da relação de pertencimento e vinculação à norma fundamental internacional até porque esta norma não existe no plano fático. Por outro lado, se tomar-se a formulação da norma fundamental a partir dos conceitos de princípio da

efetividade e consciência da obrigatoriedade de compromissos assumidos, elementos estes que podem ser observados no princípio do 'pacta sunt servanda', então é possível assumir que a dinâmica das Recomendações do GAFI permitem observar que Estados obedecem a um sistema de compromissos em virtude de sua autovinculação com estes documentos políticos e que, portanto, o fundamento da legitimidade de comandos contidos em documentos e decisões políticas encontra-se na consciência de obrigatoriedade jurídica no contexto do pertencimento não de uma norma a um ordenamento mas sim de Estados a uma comunidade de Estados.

A observação das relações jurídicas contemporâneas no plano do direito internacional faz com que Alexander Somek afirme que o conceito de sistema de normas conforme o proposto por Hans Kelsen é de limitada aplicabilidade no direito internacional.⁷¹² Cabe recordar que a norma jurídica para Hans Kelsen é uma regra válida e a validade explica o comportamento dos atores.⁷¹³ O caso da implementação da unidade de inteligência financeira no Brasil demonstra outra natureza de comandos e de decisões que explicam o comportamento de Estados além do pressuposto de validade conferido pela norma fundamental. Neste caso, os conceitos de norma internacional e de fundamento do direito internacional na teoria pura do direito não prestam-se a explicar a dinâmica das relações internacionais. A norma fundamental é uma resposta jurídica para uma pergunta jurídica e não uma resposta jurídica para uma pergunta sociológica. Não obstante participe da

⁷¹² "The claim of this type of theory is, in a legal context, that traditional beliefs in the regulatory import of norms and the governing effect of a legal hierarchy have no reality. All normativity is bound to collapse in practice. As regards public international law, it is the very belief in the existence of a (unified) system of public international law that is put into question. (SOMEK, Alexander. Kelsen Lives. In: *The European Journal of International Law Vol. 18 nr. 03*. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 416-417).

⁷¹³ "(...) la moderna teoría del reconocimiento le ofrece a una pregunta normativa, o sea, dirigida a obtener una legitimación, solamente una respuesta que brinda una explicación del hecho real, es decir, una respuesta explicativa. Pero? Que es lo que se gana con este ato psíquico-real del reconocimiento? Evidentemente sólo una explicación de la validez de ser de las normas, es decir, una explicación de por que los hombres respetan en realidad las normas." (KELSEN, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*. (1911) In: CORREAS, op. cit., p. 293)

concorrência entre programas de pesquisa, a teoria pura não se preocupa com a questão da verdade objetiva ou, em termos de metodologia científica, os postulados da ciência jurídica não são passíveis de validação no sentido de confirmação de hipóteses ou de confrontação do discurso teórico com a realidade das relações sociais.

A norma fundamental internacional do positivismo jurídico kelseniano não serve como critério caracterizador da soft law enquanto norma jurídica internacional mas como explicação para a legitimidade do caráter jurídico da obrigação assumida. Caráter jurídico porque a pessoa jurídica se obriga de modo formal pelo cumprimento do conteúdo da recomendação política e esta é a formulação da norma fundamental a partir do princípio da eficiência. É possível dizer que as Recomendações possuem legitimidade porque foram criadas como normas a partir do consenso entre Estados mas este dado não encerra o debate acerca da atração gravitacional em direção ao cumprimento da norma num ambiente não coercitivo.

A norma fundamental é inaplicável enquanto fundamento de legitimidade de normas internacionais porque não é capaz de explicar a atração gravitacional não coercitiva. Se perguntarmos porque o Estado brasileiro se comportou conforme as Recomendações dentre as possíveis respostas, conforme foi observado no tópico anterior são: (i) o interesse em diminuir a possibilidade de ameaça (autopreservação estatal); (ii) cooperar para a diminuição dos ilícitos transnacionais; (ii) evitar conseqüências sistêmicas como um relatório do Fundo Monetário Internacional que poderia influenciar a opinião de investidores; bem como (iv) o conjunto não homogêneo de todos os fatores mencionados. Estes fatores podem ser tidos como o estudo sociológico de normas: chegar ao que elas são a partir do que elas fazem.

A observação da prática das relações internacionais e em particular do caso sugerido permite observar que Estados se comportam segundo normas ou assumem comportamentos conforme comandos não somente em virtude do consenso enquanto fundamento de legitimidade. A incorporação de recomendações políticas pelo Estado nacional reflete o consentimento com os comandos e este é o fundamento estático de legitimidade. A efetividade do cumprimento de normas ou a inclinação para cooperar internacionalmente a partir dos compromissos assumidos, contudo, obedece a outros fatores que poderiam ser agrupados sob os conceitos que serão tratados posteriormente à exposição e análise dos casos.

A perspectiva dos valores é também uma possibilidade de análise da legitimidade de normas internacionais. Conforme foi debatido no final do terceiro capítulo os valores no positivismo jurídico kelseniano não são componentes da norma fundamental. A crítica de Verdross à norma fundamental dá-se justamente no sentido que se os valores fossem um componente da norma fundamental existiria um encadeamento de normas fundamentais e não somente uma conforme argumenta Hans Kelsen pois existem diversos valores além da ordem social internacional e da paz, por exemplo. Se for possível que Estados se obriguem por normas internacionais em virtude dos valores por elas defendidos então também sob esta hipótese a norma fundamental é inaplicável enquanto fundamento de legitimidade de normas internacionais.

Muitos outros casos ilustrativos poderiam ser mencionados para ilustrar o argumento quanto à inaplicabilidade da norma fundamental enquanto fundamento de legitimidade. O primeiro caso escolhido oferece elementos para perceber no quanto as relações jurídicas internacionais modificaram-se na última metade do século XX.

O caso também permite evidenciar a existência de uma pluralidade de normas não necessariamente jurídicas que atuam na sociedade internacional. Neste contexto o caso permite verificar novas características das relações jurídicas internacionais que talvez não estivessem presentes à época da formulação da teoria pura do direito.

A partir da leitura do ‘Hauptprobleme der Staatsrechtslehre’ é possível verificar um raciocínio de Hans Kelsen que esteve presente nas formulações teóricas subsequentes: a pergunta sobre a obrigatoriedade ou sobre o cumprimento da norma deve ser respondida pelo direito somente do ponto de vista formal. A norma é cumprida porque é norma. Neste mesmo raciocínio acrescentava que esta era uma pergunta a ser feita à moral e à psicologia.⁷¹⁴ A formulação teórica da norma fundamental é a justificação (Rechtfertigung) do argumento lógico jurídico quanto ao cumprimento da norma internacional por Estados. A hipótese a ser acrescentada ao argumento kelseniano é que outros elementos explicam o comportamento dos Estados segundo a norma numa perspectiva jurídica. Estes argumentos não prescindem da análise sociológica mas esta análise é sobre o comportamento das normas ou do sistema jurídico. Nesta medida que é possível falar em fragmentação do direito internacional e interdependência normativa enquanto fatores dinâmicos de legitimidade do direito internacional.

Na medida em que a sociedade internacional se fragmenta as relações jurídicas também seguem a mesma lógica. No caso das atuações do GAFI é possível perceber o quanto o sistema normativo internacional é fragmentado para o combate ao terrorismo. O direito internacional na perspectiva clássica, de tratados

⁷¹⁴ “Diese Theorie kann nämlich ein psychisches Motiv für das rechtmäßige Verhalten, das tatsächliche Befolgen der rechtssätze aufzeigen wollen; sie aber auch den Zweck verfolgen, eine ethische Rechtfertigung der rechtssätze zu liefern.” (KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). op. cit., p. 354.)

internacionais e resoluções do Conselho de Segurança interage hoje com mecanismos normativos altamente fragmentados mas efetivos do ponto de vista das relações jurídicas. Este é um exemplo de fragmentação normativa no sentido de comandos altamente especializados e focais contidos nos documentos políticos produzidos pelo G7 que forçam o cumprimento de normas produzidas no âmbito da Organização das Nações Unidas. A fragmentação aqui ocorre em pelo menos dois sentidos: na produção considerável de comandos (40 Recomendações de 1996 e nas 8 Recomendações especiais de 2001) e no caráter altamente especializado dos mesmos.

A interdependência normativa também pode ser percebida no caso na atuação das Recomendações no sentido de interagir com outras normas jurídicas, a exemplo da recomendação da retificação da 'Terrorist Financing Convention'⁷¹⁵ e também a utilização das Recomendações em mecanismos decisórios do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial. Neste contexto o Estado Brasileiro se comporta segundo as normas para evitar consequências sistêmicas como um relatório do Fundo Monetário Internacional que poderia influenciar a opinião de investidores e a reprovação de empréstimos. Também é importante neste contexto de comportamento societário internacional que a disposição brasileira em cooperar no fornecimento de dados do COAF para outras UIFs aumente a possibilidade do movimento inverso, ou seja, a cooperação de outros países para cooperar, fenômeno este que Thomas Franck designou de transparência.⁷¹⁶

⁷¹⁵ "Brazil should quickly ratify and become a party to the Terrorist Financing Convention." (INTERNATIONAL MONETARY FUND. IMF Country Report no. 05/207: Brazil: Report on the observance of Standards and Codes – FATF Recommendations for Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. June 2005. p. 09. Disponível em www.imf.org. Acesso em: julho de 2005)

⁷¹⁶ "A rule of conduct that is highly transparent— its normative content exhibiting great clarity—actually encourages gratification deferral and rule compliance. States, in their relations with one another, frequently find themselves tempted to violate a rule of conduct in order to take advantage of a sudden opportunity. If they do not do so, but choose, instead, to obey the rule and forgo that

4.1.2 A tutela da Floresta de Iwokrama na República Cooperativista da Guiana

No começo de abril de 2008 a empresa Canopy Capital anunciava o acordo para preservar a floresta de Iwokrama, 371.000 hectares de vegetação tropical localizados no centro – entre as planícies litorâneas e as savanas ao sul - da República da Guiana. Apesar da proximidade a floresta de Iwokrama não é parte contígua da floresta amazônica da qual é separada pelas savanas ao sul. O limite a oeste são as montanhas Pakaraima as quais favorecem a existência de floresta assim como a cordilheira andina favorece a amazônica. A princípio a empresa Canopy Capital entende que manter a floresta viva pode gerar valor no mercado internacional. Quando se fala em ‘valor’ aqui não está se tratando de aspectos morais ou éticos. As declarações do diretor da empresa, Hylton Murray-Phillipson são claras na representação de seus investidores:

"Conservation efforts over the past two decades have basically failed to deliver for the Amazon. I've been reading my entire adult life about the destruction of the Amazon rainforest, yet it's still happening. What's the problem? Frankly, lack of money. Philanthropy is too small, governments are too slow, so it's going to be up to the market. The only way we are going to turn this thing around is through a profit motive. This is what is needed to harness the power of markets. But it doesn't stop with making a profit — we are also going to have to deliver a better living for local people. We need to start valuing the intrinsic parts of the forest as an intact entity rather than having to convert it for something else."⁷¹⁷

A possibilidade de investimentos privados que dêem suporte às políticas de proteção ambiental não é algo novo nas relações internacionais. Os créditos de carbono propostos pelo Protocolo de Kyoto iniciaram uma nova forma de motivação de comportamento de atores internacionais.⁷¹⁸ Em nível sub-nacional, por um lado,

gratification, it is likely to be because of their longer term interests in seeing a potentially useful rule reinforced." (FRANCK, *Legitimacy in International System*. op. cit., p. 716)

⁷¹⁷ BUTLER, Rhett A.. *Investing to save forests: an interview with Hylton Murray-Phillipson of Canopy Capital*. Disponível em http://news.mongabay.com/2008/0402-hylton_interview.html. Acesso em: 27/04/2008

⁷¹⁸ Já que o sistema de créditos de carbono é mencionado diversas vezes é interessante situar que os créditos são instrumentos de redução da emissão de gases causadores do efeito estufa. O sistema de certificação de créditos de carbono foi criado nas negociações do Protocolo de Kyoto e é

empresas investem no mercado emergente de créditos de carbono e, por outro, setores corporativos fazem lobby para que o Estado não comprometa a capacidade produtiva de determinados segmentos tanto públicos quanto privados em virtude de compromissos com os regimes ambientais.⁷¹⁹ Este tipo de fenômeno de choque entre a capacidade competitiva e proteção ambiental favoreceu o aparecimento das colisões de regimes, neste caso, entre a promoção do livre comércio e a proteção ambiental.⁷²⁰

Os Estados Unidos da América é um exemplo clássico de país que se recusa a aderir formalmente ao Protocolo de Kyoto.⁷²¹ Um país tão westfaliano e

denominado Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - MDL. Os projetos devem ser aprovados pelo MDL para lançar os papéis no mercado e o processo obedece a um sistema complexo de quantificação dos créditos e aprovação dos projetos que está em pleno desenvolvimento. Isto gera possibilidade de comércio com países que não conseguiram cumprir as metas de redução das emissões. Interessante mencionar que o site CarbonoBrasil (www.carbonobrasil.com.br) informa que os mecanismos de conservação e manejo florestal não se encaixam ainda dentro dos pré-requisitos para projetos de MDL e que mesmo projetos de reflorestamento possuem dificuldade de aprovação pela ONU.

⁷¹⁹ A este respeito o estudo de Nordhaus e Boyer oferece uma eficiente aproximação da posição de países como os EUA. O estudo - financiado pela National Science Foundation and the Department of Energy - registra que em 1999 o custo de não aderir ao Protocolo de Kyoto era 8 a 14 vezes maior do que a não adesão em termos de economia interna, que este tipo de variação projetava a valorização dos créditos de carbono nos anos ulteriores e que os EUA parecem ser menos vulneráveis do que outros países às conseqüências das mudanças climáticas. (cf. NORDHAUS, W.D.; BOYER, J.G.. *Requiem for Kyoto* [KYOTO ECON 020299.DOC] February 8, 1999. Disponível em <http://www.unfccc.de/>. Acesso em: abr. 2008). Em 2003 Grubb avalia que a rejeição da administração Bush ao Protocolo representa um dos maiores impactos nas possibilidades comerciais dos mecanismos de redução de emissão. As previsões de Nordhaus e Boyer quanto ao alto preço dos créditos são confirmadas por Grubb, mas isto não significa incentivo aos investidores já que a valorização dos créditos deve-se à não competitividade do mercado. Outro fator limitador da competitividade que em última análise é levada a efeito pelo setor privado é que as principais decisões e endossos estão nas mãos dos governos. Os dois artigos oferecem um panorama detalhado em termos de análise econômica para explicar os constrangimentos no avanço das políticas de contenção do efeito estufa. (cf. GRUBB, Michael. The economics of the Kyoto Protocol. *In: World Economics*, Vol. 4 No. 3 • July–September 2003. pp. 143-189).

⁷²⁰ A este respeito o Relatório da ONU sobre a fragmentação do direito internacional é elucidativo: "There has been considerable debate on the relation between the WTO covered treaties and environmental agreements. The Panel in the *Shrimp-Turtle* case (1998) had defined the notion of "exhaustible natural resources" in article XX (g) of GATT so as to include only "finite resources such as minerals, rather than biological or renewable resources". The Appellate Body did not share this view. The notion needed to be interpreted in view of recent developments: "the generic term 'natural resources' in article XX (g) is not 'static' in its construct but is rather 'by definition evolutionary'". In order to seek such an up-date meaning, it referred, among other instruments, to the 1992 Rio Declaration and Agenda 21, the Biodiversity Convention of 1992, and the United Nations Convention on the Law of the Sea and thereby reached the interpretation that all natural resources, living and non-living were included." (United Nations, A/CN.4/L.682, 2006, par. 168)

⁷²¹ A este respeito consultar BRUNÉE, Jutta. The United States and International Environmental Law: Living with an Elephant. *In: European Journal of International Law*. Vol. 15, no. 4, 2004. pp. 617-

aroniano como os EUA possui interesses claros para não se comprometer formalmente com o regime ambiental, o que não quer dizer que não existam outras formas de comprometimento.⁷²² Existe uma série de justificativas em relação à não-adesão americana ao regime ambiental dentre as quais destacam-se entendimentos teóricos que amparam a justificativa que o direito internacional é um *minimum standard* ao qual Estados devem adequar seu comportamento. Este pelo menos tem sido o argumento da Suprema Corte americana para diversas decisões que ratificam o comportamento do Executivo em política internacional.⁷²³

O caso da floresta de Iwokrama parece apresentar elementos novos às relações internacionais que fazem parte de um conjunto de novas tendências mundiais; trata-se de um grupo de investidores que aposta na tutela de uma floresta tropical.⁷²⁴ Iniciativa semelhante pode ser encontrada na proposta de 'Reducing Emissions from Deforestation and Degradation' apresentada na Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas em 2007, incluída no Bali Roadmap. Nesta, países desenvolvidos promovem o manejo sustentável das florestas tropicais mediante a exploração de uma série de opções possíveis como transferência de tecnologia o que na realidade é um aprimoramento do mercado de créditos de

649..

⁷²² As expressões aroniano e westaliano foram empregadas recentemente por Paulo Roberto de Almeida (cf. ALMEIDA, Paulo Roberto. *Teses sobre o novo império e o cenário político-estratégico mundial: os Estados Unidos e o Brasil nas relações internacionais*. Disponível em: <http://Meridiano47.info/>. Acesso em: 31/05/2008). Se por um lado, a ênfase na soberania e nos interesses nacionais qualificam os EUA como westfalianos, a crença em valores elevados e no destino manifesto refletem a glória como motivação de comportamento estatal, na perspectiva aroniana. Nas relações internacionais a prevalência da escolha soberana americana pelo desenvolvimento industrial choca-se com os valores coletivos de combate ao aquecimento global. Este tipo e caráter dual da cultura política internacional norte-americana e sua pertinência para o assunto tratado neste artigo justificou a referência às terminologias.

⁷²³ HENKIN, Louis. *International Human Rights Standards in National Law: The Jurisprudence of the United States*. In: CONFORTI, B.; FRANCONI, F. (eds.). *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*. London: Ed. Martinus Nijhoff, 1997.

⁷²⁴ A Canopy Capital foi erigida em 2007 e 20% da companhia é controlada pelo Global Canopy Programme, uma empresa britânica dedicada à pesquisa e à preservação das florestas tropicais. Os 80% restantes pertencem a uma dezena de investidores. (fonte: <http://canopycapital.co.uk/faq/index.html>).

carbono.⁷²⁵ Os projetos Plan Vivo atuante no México, Moçambique e Uganda e o do banco de investimento Merrill Lynch na Indonésia parecem andar na mesma direção.⁷²⁶ A diferença dentre os projetos mencionados é a proposta de indexação de florestas e o fato da Canopy Capital não trabalhar unicamente com a estrutura comercial dos créditos de carbono, mas também com a possibilidade de venda da geração de chuvas, regulação climática e manutenção da biodiversidade.

Parte desta tendência é explicada pelo fato de Estados serem lentos e ineficientes na consecução das metas dos denominados novos temas globais e este fato gera, paradoxalmente, duas tendências opostas: a necessidade de normas universais que prescindam da anuência de Estados e a da inércia encontrada por normas internacionais para exercerem efetiva força no sistema internacional. A grande contradição do direito internacional é justamente esta: Estados possuem a liberdade de não aderir aos compromissos internacionais com base na soberania a qual é assegurada pelo próprio sistema de crenças do direito internacional.

Além do paradoxo entre os princípios de direito internacional, normalmente presente na dinâmica do regime ambiental, o caso da tutela da floresta de Iwokrama sugere uma outra contradição. De um lado, Estados não cumprem regras ambientais porque interesses econômicos não raras vezes privados prevalecem nas decisões políticas internas; de outro, fundos de investimento

⁷²⁵ Sobre estes aspectos verificar os working papers em <http://unfcccbali.org/unfccc/>. Também é possível ter acesso a papers sobre os impactos sociais, econômicos, financeiros e culturais do REED além de documentos explicativos em <http://conserveonline.org/workspaces/redd>.

⁷²⁶ O projeto Plan Vivo utiliza um sistema de pagamento em dinheiro direto aos nativos ou parceiros pela conservação ambiental e após um sistema de avaliação específico por avaliadores externos repassa os créditos de carbono aos doadores dos montantes financeiros. Sobre o projeto consultar <http://www.planvivo.org/>. No segundo caso o International Merrill Lynch celebrou com australiana Carbon Conservation o primeiro acordo mundial de financiamento de impedimento de desflorestamento de 750.000 hectares da floresta de Aceh em Ulu Masen, Indonésia. Consiste em um projeto piloto visando criar uma estrutura comercial de impedimento de desflorestamento. Sobre estes pontos consultar: <http://www.ml.com/>.

apostam na preservação de florestas tropicais porque entendem que isto pode ser lucrativo. Os lucros neste caso possuem duas dimensões: uma é manter o sistema produtivo mundial funcionando em termos de segurança alimentar, energética e ambiental e a outra é a possibilidade de venda desta segurança o que garantiria o retorno com juros para os investidores, e ganhos para as empresas especializadas no manejo sustentável e para os países que abrigam as florestas.

Murray-Phillipson propõe um sistema de indexação das florestas do planeta para se poder ter uma base de cálculo de seu valor agregado o que iria aumentar a atratividade do investimento. O índice seria baseado num conjunto de critérios como a presença de povos indígenas, espécies em extinção, potencial turístico e é claro a qualidade da tutela.⁷²⁷ Idealismos à parte, a Canopy Capital afirma-se como empresa interessada no lucro, ou seja, na possibilidade de conciliação entre a proteção das florestas tropicais e a possibilidade real de venda deste serviço:

“For now, Canopy will pay simply to protect Iwokrama's ecosystem services, but in the future it's wagering that the world will get desperate enough to limit climate change — and deforestation — that it will pay Canopy for its stake. ‘The fundamental difference here is that we hope to make money out of it,’ says Philipson. ‘We need to engage the power of the market here. We're hoping to buy low and sell high’.”⁷²⁸

⁷²⁷ Povos indígenas assumem crescentemente importância no sistema de créditos de carbono. No caso da floresta de Iwokrama são 7.000 índios distribuídos em 16 comunidades. Há convergência entre os cientistas acerca do papel dos povos indígenas na conservação das florestas intactas e na identificação de novas espécies na fauna e flora. O nível de engajamento de povos indígenas na preservação de florestas é alto já que na perspectiva indígena – em particular sul-americanas – a natureza, os animais e o homem possuem um profundo elo intersubjetivo. Os estudos antropológicos sobre o ‘perspectivismo’ reforçam o consenso científico da necessidade da participação indígena em particular no manejo sustentável das florestas. Sobre perspectivismo consultar em CASTRO, Eduardo Viveiros de. *A inconstância da alma selvagem – e outros ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2002. Alguns dos resultados de pesquisa quanto a esta participação podem ser consultados em: FEARNSIDE, Phillip M.. *Indigenous People as providers of environmental services in Amazonia: warning signs from Mato Grosso*; PESKET, Leo; BROWN, David; LUTTRELL, Cecilia. *Can payments for avoided deforestation to tackle climate change also benefit the poor?*; KAPPOS, Valerie; HERKENRATH, Peter; MILES, Lera. *Reducing emissions from deforestation: a key opportunity for attaining multiple benefits*; e, GRIFFITHS, Tom. *Seeing REED? Avoided Deforestation and the rights of indigenous peoples and local communities*. Todos acessados em 02/06/2008 e disponíveis em <http://conserveonline.org/workspaces/redd/cobenefits>.

A possibilidade de acesso exclusivo aos resultados de pesquisas na região e a estocagem de créditos de carbono são benefícios até médio prazo. Em longo prazo o diretor do Global Canopy Program, Andrew Mitchell, aposta no princípio orientador dos mercados e em certo sentido das relações internacionais: "Markets are driven by fear and greed and the fear factor has become greater and greater as the science gets better and better."⁷²⁹ É fato que a pesquisa científica tem influenciado sobremaneira a opinião pública sobre o aquecimento global; em certa medida a mudança gradual de posição na política americana tem sido influenciada por resultados de pesquisa. Quanto maior a convergência acerca da ameaça ambiental, maior a probabilidade do lucro com base na indexação de florestas. É o que Mitchel denomina o novo paradigma no modo como a economia global valoriza o meio ambiente.⁷³⁰

Registre-se que a Canopy Capital tentou inicialmente levar sua proposta de investimento ao Brasil onde não encontrou receptividade. Seu diretor – fundador trabalhou no Brasil no setor financeiro durante pelo menos cinco anos, domina bem o português e conhece a dinâmica política na América Latina. O plano de expansão do modelo que em parte dependerá dos resultados na Guiana inclui outras regiões onde o empreendimento é também viável. Enquanto os lucros reais na Guiana não são traduzidos em cifras para os investidores correspondentes ao montante já aplicado cabe a crítica ao programa piloto do G7 para a conservação da floresta

⁷²⁸ WALSH, Bryan. *On the market: a whole rain forest*. Disponível em <http://www.time.com/time/health/article/0,8599,1726381,00.html>. Acesso em: 15 abr. 2008.

⁷²⁹ BUTLER, Rhett A.. *Investing to save forests: an interview with Hylton Murray-Philipson of Canopy Capital*. Disponível em: http://news.mongabay.com/2008/0402-hylton_interview.html. Acesso em: 27 abr. 2008.

⁷³⁰ KNIGHT, Matthew. *Valuing the rainforest*. Disponível em <http://www.printthis.clickability.com>. Acesso em: 27abr. 2008.

amazônica no qual - segundo Murray-Phillipson – a maior parte do dinheiro nunca deixou Brasília.⁷³¹

Na Guiana foi diferente, o presidente Bharrat Jagdeo acolheu a oferta generosa dos investidores: o orçamento de 1.2 milhões de dólares por ano durante o prazo de cinco anos, renovável. O país é caracterizado por uma sociedade com confrontações étnicas e políticas, pela constante disputa territorial com países vizinhos,⁷³² por uma economia tradicional baseada na exportação de açúcar, ouro e arroz da qual é fortemente dependente. Dentre as expectativas de crescimento econômico e diversificação da matriz produtiva destacam-se o investimento no etanol, e no setor de florestas.⁷³³ A avaliação da economia nacional é controversa e o país precisa com urgência diversificar sua matriz energética por causa dos problemas com a escassez de energia elétrica e petróleo. Neste contexto, a questão

⁷³¹ BUTLER, Rhett A.. *Investing to save forests: an interview with Hylton Murray-Phillipson of Canopy Capital*. Disponível em http://news.mongabay.com/2008/0402-hylton_interview.html. Acesso em: 27 abr. 2008.

⁷³² “A “Questão do Pirara” surgiu ainda no século XIX, quando a Inglaterra fomentou uma disputa fronteiriça com o Brasil, alegando que os índios que viviam na região reclamavam a proteção inglesa. O Brasil cedeu, e retirou do Pirara suas representações civis e o destacamento militar, reconhecendo provisoriamente a neutralidade do território indígena. Em 1842, no entanto, a Inglaterra colocou marcos fronteiriços na região, usurpando terras brasileiras para sua colônia, a Guiana. Finalmente, em 1904, o governo brasileiro aceitou o laudo arbitral da Itália, cujo parecer foi favorável à Inglaterra. O resultado da “grilagem” praticada sob o pretexto da proteção aos índios foi a perda de 19.630 km² do território nacional. (SOUZA, Hugo. *Em nome dos índios ou de Bolívar, Brasil corre o risco de diminuir*. Disponível em disponível em <http://www.opinioenoticia.com.br/>. Acesso em: 25 jan. 2008. Existiu também uma outra disputa com o Suriname que foi submetida à Arbitragem conforme o Anexo VII da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar que decidiu em favor da Guiana em 2007 sob o critério da equidistância. Neste caso o Suriname em junho de 2000 chegou a enviar ‘gunboats’ à região disputada já que a Guiana havia dado concessão à CGX Energy, empresa canadense, de trabalhar nesta área da plataforma continental. Os subseqüentes movimentos militares quase levaram os países à guerra. A este respeito é possível obter o Laudo Arbitral em <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Guyana-Suriname%20Award.pdf>. Em curso existem disputas territoriais com a Venezuela e com o Suriname.

⁷³³ “Mirando o futuro, o governo esboçou um propósito de reestruturar a economia, inclusive pelo fortalecimento dos setores tradicionais; desenvolver um setor manufatureiro vibrante, diversificado e globalmente competitivo; promover o setor do turismo; estimular o desenvolvimento e expansão dos setores de pecuária, pesca e aquicultura, assim como de florestas, focalizando maiores esforços no setor emergente de tecnologia da informação (TI) e preparar-se para os efeitos do aquecimento global. Além disso, há muita expectativa quanto ao êxito da exploração de petróleo, especialmente após a conclusão satisfatória da disputa com o Suriname sobre a fronteira marítima do nordeste” (CORBIN, Robert H. O.. Guiana: impacto da política externa sobre os desafios do desenvolvimento. In: *Revista DEP: Diplomacia, Estratégia e Política*, nr. 08 (outubro/dezembro de 2007). Brasília: Projeto Raul Prebisch, 2007. p.150)

ambiental consta com destaque nas avaliações estratégicas tendo em vista que há expectativa de aproveitamento hidroelétrico, utilização econômica das florestas e preparação para as conseqüências do aquecimento global tendo em vista que a concentração populacional encontra-se no litoral e que a elevação do nível do mar é um fator de aniquilamento estatal na região caribenha.

O projeto da Canopy Capital reúne vantagens específicas para as características da República da Guiana. A melhoria da qualidade de vida das populações indígenas, o investimento sustentável na produção de madeira e a possibilidade de projeção do sucesso da parceria constituem efeitos colaterais que conferem prestígio ao governo e ajudam a erradicar dois dos maiores problemas sociais do país, a coesão social e a miséria⁷³⁴. Embora o êxito do modelo aplicado na Guiana não seja fator determinante para a consolidação de um novo paradigma econômico-ambiental importa reconhecer que existe um projeto ambicioso na Floresta de Iwokrama.

4.1.2.1 *Análise do caso*

A aproximação teórica proposta diz respeito à sistematização dos fatos narrados na seção anterior com o propósito de compreendê-los a partir de categorias científicas. Aqui cabe afirmar que muitas vezes parece inglória a tarefa do

⁷³⁴ O investimento no manejo sustentável das florestas consta com destaque no último relatório oficial do governo da Guiana: "Guyana's forests cover about three quarters of the country's land mass and contain over 1,000 tree varieties, which provide vast opportunities for the harvest and export of wood products. Forest products exports accounted for nearly 10 percent of total exports in 2005. In the past, most forestry exports consisted of processed plywood and raw or semi – processed greenheart and other valuable species (e.g. Purple Heart, Mora, Locust). There is, however, a growing interest in expanding value -added wood processing industries (e.g. furniture, flooring, doors, molding, fencing, veneer, etc) targeting the Caribbean and U.S. markets. Further opportunities exist for investors able to obtain Forest Stewardship Council (FSC) certification and develop products for niche markets. (REPUBLIC OF GUYANA. Ministry of Foreign Affairs. *Review of Guyana's Foreign Trade*. Disponível em <http://www.moctic.gov.gy/Publications/TrdRev2005.pdf>. Acesso em: junho de 2008)

pesquisador em relações internacionais na medida em que existem dados que conferem significação às relações de poder que não estão disponíveis e que se todos os dados em política internacional fossem tão claros não haveria a necessidade de serviços de inteligência.⁷³⁵ As palavras de Robert Keohane para justificar seus estudos sobre cooperação internacional cabem sobre medida para o propósito do estudo aqui proposto: apesar da insuficiência de dados informativos e da impossibilidade de resultados satisfatórios de pesquisa, o tema é estudado em virtude de sua significação normativa.⁷³⁶

O objetivo da análise deste caso também é confrontar o exemplo dado com a teorização da norma fundamental na teoria pura do direito de Hans Kelsen enquanto fator de legitimidade do direito internacional bem como também resgata a questão da eficiência das relações jurídicas em nível internacional, o desenvolvimento histórico do direito internacional, as noções de legitimidade e acrescenta argumentos à noção de inaplicabilidade da norma fundamental.

O caso ilustrativo apresenta uma iniciativa de investidores privados para a garantia de um bem de caráter público em nível internacional: o meio ambiente. Parece ser a conciliação de interesses que até então eram entendidos como inconciliáveis, ou seja, a inabilidade de reverter o quadro de degradação ambiental era explicada pela busca de vantagens econômicas por parte dos Estados e atores privados.

⁷³⁵ MOREIRA, Felipe Kern. *A Amazônia internacionalizada: considerações sobre a fronteira setentrional*, disponível em <http://meridiano47.info/2007/12/13/a-amazonia-internacionalizada-consideracoes-sobre-a-fronteira-setentrional-por-felipe-kern-moreira/>. Acesso em: 20/12/2007.

⁷³⁶ “Cooperation is elusive enough, and its sources are sufficiently multifaceted and intertwined, that it constitutes a difficult subject to study. It is particularly hard, perhaps impossible to investigate with scientific rigor. No sensible person would choose it as a topic of investigation on the grounds that its puzzles could readily be solved. I study it, despite the lack of rich, multi-case data suitable for the testing of hypotheses and despite the relative paucity of relevant theory, because of its normative significance”. (KEOHANE, Robert. *After hegemony: cooperation and discord in the world political economy*. New Jersey: Princeton University Press, 1984. p. 10)

A partir do princípio da eficiência conforme o sugerido por Hans Kelsen na teoria pura do direito e aplicado na análise do primeiro caso é possível identificar relações jurídicas e também sujeitos de direito internacional. Neste caso as relações jurídicas estabelecidas são estabelecidas entre um grupo de investidores que possui personalidade jurídica determinada pelo direito interno e um Estado nacional. A princípio o negócio jurídico possui natureza contratual de direito interno, ou seja, um contrato celebrado entre a pessoa jurídica de direito público – o Estado Guianense – e pessoa jurídica de direito privado – a Canopy Capital. Os interesses envolvidos dizem respeito à tutela e conservação do meio ambiente mas também ao benefício econômico dos créditos de carbono e resultados de pesquisa. O marco jurídico que fundamenta a relação entre as partes tanto do ponto de vista do valor ambiental quanto da possibilidade de lucros imediatos com os créditos de carbono é um conjunto de normas internacionais.

O reconhecimento das características das relações jurídicas da tutela da Floresta de Iwokrama permite identificar diversos elementos relativos à questão da legitimidade. No caso sugerido o elemento central é o fato que normas internacionais são cumpridas pelo Estado guianense e a partir deste dado é possível formular perguntas sobre a legitimidade de normas internacionais vinculadas ao conjunto de normas atuantes no exemplo dado, a saber, normas sobre a redução do efeito estufa, conservação de florestas e economia ambiental. Como este caso pode ser analisado a partir das categorias de fundamento da existência, valor a ser defendido e atração gravitacional?

O fundamento da existência de normas internacionais relativas à interação entre homem e meio ambiente é resultado da percepção que existe uma

responsabilidade compartilhada pelos danos ambientais mundiais principalmente a partir das consequências das revoluções industriais. A noção de responsabilidade comum dos Estados fundamenta o avanço do tema no plano do direito internacional mas é inegável a atuação da sociedade civil, de Organizações não-governamentais e mesmo de fundos de investimento transnacionais na história do direito ambiental internacional. Não é difícil assim reconhecer que a diminuição do efeito estufa, da poluição, da extinção de espécimes da fauna e flora tornaram-se valores no sentido que os estudos sobre legitimidade lhe atribuem. Neste caso valor e fundamento da existência são elementos próximos: o consenso gera em função do reconhecimento que o valor só pode ser defendido se a comunidade como um todo assumir obrigações jurídicas.

A partir das reflexões de Thomas Franck também é possível tecer considerações sobre a questão da legitimidade das normas internacionais que atuam na proteção da floresta de Iwokrama, a partir das características da determinação, validação simbólica, coesão e aderência. Em primeiro plano as reflexões de Franck sugerem a pergunta por que a Guiana ou a Canopy Capital se comportam de acordo com normas ambientais além é claro do compromisso Estatal com o Protocolo de Quioto? Muito embora neste caso a norma internacional diga respeito à tratados é assinalado pela doutrina que a proteção ambiental em nível internacional também possui elementos de soft law:

“Three circumstances exist in which the term “soft law” has been applied. The first of these relates to emerging norms or principles which may be adopted either formally or as a matter of practice. The second circumstance relates to rules which may not have binding effect or be fully enforceable, but which nevertheless possess some discernible legal status or effect on international law. Third, soft law may also refer to a transitory phase in the evolution of norms with vague content and imprecise scope. The Rio

Declarations on the Environment and Development and Agenda 21 are examples of soft law prescriptions.”⁷³⁷

Conforme será apreciado mais tarde uma característica da arquitetura de normas ambientais internacionais é que o sistema é aberto à interferência de atores privados para atingir os valores defendidos com maior eficiência. De qualquer forma, o fato de tratados serem o fundamento jurídico do comportamento dos atores envolvidos, a saber, o United Nations Framework Convention on Climate Change e o Protocolo Suplementar de Quioto, facilita a análise do caso a partir das categorias analíticas empregadas no direito internacional. Não é difícil identificar a determinação, a validação simbólica, a coesão e a aderência neste conjunto referido de normas jurídicas internacionais celebradas no âmbito da ONU. Para avaliar a determinação talvez fosse necessário um estudo mais detido dos comandos mas a iniciativa das Nações Unidas para aglutinar esforços confere às decisões a percepção de legitimidade a partir da validação simbólica enquanto propriedade da norma. A coesão do sistema normativo que continua em franca expansão e a aderência do sistema financeiro ambiental às Convenções também são elementos evidentes. Neste caso específico, contudo, existem outros elementos que exercem atração gravitacional em direção ao cumprimento da norma. Alguns destes elementos são indicados por Keohane e Nye:

“Some environmental globalism may be entirely natural – the earth has gone through periods of warming and cooling since before the human impact was significant – but much of the recent change has been induced by human activity. (...) Examples include the depletion of the stratospheric ozone layer as a result of ozone-depleting chemicals: human-induced global warming (...).”⁷³⁸

⁷³⁷ WORIKA, Ibibia L.; WÄLDE, Thomas. Contractual Architecture for the Kyoto Protocol: from soft and hard laws to concrete commitments. In: *Joint Issue/Land Use & Transnational*. Vol. 15 & 9, Summer, 2000. p. 491.

