

Breves apontamentos sobre a construção epistemológica do sistema jurídico-internacional em Hans Kelsen

Leonardo de Camargo Subtil

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar as implicações da teoria de Hans Kelsen no sistema jurídico-internacional, sobretudo nas questões relativas à criação e à aplicação do Direito Internacional Público. Nesse contexto, trabalham-se as questões das fontes, das lacunas, dos costumes, dos tratados de Direito Internacional Público e das decisões dos organismos internacionais. Após, com base nos princípios *kelsenianos* de Direito Internacional Público, utiliza-se o Direito como meio de resolução das controvérsias por meio dos acordos internacionais e por meio dos Tribunais internacionais. Ao final, demonstram-se as principais implicações epistemológicas da teoria *kelseniana* na construção do estatuto jurídico-internacional.

Palavras-chave: Hans Kelsen. Direito Internacional Público. Epistemologia.

Brief notes on the epistemological construction of the international legal system in Hans Kelsen

ABSTRACT

This article intends to demonstrate the implications of the theory of Hans Kelsen in the international legal system, especially related to the creation and application of Public International Law. In this context, working up the sources, the gaps, the customs, the treaties of Public International Law and the decisions of international organizations. After, based on Public International Law *kelsenian* principles, we use the Law as a mean of resolving disputes through international agreements and through international Courts. Finally, we show the main epistemological implications of the *kelsenian* theory in the construction of the international-legal status.

Keywords: Hans Kelsen. Public International Law. Epistemology.

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, antes de adentrar-se ao mérito do presente estudo acerca das questões normativas no âmbito público-internacional na compreensão de Kelsen, há de se ter pela estruturação de seu desenvolvimento material, bem como pela fixação de regra consecutória.

Leonardo de Camargo Subtil é Doutorando em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor nos Cursos de Direito e de Relações Internacionais e na Especialização em Direito Ambiental da UNISINOS. Concluiu o 83º Curso de Direito Internacional Público da Hague Academy of International Law (2013).

Quanto ao método, a principal regra diz respeito ao rompimento de certos “*obstáculos epistemológicos*”, entendidos por Bachelard (2001) como na libertação de conceitos materialmente instáveis, prejudiciais e advindos de um realismo ingênuo. Assim, deve evitar-se a chamada “*paralisia cognoscitiva*”, isto é, a não diversidade de métodos sobre os objetos de estudo, bem como a inexistência de hipóteses de especulação.

Deste modo, há de se ter claro que no desenvolvimento substancial das questões suscitadas, a transdisciplinariedade¹ será elemento onipresente, principalmente na ligação entre os princípios do Direito Internacional Público, epistemologia, criação e aplicação do mesmo pelos órgãos internacionais.

A ressonância cognitiva, portanto, deve ser natural na apreensão do objeto estudado, bem como dissertara Paviani (2005, p.19), “[...] o entrelaçamento circular deve predominar sobre o linear”.

Após o estabelecimento das regras de adequação metodológica, passa-se aos objetivos do presente estudo acerca das interferências da introdução da matriz *kelseniana* na construção epistemológica do Direito Internacional Público, através da busca da estruturação dada a este sistema por Kelsen e, principalmente, no desenvolvimento dos princípios da ordem normativa público-internacional.

Primeiramente, delinear-se-á a posição *kelseniana* sobre a criação do Direito Internacional Público, sobretudo nas questões relativas às fontes, às lacunas, aos costumes, aos tratados, bem como às decisões dos organismos internacionais, numa tentativa de compreender a construção epistemológica feita por Kelsen do sistema público-normativo internacional.

No segundo momento da proposta desse estudo, demonstrar-se-ão as possíveis implicações da teoria *kelseniana* na aplicação do Direito Internacional Público, especialmente na resolução das controvérsias pelos acordos e pelos Tribunais internacionais. Ao final, serão feitas as considerações finais sobre a questão, numa síntese das ideias propostas nos tópicos anteriores, sublinhando quais as contribuições epistemológico-kelsenianas à construção do Direito Internacional Público.

2 A CRIAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO EM HANS KELSEN

Neste item inicial acerca das compreensões *kelsenianas* acerca da criação do Direito Internacional Público², tratar-se-á sobre as fontes do Direito Internacional Público, do

¹ A transdisciplinariedade deve ser entendida como uma perspectiva metodológica que pressupõe a unidade e a totalidade do conhecimento, ligada à confluência cognoscitiva entre os campos de estudo de diferentes disciplinas condizente com o nível mais superior ou profundo de integração, portanto, postando-se além de abordagens comumente identificadas como multidisciplinares, haja vista corresponder à ultrapassagem de barreiras demarcatórias de campos de estudo disciplinares a fim de abarcar toda a complexidade epistemológica (MORIN, 1998).

² Antes de qualquer referência acerca das compreensões estabelecidas por Kelsen nas temáticas trabalhadas no presente estudo, é preciso elencar as suas principais obras no estudo do Direito Internacional Público, quais sejam: 1) *Derecho y paz en las relaciones internacionales* (1986); 2) *La Paz Por Medio Del Derecho* (2003); 3) *Principios de derecho internacional público* (1965); 4) *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1998) (capítulo VI); 5) *Teoria pura do direito* (1998b) (capítulo VII).

conceito de “fonte” de Direito, das possíveis lacunas existentes no Direito Internacional, dos costumes, dos tratados e das decisões dos organismos internacionais.

Antes de adentrar-se ao mérito das questões aqui desenvolvidas, faz mister sublinhar-se que as principais observações de Kelsen sobre a criação do Direito Internacional Público estão contidas na obra, “*Principios de Derecho Internacional Público*” (KELSEN, 1965).

