

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

ANA CLAUDIA MOREIRA

**A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL OBRIGATÓRIA E
PACIFISMO SEGUNDO HANS KELSEN**

CRICIÚMA/SC

2019

ANA CLAUDIA MOREIRA

**A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL OBRIGATÓRIA E
PACIFISMO SEGUNDO HANS KELSEN**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharela no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Mateus Di Palma Back

**CRICIÚMA/SC
2019**

ANA CLAUDIA MOREIRA

**A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL OBRIGATÓRIA E
PACIFISMO SEGUNDO HANS KELSEN**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharela, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Internacional.

Criciúma, 10 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. MSc. Mateus Di Palma Back - Orientador

Msc. Jamile Garcia Delucca (UNESC)

Prof Msc. Diogo Lentz Meller (UNESC)

Agradeço primeiramente a Jesus Cristo e ao Universo por permitirem a minha vida neste mundo. Agradeço a minha perfeita mãe, a qual foi a grande idealizadora desse sonho. Agradeço também ao meu pai, meu irmão e minha avó, os quais acreditam em mim mais do que tudo. Agradeço ao meu querido namorado, meu grande companheiro de incessantes debates. Agradeço ainda as minhas amigas e amigos que afluam o dom de questionar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu querido orientador, por todo incentivo nessa breve jornada de conhecimento. Sou grata por essa Instituição de Ensino chamada de Universidade do Extremo Sul Catarinense por toda estrutura para que este trabalho fosse concluído. Ao já falecido Hans Kelsen, figura tão emblemática para nós, acadêmicos de Direito, foi uma imensa oportunidade atribuir, ainda que um efêmero conhecimento, acerca dessa obra que caracteriza um dos pilares do Direito moderno.

Há verdades tão evidentes por si mesmas, que devem ser sempre proclamadas e incessantemente reiteradas para que não sejam condenadas ao esquecimento. Uma dessas verdades é: a guerra é assassinato em massa, a maior desgraça da nossa cultura, e nossa principal tarefa política é garantir a paz mundial, uma tarefa muito mais importante que decidir entre democracia e autocracia, ou capitalismo e socialismo, pois não há possibilidade de progresso social enquanto não se criar uma organização internacional que impeça com eficiência a guerra entre as nações do mundo (XII – A paz pelo direito).

Hans Kelsen

RESUMO

Esta monografia analisará segundo os postulados teóricos de Hans Kelsen, se tornar obrigatória a Jurisdição da Corte Internacional de Justiça, seria o meio de maior eficácia em promover a paz entre os Estados. Para isso, abordar-se-á a estrutura da ONU, a estrutura da Corte Internacional de Justiça, e o marco histórico de cooperação internacional. Após, examinar-se-á, o papel da norma segundo a Teoria Pura do Direito. Finalmente, verificar-se-á o que o Estado significa para a Teoria Pura do Direito, para que assim, chegue-se a uma conclusão se a soberania dos Estados é um obstáculo para a paz internacional.

Palavras-chave:

Jurisdição Internacional – Cooperação Internacional – Corte Internacional de Justiça – Teoria Pura do Direito – Soberania – A paz Pelo Direito.

ABSTRACT

This monograph will analyze, according to the theoretical postulates of Hans Kelsen, if the possible obligatoriness of Jurisdiction of the International Court of Justice would be the most effective means to promote the peace between the States. To this end, the UN structure, the structure of the International Court of Justice, and the historical framework of international cooperation will all be addressed. After that, we will examine the role of the norm according to the Pure Theory of Law. Finally, it will be verified what the State means for the Pure Theory of Law, so that a conclusion can be reached as to whether the sovereignty of States is an obstacle to international peace.

Key words:

International jurisdiction. International cooperation. International Court of Justice. Pure Theory of Law. Sovereignty. Peace Through Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E SUA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA.....	122
2.1 HISTÓRICO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO ESTADO MODERNO	122
2.2 SURGIMENTO E ORGANIZAÇÃO DA ONU	155
2.3 ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA	188
3 OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA TEORIA PURA DO DIREITO.....	222
3.1. A CIÊNCIA JURÍDICA ENQUANTO CIÊNCIA NORMATIVA	233
3.2. TEORIA ESTÁTICA E TEORIA DINÂMICA DO DIREITO.....	266
3.3. NORMA FUNDAMENTAL.....	31
4 A SOBERANIA DO ESTADO COMO OBSTÁCULO PARA A PAZ INTERNACIONAL.....	314
4.1. O SIGNIFICADO DE ESTADO PARA A TEORIA PURA DO DIREITO	355
4.2 O PROBLEMA DA SOBERANIA	388
4.3 A GUERRA COMO PROBLEMA E A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL COMO SOLUÇÃO.....	433
5 CONCLUSÃO	477
REFERÊNCIAS.....	508