⁷³⁸ KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph. *Power and interdependence*. 2. ed., Glenview: Foresman and Company, 1985. p. 232.

Apesar de os discursos teóricos liberais – nos quais as sistematizações teóricas localizam as reflexões de Keohane e Nye - serem simpáticos à atuação de atores transnacionais no sistema internacional verdade é que o caso da tutela das florestas na Guiana trata a cooperação num contexto amplo; ou seja, é preciso distinguir que no caso estudado os atores são assimétricos e que os interesses não coincidem. Por esses motivos que a interdependência no contexto ambiental conforme aqui mencionada não é restrita à interdependência complexa dos discursos teóricos liberais. Não se trata aqui de estabelecer a relação entre as florestas tropicais e os parâmetros climáticos mundiais. Trata-se da possibilidade de validar cientificamente a declaração dos investidores de que há interesse econômico nesta tutela das florestas porque o meio ambiente mundial obedece de tal forma a uma lógica interdependente que governos, atores privados e cidadãos possuem interesse na manutenção deste investimento.

“There have been very powerful studies that link the Amazon rainforest to precipitation in North America, so the case can be made that the forest of Guyana plays a key economic role in the U.S. Similarly, last year Argentina saw power shortages and drought because rainfall from the Amazon didn't make it as far down as usual. Meanwhile Brazil has \$58 billion in agricultural exports last year and roughly 70 percent of the country's electricity generation came from hydroelectric. If you don't have rain, it directly affects power and agricultural production, essential components of the economy. Another way of looking at it is to compare rainforests to a giant utility — if you do not pay your utility bill, your power and water are going to get cut off.”⁷³⁹

O caso da tutela da floresta de Iwokrama oferece então dados específicos: a República da Guiana coopera com a proteção de florestas nativas por dois motivos: porque isto cumpre com o dever Estatal de proteção do meio ambiente segundo standards internacionais e também porque isto oferece um benefício econômico real e imediato. Investidores privados por sua vez cooperam com a

⁷³⁹ Hylton Murray-Phillipson apud BUTLER, Rhett A.. *Investing to save forests: an interview with Hylton Murray-Phillipson of Canopy Capital*. Disponível em: http://news.mongabay.com/2008/0402-hylton_interview.html. Acesso em: 27 abr. 2008.

promoção do regime ambiental porque isto significa garantir a segurança energética e alimentar mundial e porque a indexação das florestas combinada com a tutela privada das mesmas pode vir a se tornar em médio ou longo prazo um empreendimento lucrativo.

É verdade que a Guiana comporta-se segundo o regime ambiental internacional, mas por outro lado a narrativa do caso indica que cooperar para a manutenção da floresta tropical obedece a uma proposta de investidores privados a qual oferece benefícios imediatos para o país. Muito embora a Guiana seja vulnerável ao aquecimento global o engajamento em negociações e tratados vinculados ao regime ambiental não são causas suficientes para aprimoramento de mecanismos de proteção ambiental. A questão colocada nesta segunda ótica de análise é que se considerarmos o motivo pelo qual a Guiana se comporta em determinado sentido parece ser menos pela observação da lei internacional, por uma nova agenda internacional ou idealismo.

Se formos perguntados por que a República da Guiana se comporta de maneira determinada no caso estudado somos levados a responder que possivelmente interesses políticos como a coesão social, o investimento direto estrangeiro, o amparo às comunidades indígenas e a ‘terceirização’ eficiente do manejo ambiental são fatores que exercem forte influência na decisão estatal. Outra resposta mais evasiva, mas não menos eficiente deságua em outra pergunta: por que não aceitar? Se perguntarmos por que investidores comportam-se desta maneira parece não ser necessário ater-se ao caso em específico; a possibilidade do lucro, o interesse estratégico corporativo e talvez o idealismo. Por fim, se perguntarmos por que atores internacionais poderiam vir a cooperar com a proposta

do projeto econômico-ambiental da Canopy Capital a resposta é: porque são motivados pelo medo das conseqüências de não cooperar ou por idealismo altruísta. Neste último caso a questão ambiental – vinculada diretamente à segurança alimentar e energética – não é matéria para altruísmo vazio já que se situa na própria viabilidade da vida humana.

Outro elemento da análise é quanto à participação do setor privado em temas afetos aos regimes internacionais, particularmente a tutela ambiental. A este respeito a privatização da guerra tem merecido a atenção de pesquisadores.⁷⁴⁰ A contratação de mercenários em guerras é um fenômeno antigo, mas as conseqüências desta atuação para os direitos humanos e para direito humanitário é nova porque a dinâmica do direito penal internacional é recente. Assim também os atores privados quanto ao direito ambiental internacional: os instrumentos da economia financeira ambiental favoreceram a participação de fundos de investimento no sistema de créditos de carbono. Embora o direito internacional contemporâneo disponha de um corpo normativo destinado predominantemente a Estados os instrumentos jurídicos na área do direito ambiental favorecem a celebração de negócios jurídicos como contratos de concessão, joint ventures, contratos de serviço:

“(...) soft and hard law prescriptions cannot by themselves achieve the overall objective of the global climate change regime without concrete contractual commitments. Concrete contractual commitments attempt to achieve two interrelated but distinct objectives. First, they set to further bind the private and/or legal entities, such as the parties to the Kyoto Protocol, into actuating practical undertakings. Second, they provide the bedrock upon which effective execution of soft and hard law prescriptions under the global climate change regime can be undertaken.”⁷⁴¹

⁷⁴⁰ Projeto do Instituto Universitário Europeu, sob a supervisão do Prof. Francesco Francioni, financiado pela União Européia, Disponível em: http://www.iue.it/AEL/Projects/PRIV_WAR.shtml. , acesso em: 08 de janeiro de 2009.

⁷⁴¹ WORIKA; WÄLDE, op. cit., p. 491.

Existe uma particularidade no caso estudado quanto ao por que do projeto da Canopy Capital ser implementado na República da Guiana. A resposta a esta pergunta oferece elementos que permitem antecipar a viabilidade de exportação do modelo. Neste caso, o fato não se restringe a Iwokrama ser uma das quatro maiores florestas tropicais intactas do mundo. Laços culturais e políticos são elementos importantes para a disposição do acordo e êxito do projeto, dentre os quais se destacam a língua inglesa, o papel da Commonwealth, o apoio do príncipe de Gales e os benefícios do Poder Executivo advindas das externalidades positivas do empreendimento.⁷⁴²

A tutela da floresta de Iwokrama na República da Guiana pela empresa Canopy Capital responde a uma relação de vantagens comparativas entre investidores e atores políticos internos. Para compreender-se o conjunto do fenômeno da tutela florestal promovida por investidores privados em um pequeno país no pólo setentrional da América do Sul é necessário, contudo, também identificar o comportamento e os reais interesses dos investidores. Na proposta desta análise isto não é completamente possível e em termos acadêmicos talvez nunca o seja. Se o interesse dos investidores reside nos dividendos da economia ambiental e na consolidação da estratégia de indexação das florestas, enfim, se este recente fenômeno nas relações internacionais expandir-se, uma maior quantidade de dados possibilitará estudos mais rigorosos.

⁷⁴² Nas palavras do representante dos investidores: "In Iwokrama you have the head of state who's supportive, you have 12 years international governance, you have the partnership with the Commonwealth, you have the patronage of the Prince of Wales, you have the English language, you have the rule of law, and you've got a country basically half way between Brazil and the United States that has very dense, very rich, and very beautiful forests. If you can't make something work in Guyana, I'm not sure you are going to ever make it work anywhere. So that's a long-winded way of saying why it has to be Guyana." (BUTLER, [op. cit.](#), Acesso em: 27 abr. 2008.)

A proteção de valores ambientais não pode ser retirada do contexto explicativo apesar de investidores moverem-se pela probabilidade – senão pela certeza – dos lucros. A tutela de florestas por investidores raramente dissocia-se do discurso ambientalista o que no mínimo possui caráter de legitimação discursiva frente a atores políticos nacionais, transnacionais e internacionais. Na medida em que avançarem os resultados de pesquisa sobre o aquecimento global e em particular sobre a relação deste com o desmatamento de florestas tropicais no sentido de aumentar a percepção da ameaça ambiental no contexto de uma sociedade globalizada e interdependente, maior a probabilidade de lucros em investimentos por parte de setores corporativos. O terror quanto à iminência de desastres ecológicos, crise na produção de alimentos e escassez de chuva para as hidroelétricas aumenta a disposição dos investidores privados nos fundos de manejo sustentável das florestas tropicais;

A possibilidade de êxito das novas tendências de investimento em tutela e manejo sustentável de florestas tropicais favorecerá a aplicação da indexação das florestas segundo os critérios como biodiversidade, participação de povos indígenas, volume de créditos de carbono, etc. A efetividade dos lucros é um fator de geração de comportamento de atores internacionais já que os fundos de investimento privados negociam diretamente com Estados na forma de oferta de Investimento Direto Estrangeiro – IDE. O idealismo quanto à conservação ambiental pode participar nos vetores de causalidade de investidores e Estados. Difícil é sustentar que os ativos do IDE e o retorno dos lucros a partir dos créditos de carbono, resultados de pesquisa e valorização do empreendimento não sejam os elementos de atratividade para a expansão do modelo, ou seja, para a maior participação de investidores ou para o aparecimento de outros fundos de investimento semelhantes;

As particularidades políticas e culturais da Guiana indicam que o êxito do modelo no país não necessariamente o credencia à exportação. Outros países da América Latina e África possuem características próprias que podem causar – conforme já ocorreu – inércia na aceitação de projetos nos moldes da Canopy Capital. Por exemplo, o Brasil possui a maior extensão de floresta tropical do mundo, setores nacionalistas com influência parlamentar considerável e talvez o ativo oferecido não seja atraente na comparação entre PIB e IDE. Assim, não somente o êxito da tutela das florestas na República da Guiana, mas também o próprio desenvolvimento político do sistema de crenças da economia-ambiental internacional e o comportamento dos parlamentos nacionais acerca da matéria definirão a moldura do sistema de terror-lucro dos fundos de investimento em florestas tropicais.

Conforme foi mencionado na análise do primeiro caso, a norma fundamental internacional valida normas jurídicas internacionais na perspectiva indireta já que o que vincula Estados às normas internacionais é o consentimento com estas normas e este consentimento é dependente do reconhecimento da vontade do Estado enquanto personificação de uma coletividade. No caso da tutela da floresta de Iwokrama a República Cooperativista da Guiana cumpre seu compromisso de conservação e manejo ambiental a partir de um contrato com uma empresa privada. Ocorre que a iniciativa para tal negócio jurídico partiu de um grupo de investidores que percebem no terror ambiental uma possibilidade de lucros, ou seja, percebem o interesse que grandes corporações – como a produção de alimentos e o setor energético - possuem na redução do efeito estufa.

O caso da tutela da floresta de Iwokrama e mesmo a arquitetura normativa do regime ambiental mundial acrescentam argumentos quanto à inaplicabilidade da norma fundamental do positivismo jurídico kelseniano enquanto fundamento de legitimidade do direito internacional. Também neste caso é possível perceber que atores movem-se segundo a norma em virtude de elementos que ultrapassam o compromisso celebrado e a consciência de obrigatoriedade. Em outras palavras a norma fundamental é inaplicável enquanto fundamento de legitimidade de normas internacionais porque não é capaz de explicar a atração gravitacional não coercitiva.

Se perguntarmos porque a Guiana se comporta conforme as regras, conforme foi analisado é possível identificar que o fato de ser comprometida com normas internacionais conjugado com o fato de deter uma das maiores florestas tropicais do mundo são elementos que confirmam a teorização da norma fundamental: compromisso jurídico, reconhecimento da personalidade estatal, pertencimento a uma comunidade e consciência do que o que foi pactuado deve ser cumprido. Coesão social num país de grandes diferenças étnicas, o investimento direto estrangeiro, o amparo às comunidades indígenas e a 'terceirização' eficiente do manejo ambiental são elementos atrelados à influência política. Se, contudo, a análise avançar no sentido da legitimidade sob a perspectiva jurídica é possível verificar que o fundamento do comportamento de atores não somente no plano estatal reside na possibilidade de negócios jurídicos os quais dizem respeito às decisões em franca expansão acerca da possibilidade de obter créditos financeiros.

O sistema de créditos de carbono é um sistema complexo de decisões no qual a conservação de florestas ainda não está contemplada. A este respeito ao

longo da pesquisa realizou-se uma entrevista com Fernanda B Muller da empresa de Consultoria 'Carbono Brasil'. A pergunta foi formulada da seguinte forma: "No meio de minha pesquisa deparei-me com um dado no seu site, no FAQ, que os mecanismos de conservação e manejo ambiental não se encaixam ainda dentro dos pré requisitos para projetos de MDL. Ocorre que existem diversas matérias onde a empresa Canopy Capital afirma que o investimento feito tem como um dos objetivos a estocagem de créditos de carbono e também consultei diversos artigos que mencionam também o papel dos indígenas no sistema de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo. A pergunta é: houve alguma mudança nesta situação? A resposta possui o seguinte teor:

Não houve mudança, mas é necessário o esclarecimento da questão, existem dois tipos de créditos de carbono: os créditos de Quioto e os créditos do mercado voluntário (não regulamentado por Quioto). Os projetos de conservação florestal podem receber créditos do mercado voluntário. Os projetos de reflorestamento, que podem sim (e devem) envolver benefícios para as comunidades vizinhas, podem se candidatar tanto para o processo de Quioto quanto para o mercado voluntário.⁷⁴³

A motivação dos investidores e indiretamente do governo Guianense é dinamizada não pelo comando das normas ambientais internacionais mas pela possibilidade do retorno do investimento a partir do sistema de decisões relativo à concessão de créditos de carbono. A proposta de indexação de florestas também sugere o reforço deste sistema de decisões já que os índices serão avaliados a partir de decisões de caráter administrativo jurídico. No contexto da indexação das florestas destaca-se a gradual intersecção ou convergência entre o regime ambiental e o regime dos povos indígenas o qual ganha amparo em tratados e na doutrina.⁷⁴⁴

⁷⁴³ Entrevista com Fernanda B Muller do Departamento de P&D da empresa de Consultoria ' Carbono Brasil realizada em 15 de agosto de 2008.

⁷⁴⁴ FEARNside, Phillip M..Indigenous People as providers of environmental services in Amazonia: warning signs from Mato Grosso; PESKET, Leo; BROWN, David; LUTTRELL, Cecilia. Can payments for avoided deforestation to tackle climate change also benefit the poor?; KAPPOS, Valerie; HERKENRATH, Peter; MILES, Lera. Reducing emissions from deforestation: a key opportunity for attaining multiple benefits; e, GRIFFITHS, Tom. Seeing REED? Avoided Deforestation and the rights of indigenous peoples and local communities. Todos acessados em 02/06/2008 e disponíveis em <http://conserveonline.org/workspaces/redd/cobenefits>

Ainda, a possibilidade de êxito do fundo de investidores da Canopy Capital depende da pela percepção que a preservação de florestas tropicais interfere na regularidade de chuvas e na redução da desertificação. Estes são argumentos que na seção seguinte serão tratados respectivamente como interdependência normativa e sistêmica.

No caso ilustrativo é também possível identificar a fragmentação do envolvimento de atores com normas internacionais como é o caso do engajamento de fundos de investidores. Foi mencionado que não somente a Canopy Capital mas também fundos de investimentos e fundos de crédito levam a efeito projetos na área de preservação ambiental. Os projetos Plan Vivo no México, Moçambique e Uganda e o do banco de investimento Merrill Lynch na Indonésia, e mesmo a iniciativa do estado da Califórnia nos EUA desconstituem a visão da geração de comportamento de sujeitos de direito internacional a partir de compromissos formais, muito embora no caso da Califórnia não seja seguro vincular as políticas públicas de incentivo à redução do efeito estufa aos comandos e diretrizes dos Protocolos Adicionais de Quioto e dos compromissos assumidos em Bali.⁷⁴⁵ Ainda quanto ao comprometimento do Estado da Califórnia, embora não exista vínculo formal entre as políticas públicas estaduais e compromissos internacionais é possível afirmar que

⁷⁴⁵ A este respeito o minucioso estudo de Walter MacManus é elucidativo em apresentar a relação entre a percepção de atores fragmentados (sociedade civil, empresas, políticos locais, etc) e a adoção de políticas públicas: "A growing majority of climate scientists are convinced that unless emissions are reduced, global warming would cause a number of adverse effects throughout the United States. In California, rising temperatures would reduce the snow pack in the Sierra—the state's primary source of water—and lead to less water for irrigating farms in the Central Valley. Global warming would increase the number of extreme heat days and greatly increase the risk of poor air quality across the state. California's 1,100 miles of coastline and coastal communities are vulnerable to rising sea levels. Concerted action could curb global warming, but all sectors would need to take immediate steps to reduce heattrapping pollution." (MACMANUS, Walter. Economic analysis of feebates to reduce greenhouse emissions from light vehicles for California. Disponível em: <http://mpr.ub.uni-muenchen.de/3461/>. Acesso em: dezembro de 2008).

o governo californiano utiliza padrões do direito internacional do “Intergovernmental Panel on Climate Change”, como definições legais e resultados de pesquisa.⁷⁴⁶

Na perspectiva dos valores a questão ambiental também acrescenta argumentos no sentido da inaplicabilidade teórica da norma fundamental. Não é possível dissociar o regime ambiental – assim como o regime de proteção dos direitos humanos da dimensão dos valores. A tutela da Floresta de Iwokrama oferece elementos seguros para se afirmar que a inclinação ambiental dá-se em virtude de valores sim, mas não valores ecológicos mas sim financeiros. A este caso também se aplica o raciocínio que se for possível que Estados se obriguem por normas internacionais em virtude dos valores por elas defendidos então também sob esta hipótese a norma fundamental é inaplicável enquanto fundamento de legitimidade de normas internacionais.

4.2 Legitimidade estática e dinâmica:

A segunda parte deste quarto capítulo continua o esforço desenvolvido na seção anterior. Os fatos observados na prática do direito internacional aqui estão sistematizados em torno de argumentos teóricos que procuram esclarecer o que são fatores dinâmicos de legitimidade do direito internacional. Para tal foi necessário estabelecer um conjunto de referências acerca do conceito de legitimidade no primeiro capítulo, verificar que a teoria e a práxis jurídica se conformam na história no segundo capítulo. Também foi necessário tratar no terceiro capítulo em que

⁷⁴⁶ Estes dados podem ser conferidos na Exposição de motivos da Assembly Bill nr. 32 de aprovada pelo Governo da Califórnia em 27 de setembro de 2007. Sobre a utilização de padrões normativos internacionais resultantes de compromissos multilaterais sugere-se o recurso à página web da California Environmental Protection Agency. (GOVERNMENT OF CALIFORNIA. *Global Warming Solutions Act of 2006: Assembly Bill No. 32*. Disponível em <http://www.arb.ca.gov/homepage.htm>. Acesso em: dezembro de 2008)

sentido a norma fundamental no positivismo jurídico é o fundamento de legitimidade de normas internacionais.

Inicialmente esta seção retoma os argumentos dispostos no final do capítulo III no sentido de a norma fundamental ocupar na teoria pura do direito uma função de fundamento de legitimidade do direito internacional. O raciocínio que será desenvolvido até o final deste quarto capítulo procura acrescentar argumentos à hipótese que a fragmentação e interdependência tomados em sua acepção jurídica são fatores dinâmicos de legitimidade do direito internacional. Estes argumentos contribuem para o objetivo principal desta tese referente à inaplicabilidade da norma fundamental na teoria pura do direito de Hans Kelsen enquanto fundamento único de legitimidade do ordenamento jurídico internacional.

Não é objetivo desta parte final do trabalho provar ou explicar a legitimidade dinâmica na qualidade de fragmentação e interdependência no direito internacional. Esta sedutora possibilidade desviaria o trabalho de seu argumento principal. A sistematização teórica relativa à legitimidade dinâmica é funcional na medida em que reforça o objetivo desta tese. Assim, não existe ênfase na preocupação com a demonstração da fragmentação e interdependência da sociedade internacional enquanto fenômenos tipicamente sociológicos. A pesquisa procura manter a opção pela ranhura jurídica: mesmo quando o recurso ao argumento sociológico é inevitável trata-se de manter o foco no plano do direito internacional.

O texto pretende conseguir reunir elementos capazes de evidenciar que a norma fundamental do positivismo jurídico não esgota a questão da legitimidade do direito internacional contemporâneo. Procura também é verdade esboçar elementos

que permitam teorizar o que pode ser compreendido como legitimidade dinâmica. Na medida em que o que se denomina legitimidade dinâmica for corretamente compreendido a hipótese quanto á inaplicabilidade da norma fundamental enquanto fundamento único de legitimidade de normas internacionais alcançará maior significado no teor do conjunto argumentativo desta tese.

4.2.1 Legitimidade estática e a norma fundamental da teoria pura do direito

A norma fundamental na teoria pura do direito é o fundamento de legitimidade de normas internacionais tanto no sentido teórico como no sentido da efetividade das relações jurídicas internacionais. No sentido teórico a norma fundamental conclui a teoria (Rechtfertigung) no sentido de num escalonado de normas existir uma norma fundamental que não é posta, positivada mas suposta pelo pensamento jurídico. No sentido da prática do direito internacional a teoria pura do direito propõe que a norma fundamental é constatada a partir da observação da efetividade de relações jurídicas. A princípio então a norma fundamental não é teorizada a partir das relações jurídicas internacionais mas das relações jurídicas de forma geral muito embora a personalização e a hipostatização do Estado seja também central neste contexto. A fim de resolver a questão da continuidade da legitimidade constitucional e da próprio reconhecimento de Estados Hans Kelsen argumenta que a norma fundamental é internacional no sentido de ser uma noção metajurídica.

Também é importante lembrar que a norma fundamental do positivismo jurídico não se confunde com o princípio do pacta sunt servanda. O princípio é uma expressão da consciência de obrigatoriedade de que o que é contratado deve ser

cumprido. A norma fundamental é um pressuposto teórico ficcional, possibilitado por recursos científicos como a economia de pensamento de Mach e a filosofia do 'als ob' de Vaihinger, que diz respeito ao reconhecimento da consciência de obrigatoriedade e que pessoas naturais e jurídicas podem deter esta consciência. Nesta medida o *pacta sunt servanda* é uma das expressões do que Hans Kelsen denominou norma fundamental.

O princípio do *pacta sunt servanda* não explica o comportamento de atores e sim enuncia que se uma pessoa natural ou jurídica assume uma obrigação existe uma expectativa no plano jurídico que esta obrigação será cumprida de boa fé e que isto é um comportamento exigível. Supor que um comportamento foi gerado por uma norma é diferente do que afirmar que se existe um comprometimento jurídico formal este deve ser obedecido. Este segundo caso reflete a utilização do princípio pelo artigo 27 da Convenção de Viena para o Direito dos Tratados: "Internal law and observance of treaties: Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith."⁷⁴⁷

Os comentários ao artigo 27 mencionado encontrados no relatório da comissão que elaborou o draft do tratado manifestam que o *pacta sunt servanda* é o princípio fundamental do direito dos tratados e que sua importância é enfatizada pelo artigo 2º, § 2º da Carta das Nações Unidas. À época dos trabalhos da Comissão encarregada de escrever o Draft da Convenção foi discutido em especial sobre a boa fé e que o termo 'in force' deve ser interpretado à luz do artigo que viria a ser

⁷⁴⁷ UNITED NATIONS. *Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)*. Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations: Treaty Series, vol. 1155, p 331. Disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 26/05/2008. p. 11.

enumerado como 24: “A treaty enters into force in such manner and upon such date as it may provide or as the negotiating States may agree” do mesmo tratado.⁷⁴⁸

A norma fundamental do positivismo jurídico pode ser compreendida como o fundamento de legitimidade do direito internacional em diversos sentidos mencionados no final do capítulo III desta tese. Dentre os argumentos destaca-se que a teorização da norma fundamental reconhece os elementos de consenso e consentimento para que uma norma jurídica possa ser reconhecida como tal. Neste sentido é que a norma fundamental internacional confere validade à normas internacionais de forma indireta pois não existe na prática um ordenamento jurídico único que forme um escalonado normativo no qual todas as normas são validadas a partir de uma única norma.

O debate sobre o fundamento de validade de normas internacionais no início do século XX era marcado pelo argumento voluntarista que existiriam tantas normas fundamentais quantos são os Estados parte num tratado.⁷⁴⁹ Este mesmo debate possuía contudo dois equívocos: confundia validade do tratado com o fundamento da obrigação e não conseguia compreender que o Estado assumia a obrigação porque sua personalidade de direito internacional era reconhecida a partir de uma comunidade de Estados.⁷⁵⁰ Fato é que normas internacionais na prática do direito internacional contemporâneo são validadas a partir do consenso e do consentimento de sujeitos de direito internacional, principalmente aqueles que podem tomar parte em tratados, a saber, Estados e Organizações Internacionais.

⁷⁴⁸ Ibidem

⁷⁴⁹ “Folgerichtig haben nach Wenzek ‚die Völkerrechtsnormen so viele Geltungsgrunde, als Staaten und damit Gesetzssysteme an ihrer Setzung beteiligt sind.“ (DROST, op. cit., p. 85)

⁷⁵⁰ KELSEN, Hans. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920). Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920. pp. 168ss.

Na prática do direito internacional contemporâneo a norma jurídica internacional depende da consciência da juridicidade para que seja exigível enquanto obrigação. Este critério é resultado da personificação e da hipostatização do complexo de normas do Estado nacional e na prática ocorre mediante os procedimentos de internalização de tratados e do depósito do instrumento de ratificação. No direito dos tratados o depósito é o último ato de um itinerário complexo de procedimentos formais que inicia com a negociação⁷⁵¹. Na formação do costume enquanto distinto do uso, a consciência da obrigação, denominada elemento subjetivo e também *opinio juris*, também é critério de validação normativa de determinada prática enquanto obrigação jurídica.

As formalidades jurídicas do direito internacional exigem a manifestação inequívoca da vontade do Estado em se obrigar. A validade de normas internacionais neste contexto surge como vontade e representação baseadas na convicção que a pessoa de direito internacional conhece o conteúdo da norma. De uma forma geral, a adesão à norma internacional e a consciência do conteúdo jurídico da mesma ocorrem conjuntamente na constituição histórica do costume e no depósito do instrumento de ratificação. Na práxis do direito internacional a validade de normas jurídicas internacionais é resultado de atos formais de reconhecimento e a noção que a obrigatoriedade da norma deriva do consentimento surge na medida em que se consolida a noção de validade de normas no plano internacional.

⁷⁵¹ “Art 24, § 4: The provisions of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of the consent of States to be bound by the treaty, the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text.” (UNITED NATIONS. *Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)*. Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations: Treaty Series, vol. 1155, p. 331. Disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 26 mai. 2008).

A noção de fundamento de obrigatoriedade baseada nos procedimentos que validam normas internacionais responde à pergunta por que determinado Estado deve obedecer ou comportar-se segundo determinado padrão normativo. A resposta é: porque consentiu formalmente com a norma. Contudo, o fundamento normativo do comportamento de sujeitos de direito internacional não é somente o ato formal do depósito do instrumento de ratificação. O depósito é a ritualização dos elementos envolvidos neste consentimento que são a ficção da personificação do complexo normativo (no caso de Estados e Organizações Internacionais) e a noção jurídica compartilhada que o que é contratado deve ser cumprido. Por isso Hans Kelsen escreve que a norma fundamental é expressa no princípio do *pacta sunt servanda* e não que a norma fundamental é o *pacta sunt servanda*.⁷⁵²

A construção teórica da norma fundamental é resultado tanto de elementos puramente teóricos, haja visto o recurso à economia de pensamento e à filosofia do “*als ob*”, como também da conformação entre teoria e práxis no plano das relações societárias em nível mundial da qual o exemplo mais evidente é a formação dos Estados nacionais. Quanto a esta formulação teórica, o conjunto de argumentos reunidos no terceiro capítulo, em especial sobre a resposta da teoria pura do direito à questão da legitimidade, indicam que a norma fundamental internacional na teoria pura do direito exerce um papel de fundamento de legitimidade de normas internacionais, ou melhor, do próprio ordenamento jurídico internacional. Considerando as diversas concepções de legitimidade e observando a

⁷⁵² O reducionismo da norma fundamental ao *pacta sunt servanda* não é raro na doutrina de direito internacional. Um exemplo emblemático pode ser encontrado em Chen: “The positivist theory which relies upon the maxim *pacta sunt servanda*, such as that held by professor Kelsen, Verdross and Anzilotti, indeed, explains the binding force of treaties, but leaves completely unexplained the binding force of the basic substratum of customary norms, of which the maxim is one. The maxim forms a sort of superior norm, of which all other norms emanate. But it is itself an a priori assumption, anterior and superior to law, having its origin in political and moral circumstances but not admitting of juridical explanation.” (CHEN, op. cit., p. 21)

dinâmica das relações jurídicas internacionais, a qual procurou-se ilustrar com a análise dos dois casos neste capítulo; se por um lado é possível dizer que a norma fundamental exerce um papel de fundamento da legitimidade por outro também é observável que este conceito teórico não esgota a questão da legitimidade como por exemplo o exercício da atração gravitacional em direção ao cumprimento da norma.

Recorre-se à distinção entre legitimidade estática e dinâmica para acrescentar argumentos à hipótese que normas de direito internacional são mais ou menos legítimas nas relações internacionais em função de elementos que ultrapassam a personificação de complexos normativos e da consciência que o que é pactuado deve ser cumprido. O argumento que é o ponto de partida para a distinção entre legitimidade estática e dinâmica diz respeito ao gradiente de legitimidade que normas internacionais podem ter. A este respeito uma das diferenças claras entre validade e legitimidade é que a validade segue um critério binário: normas são válidas ou não (ainda que isto possa ser juridicamente discutível num caso concreto, por exemplo, se uma norma 'A' é ou não válida). Uma norma jurídica não pode ser mais ou menos válida mas uma norma pode ser mais ou menos legítima. A norma fundamental enquanto fundamento de existência de normas internacionais confere validade e legitimidade ao ordenamento jurídico porque confere os fundamentos para existência de relações jurídicas.

A norma fundamental internacional é o fundamento estático de legitimidade de normas internacionais. Estático porque não há alteração no seu padrão. A norma fundamental diz respeito aos pressupostos do reconhecimento do ordenamento jurídico internacional a partir do salto cognitivo que parte da observação que na efetividade das dinâmicas societárias em nível internacional

existem relações jurídicas, saber, o reconhecimento de personalidades jurídicas e de normas válidas. O fundamento da obrigatoriedade e da validade destas normas positivadas, ou seja, comandos expressos, não é a facticidade destas normas mas sim sua eficiência, em outras palavras, a consciência de sua juridicidade e de uma concepção que organizações sociais reunidas mediante complexos normativos como os Estados podem ser sujeitos de deveres e obrigações. Para o positivismo jurídico kelseniano, a pergunta acerca da validade de normas jurídicas necessita de uma ficção – ou hipótese – que esta norma pressuposta existe pois é a norma que valida todas as relações ditas jurídicas nas sociedades contemporâneas. A ficção da norma fundamental permite o que se conceitua em termos também jurídicos consenso e consentimento que são elementos mediáticos tanto na criação de normas como na percepção de legitimidade. A intensidade do consenso tanto em termos de intensidade da consciência do dever jurídico quanto de adesão ao comando da norma confere maior ou menor percepção de legitimidade de normas jurídicas válidas. Nestes termos a norma fundamental pressuposta pelo pensamento jurídico e, portanto, ficcional pode ser compreendida como fundamento estático de legitimidade pois é um pressuposto de normas jurídicas.

A partir da noção de legitimidade enquanto atração gravitacional em direção ao cumprimento é possível dizer que o fundamento da obrigatoriedade da norma internacional é o compromisso formal. Neste sentido o próprio pacto é o fundamento da legitimidade da norma. Contudo, é possível reconhecer outros fatores jurídicos e mesmo normativos os quais interferem na percepção de legitimidade da norma. Estados se comportam segundo regras internacionais não somente porque pactuaram neste sentido mas também por outros fatores. É nesta direção que Thomas Franck, por exemplo, argumenta que Estados cumprem regras

de direito internacional mais por causa de outros Estados do que em função da norma em si:

“The surprising thing about international law is that nations ever obey its strictures or carry out its mandates. This observation is made not to register optimism that the half-empty glass is also half full, but to draw attention to a pregnant phenomenon: that most states observe systemic rules much of the time in their relations with other states. That they should do so is much more interesting than, say, the fact that most citizens usually obey their nation's laws, because the international system is organized in a voluntarist fashion, supported by so little coercive authority.”⁷⁵³

As reflexões teóricas de Thomas Franck partem do pressuposto que legitimidade é uma qualidade da norma. Na primeira versão de suas reflexões sobre legitimidade argumenta que a legitimidade é uma qualidade da norma internacional o que implica na questão de percepção por parte da sociedade internacional. Já na segunda versão apresenta a legitimidade enquanto propriedade da norma o que confere o pedigree.⁷⁵⁴ As propriedades da norma enquanto determinação, validação simbólica, coerência e aderência são elementos também estáticos muito embora a norma possa assumir maior determinação a partir de normas derivadas, de interpretações como as *opinio juris* da Comissão de Direito Internacional e da jurisprudência. Também a coerência enquanto critério horizontal de legitimidade pode aumentar ou diminuir o pedigree da norma.

O itinerário de normas jurídicas internacionais na história demonstra que normas podem deter maior ou menor legitimidade segundo o período temporal em que se encontram ou até mesmo segundo as regiões nas quais atuam. O fato da legitimidade não ser uma qualidade imutável da norma válida é a via histórica de verificação que a legitimidade não obedece a um critério binário de deter ou não

⁷⁵³ FRANCK, op. cit., p. 705.

⁷⁵⁴ “Legitimacy is a property of a rule or rule making institution which itself exerts a pull toward compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process.” (FRANCK, op. cit., p. 24).

legitimidade mas sim de um gradiente que interfere na propriedade da norma como mais ou menos legítima. O reconhecimento deste gradiente é que permite que a legitimidade possa ser compreendida em seus fatores estáticos e dinâmicos.

4.2.2 Sistema estático e dinâmico de normas na teoria pura do direito

No capítulo décimo da versão de 1945 da 'Teoria geral do Direito e do Estado' Hans Kelsen detém-se no que denomina dinâmica jurídica e faz considerações sobre o que considera sistema estático e dinâmico de normas. No capítulo nono da versão francesa, de 1953, sobre a estrutura hierárquica da ordem jurídica mantém a estrutura semelhante à versão de 1945, sob o título de 'Un ordre juridique est un système dynamique de normes' e nesta versão o argumento é reduzido.⁷⁵⁵ As considerações sobre sistema estático e dinâmico de normas nas versões de 1945 e 1953 coincidem na relação com exposição teórica da norma fundamental, e a única diferença observável é metodológica: na versão de 1953 Kelsen opta por apresentar os sistemas antes da norma fundamental e na versão precedente a ordem era inversa. O tema reaparece no terceiro capítulo, sobre 'Direito e Ciência' na versão de 1961 da 'Teoria Pura do Direito' e mereceria apenas uma página sob a alcunha de 'teoria jurídica estática e teoria jurídica dinâmica' com o seguinte texto:

A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento. Deve, no entanto, observar-se, a propósito, que este mesmo processo e, por sua vez, regulado pelo Direito.⁷⁵⁶

Não existe uma explicação expressado autor relativa ao abandono do tipo de sistematização de 1945. A possibilidade de entender o sistema como dinâmico

⁷⁵⁵ KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit* (1953). op. cit., pp. 114-115.

⁷⁵⁶ Idem, *Teoria Pura do Direito* (1960). op. cit., p. 51.

poderia aproximar as teorias de Carl Schmitt e Hans Kelsen na medida em que o sistema jurídico é entendido em constante movimento a partir de elementos normativos que oferecem moldura para o reconhecimento de normas válidas. De qualquer forma a teorização mais detida encontra-se na versão de 1945 e permite observar que na própria teoria pura do direito existem elementos para compreender o sistema jurídico em constante dinamismo.

A legitimidade estática e a legitimidade dinâmica não são a mesma coisa do que denominara Hans Kelsen sistema estático e dinâmico de normas. O tema possui relação direta como tema da norma fundamental, com a validade as normas e mesmo com a ordem jurídica que para Kelsen é um sistema do tipo dinâmico. Sobre o sistema estático de normas assevera:

“The binding force of the basic norm is itself self-evident, or at least presumed to be so. (...) It is essential only that the various norms of any such system are implicated by the basic norm as the particular is implied by the general, and that, therefore, all the particular norms of such a system are obtainable by means of an intellectual operation, viz., by the inference from the general to the particular. Such a system is of a static nature.”⁷⁵⁷

O que é discutido no âmbito da classificação estática e dinâmica é a validade de normas. Sujeitos comportam-se segundo normas porque seu conteúdo tem uma qualidade. Se o conteúdo de uma norma possui um conteúdo imediatamente evidente, um apelo inerente que garanta sua validade então este sistema de normas possui uma natureza estática. O sistema pode ser interpretado como estático porque há um fundamento que é imutável e inquestionável.

Os sistemas de normas da moral ou das religiões reveladas podem ser caracterizados como sistemas estáticos. A este respeito, respeitar a regra ‘não deves enganar’ é deduzível de uma norma geral que prescreve a honestidade e a

⁷⁵⁷ KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op. cit., p. 112.

adoção da regra ‘amarás teu semelhante’ pode ser fundamentada por alguém pelo argumento que ‘é preciso viver em harmonia com o universo’⁷⁵⁸. Assim tanto o decálogo judaico como em sentido bem diverso o imperativo categórico são pressupostos ou normas fundamentais estáticas que não podem ser modificadas.