2.1 As “fontes” do Direito Internacional Público

Primeiramente, Kelsen refere-se ao termo “fonte”³ como algo juridicamente ambíguo⁴, eis que aplicado para designar, ao mesmo tempo, os métodos de criação do Direito, o fundamento de validade do Direito e, especialmente, de sua constituição, isto é, a regulação da criação de normas gerais.

Outrossim, a criação de normas gerais por órgãos constituídos a este fim é chamada legislação, sendo determinada pelos procedimentos e pelos órgãos legislativos previstos na Constituição nacional. Nesse ínterim, pergunta-se: há uma Constituição do Direito Internacional Público, ao menos no sentido *kelseniano* do termo?

Na resposta a este questionamento, Kelsen (1965, p.259) dissertara que a Constituição da sociedade internacional “es el conjunto de normas del derecho internacional que regulan la creación del derecho internacional, o en otros términos, que determinan las “fuentes” del derecho internacional”. Assim, o problema das fontes do Direito Internacional Público assume grande papel na estrutura normativa *kelseniana*, pois tem a pretensão de determinar o modelo de relações interestatais (Estados) comum.

Na terminologia *kelseniana*, uma norma que regula a criação de outras normas detém o *status* de superior em relação àquelas que são criadas de acordo com a primeira (normas inferiores).

A Constituição do Estado, portanto, na compreensão *kelseniana*, é a fonte das leis “[...] creadas conforme a la constitución, una ley es la fuente de las decisiones judiciales basadas en ella, una decisión judicial es la fuente de la obligación impuesta a una de las partes y así sucesivamente” (KELSEN, 1965, p.259).

Além disso, Kelsen (1965, p.260) preconiza a não oposição absoluta, mas, sim, relativa, entre a criação e a aplicação do Direito, pois a criação de uma norma inferior é, ao mesmo tempo, a aplicação da norma superior que determina a criação da norma inferior. No mesmo sentido, o órgão legislativo, na aplicação da Constituição, contribui na criação das normas gerais contidas em uma lei. O Direito, portanto, “[...] al regular su propia creación, regula también los métodos de aplicación del mismo”.

³ Na definição das fontes, Kelsen (1965, p.260) entende que “[...] se entiende por “fuentes” del derecho internacional los métodos por los cuales éste se crea.”.

⁴ Nessa ambiguidade jurídica do termo, Kelsen (1965, p.260) referira que: “La ambigüedad del término “fuente” del derecho parece convertirlo en una expresión casi inútil. En lugar de recurrir a una errónea expresión figurativa, se debe introducir un término que directa e claramente describa el fenómeno que se tiene en la mente.”.

Importante salientar-se também o sentido não jurídico de “fonte” referido por Kelsen, qual seja, o das proposições que influenciam os órgãos criadores do Direito (normas morais, princípios políticos, doutrinas legais). Nesse contexto, Kelsen (1965, p.260) dissertara que: “[...] contrariamente a las fuentes del derecho anteriormente mencionadas, estas fuentes como tales no tienen el carácter de jurídicas; no tienen ninguna fuerza obligatoria”.

Destarte, demonstradas as fontes do Direito Internacional Público, delinear-se-á sobre as possíveis lacunas existentes no sistema jurídico-internacional, sempre levando em conta as proposições *kelsenianas* sobre a questão.

2.2 As lacunas no Direito Internacional Público

Ao adentrar à questão acerca da possibilidade de existência ou não de lacunas no meio normativo público-externo, Kelsen (1965, p.260) refere que os principais métodos de criação do Direito Internacional Público são os costumes e os tratados internacionais. Além disso, o costume “es el más antiguo y la fuente original del derecho internacional, tanto del derecho internacional particular como del general.”.

Embora o costume tenha sido a fonte original do Direito Internacional Público, atualmente, os tratados internacionais são a *raison d’être* do sistema jurídico internacional, eis que “desempeñan una parte importante en el desarrollo del derecho internacional” (KELSEN, 1965, p.261).

Nesse ínterim, Kelsen faz importante diferenciação proposta pela própria estrutura jurídico-normativa internacional, qual seja: 1) Normas criadas pelo costume – Direito Internacional Consuetudinário; 2) Normas criadas pelos tratados internacionais – Direito Internacional Convencional.

Outrossim, a aplicação do direito particular (convencional ou consuetudinário) antepõe-se ao direito consuetudinário geral. Além disso, Kelsen (1965, p.261) refere que na ausência de tratado (ou direito consuetudinário particular) aplicável ao caso em questão, devem ser aplicadas as normas de direito consuetudinário geral. Com essas proposições, o que se conclui? Conclui-se que “[...] es logicamente imposible que en un caso concreto no sea aplicable ni el derecho internacional convencional ni el consuetudinario.”. Assim, o Direito Internacional Público aplica-se às questões de saber se o Estado ou outro sujeito de Direito Internacional é obrigado ou não a conduzir-se de uma determinada maneira.

Quanto às lacunas no Direito Internacional, Kelsen (1965, p.261) faz importante referência, no sentido de que ante a inexistência de norma de Direito Internacional convencional ou consuetudinário que imponha ao Estado a obrigação de conduzir-se de certo modo, “el sujeto es jurídicamente libre según el derecho internacional, de comportarse como lo desee; y por una decisión a este efecto, se aplica en esse caso el derecho internacional existente.”.

Entretanto, apesar de sua possibilidade lógica, esta decisão pode ser moralmente ou politicamente insatisfatória, sendo que neste sentido que existem lacunas no Direito Internacional, assim como em qualquer ordem jurídica.