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa busca avaliar, segundo os postulados teóricos de Hans Kelsen, se tornar obrigatória a Jurisdição da Corte Internacional de Justiça, seria uma estratégia eficaz para a manutenção da paz entre os Estados. Com o intuito de avaliar essa possibilidade, será utilizado o método dedutivo, em pesquisa do tipo teórica, com emprego de materiais do tipo bibliográfico, em grande parte livros do autor Hans Kelsen, teses e dissertações, artigos de revistas científicas.

Embora a obra do autor já possua grande bagagem temporal, a paz universal continua sendo ambição universal, de difícil tarefa. Logo, até que as resoluções dos conflitos situados no mundo sejam de fato resolvidas, haverá teóricos com grande influência kelseniana, buscando meios através das obras do autor de assegurar a paz mundial. Isso porque as obras de Kelsen possuem todo o respaldo teórico para analisar a possibilidade de o Direito ser o fundamento racional, na manutenção da paz mundial.

Por conseguinte, esta pesquisa analisará se o que Hans Kelsen concluiu no seu livro “a paz pelo direito”, escrito em 1944, meados da 2ª Grande Guerra Mundial, é aplicável mediante os postulados da Teoria Pura do Direito. Logo, verificar-se-á se a submissão obrigatória dos Estados perante a jurisdição de uma Corte Internacional Superior é necessária para a manutenção da paz. Manutenção essa, que possui como principal fonte, o direito internacional. E ainda, se o autor acredita que através dessa submissão, as guerras seriam deslegitimadas enquanto instrumento para assegurar os interesses políticos por meio do Estado. Contudo, existem entendimentos depreendidos por Hans Kelsen, cuja essência refere-se a Teoria Pura do Direito, que há alguns contrapontos que evocam o direito como fenômeno estatal. Demonstrando o Estado como o centro do positivismo jurídico. Diante deste cenário, surgiu a erudição de que todas as normas jurídicas são produtos do próprio Estado (especialmente normas vinculadas), não fazendo sentido, portanto, discutir a possibilidade de uma jurisdição internacional obrigatória.

Desta forma, buscando objetivar essa discussão, será analisado se o ideal Kelseniano da paz por meio da Jurisdição Internacional justificaria a obrigatoriedade do cumprimento das decisões da Corte Internacional de Justiça. Logo, será verificado se a Corte Internacional de Justiça possui estrutura para comportar os ideais do autor. Contudo, para que seja possível uma jurisdição

internacional, faz-se necessário compreender se existe na visão do autor, a ideia do Estado como o centro do positivismo jurídico, segundo a teoria pura do direito. Por fim, analisada a hipótese do Estado como centro do positivismo jurídico, e a estrutura da Corte Internacional de Justiça, será examinado como se daria a Jurisdição Internacional apresentada por Hans Kelsen, na qual os Estados Soberanos com o intuito de deslegitimar as guerras deixam de configurar como centro do positivismo jurídico.

Para compreender a Corte Internacional de Justiça e o seu funcionamento, há a necessidade de conhecer em que momento histórico tornou-se inevitável a criação de um órgão jurisdicional internacional. Logo, será estudado de que maneira, em que local, com qual intuito e em quais marcos históricos surgiu a cooperação internacional no Estado Moderno. Alcançado o objetivo, analisar-se-á o surgimento e a organização da ONU, como a organização surgiu, quem foram os seus idealizadores, o objetivo da organização, os Estados signatários da Carta Orgânica, qual princípio regente da Ordem, se existe supremacia da carta sobre os outros tratados internacionais, quais os seus órgãos, e dentre estes, quais são os principais. Finalmente, verificar-se-á a organização e funcionamento da Corte Internacional de Justiça, como surgiu, se antes dela existiu algum organismo semelhante, se a CIJ possui autonomia. Ainda, será estudado a estrutura da CIJ, quem são os sujeitos que podem postular perante a Corte e quais suas regras de funcionamento.

O segundo capítulo desta monografia, pousará sobre a obra Teoria Pura do Direito. O objetivo do capítulo respalda na compreensão de que forma o direito se manifesta através da norma. A ciência jurídica será abordada como o principal meio de estudos das normas, ou seja, de que modo as normas se apresentam. Logo, estudar-se-á os princípios dinâmico e estático do direito. Verificar-se-á que o princípio dinâmico trata de como as normas surgem e como desaparecem, e ambos, cada um à sua maneira, teorizam como as normas apresentam-se. Encerrando o estudo das normas, passa-se ao estudo da norma fundamental, cuja integra todas as outras normas de um mesmo ordenamento jurídico. Examinar-se-á a qual princípio a norma fundamental integra, a qual pressuposto ela pertence.