É bem verdade que partir da norma fundamental do sistema estático são gerados comportamentos que não necessariamente são novas normas mas sim atitudes derivadas de forma imediata. ‘Não mentir, dissimular, manipular ou forjar uma situação seria uma derivação imediata do mandamento ‘Não levantar falso testemunho’. Este tipo de exegese talvez dê sentido ao que Kelsen denomina sistema dinâmico que possui por característica essencial a possibilidade de produção de outras normas a partir da norma fundamental.

“The basic norm merely establishes a certain authority, which may well in turn vest norm-creating power in some other authorities. The norms of a dynamic system have to be created through acts of will by those individuals who have been authorized to create norms by some higher norm. This authorization is a delegation. (...) The basic norm of a dynamic system is the fundamental rule according to which the norms of the system are to be created. A norm forms part of a dynamic system if it has been created in a way that is – in the last analysis – determined by the basic norm.”⁷⁵⁹

O fato de Kelsen não desenvolver o tema acerca do sistema estático e dinâmico de normas de forma detalhista na obra ‘General Theory of Law and State’ de 1945 talvez seja motivado pela falta de relevância desta sistematização para o argumento como um todo muito embora entendesse que o sistema de normas que denominamos ordenamento jurídico é sempre um sistema dinâmico. Logo, não há o que se falar em sistema estático de normas no que diz respeito ao ordenamento jurídico a que este trabalho faz referência, ou seja, o referente ao sistema internacional de normas.

⁷⁵⁸ Ibidem

⁷⁵⁹ KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op. cit., p. 113.

A passagem propõe que num sistema dinâmico de normas a norma fundamental possibilita acordos de vontades. Fazendo referência ao primeiro capítulo, é evidente que na teoria pura do direito a norma fundamental não são as fontes, nem os princípios, mas algo que diga respeito a um acordo pressuposto, que possibilite a criação de outras normas. Logo, a norma fundamental que legitima ou confere validade a outras normas na realidade é uma norma que estabelece critérios mínimos para um conteúdo considerado normativo em dada sociedade.

Duas questões não foram respondidas no capítulo da 'Teoria Geral do Direito de 1945 sobre o sistema estático e dinâmico de normas. A primeira é sobre o conteúdo da norma fundamental. Neste texto em específico, para Kelsen parece não haver diferença entre uma norma 'pressuposta pelo pensamento jurídico' e uma norma 'de acordo com a qual as normas do sistema devem ser criadas'. Neste sentido é que existe diferença entre a norma fundamental internacional e a norma fundamental na perspectiva constitucional. A norma fundamental internacional, segundo sua formulação teórica, não corresponde à norma fundamental do sistema dinâmico de normas, pois ela é mais um pressuposto de existência de normas internacionais e da existência das unidades políticas soberanas do que uma norma que determine a forma na qual normas internacionais serão criadas. A segunda questão é a descrição do caráter dinâmico do sistema, pois se a validade de normas nos sistemas jurídicos contemporâneos depende do conteúdo da norma fundamental numa acepção abstrata, ou seja, não depende de um sistema positivado que determine a formalidade do rito legislativo de normas válidas, então o sistema dinâmico de normas é teoricamente aberto à aceitação de formas menos formais de normas válidas como decisões, normas transnacionais entre atores privados a denominada soft law.

Na *Théorie Pure du Droit* de 1953 Hans Kelsen enfrenta a descrição do caráter dinâmico de normas. Partindo do princípio que a norma fundamental é uma regra fundamental segundo a qual as normas jurídicas são criadas, é o ponto de partida de um procedimento e sua característica é essencialmente formal e dinâmica. Da validade de normas jurídicas se deduz a norma fundamental.

“Leur contenu est déterminé dans chaque cas par un acte particulier, qui n'est pas une opération mentale, mais un acte de volonté: coutume ou procédure législative s'il s'agit de normes générales, décision judiciaire, acte administratif ou acte juridique de droit privé s'il s'agit de normes individuelles.”⁷⁶⁰

A versão francesa não é precisa na medida em coloca os elementos citados não como conteúdo do sistema dinâmico de normas mas como conteúdo da norma fundamental. Também deve-se registrar que a norma fundamental aparece como pura operação mental e as normas jurídicas válidas como atos de vontade. É possível contrastar também que somente na edição francesa Hans Kelsen cita estes atos de vontade.

O fato de o ordenamento jurídico internacional na teoria pura do direito ser um sistema dinâmico evidencia a primeira diferença entre a classificação entre um sistema estático e dinâmico de normas e a possibilidade de classificação em fatores estáticos e dinâmicos de legitimidade do direito internacional. Muito embora o que Hans Kelsen compreende por sistema estático e dinâmico não seja o mesmo que este trabalho compreende por legitimidade estática e dinâmica é possível estabelecer relações entre estas sistematizações o que será melhor compreendido nas considerações seguintes.

O que se procura empreender na parte final deste trabalho – e que em certo sentido dá significação ao esforço como um todo – não é uma crítica ao

⁷⁶⁰ KELSEN, *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit* (1953). op. cit., p. 115.

modelo kelseniano. Na verdade algumas das conclusões que foram apresentadas até então corroboram com boa parte dos pressupostos do positivismo ao mesmo tempo em que procuram estabelecer um esforço intelectual semelhante às assunções do pós-positivismo,⁷⁶¹ a saber, exercer um aprimoramento do sistema positivista admitindo que para tal necessite estabelecer críticas e sugerir o aperfeiçoamento do modelo teórico-explicativo.

4.3 Fragmentação e interdependência enquanto fatores dinâmicos de legitimidade do direito internacional

A norma fundamental enquanto fundamento de legitimidade do direito internacional pode ser associada ao fundamento da existência de normas internacionais e à atração gravitacional em direção ao cumprimento. Isto em primeiro lugar ocorre porque a norma fundamental é o recurso teórico que permite reconhecer que Estados detêm personalidade jurídica e reconhecem mutuamente suas personalidades. Este é o fundamento de legitimidade do direito internacional enquanto pressuposto da existência de um ordenamento jurídico na medida em que o consenso e o consentimento só podem operar a partir do momento em que é reconhecida a “rule according to which the norms of the systems are to be created.”⁷⁶²

O reconhecimento do ordenamento jurídico internacional é o que garante o respeito

⁷⁶¹ “This approach takes seriously the unique concern of continental legal positivism to remove from the study of law all unnecessary idealisations. It is based on the understanding that, at a certain point, legal positivism’s commitment to sobriety needs to be turned against positivism itself.” Cuida-se aqui de uma breve exposição de motivos de Alexander Somek sobre seu trabalho em conjunto com Nikolaus Forgó. Disponível em <http://somek.org/Home.htm>. Acesso em: 04/06/2008.

⁷⁶² KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945). op. cit., p. 113. No tópico anterior foi explicitado que a norma fundamental internacional é mais um pressuposto do sistema jurídico na forma de reconhecimento de personalidades e de consciência da obrigação do que um acordo sobre critérios formais de validação de normas. Este parágrafo refere-se ao sistema teórico de Hans Kelsen que compreende a norma fundamental como um acordo sobre a forma que as normas no sistema são criadas sem que com isto haja a exigência da descrição da formalidade legislativa.

mútuo às soberanias apesar das diferenças dos povos em relação à propriedades de poder, economia, cultura, território, etc.⁷⁶³

A partir do ponto de partida da teorização da normas fundamental de Hans Kelsen, o princípio da eficiência, é possível perceber nas relações internacionais contemporâneas diversos tipos de relações jurídicas, algumas talvez diversas das que foram observadas no começo do século XX. É possível perceber outros tipos de comandos e de directivas que geram comportamento Estatal e de outros possíveis sujeitos de direito internacional além de Estados, Organizações Internacionais e excepcionalmente indivíduos.⁷⁶⁴ Também é possível perceber que a legitimidade de normas internacionais não depende unicamente do consentimento e do consenso mas é possível associar a atratividade em direção ao cumprimento a outros fatores também jurídicos.

Do ponto de vista do propósito desta tese a hipótese dos fatores dinâmicos reforça o argumento pela inaplicabilidade da norma fundamental enquanto fator de legitimidade do direito internacional. Não obstante o esforço final deste capítulo seja a exposição discursiva da legitimidade dinâmica, isto ocorre mais em função do objetivo central da tese do que da comprovação da hipótese da legitimidade dinâmica. A propósito, o que se entende por legitimação dinâmica não se confunde com o 'sistema dinâmico' da versão da 'Teoria Geral do Direito e do Estado' de 1945. Não seriam os acordos expressos derivados da norma fundamental, materializados em normas internacionais válidas e sim fatores que conferem legitimidade às normas internacionais mas que não estão postos no

⁷⁶³ Idem, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*: op. cit., p. 230.

⁷⁶⁴ "(...) international law obligates and authorizes states, leaving the determination of these individuals to the national legal orders only exceptionally does international law obligate and authorize individuals directly." (KELSEN, *Principles of International Law* (1952). op. cit., p. 205)

sistema como normas jurídicas válidas. Para tal, assume-se a norma fundamental da teoria pura do direito enquanto fundamento de legitimidade estático.

Esta seção possui por objetivo descrever os fenômenos da fragmentação e interdependência enquanto fatores de legitimidade dinâmicos do direito internacional. Este objetivo fortalece-se na medida em que procura diminuir a generalidade e a alta complexidade política e teórica destes temas procurando ao máximo restringir-lhes ao campo jurídico. O objetivo possibilita que antes de tratar do tema sob a perspectiva jurídica sejam feitas referências à fragmentação e interdependência na sociedade internacional, já que o sistema jurídico é um subsistema da sociedade e sobre esta deve incidir. Esta opção metodológica da exposição dos argumentos é motivada pelo fato de fragmentação e interdependência no campo do direito internacional serem em parte reflexos de fenômenos levados a efeito na sociedade internacional.

O relatório publicado pelo National Intelligence Council dos Estados Unidos da América, em novembro de 2008, denominado 'Global trends 2025: a transformed world' é uma publicação do governo americano que pretende descrever as tendências da sociedade internacional. Este exercício de análise de conjuntura que objetiva fornecer dados prospectivos para a formulação de estratégias de política internacional é enfático ao afirmar que em resposta aos prováveis déficits da governança global irão ser formadas redes entre atores estatais e não estatais focadas em temas específicos. Estas redes irão operar em torno de objetivos e interesses comuns no sistema internacional onde Estados não serão os únicos e também algumas vezes não os mais importantes atores no palco internacional.⁷⁶⁵

⁷⁶⁵ As considerações feitas aqui remetem exclusivamente ao Capítulo 6, denominado "Will the International System Be Up to the Challenges?" (NATIONAL SECURITY COUNCIL. *Global Trends 2025: a transformed world*. Washington DC: US Government Printing Office, 2008).

A caracterização da sociedade internacional enquanto um sistema composto pela crescente multiplicidade de atores que podem fortalecer o sistema internacional mediante o preenchimento dos vãos deixados pela atuação das instituições multilaterais criadas após a segunda guerra é denominado pelos analistas de ‘multipolaridade sem multilateralismo’. Esta característica por outro lado possui potencial para fragmentar ainda mais o sistema e dificultar a cooperação internacional pois cria dificuldades para a estruturação da governança global em termos unitários, compreensivos e hierarquizados:

“This fragmentation of interests and actors will further erode prospects for the United Nations to strengthen consensus among its members for effective multilateral action - particularly within the current or an expanded Security Council—or for sustaining broader reforms of the UN system. This multipolarity is also unlikely to include a single dominant nation-state with the overwhelming power and legitimacy to act as the agent of institutional overhaul.”⁷⁶⁶

Esta análise do relatório reveste-se de sentido se considerarmos em conjunto a descrição dos temas da fragmentação de interesses e atores na sociedade internacional, o encadeamento as redes em torno de objetivos e interesses e a questão da legitimidade. Em primeiro lugar é interessante destacar a improbabilidade de o ator Estatal exercer um poder legitimatório prevalente enquanto agente institucional. O outro ponto entendido enquanto tendências da sociedade internacional é a formação de um ambiente internacional altamente fragmentado e o crescimento do poder relativo e da influência de grupos compostos de atores não estatais (dentre estes o texto cita negociadores, tribos, organizações religiosas, e mesmo redes de criminalidade transnacional) em relação às decisões internacionais num vasto campo de assuntos sociais, econômicos e políticos.

⁷⁶⁶ NATIONAL SECURITY COUNCIL. op. cit., p. 81.

Ao considerar que a fragmentação de atores e assuntos atingem normas internacionais a convergência em torno de interesses e objetivos de redes de atores não estatais exigem interdependência para a formação de consenso nos planos político e jurídico. O relatório prevê enquanto tendência da sociedade internacional que a legitimação no cenário internacional inclui a participação destes atores fragmentados e a convergência de interesses entre eles. Estes resultados apresentados pelo 'Global Trends 2025' converge com alguns dos argumentos contidos neste capítulo a respeito do reconhecimento de mudanças na sociedade global que devem ser acompanhadas pelos discursos científicos: novas formas de legitimação do direito internacional principalmente sob a perspectiva que o direito internacional compõe-se de decisões, acerca da validade de normas, do que é direito e do que não é.

As tendências descritas pelo Relatório 'Global trends 2025: a transformed world' podem ser associadas à eficiência das relações jurídicas internacionais. O relatório fala de legitimidade a partir de novos atores, novos interesses e novas formas de consenso o que já é percebido por pesquisadores em diferentes campos.⁷⁶⁷ Falar em legitimidade como uma antecipação de uma realidade futura é descabido e por isso a fragmentação e interdependência no direito internacional enquanto fatores dinâmicos de legitimidade devem ser descritos a partir das

⁷⁶⁷ Alguns destes pesquisadores tem sido citados ao longo desta pesquisa aonde é possível identificar as linhas de convergência de opiniões. Destacam-se as seguintes contribuições: HABERMAS, Jürgen. *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten weltgesellschaft*. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008; TEUBNER, Gunter. *Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch 'private' transnationale Akteure*. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008. pp. 440-472; KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005; KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law, 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; KENNEDY, David. *One, Two, Three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream*. In: *N.Y.U. Review of Law and Social Change*. Nr. 657, Vol. 31:64. New York: New York University School of Law, 2007. pp. 641-659.

relações internacionais em ato e não em potência. Por outro lado, se as tendências do relatório se confirmarem, aumentam as chances das hipóteses desta tese corresponderem à descrição da legitimidade no direito internacional conforme é levada a efeito.

A fragmentação e interdependência do direito internacional, ou seja, enquanto reflexos de fenômenos societários no sub-sistema jurídico são elementos que ocorrem de maneira conjunta. Nesta forma proposta de interpretação da dinâmica da legitimidade no direito internacional os fenômenos não são somados um ao outro mas também não obedecem à uma racionalidade de coordenação. São fenômenos distintos mas para compreendê-los no campo jurídico é necessário recorrer a argumentos que prestam-se à explicação dos dois fenômenos. Desta forma os argumentos sobre a fragmentação e interdependência enquanto fatores dinâmicos de legitimidade devem ser entendidos como partes de uma organicidade argumentativa e não no sentido de racionalidades jurídicas com fronteiras definidas.

4.3.1 Fragmentação no direito internacional

Na quinquagésima segunda seção da Comissão de Direito Internacional – CDI em 2000 decidiu-se incluir em seu programa de longo prazo o tema dos riscos da fragmentação do direito internacional. No ano seguinte a Assembleia Geral das Nações Unidas solicitou à Comissão o prosseguimento deste tópico reforçando a idéia da relevância do tema o que culminou na quinquagésima quarta reunião da Comissão na inclusão no programa de trabalho do tópico “Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of

international law”; Estabeleceu-se então um grupo de estudos⁷⁶⁸. Em 2003, na quinquagésima quinta reunião, o jurista Martti Koskenniemi foi indicado para ser o chairman do grupo de estudos e o Relatório resultante destes esforços finalizado em agosto de 2006 na quinquagésima oitava seção da CDI ficou conhecido sob a alcunha de Relatório Koskenniemi.

Em termos gerais o relatório estuda a fragmentação do direito internacional a partir de tópicos específicos como o conflito entre *lex specialis* e *lex generalis*, a questão dos ‘self-contained regimes’ e o conteúdo do ‘jus cogens’ enquanto dispositivo de solução de determinados conflitos normativos no plano internacional. O que interessa a este estudo é o reconhecimento da existência de um fenômeno denominado fragmentação do direito internacional; conclusão esta apresentada por uma instituição que encontra-se num posto de observação privilegiado. O relatório não possui uma preocupação enfática em descrever o que seja fragmentação enquanto fenômeno sociológico bem como não oferece uma definição de fragmentação do direito internacional muito embora ofereça elementos para a descrição do porquê o tópico ser do interesse da Comissão:

“The fragmentation of the international social world has attained legal significance especially as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice. What once appeared to be governed by “general international law” has become the field of operation for such specialist systems as “trade law”, “human rights law”, “environmental law”, “law of the sea”, “European law” and even such exotic and highly specialized knowledges as “investment law” or “international refugee law” etc. - each possessing their own principles and institutions. The problem, as lawyers have seen it, is that such specialized law-making and institution-building tends to take place with relative ignorance of legislative and institutional activities in the adjoining fields and of the general principles and practices of international law. The result is conflicts between rules or rule-systems, deviating institutional practices and, possibly, the loss of an overall perspective on the law.”⁷⁶⁹

⁷⁶⁸ UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. Approved in 13 April 2006. Introduction, p. 8.

⁷⁶⁹ UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682. op. cit., Approved in 13 April 2006. p. 11.

O relatório oferece elementos para a conclusão que o que a CDI compreende por fragmentação do direito internacional é resultado da intensificação da produção de normas internacionais enquanto intensificação da própria regulamentação social internacional. Diversas normas em diferentes planos (internacional, regional, global) são produzidas de forma intensa e desordenada, umas enquanto resultado dos próprios regimes de direito internacional como o uso dos oceanos, direitos humanos, comércio e meio ambiente e outras que fazem sentido maior dentro de sistemas normativos definidos como é o caso da União Européia. A expansão desordenada de normas e instituições internacionais especializadas tende a ocorrer segundo o que o parágrafo sugere caracterizada por uma relativa ignorância de práticas e princípios consolidados de direito internacional e, então, a possibilidade de choques normativos ou entre regimes aumenta.

O relatório estabelece conclusões específicas sobre a relação entre a natureza da fragmentação na sociedade internacional e o direito internacional. A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas conclui que um dos aspectos da globalização é a emergência de redes de cooperação técnica especializada em escala global as quais atuam no comércio, direitos humanos, diplomacia, comunicações, medicina, prevenção de crimes, produção de energia, cooperação indígena, etc. Estas esferas de cooperação ultrapassam as fronteiras nacionais e são difíceis de regulamentar mediante o direito internacional tradicional. As leis nacionais parecem ser insuficientes para lidar com a natureza transnacional destas redes enquanto o direito internacional somente toma conta de seus objetivos e necessidades específicos.⁷⁷⁰

⁷⁷⁰ UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682. op. cit., Approved in 13 April 2006. § 481, p. 24.

Como resultado, as redes tendem a desenvolver suas próprias regras e sistemas legais. Esse fenômeno ocorre algumas vezes informalmente mediante a adoção de formas de comportamento específicas por atores protagônicos (leading actors) ou soluções modelo que criam expectativas que são copiadas por outros atores. Algumas vezes a coordenação é adquirida mediante a harmonização de regulações em nível nacional ou regional, por exemplo, mediante a crescente padronização de acordos ou regras de confiança. Frequentemente, regras e sistemas jurídicos emergem a partir de cooperação intergovernamental e em particular com a assistência de organizações intergovernamentais especializadas. O resultado é a emergência de regimes de direito internacional que possuem suas bases em acordos ou atos de organizações internacionais, tratados especializados e padrões de costume que dizem respeito às necessidades e interesses de cada rede, mas que raramente possuem sentido fora deste mundo.

O pano de fundo das preocupações sobre fragmentação do direito internacional é a intensificação do aparecimento de regras e sistemas jurídicos que não possuem relação hierárquica ou harmônica uns com os outros. As respostas aos conflitos normativos dependem de para quem você pergunta, qual o sistema jurídico está sendo focalizado. As considerações finalizam mencionando que o estudo da CDI procurou dar respostas a questões que a princípio parecem elementares mas que não tem sido formuladas com freqüência: Qual é a natureza das regras ou sistemas especializados e como estas relações 'inter se' podem ser concebidas? Por fim, quais as regras governam estes conflitos?⁷⁷¹

O que está em jogo em certa medida é a eficiência de uma (des)ordem jurídica internacional não hierarquizada. A concepção da unicidade de um corpo

⁷⁷¹ UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682. op. cit., Approved in 13 April 2006. § 482-483, pp. 244-245.

normativo foi de fato fundamental para a formação do Estado, o que acabou na corrente positivista por caracterizar o Estado como um complexo normativo. Na história do direito internacional o contexto político propiciado pelas duas guerras ao longo do século XX permitiu um nível de consenso na comunidade internacional em torno de temas como paz e segurança internacional. O papel desenvolvido pela Organização das Nações Unidas e pela Corte Internacional de Justiça refletem este nível de consenso na produção de normas internacionais.

O desenvolvimento dos regimes criados no âmbito das Nações Unidas e a crescente regulamentação de diversos temas no plano internacional, regional e mesmo transnacional propiciam a expansão desordenada de normas em diversos níveis. A partir da fragmentação do direito internacional talvez seja mais adequado pensar em novos padrões de análise que levem em conta a variedade das fontes legais. *Teubner* explicitou a necessidade de uma formulação ou descrição diferenciada de um corpo legal internacional:

“A worldwide unity of the law, however, would become a threat to legal culture. For legal evolution the problem will be how to make sure that a sufficient variety of legal sources exists in a global unified law. We may even anticipate conscious political attempts to institutionalize legal variation - for example, at regional levels.”⁷⁷²

A institucionalização de variantes legais em nível regional permite reconhecer que sistemas internacional, regional, transnacional e universalista assumem contornos e fronteiras bem delimitadas. Um exemplo relacionado ao direito internacional público é que comparando-se o desenvolvimento da dinâmica das normas acerca de direitos humanos na Europa e na América Latina é possível

⁷⁷² O texto possui ainda outras abordagens pontuais como: (i) a existência de atores na política internacional que ultrapassam a lógica fronteira do Estado - Nação (“invisible social networks”) e; (ii) o raciocínio que os corpos legislativos generalistas irão tornar-se menos importantes com a globalização e que a “lei global” é produzida em um processo auto-organizado de acoplamento estrutural. (TEUBNER, Gunter. *Global Law without a State*. Darmouth Publishing Co. Ltd. Aldershot, 1997. p. 08).

identificar diferenças.⁷⁷³ Percebe-se então que no sentido inverso da construção do direito internacional universal caracterizado pela legitimidade a partir do consentimento estatal, surgem normas válidas que contradizem a noção de um ordenamento jurídico unitário e hierárquico.⁷⁷⁴

O Relatório da CDI acerca da fragmentação do direito internacional revela apenas parte do fenômeno. Sobre a fragmentação do direito internacional existem diferentes visões teóricas e é interessante acrescentar ao debate pelo menos duas: sobre a conexão entre normas e decisões no direito e sobre o pluralismo jurídico na teoria jurídica contemporânea.

4.3.1.1 *Fragmentação segundo o decisionismo de Carl Schmitt*

Carl Schmitt compreendia que as decisões de direito exerciam um papel fundamental a partir do século XIX. Muito embora suas idéias não dissessem respeito ao direito internacional, é possível a partir do decisionismo schmittiano estabelecer considerações sobre o plano jurídico internacional e a partir daí compreender a legitimidade dinâmica no direito internacional também a partir da fragmentação do direito internacional em decisões normativas. O decisionismo em

⁷⁷³ Esta constatação não é consensual. É possível encontrar na literatura argumentos que encontrem mais pontos de convergência do que divergência em matéria de normas materiais e processuais. (BARRETO, Irineu, Cabral. Os sistemas interamericano e Europeu de proteção dos Direitos Humanos. In: III Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Volume I. nr. 1. Belo Horizonte: CEDIN, 2008. pp. 110-132). Antônio Augusto Cançado Trindade parte do pressuposto que os continentes possuem realidades distintas e aponta elementos de convergência: "Malgré les différences entre les réalités propres aux deux continents sur lesquels elles déploient leurs activités, les cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme ont des jurisprudences qui présentent des rapprochements et des convergences." (TRINDADE, op. cit., p.213).

⁷⁷⁴ O relatório da CDI sobre a fragmentação do direito internacional oferece alguns casos específicos sobre esta matéria e, em particular, destaca a possibilidade de arranjos regionais relativos à segurança coletiva conforme o artigo 52 da Carta de São Francisco e também, no plano dos direitos humanos a possibilidade não de exceção à normas universais conforme o relativismo cultural no plano filosófico poderia sugerir mas sim de diferentes implementações. (UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682. op. cit., Approved in 13 April 2006. pp. 118ss).

Carl Schmitt será citado ainda nas considerações sobre interdependência o que também é um reflexo da interrelação entre estes dois fenômenos.

É possível compreender o decisionismo de Carl Schmitt a partir de duas contribuições em especial: “Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität” (Teologia Política: quatro capítulos sobre a teoria da soberania) de 1922 e “Über die Drei Arten des Rechts-Wissenschaftlichen Denkens” (Sobre os três tipos de pensamento da ciência jurídica) de 1934. Em síntese, Schmitt argumenta que o Estado não é somente um complexo normativo, pois além de um sistema de normas existe um sistema de decisões políticas que formam normas. A norma pode definir quem decide mas não define o que é decidido. No ‘Teologia Política’ é onde conceitua que ‘soberano é quem decide na exceção’ e que ‘a força política da decisão é algo diverso do resultado da fundamentação’. Uma decisão retira da norma não o seu ponto de referência legal mas sim a qualidade de seu conteúdo.⁷⁷⁵

No “Sobre os três tipos de pensamento da ciência jurídica” por sua vez caracteriza o positivismo do século XIX (e daí por diante) como uma ligação entre o pensamento legal e o pensamento decisório (normativismo e decisionismo). Argumenta que o dogma da infalibilidade papal da Igreja Católica Romana reuniu um forte elemento do decisionismo jurídico: o papa é infalível enquanto exerce seu ofício como chefe da Igreja. Schmitt encontra também características do decisionismo no Calvinismo nos conceitos de ‘predestinação’ e de ‘Deus’ como absoluta lei. A aplicação de diversos elementos teológicos na representação da soberania a partir do século XVI faz com que famílias e depois outras instituições legítimas exerçam a

⁷⁷⁵ “Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet. (...) Die rechtliche Kraft der Deziision ist etwas anderes als das Resultat der Begründung. Es wird nicht mit Hilfe einer Norm zugerechnet, sondern umgekehrt; erst von einem Zurechnungspunkt aus bestimmt sich, was eine Norm und was normative Richtigkeit ist. Von der Norm aus ergibt sich kein Zurechnungspunkt, sondern nur eine Qualität eines Inhaltes.” (SCHMITT, *Politische Theologie*: op. cit., p. 38).

função decisória em função da autoridade e do poder. O Estado soberano transforma o desordenado e incerto em ordem e certeza. Para o pensamento hobbesiano que na lição de Schmitt é o maior representante do decisionismo, o Estado é o legislador que confere ordem ao estado anárquico de natureza⁷⁷⁶.

O decisionismo de Carl Schmitt não se refere somente à hipostatização do soberano, ou seja, à decisão única em política externa, por exemplo. Em 1934 fazia referência à decisão dos legisladores e dos jurízes como ações determinantes do direito. A certeza, a estabilidade e a coesão com as quais o positivista trabalha é o que a parte da vontade decisionista lhe confere; na realidade é a certeza, a estabilidade e a coesão da vontade da qual a decisão soberana faz a norma ser uma norma válida.⁷⁷⁷ Este é o argumento da terceira parte do Capítulo I do 'Sobre os três tipos de pensamento da ciência jurídica' e é deste tipo de aproximação que Hans Kelsen poderia ter se aproximado com seu sistema dinâmico, ou seja, não somente a descrição do sistema dinâmico enquanto produtor de normas válidas (o que não é problema para as mais diversas teorias jurídicas) mas a descrição da criação e do que são normas válidas. O soberano para Carl Schmitt não é necessariamente o Estado, leia-se juízes e legisladores, mas aquele a quem é possível decidir de forma a tornar normas, normas válidas.

⁷⁷⁶ "(...) aber die unfehlbare Entscheidung des Papstes begründet nicht die Ordnung und Institution der Kirche, sondern setzt sie voraus: der Papst ist nur als Haupt der Kirche kraft seines Amtes unfehlbar, nicht ist umgekehrt der Unfehlbare der papst. (...) Sowol in dem absolutistischen Gottesbegriff Calvins wie in seiner Prädestinationslehre sind theologische Vorstellungen aufgetreten, deren innerer Dezisionismus auch auf die staatlichensouveräniätsvorstellungen des 16. Jahrhunderts (...) Für Hobbes, den größten vertreter des dezisionistischen Typus, ist die souveräne Entscheidung gesetz- und ordnungschaffende staatliche Diktatur in und über der anarchischen Unsicherheit eines vor- und unter-staatlichen Naturzustandes." (SCHMITT, *Über die Drei Arten des Rechts-Wissenschaftlichen Denkens*. (1934) Hamburg: op. cit., pp. 26-29).

⁷⁷⁷ "Die Sicherheit, festigkeit und Unverbrüchlichkeit, auf die der Positivist sich beruft, ist, was den dezisionistischen Bestandteil des Positivismus angeht, in Wirklichkeit nur die Sicherheit, festigkeit und Unverbrüchlichkeit des Willens, dessen souveräne Entscheidung die Norm zu einer geltenden Norm macht." (SCHMITT, *Über die Drei Arten des Rechts-Wissenschaftlichen Denkens*. (1934) op. cit., p. 38).

Muito embora Carl Schmitt estivesse se referindo à realidade da dinâmica jurídica nos Estados nacionais não é difícil adaptar o 'decisionismo' ao plano do direito internacional. O exemplo mais evidente é do Conselho de Segurança das Nações Unidas que detém poder de decidir questões a ele submetidas de forma que suas Resoluções possuem poder vinculante o que levou a doutrina a acrescentar as decisões das organizações internacionais às fontes de direito internacional.⁷⁷⁸ A literatura já indica a capacidade das Resoluções da Assembleia Geral da ONU servirem de fundamento para a evolução jurídica.⁷⁷⁹ As decisões de instâncias judiciárias em nível internacional já previstas nas fontes de direito do Estatuto da Corte Internacional de Justiça complementam as normas internacionais conforme o caso da consolidação da 'opinio juris' como critério da formação do costume. Os Estados nacionais também tomam decisões que podem possuir status de norma internacional como, por exemplo, o caso das decisões unilaterais relativas ao uso dos oceanos anteriores à consolidação do regime internacional proposto a partir da Convenção de Montego Bay de 1982.⁷⁸⁰ Agências internacionais também possuem a

⁷⁷⁸ Este tópico foi mencionado e explorado mais detidamente no Capítulo I desta tese. (cf. BRICHANBAUT, Marc Perrin de. The role of the United Nations Security Council in the International Legal System. In: BYERS, Michael (org.). *The role of Law in International Politics: essays in international relations and international law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 26)

⁷⁷⁹ "Daher beschränkt sich die Bedeutung der Resolutionen im Hinblick auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze darauf, dass sie entweder deklaratorisch wirken oder aber eine Grundlage für die künftige Rechtsentwicklung darstellen." (VITZTHUM, op. cit., p. 73). „Certain resolutions of the Assembly are binding upon the organs and member states of the United Nations. Other resolutions, however, are not legally binding and are merely recommendatory, putting forward opinions on various issues with varying degrees of majority support. (...) Nowadays, the situation is somewhat more complex. The Assembly has produced a great number of highly important resolutions and declarations and it was inevitable that these should have some impact upon the direction adopted by modern international law." (SHAW, op. cit., p. 108).

⁷⁸⁰ O exemplo é dado pelo jogo de forças ao longo das iniciativas políticas que culminaram na formulação do regime para o uso dos oceanos. O caso é significativo também porque na medida em que critérios normativos adotados por Estados individualmente foram determinantes para a definição do que se tornaria norma internacional. A este respeito o registro histórico indica que grupos de países latino - americanos começam a formar uma coalizão em direção à adoção internacional do limite de duzentas milhas marítimas de mar territorial, o que fora estipulado unilateralmente pela Argentina em 1966 e pelo Uruguai em 1969. Mesmo considerando que a matéria estava passível de discussões oficiais em fóruns internacionais, em 28 de junho de 1980 os Estados Unidos da América deram autorização unilateral, mediante lei interna, para seus nacionais explorarem e explorarem os recursos de águas internacionais o que foi seguido de forma similar pela França, República Federativa da Alemanha, Japão, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Reino Unido. As delimitações dos limites marítimos são decisões soberanas com

capacidade de decidir questões internacionais conforme é o caso das finanças ambientais em nível internacional e existe mesmo o mercado paralelo de créditos de carbono que aplicam eficientemente normas de direito internacional.⁷⁸¹

O impacto das decisões no direito internacional capazes de gerarem direitos mereceria um estudo à parte no plano teórico descritivo do direito internacional. Um exemplo adicional que poderia ser dado neste sentido. A Human Rights Commission das Nações Unidas reconheceu no teor da Resolução 7/19, aprovada em 27 de março de 2008, que a difamação religiosa no contexto da guerra contra o terror é um agravante para a violação de direitos fundamentais ao que enfatiza que o respeito à religião é um elemento essencial para a liberdade de pensamento, consciência e religião.⁷⁸² Apesar desta Resolução ser uma decisão sobre direitos fundamentais em nível internacional foi aprovada por 21 votos a 10 com 14 abstenções.

A Resolução 7/19 é um exemplo de uma decisão com conteúdo normativo, nos termos dos processos da formação de determinação de normas internacionais. Apesar da importância do conteúdo do convencimento jurídico trazido pela Resolução ser evidente, é questionável a legitimidade em termos de consenso, ainda mais considerando que são direitos destinados aos cidadãos mundo que participam fragmentariamente do processo decisório. Deixadas à parte

impacto no sistema jurídico internacional. (cf. DUPUY, R.-J.; VIGNES, D. *A Handbook on the New Law of the Sea*. Vol. 1. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. p. 42).

⁷⁸¹ O sistema financeiro ambiental encontra-se em plena expansão normativa no sistema político internacional; expansão normativa em parte atrelada às iniciativas formais dos protocolos de Quioto e parte exercida paralelamente por atores corporativos e privados. (Entrevista com Fernanda B Muller do Departamento de P&D da empresa de Consultoria ' Carbono Brasil realizada em 15 de agosto de 2008.)

⁷⁸² "5. Recognizes that, in the context of the fight against terrorism, defamation of religions becomes an aggravating factor that contributes to the denial of fundamental rights and freedoms of target groups and their economic and social exclusion; (...) 10. *Emphasizes* that respect of religions and their protection from contempt is an essential element conducive for the exercise by all of the right to freedom of thought, conscience and religion;" (HUMAN RIGHTS COMMISSION. Resolution 7/19. Combating Difamations of Religion. 27 March 2008)

questões de legitimidade relativas ao consenso, a Resolução é um exemplo de determinação de direitos fundamentais pela decisão o que acrescenta argumentos à hipótese de fragmentação e interdependência no direito internacional nos termos em que estes fenômenos são descritos neste capítulo.

As decisões em direito internacional expandem o alcance normativo e conferem ao sistema jurídico internacional uma característica dinâmica. Por isso que Carl Schmitt contrapunha a imobilidade do normativismo ao movimento do decisionismo e argumentava que os três elementos da unidade política (referindo-se ao Estado nacional) são Estado, movimento e povo⁷⁸³. As decisões políticas além de criarem normas permitem que existam decisões jurídicas as quais mantem o sistema jurídico em constante movimento. Neste sentido que decisões podem ser tidas como aspectos normativos fragmentários pois criam normas enquanto comandos válidos e não necessariamente o conteúdo da decisão é pura aplicação da norma.

4.3.1.2 *Fragmentação segundo o pluralismo jurídico*

A convergência em torno do chamado pluralismo jurídico, ou seja, do reconhecimento de regras válidas, segundo o binômio legal/não legal que desafiam a possibilidade de unicidade e mesmo a constitucionalização do direito global não é uma característica isolada da contribuição habermasiana. A este respeito Habermas reconhece os diferentes planos do sistema internacional e enfrenta no plano teórico a possibilidade da constitucionalização capaz de conferir unidade ao sistema mundial. Ficou registrado no primeiro capítulo que a pluralidade de atores atingidos

⁷⁸³ “Und während der Normativist in seiner Entartung das Recht zum bloßen Funktionmodus einer staatlichen Bürokratie macht und der Dezisionist immer in der Gefahr steht (...) So lassen sich die drei Sphären und Elemente der politischen Einheit – Staat, Bewegung, Volk – den drei juristischen Denktypen sowohl in deren gesunden wie in ihren entarteten Erscheinungsformen zuordnen. (SCHMITT, *Politische Theologie*: op. cit., p. 08).

pelo direito internacional faz com que a questão do consenso das normas seja debatido a partir da participação de Estados e cidadãos mundo nos processos decisórios legais.⁷⁸⁴

David Kennedy e Gunter Teubner são exemplos de autores que trabalham com o reconhecimento destes diferentes planos mas chegam a diferentes conclusões sobre o assunto. Os estudos sobre a *lex mercatoria* de Teubner apontam para a existência de normas produzidas fora do plano político legislativo ou de validade do direito internacional.