Qual o principal problema da inexistência de normatividade ou da aplicação de normas existentes fora do Direito convencional ou consuetudinário? Kelsen (1965, p.261) aponta que supor que os órgãos encarregados de aplicar o Direito estejam autorizados a preencher tais lacunas implica que “los órganos de aplicación tengan el poder de crear un nuevo derecho para un caso concreto si ellos considerasen como no satisfactoria la aplicación del derecho existente.”. Do contrário, não haveria problema para o positivismo jurídico, caso houvesse uma norma de Direito Internacional positivo que resguardasse tal poder de criação do Direito na esfera internacional (KELSEN, 1965, p.262).

Entretanto, Kelsen ressalta que não acredita na existência de tal norma jurídica internacional que possibilite esse poder de preenchimento das lacunas pelos órgãos de aplicação do Direito, embora reconheça que existam autores que visualizem a existência dessas lacunas, bem como do possível preenchimento destas por órgãos e pelos atores internacionais.

Além disso, saliente-se que o receio *kelseniano* diz respeito a uma outorga de poderes legislativos aos órgãos de aplicação do Direito Internacional, eis que a norma que autoriza a estes órgãos de “[...] crear uno nuevo, no aplicando el derecho existente, cuando la aplicación de éste les resultare, moral o políticamente no satisfactoria, aunque lógicamente posible, otorgaría a los órganos de aplicación del derecho un excepcional poder legislativo” (KELSEN, 1965, p.262).

Delineadas as compreensões *kelsenianas* acerca da existência ou não das lacunas no Direito Internacional Público, ver-se-á como se dá a incidência dos costumes na resolução das controvérsias internacionais, bem como se dá a sua formação jurídica.

2.3 Os costumes

Quanto aos costumes como fonte da ordem jurídico-internacional, Kelsen faz a observação de sua incidência em três eixos principais, quais sejam: 1) Direito consuetudinário e legislação; 2) O costume como um fato criador do Direito; 3) O consentimento comum como base do Direito Internacional.

No primeiro eixo de observação, *Direito consuetudinário y legislación*, Kelsen (1965, p.263) disserta que este é criado pelo costume constituído pelo comportamento usual ou habitual, “una práctica establecida durante largo tiempo; en las relaciones internacionales, una práctica largamente establecida de los Estados”. Entretanto, deve perceber-se que a habitualidade é somente um dos elementos formadores do costume em âmbito público-internacional.

Além disso, Kelsen refere que o segundo elemento formador do costume é volitivo, eis que os indivíduos devem estar convencidos de que preenchem, por meio de sua ação

ou omissão, uma obrigação ou exercem um Direito. Nesse sentido, Kelsen (1965, p.263) dissertara que os indivíduos devem estar “[...] persuadidos que están aplicando una norma, pero no necesitan creer que se trata de una norma jurídica. Tienen que considerar su conducta como obligatoria o correcta.”. Caso não esteja presente o elemento da voluntariedade e da obrigatoriedade, estar-se-ia diante do “uso” e não do costume.

Importante referir-se que o costume cria o Direito da mesma forma como a legislação o cria, isto é, se o costume torna-se obrigatório (caráter normativo) surge como fato criador do Direito, sendo claramente perceptível nas relações internacionais (entre Estados). Nesse contexto de criação da normatividade público-internacional, como bem relatara Kelsen (1965, p.263), “La base del derecho consuetudinario es el principio general por el cual debemos conducirnos de la manera en que los miembros de nuestro grupo se comportan usualmente y en que se condujeron habitualmente durante un cierto espacio de tiempo”.

Entretanto, faz mister estabelecer-se, como delinea Kelsen, duas diferenciações essenciais entre legislação e costume, quais sejam: 1) Enquanto que a legislação é uma criação voluntária e deliberada das normas jurídico-internacionais, eis que os legisladores propõem-se a tal fim (teleologia política), os costumes são criações inconscientes e não intencionais; 2) Enquanto que a legislação é criada por um órgão especial-independente instituído a este fim, o costume é criado pelos mesmos indivíduos que estão sujeitos ao Direito criado internacionalmente (consuetudinário ou convencional), isto é, uma criação descentralizada.

Outrossim, Kelsen demonstra que a legislação não é o único instrumento de criação voluntária e consciente do Direito Internacional Público, eis que as decisões judiciais dos Tribunais internacionais são dotadas do mesmo caráter jurígeno, ou seja, criador de direitos⁵.

No segundo eixo de observação, *La costumbre como un hecho creador del derecho*, Kelsen demonstra as principais críticas da ideia de aceitação do costume como fato criador do Direito, principalmente as das escolas alemã (*Volksgeist*) e francesa (*solidarité sociale*).

Nesse contexto crítico franco-germânico, tais escolas preconizam que o costume não é capaz de criar uma norma legal, constituindo-se somente em mera prova da existência de tais normas de Direito Internacional Público. Além disso, o costume possuiria somente caráter meramente declaratório e não constitutivo⁶. Nesse contexto, quais as razões das críticas franco-germânicas? Em que consistem? Quem são os seus fundadores?

⁵ No mesmo sentido acerca do caráter jurígeno, Kelsen (1965, p.264) faz importante observação, no sentido de que: “El tratado (contrato, en el derecho nacional) es también una creación del derecho consciente y deliberada; pero nos es una creación del derecho por órganos especiales. Los individuos que hacen un tratado (o un contrato), esto es, las partes contratantes, son en principio idénticos a los individuos que están sometidos a las normas creadas por el tratado (o contrato)”.