Por fim, no terceiro capítulo desta monografia, a fundamentação teórica dar-se-á com respaldo nos livros Teoria Pura do Direito e a Paz Pelo Direito, de Hans Kelsen, buscando compreender se a Soberania do Estado é um obstáculo para a

paz internacional. Logo, em um primeiro momento será verificado o que significa o Estado como comunidade social para Kelsen, analisando cada um dos elementos: população, território, espaço, tempo e poder. Posteriormente, e finalmente, averiguar-se-á qual o meio mais eficaz de deslegitimar as guerras, a Criação de um Estado Mundial ou a criação de Tribunal Internacional com Jurisdição Compulsória, e se há a possibilidade de colocar em prática algum ou ambos os meios.

2 A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E SUA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

A paz mundial sempre foi um ideal almejado por todos os povos e indivíduos do planeta. O século XX em especial, foi marcado por grandes acontecimentos essenciais à evolução humana. Contudo, além desses momentos marcados por glória, como a chegada do homem à lua, o século XX trouxe três grandes momentos de alerta para humanidade: a Primeira Guerra Mundial, a Segunda Guerra Mundial e a Guerra Fria. Esses momentos de alerta trouxeram uma preocupação aos Estados Soberanos, que, ao fim das duas mais catastróficas guerras do século, não viram outra escolha além da Cooperação Internacional entre os Estados pacíficos (MACIEL, 2009, p. 215).

O objetivo deste capítulo reside em compreender a Cooperação Internacional como principal fator para a criação e desenvolvimento das instituições internacionais voltadas para o interesse da Sociedade Internacional. Hoje esse interesse internacional é representado pela Organização das Nações Unidas, que foi criada com o propósito de resguardar a paz. Para alcançar seu objetivo maior a Carta das Nações Unidas foi organizada em diversos órgãos, dentre os quais a Corte Internacional de Justiça. Ao final deste capítulo, será estudada a estrutura da Corte Internacional de Justiça com o intuito de verificar se essa seria a estrutura mais adequada para um tribunal internacional voltado à resolução dos conflitos internacionais, em que cada indivíduo é responsabilizado por suas condutas.

2.1 HISTÓRICO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO ESTADO MODERNO

O primeiro marco histórico no direito internacional moderno, deu-se quando o princípio da igualdade formal dos Estados passou a ser reconhecida. Este momento deu-se ao final da Guerra dos Trinta Anos, quando os Estados católicos e protestantes assinaram o Tratado Westfália (1648) e Tratado de Osnabruck (1648), respectivamente (MAZZUOLI, 2008, p. 46). Logo, os referidos tratados instituíram um “sistema pluralista e secular de uma sociedade de Estados independentes, substituindo, desde então, a ordem providencial e hierarquizada da Idade Média” (VISSCHER, 1957, p. 19). Assevera-se que a figura dos tratados, nas relações internacionais, são os principais meios de cooperação (SILVA, 2005, p.37). Nesta

senda, a partir do momento que os Estados tornam-se independentes, e desvinculam-se da hierarquização da Idade Média, passam a ser sujeitos internacionais capazes de respeitarem as regras de conduta (MAZZUOLI, 2008, p. 47).

O Estado nasceria, então, com a característica fundamental de possuir, como elemento essencial de sua existência, uma base territorial sobre a qual se assenta a sua massa demográfica de indivíduos. Posteriormente, passaria a ter por elementos caracterizadores uma *unidade política* estabelecida no tempo e no espaço, a existência de *instituições permanentes impessoais*, a condução dos seus negócios por uma *autoridade* e a aceitação da ideia de que esta autoridade conta com a *lealdade substancial* dos seus súditos. Este tipo de Estado, desenvolvido a partir da reforma protestante e dos tratados de Westfália, deu origem à chamada *doutrina da soberania*. (MAZZUOLI, 2008, p. 47)

Após o Tratado de Westfália, o próximo marco histórico visando a cooperação internacional entre os Estados, foi instituído no Congresso de Viena (1815), o qual prosperou até o final da Primeira Grande Guerra Mundial. O Congresso de Viena foi estipulado como forma de resistência ao Império de Napoleão Bonaparte e a Revolução Francesa (ACCIOLY, CASELLA, SILVA, 2011, p. 105).