“A global merchant's law would belong to the multitude of fragmented legal discourses, whether the discourse is of state law, of rules of private justice or regulations of private government that play a part in the dynamic process of the mutual constitution of actions and structures in the global social field. Nor is it the law of nationstates but a symbolic representation of validity claims that determines their local, national or global nature.”⁷⁸⁵

Em outros trabalhos Teubner retornará ao argumento acerca de regras existentes no plano mundial conforme é o caso da ‘*lex digitalis*’ e do regime de patentes no ‘*Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft*’ (Dois tipos de pluralismo jurídico: colisão de normas na dupla fragmentação da sociedade global). Nesta contribuição explicita como o direito nacional colide com o transnacional e mesmo com normas da cultura indígena. Como o próprio nome sugere, a dupla fragmentação da sociedade global diz respeito ao transnacional e cultural.⁷⁸⁶ A pergunta é se a questão deve ser

⁷⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten weltgesellschaft. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfried; KIRSTE, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21 Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008

⁷⁸⁵ O código legal/não-legal importado das reflexões de Luhman permite o reconhecimento de normas mesmo no plano global as quais obedecem a um sistema de validação simbólico, ou seja, não obedecem ao sistema de validação legal na perspectiva da dogmática jurídica internacionalista. (TEUBNER, *Global Law without a State*. Darmouth Publishing Co. Ltd. Aldershot, 1997. p. 10)

⁷⁸⁶ “In der Kollision nationalen Rechts mit dem Recht transnationaler Regimes und mit Normen indigener Kulturen muß die Frage entschieden werden, ob es sich um eine Kollision mit genuinen Rechtsnormen oder mit sozialen Normen handelt. Entgegen anderen rechtspluralistischen Positionen ist es wichtig, nicht einfach jeglichen sozialen Normen Rechtsqualität zuzumessen.” (TEUBNER, Gunther; KORTH. *Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft*In: KÖTTER, Peter Matthias; SCHUPPERT Gunnar Folke (Hrsg.). *Normative Pluralität ordnen*. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 25).

tratada como colisão de normas sociais ou com genuínas normas jurídicas? Também no, *Kannibalisierung des Wissens: Schutz kultureller diversität durch transnationales Recht?* (Canibalização do conhecimento: a proteção da diversidade cultural mediante o direito transnacional?) recorre às questões de conflito entre o conhecimento cultural indígena e os interesses farmacêuticos e a questão das patentes.⁷⁸⁷ Estes casos ficam mais complexos na medida em que o direito internacional gradualmente passa a proteger o patrimônio cultural indígena e então estas normas sociais são reincluídas no sistema na forma de normas internacionais e, dependendo da previsão constitucional, direitos fundamentais. Estes conflitos meramente ilustrativos trazidos por Teubner sugerem que existe uma fragmentação normativa que é possível perceber na possibilidade de colisão política e jurídica mas não necessariamente, é verdade, é uma fragmentação de normas internacionais genuínas. A conclusão de Teubner é que não existe somente um conflito político mas um conflito entre sistemas sociais⁷⁸⁸ conforme pode ser observado no relatório Koskenniemi:

“In a sociological sense, they may even be said to express different social rationalities: a clash between them would appear as a clash of rationalities - for example, environmental rationality against trade rationality, human rights rationality against the rationality of diplomatic intercourse. Thus described, fragmentation of international law would articulate a rather fundamental aspect of globalized social reality itself - the replacement of territoriality as the principle of social differentiation by (non-territorial) functionality.”⁷⁸⁹

A contribuição de Gunter Teubner e Fischer Lescano acerca da colisão de regimes internacionais oferece tratamento diverso à questão da fragmentação do

⁷⁸⁷ TEUBNER, Gunther. *Kannibalisierung des Wissens: Schutz kultureller iversität durchtransnationales Recht?* In: Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Lesley Jane Smith (Hrsg.) *Haftungsrecht im dritten Millenium: Liber amicorum Gert Brüggemeier*. Baden Baden: Nomos, 2009. pp. 553-576.

⁷⁸⁸ “Dann wird deutlich, dass den Regime-Kollisionen nicht bloß policy-Konflikte, sonderngesellschaftliche Systemkonflikte zugrundeliegen (TEUBNER, Gunther. *Kannibalisierung des Wissens: Schutz kultureller iversität durchtransnationales Recht?* In: Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Lesley Jane Smith (Hrsg.) *Haftungsrecht im dritten Millenium: Liber amicorum Gert Brüggemeier*. Baden Baden: Nomos, 2009. p. 558).

⁷⁸⁹ UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682 op. cit., Approved in 13 April 2006.

direito internacional. Sugerem que a análise possa ser ampliada de forma a compreender o problema como a fragmentação do direito global. Observam que existem regimes autônomos relativos à 'lex mercatoria' no campo do comércio e a 'lex digitalis' no campo da internet. Ambos pertencem ao plano do direito transnacional em oposição aos mecanismos de construção de normas jurídicas válidas disponibilizados pelas fontes dos estados nacionais e pelo direito internacional.⁷⁹⁰ Entendem estes fenômenos como regimes em virtude de serem um conjunto de princípios, normas, regras e formas de decisão conforme o sugerido por Krasner.⁷⁹¹

Teubner e Lescano suscitam a possibilidade de conflitos não somente entre normas de direito internacional mas conflitos societários entre diferentes tipos de racionalidades normativas. Assinalam ainda que a construção de regimes autônomos no campo privado amplia-se na regulamentação de setores bancários, de seguros, e de transportes.⁷⁹² A aproximação sociológica dos autores pode ser remetida ao princípio da eficácia utilizado por Hans Kelsen: é possível observar relações jurídicas no plano internacional no sentido da existência de normas e do reconhecimento de personalidades jurídicas conscientes da juridicidade dos pactos firmados. O que ocorre neste caso é que estas relações não ocorrem segundo o sistema de validação de normas do direito internacional ou do direito estatal o que faz com que os autores denominem o sistema de direito global ou transnacional.

⁷⁹⁰ TEUBNER, Gunter; FISHER-LESCANO, Andreas. *Regime-Collisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2006. p. 44.

⁷⁹¹ KRASNER, S. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. In: *International Organization*, Massachusetts, no. 36, 2, spring, 1982. p. 185.

⁷⁹² "Die Bildung der Privatregimes geht vielmehr auf Bemühungen zurück, das Verhängen von einer breiten Vielfalt nicht-staatlicher Akteure – einschließlich privater wie öffentlicher Körperschaften banken und versicherungen, Flug- und Schffsgesellschaften – zu regulieren. (...) Es geht nicht mehr nur um Policy-Konflikte, die zwischen verschiedenen regulatorischen Regimes ausgetragen werden, die aber zugleich einer politischen macht-oder Verhandlungslösung offen stehen. Sondern Regime-Kollisionen spiegeln vielfältige Konflikte zwischen gesellschaftlichen Systemrationalitäten wider." (TEUBNER; FISHER-LESCANO, op. cit., p. 47).

Os comentários de Lescano e Teubner sobre a fragmentação do direito internacional tratam de uma ordem específica de fenômenos. Contudo, a utilização destas contribuições possui um objetivo mais amplo do que enriquecer o debate sobre a fragmentação na sociedade mundial. É possível adotar o princípio da eficácia conforme utilizado por Hans Kelsen na teoria pura do direito para reconhecer a ordem internacional e a formulação teórica da norma fundamental a partir dos dados fornecidos pelas contribuições do pluralismo jurídico? É possível reconhecer que no sistema jurídico global existem diferentes tipos de normas e de personalidades além do contexto das soberanias nacionais enquanto unidades políticas personificadas. Nesta perspectiva a norma fundamental pode ser considerada o fundamento de validade e de legitimidade de normas internacionais na perspectiva dos Estados nacionais e da sociedade formada por eles a qual reconhece também a personalidade de Organizações Internacionais.

O pluralismo jurídico pode ser um teste da resistência da norma fundamental à facticidade e efetividade de normas na sociedade internacional. Hans Kelsen recorre à formulação da norma fundamental para explicar os sistemas de validades de normas. Nos parâmetros segundo os quais foi apresentada a norma fundamental no terceiro capítulo, as normas transnacionais entre atores privados são válidas na perspectiva da efetividade de um ordenamento jurídico (regimes autônomos privados) e da consciência de obrigatoriedade dentre os atores que pactuam os quais podem ser indivíduos, corporações, empresas. Estas normas em diferentes planos citadas pelo pluralismo jurídico podem ser consideradas válidas porque estão de acordo com os pressupostos da norma fundamental ainda que exista uma clara diferença entre o direito internacional e um sistema de normas e relações jurídicas no plano transnacional global.

A pergunta que surge então é se seria a norma fundamental na teoria pura o fundamento de validade somente de normas internacionais e nacionais. Na medida em que a norma fundamental é o fundamento de validade do ordenamento jurídico internacional o sentido do processo mental necessário ao reconhecimento de uma norma pressuposta não limita a norma fundamental somente às normas de direito internacional público. A norma fundamental na teoria pura do direito possui a função de reconhecimento de normas válidas na sociedade global porque diz respeito às relações jurídicas como um todo.

David Kennedy reconhece o pluralismo normativo e a fragmentação dos atores globais e adjetiva o projeto normativo cosmopolita como uma fantasia das elites em virtude de não existir uma comunidade internacional.⁷⁹³ Registra a atenção acadêmica em torno de temas como fragmentação, desagregação e multiplicidade da ordem legal internacional. Propõe que deveria ser dar um 'break' dos projetos de elaboração e celebração da normatização do universalismo humanista em direção a uma visão pluralista do direito. O que Kennedy sugere é o reconhecimento de diversos fenômenos no direito internacional que atingem a disciplina e as próprias relações sociais.

“As I see it, defining ‘international law’ as, say ‘the rules which bind sovereign states in their relations with one another’ is not a description of the world. It is the symptom of a sensibility. International law is a group of people pursuing projects in a common professional language. One of their projects is to promote the idea that there is ‘international law’ outside their efforts, and that it ‘governs’ sovereign states, and that it is, by and large, a good thing – there should be more of it.”⁷⁹⁴

⁷⁹³ “There is no one ‘international community’. The phrase refers to the particular elite who are the audience for the global media. We must recognize the idea that they share a ‘consensus’ view of global political or ethical matters- or that their views condense the attitudes of humanity – as a fantasy.” (KENNEDY, *Two, Three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream*. op. cit., p. 658)

⁷⁹⁴ KENNEDY, op. cit., p. 650.

A contribuição de Kennedy no artigo ‘One, two, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream’ adverte que o pluralismo legal não é um fato sobre o mundo, é uma experiência profissional. A experiência do pluralismo legal surge quando a ordem jurídica sofre uma aproximação sociológica: se observa o que a lei é por meio do que ela faz. O pluralismo jurídico é o reconhecimento que a incomensurabilidade, da falta de coerência “it is legal pluralism when we have to put something on the map that doesn’t fit”.⁷⁹⁵

A natureza e o contexto da governança global – Kennedy parte do pressuposto que o mundo é governado, não coerentemente mas governado – mudou e reduziu o espaço para uma comunidade internacional falar com uma voz ética única.⁷⁹⁶ As Nações Unidas neste sistema podem ser um símbolo para uma série de coisas; mas, desastres naturais, poluição transnacional, problemas sanitários globais, desemprego e desenvolvimento irão encontrar soluções em outros planos. O mundo é governado por ‘experts’ que estruturam seu mundo de forma que não se consegue distingui-los e responsabilizá-los, o que, conseqüentemente, não possibilita a mudança de suas ações. O pluralismo jurídico possibilita visualizar os experts.⁷⁹⁷

O pluralismo legal ao qual Kennedy faz menção é uma constatação prática acerca da efetividade de normas legais no mundo. Procura esclarecer que existem diferentes visões de direito internacional além da tradicional concepção de um projeto voltado ao governo de países soberanos para evitar a guerra. Nestes termos, o pluralismo jurídico reconhece a existência de ordens jurídicas internacionais efetivas o que reforça a percepção do sistema de normas no âmbito

⁷⁹⁵ KENNEDY, op. cit., pp. 642 e 644.

⁷⁹⁶ Ibidem, p. 646.

⁷⁹⁷ Ibidem, p. 647.

internacional como intensamente produtor e especializado. Fenômenos observados nas relações internacionais após a segunda guerra como a intensa produção de normas e a especialidade dos ramos do direito internacional também indicam a fragmentação do direito internacional. O pluralismo jurídico fala da fragmentação do direito internacional a partir de um contexto científico jurídico.⁷⁹⁸

Em que medida então a fragmentação poderia ser um fator dinâmico de legitimidade? A resposta a esta questão – conforme os dois primeiros capítulos procuraram apontar – depende da concepção de norma, de sistema jurídico e de legitimidade que se adota. A fragmentação do direito internacional, nos termos em que é descrita por Kennedy, Teubner ou pela Comissão de Direito Internacional gera o debate sobre o que são normas internacionais. Não é sem sentido a lição de Kelsen que a função essencial do direito internacional é determinar as esferas de validade das ordens jurídicas estatais por meio da ordem jurídica internacional⁷⁹⁹. Possui sentido a crítica de Kennedy quando diz que o que está acontecendo no mundo real pode não caber nos modelos dogmáticos crítica esta com o mesmo conteúdo da de Fred Halliday quanto à correspondência do objeto de estudo ao que existe efetivamente no mundo exterior.⁸⁰⁰

A legitimidade é um fenômeno que pode ser observado no plano do sistema jurídico (atores, crenças, culturas, decisões) ou no plano das propriedades da norma (determinação, validação simbólica, coerência aderência, etc...). A percepção de legitimidade no campo normativo internacional gera a capacidade da norma de exercer atração em direção ao seu comando e esta capacidade de gerar

⁷⁹⁸ KENNEDY, op. cit., pp. 651ss.

⁷⁹⁹ KELSEN, *Principles of International Law* (1952). op. cit., pp. 202ss

⁸⁰⁰ HALLIDAY, Fred. International Relations and its discontents. In: *International Affairs*, Volume 71, Issue 4, Special RIIA 75 th Anniversary Issue (Oct. 1995). p. 734.

cumprimento do comando dá-se sem o recurso à força. A legitimidade possui relação com o consenso e aqui também o tema pode se desdobrar em diversos vieses frente ao desafio da democracia na sociedade internacional. O pluralismo jurídico auxilia a compreender o elemento dinâmico da legitimidade na medida em que existem diversas áreas não regulamentadas pelo direito internacional e isto não quer dizer que não existam normas enquanto comandos, compromissos ou padrões de comportamento exigíveis, aceitos por pessoas com capacidade jurídica. O pluralismo jurídico ajuda a compreender também que estas normas que são produzidas na sociedade internacional mas fora do sistema político internacional formam uma matriz normativa que alimenta o sistema de law making. Em outras palavras, os consensos não surgem somente a partir ou no momento das negociações diplomáticas mas são resultado de processos societários que criam padrões normativos em diversos planos.

A possibilidade de conciliação entre o pluralismo jurídico e a dogmática do direito internacional público é uma questão em debate. É possível dizer que o pluralismo jurídico de Teubner e Kennedy trabalha com um padrão normativo diverso do padrão tradicional internacional. O relatório Global Trends e mesmo o Relatório Koskenniemi da CDI apontam para a existência destas novas formas de legitimação no direito internacional que criam consensos em níveis transnacionais e regionais. É neste sentido também que Habermas entende que a constitucionalização do direito internacional não é possível sem a participação da sociedade civil internacional pois a crescente regulamentação na sociedade internacional, ainda prevalentemente protagonizada por Estados e organizações internacionais, corre o risco do déficit de legitimidade. Por outro lado, o quanto mais intensas forem as decisões e regulamentações na sociedade internacional que

atinjam cidadãos mundo, maior será a legitimidade das normas fragmentadas originárias da matriz normativa constituída fora do sistema político internacional. Legitimidade neste contexto consiste em construção de consensos jurídicos.

Koskenniemi também compreende que o direito internacional é uma base que confere qualidade ao argumento jurídico e não necessariamente define o resultado da dinâmica normativa quando da aplicação concreta do direito⁸⁰¹. A legitimidade dinâmica a partir da fragmentação do direito internacional, seja a partir da expansão desordenada de normas, seja a partir do papel das decisões jurídicas, seja a partir da ótica do pluralismo jurídico é o que Tércio Ferraz compreende por momentos de força:

Assim, o fundamento da legitimidade é sempre momento de força, que procura justificar, estando, pois, pelo menos implicitamente, referido a uma fundamentabilidade discursiva, isto é, possibilidade de que a posição normativa seja justificável e defensável quando criticada, devendo-se notar, porém, que esta referência implícita, por sua vez, não é consequência de si própria, mas de uma cosmovisão garantidora de dominação, numa palavra, ideologia.⁸⁰²

A partir das contribuições mencionadas nesta seção é possível sistematizar três argumentos sobre a fragmentação do direito internacional: no sentido do Relatório da CDI, das decisões em direito internacional e do pluralismo jurídico. A fragmentação neste contexto do direito internacional diz respeito à legitimidade de normas e deve ser compreendida mais no sentido da inaplicabilidade da norma fundamental enquanto fundamento único de legitimidade.

⁸⁰¹ "(...) legal arguments do not produce substantive outcomes but seek to justify them. As a language of justification, international law is a means to articulate professional preferences or positions in a formal fashion, accessible to professional analysis." (KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 570)

⁸⁰² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In: MERLE, Jean-Christophe, MOREIRA, Luiz (org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Editora Landy, 2003. p. 295

A fragmentação do direito internacional desconstitui a possibilidade da norma fundamental enquanto fundamento único de legitimidade do direito internacional. Por outro lado alguns elementos da teorização da norma fundamental do positivismo permanecem e fazem sentido no direito internacional contemporâneo. Estes elementos são o princípio da eficácia que reconhece não só a facticidade mas eficácia de normas internacionais. O princípio da eficácia permite reconhecer que existe um sistema jurídico – Kelsen denomina ordenamento jurídico – internacional. O reconhecimento de pessoas jurídicas de direito internacional também permanece na medida em que o Estado nacional continua a ser a unidade de organização política com maior capacidade de legitimar e validar normas no plano internacional. Por fim, a norma fundamental é o pressuposto do pensamento que permite que comandos, decisões e directivas sejam tidos como obrigações jurídicas a partir do momento em que é pressuposto que existe consciência jurídica de complexos normativo-decisórios e que sujeitos de direito internacional comportam-se segundo normas.

A efetividade das relações jurídicas em nível internacional demonstra que o sistema de validação de normas não obedece à noção de um ordenamento jurídico escalonado. A colisão de regimes, a capacidade normativa de decisões políticas e a pluralidade de normas internacionais demonstram que a norma fundamental não basta por si só para explicar o comportamentos de sujeitos de direito internacional segundo normas. Este raciocínio em parte é uma aplicação da segunda parte do capítulo segundo deste trabalho que identifica diferentes formas de normas, de sujeitos de direito internacional e também de legitimidade de normas internacionais.

Os consensos em nível internacional dão lugar à entrada de novos atores em relações internacionais. Assim, o consenso a partir das normas fundamentais dos Estados Nacionais, ou seja, a partir do consenso entre Estados nacionais assim identificados a partir do complexo normativo personificado cede lugar para consensos a partir de cidadãos mundo os quais podem ocorrer no plano regional e transnacional. A norma fundamental é o pressuposto que garante o reconhecimento de soberanias mas a legitimidade de normas internacionais obedece também a consensos entre atores em nível transnacional e regional mesmo que o padrão de validade destas normas seja prevalentemente estatocêntrico.

A diferença entre validade e legitimidade a partir da perspectiva jurídica é fundamental para compreender a inaplicabilidade da norma fundamental enquanto fundamento único de legitimidade de normas internacionais. Partindo-se do predomínio do requisito do consentimento formal, normas internacionais são validadas a partir do depósito do instrumento de ratificação. Isto significa que a norma internacional é válida para determinado país e entra em vigor internacionalmente segundo o dispositivo contido no próprio instrumento normativo (tratado), por exemplo, a partir de um número mínimo de ratificações. Já a legitimidade de normas internacionais não depende das normas fundamentais nacionais e sim, e cada vez mais, de uma pluralidade de atores atingidos pelas regras, como por exemplo, empresas, corporações, ONGs, coalizões de países.

A fragmentação do direito internacional não pode ser dissociada do fenômeno da interdependência e por isso a forma como estes dois fenômenos geram legitimidade dinâmica de normas será tão mais efetivo, na prática, quanto mais associados estiverem. A forma como a fragmentação, as decisões e o

pluralismo de normas e sujeitos interage no direito internacional em termos de interdependência é a segunda parte de um mesmo argumento no sentido do elemento dinâmico da legitimidade. Por isto, a seção subsequente deve ser entendida como a continuação do argumento apresentado até aqui.

4.3.2 Interdependência no direito internacional

Interdependência é um conceito amplamente utilizado em teoria de relações internacionais. Robert Keohane e Joseph Nye são alguns dos pesquisadores que contribuíram para a teorização da noção de sociedade internacional interdependente. Propõem a idéia de uma sociedade internacional marcada pela conectividade entre os atores mundiais que estão sujeitos à sensibilidade e vulnerabilidade enquanto aspectos da globalização. A interdependência neste conjunto explicativo diz respeito a características tão diversas como economia internacional, poder militar, meio ambiente e aspectos sociais e culturais.⁸⁰³

Interdependência não se confunde com globalismo. Segundo Keohane e Nye a interdependência é um estado das coisas, que pode aumentar conforme o observado no período após a segunda guerra mundial ou pode diminuir conforme os acontecimentos após a grande depressão de 1930. Por globalismo os autores entendem que é o estado do mundo envolvendo redes de interdependência multicontinentalmente distantes conectadas por capitais e bens, informações e idéias, pessoas e forças bem como pelo meio ambiente e substancias biologicamente relevantes. A globalização e a desglobalização referem-se ao

⁸⁰³ KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph. *Power and interdependence*. 2. ed., Glenview: Foresman and Company, 1985.pp. 231-232.

aumento e ao declínio do globalismo.⁸⁰⁴ Em outras contribuições dos autores são observadas as implicações da interdependência complexa: é o caso da limitação do poder de uma superpotência conforme o observado na obra de Nye 'The Paradox of the American Power', e no 'After Hegemony' de Keohane de 1984. Num contexto geral, argumentam que valores e interesses comuns podem induzir Estados à cooperação em torno de valores ou interesses.

Em outras reflexões no campo de estudo teórico das Relações Internacionais é possível identificar a observação da interdependência na política internacional muito embora as análises sejam diferentes do pluralismo de Keohane e Nye. Mesmo autores realistas admitem a premissa de um mundo interdependente e a este respeito destaca-se o argumento acerca de 'self constraints' em relação ao exercício de hegemonia,⁸⁰⁵ 'hegemonia benigna' ou mesmo o conceito 'balance of power' como um refreador de coalizões anti – hegemônicas.⁸⁰⁶ Outros autores utilizarão o conceito de Império como mais apropriado evitando inserir em um sistema teórico a noção de hegemonia⁸⁰⁷ e em particular no estudo de Watson a metáfora do pêndulo é útil para explicar a oscilação entre independências múltiplas e império. Muito embora as idéias referidas digam respeito a sistemas teóricos com distanciamentos explicativos expressivos há um elemento de conexão entre eles que é a admissão de uma resposta sistêmica aos vetores do poder estatal.

⁸⁰⁴ KEOHANE, op. cit., p. 229

⁸⁰⁵ KISSINGER, Henry. *Does America need a Foreign Policy? Toward a Diplomacy for 21st Century*. New York: Simons & Shuster, 2001; IKENBERRY, G. John. Institutions, Strategic Restraint and the Persistence of American Postwar Order. In: *International Security*, Vol. 23, No. 03 (Winter, 1998-1999). pp. 43-78.

⁸⁰⁶ WALTZ, Kenneth N.. *Theory of International Politics*(1979). London: Routledge, 1991.

⁸⁰⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000; WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

O artigo de Edythe E Weeks 'After interdependence: aren't we back to hegemony' analisa o regime para o uso dos oceanos a partir de teoria de relações internacionais. Trabalha com a idéia que a interdependência pode ser um fenômeno passageiro frente à crescente unipolaridade por parte dos EUA. A partir da análise da postura dos EUA em relação à Montego Bay, Weeks conclui que mesmo na posição de potência hegemônica os EUA tentam manter a percepção que 'it is playing ball', ou seja, exercitar seu poder pode resultar na revogação do consentimento global em torno de sua hegemonia e que mesmo o hegemôn tem que cooperar para manter o consenso e aquiescência⁸⁰⁸. Este estudo de caso indica que os EUA podem mover-se em direção à anuência com a norma – neste caso consentimento pois trata-se da ratificação de Montego Bay - mesmo que esta não atenda a seus interesses imediatos, em função, segundo a autora, da interdependência.

A Organização das Nações Unidas reconhece também o fenômeno da interdependência. Este tipo de reconhecimento de fenômeno político possui maior expressividade após a Declaração do Milênio e pode ser observado com particularidade na Resolução 60/204, aprovada pela Assembléia Geral em 22 de dezembro de 2005, sobre o papel das Nações Unidas na promoção do desenvolvimento no contexto da globalização e interdependência. Nesta Resolução a interdependência é apresentada como uma característica da globalização com ênfase nos aspectos econômicos e financeiros que conectam os níveis nacional, internacional e sistêmico.⁸⁰⁹

⁸⁰⁸ WEEKS, Edythe E.. After interdependence: aren't we back to hegemony? Revisiting interdependence and the law of the sea, in a unipolar era. *In: Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et politiques*. Nr. 81. Geneve: Siege Europeen de L'Organization des Nations - Unies, 2003. (p. 144)

⁸⁰⁹ "(...) the increasingly globalizing interdependent world economy, a holistic approach to the interconnected national, international and systemic challenges of financing for development, namely, sustainable, gendersensitive and people-centred development." (UNITED NATIONS, op. cit.,

A preocupação central das considerações sobre interdependência na sociedade internacional são elementos introdutórios e informativos do argumento sobre a interdependência no sistema internacional. Conforme se procedeu na seção anterior sobre fragmentação, a breve referência à interdependência na sociedade internacional permite que se compreenda que a interdependência normativa é também resultado da interdependência sistêmica. Prefere-se o termo interdependência sistêmica à interdependência complexa a fim de não vincular o raciocínio à uma referência teórica definida. O termo interdependência sistêmica também sugere que existem o sistema societário internacional do qual um subsistema é o sistema político internacional e no sistema político um subsistema é o jurídico.

Recorrer ao argumento sistêmico pode se tornar uma estratégia evasiva pois, afinal, o que é sistêmico, ou melhor, o que não é sistêmico? Somente Deus talvez não o seja e mesmo assim há quem afirme que é Trino. O meio-ambiente, o homem, a política, tudo pode ser de certa forma, sistêmico. Nestes termos, o efeito da referência ao 'sistêmico' realiza somente um milagre no argumento científico: consegue não o tornar ridículo. Encontra-se num grupo de palavras mágicas que possuem a capacidade de serem percebidas de diferentes formas dependendo do contexto no qual são utilizadas. Como os fatos nas relações internacionais pertencem a um plano de ação onde atuam diferentes atores e forças o recurso retórico ao 'sistêmico' e mesmo à 'legitimidade' trazem consigo somente responsabilidades para o pesquisador: demonstrar as causalidades e os vínculos aos quais está fazendo referência. O perigo do recurso ao argumento sistêmico foi bem exemplificado por Merquior que o caracteriza como um fantasma:

Muitos teóricos das relações internacionais enchem efetivamente a boca com o vocabulário sistema e vários fazem da sua intenção de usar abordagens sistêmicas o penhor da cientificidade de seus métodos, mas a verdade é que esta alegada perspectiva sistêmica permanece no mais das vezes, puramente verbal, ou mágico verbal (como se os modelos de sistemas internacionais fossem brotar, autênticos e rigorosos de sua mera invocação ritual) (...) Nessas condições, longe de assinalar a maturidade científica da disciplina, o fetichismo do sistêmico indica, na realidade, uma espécie de doença infantil. Em relações internacionais o culto do fantasma sistêmico (fantasma no duplo sentido de miragem e de desejo inconsciente) representa a rigos uma forma particularmente virulenta do sarampo funcional-estruturalistaem teoria sociológica e ciência política.⁸¹⁰

A passagem ilustra de forma eficiente o caminho argumentativo que este trabalho deve ter o cuidado de não tomar. Para tal, a interdependência deve ser compreendida como interdependência no sistema jurídico e procura-se acrescentar argumentos à hipótese acerca da interdependência no sistema jurídico internacional como em parte resultado da interdependência do sistema social e político internacional. Repete-se a opção metodológica da seção anterior ou seja, os argumentos procuram menos reforçar a hipótese de interdependência no direito internacional do que evidenciar que a norma fundamental do positivismo jurídico é inaplicável enquanto único fundamento de legitimidade de normas internacionais. Conforme o desenvolvido no caso anterior também argumenta-se em que medida a interdependência no direito internacional é um fator de legitimidade dinâmico.

Alguns aspectos factuais da relação entre interdependência no sistema internacional e interdependência normativa foram mencionados nos dois casos ilustrativos. No caso da implantação das unidades de inteligência financeira a necessidade de combater uma ameaça transnacional gerou a necessidade da criação de normas de amplo alcance societário. Neste caso também se observou que as Recomendações do GAFI eram utilizadas como critérios procedimentais no banco Mundial e no Fundo Monetário Internacional. No caso da tutela da Floresta de Iwokrama a percepção de ameaça ambiental por parte de setores corporativos

⁸¹⁰ MERQUIOR, In: LAFER, et al, op. cit., pp. 63-64.

propiciou que grupos de investidores buscassem no sistema financeiro ambiental possibilidade de lucros e de aplicação de normas de direito internacional. Neste segundo caso a interdependência normativa dá-se no sentido de a possibilidade da concessão de créditos de carbono e de indexação de florestas depender de sistemas de decisão criados por normas internacionais. Também é perceptível que o regime ambiental internacional exercerá atração para o cumprimento de normas na medida em que normas aprimorem o sistema conferindo maior determinação aos comandos e as decisões propiciarem benefícios concretos aos atores envolvidos.

A interdependência no sistema societário internacional pode ser compreendida em vários níveis. Conforme Keohane e Nye afirmaram e foi mencionado no caso da tutela das florestas de Iwokrama pode-se falar em um sistema ambiental internacional interdependente e por isso a ameaça ambiental seria uma preocupação comum assim como as epidemias e pandemias na dimensão da saúde humana. Pode-se falar também em termos de interdependência em termos de relações econômicas e financeiras internacionais que é perceptível nas grandes crises financeiras. A opinião pública e a denominada moralidade universal citada nas reflexões de Austin⁸¹¹ e resgatadas por Hans Morgenthau⁸¹² e

⁸¹¹ AUSTIN, op. cit., pp. 140-141.

⁸¹² Hans Morgenthau dedica-se ao estudo do assunto mais não atribui à opinião pública um papel decisivo justamente por causa da natureza fragmentária das concepções morais e políticas: “Exerce ela uma influência restritiva sobre as políticas externas de governos nacionais? A resposta só poderá ser negativa. A história moderna não registra sequer um exemplo de governo que tenha sido levado a abandonar qualquer uma de suas políticas externas, devido à reação espontânea da opinião pública supranacional.(...) As mesmas concepções morais e políticas costumam assumir significados distintos em ambientes diversos. A justiça e a democracia passaram a designar uma coisa aqui e outra muito diferente em outro lugar. Um movimento no cenário internacional que seja descrito por um grupo de pessoas como imoral e injusto vem a ser louvado por outros, por lhes parecer exatamente o contrário.” (MORGENTHAU, Hans. *A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz* (1948). São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; Editora Universidade de Brasília; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2003. pp. 485 e 487)

Henkin⁸¹³ também são exemplos de interdependência no sistema societário internacional em diferentes planos.

4.3.2.1 *Interdependência normativa*

Interdependência normativa diz respeito à interdependência entre normas jurídicas de direito internacional. Com isto quer se afirmar que a interdependência normativa opera entre as normas relativas às fontes de direito internacional resultantes do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e também além das fontes tradicionais. Neste caso a interdependência normativa pode ser identificada tanto nas relações de interdependência entre normas formais como nas relações de interdependência entre normas e decisões. Evidenciar a interdependência normativa é distinto de evidenciar que a interdependência normativa atua como fator de legitimidade dinâmico de normas internacionais.

O primeiro caso mencionado de interdependência entre normas é a relação de dependência entre normas formais. Isto significa que no sistema de normas internacionais existem relações de dependência entre normas que são resultantes das fontes formais de direito internacional. Alguns exemplos podem ser dados neste sentido, com atenção à posituação do costume internacional, à incorporação de tratados, da própria relação entre tratados e também da relação entre diferentes campos do direito internacional.

O costume internacional participou de forma notável no sentido de consolidar as práticas de direito que vieram a ser positivadas na forma de tratados O

⁸¹³ “Every nation’s foreign policy depends substantially on its ‘credit’ on maintaining the expectation that it will live up to international mores and obligations. Considerations of honor, prestige, leadership, influence, reputation, which figure prominently in governmental decisions, often weigh in favor of observing law. (...) Governments do not like to be accused or criticized.” (HENKIN, Louis. *How nations behave*. 2nd. edition. New York: Columbia University Press, 1979. p. 52)

corpo de direito relativo à prática diplomática é um exemplo destacado destas iniciativas. Assim, práticas societárias internacionais admitidas enquanto comandos jurídicos tornaram-se tratados escritos. Por outro lado é reconhecível que determinadas práticas internacionais eram tão heterogêneas como também marcadas pelos interesses nacionais que a positivação tornava-se impraticável, conforme o caso da delimitação dos limites do mar territorial. Por isso que quando o direito dos tratados deriva do costume as dúvidas acerca do tratado podem ser resolvidas a partir das circunstâncias em que o tratado foi celebrado⁸¹⁴. Este pode ser tido como um exemplo de interdependência normativa entre normas internacionais na forma de tratados e costumes internacionais.

A incorporação de tratados é um exemplo de interdependência entre normas internacionais e normas no interior dos Estados. Aqui as teorias legais disputariam a explicação para este fenômeno particularmente na dimensão de um único ordenamento jurídico internacional (monismo) ou dois ordenamentos distintos e independentes (dualismo). Consideradas as diferenças entre teorias legais referentes à relação de prevalência ou conflito entre direito internacional e o direito interno; fica o reconhecimento que predomina ainda no direito internacional a prática

⁸¹⁴ Fica claro que não se confunde a intenção (vontade) primeira dos negociadores com a prática geral e recorrente aceita como sendo direito, que caracteriza o costume. A este respeito a Convenção de Viena para o Direito dos Tratados, no artigo 31(1) declara que “that a treaty shall be interpreted 'in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose’”. Este parece ser um tópico não revestido de expressivas controvérsias no direito internacional no que diz respeito à interpretação de tratados formados a partir da positivação do costume; fenômeno este mais presente nos séculos anteriores ao XX. A este respeito seleciona-se algumas passagens das lições de Shaw tão somente com o escopo de reforçar o raciocínio: “The Tribunal in the *Eritrea-Ethiopia Boundary case* emphasised that the elements contained in article 31(1) were guides to establishing what the parties actually intended or their 'common will' and in this process the principle of 'contemporaneity' is relevant. This means that a treaty should be interpreted by reference to the circumstances prevailing when the treaty was concluded.” (...) “The International Court noted in the *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations case*¹³⁵ that 'the first duty of a tribunal which is called upon to interpret and apply the provisions of a treaty is to endeavour to give effect to them in their natural and ordinary meaning in the context in which they occur'.” (SHAW, op. cit., pp. 840)

que pode ser denominada voluntarista a qual opera com o consentimento dos Estados para que determinada norma possa ser exigível. O rito de incorporação de tratados invariavelmente é uma sucessão de ritos no plano internacional e nacional que iniciam com a assinatura do plenipotenciário e encerram com o depósito⁸¹⁵. Já que a incorporação de normas internacionais por um Estado segue – mesmo na possibilidade de uma incorporação automática - a determinação constitucional – há a dependência do cumprimento do rito previsto constitucionalmente para que normas internacionais tenham incidência efetiva. No movimento contrário, o Estado – ou seus nacionais - só é destinatário dos direitos previstos no Tratado se o Estado assume o compromisso formalmente. Este também pode ser considerado um caso de interdependência normativa: o depósito do instrumento de ratificação e portanto a validade do compromisso jurídico de um país determinado em relação a um tratado depende do cumprimento dos critérios constitucionais de incorporação de tratados.

Os diferentes tipos de tratados e o contexto dos regimes internacionais também indicam a existência de interdependência entre normas. Os protocolos adicionais às Convenções de Genebra são um exemplo de tratados pontuais que obedecem a uma estrutura normativa prévia em termos de conceitos legais. Outros exemplos são os tratados abrangentes que dão suporte normativo a tratados menores, por isso denominados *umbrella treaties*.⁸¹⁶ Estes tipos de interdependência

⁸¹⁵ “Article 14: Consent to be bound by a treaty expressed by ratification, acceptance or approval” (UNITED NATIONS. Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations: Treaty Series, vol. 1155, p 331. Disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 26 mai. 2008.

⁸¹⁶ “Um *umbrella treaty* é um tratado amplo, que deverá, a semelhança de um guarda-chuva, abrigar outros atos internacionais menos solenes e firmados em complementação àquele, ou melhor dito, uma ficção de que haveria uma continuidade dos procedimentos de negociação, sem necessidade das solenidades que cercaram a adoção daquele.”(SOARES, op. cit., p. 177)

normativa podem ser identificados com clareza em acordos de cooperação em diversas matérias com base em tratados amplos como o Tratado Antártico.⁸¹⁷

Interdependência normativa também pode ocorrer quando em relação a um mesmo fato jurídico incidem regras de diferentes campos do direito internacional. Um exemplo que tem merecido a atenção de internacionalistas é o caso das normas de direito humanitário e de direitos humanos para as regiões de conflito com participação de civis e militares nos atos de violência. Nestes casos a interdependência opera de forma muito particular: o corpo de direitos humanos supre lacunas onde o direito internacional humanitário não é aplicável, apesar do direito aplicável às situações de conflito ser o direito humanitário internacional⁸¹⁸. A relação de interdependência entre o direito internacional humanitário e os direitos humanos em alguns casos suscitou um controverso debate sobre a relação entre *lex generalis* e *lex specialis*.

4.3.2.2 *Interdependência normativa e decisões em direito internacional*

⁸¹⁷ A Resolução 60/47 que garante o acesso aos dados resultantes da pesquisa na Antártica é exemplificativa desta capacidade de determinados tratados amplos de cooperar em diversas áreas de cooperação já que: "(...) the Antarctic Treaty, (...) provides, inter alia, for the demilitarization of the continent, the prohibition of nuclear explosions and the disposal of nuclear wastes, the freedom of scientific research and the free exchange of scientific information, is in furtherance of the purposes and principles of the Charter." (UNITED NATIONS. *Resolution 60/47 (2005)*. A/Res60/47. Adopted by General Assembly at its 61st plenary meeting, on 08 December 2005.).