⁶ Sobre este mero caráter declaratório do costume na ordem jurídico-internacional, Kelsen (1965, p.264) faz importante observação no sentido de que foi esta a acepção adotada pelo Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, dispondo: “Es obvio que esta teoría ha influido sobre el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. El artículo de este Estatuto, que es idéntico al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia determina las fuentes del derecho internacional a ser aplicado por la Corte; y dice lo siguiente: “La Corte deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

Destarte, as doutrinas críticas preconizam que o costume não é fonte criadora das normas de Direito Internacional Público, eis que supõe que esta norma fora criada por outro fato diferente do costume. Portanto, na compreensão da crítica do costume como fonte de Direito Internacional Público, “[...] el verdadero creador del derecho se encuentra – por así decirlo – detrás de la costumbre” (KELSEN, 1965, p.264). Nesse contexto, quem seria o verdadeiro criador do Direito Internacional Público?

Na observação *kelseniana*, surgem duas respostas⁷ a este questionamento, especialmente, como bem referido, a da escola germânica e a da escola francesa. A crítica da escola histórica alemã do século XIX diz respeito à crença de que o Direito é criado pelo espírito nacional (*Volkgeist*), donde o seu maior adepto fora Friedrich Karl Von Savigny. Deste modo, “[...] una costumbre, el hecho por el que los hombres se conducen usualmente de acuerdo con una cierta norma, sólo indicaría que ya existe una norma jurídica general como producto de la actividad invisible y misteriosa del espíritu nacional” (KELSEN, 1965, p.264).

No mesmo sentido crítico, mas com fundamentação jurídica diversa, está a escola de jurisprudência sociológica francesa, donde o seu maior representante fora Duguit (1911). Nesta compreensão, o verdadeiro Direito, o Direito objetivo (*droit objectif*) é construído pela solidariedade social (*solidarité sociale*). Outrossim, refere que o Direito positivo que não o relacionado ao Direito objetivo, este sim produto da solidariedade social, não guarda possibilidade de efetivação, eis que qualquer ato ou fato que pareceria criar Direito positivo não “es una verdadera creación del derecho sino una manifestación declarativa (*constatation*) de una norma jurídica creada previamente por la solidaridad social” (KELSEN, 1965, p.265).

Além das duas críticas principais feitas às proposições franco-germânicas, Kelsen aponta para a ilusão preconizada pelo Direito natural, que existe ao fundo e acima do Direito positivo “[...] consuetudinario o legislativo, un derecho absolutamente justo que puede deducirse de la naturaleza, ya sea del hombre, de la sociedad, o aun de la naturaleza de las cosas” (1965, p.265).

Nesse contexto, a natureza seria a criadora da verdade, brotando do Direito natural toda a validade do Direito positivo. Isso que dizer que os costumes e os tratados internacionais, ou seja, as fontes do Direito positivo, não poderiam produzir verdadeiras normas jurídicas, pois “[...] pueden solo reproducir derecho cuando el resultado de su actividad tiene fuerza obligatoria. Es com respecto a la naturaleza de estas fuentes del derecho que la doctrina del derecho natural se opone al positivismo jurídico [...]” (KELSEN, 1965, p.265).

No terceiro eixo de observação, *El consentimiento común como base del derecho internacional*, Kelsen demonstrara que alguns autores modernos propagam uma teoria semelhante a do Direito natural, sustentando que o Direito Internacional consuetudinário é

⁷ Apesar de citá-las, Kelsen proferira grande crítica a ambas concepções eis que: “Ni la existencia del *Volkgeist* ni de la *solidarité sociale* pueden probarse de una manera científica. Ambas son supuestos de metafísica social, que tienen como propósito presentar postulados político-morales, basados en juicios de valor subjetivos, como principios objetivamente validos” (1965, p.265).

construído pelo consentimento comum dos Estados; caso não houvesse uma manifestação expressa desse consentimento, estar-se-ia em frente a um consentimento tácito.

Nesse terceiro viés de observação do costume, existem três posicionamentos doutrinários correntes, quais sejam: 1) O Direito consuetudinário obrigatório para os Estados que não participaram no estabelecimento do costume criador do Direito; 2) O Direito Internacional consuetudinário como base do Direito Internacional convencional; 3) A doutrina do contrato social no Direito Internacional.

Quanto ao primeiro posicionamento doutrinário⁸ acerca do Direito consuetudinário como obrigatoriedade para os Estados que não participaram no estabelecimento do costume criador do Direito, Kelsen sublinha que o costume pelo qual é criada uma norma geral de Direito Internacional geral (norma vinculante a todos os Estados) não é necessariamente uma prática pactuada por todos os Estados.

Outrossim, Kelsen (1965, p.267-8) refere que “es suficiente una práctica largamente establecida por un gran número de Estados, incluso aquellos que debido a sua potencialidad, su cultura, etcétera son de cierta importância.”. Como bem dissertara Kelsen, portanto, não se pode interpretar que o Direito consuetudinário tenha sido criado pela vontade comum de todos os membros da comunidade internacional.

Quanto ao segundo entendimento doutrinário acerca do Direito Internacional consuetudinário como base do Direito Internacional convencional, Kelsen dissertara que os tratados internacionais⁹ são a segunda fonte da ordem público-normativa internacional, tanto na criação do Direito Internacional Público, quanto no estabelecimento de obrigações e de direitos. Nesse contexto, qual seria a *raison d'être* para que os tratados tenham força obrigatória?