Nesta senda, a evolução do Direito Internacional dá-se mediante a devastação econômica e social dos Estados no período Pós Primeira Grande Guerra (1914-1918), em que os países envolvidos, buscaram uma maneira de punir os responsáveis pela ruína, promovendo-se, assim, o Tratado de Versalhes. Os países signatários, assinaram o tratado com o intuito de resolver seus conflitos de maneira pacífica, o que após, resultou na criação da Liga das Nações (1919) (MACIEL, 2009, p. 218). Portanto, as grandes potências objetivando findar com o caos, buscam o propósito comum de evitar novas guerras, através da criação da primeira organização internacional, voltada para a desestimulação das guerras. Ressalta-se que anteriormente o direito internacional não concordava com a deslegitimação das guerras, mas as considerava como uma forma de punição de um ato ilícito internacional (CAMPAGNOLO, KELSEN, 2022, p. 82). Como já mencionado, os Estados estavam devastados, e precisavam encontrar uma maneira de cooperar, chegaram ao modelo da Liga das Nações, a qual foi antecessora a Organização das Nações Unidas, até mesmo pelo fato de ter influenciado e moldado a dinâmica estabelecida pela ONU (RUSSO, SAMPAIO, 2011, p. 3).

A Liga (ou Sociedade) das Nações, nascida dos escombros da Primeira Guerra Mundial, foi uma tentativa ambiciosa de se criar uma associação permanente de Estados, de escopo universal, destinada a preservar a paz e a assegurar o cumprimento das normas de direito internacional. Em termos de proposta para uma gestão coletiva da paz mundial e de ensaio para o estabelecimento de uma autoridade supranacional nas relações internacionais, o modelo do Pacto da Liga das Nações abriu o desafio deste século ao tradicional sistema de Estados soberanos, descentralizado e hierárquico, cuja idéia de estabilidade e de ordem, baseada na política de poder, costuma se fundamentar em precários equilíbrios de força. (GARCIA, 2000, p. 3)

Além da Liga das Nações, outras organizações internacionais foram criadas com o objetivo de potencializar um relacionamento eficiente e pacífico entre os Estados. Como exemplo, foram criadas a União Internacional de Telecomunicação (UIT), a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). Essas duas últimas tratavam-se de organismos autônomos, criados no cenário do Tratado de Versalhes e na assinatura do Pacto da Liga das Nações, em 1920, respectivamente a OIT nos artigos 387 a 428 do Tratado de Versalhes e a Corte Permanente de Justiça Internacional, no artigo 20 do Pacto da Liga das Nações (SILVA, 2005, p. 303). Disso, infere-se que o Direito Internacional passou a ser a fonte reguladora das ações dos Estados no sistema internacional. Contudo, com a deflagração da Segunda Guerra Mundial, a liga das Nações fracassa.

Ao término da Segunda Guerra Mundial, a Sociedade das Nações Unidas foi substituída pela Organização das Nações Unidas (ONU), que já em seu art. 1º faz menção a cooperação internacional como meio de resolução dos conflitos:

Art. 1º 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. (ONU, 1945)

A Cooperação Internacional como meio de relacionamento entre os Estados, acabou por criar e desenvolver instituições internacionais voltadas aos interesses comuns da sociedade internacional (MAZZUOLI, 2008, p. 542). Ainda, a Carta no sentido da cooperação, estabelece os princípios gerais de cooperação técnica, requerendo a todos os membros da Organização o comprometimento como meio de possibilitar um convívio pacífico entre os Estados (artigos 55 e 56, capítulo IX da Carta das Nações Unidas).

2.2 SURGIMENTO E ORGANIZAÇÃO DA ONU

Os países aliados¹, durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), estavam em busca de uma nova organização no sistema internacional que pleiteasse a cooperação num caráter verdadeiramente universal (XAVIER, 2007, p. 27). Desta forma, os aliados, tinham a intenção de estabelecer uma organização internacional de caráter geral respaldada na igualdade Soberana dos Estados pacíficos (MAZZUOLI, 2008, p. 562). Em 1º de Novembro de 1943, é assinada a Declaração de Moscou, cujo em seu artigo 4º estabelece:

art. 4º a necessidade de estabelecer o mais rápido possível, uma Organização Internacional fundada no princípio de uma igual soberania de todos os Estados pacíficos, organização de que poderão ser membros todos os Estados pacíficos, grandes e pequenos, a fim de assegurar a manutenção da paz e da segurança internacional (ROOSEVELT, STALIN, CHURCHIL, 1943).