⁸¹⁸ "Because of the philosophical axiom driving them, they apply to everyone everywhere and as they are concerned with all aspects of human life, human rights have a much greater impact on public opinion and international politics than IHL, being applicable only in armed conflicts, a situation to be avoided. IHL is therefore increasingly influenced by human rights-like thinking." (...) International Humanitarian Law is applicable in armed conflicts only. International Human Rights Law is applicable in all situations. All but the non-derogable provisions, the "hard core" of International Human Rights Law, however, may be suspended, under certain conditions, in situations threatening the life of the nation. As the latter do not only include armed conflicts, the complementarity remains imperfect, in particular, a gap exists in situations of internal disturbances and tensions." (SASSOLI, Marco; BOUVIER, Antoine A.. *How Does Law Protect in War? Outline of International Humanitarian Law, Possible Teaching Outlines*. Vol. I. 2nd ed. Geneva: ICRC, 2006. pp. 341-349.). A esse respeito também: SASSOLI, Marco. *Use and Abuse of the Laws of War in the 'War on Terrorism*. In: *Law and Inequality: a Journal of theory and practice*. Nr.. 22, 2004, pp. 195-221.

Carl Schmitt em 1912 publica a primeira edição de 'Gesetz und Urteil' (Lei e Sentença) que se propõe a ser uma pesquisa sobre a prática cotidiana do direito. Nesta obra é ressaltado o papel da vontade dos legisladores, a determinação do direito e, principalmente a problematização dos critérios para uma decisão correta em particular na prática judiciária. Todos estes questionamentos permitem a reflexão sobre o significado de normas positivadas e de normas fora da positivação (sociológicas na terminologia de Carl Schmitt), para uma decisão correta em direito. Admite-se na obra também a interrelação entre decisões que geram direito e regras que formam a moldura das decisões no campo jurídico como a autoridade para decidir, regras de implementação de decisões legítimas como o caso de decisões colegiadas e a questão das decisões contra legem. As reflexões de Schmitt permitem reconhecer que o papel da decisão faz parte da práxis dos sistemas jurídicos. Permite também reconhecer que nos sistemas jurídicos não somente a norma jurídica exerce uma função normativa no sentido de conferir direitos ou gerar comportamento social.

No positivismo jurídico o papel das decisões não é consensual. Kelsen fundamenta o ordenamento jurídico na norma fundamental e neste sistema teórico a validade e o conflito entre normas são resolvidos a partir da prevalência hierárquica. Já que o sistema kelseniano é centrado no papel da norma jurídica válida, elementos exógenos mereceram pouca dedicação do jurista nas obras sobre teoria geral do direito. Já Hart desenvolve um sistema diferente de validação de normas. Não trabalha com a noção de ordenamento escalonado e hierárquico e por conseqüência não existe em seu sistema teórico a necessidade da justificação com a norma fundamental. Hart não abandona a noção de que normas são comandos mas estes comandos devem ter um reconhecimento no sistema jurídico, tanto da

autoridade que impõe o comando quanto da comunidade à qual é destinada. O reconhecimento da norma – no caso de conflito normativo – é feito pelos órgãos oficiais e tribunais. Aqui é perceptível a influência inegável do sistema da common law no sistema teórico de Hart. Em todo caso, a decisão no âmbito jurídico é central em seu conceito teórico, ou seja, a norma é um comando jurídico válido a partir de seu reconhecimento pelas normas secundárias.

Uma das diferenças centrais entre as teorias legais positivistas de Kelsen e Hart é a questão da autoridade da lei. Em ambos os sistemas a herança austiniana está presente: normas ou regras são comandos. A autoridade do comando em Kelsen é puramente normativa e emana da validade no ordenamento jurídico. Logo, a autoridade em última análise é a norma fundamental que confere força de obrigatoriedade a partir da relação de pertencimento e vinculação a determinado ordenamento jurídico. Em Hart normas são comandos mas existem diferentes tipos de comandos. Neste contexto as decisões jurisprudenciais e administrativas no caso da norma de reconhecimento marcam o momento em que à determinada norma é atribuída a caracterização de válida.

Em Dworkin o sistema de decisões será ainda mais importante do que em Hart. Esta consideração retoma as afirmações do segundo capítulo quanto às noções de norma nos sistemas teóricos enquanto definidores dos elementos funcionais de legitimação ou validação. Uma das mais fortes críticas de Dworkin à Hart reside justamente na questão da decisão. Aduz Dworkin que já que as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada; dados os fatos aos quais uma regra se aplica, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser

aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para decisão.⁸¹⁹ Também é bom ter presente que princípios jurídicos para Hart são standards jurídicos variáveis.⁸²⁰

A obra de Niklas Luhmann por sua vez a decisão em direito pode sofrer uma aproximação a partir da noção de sistema jurídico enquanto autopoietico. A autopoiese é a capacidade que o sistema de direito, enquanto distinto do sistema social, possui de ser um sistema normativamente fechado e capaz de produzir normas autonomamente. A partir do momento em que é institucionalizado um sistema organizado de decisões no direito, somente neste sistema fechado determina-se o que é direito ou não em um sentido oficial. Fatos por si não podem mudar o direito e assim também as comunicações de direito não possuem esta força. É direito o que é reconhecido como tal pelo sistema de direito segundo a legitimação do referido sistema organizado de decisões.⁸²¹

A partir desta breve referência à literatura é possível verificar que as normas dependem das decisões para que sejam implementadas no plano prático. Normas prescritivas que determinam condutas específicas a princípio parecem não participar diretamente do sistema de decisões jurídicas. Por outro lado, o papel da decisão nos processos legislativos e do reconhecimento da norma nas comunidades (aqui tidas no plano sociológico) dão também sentido ao papel das decisões para as normas prescritivas.

⁸¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (1977). Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

⁸²⁰ HART, *Post scriptum al concepto de derecho* (1994). op. cit., pp. 42-43.

⁸²¹ Sobald ein organisiertes Entscheidungssystem im Recht institutionalisiert ist, kann nur noch in diesem festgelegt werden, was in einem offiziellen Sinne recht ist, kann nur noch in diesem festgelegt werden, was in einem offiziellen Sinne Recht ist (normative Geschlossenheit). Nicht nur Fakten können das recht nicht ändern; vielmehr hat auch nicht jede rechtskommunikation diese Wirkung, sondern nur noch solche, die als Rechtsakte anerkannt sind."(CALLIESS, Graf-Peter. Systemtheorie: Luhmann/Teubner. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006. p. 63)

Reconhecer que normas jurídicas possuem relação com decisões não necessariamente implica em interdependência normativa entre decisão e normas. O papel das normas jurídicas na moldura dos sistemas de decisão é que permite falar que decisões jurídicas participam do sistema de interdependência normativa pois decide nos sistemas jurídicos quem possui competência legal para tal. A competência para decidir precisa estar prevista em normas expressas e prévias e o procedimento para a tomada de decisão não pode estar em desacordo com as normas procedimentais.

A partir da análise em particular do comportamento do judiciário alguns juristas centraram seu pensamento na idéia que o direito é política e ideologia como é o caso do movimento dos Critical Legal Studies.⁸²² Niklas Luhmann por sua vez recusaria identificar o sistema jurídico e político e interpretaria a decisão jurídica como a capacidade que o sistema jurídico possui de reconhecer determinadas decisões como direito o que caracterizaria o sistema jurídico como autopoietico, ou seja, capaz de autonomamente criar normas. As reflexões de Luhmann incorporam caracterizações do sistema jurídico enquanto autônomo e distinto do sistema político mas ao mesmo tempo aberto à possibilidade de decisões que geram direitos ex nihilo.⁸²³ De toda forma, estas sistematizações permitem reconhecer que juristas compreendem o papel das decisões nos sistemas jurídicos de diferentes formas.

Os autores e as idéias mencionadas fazem alusão ao papel das decisões nos sistemas jurídicos de forma geral com predomínio da análise da decisão jurídica

⁸²² “Centrado na idéia de que o direito é política e ideologia, o CLS imediatamente atraiu um grande número de críticos e desafetos.” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao movimento Critical Legal Studies*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005. p. 13.

⁸²³ “Der Begriff der Positivität legt eine Erläuterung durch den Begriff der Entscheidung nahe. Positives Recht gelte qua Entscheidung. Das führt auf den Vorwurf des ‘Decisionismus’ im Sinne einer willkürlichen, nur von Durchsetzungsmacht abhängigen Entscheidungsmöglichkeit.” (LUHMANN, N.. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995. pp. 38-39)

no interior dos Estados. No direito internacional é possível também falar do papel das decisões nos sistemas jurídicos muito embora haja restrições quanto ao tema, a saber, a falta de consenso em admitirem-se atos unilaterais de Estados e decisões de Organizações Internacionais como fontes de direito internacional.

Os atos unilaterais de Estado e as decisões das organizações internacionais encontram-se no campo institucional o que aproxima este tipo de fenômeno das lições de Austin e Hart.⁸²⁴ Existem também no direito internacional, normas relativas à sistemas de decisões. Tem-se em mente que as decisões no direito internacional devem ser compreendidas em sua justa medida, ou seja, pertencem a outra ordem de fenômenos jurídicos diferentes do sistema jurídico do Estado nacional. Um dos exemplos é relativo ao papel das instâncias judiciárias em nível internacional as quais ainda encontram-se em fase de expansão e consolidação.

No direito internacional, quando se fala em decisões pode-se mencionar decisões tipicamente jurídicas e decisões políticas ou meramente administrativas as quais obedecem a uma moldura jurídica. Decisões jurídicas são emanadas de instâncias judiciárias formalmente constituídas como Tribunais e alguns tipos de sistemas de arbitragem. As decisões políticas são emanadas de órgão políticos como o Conselho de Segurança, mas também a partir de previsões normativas que permitem a tomada de decisões capaz de constituir direitos.

⁸²⁴ “Hart concorda com Austin que as regras jurídicas válidas podem ser criadas através de atos de autoridades e instituições públicas. Contudo, Austin pensava que a autoridade dessas instituições encontrava-se tão somente no seu monopólio do poder. Hart localiza a autoridade dessas instituições no plano dos padrões constitucionais a partir dos quais elas operam, padrões constitucionais estes previamente aceitos pela comunidade que é por eles governada, na forma de uma regra de reconhecimento fundamental.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (1977). Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 34.)

Christian Walter menciona o papel das decisões como uma mudança na estrutura dos padrões do direito internacional. Um dos exemplos que propõe é o caso da Resolução 1373 que gera a obrigação da persecução e da punição de terroristas e cita um catálogo de medidas que os membros das Nações Unidas devem adotar para minar os recursos financeiros do terrorismo internacional. A questão de fundo é o argumento de Walter que a Resolução substituiu o modo usual de legislar por tratados:

“In drafting these measures, the Council apparently relied heavily on provisions contained in the 1999 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, which has not yet entered into force. In using its powers under Chapter VII of the Charter, the Council substituted the usual way of international legislation by treaty. Additionally (...) the Resolution creates an enforcement mechanism.”⁸²⁵

Outros exemplos podem ser mencionados. Duas decisões inovadoras do Conselho de Segurança foram a aprovação da Resolução nr.1368 (2001) que reconhecia o ataque terrorista às Torres Gêmeas como uma ameaça à paz e segurança internacional e a Resolução nr. 1378 (2001) a qual sustentava a atuação do regime Taliban. Estas decisões são particularmente interessantes em virtude dos convencimentos jurídicos capazes de serem gerados a partir de sua leitura e dos acontecimentos que as sucederam.

As Resoluções 1368 e 1378 foram aprovadas respectivamente em 12 e 14 de setembro de 2001. Em 07 de outubro os Estados Unidos da América desencadearam uma resposta militar com vários bombardeios às bases do Al-Qaeda no Afeganistão. Os Estados Unidos da América alegaram legítima defesa apesar do conteúdo da Resolução 1368 reputar qualquer ato de terrorismo internacional como uma ameaça à paz e segurança internacional. Não há

⁸²⁵ WALTER, Christian. Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law. In: *German Yearbook of International Law*, 2001, 182, 183.

reconhecimento na Resolução 1368 que os ataques às torres gêmeas de 11 de setembro foram ataques armados conforme preconiza o artigo 51 da Carta as Nações Unidas para que fosse caracterizada a legítima defesa.⁸²⁶

A interpretação dada ao artigo 51 da Carta as Nações Unidas por Hans Kelsen no célebre ‘The Law of United Nations: a critical analysis of Its Fundamental Problems’ de 1950 reflete a natureza hermenêutica que a legítima defesa possuía à época da composição do texto da convenção:

“(...) But this Article applies only in case of an armed attack. The right of self-defense must not be exercised in case of any violation of the legally protected interests of a Member. In case the right of a Member which has been violated in another way than by an armed attack, is to be enforced against the guilty state which refuses to repair the wrong it has done, and if the Security Council does not take the necessary enforcement action, the Charter prevents any other possibility of enforcing the violated right. The delinquent state which is an actual possession of illegal advantage is protected by the Charter against any enforcement action other than that taken by the Security Council.”⁸²⁷

A interpretação oferecida por Kelsen ao artigo 51 só é inteiramente compreendida a partir da noção inequívoca de ataque armado. No Suplemento do Comentário à Carta das Nações Unidas, também publicado pela primeira vez em 1950, Kelsen enfrenta questões jurídicas controversas sobre a Guerra da Coreia. Se as forças da Coreia do Norte não são forças armadas de um Estado e a autoridade na Coreia do Norte não é o governo de um Estado, mas um grupo de revolucionários ou insurgentes, o Conselho de Segurança não poderia determinar a guerra civil coreana como uma ameaça à paz.

⁸²⁶ “Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a member of the United Nations, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defense shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.” (UNITED NATIONS. Charter of United Nations. Chapter VII, art. 51)

⁸²⁷ KELSEN, *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*: op. cit., p. 269.

“It may be doubted whether the action of insurgents against the legitimate government can be an ‘armed attack’ within the meanin of Article 51. It may be argued that an ‘armed attack’ exists only in case one state attacks another state with its armed forces.”⁸²⁸

A perspectiva de Hans Kelsen permite avaliar a dimensão que a decisão pode assumir no direito internacional. A interpretação das normas que se propunha a ser jurídica em contrapartida à política, ou seja, técnica, assumiria meio século depois diferentes contornos sem, a rigor, perder de sua jurisdição. O respeito à estatura de Hans Kelsen enquanto doutrinador, contudo entra em conflito com situações particulares colocadas pela contingência das relações internacionais.

Em relação à guerra da Coréia, as forças revolucionárias não foram reconhecidas como ameaças à paz internacional na doutrina de Kelsen. Não obstante este não reconhecimento, a Resolução do Conselho de Segurança de 27 de junho de 1950 recomenda que os membros prestem somente assistência à Coréia do Norte para repelir o ataque armado e restaurar a paz e segurança internacional na área. A Resolução de 07 de julho de 1950 por sua vez autoriza o envio de forças sob um comando unificado. Kelsen recusa-se a reconhecer que seja um caso de legítima defesa coletiva, mas sim a justificação ‘ex post facto’ da decisão americana de participar ativamente no conflito.⁸²⁹

A interpretação oferecida por Kelsen ao artigo 51 só é inteiramente compreendida a partir da noção inequívoca de ataque armado. No Suplemento do Comentário à Carta das Nações Unidas, também publicado pela primeira vez em 1950, Kelsen enfrenta questões jurídicas controversas sobre a Guerra da Coréia. Se as forças da Coréia do Norte não são forças armadas de um Estado e a autoridade

⁸²⁸ KELSEN, *The law of the United Nations: a critical analisis of its fundamental problems*: op. cit., p. 930.

⁸²⁹ KELSEN, *The law of the United Nations: a critical analisis of its fundamental problems*: op. cit., p. 935-936.

na Coreia do Norte não é o governo de um Estado, mas um grupo de revolucionários ou insurgentes, o Conselho de Segurança não poderia determinar a guerra civil coreana como uma ameaça à paz.

“It may be doubted whether the action of insurgents against the legitimate government can be an ‘armed attack’ within the meaning of Article 51. It may be argued that an ‘armed attack’ exists only in case one state attacks another state with its armed forces.”⁸³⁰

A perspectiva de Hans Kelsen permite avaliar a dimensão que a decisão pode assumir no direito internacional. A interpretação das normas que se propunha a ser jurídica em contrapartida à política, ou seja, técnica, assumiria meio século depois diferentes contornos sem, a rigor, perder de sua juridicidade. O respeito à estatura de Hans Kelsen enquanto doutrinador, contudo entra em conflito com situações particulares colocadas pela contingência das relações internacionais.

Em relação à guerra da Coreia, as forças revolucionárias não foram reconhecidas como ameaças à paz internacional na doutrina de Kelsen. Não obstante este não reconhecimento, a Resolução do Conselho de Segurança de 27 de junho de 1950 recomenda que os membros prestem somente assistência à Coreia do Norte para repelir o ataque armado e restaurar a paz e segurança internacional na área. A Resolução de 07 de julho de 1950 por sua vez autoriza o envio de forças sob um comando unificado. Kelsen recusa-se a reconhecer que seja um caso de legítima defesa coletiva, mas sim a justificação ‘ex post facto’ da decisão americana de participar ativamente no conflito⁸³¹.

As questões de direito internacional levantadas pela guerra da Coreia são significativas. Aqui não interessa colocá-las todas e tão menos discutí-las. Os dados

⁸³⁰ Ibidem, p. 930.

⁸³¹ KELSEN, *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*: op. cit., p. 935-936.

às torres gêmeas como ataque armado⁸³² e a Resolução 1378 não reconheça a responsabilidade estatal do Afeganistão em relação aos atentados ao World Trade Center;⁸³³ no âmbito político – e, com restrições, no jurídico - estas resoluções fundamentaram as ulteriores mobilizações militares no Afeganistão como legítima defesa.⁸³⁴ A resposta do Conselho de Segurança aos atentados às Torres Gêmeas e a iniciativa militar dos EUA no Afeganistão sugerem um sistema balanceado entre normas e decisões na ponderação de legalidade e legitimidade no plano internacional.⁸³⁵ A referência à Guerra da Coréia também permitiu observar que estes fatores não são inéditos no direito internacional.

Decisões por parte de agências legitimadas no plano da sociedade internacional permitem verificar que nem todas as decisões políticas conferem

⁸³² “(...) 1. *Unequivocally condemns* in the strongest terms the horrifying terrorist attacks which took place on 11 September 2001 in New York, Washington, D.C. and Pennsylvania and *regards* such acts, like any act of international terrorism, as a threat to international peace and security; (...) 5. *Expresses* its readiness to take all necessary steps to respond to the terrorist attacks of 11 September 2001, and to combat all forms of terrorism, in accordance with its responsibilities under the Charter of the United Nations.” (UNITED NATIONS, Resolution 1368 (2001), Adopted by the Security Council at its 4370th meeting, on 12 September 2001)

⁸³³ “(...) *Condemning* the Taliban for allowing Afghanistan to be used as a base for the export of terrorism by the Al-Qaida network and other terrorist groups and for providing safe haven to Usama Bin Laden, Al-Qaida and others associated with them, and in this context supporting the efforts of the Afghan people to replace the Taliban regime; (...) *Reaffirming* its strong commitment to the sovereignty, independence, territorial integrity and national unity of Afghanistan.” (UNITED NATIONS. *Resolution 1378 (2001)*. Adopted by the Security Council at its 4415th meeting, on 14 November 2001.)

⁸³⁴ O ensaio de Tatiana Waisberg sobre as perspectivas das eleições americanas de 2008 em relação ao combate ao terrorismo global resume os fatos aludidos no parágrafo: “A ação norte-americana foi condenada por poucos Estados, e em 1999, cedendo às pressões dos Estados Unidos, o Conselho de Segurança da ONU aprovou a resolução 1267, conhecida como ‘Comitê de Sanções contra a Al Qaeda e o Taliban’. Neste sentido, a combinação entre a resolução 1267 (1999) e a resolução 1368 (2001), que reconhece o direito de legítima defesa dos Estados Unidos em resposta aos atentados terroristas contra as torres gêmeas do World Trade Center e contra o Pentágono, ofereceu evidência consistente para estabelecer o elo entre a Al Qaeda e o regime Taliban no Afeganistão, e acabou por legitimar a intervenção da multi-coalizão liderada pelos Estados Unidos, e pela OTAN, no Afeganistão, em outubro de 2001. Tais avanços em relação ao argumento do direito de legítima defesa contra o patrocínio passivo ao terrorismo internacional, iniciados pelo governo Clinton, e continuados pelo governo Bush, provavelmente continuarão a ser promovidos pelo governo Obama.” (WAISBERG, Tatiana. Obama e Política Exterior: Novas Perspectivas para a Guerra contra o Terrorismo? Publicado em <http://mundorama.net/2008/11/10/obama-e-politica-externior-novas-perspectivas-para-a-guerra-contra-o-terrorismo-por-tatiana-waisberg/>. Acesso em: 11 de novembro de 2009.)

⁸³⁵ FALK, Richard (org.). *The costs of war: international law, the UN, and world order after Iraq*. New York: Routledge, 2008. p. 149.

legalidade ou legitimidade aos atos internacionais (em particular aqui o uso unilateral ou coletivo da violência sem autorização do Conselho de Segurança). Decisões políticas devem estar de acordo com a norma ou serem legitimadas por estruturas de decisão, criadas de acordo com normas e que decidam conforme normas procedimentais. Mesmo considerando todos os fatores controversos não houve condenação formal à tese de legítima defesa no Afeganistão - por parte dos EUA - se comparada ao ataque preemptivo ao Iraque. As duas iniciativas foram contrárias à norma internacional, mas no caso do Afeganistão um sistema de decisões do Conselho de Segurança assegurou em parte o reconhecimento do argumento da legítima defesa.⁸³⁶

Um exemplo elucidativo no direito internacional acerca da previsão normativa capaz de permitir a tomada de decisão constituinte de direitos a posteriori é a definição de povos indígenas nos tratados relativos ao direito internacional dos povos indígenas nos quais a categorização de 'povos indígenas' é deixada aos próprios povos conforme o disposto em três documentos relevantes: a *Convention Concerning Indigenous and Tribal People in Independent Countries*, de 1989,⁸³⁷ tratado celebrado no âmbito da Organização Mundial do Trabalho e que entrou em vigor em 1991 e a *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, de 2007.⁸³⁸ A definição de quem é indígena ou não afeta não somente a possível

⁸³⁶ O estudo de Richard Falk sobre a ação americana no Kosovo e na segunda guerra do Golfo conclui que o papel positivo da legitimidade é justamente lidar com medidas de flexibilidade em relação aos constrangimentos legais da força em nível internacional. Desta forma assume a legítima defesa dos EUA na questão do Afeganistão como um ato legítimo no sentido de decisões que flexibilizaram a norma acerca do uso da força. (FALK, op. cit., p. 149).

⁸³⁷ "Self-identification as indigenous or tribal shall be regarded as a fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention apply." (art. 1º, par. 2). (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Convention No. 169 concerning indigenous and tribal peoples in independent countries. In: *International labour conventions and recommendations 1919-1991*, 1436-47. Volume 2 (1963-1991). Geneva: International Labour Office, 1991)

⁸³⁸ "Indigenous peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development." (art. 3o) (UNITED NATIONS. *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Approved in September, 13th 2007. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/declaration.html>.

destinação de direitos coletivos como também a possibilidade de indenização a título privado.⁸³⁹ Logo, a identidade indígena – que também é um direito - e a destinação de direitos previstos nos tratados mencionados é uma decisão ‘a posteriori’ a ser feita no âmbito das próprias comunidades indígenas que também se autodeterminam enquanto tal.

No caso do direito internacional dos povos indígenas há um corpo de direitos em forma de norma jurídica dispostos no tratado. A particularidade este exemplo é que povos indígenas não possuem uma definição legal que lhes confira esta condição. Com base no princípio da autodeterminação dos povos é deixado aos próprios povos indicar quem é índio ou não. Neste caso então, embora o direito esteja disposto, a destinação do direito pode depender de uma decisão facultada a organizações sociais em nível subnacional ou mesmo transnacional.

Na obra ‘From Apology to Utopia: the structure of international legal argument’, Martti Koskenniemi desenvolve o argumento relativo à arquitetura da gramática do direito internacional. Duas forças opostas disputam aqui o espaço a ser dado ao importante argumento de Koskenniemi: o muito que poderia ser disto sobre sua notável contribuição e a exigência de cumprir com a observância do foco no argumento sobre a interdependência normativa. A gramática neste sentido não é a descrição do que uma língua específica de fato diz mas sim o que é possível dizer nesta linguagem. A gramática do direito internacional atua na concretude

Acesso em: junho de 2008)

⁸³⁹ Sobre a destinação de direitos coletivos ou individuais relativo ao corpo normativo internacional de direitos dos povos indígenas na América latina, a pesquisa de Pasqualucci sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é ilustrativa. A título de exemplo, casos como o de poligamia aceita pelos índios Saramacan do Suriname gerou um julgado da Corte quanto ao pagamento de indenizações pelo Estado a todas as esposas e filhos embora o ordenamento jurídico do Suriname não admita a poligamia (Caso Aloeboetoe et alia). (PAQUALUCCI, Jo M.. The evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System. *In: Human Rights Law Review*, nr. 6 (July). Oxford: Oxford University Press, 2006.) (pp. 281-322)

(soberanias) e na normatividade (fontes de direito) numa dinâmica onde a lei identifica os fatos relevantes e que a lei aplicável é a que emerge do fato apropriado. A única base justa para comprometer Estados é o grau de seu consentimento e o que consentimento significa é determinado pelo que parece contextualmente justo. O processo decisório institucional consiste de uma feitura competente destes movimentos.⁸⁴⁰ O argumento de Koskenniemi relaciona-se com a interdependência normativa na medida em que coloca as decisões em um patamar de utilização das normas pelos Estados no contexto de amplas possibilidades:

“The argumentative architecture allows any decision (...) This does not mean that decisions would be random or difficult to predict. Competent lawyers are aware of patterns and tendencies. In any language, some expressions are used more than other expressions. This is not a function of grammar, however, but of the social and cultural context in which native speakers act.”⁸⁴¹

O argumento e a decisão ocupam lugar central nas lições de Koskenniemi. Chega a afirmar que a competência no direito internacional não diz respeito à habilidade mnemônica de reproduzir de regras mas sim à complexa prática argumentativa na qual as regras estão conectadas em diferentes níveis de abstração e comunicadas de uma pessoa ou grupo de pessoas para outros. Apesar da práxis do direito internacional utilizar-se de um mesmo vocabulário é possível distinguir os que falham enquanto argumentos jurídicos.⁸⁴² Na intuição de Koskenniemi é possível verificar que a práxis do direito internacional é composta de argumentos jurídicos que conectam normas de direito internacional em diferentes

⁸⁴⁰ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 588-589.

⁸⁴¹ Ibidem

⁸⁴² “In the same way, ‘competence’ in international law is not an ability to reproduce out of memory some number of rules, but a complex argumentative practice in which rules are connected with other rules at different levels of abstraction and communicated from one person or group of persons to another so as to carry out the law jobs in which international lawyers are engaged. (...) We develop an ability to distinguish between competent arguments and points put forward by lay persons using the same vocabulary but doing that in ways that - whatever one may think of the substance of these points – somehow fail as legal arguments.” (KOSKENNIEMI, op. cit., p. 566).

níveis o que em certo sentido resume seu argumento sobre o direito internacional como uma linguagem comum.

É possível identificar a interdependência normativa ou num contexto mais amplo conforme Koskenniemi sugere interdependência no plano normativo internacional na medida em que o direito internacional é tido pelo que os juristas internacionalistas argumentam e o que eles argumentam possa ser explicado em termos de sua competência. E que a competência possa ser articulada num limitado número de regras que constituem uma gramática: um sistema de produção de bons argumentos legais.⁸⁴³ Koskenniemi observa o direito internacional de forma que o direito na prática societária internacional não prescinde de normas jurídicas mas somente se efetiva a partir da conexão entre estas para a composição de bons argumentos.

A interdependência enquanto fator de legitimidade dinâmico diz respeito à forma como decisões administrativas no âmbito do direito internacional interferem na legitimidade de normas dentro de sistemas ou regimes internacionais. Estas decisões podem aumentar a legitimidade na medida em que reforçam o consenso, a determinação, a aderência, os valores e tantos outros fatores possível que exercem atração de sujeitos de direito internacional em relação ao cumprimento de normas internacionais. No movimento inverso estas mesmas decisões podem mesmo interferir no sentido da norma e interferir na perda de legitimidade.

O argumento de Koskenniemi já oferece uma ótica distinta da interdependência normativa enquanto fator dinâmico de legitimidade que é a possibilidade de aumentar a força de um argumento mediante a conexão entre

⁸⁴³ KOSKENNIEMI, op. cit., pp. 567-568.

diversas normas de direito internacional em diferentes campos de abstração. Segundo esta perspectiva normas adquirem maior força na medida em que o argumento é mais competente. Esta noção remete à idéia da percepção de legitimidade nas propriedades de coerência, determinação e pertencimento da norma pois reforça o sentido da mesma no contexto de um argumento que a localiza e a conecta a um conjunto de outras normas.

A fragmentação relaciona-se diretamente com a interdependência no sentido que normas não formais, decisões e mesmo contextos culturais enquanto expressões da fragmentação do direito internacional relacionam-se com normas de direito internacional formais. Na medida em que estas decisões e estas normas não formais que não dependem do consentimento dos Estados reforçam as normas internacionais consentidas aumenta a legitimidade. Na medida em que estas decisões e normas informais seguem na direção inversa do comando, as normas jurídicas internacionais perdem legitimidade pois existem sintomas de falta de consenso em relação ao comando normativo e também perda das propriedades capazes de conferir percepção de legitimidade (determinação, coerência e aderência).

Esta seção caracterizou a fragmentação do direito internacional como um fenômeno reconhecido por postos de observação privilegiados das relações internacionais a partir da observação de diversos sintomas das relações jurídicas internacionais como, por exemplo, as colisões de regimes. Tratou-se de argumentar como as decisões no plano das agências internacionais e as normas informais produzidas em diferentes planos como o regional, transnacional e subnacional podem ser compreendidas como expressões da fragmentação do direito

internacional. Por fim, observou-se como as decisões interferem na prática do direito internacional e no quanto decisões no plano internacional, sejam judiciárias, administrativas ou políticas, mesmo na esfera privada, interferem na condução de normas. O argumento final em termos gerais é que a interdependência entre normas formais, decisões e normas informais é capaz de conferir legitimidade no âmbito de sistemas e regimes de direito internacional.

Por fim, estes não são argumentos que provam definitivamente a hipótese da legitimidade dinâmica mas também este não é o objetivo principal deste capítulo. A norma fundamental da teoria pura do direito exerce uma função de legitimação do direito internacional ao reunir, a priori, por um ato do pensamento, as condições de existência de normas jurídicas válidas que interferem na questão do consenso. A resposta à pergunta porque normas são cumpridas em um ambiente não coercitivo como o internacional remete no positivismo jurídico, em última instância à norma fundamental. O estudo da interdependência entre normas formais, decisões e normas informais reforça a idéia que existem elementos que interferem na legitimidade que ultrapassam os elementos na norma fundamental e, nestes termos, pode-se falar em inaplicabilidade da norma fundamental enquanto fundamento único de legitimidade do direito internacional.

4.4 Coda

A noção teórica da norma fundamental na teoria pura do direito de Hans Kelsen pode ser tida como fundamento de legitimidade do direito internacional na medida em que mediante o princípio do reconhecimento é possível identificar a existência de normas no plano internacional a partir do reconhecimento mútuo dos

Estados como unidades políticas capazes de estabelecer entre si relações de natureza jurídica.⁸⁴⁴ Neste sentido que a noção kelseniana de direito internacional foi modelada por sua aproximação com as lições de epistemologia neo-kantiana no sentido de seguir a necessidade lógica de considerações a priori.⁸⁴⁵ Apesar do reconhecido comprometimento da teoria kelseniana com a pureza, que significa ‘conhecer seu objeto pelo que ele é e então responder à pergunta sobre o que o direito é e não o que deveria ser ou poderia estar fazendo’,⁸⁴⁶ a noção da norma fundamental, tributária do reconhecimento da eficácia de uma ordem jurídica, reconhece que sem o poder o direito não pode existir, mas o direito também não é idêntico ao poder. O direito é, no sentido da teoria pura, uma ordem ou organização determinada do poder.⁸⁴⁷

Tanto a pergunta sobre a norma fundamental como a noção de legitimidade em Hans Kelsen remetem às discussões no campo da dogmática constitucional de seu tempo. Neste caso o problema da legitimidade na teoria pura do direito é encontrado nas lições sobre a transição da ordem constitucional e, portanto, como uma solução de continuidade relativa à ruptura da ordem legal constitucional⁸⁴⁸. Nestes termos o uso jurídico de legalidade vai ao encontro do

⁸⁴⁴ “Wenn sie als die Staaten verbindliche Rechtsnormen gedeutet werden, so darum, weil eine Grundnorm vorausgesetzt wird, die die Staatengewohnheit als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzt. Sie lautet: Die Staaten, das heißt die Regierungen der Staaten, sollen sich in ihren gegenseitigen beziehungen so verhalten, oder, Zwang von Staat gegen Staat soll unter den bedingungen und in der Weise geübt werden, wie es einer gegebenden Staatengewohnheit entspricht. Das ist die – rechtsligische – verfassung des Völkerrechts.“ (KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit* (1960). op. cit., p. 222)

⁸⁴⁵ JAKAB, András. Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik. In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Vol. 64 (2004). Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2004. pp. 1045-1057. Disponível em: <http://www.zaoerv.de>. Acesso em: janeiro de 2009.

⁸⁴⁶ KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 1.

⁸⁴⁷ KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). op. cit., p. 81.

⁸⁴⁸ “Die Bedeutung der Grundnorm wird besonders klar, wenn eine verfassung nicht auf verfassungsmäßigen Wege abgeändert, sondern revolutionär durch eine andere ersetzt wird, wenn die Existens der gesamten unmittelbar auf der Verfassung beruhenden Rechtsordnung – das heißt ihre Geltung – in Frage steht.,, (KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang*: op. cit., p. 212)

princípio da legitimidade nas primeiras teorias de direito internacional sobre nascimento dos Estados.⁸⁴⁹ Ambos campos doutrinários possuem em comum a remissão à transição e transmissão do poder de forma hereditária consolidada na prática política na idade média, em particular na Europa. A continuidade hereditária do poder enquanto continuidade legítima está na origem do princípio da continuidade constitucional.⁸⁵⁰

A norma fundamental na teoria pura do direito não é tão simplesmente uma justificação, tamponamento, fechamento ou acabamento do sistema teórico (Rechtsfertigung). A formulação kelseniana é clara em remeter ao princípio da eficácia de normas. Kelsen parte do princípio que na sociedade existem relações de poder e que estas relações de poder são matizadas por normas eficazes. Por isso a legitimidade de uma ordem jurídica depende de sua efetividade.⁸⁵¹ Ao mesmo tempo é possível depreender da noção de legitimidade na teoria pura que o tema guarda relação com a questão das condições da existência de uma ordem legal, muito embora o princípio da legitimidade diga respeito em Kelsen ao plano constitucional. Também é possível estabelecer relação entre legitimidade e consenso a partir da contribuição teórica de Hans Kelsen sobre democracia a partir do momento em que para Kelsen o direito internacional será tão democrático quanto forem democráticos os procedimentos políticos no interior dos Estados, pois normas de direito internacional atingem em última análise indivíduos representados pelo Estado⁸⁵².

⁸⁴⁹ CHEN, op. cit., p. 105 ss.

⁸⁵⁰ LEISNER, op. cit., p. 65 e 86.

⁸⁵¹ "Das Prinzip der Legitimität ist durch das Prinzip der Effektivität eigenschrämkt." (KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit* (1960). op. cit., p. 215)

⁸⁵² Este raciocínio não é evidente na obra de Kelsen pois a democracia não é uma exigência, um critério para a capacidade jurídica do Estado. Kelsen rompe com a tradição alemã e distingue claramente entre soberania popular e democracia. Alguns destes pontos sobre democracia e direito internacional foram mencionados no primeiro capítulo na visão de Bobbio sobre legitimidade. Pode-se afirmar, contudo, que o direito internacional será tão mais democrático quanto os Estados forem democráticos o que em Kelsen é uma mistura de afirmação científica com opinião política. A este respeito: „ In Deutschland galten Demokratie und Volkssouveranität weithin als zwei gleichgerichtete, wenn nicht sogar aufeinander bezogene, identische Begriffe. In Kelsen

Os argumentos acrescentados à hipótese referente à inaplicabilidade da norma fundamental na teoria pura do direito de Hans Kelsen enquanto fundamento único de legitimidade do ordenamento jurídico internacional partem do princípio que a norma fundamental não é o princípio do *pacta sunt servanda*. A norma fundamental é o reconhecimento a priori da existência de uma ordem jurídica e de sujeitos detentores de capacidade jurídica que nela atuam. A característica de um reconhecimento prévio talvez tenha motivado Hans Kelsen inicialmente a formular a norma fundamental como hipótese e a impossibilidade de provar a hipótese em termos de práxis motivou a correção teórica como pura ficção. Outro elemento importante é que o *pacta sunt servanda* é observado na história e não é formado pela história o que seria uma afirmação vazia. O *pacta sunt servanda* não é um direito formado pelo costume e sim um pressuposto para a existência de normas jurídicas ao lado da existência de sujeitos capazes de tornarem estas normas eficazes. Outras assunções da teoria pura do direito como unidade do ordenamento jurídico, primazia do direito internacional e a questão da validade são consequências lógicas da formulação teórica da norma fundamental.