Na resposta a este questionamento, Kelsen delineara que o Direito consuetudinário é o elemento constitutivo da obrigatoriedade do Direito convencional, eis que uma nova norma de Direito costumeiro expressa-se geralmente na fórmula *pacta sunt servanda*. Outrossim, o *pacta sunt servanda* “[...] es la razón para la validez de los tratados, y en consecuencia la “fuente” de todo el derecho creado por tratados, el llamado derecho internacional convencional a diferencia del derecho internacional consuetudinario” (1965, p.269).

Imprescindível mencionar-se que a força obrigatória do Direito Internacional consuetudinário para Kelsen está num pressuposto fundamental, qual seja, na hipótese de que o costume internacional é um fato criador de direitos, a chamada “norma básica”.

⁸ Quanto a este primeiro posicionamento, Kelsen faz grande crítica ao salientar que: “La suposición de que todos los Estados han dado realmente su consentimiento, es una ficción política exactamente da la misma naturaleza del supuesto de la escuela histórica alemana que el “espíritu nacional” realmente crea el derecho, o de la idea de la escuela sociológica francesa que el derecho es creado por la “solidaridad social”. (1965, p.266).

⁹ Neste primeiro momento, apenas para efeitos de pré-compreensão, Kelsen referira que o tratado internacional constitui-se “en un acuerdo entre dos o más Estados por el que se establece la expresión de su consentimiento común en relación a una conducta mutua. Por este acuerdo se crea una norma que impone obligaciones y confiere derechos a las partes contratantes relativas al comportamiento mutuo acerca de cual están de acuerdo. De aquí que, en principio, un tratado crea derecho sólo para las partes contratantes.” (1965, p.268).

Esta “norma básica” *kelseniana* “no es una norma de derecho positivo; no es creada por actos de voluntad de seres humanos; es supuesta por los juristas interpretando la conducta de los Estados jurídicamente” (1965, p.269).

Quanto ao terceiro posicionamento acerca da doutrina do contrato social no Direito Internacional, Kelsen definira que a regulação dos indivíduos em sociedade ocorre através do contrato social, donde a obrigação de reciprocidade e de respeito está baseada no consentimento comum. Assim, a doutrina do contrato social é deduzida da ideia da liberdade do indivíduo.

Outrossim, quando aplicada à questão dos Estados, a função essencial desta perspectiva doutrinária é de “mantener el principio que un Estado puede ser jurídicamente obligado solamente por su propia voluntad, y de ahí, por su consentimiento a las normas que regulan su conducta. De esta manera la teoría mantiene el dogma de la soberanía del Estado” (KELSEN, 1965, p.269).

Por fim, cabe ressaltar-se que a obrigação dos Estados perante o Direito Internacional Público, nessa concepção doutrinária do contrato social, pressupõe a sua aceitação às normas internacionais, isto é, o reconhecimento da compulsoriedade das normas de Direito Internacional Público.

2.4 Os tratados internacionais

Primeiramente, na temática *kelseniana* dos tratados internacionais proposta, há de se delinear algumas observações gerais feitas por Kelsen, dentre as quais estão: a) conceito de tratado; b) a norma *pacta sunt servanda*; c) Os chamados tratados “criadores de direito”; d) Os tratados jurídicos e políticos; e) Interpretação dos tratados.

Quanto à primeira observação acerca do conceito¹⁰ de tratado, Kelsen referira que os tratados são acordos realizados normalmente por dois (tratados bilaterais) ou mais Estados (tratados multilaterais), seguindo-se às regras de Direito Internacional Público.

Deste modo, os tratados são manifestações de vontade de dois ou mais Estados expressadas por um indivíduo designado pela estrutura jurídico-nacional, que atua com capacidade de órgão de Estado. Outrossim, Kelsen refere que, independentemente de qual seja a denominação dada aos tratados internacionais (acordos, convenções, protocolos, atas, declarações), os elementos essenciais continuam sendo os mesmos.

Além disso, outro elemento essencial dos tratados é o estabelecimento de direitos e de obrigações entre as partes envolvidas, isto é, o elemento da reciprocidade tão presente no Direito Internacional Público. Dessa maneira, o Direito outorga efeitos legais a esta transação, eis que “[...] las partes contratantes están legalmente obligadas a conducirse de

¹⁰ Ao ver de Kelsen (1965, p.271), o tratado internacional “es un acuerdo concertado normalmente por dos o más Estados conforme al derecho internacional general.[...]. Un acuerdo es el acto de arribar a un entendimiento, o la comprobación de una comunidad ya sea de opinión o de voluntad”.

conformidad com el contrato o tratado, significa que si no se comportasen de esa manera estarían expuestas a sanciones” (KELSEN, 1965, p.273).

Destarte, a conclusão dos tratados, como bem relatara Kelsen (1965, p.273), refere-se à regulação jurídica das relações mútuas, no sentido de que os Estados têm poder de pactuá-los, eis que o Direito Internacional geral os autoriza. Portanto, os Estados gozam do poder de criação dos tratados internacionais, estabelecendo direitos e obrigações mútuas permitidas pelo Direito Internacional geral “[...] y hasta donde éste obligue a los Estados a respetar los tratados que han celebrado y a cumplir las obligaciones establecidas en esos tratados”.

Quanto à segunda observação acerca da norma *pacta sunt servanda*, Kelsen delinea que os Estados, ao concluírem um tratado internacional, aplicam uma norma de Direito Internacional consuetudinário, a regra *pacta sunt servanda*, criando, ao mesmo tempo, uma “norma”¹¹ de Direito Internacional Público. Assim, nesse instrumento de pactuação internacional, os Estados estabelecem os direitos e obrigações dela decorrentes.