Em agosto e setembro de 1944, em Dumbarton Oaks, discutiu-se propostas para a criação de uma nova Organização Internacional Geral, bem como foram elaborados projetos para a reconstrução jurídica-política do mundo, cujas foram modificadas em Yalta, fevereiro de 1945, modificações essas, que serviram como base para a Carta da Organização das Nações Unidas e do novo Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ERIAN, 1994, p. 105-106). A Carta das Nações Unidas e o Estatuto da Corte Internacional de Justiça foram assinados em 26 de junho de 1945, na cidade de São Francisco (Califórnia), e em 24 de outubro de 1945 a Organização das Nações Unidas foi de fato concretizada, e após deliberação da Assembleia Geral ficou decidido que sua sede seria em Nova York (ONU, 1945).

A Carta Orgânica da Organização, ou seja, o tratado-fundação fora firmado pelos respectivos países: África do Sul, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Bélgica, Bielo-Rússia, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Egito, El Salvador, Equador, Estados Unidos da América, Etiópia, Filipinas, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Holanda, Honduras, Índia, Irã, Iraque, Iugoslávia, Líbano, Libéria, Luxemburgo, México, Nicarágua, Noruega, Nova Zelândia, Panamá, Paraguai, Peru, Polônia, Reino Unido, República Dominicana, Síria, Tchecoslováquia, Turquia, Ucrânia, URSS, Uruguai e Venezuela. Hoje,

¹ **Aliados:** França, Inglaterra, EUA e, posteriormente, URSS.

passados pouco mais de 70 anos de sua fundação, quase todos os países independentes do mundo fazem parte da Organização (XAVIER, 2007).

A ONU por sua vez, é uma Organização Internacional com premissas universais, que não possui o objetivo de tornar-se algum dia um governo mundial. Seus propósitos são voltados a dignidade humana, cujos podem ser identificados desde seu preâmbulo, quanto em seus primeiros artigos, consubstanciando-se:

a) preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade; b) reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas; c) estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos; d) promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; e) praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum; f) empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos; g) manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim, tomar coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz; h) desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direito e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; i) conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural, ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e j) ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para consecução desses objetivos comuns. (MAZZUOLI, 2008, p. 563-564)

A estrutura da Carta demonstra que o princípio geral regente é o da *segurança coletiva mundial*, o qual aduz que a paz mundial só pode ser alcançada se parâmetros de convivência entre os Estados forem respeitados, os quais de principal valia são o da segurança e da proteção dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2008, p. 565).

Ademais, em seu artigo 103, está implícito a *supremacia* da Carta perante outros pactos internacionais, pois estabelece:

[...] no caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta, e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta. (ONU, 1945)

Nesse sentido, está demonstrando que a Carta das Nações Unidas deverá prevalecer sobre qualquer acordo internacional atribuído por qualquer dos membros. Portanto, a Carta encontra-se no ápice das normas do Direito Internacional Público (MAZZUOLI, 2008, p. 566).

Os membros da organização são divididos entre os originários e os admitidos. O artigo 4 da Carta, estabelece que a admissão como membro da organização é aberta para todos os Estados que possuem por objetivo a paz e que estão aptos a cumprir as obrigações propostas pela carta. Seguido pelo artigo 5 que estabelece ser necessário a recomendação do Conselho de Segurança bem como a admissão dos Estados interessados pela Assembleia Geral. Os órgãos principais da Organização estão dispostos no artigo 7, quais sejam a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho de Tutela, o Secretariado e o Conselho Econômico e Social (ONU, 1945).

A Carta possui 111 (cento e onze) artigos, contendo o Estatuto da Corte Internacional de Justiça como anexo. Qualquer Estado “amante da paz”, comprometido a submeter-se às obrigações estipuladas pela Carta da ONU, poderão ser admitidos como membros. Quando contra algum Estado membro for instaurada ação preventiva ou coercitiva através do Conselho de Segurança, aqueles poderão ser suspensos, e após correta investigação, o Conselho de Segurança poderá restabelecer as atividades do Estado suspenso. Ainda, a Assembleia Geral, caso haja a recomendação do Conselho de Segurança, possui o poder de expulsar algum Estado membro, quando este, reiteradas vezes violar os princípios estabelecidos na carta (ACCIOLY, CASELLA, SILVA, 2011, p. 641).