A partir do exame da história é possível identificar que o direito internacional surge na medida em que existem regras reconhecidas como válidas por atores políticos, sejam pessoas naturais, como reis ou chefes tribais, sejam hipostatizações jurídicas na forma da personalização de Estados, Organizações Internacionais. Por isso não existe consenso na determinação da origem inequívoca

Demokratietheorie steht nicht in dieser Tradition. Er trennt zwischen Volkswille und Organwille (Staatswille) und spricht in diesem Zusammenhang von der Fiktion der repräsentation des Volkes bzw. des Volkswillens durch das parlament. Die Idee der Repäsentation ist eine Fiktion, wenn sie die Repräsentation auf das Volk der Volkssouveranität jedoch bezieht. (...) Die Volkssouveranität ist der Geltungsgrund der Verfassung und liegt deswegen einem verfassungsrechtlichen demokratiebegriff voraus.“ (JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung. In: KELSEN, *Verteidigung der Demokratie*. op. cit., p. XIX).

do direito internacional em termos de momento histórico. A partir dos elementos da norma fundamental é então possível identificar no plano histórico os elementos constituintes da teorização de Kelsen e isto inclui o conceito de pessoa, de normas jurídicas e de fundamento do direito. O exame da gradual fragmentação do império carolíngio e os processos de transição até a consolidação do sistema moderno de Estados europeus oferecem muitos elementos de análise para a aplicação do princípio do reconhecimento conforme levado a efeito na teoria pura do direito. Carl Schmitt prestou significativa contribuição com seus estudos de Teologia Política no sentido de concluir e explicar que diversos conceitos das modernas teorias do Estados são secularizações de conceitos teológicos e em particular o estudo da transição das categorias dogmáticas no confronto Eusebius-Augustinus para o Estado em Hobbes.⁸⁵³

No debate contemporâneo sobre a legitimidade diversas aproximações do tema podem ser encontradas. A pluralidade dos elementos que poderiam ser citados podem ser agrupados em termos de classificações que tão simplesmente indicam pontos de convergência no debate teórico, a saber, condição da existência, consenso, consentimento, status quo, solução de continuidade para o problema da ruptura da ordem constitucional, propriedades/qualidades percebidas da norma e valores. Este trabalho argumentou no sentido que se existe um lugar para a legitimidade na teoria pura do direito este lugar é ocupado pela norma fundamental. Isto ocorre porque os elementos da formulação teórica da norma fundamental respondem a questão das condições de existência de normas internacionais, a questão da solução de continuidade constitucional e a questão da organização do

⁸⁵³ SCHMITT, Karl. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*. (1922) Neunte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 43. (1970). Fünfte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. pp. 54ss.

poder. Responde a questão do consenso e consentimento na medida em que é conteúdo da norma fundamental o reconhecimento da capacidade jurídica de sujeitos de direito internacional e, por fim, oferece resposta para a percepção da norma enquanto legítima a partir da propriedade vertical, de pertencimento.

O ponto de partida de Hans Kelsen também é o ponto de partida desta tese: o reconhecimento da ordem jurídica internacional. O reconhecimento baseado na objetividade da razão de que sujeitos tem normas como válidas e a validade das normas não é baseada no reconhecimento das mesmas pelos sujeitos mas pelo reconhecimento de sua própria facticidade e eficiência.⁸⁵⁴ A pergunta sobre a legitimidade de normas internacionais não é respondida unicamente pela norma fundamental na medida em que o reconhecimento da existência de normas e o mútuo reconhecimento de sujeitos de direito no plano internacional não responde a todas as questões colocadas pela legitimidade. Existem fatores que interferem na atribuição de legitimidade às normas internacionais que ultrapassam a formulação teórica da norma fundamental na teoria pura do direito.

O que Hans Kelsen teria a dizer hoje em dia sobre as implicações práticas da teorização da norma fundamental mediante o princípio do reconhecimento? Hans Kelsen reconheceria a existência de comandos válidos entre sujeitos que não os Estados e as Organizações Internacionais como normas válidas de direito internacional? Hans Kelsen faria a diferença entre o direito internacional público e o direito global? Independente da resposta, no início do século XXI, é ou seria possível

⁸⁵⁴ “Die Normen des ‘notwendigen’ Völkerrechts müssen daher den Charakter vollendeter Objektivität haben. Es ist die Objektivität der Vernunft, die sie für ihre Geltung in Anspruch nehmen. Eine Anerkennung dieser Normen seitens der Subjekte für sie die gelten, als bedingung ihrer Geltung wäre somit sinnlos, weil im vollsten Widerspruche zu ihrer Objektivität.“ (KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (1920). op. cit., p. 215)

promover governança global – legítima – com os instrumentos do direito internacional público?

Os debates teóricos trazidos pelas contribuições do pluralismo jurídico e pelo debate sobre a constitucionalização do direito internacional intensificam as questões sobre o que são normas de direito internacional e quais os requisitos de legitimidade de normas internacionais. Muito mais do que a possibilidade da constitucionalização do direito internacional parece estar em jogo o que são normas válidas de direito internacional e quais são os sujeitos de direito internacional e nesta colocação é possível constatar no quanto questões práticas dependem do consenso no plano normativo. As divergências teóricas são muitas e boa parte diz respeito à relação entre direito internacional público e o direito global.

Christian Walter no artigo ‘Constitutionalizing (inter)national Governance’ coloca o problema da constitucionalização do direito global como um problema do direito internacional na medida em que exista uma pretensão de promover governança global. Para situar o problema pode-se sugerir que existem três candidatos políticos à promoção da governança global: as Nações Unidas, o direito internacional internacional e normas administrativas transnacionais. Cada um destes candidatos exerce um reconhecido papel na coexistência de Estados mas parece que o conceito de governança global proposto pela Commission on Global Governance não confere a nenhum dos candidatos a prevalência na disputa:

“Governance is the sum of many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interest.”⁸⁵⁵

⁸⁵⁵ WALTER, op. cit., p. 175.

O objetivo do artigo de Walter é debater que a noção de constituição precisa ser separada de seu contexto tradicional no âmbito do Estado nação para poder ser transferido para o direito internacional. No que diz respeito à legitimidade Walter problematiza a constitucionalização a partir da desagregação do Estado como autoridade pública o que avalia como crescente consenso acerca da queda dos pilares westfalianos. Exemplifica esta mudança na estrutura política internacional a partir da opção da International Law Commission no draft articles on state responsibility adotado na 53 sessão em 26 de julho de 2001 onde a referência a 'international community of states' conhecido do artigo 53 da Convenção de Viena para o Direito dos Tratados foi substituído pela referência à 'international community', sem referência a Estados.⁸⁵⁶

Outra contribuição para o debate é oferecida por K. C. Wellens no artigo 'Diversity in secondary rules and the unity of international law: some reflections on current trends'⁸⁵⁷ onde o autor busca fazer uma leitura contemporânea das regras secundárias a partir da teoria positivista de Hart, ou seja, um esforço semelhante ao levado a efeito nesta tese, aplicando a norma fundamental às relações jurídicas contemporâneas. Muitos pontos podem ser levantados sobre a dinâmica de normas no sistema internacional a partir da teoria de Hart mas, sem dúvida, o questionamento sobre as fontes, as consequência para a responsabilidade internacional e, principalmente a unidade, a coerência e a eficácia de normas internacionais fazem o autor formular algumas perguntas que merecem referência:

⁸⁵⁶ WALTER, op. cit., p. 172.

⁸⁵⁷ A contribuição de Wellens é na verdade o artigo introdutório de uma coletânea composta pelos membros do conselho editorial do Netherlands Yearbook of International Law dedicada à análise diversidade das normas secundárias. O artigo de Wellens procura de certa forma sintetizar as idéias principais dos artigos. (WELLENS, K.C.. Diversity in secondary rules and the unity of international law: some reflections on current trends. In: WELLENS, K.C.L.A.N.M. Barnhoorn. *Diversity in secondary rules and the unity of international law*. The Haage: martinus Nijhoff Publishers, 1995. pp. 3-38.)

“Are the limits and constraints of classical or general international law stretched or even strained by the way the secondary rules have been operating within the special fields? Has the compartmentalization of international law reached a level at or beyond which the international legal order runs the risk of fatal disintegration?”

Wellens conclui que atores não estatais de diferentes tipos e categorias – organizações internacionais, indivíduos, companhias, entidades, ONGs – tornaram-se mais envolvidos no processo de criar normas primárias. Estes atores também crescentemente tornaram-se sujeitos ao governo de normas primárias as quais lhes conferem direitos ou impõem obrigações de conduta ou abstenção. Wellens dedica suas considerações finais ao papel das Nações Unidas e a necessidade da organização se adaptar gradualmente às ‘prevailing circumstances’ da comunidade internacional principalmente quanto à regra secundária do artigo 27 da Carta (3) a qual estabelece as condições para de decisões no Conselho de Segurança.

A partir da leitura dos textos dos mais diversos teóricos que enfrentam a questão da legitimidade no direito internacional é possível constatar a presença de temas recorrentes como a constitucionalização do direito internacional, a flexibilização do conceito de normas jurídicas válidas, ou normas primárias bem como de sujeitos de direito internacional e governança global. O tratamento destes temas de forma tão abrangente gera a pergunta sobre em que medida pertencem ao campo do direito internacional público. No debate teórico estas diferentes percepções são visíveis no diálogo da dogmática do direito internacional com outras correntes teóricas.⁸⁵⁸ Um exemplo notório é Jürgen Habermas que aceita os postulados de Luhmann sobre uma sociedade global mas não identifica regras transnacionais entre atores privados como normas jurídicas internacionais.⁸⁵⁹ Esta

⁸⁵⁸ ONUF, Nicholas. *World of our making: Rules and Rule in social theory and International Relations*. Columbia: University of South Carolina Press, 1989; ONUF, Nicolas Greenwood. *Law - Making in the Global Community*. Durham: Carolina Academic Press, 1982.

⁸⁵⁹ SKORDAS, Achilles; ZUMBANSEN, Peer. Introduction: The Kantian Project of International Law: Engagements with Jürgen Habermas’ The Divided West. In: *German Law Journal*. Vol. 10, nr.

pergunta a qual possui como pano de fundo a relação entre governança global e direito internacional público pode ser parcialmente respondida na medida em que estuda-se a legitimidade a partir da perspectiva jurídica.

Em novembro de 2003 o Instituto Max Planck de Heidelberg desenvolveu um Seminário sobre “International Law in Treaty Making” como parte de um diálogo europeu-americano sobre diferentes percepções do direito internacional e em particular o tema da legitimidade assumiu particular intensidade nos debates o que gerou um Seminário sobre o tema da legitimidade no direito internacional do qual participaram diversos pesquisadores entre os quais Rüdiger Wolfrum, Alain Pellet, Robert Keohane e Georges Abi Saab. Algumas das principais inquietações sobre o tema foram mencionadas no artigo de Wolfrum ‘Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: some introductory considerations’.⁸⁶⁰

O texto de Wolfrum é marcadamente técnico e acentuado pela restrição do estudo da legitimidade ao campo do direito internacional público. Primeiramente reconhece a existência de diversas escolas de pensamento sobre a questão da legitimidade e cita primeiramente a que argumenta que falta legitimidade ao direito internacional pelo menos se comparado com governos democráticos nacionais. Esta, segundo Wolfrum é uma escola que resgata o pensamento internacionalista de Carl Schmitt, estado-centrista, onde o direito internacional é percebido como diretamente controlado pelos Estados individualmente. Um comentário sobre esta avaliação de Wolfrum é que o pensamento internacionalista de Carl Schmitt sobre a legitimidade pode conduzir a outras conclusões conforme as referências no primeiro

01(2009). Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/> Acesso em: abr. 2009. p. 2

⁸⁶⁰ WOLFRUM, Rüdiger. Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations. In: WOLFRUM, Rüdiger (org.). *Legitimacy in International Law*. Heidelberg: Springer, 2008. (pp. 1-24)

capítulo desta tese. A segunda escola é uma consequência da globalização e argumenta que as instituições globais devem ser remodeladas de forma a estabelecer sua legitimidade com base nos desafios globais. Esta escola sugere a substituição ou complemento dos governos por instituições mundiais democraticamente legitimadas. Outra escola é preocupada com a adaptação dos meios tradicionais de desenvolvimento de normas ao mundo globalizado e cita Thomas Franck. Outras são formas híbridas como acentuar a influência parlamentar na condução das relações internacionais.⁸⁶¹

No conteúdo teórico do conceito de legitimidade reunido por Wolfrum não há o que se acrescentar ao que foi mencionado nesta tese. Menciona o papel de justificação da autoridade, do consenso, da adequação e justiça trazidos pela questão da legitimidade no direito internacional. Sob a ótica da democracia menciona que a falta de democracia no interior dos Estados coloca em questão a implementação do acordo naquele Estado mas não o acordo em si e, lembrando a contribuição de G. Tunkin, se o costume é compreendido como um acordo tácito entre Estados então sua última fonte é o consentimento dos Estados⁸⁶². Muito embora Wolfrum recorra ao costume e ao *pacta sunt servanda* curiosamente não menciona Hans Kelsen.

Duas questões mencionadas por Wolfrum merecem referência nos termos do objetivo desta tese: o reconhecimento de elementos estáticos e dinâmicos relativos à legitimidade e o reconhecimento de normas que embora tecnicamente não sejam normas jurídicas internacionais constituem ou interferem nas obrigações dos Estados.

⁸⁶¹ WOLFRUM, op. cit., pp. 3-5

⁸⁶² Ibidem, pp. 6-8.

Sobre os fatores estáticos e dinâmicos parte da questão do consentimento. O consentimento dos Estados deve ter um sentido específico e estático para se referir à uma obrigação particular e um sentido geral e dinâmico referente ao estabelecimento de um sistema ou regime de governança o qual desenvolve vida jurídica por si só ao formular outras obrigações.⁸⁶³ Assim como nesta tese, Wolfrum procura falar do direito internacional público geral e não de acordos específicos de pequeno alcance. De outra forma não haveria que se falar em sistema ou regime jurídico. A diferença entre a contribuição de Wolfrum e as reflexões deste trabalho é que o sentido estático é a norma mesma o que significa que o fundamento da obrigação é a norma ou o pactuado. A norma fundamental de Hans Kelsen na perspectiva da legitimidade estática é o reconhecimento necessário a priori para que esta norma seja estabelecida e é incluído neste reconhecimento a capacidade de um sujeito compreender a norma e poder por ela se obrigar e reconhecer na outra parte os mesmos atributos. Estas considerações levam o autor a questionar se o consentimento seria a forma de legitimação do direito internacional e então desenvolve sua idéia sobre sentido dinâmico a partir da noção que:

“(...) international law has developed subtle forms of establishing norms or influencing the national administrations efficiently, although perhaps not directly. (...) a growing number of international adjudicative bodies have recently been developed, the decisions of some of which directly affect individuals. (...) This is particularly true for human rights issues, environmental law, economic law and even issues concerning national governance.”⁸⁶⁴

Wolfrum destaca o reconhecimento de normas que embora não possuam a natureza técnica constituem obrigações para os Estados ou mesmo indivíduos e corporações ou que aceleram a implementação de obrigações já contraídas.

⁸⁶³ “The consent of States can have specific and static meaning namely to refer to a particular, clearly defined obligation and a more general or dynamic meaning referring to the establishment of a regime or a system of governance which – having been set up by consent – develops a legal life of its own, such as by formulating obligations.” (WOLFRUM, op. cit., p. 9)

⁸⁶⁴ WOLFRUM, op. cit., pp. 10 e 12.

Exemplifica o exemplo com o papel das decisões das agências internacionais, em particular relativas à implementação do Protocolo de Montreal sobre substâncias que afetam a camada de ozônio e em particular as votações por maioria acerca de normas complementares que efetivam o cumprimento do tratado.⁸⁶⁵ O papel que Wolfrum atribui às agências (secretarias) internacionais que administram tratados multilaterais bem como às corporações internacionais é bastante semelhante ao mencionado por Paul Kajer em relação aos conglomerados de especialistas⁸⁶⁶ e ao que Teubner atribui aos atores privados transnacionais.⁸⁶⁷

A ótica das assunções de Wolfrum estão de acordo com diversos argumentos desta tese. O que Wolfrum compreende por sentido dinâmico do consenso resume-se às decisões administrativas tomadas dentro dos regimes e dos sistemas de direito internacional que não dependem do consenso dos Estados mas as quais geram ou interferem nas obrigações dos Estados. Também, as áreas que o jurista menciona onde estes fenômenos ocorrem com mais frequência dizem respeito aos exemplos ilustrativos e outros exemplos dados ao longo da argumentação: ambiental, governança nacional, finanças, direitos humanos. O argumento é que o consenso e o consentimento não gera legitimidade por si só pois

⁸⁶⁵ "In particular, international environmental law has made use of the mechanism that international treaties may be developed further by decisions of Meetings of States Parties. The international treaties in question mandate the Meetings of States Parties progressively to develop norms within their frameworks. The norms resulting therefrom are merely of technical nature but often constitute either additional obligations for States or even individuals or corporations or they accelerate the implementation of obligations already taken." (WOLFRUM, op. cit., p. 14).

⁸⁶⁶ "Political scientists and public lawyers, on the other hand, tend to orient attention towards public international organizations and issues such as the emergence of a global administrative law complex. This division of labour is however problematic insofar as what can be observed is the emergence of a whole range of functionally delineated configurations within the transnational space in terms of regulatory conglomerates within areas such as economy, science, mass media, sports, environment and so forth. Conglomerates which are characterised by a highly complex interaction between public and private elements in terms of public and private international organizations, public and private international courts and court-like tribunals, private companies, think tanks, non governmental organizations and so forth. (KJAER, op. cit., p. 5).

⁸⁶⁷ TEUBNER, Gunther; KORTH. *Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft*. In: KÖTTER, Peter Matthias; SCHUPPERT, Gunnar Folke (Hrsg.). *Normative Pluralität ordnen*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

existem obrigações assumidas pelos Estados que não partem destes sentido estático mas nele está ancorado. A noção em certo sentido tradicional de Wolfrum é mais um argumento quanto á inaplicabilidade da norma fundamental enquanto fundamento único de legitimidade.

Outras contribuições no campo das teorias jurídicas também identificam o papel da relação entre normas jurídicas internacionais e outros tipos de comandos e diretrizes que reforçam ou interferem nas obrigações dos Estados. A este respeito no trabalho de Anne Marie Slaughter 'Governing the Global Economy through Government networks' no qual cita o crescimento dos 'Memorands of Understanding – MOUs' reflete sobre o crescente reconhecimento das vantagens gerais de acordos informais entre agências regulatórias governamentais.⁸⁶⁸ O argumento de Slaughter revela a inquietação entre os internacionalistas mencionada por Brigitte Stern de como é possível regulamentar a globalização a partir do direito internacional já que normas formais são insuficientes.⁸⁶⁹ O extenso trabalho de pesquisa de Hellen Keller sobre códigos de conduta na perspectiva da legitimidade do direito internacional também é elucidativo na medida em que questiona a efetividade e a legitimidade da diversidade de regulamentações as quais diferem em termos de origem, escopo, grau de institucionalização. O questionamento de Keller é sobre a legitimidade destes códigos de conduta que implicam no afastamento dos modelos de legitimidade tradicionais assim como os códigos privados estão desconectados do Estado.⁸⁷⁰

⁸⁶⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie. Governing through Government Networks. In: BYERS, Michael (org.). *The role of Law in International Politics: essays in international relations and international law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 177-205.

⁸⁶⁹ STERN, Brigitte. How to regulate globalization? In: BYERS, Michael (org.). *The role of Law in International Politics: essays in international relations and international law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 252.

⁸⁷⁰ KELLER, Helen. Codes of Conduct and their Implementation: the Question of legitimacy. In: WOLFRUM, Rüdiger (org.). *Legitimacy in International Law*. Heidelberg: Springer, 2008. pp. 236 e 296.

É necessário enfatizar que a referência à pesquisa de Helen Keller deve-se ao estudo apurado quanto à existência e eficácia de normas de conduta – regulações – as quais embora tenham natureza privada que cumprem uma função pública. A tônica de Keller é no problema da legitimidade destas normas e da aceitabilidade das mesmas. O argumento desta tese segue num caminho diverso que aproveita alguns resultados da pesquisa mencionada: a existências de regras criadas em diferentes planos – pois normas de conduta existem também em relações multilaterais – que reforçam o consenso, a determinação e a orientação para o cumprimento de normas de direito internacional válidas.⁸⁷¹

No itinerário da história das idéias do positivismo jurídico é possível observar que normas em Austin são comandos⁸⁷² e em Hart são regras reconhecidas pelas regras secundárias. São soluções teóricas abertas mas não menos obscuras para conceituar normas jurídicas válidas e mesmo no ‘Concept of Law’ de Hart a questão da validade enquanto reconhecimento de regras por órgãos públicos e juízes era assumidamente problemática.⁸⁷³ A consideração do plano do direito internacional como um ambiente com limitada capacidade de sanção se comparado ao direito interno faz com que normas enquanto comandos possam ser examinadas de forma diversa pois normas jurídicas seriam comandos reconhecidos como tais.⁸⁷⁴ Conforme foi verificado o reconhecimento de normas primárias por diversos atores novos no direito internacional também pode conduzir à questão da

⁸⁷¹ Helen Keller menciona exemplos de códigos de conduta criados por atores privados mas que informam normas internacionais. Neste sentido os códigos voluntários de conduta relativos ao direito do trabalho que é um acordo entre ONGs, sindicatos que servem como ‘benchmarks’ para o ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (ILO 1977). (KELLER, op. cit., p. 243.

⁸⁷² AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), apud MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 336.

⁸⁷³ “A more serious objections is that talk of the assumption that the ultimate rule of recognition is valid conceals the essentially factual character of the second presupposition which lies behind the lawyers statement of validity. No doubt the practice of judges, officials, and others, in which the actual existence of a rule of recognition consists, is a complex matter.” (HART. op. cit., p. 109)

⁸⁷⁴ FRANCK, *Legitimacy in International System*. op. cit., pp. 705-707.

ampliação do conceito de normas no direito internacional.⁸⁷⁵ Teóricos das relações internacionais também registram novas percepções sobre a natureza técnica das normas de direito internacional; por exemplo, Kratchowil prefere caracterizar normas como directivas⁸⁷⁶ e Wendt como crenças compartilhadas manifestadas.⁸⁷⁷ De volta à história das idéias no direito internacional é perceptível que o direito internacional surge no momento em que sujeitos que reconhecem sua mútua capacidade jurídica adotam normas entre si. A dogmática do direito internacional gerou tanto teorias com critérios objetivos sobre a validade de normas internacionais como regras secundárias que reconhecem quem são os sujeitos e quais são as normas de direito internacional. A identificação destes elementos na história das idéias indica que a solução da equação sobre o que são normas de direito internacional passa pela observação do mútuo acoplamento entre a práxis e a semântica teórica.

Após estas considerações retorna-se ao ponto de partida em referência no início desta última seção: aplicar o princípio do reconhecimento, na forma que é compreendido pela teoria pura do direito de Hans Kelsen, às relações societárias internacionais. Assim como Kelsen é possível reconhecer a existência de uma diversidade de normas e é possível conferir unidade a esta diversidade de normas reconhecendo que existe um sistema internacional ou global de normas. No itinerário da história do direito internacional é possível observar este fenômeno na formação do costume mas não é a história que forma o costume mas sim o reconhecimento de normas jurídicas positivadas por sujeitos detentores de capacidade jurídica. Diversos elementos da legitimidade possuem na teorização da

⁸⁷⁵ WELLENS, K.C.L.A.N.M. Barnhoorn. *Diversity in secondary rules and the unity of international law*. The Hague: martinus Nijhoff Publishers, 1995.

⁸⁷⁶ KRATOCHWIL, Friederich V. *Rules, norms and decisions – on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. pp. 09,10 e 18.

⁸⁷⁷ WENDT, Alexander. *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. pp. 165ss.

norma fundamental do positivismo jurídico suas condições de existência: capacidade jurídica, consenso, consentimento. Contudo, a norma fundamental do positivismo jurídico Kelseniano é inaplicável como única resposta para a questão da legitimidade.

Interferem na questão da legitimidade elementos que ultrapassam a formulação teórica da norma fundamental. Estes elementos são aqueles que ultrapassam a característica estática do reconhecimento de regras a partir do mútuo reconhecimento de capacidades jurídicas. A norma fundamental é o ponto de partida do comportamento de sujeitos de direito internacional assim como a legalidade é o ponto de partida da legitimidade. No plano jurídico, uma norma pode reunir pouca legitimidade mas se não existe norma não há o que se falar em legitimidade. A este respeito a legalidade segue o binômio direito/não-direito e a legitimidade obedece um gradiente de percepção de legitimidade. A norma jurídica é preto ou branco e a legitimidade são tons de cinza.

A legitimidade no direito internacional pode sofrer interferência de diversos fatores que fazem parte da percepção de legitimidade de normas jurídicas. Como exemplo destes fatores pode se falar em consenso, ritualização, determinação, valores, etc. Estas percepções adquirem maior ou menor subjetividade nos critérios sugeridos pelas teorias jurídicas conforme contextos culturais, regionais, históricos em que as normas atuam. É possível encontrar na história diferentes modos de influenciar a legitimação de regras muito embora os elementos da norma fundamental positivista tenham permanecido estáticos desde as primeiras manifestações do direito internacional.

A fragmentação do direito internacional possui diferentes aproximações interpretativas que em parte dependem da ótica teórica de quem a explica. A este respeito este trabalho fez referência ao Relatório da CDI sobre a fragmentação do direito internacional, sobre o papel das decisões no direito internacional, principalmente a partir das lições de Carl Schmitt e também a partir do pluralismo jurídico informado por Kennedy e Teubner. A partir destas perspectivas é possível identificar fatores que legitimam dinamicamente normas internacionais. O primeiro fator é o movimento de produção desordenada de normas no plano internacional que ao mesmo tempo em que é causa eficiente para choques entre regimes internacionais confere determinação a normas dentro de seus respectivos sistemas na medida em que especifica mais e mais o conteúdo dos comandos aplicados a diferentes situações. Esta produção de normas é verificada nos regimes ambiental, de direitos humanos, de comércio internacional. Também é possível identificar que a fragmentação do direito internacional, na forma de produção de normas, aumenta a coesão do sistema jurídico enquanto critério horizontal de legitimidade e isto é observado também na perspectiva dos regimes e dos sistemas regionais de normas.

A interdependência no direito internacional também pode ser verificada na própria relação entre normas de direito internacional onde é possível perceber de forma mais evidente que normas são interdependentes e a medida de sua interdependência no sistema. Um exemplo deste caso são os tratados multilaterais gerais e os protocolos adicionais ou normas acessórias a estes compromissos. O quanto maior o alcance da interdependência entre normas maior a determinação das normas em virtude da ampliação dos referenciais normativos e da consolidação das normas no sistema. Esta relação de interdependência enquanto reunião dos

compostos normativos e decisórios fragmentados de um determinado sistema de normas também aumenta a coesão das normas no sistema normativo.

Decisões conferem coesão e determinação às normas jurídicas válidas de direito internacional no sentido em que é dada interpretação e aplicação prática ao conteúdo normativo. Nesta medida é que foi afirmado na introdução desta seção que a fragmentação e interdependência no direito internacional devem ser entendidos como partes de uma organicidade argumentativa e não no sentido de racionalidades jurídicas com fronteiras definidas. A interdependência nos sistemas jurídicos permite reunir os elementos fragmentados na concepção de um único sistema jurídico, seja internacional, seja regional, seja transnacional. O fato da práxis do direito internacional depender da interdependência entre normas fragmentadas é um dos elementos da argumentação de Koskenniemi quanto à qualidade de um argumento jurídico no direito internacional. Um argumento jurídico competente procura conectar normas em diferentes níveis de abstração.⁸⁷⁸ O argumento do internacionalista finlandês permite perceber que a inclinação para a obediência no sentido da conectividade das normas também pode ocorrer no plano descritivo argumentativo.

O recurso aos casos ilustrativos demonstra algumas relações entre normas internacionais e normas informais. É o caso da tutela da floresta de Iwokrama onde parte do lucro dos investidores com os créditos de carbono provém do mercado alternativo protagonizado por atores privados. Isto ocorre neste caso porque as Nações Unidas não possuem ainda mecanismos legais e institucionais para aprovar projetos de conservação de florestas no contexto do sistema financeiro ambiental. No caso da implementação das unidades de inteligência financeira as

⁸⁷⁸ KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 566.

recomendações do GAFI geram comportamento estatal em larga escala em virtude de compromissos assumidos no plano internacional como o combate ao terrorismo. Nestes termos pode ser observada a existência de normas de conduta em relação à cooperação intergovernamental em termos de inteligência financeira as quais podem atuar num contexto de interdependência em virtude da própria interdependência entre os atores envolvidos.

A observação da prática do direito internacional informa o quanto o sistema jurídico internacional não é um complexo de normas que promove seus objetivos no sistema de forma estática. O fato do direito internacional constituir um sistema legal destituído de um sistema unificado de sanções no sentido do sistema estatal suscita a pergunta sobre a legitimidade no sentido da atração para o cumprimento num ambiente destituído de coercibilidade. É possível perceber que existem normas internacionais no sentido da facticidade e da eficácia mas sujeitos de direito internacional cumprem normas em virtude de elementos que ultrapassam o elemento consentimento.

A este respeito tratados e costumes enquanto fontes prevalentes de direito internacional oferecem a moldura das instâncias decisórias e do conteúdo de argumentos jurídicos. A administração de regimes e sistemas internacionais na forma de secretarias e instâncias decisórias dinamizam os conteúdos dos pactos internacionais e então é possível compreender que sujeitos de direito internacional são atraídos para o cumprimento em virtude da própria dinamização do direito internacional. No mesmo sentido do argumento de Martti Koskenniemi sobre a

competência no direito internacional Malcom Shaw também coloca a justificação do argumento jurídico num patamar central da prática do direito internacional.⁸⁷⁹

A teoria pura do direito de Kelsen procurou estudar o objeto das ciências jurídicas que é o direito, purificando-o de outros elementos como a moral, a ética, os valores, a política e a ideologia. O rigor científico pretendido pelo positivismo jurídico permitiu verificar com maior margem de acerto que a norma e seus critérios de validade são resultados de escolhas, de opções, de decisões. O produto do processo acéptico de reducionismo máximo que a ciência pode conferir à norma não é a norma mas a decisão e o que permite a esta decisão ser caracterizada, transubstanciada em norma jurídica é também uma decisão a qual gera uma atribuição ficcional.

Se no plano jurídico a legitimidade depende da existência da legalidade pois sem norma não há o que se falar em direito, então a legitimidade também é ficcional já que a legitimidade parte também do pressuposto do reconhecimento mútuo de capacidades jurídicas. A legitimidade assim como a norma fundamental é a ficção das ficções pois constitui a condição de existência a priori da legalidade. Voltar atrás neste raciocínio pós-kantiano seria reconhecer valores determinados como fundamentos do direito e mesmo que os sejam, o fundamento jurídico último de legitimidade de uma ordem jurídica é a decisão que confere a estes valores natureza jurídica. O recurso à ficção permite também compreender como diferentes contextos culturais ou históricos podem modificar a percepção de legitimidade de normas internacionais.

⁸⁷⁹ "It is the legal quality of international law that is the first question to be posed. Each side to an international dispute will doubtless claim legal justification for its actions and within the international system there is no independent institution able to determine the issue and give a final decision." (SHAW, op. cit., p. 2)

No plano do direito internacional a legitimidade do ponto de vista dos valores pertence ao campo dos altos ideais humanos que não obstante não existam na realidade permitem à teoria e à práxis jurídica o avanço civilizatório. Este é um fundamento de legitimidade ficcional, baseado nas noções de liberdade e de justiça psicologicamente necessárias ao projeto societário humano.⁸⁸⁰ A legitimidade baseada em critérios diversos da moral também não escapa à caracterização ficcional já que depende da noção de atribuição de personalidade necessária para a obtenção do consenso e do consentimento consciente do conteúdo da norma. A partir destes argumentos é também possível reconhecer que a norma fundamental exerce parcialmente a função legitimatória do direito internacional pois ao mesmo tempo em que apresenta-se como pura ficção nega-lhe a interferência de valores morais subjetivos.

A versão de 1979 de 'Teoria Geral das Normas' indica que a norma fundamental não pode ser concebida no plano científico sem o recurso à ficção como ato do pensamento. Muito se escreveu sobre a o 'mistério mortal' da mudança de posição de Kelsen na versão de 1979 e quanto a isto Duxbury acerta: normas são conectadas à vontade humana.⁸⁸¹ Este trabalho buscou acrescentar argumentos à hipótese que a norma fundamental da teoria pura do direito é inaplicável enquanto fundamento único de legitimidade do direito internacional. Os diversos argumentos que formam este convencimento residem em última análise no reconhecimento de que fatores ficcionais estáticos e dinâmicos são imanentes aos sistemas jurídicos e a legitimidade não foge a esta regra. Se as relações internacionais forem

⁸⁸⁰ VAIHINGER, Hans. *Die Philosophie des Als Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Neudruck der 9. 10. Auflage leipzig 1927. Aalen: Scientia Verlag, 1986. pp. 59ss.

⁸⁸¹ "The basic norm shares with a positive legal norm the quality of being the meaning of an act of will, except that in the case of the basic norm the act of will is imagined." (DUXBURY, Neil. *The Basic Norm: an unsolved murder mystery*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 17/2007. Disponível em: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm. Acesso em: junho de 2008. p. 09)

observadas em qualquer época da história o conteúdo último da norma fundamental permanece inalterado e este conteúdo é o eixo de definição do conceito de legitimidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

"Die gefährlichste aller Weltanschauungen ist die Weltanschauung der Leute, welche die Welt nie angeschaut haben."
(Alexander v. Humboldt)⁸⁸²

O momento no qual é finalizado o texto desta tese de doutoramento é de inquietação para a sociedade internacional e, conseqüentemente, para o direito internacional. Em particular as conseqüências sistêmicas da crise financeira mundial e a retomada das iniciativas israelenses na faixa de Gaza revelam mais do que a limitação do direito internacional contemporâneo; desvelam a hipótese da falibilidade do próprio projeto societário. A crise financeira internacional aponta para a limitação do direito internacional em lidar com situações emergentes da sociedade mundial; uma sociedade formada por diversas formas de organização política, Estados nacionais, organizações internacionais, corporações, sociedades subnacionais, e, principalmente, por cidadãos mundo. Por outro lado os recorrentes ecos da guerra dos seis dias demonstram que não é suficiente o direito internacional possuir respostas objetivas para muitos problemas da sociedade internacional, tanto no campo normativo quanto no decisório.⁸⁸³

Nos termos dos argumentos esboçados nesta tese de doutoramento estes e muitos outros desconcertos da sociedade internacional dizem respeito à questão da legitimidade do sistema jurídico internacional. Para ser objetivo neste

⁸⁸² "The most dangerous world view of all is the world view of those who have never viewed the world" (Alexander von Humboldt)

⁸⁸³ Um exemplo significativo é a Resolução 242 do Conselho de Segurança, de 22 de novembro de 1967, a qual obriga Israel a se retirar das áreas ocupadas na Guerra dos seis dias, ao reconhecimento da criação do Estado Palestino (plano normativo), que gerou o impasse no Conselho de Segurança para assegurar estas normas e decisões tomadas no âmbito das Nações Unidas (plano decisório). Reconhece-se, contudo, que as dúvidas semânticas em torno da Resolução 242 perseveram enquanto um óbice à implementação da decisão.

pórtico das considerações finais é importante ter presente que a regulamentação das atividades financeiras ainda concentra-se majoritariamente no âmbito da jurisdição dos Estados nacionais muito embora as conseqüências das crises nas bolsas tenham repercussões sistêmicas em nível global. A crise financeira diz respeito à legitimidade na medida em que, muito embora exista convergência internacional quanto à necessidade de evitar as conseqüências jurídicas e econômicas da especulação financeira, a moldura do direito internacional, prevalentemente voluntarista estatal, não permite que regras internacionais atinjam decisivamente atores subnacionais e transacionais. Não é possível gerar comportamento em larga escala de cidadãos mundo muito embora estes tenham capacidade de gerar fatos jurídicos em escala global. Já as recorrentes iniciativas na faixa de Gaza parecem provar que não bastam ter normas rígidas (normas internacionais de direito humanitário e direitos humanos) e mesmo flexíveis (decisões do conselho de segurança) ainda que asseguradas por grandes potências para garantir direitos em nível internacional. Em outras palavras, na prática, não bastam a existência de normas e o contratualismo.

O primeiro passo para resolver a questão da legitimidade do direito internacional no campo científico é esforçar-se por compreendê-la com todos os instrumentos disponíveis ao conhecimento humano. A tentativa de sistematização de tema tão complexo como o do fundamento de legitimidade do direito internacional em termos de linguagem científica implica em necessariamente recorrer às assunções levadas efeito pela teoria política, filosofia e ciências jurídicas. Conforme foi mencionado, a busca pela fundamentação de normas jurídicas ultrapassa o campo das normas escritas muito embora seja difícil afirmar se seriam capazes de ultrapassar o contexto as normas – quaisquer que sejam – expressas e

comunicáveis. Se por um lado este esforço intelectual trabalha predominantemente com questões jurídicas por outro há o questionamento recorrente sobre o quanto normas jurídicas geram comportamento de atores ou sujeitos de direito internacional.

No transcorrer desta pesquisa algumas vezes o raciocínio foi levado ao enfrentamento de questões comuns ao contexto do encontro entre a sociologia e a filosofia. Interessa às ciências jurídicas saber como e por que a sociedade internacional muda e em que medida esta mobilidade possui relação com a capacidade de normas internacionais influenciarem estes processos. Normas internacionais dizem respeito tanto à tentativa de modelamento das relações sociais - não somente em nível internacional – como devem ter capacidade de acompanhar as intensas transformações nos padrões sociais de comportamento.