Nesse contexto de consecução dos tratados internacionais, a sua chamada “força obrigatória” reside no cumprimento dos pactos avençados (*pacta sunt servanda*) e na afirmação do princípio da reciprocidade internacional. Deste modo, o Direito Internacional Público tem, ao mesmo tempo, caracteres¹² de criação e de aplicação das normas internacionais. O que isto significa juridicamente na esfera internacional?

Na resposta a este questionamento, Kelsen preconizara que o Direito tem caráter de aplicação, pois quando se cria um tratado, aplica-se a norma de Direito Internacional *pacta sunt servanda*. Além disso, o Direito Internacional Público tem caráter de criação, pois cria obrigações e direitos nascidos sob a égide de consecução dos tratados internacionais.

No terceiro eixo de observação *kelseniano* sobre os chamados tratados “criadores de Direito”, Kelsen preconizara que é indevida a distinção entre tratados que criam direito (reguladores da conduta entre Estados) e tratados que não criam direito (outras finalidades), pois “la función esencial de cualquier tratado es la de crear derecho, es decir, crear una norma jurídica, ya sea una norma general o individual” (1965, p.273).

Importante mencionar-se que o argumento *kelseniano* para refutar¹³ esta distinção entre tratados que criam e tratados que não criam Direito é que, ao seu ver, todos os

¹¹ Neste contexto, Kelsen disserta acerca do significado da norma, qual seja, “[...] designa el fenómeno objetivo cuyas manifestaciones subjetivas son: obligación y derecho” (1965, p.273).

¹² Sobre a simultaneidade dos caracteres de criação e de aplicação do Direito Internacional Público, Kelsen dissertara que: “Por lo tanto, el tratado tiene el carácter de aplicación del derecho y al mismo tiempo de creación del derecho. Tiene el carácter de aplicación, porque cuando se celebra un tratado se aplica la norma del derecho internacional general *pacta sunt servanda*; tiene la función de creación porque establece obligaciones y derechos que, antes de la conclusión del tratado, todavía no existían, obligaciones y derechos que comienzan a nacer a raíz del tratado” (1965, p.273).

¹³ Embora Kelsen refute a distinção entre tratados que criam e tratados que não criam Direito, acredita que há uma importante diferenciação a ser feita quanto aos tratados bilaterais e multilaterais, donde conclui que: “Hay en verdad una diferencia importante entre los tratados concluidos por muchos Estados – tratados multilaterales – por los cuales se crean las normas generales, regulando la conducta mutua de los Estados contratantes, como el Pacto de la Sociedad de las Naciones o la Carta de las Naciones Unidas, y los tratados concluidos por solamente dos Estados – tratados bilaterales – por los cuales se crea una norma individual, estableciendo solamente una obligación de un Estado y un derecho del outro Estado, como por ejemplo, un tratado de cesión” (1965, p.274).

tratados criam Direito, pois “cuando los Estados buscan por medio de un tratado cualquier propósito político o econômico, éste se realiza en una forma jurídica; y cualquier tratado llamado normativo tiene un propósito político o econômico” (KELSEN, 1965, p.273). Deste modo, cai-se num pleonasma ao falar-se de “tratado criador de direito”, eis que todos os tratados criam direitos e obrigações através das manifestações voluntárias dos contraentes.

Quanto à quarta observação *kelseniana* acerca dos tratados jurídicos e políticos, Kelsen criticara a absurda divisão entre tratados como instrumentos jurídicos e tratados como instrumentos políticos, sendo que as interpretações¹⁴ de ambos (tratados políticos ou jurídicos) não devem usar elementos do sistema diverso.

Outrossim, Kelsen dissertara que o tratado, mesmo tendo sido concluído com propósitos políticos, “es siempre un instrumento jurídico y debe ser interpretado solamente de acuerdo con principios jurídicos” (1965, p.274).

Na quinta observação *kelseniana* acerca dos tratados internacionais, Kelsen toca na questão relativa à interpretação, ressaltando que existem diversos métodos de interpretação passíveis de serem utilizados em relação aos tratados internacionais (lógico-gramatical, histórico, político, econômico). Entretanto, o texto do tratado pode não ser exatamente o referendado pela intenção de seus autores, sendo, a interpretação, de acordo com essas vontades, num primeiro momento, restritiva e, numa segunda observação, extensiva.

Os órgãos responsáveis pela aplicação do Direito têm a possibilidade de eleger tal método de interpretação dos tratados internacionais, quando não haja norma estabelecendo obrigatoriamente uma maneira de interpretá-los. Destarte, “el derecho internacional general no contiene tal norma; pero un tratado puede estipular reglas relativas a su interpretación” (KELSEN, 1965, p.275).

2.5 As decisões dos organismos internacionais

Além dos costumes e dos tratados internacionais, as decisões dos organismos internacionais são fontes de Direito Internacional Público, eis que quando aplicam uma norma geral de Direito Internacional (consuetudinário ou convencional) a uma situação concreta, poderão criar, neste ato, uma norma individual de Direito Internacional Público.

Outrossim, o Direito Internacional criado pelos organismos internacionais, no caso das decisões dos tribunais internacionais (instituídos por tratados), “deriva su validez de esos tratados, los cuales, a su vez, obtienen su validez de la norma de derecho internacional consuetudinario, *pacta sunt servanda*” (KELSEN, 1965, p.313). Delineadas as fontes do Direito Internacional na proposta *kelseniana*, ver-se-á como se dá a aplicação deste

¹⁴ Embora não concorde com a interpretação política dos tratados, Kelsen relatara que esta é essencialmente jurídica, eis que: “Interpretar un tratado conforme a principios políticos significa interpretarlo según sus fines políticos, es decir, de acuerdo con la intención de las partes contratantes. Pero ésta es una interpretación jurídica, uno de los métodos jurídicos que puede seguirse para la interpretación de los instrumentos jurídicos” (1965, p.274).