A Organização possui 6 órgãos tidos como principais: Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela, Corte Internacional de Justiça e Secretariado. Ainda, além destes, a Organização compreende organismos especializados de caráter técnico e administrativo. Esses organismos são necessários ao fortalecimento da cooperação internacional (MAZZUOLI, 2008, p. 566).

art. 57 - as várias entidades especializadas, criadas por acordos intergovernamentais e com amplas responsabilidades internacionais, definidas em seus instrumentos básicos, nos campos econômico, social,

cultural, educacional, sanitário e conexos, serão vinculadas às Nações Unidas, de conformidade com as disposições do art. 63².

Ressalta-se que alguns dos organismos citados a seguir, já existiam ao tempo da criação da ONU. Essas organizações são autônomas, logo, possuem “seus próprios orçamentos e funcionários internacionais e estão ligados à ONU através de acordos internacionais” (ONU, 1945). São estes: Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD ou Banco Mundial), o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (ONUDI), a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a Organização Mundial de Saúde (OMS), a União Internacional de Telecomunicações (UIT), a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), a União Postal Universal (UPU), a Organização Marítima Internacional (OMI), a Organização Meteorológica Mundial (OMM), a Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), a Organização Mundial do Turismo (OMT) e a Organização para a Proibição de Armas Químicas (OPAQ) (ONU, 1945).

Por fim, há ainda, a UNCTAD - Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento, a qual foi criada como órgão intergovernamental permanente, cujo objetivo respalda em apoiar os Estados mediante estratégias visando o desenvolvimento através do do comércio, das finanças, do investimento, da tecnologia, do desenvolvimento empresarial e desenvolvimento sustentável. Ou seja, esse órgão, criado pela Resolução da Assembleia Geral da ONU em 1964, busca fomentar o cenário internacional objetivando metas de desenvolvimento mundial e consciente (MAZZUOLI, 2008, p. 580).

2.3 ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

² Artigo 63 - “O Conselho Econômico e Social poderá estabelecer acordos com qualquer das agências a que se refere o artigo 57, a fim de determinar as condições em que a entidade interessada será vinculada às Nações Unidas. Tais acordos serão submetidos à aprovação da Assembleia Geral”. (ONU, 1945)

Durante a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores da América, no Rio de Janeiro, em 1942, o Comitê Jurídico Interamericano reuniu-se para estudar a possibilidade da criação de uma corte internacional, em que resultou em uma recomendação de que a jurisdição da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) fosse aumentada. A recomendação foi levada em conta, e em Dubarton Oask foi decidido que antes de acontecer a Conferência de São Francisco, um Comitê de Juristas prepararia um projeto do estatuto. O projeto possuiu como base o estatuto da CPJI. Portanto, na Conferência de São Francisco, onde o assunto foi largamente discutido, decidiram pela criação de uma nova Corte Internacional ao invés da manutenção da CPJI. (MELLO, 2000, p. 646).

a. dos 43 Estados parte no estatuto da CPJI, 17 não faziam parte da ONU, diversos deles eram inimigos; b) por outro lado, 13 Estados que seriam membros da ONU não eram parte no estatuto da CPJI; c) o mandato dos juízes da CPJI havia terminado (MELLO, 2000, p. 646).

Os participantes da Conferência de São Francisco atribuíram razões pertinentes a criação da Corte. Consideraram inapropriado que a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) continuasse existindo em sua forma, eis que a Corte Internacional de Justiça tornar-se-ia o principal órgão judicial das Nações Unidas, e a CPJI estava vinculada a Sociedade das Nações, a qual naquele momento estava a ponto de ser dissolvida. A Corte Permanente de Justiça Internacional transferiu seus arquivos a Corte Internacional de Justiça, medida decidida em outubro de 1945. (NAÇÕES UNIDAS, 2000, p. 7).

A Assembleia Geral em conjunto com o Conselho de Segurança da ONU elegem 15 (quinze) magistrados, para um mandato de nove anos, existindo a chance de reeleição. A escolha para o cargo é feita visando a capacitação pessoal do profissional, não sendo levado em conta a qual grupo nacional este pertence. A indicação é feita pela Corte Permanente de Arbitragem, sendo vedado a escolha de dois juízes da mesma nacionalidade (MAZZUOLI, 2008, p. 569).

Surge a Corte Internacional de Justiça, como o principal órgão judicial da ONU, sujeita a todos os dispositivos da Carta, com sede no Palácio da Paz, na cidade de Haia, países baixos. As principais funções atribuídas a CIJ são as de atribuição de poder para julgar casos contenciosos entre Estados, e a de ser o órgão competente para prolatar pareceres consultivos sobre questões de direito internacional, solicitados pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança, órgãos e organismos especializados também podem requerer, desde que com

autorização da Assembleia Geral. Ressalta-se que os pareceres não são obrigatórios (CASELLA, MULLER, 2007, p. 286).