Algumas das pressuposições adotadas no início desta pesquisa foram descartadas em virtude da confrontação dos dados ao longo da condução da pesquisa. Mencioná-las aqui é oportuno já que demonstram que alguns dos (pré)conceitos que habitavam os pensamentos do pesquisador foram desconstituídos ao longo do itinerário que partiu dos objetivos e métodos descritos no projeto defendido na qualificação e que culmina com o depósito do formato definitivo da tese. Dentre os inúmeros argumentos que foram desconsiderados ao longo da pesquisa destaca-se no campo da história das idéias a pouca influência direta da obra de Rousseau na teoria jurídica de Hans Kelsen. O fato de Kelsen ser um positivista e ter registrado o princípio do *pacta sunt servanda* na formulação teórica definitiva da norma fundamental é resultado de séculos de consolidação do positivismo na Europa. As teorias políticas que fundamentam o Estado no

contratualismo são contrapostas pelo próprio Kelsen e a expressão do princípio do *pacta sunt servanda* é em Kelsen bem mais do que uma teoria constitucional do Estado moderno, é uma das expressões da existência de relações jurídicas tanto no plano nacional como no internacional.

Outro argumento que perdeu força ao longo da pesquisa é a influência de Immanuel Kant e do Círculo de Viena. Neste caso o desfalecimento assume outros contornos já que para compreender Hans Kelsen é necessário recorrer aos círculos intelectuais de Viena e aos neo-kantianos. Talvez seja mais acertado dizer que toda a geração de juristas de língua alemã ao longo do século XIX e XX sofre de alguma forma a influência de Kant do que restringir esta influência ao positivismo jurídico ou mesmo enfatizá-la em Hans Kelsen. Não é possível estabelecer uma conexão direta entre o problema da liberdade, o imperativo categórico e mesmo as idéias políticas do opúsculo “*À paz perpétua*” nas idéias principais da teoria pura do direito. Por outro lado o mesmo não pode ser dito dos neo-kantianos ligados aos círculos intelectuais da Viena no despontar do século XX. Acerca das conexões entre o pensamento de Kant e Kelsen no plano da história das idéias esta tese ocupou-se mais em dissecar o assunto do que procurar causalidades intelectuais já que a pesquisa às fontes primárias e à literatura insistia em desconstituir esta hipótese.

Também merece registro o fato de que o pesquisador não ficou imune à leitura instantânea da norma fundamental o que pode também ter induzido outros pesquisadores desavisados ao mesmo erro. A norma fundamental em Hans Kelsen não pode ser reduzida ao contratualismo jurídico e muito menos ao princípio do *pacta sunt servanda*. Afirmar que o fundamento do direito internacional é o princípio

do *pacta sunt servanda* também é reduzir a legitimidade e a legalidade de normas internacionais ao contratualismo jurídico informado pelo costume.

As idéias de Kelsen a partir da consulta ao maior número de fontes bibliográficas disponíveis foram gradualmente mostrando a força de sua argumentação. No começo desta pesquisa parecia muito mais fácil desconstruir os argumentos de Hans Kelsen em virtude da conclusão precipitada e afoita que se a *Grundnorm* expressava-se no princípio do *pacta sunt servanda* a norma fundamental era o contratualismo jurídico. Ao constatar que a formulação teórica da norma fundamental é baseada em argumentos mais convincentes também foi necessário apresentá-la de forma diversa. Por isso, dedicou-se parte da argumentação ao itinerário intelectual da norma fundamental dentro do positivismo jurídico de Hans Kelsen o que cobre mais de meio século de produção intelectual e mais de uma dezena de livros específicos do autor.

O *pacta sunt servanda* é uma expressão comum do reconhecimento de uma ordem jurídica mediante o princípio da eficiência. A este respeito é consagrada a expressão '*Ubi societas, ibi jus*' muito embora seja mais um aforismo jurídico do que uma afirmação científica. Onde há sociedade é possível identificar algumas regras enquanto comandos mas não necessariamente jurídicas. É possível afirmar que onde existe sociedade existem crenças e valores compartilhados. Aqui parece possuir razão Hart quando teoriza que as regras secundárias é que irão reconhecer se normas são jurídicas ou não mas antes deste momento de consenso todos os índios são caciques. A norma fundamental em Hans Kelsen diz respeito a esta ordem de fenômenos: é possível reconhecer regras jurídicas nas sociedades mas este fenômeno só é possível se existir a possibilidade de auto-obrigar-se e isto é

evidente na sociedade internacional na medida em que Estados reconhecem-se mutuamente em suas esferas de poder.

Outro argumento também foi colocado em questão ao longo desta pesquisa. Diz respeito ao fato de o direito internacional ser ou não ser prevalentemente kelseniano. O erro de avaliação que inúmeras vezes cuidou-se de retificar nesta tese reside na resposta afirmativa a esta questão o que poderia conferir maior importância à pesquisa. Conclui-se que a produção teórica de Hans Kelsen é um sistema de representações do mundo que encontra notável receptividade na comunidade científica. Na atual conformação entre a semântica dos discursos teóricos da ciência e a prática jurídica é difícil afirmar se a influência de Hans Kelsen foi decisiva nas relações internacionais. Muito embora esta dúvida não diga respeito ao propósito desta tese um arriscado palpite é que a moldura do direito internacional contemporâneo não é prevalentemente kelseniana mas que a teoria pura do direito talvez seja o corpo teórico que melhor explique a complexidade das relações jurídicas em escala mundial tanto em suas certezas como em suas inquietações.

Ainda sobre algumas das crenças desconstituídas ao longo da pesquisa, deve-se fazer referência aos propósitos desta tese. Preferiu-se não evidenciar a inaplicabilidade da norma fundamental enquanto fundamento de legitimidade do direito internacional mas sim tão simplesmente acrescentar argumentos à hipótese de que se existe um lugar para a legitimidade na teoria pura do direito este local é ocupado pela norma fundamental. No quarto capítulo aonde se propõe os fatores estático e dinâmico de legitimidade do direito internacional, a fragmentação e a interdependência também são apresentados como hipóteses às quais acrescento

argumentos de reforço. O recurso de Hans Kelsen para salvar a norma fundamental – mudando seu módulo de hipotético para ficcional - infelizmente não pode ser utilizado nesta tese. A fragmentação e interdependência no direito internacional são fenômenos reconhecidos por contribuições qualificadas como fenômenos reais no plano social e não dados teóricos que podem transitar livremente no campo da abstração intelectual. Dado que não é propósito desta tese provar a existência da fragmentação e interdependência do direito internacional, os fatores dinâmicos de legitimidade são meras hipóteses mas hipóteses acerca de fenômenos ficcionais já que o direito e a legitimidade são atos de vontade mediados pelo pensamento. Ergo, o propósito desta tese é acrescentar argumentos à hipótese que a norma fundamental é inaplicável enquanto fundamento único de legitimidade do direito internacional. No projeto original o objetivo era evidenciar este esgotamento teórico, propósito este que não poderia ser cumprido definitivamente.

Fred Halliday argumentara que o desenvolvimento, o passado e o futuro do estudo acadêmico das relações internacionais é parte do desenvolvimento das ciências sociais como um todo, reflexo dos dilemas mesmo da sociedade. Assim, as relações internacionais não lidam com objetos determinados e o que importa é no quanto as estruturas podem ou seriam continuadas e como estas mudanças e interações podem ser mais bem administradas. Para justificar sua existência as ciências sociais ensinadas nas universidades têm que corresponder ao objeto de estudo que existe efetivamente no mundo exterior.⁸⁸⁴ Se, interessa ao campo de estudo do direito internacional não somente a capacidade de normas jurídicas gerarem comportamento de sujeitos de direito internacional, mas também como a sociedade internacional tem mudado, como se comporta no presente e como ela

⁸⁸⁴ HALLIDAY, Fred. International Relations and its discontents. In: *International Affairs*, Volume 71, Issue 4, Special RIIA 75 th Anniversary Issue (Oct. 1995). p. 734.

provavelmente vai mudar no futuro; então faz sentido questionamentos mais profundos conforme sugere Teubner nesta passagem ilustrativa:

“A central question here is how we can know anything? What are we, what does it mean to observe and to know. And this question has become affected by the study of meaning - to get ‘objective knowledge’ we need objective meanings - but can we get ‘objective meanings’? These questions come together if we ask how we, embedded in society, can know anything about that society? The sociological question cannot escape the philosophical questions, which are in turn tied up with questions about the nature of language.”⁸⁸⁵

Legitimidade é um conceito com forte conteúdo político mesmo mesmo quando utilizado na literatura jurídica. Dizer por sua vez que o conceito de legitimidade possui forte conteúdo político é dizer que purificá-lo das impurezas relativas àquilo que ele não é juridicamente pode implicar num déficit explicativo que retira do conceito seu peso relativo na utilização pela literatura científica. Assim, como desvincular do tema legitimidade assuntos como a religião, a cultura e a ética? Este tipo de tentativa é justamente onde repousam algumas das principais críticas aos fundamentos da teoria kelseniana.

Ao longo da história é possível perceber que diferentes fundamentos exerceram o papel de legitimação de normas internacionais. Na medida em que a sociedade avança os padrões das normas e instituições modificam-se de acordo com contextos culturais e societários diversos. A teoria jurídica possui a particularidade de não ser mera expectadora; é sim desafiada a acompanhar as mudanças de padrões societários ao mesmo tempo em que não se ajusta a eles. Embora não se possa reconhecer a prevalência de teoria explicativa relativa ao fundamento de legitimidade do direito internacional, propõe-se que as assunções baseadas no princípio do ‘pacta sunt servanda’ ou na norma hipotética fundamental

⁸⁸⁵ TEUBNER, Gunter; NOBLES, Richard; SCHIFF, David. The autonomy of Law: an introduction to legal authopoiesis. *Jurisprudence*. London: Butterworths, 2003.

possam ser aprimoradas a fim de diminuir as distâncias entre o argumento teórico e a dinâmica das normas nas relações internacionais.

A construção histórica do conceito de legitimidade no direito internacional gerou não um mas diversos sistemas de fundamentação teórica, política e societária, o que é reflexo da disputa entre formas de legitimação no contexto das relações internacionais. Neste domínio, o exame dos processos de convergência legitimidade-norma não se resolve de forma abstrata; exige uma compreensão mais ampla da dinâmica da sociedade internacional e, especialmente, de como se constituem, historicamente, em cada caso, os impérios, os regimes e a hegemonia. Assim, na hipótese do reforço da lei pela legitimidade, teríamos de considerar a compatibilidade entre norma e os valores do tempo, o interesse dos grupos sociais e as forças hegemônicas no mundo político internacional. Quando ocorre um amplo processo de legitimação, tudo contribui para que a norma não seja alterada e não haja dúvidas quanto à conveniência de obedecer ou gerar comportamento. Na hipótese do movimento inverso, quando se caracteriza a distância entre o que a sociedade necessita e o mundo jurídico, a norma entra em descompasso com os valores do tempo e pode perder força, abrindo-se a possibilidade para que seja reformulada.

Os principais argumentos desta tese encontram-se na segunda parte do capítulo terceiro sobre a resposta da teoria pura do direito à questão da legitimidade. No teor destes argumentos destaca-se a formulação da norma fundamental na teoria pura do direito: a partir do princípio do reconhecimento, por um ato de pensamento, pressupõe-se uma norma fundamental que justifica e confere unidade ao ordenamento jurídico internacional. Os elementos desta norma fundamental são

percebidos no reconhecimento da existência de normas já que sujeitos de direito os quais se comportam segundo estas normas reconhecem mutuamente suas capacidades jurídicas de se comprometerem por elas. A teorização da norma fundamental no plano da história das idéias é uma formulação voltada a resolver o problema da validade de normas no sentido universal e não somente a validade de normas hoje reconhecidas como nacionais e internacionais. Neste sentido que a norma fundamental é o fator estático de legitimidade do direito internacional pois reúne as pressuposições básicas para a condição de existência de normas, para o consenso, consentimento e todos outros fatores capazes de gerar legitimidade segundo o conjunto teórico mencionado no capítulo primeiro.

A partir da pesquisa teórica e da análise de dados jurídicos relativos à práxis do direito internacional é possível constatar que a legitimidade depende da questão da legalidade na medida que sem normas não há o que se falar em legitimidade na perspectiva jurídica. Por outro lado o processo de formação de normas envolve a percepção de um gradiente de legitimidade. Logo, normas obedecem ao binômio direito/não direito e legitimidade obedecem ao gradiente menos/mais legítimo. A possibilidade de mudança na percepção de legitimidade constatada a partir da observação do comportamento de normas e de sujeitos de direito internacional indica que a legitimidade enquanto propriedade da norma possui características dinâmicas. Argumentou-se nesta tese que é possível pesquisar estas características dinâmicas a partir de uma perspectiva jurídica. A possibilidade de distinção entre os fatores estático e dinâmico sugere que existem evidências científicas que normas internacionais possuem maior legitimidade em virtude de fatores que ultrapassam os elementos da norma fundamental do positivismo jurídico

kelseniano e por isso a norma fundamental é inaplicável enquanto fundamento único de legitimidade do direito internacional.

Finalmente, no início de uma pesquisa desta natureza, da qual parte da literatura é altamente especializada e em língua alemã e outra parte consiste no debate teórico contemporâneo ainda em consolidação, o trabalho do pesquisador é verdadeira garimpagem. Com o tempo o autor enfrenta um novo desafio: quanto mais conhece o terreno mais lhe são reveladas novas fontes e este fato tende a gerar uma quantidade avassaladora de informações possíveis de serem conhecidas e sistematizadas. Ao final da redação deste texto de tese é necessário registrar a constatação que muito mais poderia ter sido lido e acrescentado aos argumentos.

O fechamento da tese de doutorado significa mais do que a meritória colaboração com a atividade científica. Aqui, o autor, ao terminar o texto, conclui que a perfeição e o acabamento dos argumentos científicos não são características imanentes mas que sim transcendem seu trabalho de pesquisa e redação. A tese insiste e insiste em não terminar na conclusão. Mas, assim como a legitimidade do direito internacional ultrapassa os elementos da noção teórica da norma fundamental da teoria pura do direito de Hans Kelsen há vida no pesquisador além da ocupação com o problema de pesquisa. O término do texto da tese significa também a esperança de ter tempo para outras verdades, outras literaturas e outros amores não menos importantes como também não menos comprometidos com a evolução humana.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable*. Dordrecht, Holland: D. Reidel Publishing Company, 1986.

ABI-SAAB, Georges. The Security Council as Legislator and as Executive in its Fight Against Terrorism and Against Proliferation of Weapons of Mass Destruction: The question of Legitimacy. In: WOLFRUM, Rüdiger (org.). *Legitimacy in International Law*. Heidelberg: Springer, 2008. (pp. 109-130)

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

AGOSTINHO, Santo. Tradução de J. Oliveira Santos, S.J. e A. Ambrósio de Pina. S.J.. **Confissões**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1999.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed., Suhrkamp: Frankfurt am Main. 1994.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo. **Curso de Filosofia do Direito**. 3. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2004.

ALMEIDA, Paulo Roberto. **Relações Internacionais e Política Externa Brasileira**. Porto Alegre: Ed. da Universidade/ UFRGS, 1998.

ALMEIDA, Paulo Roberto. **Teses sobre o novo império e o cenário político-estratégico mundial: os Estados Unidos e o Brasil nas relações internacionais**. Disponível em: [http:// Meridiano47.info/](http://Meridiano47.info/). Acesso em: 31 mai.2008.

ALVAREZ, Alejandro. *La reconstrucción del derecho de gentes*. Santiago: Editorial Nascimento, 1944.

ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. Coleção Estudos. São Paulo: Perspectiva; Brasília: FUNAG, 1994.

AMACHER, R. C.. SWEENEY, R. J.(org.). *The Law of the Sea: U.S. interests and alternatives*. Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1976.

AMADO, Juan Antônio García. Grundnorm und Gewohnheitsnorm bei Kelsen. In: PAULSON, Stanley; STOLLEIS, Michael. *Hans Kelsen: Staatrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

_____. Hans Kelsen. *y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996.

AMARAL JÚNIOR, A..2002. **O Modelo Hobbesiano e as Relações Internacionais**. In: *Carta Internacional*, São Paulo, nº. 112, pp. 7-10, junho.

AQUINATIS, Thomae. **Summa Theologica**. *Volumen Primum*. Parisiis: Apud Ludovicum Viés, Bibliopolam Editorem, 1889.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução de Alexandre Coréia. 2. ed., Porto Alegre: Editora Sulina, 1980.

ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado – teoria e prática brasileira**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARCHIBUGI, D..1992. Models of International Organization in Perpetual Peace Project. *In: Review of International Studies*, vol. 18, pp. 295 - 317.

AREND, Anthony Clark; BECK, Robert J. **International Law and the use of Force: beyond the UN Charter paradigm**. London: Routledge, 1993.

ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant's Political Philosophy**. Chicago: Chicago University Press, 1982.

ARENT, Hannah. **The human condition**. 2. ed., Chicago: Chicago University Press, 1998.

_____. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

ARON, Raymond. **Estudos Políticos**. 2. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

_____. **Paz e Guerra entre as nações**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

ARRUDA, José Jobson de Andrade. **História Moderna e Contemporânea**. 16. ed., São Paulo: Ática, 1983.

ARZINGER, R.; STANDKE, H.. **Gegenwartsprobleme des Völkerrechts: Die Beiträge des Sammelbandes sind eine Auswahl aus den beiträgen der Sowjetischen Jahrbücher für Völkerrecht 1958 und 1959**. Berlin: VEB Deutscher Zentralverlag, 1962.

ÁVILA, Humberto. **Theory of Legal Principles**. Heidelberg: Springer Verlag, 2007.

AUSTIN, John. **The province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence** (1832) (1863). Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 1998.

BÂLI, Asli. **Stretching the limits of International Law: The challenge of Terrorism**. *In: Ilsa Journal of International & Comparative Law*, Volume 8, Spring 2002, Number 2. Florida: Shepard Broad Law Center, 2002.

BANCO MUNDIAL, **Globalização, crescimento e pobreza. Relatório de Pesquisa Política do Banco Mundial**. São Paulo: Futura, 2003.

BANSHOFF, Thomas; SMITH, Mitchell P. (org.). ***Legitimacy and European Union: the contested policy***. New York: Routledge, 2004.

_____.; SMITH, Mitchell P. Introduction: conceptualizing legitimacy in a contested policy. In: BANSHOFF, Thomas; SMITH, Mitchell P. (org.). ***Legitimacy and European Union: the contested policy***. New York: Routledge, 2004. (pp. 1 - 26)

BARBOSA FILHO, Manuel. ***Globalização da Miséria na América Latina***. 2. ed., João Pessoa: Dinâmica Gráfica e Editora, 1997.

BARRAL, Welber de Oliveira (org.). ***O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais***. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

BARRETO, Irineu, Cabral. ***Os sistemas interamericano e Europeu de proteção dos Direitos Humanos***. In: *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. Volume I. nr. 1. Belo Horizonte: CEDIN, 2008. pp. 110-132

BASTID, P.. “L’idée de Legitimité”, In: ***L’idée de Legitimité***. 7. ed., Paris: PUF, 1993. (pp. 7-17)

BENTHAN, Jeremy. ***An Introduction to the Principles of Morals and legislation***. Oxford: Basil Blacckwell, 1960.

BERMAN, Marshall. ***Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade***. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BINDSCHEDLER, R.L..Zum Problem der Grundnorm. In: ST. VEROSTA, F.A. Frhr V.D. Heydte; ZEMANEK, I. Seidl-Hohenveldern. ***Völkerrecht und Rechtliches Weltbild: Festschrift für Alfred Verdross***. Wien: Springer Verlag, 1960.

BIX, Brian. H.L.A. Hart and the Hermeneutic turn in legal theory. In: ***SMU Law Review***, Vol. 52. Texas: Law Review Association, 1999. pp. 167-198.

BOBBIO, Norberto; ZOLO, Danilo. Hans Kelsen, the theory of law and the international legal system – A Talk. Turim, 1o de julho de 1997. Traduzido para o inglês por Iain L. Fraser. In: ***European Journal of International Law***. Volume 09 (1988), nr. 02. Disponível em: <http://www.ejil.org>. Acesso em: outubro de 2008.

BOBBIO, Norberto. ***A era dos direitos***. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

_____. ***Teoria do Ordenamento Jurídico***. 10. ed., Brasília: Editora da UnB, 1997.

_____. ***O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo***. 6. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. ***Liberalismo e Democracia***. 3. ed., São Paulo: Editora Brasiliense, 1998.

_____. Sur lê Príncipe de Legitimité. In: ***L’idée de Legitimité***. Paris: PUF, 1967. (pp. 47-60).

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004.

BODANSKY, Daniel. The Concept of Legitimacy in International Law. In: WOLFRUM, Rüdiger (org.). **Legitimacy in International Law**. Heidelberg: Springer, 2008. pp. 309-317.

_____; DELLAVALLE, Sergio. **Universalism Renewed: Habermas' Theory of International Order in Light of Competing Paradigms**. In: German Law Journal. Vol. 10, nr. 01(2009). Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/> Acesso em: abril de 2009. pp. 05-30.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade. In: **Estudos Avançados**. Volume 18, no. 51, São Paulo, 2004.

BONGIOVANNI, Giorgio. **Rechtsstaat und Grundnorm in the kelsenian Theory**. In: International Association for Philosophy of Law And Social Philosophy. *17th IVR World Congress Bologna, 16-21 June, 1995. Challenges to law at the end of the 20th Century*. Bologna: Clueb, 1995. (pp. 146-153)

BOURETZ, Pierre (org.). **La force du droit: panorama des débats contemporains**. Paris: Éditions Esprit, 1991.

BRANDÃO, Assis. Bobbio na história das idéias democráticas. **Lua Nova** [online]. 2006, n. 68, pp. 123-145.

BRICHANBAUT, Marc Perrin de. The role of the United Nations Security Council in the International Legal System. In: BYERS, Michael (org.). **The role of Law in International Politics: essays in international relations and international law**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

BROWLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

_____. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1990.

BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. **Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

BRUNÉE, Jutta. The United States and International Environmental Law: Living with an Elephant. In: **European Journal of International Law**. Vol. 15, no. 4, 2004. pp. 617-649.

BUCHANAN, Allen; KEOHANE, O. Robert. The Legitimacy of Global Governance Institutions. In: WOLFRUM, Rüdiger (org.). **Legitimacy in International Law**. Heidelberg: Springer, 2008. (pp. 25-62)

BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. **Neue Theorien des Rechts**. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006.

BULYGIN, Eugenio. Das Problem der Geltung bei Kelsen. In: PAULSON, Stanley L.; STOLLEIS, Michael. Hans Kelsen: **Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

BULL, Hedley. **A Sociedade Anárquica**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa em Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

_____. Hans Kelsen and International Law. Chapter 14. In: TUR, Richard; TWINING, William. **Essays on Kelsen**. New York: Oxford University Press, 1986. (pp.321- 336)

BUTLER, Rhett A.. **Investing to save forests: an interview with Hylton Murray-Philipson of Canopy Capital**. Disponível em http://news.mongabay.com/2008/0402-hylton_interview.html. Acesso em: 27 abr. 2008.

BYERS, Michael (org.). **The role of Law in International Politics: essays in international relations and international law**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

CALLIESS, Galf-Peter. Systemtheorie: Luhmann/Teubner. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. **Neue Theorien des Rechts**. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006.

CAMPOS, A. B..2001. Kelsen y Marx: La Cuestión de la Primacia en el Derecho Internacional. In: **Crítica Jurídica**, Curitiba, nr. 18, p. 109-120.

CAMPOS, Roberto. **A Lanterna da Popa**. Volume I. Rio de Janeiro: Topbooks, 2001.

CAMPBELL, Tom. **Legal Theory of Ethical Positivism**. Cornwall, Great Britain: Hartnolls, 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz**. Berlin: Duncker und Humblot, 1969.

CANÍZIO, Márcia Jabôr. Resenha do livro A Legitimidade e Outras Questões Internacionais de Gelson Fonseca Júnior. In: **Contexto Internacional** – Janeiro/Junho 99. v. 21. pp. 193-204.

CARNELUTTI, Francesco. **Balanço do Positivismo Jurídico**. In: *Heresias de nosso tempo*. Porto Alegre: Livraria Tavares Martins, 1956.

CARON, D. “The Legitimacy of the collective Authority of the Security Council”. In: **American Journal of Internacional Law**. Vol. 87, nr. 4, outubro 1993, pp. 529-88.

CARR, E.. 2001. **Vinte anos de Crise: 1919 - 1939. Uma Introdução ao Estudo das Relações Internacionais**. 2. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001.

CARTY, Anthony. **The Decay of International Law? A reappraisal of the limits of legal imagination in international affairs**. Mellend Schill monographs in international law. Manchester: Manchester University Press, 1986.

CASSESE, Antonio. Realism v. Artificial Teoretical Construts Remarks on Anzilotti Theory of War. In: **European Journal of International Law**, nr. 149, 1999.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **A inconstância da alma selvagem – e outros ensaios de antropologia**. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

CASTRO, L. A. de A. 1989. **O Brasil e o Novo Direito do Mar: Mar Territorial e Zona Econômica Exclusiva**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão.

CASTRO, Marcus Faro de. **Política e Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 2005.

CELANO, Bruno. **La teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica**. Bologna: Il Mulino, 1999.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de Cooperação Penal Internacional no Protocolo do MERCOSUL**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CHARNEY, Jonathan I. Universal International Law. In: **American Journal of International Law**, vol. 87, nr. 04, oct. 1993, pp. 529-551.

CHARTER OF UNITED NATIONS. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=1&p3=0>. Acesso em: 20 mai. 2008.

CHEN, Ti-Chiang. **The International Law of Recognition: with special reference to practice in Great Britain and the United States**. London: Stevens & Sons Limited, 1951.

CLARK, Ian. **Legitimacy in international society**. Disponível em <http://www.oxfordscholarship.com>. Acesso em: março de 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1999.

CONFERÊNCIA do professor Dr. Ahmed Mahiou, no Curso de Direito Internacional Público da Academia de Direito Internacional de Haia, Holanda, de 28 de julho a 15 de agosto de 2008.

CORBIN, Robert H. O.. Guiana: impacto da política externa sobre os desafios do desenvolvimento. In: **Revista DEP: Diplomacia, Estratégia e Política**, nr. 08 (outubro/dezembro de 2007). Brasília: Projeto Raul Prebisch, 2007.

CORREAS, Óscar (compilador). **El Otro Kelsen**. Mexico: Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 1989.

CRÍTICA JURÍDICA: **Revista Latinoamericana de Política, Filosofia e Derecho**. Vol. 18. México: Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos, 2001.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIES, John; KAUFMAN, Edward. **Second track/citizen's diplomacy: concepts and techniques for conflict transformation**. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2002.

DERVORT, Thomas R. Van. **International Law and Organization - an introduction**. Sage Publications, Inc.: Thousand Oaks, California, 1998.

DIAMOND, Jared. **Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas**. 4. ed., Rio de Janeiro: Record, 2003.

DIENER, Dan; STOLLEIS, Michael. **Hans Kelsen and Karl Schmitt: a juxtaposition**. 1. Aufl..Garlingen: Bleicher, 1999.

DROST, Heinrich. **Grundlagen des Völkerrechts**. München und Leipzig: Verlag von Dunker & Humblot, 1936.

DULCE, María José Fariñas. La "Ficción" en la Teoría Jurídica de Hans Kelsen. In: **Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 18, p. 99-108, 2001.

DUMONT, Louis. **From Mandelville to Marx: the g enesis and triumph of economic ideology**. Chicago: Chicago University Press, 1973.

DUNNE, Tim. **Inventing International Society: a history of the English Scholl**. London: Macmillan, 1989.

DUPUY, R.-J.; VIGNES, D.1991. **A Handbook on the New Law of the Sea**. Vol. 1. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

DUXBURY, Neil. **The Basic Norm: an unsolved murder mystery**. LSE Law, Society and Economy Working Papers 17/2007. Disponível em: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm. Acesso em: junho de 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press 1977.

_____. **Levando os direitos a sério** (1977). Tradu o Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EGMONT GROUP. **Press Release** (29 May 2008). Disponível em: http://www.egmontgroup.org/press_release_version_27_may_2008_g.pdf. Acesso em: dezembro de 2008.

EESPIELL, Hector Gros. **Los derechos econ micos, sociales y culturales en el sistema interamericano**. San Jose: Libro Libre, 1986.

ESSER. J. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts**. Tübingen: Mohr 1956.

FALK, Richard (org.). **The costs of war: international law, the UN, and world order after Iraq**. New York: Routledge, 2008.

FEARNSIDE, Phillip M.. *Indigenous People as providers of environmental services in Amazonia: warning signs from Mato Grosso*. Disponível em: <http://conserveonline.org/workspaces/redd/cobenefits>. Acesso em: 02 jun. 2008.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In: MERLE, Jean-Christophe, MOREIRA, Luiz (org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Editora Landy, 2003.

_____. Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981. In: *Revista Seqüência*, nr. 04, ano 02, dezembro de 1981. Florianópolis: Editora da UFSC, 1981. pp. 133-138.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FISCH, Jörg. *Die europäische expansion und das Völkerrecht. Die Auseinandersetzungen um den Status der überseeischen gebiete vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*. Stuttgart: Steiner, 1984.

FISCHER-LESCANO, Andréas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen: zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Erste Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

_____; CHRISTENSEN, Ralph. Auctoritatis Interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie. In: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*. Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 2005. pp. 213-242.

FÖGEN, Marie Theres. *Das Lied vom Gesetz*. München: Carl Friederich von Siemens Stiftung, 2006.

FONSECA JR., G. ; BELLI, B..2002. Política e Direito nas Relações Internacionais: A consolidação da justiça internacional. In: *Política Externa*, Brasília, Vol. 10 - No. 04, pp. 114-132.

FONSECA JR., Gelson. *A Legitimidade e outras questões internacionais: Poder e ética entre as nações*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FORGÓ, Nikolaus; SOMEK, Alexander. Nachpositivistisches Rechtsdenken. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006. (pp. 263-290)

FRANCA, Leonel. *Noções de História da Filosofia*. 3. ed., Rio de Janeiro: Livraria Pimenta de Mello, 1928.

FRANCK, Thomas. *The Power of legitimacy among nations*. New York: Oxford University Press, 1990.

_____. M.. Legitimacy in International System. In: *The American Journal of International Law*. Vol. 82, nr. 4, oct. 1988, pp. 705-759.

_____. Are the Human Rights univesal? In: **Foreign Affairs**. Vol. 80, nr. 01. New York: Council on Foreign Relations, 2001.

FREITAG, Barbara. **Habermas e a teoria da modernidade**. Brasília: Casa das Musas, 2004.

GADDIS, John Lewis. **On Moral Equivalency and Cold War History**. Disponível em <http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/ethics.htm>. Acesso em: 21 jan. 2003.

GAJA, Giorgio. Positivism and Dualism in Dionísio Anzillotti. In: **European Journal of Interntional Law**, nr. 123, 1999.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira (2005). Martti Koskenniemi and the historiographical turn in international law. **European Journal of International Law**. Vol. 16. Nº 3, pp. 539-559. Disponível em: <http://www.ejil.org>. Acesso em: outubro de 2008.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. 'Quem diz humanidade, pretende enganar?': internaconalistas e os usos da noção de patrimônio comum da humanidade aplicada aos fundos marinhos (1967-1994). **Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Relações Internacionais**. Brasília: Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, 2006. pp. 342 ss.

GEISMAN, Georg. **Kant als Vollender von Hobbes und Rousseau**. Der Staat, 21 (1982), pp. 161-189

GELLNER, Ernest. **Antropologia e política: revoluções no bosque sagrado**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

GEORGE, Alexander L. **Case Studies and Theory Development**. Presented to the second Annual Symposium on Information Processing in Organizations, Carnegie-Mellon University, October, 15-16, 1982.

GIEGERICH, Thomas. The *Is* and the *Ought* of International Constitutionalism: How Far Have We Come on Habermas's Road to a "Well Considered Constitutionalization of International Law"? In: **German Law Journal**. Vol. 10, nr. 01(2009). Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/> Acesso em: abril de 2009. pp. 31-62

GILSON, Étienne. **El Tomismo**. Buenos Aires: Desclée de Brouwer, 1951.

GODOFREDO Jr, Gustavo Senéchal de. **Entre Poder e Direito: a tradição grociana na política externa brasileira**. Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O pós-modernismo jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

_____. **Introdução ao movimento Critical Legal Studies**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

GOLDSMITH, Werner. **A Teoria Tridimensional no mundo jurídico**. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 208, p. 27- 30, 1964.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito** – Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GOVERNMENT OF CALIFORNIA. **Global Warming Solutions Act of 2006: Assembly Bill No. 32**. Disponível em <http://www.arb.ca.gov/homepage.htm>. Acesso em: dezembro de 2008.

GRIFFITHS, Martin. **50 grandes estrategistas das relações internacionais**. São Paulo: Contexto, 2005.

GRIFFITHS, Tom. *Seeing REED? Avoided Deforestation and the rights of indigenous peoples and local communities*. [2007] Disponível em: <http://conserveonline.org/workspaces/redd/cobenefits>. Acesso em: 02 jun. 2008.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Processo Penal Transnacional: Linhas evolutivas e Garantias Processuais*. In: **Revista Forense**, Volume 331. Editora Forense, 1995.

GROTIUS, Hugo. **On the Law of War and Peace**. Kitchener: Batoche Books, 2001.

GRUBB, Michael. The economics of the Kyoto Protocol. In: **World Economics**, Vol. 4 No. 3 • July–September 2003. pp. 143-189.

GUIMARÃES, Samuel. **Quinhentos Anos de Periferia**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 1999.

INTERNATIONAL MONETARY FOUND. **IMF Country Report nº. 05/207: Brazil: Report on the observance of Standards and Codes – FATF Recommendations for Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism**. June 2005. Disponível em www.imf.org. Acesso em: julho de 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol I e II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **The Legitimation Crisis**. Boston: Beacon Press, 1973.

_____. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats** (1992). Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1998.

_____. **Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus** (1973). Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1973.

_____. **Communication and the evolution of society**. Boston: Beacon Press, 1979.

_____. Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. **Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

_____. Reconciliation through the public use of reason: Remarks on John Raw's Political Liberalism. In: **The Journal of Philosophy**, vol. 92, no. 03, (mar. 1995), 109-131.

HABERMAS, Jürgen; Ben-Habib. Modernity versus Postmodernity. In: **New German Critique**, nr. 22, Special Issue on Modernism (Winter, 1981). pp. 3-14.

HALLIDAY, Fred. International Relations and its discontents. In: **International Affairs**, Volume 71, Issue 4, Special RIIA 75 th Anniversary Issue (Oct. 1995), 733-746.

HANNIKAINEN, Lauri. **Peremptory norms (jus cogens) in international law: historical development, criteria, present status**. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus Finnish Lawyer's Publishing Company, 1988.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Imperio**. 7. ed., Rio de Janeiro: Record, 2005.

_____; _____. **Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

HART. H. L. A.. **The concept of law (1961)**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.

_____. **Post scriptum al concepto de derecho (1994)**. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2000.

_____. Visita a Kelsen (1963). Tradução de Leonel Cesarino Pessoa. In: **Revista Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. Nr. 64. São Paulo: CEDEC, 2005. pp. 153-177.

HAASE, Marco. **Grundnorm, Gemenwille, Geist: Der Grund des Rechts nach Kelsen, Kant und Hegel**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

HECKMANN, Dirk. **Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen: Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

HENKIN, Louis. **How nations behave**. 2. ed., New York: Columbia University Press, 1979.

_____. International Human Rights Standards in National Law: The Jurisprudence of the United States. In: CONFORTI, B.; FRANCONI, F. (eds.). **Enforcing International Human Rights in Domestic Courts**. London: Ed. Martinus Nijhoff, 1997.

HERRERA, Carlos Miguel. **Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen**. Paris: Editions Kimé, 1998.

HESSE, Hermann. **Demian – Die Geschichte von Emil Sinclairs Jugend (1974)**. Erste Auflage. Berlin: Suhrkamp, 2006.

HILLGENBERG, H. 1999. A Fresh look at soft law. In: **European Journal of International Law**, Vol. 10, nr. 03, 1999, pp. 499-515.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

HOBBSAWM, Eric. **O novo século**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

HOLLIS, M.; SMITH, S. **Explaining and Understanding International Relations**. Oxford: Clarendon Press, 1990.

HORST, Dreier. **Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen**. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1990.

HUMAN RIGHTS COMMISSION. **Resolution 7/19**. Combating Difamations of Religion. 27 March 2008

IANNI, Octavio. **A Era do Globalismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

_____. **Teorias da Globalização**. 4. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

IKENBERRY, G. John. Institutions, Strategic Restraint and the Persistence of American Postwar Order. In: **International Security**, Vol. 23, No. 03 (Winter, 1998-1999). pp. 43-78.

INFORMAÇÃO à imprensa sobre a Reunião 3+1, realizada na sede da Chancelaria Argentina, em 17 de dezembro de 2002.

INTERNATIONAL MONETARY FOUND. **IMF Country Report no. 05/207: Brazil: Report on the observance of Standards and Codes – FATF Recommendations for Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism**. June 2005. Disponível em www.imf.org. Acesso em: julho de 2005.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Convention No. 169 concerning indigenous and tribal peoples in independent countries. In **International labour conventions and recommendations 1919-1991**, 1436-47. Volume 2 (1963-1991). Geneva: International Labour Office, 1991.

IKENBERRY, G. John. Institutions, Strategic Restraint and the Persistence of American Postwar Order. In: **International Security**, Vol. 23, No. 03 (Winter, 1998-1999). pp. 43-78.

JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: the Viennese Years. In: **European Journal of International Law**. Vol. 09, nr. 02. 1998. pp. 368-385. Disponível em: <http://www.ejil.org>. Acesso em: outubro de 2008.

JAKAB, András. Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik. In: **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**. Vol. 64 (2004). Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2004. pp. 1045-1057. Disponível em: <http://www.zaerv.de>. Acesso em: janeiro de 2009.

JENNINGS, Robert Y. What is International Law and How Do We Tell It When We See It? In: KOSKENNIEMI, Martti (org.). **Sources of international law**. England:

Dartmouth Publishing Company Limited and Ashgate Publishing Limited, 2000. (pp.3-26)

JERVIS, Robert. *The logic of images in international relations*. New Jersey: Princeton University Press, 1970.

JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. Der Rechts-und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung. In: KELSEN, Hans. *Verteidigung der Demokratie*. Herausgegeben von Matthias Jestaet und Oliver Lepsius. Tübingen: Möhr Siebeck, 2006. pp. VII-XXIX.