Direito na resolução das controvérsias internacionais, tanto pelos acordos quando pelas decisões dos Tribunais.

3 A APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO EM HANS Kelsen

Após a visualização das formas de criação do Direito Internacional Público em Kelsen, em atenção especial às fontes, às lacunas, aos costumes, aos tratados e às decisões dos organismos internacionais, desenvolver-se-á, brevemente, a aplicação do Direito Internacional Público, primeiramente, por meio da resolução das controvérsias internacionais pelos acordos e, após, pelas decisões dos Tribunais internacionais.

3.1 Resolução das controvérsias por meio de acordos internacionais

As controvérsias internacionais surgem por disputas de poder ou quando um Estado pretende que outro se conduza de uma determinada maneira, isto é, segundo as suas próprias preferências, havendo uma recusa por parte deste. Neste ínterim, com intuito de resolução destas disputas, foram criados organismos internacionais com vistas à resolução pacífica das controvérsias entre os Estados.

Outrossim, mister referir-se que as controvérsias internacionais, como bem dissertara Kelsen, podem ser “arregladas por un acuerdo de las partes em disputa, o por la decisión de un organismo internacional que tenga carácter obligatorio para las partes” (1965, p.313).

No Direito Internacional Público, as soluções pacíficas das controvérsias são seguidamente utilizadas, numa composição de diversos instrumentos, seja por meio das negociações diretas, seja pela intervenção de um ou mais terceiros. Dentre os meios pacíficos de solução de controvérsia, estão: 1) Bons ofícios¹⁵; 2) Mediação¹⁶; 3) Conciliação internacional¹⁷; 4) Inquérito internacional¹⁸.

¹⁵ Os bons ofícios “indicam a intervenção de uma terceira potência que decide oferecer a sua mediação para fazer cessar um litígio entre dois Estados ou que é convidada a fazê-lo por um ou os dois Estados em conflito”. (QUOC-DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p.849).

¹⁶ Este tipo de negociação vai além dos bons ofícios, “pois o mediador (terceiros Estados, personalidades independentes ou organizações internacionais) propõe as bases da negociação e interfere no seu desenrolar” (SEITENFUS; VENTURA, 2006, p.146).

¹⁷ A conciliação internacional “consiste em fazer examinar um diferendo por um órgão, préconstituído ou aceito pelas partes por ocasião de um litígio que lhes fará propostas tendo em vista uma justa solução” (QUOC-DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p.852). Nesse sentido, a “conciliação resulta, portanto, de um acordo preestabelecido ou *ad hoc*, entre as partes envolvidas no litígio” (VENTURA; SEITENFUS, 2006, p.146).

¹⁸ O inquérito ou investigação internacional, “consiste numa pesquisa sobre os factos que estiveram na origem de um litígio, tendo em vista constatar a sua materialidade, a sua natureza, as suas circunstâncias que os acompanham, e no fornecimento de um relatório às partes. Esta tarefa está a maior parte das vezes confiada a um órgão colegial, chamado de comissão de inquérito.” (QUOC-DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p.851).

Kelsen (1965, p.313) refere que o propósito de ambos os procedimentos¹⁹ é o de se chegar ao acordo entre as partes em disputa, tendo uma sutil diferença entre os bons ofícios e a mediação, qual seja: “[...] la mediación se diferencia de los buenos oficios, si el tercer Estado (o algunos terceros Estados) trata de obtener un acuerdo de las partes en disputa sobre la base de propuestas concretas hechas a las partes en disputa no son obligatorias”.

Além disso, Kelsen refere que caso a controvérsia refira-se a uma diferença de interpretação sobre pontos de fato, a controvérsia poderá ser submetida a uma comissão internacional de investigação (inquérito internacional) estabelecida por um acordo entre as partes confrontantes. Neste ínterim, a função da comissão de investigação²⁰ “[...] está limitada a una declaración sobre los hechos. Las partes en la controversia pueden o no aceptar esta declaración” (KELSEN, 1965, p.314).

Delineadas as principais implicações da resolução pacífica das controvérsias por meio dos acordos internacionais, visualizar-se-á a sua resolução por meio das decisões proferidas pelos Tribunais internacionais.

3.2 Resolução de controvérsias por meio dos Tribunais internacionais

Primeiramente, quanto à resolução das controvérsias internacionais por meio dos Tribunais, é preciso referir-se que as decisões dos organismos internacionais diferem-se integralmente dos meios de solução pacífica de controvérsias.

Além disso, importante sublinhar-se que as decisões dos Tribunais internacionais são vinculantes, ainda que venham a divergir da posição original de cada Estado, na medida em que estes submetem suas controvérsias à jurisdição internacional. Entretanto, como bem observara Kelsen, um organismo internacional criado por tratado somente se constitui num Tribunal internacional se: “1) sus miembros son jueces²¹; 2) el organismo es competente para arreglar controversias internacionales mediante la aplicación²² del

¹⁹ Nesse mesmo sentido, KELSEN cita a Convenção de Haia de 1907 para solução pacífica de controvérsias, a qual, nos artigos 2º e 3º estabelece: “Las partes contratantes asumen la obligación de recurrir, en caso de una controversia, antes de usar las armas, “hasta donde las circunstancias lo permitan, a los buenos oficios o mediación de una o más Potencias amigas (Artículo 2). El artículo 3 establece: “Las Potencias extrañas a la controversia tienen el derecho de ofrecer los buenos oficios o mediación aun durante el curso de las hostilidades. El ejercicio de este derecho nunca podrá ser considerado por cualquiera de las partes en la controversia como un acto inamistoso” (KELSEN, 1965, p.314).