A prerrogativa da CIJ está expressa em seu estatuto, fundamentado nas disposições do Capítulo XIV da Carta da ONU, bem como nas Regras da Corte, criada em 1978 pelo próprio órgão para jurisdicionar aspectos processuais, acarretando em um funcionamento mais célere. Os Estados são os únicos aptos a serem sujeitos processuais perante a CIJ, portanto, não podem postular perante esta, as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado interno ou organizações não governamentais. As organizações internacionais podem apenas prestar informações ou solicitar pareceres. Sua atuação consiste em dirimir conflitos entre os Estados. Sua atuação é ampla, podendo discorrer sobre qualquer matéria dentro dos tratados internacionais que estipulem a CIJ como órgão legítimo para solucionar conflitos ligados à Carta da ONU e ao direito internacional, perante os Estados partes do tratado. Ressalta-se que o artigo 36 do Estatuto da Corte permite que qualquer Estado signatário possa declarar a Corte como compulsoriamente competente para interpretar um tratado, para decidir sobre questões internacionais, e ainda, para versar sobre a existência de qualquer fato que possa significar quebra de obrigação legal (CASELLA, MULLER, 2007, p. 286-287).

Quanto a fundamentação dos pareceres e das decisões da Corte, Paulo Borba Casella e Leonardo Muller postulam:

Em linha muito similar ao direito interno dos países de tradição continental do *civil law*, a CIJ deverá pautar-se preferencialmente pela lei codificada, posta em tratados internacionais, de âmbito geral ou particular, aceitos pelas partes litigantes. Se isso não for possível ou insuficiente, poderão os juízes da Corte buscar manifestação do direito internacional e no costume internacional. São os hábitos usualmente empregados pelos sujeitos de direito que acabam por ser entendidos como regras que devem ser seguidas. Há, ainda, a possibilidade de se pautarem os juízes pelos princípios de direito reconhecidos pelos países, pelas decisões internas sobre as matérias versadas e até mesmo sobre as obras do jusinternacionais “mais qualificados”. Mais remotamente, há a possibilidade de as partes autorizarem os juízes de pautarem o julgamento *ex aequo et bono*, isto é “aquilo que é bom e certo” (CASELLA, MULLER, 2007, p. 288-289).

A CIJ só irá decidir sobre determinada matéria quando todos os litigantes estiverem de acordo a submeter-se a apreciação dela, visto que a jurisdição internacional em regra, é ainda, facultativa, estendendo-se tal princípio a própria corte. Portanto, o fato de um Estado ser membro do estatuto não o vincula a obrigatoriedade de estar submetido ao julgamento da corte. A jurisdição só será

obrigatória quando estiver expressamente prevista em tratados. Ressalta-se que um Estado pode ajuizar demanda contra outro Estado que não esteja obrigado a submeter-se compulsoriamente aos litígios da Corte, contudo, o órgão só será competente se o demandado concordar em comparecer perante ele. (MELLO, 2000, p. 650; 651; 654).

Desta forma, os Estados podem levar casos a julgamento perante a Corte Internacional de Justiça de três formas:

- a. por meio de uma notificação pela qual a parte ou as partes comunicam a Corte a respeito de um pedido de interpretação ou de uma disputa advinda de um tratado do qual as partes são signatárias, e que expressamente institui, a priori, a Corte Internacional de Justiça como órgão competente para dirimir conflitos resultantes da aplicação desse tratado;
- b. através de um acordo especial entre as partes litigantes para instituir, a posteriori, a Corte como órgão competente para resolver a questão entre elas, embora não haja previsão em nenhum tratado internacional para que a CIJ seja o órgão responsável; e
- c. através de uma petição registrada no Cartório, o qual, por intermédio de seu Cartonário, deverá prosseguir com a notificação da parte contrária, dos Membros da ONU através do Secretário-Geral e dos possíveis terceiros Estados interessados com direito a aparecer perante a Corte (CASELLA, MULLER, 2007, p. 291 - 292).

Quando recorrido a qualquer um dos meios acima citados, a Corte instaura o processo, e prepara o julgamento da demanda. Inicialmente pela composição dos juízes. As partes tem direito a juiz *ad hoc* de sua nacionalidade, portanto, o caso concreto será julgado pelos juízes componentes da Corte acrescidos daqueles que as partes vierem a escolher, nos moldes do artigo 31 do Estatuto:

Artigo 31 - Os juízes da mesma nacionalidade de qualquer das partes conservam o direito de funcionar numa questão julgada pela Corte. Se a Corte incluir entre os seus membros um juiz de nacionalidade de uma das partes, qualquer outra parte poderá escolher uma pessoa para funcionar como juiz. (...)Se a Corte não incluir entre os seus membros nenhum juiz de nacionalidade das partes, cada uma destas poderá proceder à escolha de um juiz (ESTATUTO CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1945).