JHERING, Rudolf von. *Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene S.P.A., 1986. p. 19.

JOCHNICK, Caf; NORMAND, R. "The Legitimation of Violence: a Critical History of the Laws of War". In: *Harvard International Law Journal*. Vol. 35, 1994, pp. 49-95.

KANT, Immanuel. *Zum ewige Frieden – reprint der Erstaussgabe von 1795*. 2. Auflage. Berlin: Verlag der Nation Berlin, 1987.

_____. *À Paz Perpétua*. São Paulo: L& PM Editora, 1989.

_____. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. *Fundamentação da metafísica dos Costumes e outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KANTNER, Cathleen. *What is a European Identity? The emergence of a Shared Ethical Self-Understanding in the European Union*. EUI Working Papers LAW, nr. 2006/28. Italy: European University Institute, 2006.

KAPPOS, Valerie; HERKENRATH, Peter; MILES, Lera. *Reducing emissions from deforestation: a key opportunity for attaining multiple benefits*. [2007] Disponível em: <http://conserveonline.org/workspaces/redd/cobenefits>. Acesso em: 02 jun. 2008.

KELLER, Helen. Codes of Conduct and their Implementation: the Question of legitimacy. In: WOLFRUM, Rüdiger (org.). *Legitimacy in International Law*. Heidelberg: Springer, 2008. (pp. 219-298)

KELLY, John Maurice. *A short history of western legal theory*. New York: Oxford University Press, 1992.

KELSEN, Hans. *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales* (1942). Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1923). Unveränderter Neudruck der zweiten um eine Vorrede vermehrten Auflage Tübingen, J.C.B. Mohr. Aalen: Scientia, 1960.

_____. *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit* (1953). Traduit de l'allemand par Henri Thévenaz. Neuchatel (Suisse): Éditions de la Baconnière, 1953.

_____. **Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang:** Das Problem der Gerechtigkeit (1960). Zweite vollständige neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: verlag Franz Deuticke, 1976.

_____. **O que é justiça? - a justiça, o direito e a política no espelho da ciência.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O problema da Justiça** (1960). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Reflexiones en torno de la Teoria de las Ficciones Jurídicas con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger. **Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 18, 2001. p. 15-36.

_____. **Teoria Geral das Normas.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado** (1945). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik** (1934). Studienausgabe der 1 Auflage 1934. Herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

_____. **Teoria Pura do Direito** (1960). 6. ed., Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura del Derecho** (1960). Traducción de la segunda edición en alemán, por Roberto J. Vernengo. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1982.

_____. **Introducción a la Teoria Pura del Derecho** (1961). 3. ed., revisada y corregida. México: Universidad Autónoma del Mexico, 2002.

_____. **The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems: with supplement** (1950). Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 2000.

_____. **General Theory of Law and State** (1945). Third printing. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1949.

_____. **Allgemeine Staatslehre** (1925). Bad Homburg, Berlin, Zürich: Verlag Dr. Max Gehlen, 1966.

_____. **Allgemeine Theorie der Normen.** Im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlassherausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchlandung, 1979.

_____. Vom Geltungsgrund des Rechts. In: ST. VEROSTA, F.A. Frhr V.D. Heydte; ZEMANEK, I. Seidl-Hohenveldern. **Völkerrecht und Rechtliches Weltbild: Festschrift für Alfred Verdross.** Wien: Springer Verlag, 1960.

_____. **Collective Security under International Law** (1954). International Law Studies Vol. XLIX. Washington: United States Government Printing Office, 1957.

_____. ***Peace through law*** (1944). Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2000.

_____. Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico. (1911) In: CORREAS, Óscar (compilador). ***El Otro Kelsen***. Mexico: Universidade Nacional Autônoma de Mexico, 1989.

_____. ***Principles of International Law*** (1952). Eighth printing. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2008.

_____. ***Vergeltung und Kausalität: eine soziologische Untersuchung***. The Hague: W.P. van Stockum & Zoon, 1941.

_____. ***Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*** (1920). Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920.

_____. El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial a la teoría de las masas según Freud). In: CORREAS, Óscar (compilador). ***El Otro Kelsen***. Mexico: Universidade Nacional Autônoma de Mexico, 1989.

_____. ***Verteidigung der Demokratie***. Herausgegeben von Matthias Jestaet und Oliver Lepsius. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

_____. ***Der Staat als Integration*** (Wien 1930). ***Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*** (Wien und Berlin 1932). ***Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?*** (Wien 1928). Aalen: Scientia Verlag, 1971.

KENNEDY, David. One, Two, Three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. In: ***N.Y.U. Review of Law and Social Change***. Nr. 657, Vol. 31:64. New York: New York University School of Law, 2007. pp. 641-659

_____. Tom Frank and the Manhattan School. In: ***Journal of International Law and Politics***. Nr. 02, Vol. 35. New York: New York University, 2003. pp. 397-435.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph. ***Power and interdependence***. 2. ed., Glenview: Foresman and Company, 1985.

_____. ***After hegemony: cooperation and discord in the world political economy***. New Jersey: Princeton University Press, 1984.

KEOHANE, Robert; GOLDSTEIN, Judith. Ideas and Foreign Policy: an analytical framework. In: KEOHANE, Robert; GOLDSTEIN, Judith. ***Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change***. Cornell: Cornell University Press, 1993.

KERSTEIN, Samuel J.. ***Kant's Search for the Supreme Principle of Morality***. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

KISSINGER, Henry. ***Does America need a Foreign Policy? Toward a Diplomacy for 21st Century***. New York: Simons & Shuster, 2001.

KJAER, Poul. The structural transformation of democracy: Elements of a theory of transnational constitutionalism. Kapitel 1: The metamorphosis of the functional synthesis. (in Erscheinung) In: **Privatrechtstheoretisches Seminar: Verfassungen jenseits des Nationalstaates**. Sommersemester 2009. Frankfurt am Main: Johann Wolfgang Goethe Universität, 2009.

KLUG, Ulrich; KELSEN, Hans. **Normas Jurídicas e análise lógica**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

KNIGHT, Matthew. **Valuing the rainforest**. Disponível em: <http://www.printthis.clickability.com>., acesso em: 27 abr. 2008.

KOLLER, Peter. Soberania Nacional e Justiça Internacional. In MERLE, Jean-Christophe, MOREIRA, Luiz (org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Editora Landy, 2003.

KOREZKI, W. M. Das problem der Grundrechte und Grundpflichten der Staaten" im Völkerrecht. In: TUNKIN, Grigory (hrsg.). **Gegenwartsprobleme des Völkerrechts**. Berlin: Veb Deutscher Zentralverlag, 1962. pp. 115-131.

KOROWIN, E. A. Proletarischer Internationalismus und Völkerrecht. In: TUNKIN, Grigory (hrsg.). **Gegenwartsprobleme des Völkerrechts**. Berlin: Veb Deutscher Zentralverlag, 1962. pp. 67-94.

KOSKENNIEMI, Martti (org.). **Sources of international law**. England: Dartmouth Publishing Company Limited and Ashgate Publishing Limited, 2000.

_____. **From Apology to Utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

_____. **The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law, 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the image of Law in International Relations. In: BYERS, Michael (org.). **The role of Law in International Politics: essays in international relations and international law**. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 17-34.

_____. A response. In: **German Law Journal**. Vol. 07. nr. 12. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/> Acesso em: novembro de 2009.

_____. International Law in Europe: Between Tradition and Renewal. In: **The European Journal of International Law**. Vol. 16, 2005.

KRASNER, S. 1982. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. In: **Internacional Organization**, Massachusetts, no. 36, 2, spring, 1982. pp.185-207.

KRATOCHWIL, Friederich V. **Rules, norms and decisions – on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição Racismo e Relações Internacionais**. São Paulo: Manole, 2006.

_____, (et al). **José Guilherme Merquior, Diplomata**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1993.

LAKATOS, I. O falseamento e a metodologia dos programas de pesquisa científica. In: LAKATOS, I.; MUSGRAVE, A. (org). **A crítica e o desenvolvimento do conhecimento**. São Paulo: Cultrix, 1979.

_____. History of science and its rational reconstruction. In: HACKING, I. (org). **Scientific Revolutons**. Oxford: Oxford University Press, 1983.

_____. **La metodologia de los programas de investigación científica**. Madrid: Alianza, 1989.

LANDAUER, Carl. Antinomies of the United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross. In: **European Journal of International Law**. Vol. 14 No. 4, 2003. Disponível em: <http://www.ejil.org>. Acesso em: outubro de 2008. (pp. 767–799)

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. Berlin: Springer, 1979.

LEBEN, Charles. **The changing structure of International Law revisited: By way of Introduction**. Article presented at Symposium “The changing structure of International Law revisited”, Paris, March, 1997.

_____. (org.). **Hans Kelsen: écrits français de droit international**. Presses Universitaires de France, 2001.

LEISNER, Anna. **Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer berücksichtigung des Steuerrechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

LENOBLE, Jacques; OST, François. **Droit, Mythe et Raison: essay ur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique**. Bruxeles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980.

LIMA, Sebastião de Oliveira; LIMA, Carlos Augusta Tosta de Lima. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Atlas, 2003.

LIXINSKI, Lucas. A review of Nicolas Tsagourias, ed., Transnational Constitutionalism: International and European Models. In: **German Law Journal**, vol. 09, nr.12. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/> Acesso em: dezembro de 2009.

LINDAHL, Hans. **Constituent Power and Reflexive Identity**. Towards an ontology of Collective Selfhood. In: WALKER, N.; LOUGHLIN, M. (orgs.). **The Paradox of Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LOSANO, Mario G. Kelsen y Freud. In: CORREAS, Óscar (compilador). *El Otro Kelsen*. Mexico: Universidade Nacional Autônoma de Mexico, 1989.

LÜBBE, Weyma. *Legitimität kraft Legalität: Sinnvertehen und Institutioneanalyse bei Max Weber und Kritiken*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991.

LUHMANN, N. *Legitimation durch Verfahren* (1969). Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1983.

_____. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995.

_____. Einfühende Bermerkungen zu einer Theorie symbolisch generalisierter Kommunikationsmedien. In: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Oplaten: Westdeutsher Verlag, 1975. Pp. 170-192.

_____. Die Weltgeselshaft. In: *Soziologische Aufklärung*, Vol. 2. Frankfurt: Niklas Luhmann Ed., 1986.

_____. *Soziale Systeme: Grunddriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main, 1987.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhunderten*. Berlin: Dunkker & Humbold, 1994.

MACHIAVELLI, Nicoló di Bernardo dei. *O Príncipe*. Porto Alegre: L & PM, 2001.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do Direito Penal – A gestão dos Problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Edesp, 2004.

MACMANUS, Walter. *Economic analysis of feebates to reduce greenhouse emissions from light vehicles for California*. Disponível em: <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/3461/>. Acesso em: dezembro de 2008

MAGNOLI, Demétrio. *Questões Internacionais Contemporâneas*. 2. ed., Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2000.

MAIA, Clarita Costa. “*Così fan Tutte: o Drama jocoso da classificação das FARC como organização terrorista*”. Disponível em www.relnet.gov.br. Acesso em 08 dez. 2003.

MARITAIN, Jacques. *Três reformadores: Lutero, Descartes, Rousseau*. Traducción de Isabelino Fernandez Camejo. Buenos Aires: Editorial Excelsa, 1952.

MARTINS, Estevão de Rezende. Ética e Relações Internacionais. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília: instituto Brasileiro de Relações Internacionais. Ano 44, nr. 2, 2001.pp. 5-25.

MASTANDUNO, Michael. *Preserving the Unipolar Moment: Realist Theories and U.S. Grand Strategy after Cold War*. In: *International Security*, Vol. 21, No. 04 (Spring, 1997), pp. 49-88.

MATTOS, Adherbal Meira. **O novo Direito do Mar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MEAD, Walter Russel. **Special Providence: american foreign policy and how it changed the world**. New York: Knopf, 2001.

MEARSHEIMER, John J.. **The tragedy of great power politics**. New York: W. W. Norton & Company, 2002.

_____. **The false premise of international institutions**. *International Security*, Vol.19, No. 03, 1994.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional. **Tribunal Penal Internacional - Universalização da Cidadania**. Brasília, Centro de Documentação e Informação Coordenação de Publicações, p. 27-29, 2000.

MERQUIOR, José Guilherme. O problema da Legitimidade em Política Internacional: Tese apresentada no I Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco. In: LAFER, Celso (et al). **José Guilherme Merquior, Diplomata**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1993. (pp. 09-14)

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MERLE, Jean-Christophe, MOREIRA, Luiz (org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Editora Landy, 2003.

MÉTAL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen, vida y obra**. Traducción del alemán de Javier Esquivel. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

MODSCHORJAN, L. A.. Die Grundrechte und Grundpflichten der Völkerrechtssubjekte. In: TUNKIN, Grigory (hrsg.). **Gegenwartsprobleme des Völkerrechts**. Berlin: Veb Deutscher Zentralverlag, 1962. pp. 95-114.

MOREIRA, Felipe Kern. *Povos Indígenas e relações internacionais: diálogo possível?* Anais do I Encontro da Associação Brasileira de Relações Internacionais - ABRI. Brasília, julho de 2007a.

_____. **A Amazônia internacionalizada: considerações sobre a fronteira setentrional**, disponível em <http://meridiano47.info/2007/12/13/a-amazonia-internacionalizada-consideracoes-sobre-a-fronteira-setentrional-por-felipe-kern-moreira/>, acesso em: dezembro de 2007b.

_____. **Política Externa, Política e Direito Internacional: a formação de um regime para o uso dos oceanos**. In: Leonardo Arquimino de Carvalho; Francisco Quintanilha Veras Neto; Ivone F. Morcilo Rixa. (Org.). *Política Internacional, Política Externa & Relações Internacionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2003, v., p. 111-128.

_____. *A Reinvenção do Mundo*. **Jornal Folha de Boa Vista**, <http://www.folhabv.com.br/>, 04 dez. 2007c.

_____. **Paroxismo da Modernidade e Teoria das Relações Internacionais: linhas evolutivas**. Anais do I Simpósio de Pós-Graduação em Relações Internacionais do Programa San Tiago Dantas, novembro de 2007.

_____. **O papel do marco regulatório acerca do sigilo bancário dentro da temática do combate à criminalidade transnacional.** In: MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Direito e Política*. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte Norte – Americana: um modelo para o mundo? In: **Revista de Direito Administrativo**, Julho-Setembro, 2003, Rio de Janeiro (201-211).

MORGENTHAU, Hans J. The Moral Blindness of Scientific Man. In: JERVIS, Robert ; ART, Robert C.(org.). **Internacional Politics: Enduring Concepts and Contemporary Issues**.4aed

_____. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz** (1948). São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; Editora Universidade de Brasília; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2003.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MÜNKLER, Herfried. **Imperien: Die Logik der Weltherrschaft-vom Alten Rom bis zu den Vereinigen Staaten**. Berlin: Rowohlt, 2007.

NARITS, Raul. Principles of Law and Legal Dogmatics as Methods Used by Constitutional Courts. In: **Juridica Internacional**. Vol. XII/2007. Tortu: University of Tortu, 2007. Disponível em: <http://www.juridicainternational.ee>. Acesso em: 02/09/2008. pp. 15-22.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional – Um estudo sobre a Soft Law**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.

NATIONAL SECURITY COUNCIL. **Global Trends 2025: a transformed world**. Washington DC: US Government Printing Office, 2008.

NAVARRETE, Mercedes Gayosso y. La Cosmovisión de los Nahuas. **Crítica Jurídica**, México, n. 11, p. 59-79, 1992.

NEMETH, Elisabeth. Einleitung. In: THURM, Volker (hrg.). **Wien und der Wiener Kreis. Orte einer unvollendeten Moderne: ein Begleitbuch**. Wien: Facultas, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Rio de Janeiro: Editora Acadêmica, 1994.

NEUHOLD, Hanspeter. Legitimacy: Problem in International Law and for International Lawyers? In: WOLFRUM, Rüdiger (org.). **Legitimacy in International Law**. Heidelberg: Springer, 2008. (pp. 335-351).

NEUMANN, Ulfrid. Theorie der juristischen Argumenation. In: NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. **Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2008.

NIESEN, Peter; HERBORTH, Benjamin (hg.). **Anarchie der kommunikativen Freiheit**. Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Para além do bem e do mal. In: **Os Pensadores: obras incompletas: Friedrich Nietzsche**. São Paulo: Editora Abril, 1978.

NORDHAUS, W.D.; BOYER, J.G.. **Requiem for Kyoto**, February 8, 1999. Disponível em <http://www.unfccc.de/>. Acesso em: abril de 2008.

NOVAES, Adauto (org.). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

NUSSBAUM, Arthur. **Geschichte des Völkerrechts in Gedrängter Darstellung**. München: C.H. Beck's Verlagsbuchhandlung, 1960.

ONUF, Nicholas. **World of our making: Rules and Rule in social theory and International Relations**. Columbia: University of South Carolina Press, 1989

ONUF, Nicolas Greenwood. **Law - Making in the Global Community**. Durham: Carolina Academic Press, 1982.

OPPENHEIM, Lassa Francis Lawrence; LAUTERPACHT, H. **International Law: a Treatise. Vol. I – Peace**. (1912). 8th Edition. Great Britain: Longmans, Green and Co., 1955.

OSIANDER, Andréas. Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth. In: **International Organization**, vol. 55, nr. 02 (Spring, 2001), 251-287.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **From Human Rights to Fundamental Rights: consequences of a conceptual distinction**. EUI Working Papers LAW, nr. 2006/34. Italy: European University Institute, 2006.

PAQUALUCCI, Jo M.. The evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System. In: **Human Rights Law Review**, nr. 6 (July). Oxford: Oxford University Press, 2006. (pp. 281-322)

PATRIOTA, A. de A..1998. **O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão.

PAULSON, Stanley L.; STOLLEIS, Michael (hrs.). **Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

PAULSON, Stanley L.. On the origins of Hans Kelsen's Spätlehre. In: DIENER, Dan; STOLLEIS, Michael. **Hans Kelsen and Karl Schmitt: a juxtaposition**. 1. Aufl.. Garlingen: Bleicher, 1999.

PEIRANO, Mariza. The sins and virtues of anthropology: a reaction to the problem of methodological nationalism. *In: Serie Antropologia*, nr. 325. Brasília, 2003.

PELLET, Alain. Legitimacy of Legislative and Executive Actions of International Institutions. *In: WOLFRUM, Rüdiger (org.). Legitimacy in International Law*. Heidelberg: Springer, 2008. (pp. 63-82)

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. O Princípio da complementariedade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea. *Política Externa*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, v. 8, n. 04, p. 3-11, 2000.

PESKET, Leo; BROWN, David; LUTTRELL, Cecilia. **Can payments for avoided deforestation to tackle climate change also benefit the poor?** [2006] Disponível em: <http://conserveonline.org/workspaces/redd/cobenefits>. Acesso em: 02/06/2008.

PINTO, Paulo Roberto Margutti. **Iniciação ao Silêncio: análise do Tractatus de Wittgenstein**. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

PIOVESAN, Flavia. **Social, Economic and cultural rights and civil and political rights**. *In: Sur*, vol. 1, nr. Se. Brasília, 2006.

PITAMIC, Leonid. **An den Grenzen der reinen Rechtslehre**. Ljubljana: Academia scienciarum et atium Slovenica, 2005.

_____. Die Frage der rechtlichen Grundnorm. *In: PITAMIC, Leonid. An den Grenzen der reinen Rechtslehre*. Ljubljana: Academia scienciarum et atium Slovenica, 2005. (207-216)

_____. _____. *In: ST. VEROSTA, F.A. Frhr V.D. Heydte; ZEMANEK, I. Seidl-Hohenveldern. Völkerrecht und Rechtliches Weltbild: Festschrift für Alfred Verdross*. Wien: Springer Verlag, 1960.

PONTECORVO, G. (org.). 1986. **The New Order of the Oceans: The advent of a Managed Environment**. New York: Columbia University Press.

PREISER, Wolfgang. Macht und Norm in der Völkerrechtsgeschichte: **kleine Schriften zur Entwicklung der internationalen Rechtsordnung und ihrer Grundlegung**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1978.

RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie**: Studienausgabe (1932). Dritte ganz neu bearbeitete und stark vermehrte Auflage. Heidelberg: C.F.Müller Verlag, Hüthig GmbH, 1999. p. 21

RAMONET, Ignacio. **Geopolítica do Caos**. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1998.

RAZ, Joseph. **El concepto de sistema jurídico: una introducción a la teoría del sistema jurídico** (1980). Traducción da 2. ed., prologo y notas de Rolando Tamayo y Salmorán. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1986.

_____. **La autoridad del Derecho: Ensayos sobre derecho y moral** (1979). 2. ed., Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. Mexico: Universidad Nacional Autónoma del Mexico, 1985.

REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. Volumes I, II e III. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado – teoria e prática**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

REIBSTEIN, Ernst. **Völkerrecht: eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis**. I Von der Antike bis zur Aufklärung. Freiburg/München: Verlag Karl Alber, 1957.

Report of the study Group on Fragmentation of International Law: **Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law**, U.N. GAOR, 55th Sess., Supp. No. 10, at 237, U.N. Doc. A/CN. 4/L. 628 (2002). Disponível em: http://www.un.org/law/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf. Acesso em: agosto de 2005.

REPUBLIC OF GUYANA. Ministry of Foreign Affairs. **Review of Guyana's Foreign Trade**. Disponível em <http://www.moctic.gov.gy/Publications/TrdRev2005.pdf>. Acesso em: junho de 2008.

RESEK, Francisco. **O Direito Internacional no Século XXI: textos fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Gustavo Lins. World Anthropologies: cosmopolitics for a new global scenario in anthropology. In: **Série Antropologia**, nr. 377. Brasília, 2005.

_____. Cultura, Ideologia, Poder e o futuro da antropologia: conversando com Erik R. Wolf. In: **Série Antropologia**, nr. 218. Brasília, 1997.

_____. Cultura, Direitos Humanos e Poder. Mais além do Império e dos Humanos Direitos. Por um universalismo heteroglóssico. In: **Série Antropologia**, nr. 340. Brasília, 2003.

RICÚPERO, R.. 2002. **Statement**. Disponível em: <http://www.unctad.org/sg/statements.en.htm>. Acesso em: 20 mai. 2002.

_____. 1995. **Visões do Brasil: ensaios sobre a história e a inserção internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Record.

RIEDEL, Manfred (hg.). 19. **Jahrhundert: Positivismus, Historismus, Hermeneutik**. Stuttgart: Philipp Reclam, 1981.

ROCHA, Antônio Jorge Ramalho da. **Relações Internacionais: teorias e agendas**. Brasília: IBRI, 2002.

ROSENAU, James N. *The Cientific Study of Foreign Policy*. London: The Free Press, 1971.

ROUSSEAU, Jean – Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

RUGGIE, John. International regimes, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order. In: KRASNER, Stephen. *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, pp. 195-232.

_____. *Constructing the World Polity: essays on international institutionalization*. London: Routledge, 1998.

RÜSSEN, Jörn. **Razão Histórica: teoria da história: fundamentos da ciência histórica**. Tradução: Estevão Chaves Rezende Martins. Brasília: Editora, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice – O social e o político na pós – modernidade**. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**. 5. ed., Rio de Janeiro: Record, 2001.

SASSOLI, Marco; BOUVIER, Antoine A.. How Does Law Protect in War? In: **Outline of International Humanitarian Law, Possible Teaching Outlines**. Vol. I. 2nd ed. Geneva: ICRC, 2006. pp. 341-349.

SCHACHTER, Oscar. Towards a theory of international obligation. In: KOSKENNIEMI, Martti (org.). *Sources of international law*. England: Dartmouth Publishing Company Limited and Ashgate Publishing Limited, 2000. (pp.3-26)

SCHMILL, Ulises; VERNENGO; Roberto J.. **Pureza metódica y racionalidad em la teoria del derecho (tres ensayos sobre Kelsen)**. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 1984.

SCHMITT, Carl. **Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar–Gef-Versalles**. Hamburg: Hanseatische Varlaganstalt, 1939.

_____. **Verfassungslehre** (1928). Achte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

_____. **Völkerrechtliche Grossordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte: Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht** (1941). Berlin: Duncker & Humblot, 1991.

_____. **Gesetz und Urteil: eine Unersuchung zum problem der Rechtpraxis** (1912). 2., unveränderte Auflage. München: CH. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1969.

_____. **Theorie des Partisanen: Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen**. Zweite Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1963.

_____. **Über die Drei Arten des Rechts-Wissenschaftlichen Denkens.** (1934) Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

_____. Der Status quo und der Friede (1925). In: **Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar-genf-Versailles (1923-1939).** Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

_____. **Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität.** (1922) Neunte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

_____. **Politische Theologie II: Die legende von Erledigung jeder Politischen Theologie** (1970). Fünfte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

SCURSCHALOW, W. M.. Der juristische Inhalt des Prinzips pacta sunt servanda und seine Verwirklichung in den internationalen Beziehungen. In: KOREZKI, W. M. das problem der Grundrechte und Grundpflichten der Staaten” im Völkerrecht. In: TUNKIN, Grigory (hrg.). **Gegenwartsprobleme des Völkerrechts.** Berlin: Veb Deutscher Zentralverlag, 1962. pp. 132-143.

SEINTENFUS, Ricardo. **Para uma Nova Política Externa Brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

_____; VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SHAFER, A.. 2005. **Resolving Deadlock: Why International Organizations Introduce Soft Law.** Paper for the EUSA Ninth Biennial International Conference Austin, texas, March 31-April 2, 2005. Disponível em www.mpi-fg-koeln.mpg.de. Acesso em: junho de 2005.

SHAW, Malcom N.. **International Law.** Fourth Edition. United Kingdom: Cambridge University Press, 1997.

SKORDAS, Achilles; ZUMBANSEN, Peer. Introduction: The Kantian Project of International Law: Engagements with Jürgen Habermas’ The Divided West. In: **German Law Journal.** Vol. 10, nr. 01(2009). Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/> Acesso em: abril de 2009. pp. 01-04.

SLAUGHTER, A.-M.; TULUMELLO, A.; WOOD, S.. International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship. In: **American Journal of International Law**, vol. 92, Issue 3, Jul. 1998. pp. 367 - 397.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Verdadeira Nova Ordem Mundial. In: **Foreign Affairs - Edição Brasileira.** Publicação do Jornal Gazeta Mercantil: 12 de setembro de 1997. p. 25.

SLAUGHTER, Anne-Marie; Raustiala, Kal. **Internacional Law**, International Relations and compliance. As published in Carsnaes, et al., eds., Handbook of International Relations, 2002. pp. 53

_____. Governing through Government Networks. In: BYERS, Michael (org.). **The role of Law in International Politics: essays in international relations and international law.** Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 177-205.

SNYDER, R. C.; BRUCK, H. W.; SAPIN, B. **Foreign Policy decision Making: An Approach to the Study of International Politics**. New York: Free Press of Gleonce, 1962.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2004.

_____. **Direito Internacional do Meio Ambiente**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

SOMEK, Alexander. Ermächtigung und Verpflichtung: Ein Versuch über Normativität bei Hans Kelsen. In: STANLEY, Paul L.; STOLLEIS, Michael (Hg.). **Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts: Grundlagen der Rechtswissenschaft**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

SOMEK, Alexander. Kelsen Lives. In: **The European Journal of International Law Vol. 18 nr. 03**. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 409-451.

SOUZA, Solange Mendes de. **Cooperação Jurídica penal no MERCOSUL: Novas Possibilidades**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SPRUYT, Hendrik. **The sovereign state and its competitors**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

ST. VEROSTA, F.A. Frhr V.D. Heydte; ZEMANEK, I. Seidl-Hohenveldern. **Völkerrecht und Rechtliches Weltbild: Festschrift für Alfred Verdross**. Wien: Springer Verlag, 1960.

STANLEY, Paul L.; STOLLEIS, Michael (Hg.). **Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts: Grundlagen der Rechtswissenschaft**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

STATUE OF THE INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>. Acesso em: 20 mai. 2008.

STERN, Brigitte. How to regulate globalization? In: BYERS, Michael (org.). **The role of Law in International Politics: essays in international relations and international law**. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 247-268.

STRÖMHOLM, Stig. A short History of Legal Thinking in the West. Stockolm, Sweden: Nordstedts Förlag AB, 1985.

STRUPP, Karl. **Urkunden zur Geschichte des Völkerrechts**. Band I. Bis zum Berliner Kongreß (1878). Gotha: friederich Andreas Perthes A. -G., 1911.

TESÓN, Fernando R.. **A Philosophy of International Law**. EUA: Westview Press, 1998.

TEUBNER, G..(org.). **Global Law without a State**. Darmouth Publishing Co. Ltd. Aldershot, 1997.

_____. Kannibalisierung des Wissens: Schutz kultureller diversität durch transnationales Recht? In: Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Lesley Jane Smith (Hrsg.) **Haftungsrecht im dritten Millenium: Liber amicorum Gert Brüggemeier**. Baden Baden: Nomos, 2009. pp. 553-576.

_____. Global Bukowina: Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, G.(org.). **Global Law without a State**. Darmouth Publishing Co. Ltd. Aldershot, 1997. pp. 3-28.

_____. Die Anonyme Matrix: Zu Menchenrechtsverletzungen durch 'private' transnacionale Akteure. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. **Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008. pp. 440-472.

_____. Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts? In: **Zeitschrift für Rechtssoziologie**, nr. 29, heft 1. Stuttgart: Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft, pp. 9-36

TEUBNER, Gunter; FISHER-LESCANO, Andreas. Regime – Colisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. In: **Michigan Journal of International Law**. Vol. 25:999. Summer 2004. pp. 999-1046.

_____. **Regime-Collisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2006.

TEUBNER, Gunter. Alienating justice: on the surplus value of the twelf camel. In: NELKEN, David; PRIBÁN, Jirí (eds.). **Law's New Boundaries: Consequences of Legal Autopoiesis**. Ashgate: Aldershot, 2001. pp. 21-44.

_____; NOBLES, Richard; SCHIFF, David. The authonomy of Law: an introduction to legal authopoiesis. In: NOBLES, Richard; SCHIFF, David (orgs.). **Jurisprudence**. London: Butterworths, 2003.

_____; KORTH. Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft. In: KÖTTER, Peter Matthias; SCHUPPERT Gunnar Folke (Hrsg.). **Normative Pluralität ordnen**. Baden-Baden: Nomos, 2009.

TICKNER, J. Ann. You Just Don't Understand: Troubled Engagements Between Feminists and IR Theorists. In: **International Studies Quarterly**, nr 41: 4 (1997) 611-632.

TINNEVELT, Ronald; MERTENS, Thomas. The World State: A Forbidding Nightmare of Tyranny? Habermas on the Institutional Implications of Moral Cosmopolitanism. In: **German Law Journal**. Vol. 10, nr. 01(2009). Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/> Acesso em: abril de 2009. pp. 63-80.

TROPER, Michel. Um système pur du droit: le positivisme de H. Kelsen. In: BOURETZ, Pierre (org.). **La force du droit: panorama des débats contemporains**. Paris: Éditions Esprit, 1991. (pp.117-138).

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (org.). **A nova dimensão do Direito Internacional**. Brasília: Instituto Rio Branco, 2003.

_____. Le Développement du Droit International des Droits de L'homme à Travers L'activité et la Jurisprudence des Cours Européenne et Interaméricaine des Droits de L'homme. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Ano 6, Vol. 6, Número 6. Fortaleza: Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2005.

_____. **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TUCÍDIDES. **História da Guerra do Peloponeso**. 3. ed., Brasília: Editora da Unb, 1999.

TUNKIN, Grigory. Is general international law customary law only? In: **European Journal of International Law**, nr. 4, 1993, pp. 534-541.

TUNKIN, Grigory. The role of Internaional Law in International Relations. In: ST. VEROSTA, F.A. Frhr V.D. Heydte; ZEMANEK, I. Seidl-Hohenveldern. **Völkerrecht und Rechtliches Weltbild: Festschrift für Alfred Verdross**. Wien: Springer Verlag, 1960.

TUNKIN, Grigory (hrsg.). **Gegenwartsprobleme des Völkerrechts**. Berlin: Veb Deutscher Zentralverlag, 1962.

TUR, Richard; TWINING, William. **Essays on Kelsen**. New York: Oxford University Press, 1986.

UNITED NATIONS. **Resolution 2625 (XXV)** 'Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of United Nations. Disponível em http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_9_2006.pdf. Acesso em: junho de 2008.

_____. **Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)**. Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations: Treaty Series, vol. 1155, p 331. Disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 26/05/2008.

_____. **United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples**. Aprovado em Setembro, 13th 2007. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/declaration.html>. Acesso em: junho de 2008.

_____. **Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations**. Disponível em http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_9_2006.pdf. Acesso em: junho de 2008.

_____. **Resolution AG/RES/60/204**. Role of United Nations in promoting development in the context of globalization and interdependence. Approved in 22 December 2005.

_____. **Resolution 1368 (2001)**, Adopted by the Security Council at its 4370th meeting, on 12 September 2001.

_____. **Resolution 1378 (2001)**. Adopted by the Security Council at its 4415th meeting, on 14 November 2001.

_____. **Resolution 60/47 (2005)**. A/Res60/47. Adopted by General Assembly at its 61st plenary meeting, on 08 December 2005.

_____. **A/CN.4/L.682**. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*. Approved in 13 April 2006.

_____. International Law Commission. **Report on the work of its sixtieth session (5 May to 6 June and 7 July to 8 August 2008)**. General Assembly Official Records. Sixty-second Session. Supplement No. 10 (A/63/10). Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2008/2008report.htm>. Acesso em: 18 nov. 2008.

_____. **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law**: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law. Adopted by the International Law Commission at its Fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/61/10, para. 251). In: Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two.

VAGTS, DETLEV F. The UN Norms for transnational Corporations. In: **Leiden Journal of International Law**. Nr. 16. United Kingdom: Foundation of the Leiden Journal of International Law, 2003. pp.795-802.

VAIHINGER, Hans. **Die Philosophie des Als Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus**. Neudruck der 9. 10. Auflage Leipzig 1927. Aalen: Scientia verlag, 1986.

VERDROSS, Alfred. **Derecho internacional Publico**. Madrid: Biblioteca de Ciencias Sociales, 1955.

_____. **Völkerrecht**. Vierte Neubearbeitete und Erweiterte Auflage. Viena: Springer – Verlag, 1959.

VERZIJL, J.H.W.. **International Law in Historical Perspective**. Volume I: General Subjects. Utrecht: A. W. Sijthoff-Leyden, 1968. pp. 435-436

_____. _____. Part. IX-B The law of neutrality. **The Netherlands**: Sijthoff & Noordhoff International Publishers B.V., 1979.

VINX, Lars. **Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

VIOTTI, Paul; KAUPPI. **International Relations Theory: realism, pluralism, globalism and beyond**. Third Edition. MA: Allyn and Bacon, 1999.

VITÓRIA, Francisco de. *De iure belli: a cura di Carlo Galli*. Roma: Editori Laterza, 2005.

VITZTHUM, Wolfgang Graf (Hrsg). *Völkerrecht*. 4 Auflage. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, 2007.

WAISBERG, Tatiana. *Obama e Política Exterior*. Novas Perspectivas para a Guerra contra o Terrorismo? Publicado em <http://mundorama.net/2008/11/10/obama-e-politica-exterior-novas-perspectivas-para-a-guerra-contra-o-terrorismo-por-tatiana-waisberg/>. Acesso em: 11 nov. 2009.

WALSH, Bryan. *On the market: a whole rain forest*. Disponível em <http://www.time.com/time/health/article/0,8599,1726381,00.html>. Acesso em: 15 abr. 2008.

WALTER, Christian. Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law. In: *German Yearbook of International Law*, 2001. pp. 170-201.

WALTZ, Kenneth N.. Structural Realism after the Cold War. In: *International Security*, Vol. 25, nº. 1, 2000. pp. 04-41.

_____. *Theory of International Politics* (1979). London: Routledge, 1991.

WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Volume 1 e 2. 4. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

WELLENS, K.C.. Diversity in secondary rules and the unity of international law: some reflections on current trends. In: WELLENS, K.C.L.A.N.M. Barnhoorn. *Diversity in secondary rules and the unity of international law*. The Haage: martinus Nijhoff Publishers, 1995. pp. 03-38

WEEKS, Edyte E.. After interdependence: aren't we back to hegemony? Revisiting interdependence and the law of the sea, in a unipolar era. In: *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et politiques*. Nr. 81. Geneve: Siege Europeen de L'Organization des Nations - Unies, 2003. (pp.117-148)

WENDT, Alexander. *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WHEATLEY, Steven. *International Law*. London: Blackstone Press Limited, 1996.

WOLFRUM, Rüdiger (org.). *Legitimacy in International Law*. Heidelberg: Springer, 2008.

_____. Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations. In: WOLFRUM, Rüdiger (org.). *Legitimacy in International Law*. Heidelberg: Springer, 2008. (pp. 01-24)

WORIKA, Ibibia L.; WÄLDE, Thomas. Contractual Architecture fo the Kyoto Protocol: from soft and hard laws to concrete commitments. In: *Joint Issue/Land Use & Transnational*. Vol. 15 & 9, Summer, 2000.

WRIGHT, Quincy. ***Problems of Stability and Progress in Internationnal Relations***. Berkley e Los Angeles: University of California Press, 1954.

WOLF, Eric. ***Antropologia e poder***. Organizado por Bela Feldeman-Bianco e Gustavo Lins Ribeiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Editora Unicamp, 2003. (Coleção Antropologia).

YERGIN, Daniel; STANISLAW, Joseph. ***The Commanding Heights: the battle between government and marketplace that is remaking the modern world***. New York: Simon & Shuster, 1998.

YOUNG, O.. ***International Governance***. Ithaca: Cornell University Press, 1983.

ZIEGLER, Karl- Heinz. ***Völkerrechts-geschichte***. 2. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2007.

Entrevistas

Entrevista com Fernanda B. Muller do **Departamento de P&D da empresa de Consultoria Carbono Brasil** realizada em 15 de agosto de 2008.