²⁰ Conforme dispusera o artigo 35 da Convenção de Haia, “El informe de la comisión estará limitado a una declaración de hechos, y no tendrá en manera alguna el carácter de sentencia. Dejará en libertad absoluta a las partes con referencia al efecto a darse a la declaración” (KELSEN, 1965, p.314).

²¹ Quanto à necessidade de independência dos Juizes dos Tribunais internacionais quanto aos Estados que lhes indicaram, KELSEN faz importante observação no sentido de que: “Si son independientes, no son representantes de los Estados que los han designado. Si no son jurídicamente independientes porque están obligados legalmente por instrucciones que se refieran al contenido de su decisión, serán representantes o agentes del Estado que los ha nombrado y no jueces” (1965, p.321).

²² Kelsen (1965, p.322) refere que a Corte Internacional de Justiça, na possibilidade ofertada pelo artigo 38 do seu Estatuto, permite a resolução dos casos pelo princípio *ex aequo et bono*, isto é, um princípio não contido no Direito positivo.

derecho internacional; 3) tratándose de un órgano colegiado, éste es competente para tomar la decisión por el voto de la mayoría” (KELSEN, 1965, p.322).

Outrossim, a resolução de uma controvérsia por um Tribunal internacional é chamada de “arbitragem”, sendo o acordo celebrado com estes fins, chamado de tratado de arbitragem. Este tratado de arbitragem surge para resolver questões já postas no “teatro de operações internacional” (CLAUSEWITZ, 1996) ou futuras disputas entre as partes contraentes do Tratado Internacional. Caso o Tribunal seja competente para decidir controvérsias não somente estabelecidas anteriormente a sua instituição, num processo contínuo de decisões, o denominamos de “*Tribunal permanente*”.

Quanto à jurisdição dos Tribunais internacionais, importante referir-se que a mesma está determinada no tratado constitutivo do organismo internacional, podendo ter caráter obrigatório “[...] cuando el tratado que lo establece impone a los Estados contratantes la obligación de reconocer la jurisdicción del tribunal en cada caso en que estén implicados” (KELSEN, 1965, p.324).

Outrossim, é preciso referir-se que a regra primária do Direito Internacional geral tem incidência na aplicação do Direito Internacional Público, isto é, nenhum Estado está obrigado a submeter uma disputa com outro Estado a um Tribunal Internacional, seja qual for o objeto da controvérsia.

Na aplicação do Direito Internacional Público, os Tribunais internacionais deverão aplicar “[...] la costumbre, y el derecho internacional convencional existentes, a menos que el tratado constitutivo estipule que el tribunal deberá aplicar otras normas, como, entre otros, los principios de equidad o justicia” (KELSEN, 1965, p.324). Portanto, os Tribunais Internacionais não podem submeter as suas decisões aos Estados confrontantes sem a sua prévia aceitação à jurisdição internacional.

4 CONCLUSÃO

Em face dos aspectos brevemente observados no presente estudo, faz-se imprescindível tecer as suas considerações finais, sobretudo quanto as suas principais proposições na construção *epistemológico-kelseniana* do Direito Internacional Público.

Primeiramente, é preciso sublinhar a importância da obra de Kelsen à construção de uma epistemologia do Direito Internacional Público, principalmente na construção das suas bases de autonomia frente à inclusão de novas disciplinas como a Ciência Política, a História das Relações Internacionais, as Relações Internacionais e a Sociologia Político-Internacional.

Frente a este contexto de pluralidade cognoscitiva, de um fascínio gerado por uma falsa interdisciplinaridade, onde a autonomia de constituição e de observação é desgastada, a teoria de Kelsen, principalmente no estudo da criação e da aplicação das normas público-internacionais, surge como grande criadora de uma epistemologia adequada às bases de iniciação de uma Teoria Geral do Direito Internacional Público.

Nesse contexto, a proposta do presente estudo, portanto, fora de revisitar, ainda que brevemente, as propostas *kelsenianas* um tanto quanto esquecidas de criação e de aplicação do Direito Internacional Público, com vistas à recuperação dos elementos *epistemológico-kelsenianos* de uma Teoria Geral do Direito Internacional Público tão necessários ao estabelecimento de novas teorias de observação e de constituição epistemológica desta disciplina.

REFERÊNCIAS

- BACHELARD, Gastón. *A formação do espírito científico*. Edições 70. São Paulo, 2001.
- CLAUSEWITZ, Carl von. *Da guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DUGUIT, Leon. *Le droit social, le droit individual et la transformation de l'État*. Paris: F. Alcan, 1911.
- KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. 2.ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- _____. *La paz por medio del Derecho*. Trotta, 2003.
- _____. *Principios de derecho internacional público*. Buenos Aires: El Ateneo, 1965.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.
- _____. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- PAVIANI, Jayme. Os desafios da educação na era da interdisciplinariedade. In: KUIAVA, Evaldo A.; PAVIANI, Jayme. (orgs.). Educação, ética e epistemologia – I congresso internacional: filosofia, educação e cultura (2004). Caxias do Sul: Educus, 2005.
- QUOC-DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Direito internacional público*. 4.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.