Perante a CIJ, poderão compor a equipe de representação das partes: os agentes diplomáticos, advogados, conselheiros e assistentes. Ainda, o Estatuto estabelece no artigo 53, que caso uma das partes deixe de comparecer perante a Corte, nos casos de jurisdição obrigatória, a outra parte poderá requerer que seu caso seja decidido a seu favor. Neste caso, a CIJ irá analisar se o assunto é de sua competência e se a pretensão está fundamentada (MELLO, 2000, p. 654).

Artigo 53 - Se uma das partes deixar de comparecer perante a Corte ou de apresentar a sua defesa, a outra parte poderá solicitar à Corte que decida a

favor de sua pretensão. A Corte, antes de decidir nesse sentido, deve certificar-se não só de que o assunto é de sua competência, de conformidade com os Artigos 36 e 37, mas também de que a pretensão é bem fundada, de fato e de direito (ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1945).

Quanto aos litígios a serem resolvidos pela corte, o artigo 36, alínea 1ª, aduz que a competência “abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos”, ou seja, fica subentendido que a Corte está apta para apreciar litígios jurídicos e políticos (MELLO, 2000, p. 654).

Por fim, para a elaboração da sentença, cada juiz prepara o seu parecer de julgamento, e após, é eleita uma Comissão de redação com dois juízes eleitos, cujos pareceres são mais congruentes com a opinião da Corte, e mais o Presidente da CIJ, que, caso esteja impedido, é designado o Vice-Presidente. Proferida a sentença, esta deverá ser lida em público, tornando-se vinculante às partes. A sentença é definitiva e inapelável, apenas são permitidos os recursos de interpretação e revisão, cujo, o de revisão, só será apreciado caso seja descoberto fato novo antes do prazo de 10 anos (CASELLA, MULLER, 2007, p. 294-295).

3 OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA TEORIA PURA DO DIREITO

Hans Kelsen, autor positivista, apresentou ao mundo a forma como o direito se apresenta. Neste capítulo o direito será abordado através da sua manifestação normativa, como veremos, para o autor, o direito se manifesta através das normas. Logo, em um primeiro momento será abordado a ciência jurídica como o principal meio de estudos das normas, ou seja, como as normas se apresentam. Após, em segundo momento, compreendido como acontece o estudo das normas, serão apresentados o princípio dinâmico e o princípio estático. Que são campos da ciência jurídica que estudam como as normas apresentam-se no presente, e a maneira como as normas surgem e como desaparecem. A estática jurídica é a responsável por descrever o presente das normas e formas jurídicas, sob a ótica do direito como ordem coercitiva. Já a dinâmica jurídica aborda as normas como um sistema em movimento, como surgem e como desaparecem, bem como analisa o fundamento de validade de uma norma. Por fim, compreendidos os sistemas dinâmico e estático, e analisado o fundamento de validade de uma norma, será estudada a norma fundamental. Ou seja, a norma integradora de todas as normas

de um mesmo ordenamento jurídico, ou seja, a fonte da validade de todas as outras normas.

3.1. A CIÊNCIA JURÍDICA ENQUANTO CIÊNCIA NORMATIVA

Hans Kelsen em sua obra a Teoria Pura do Direito (2009), no título Direito e Ciência inicia sua tese constatando que as normas são o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só será considerada como objeto da ciência jurídica quando as normas determinarem que essa conduta é pressuposto ou consequência de alguma norma jurídica (KELSEN, 2009, p. 79). Portanto, para o autor, o direito se manifesta, em sua essência, através das normas. Ou seja, quando ocorre uma autorização, obrigação, responsabilidade, prescrição, proibição, permissão, dentre outras formas através das quais o direito se manifesta, e todas essas formas são descritas através de normas. Luiz Fernando Barzotto sobre a obra de Hans Kelsen, assim elucida: “não se pode, assim, explicar as funções do direito nem diferenciar um fenômeno jurídico de um não jurídico sem referi-lo a normas” (BARZOTTO, 1999, p. 33).

Se o estudo do Direito positivo se converte no estudo das normas jurídicas, Kelsen é enfático em diferenciar que esse estudo pode se dar segundo duas perspectivas teóricas distintas; trata-se daquilo que ele irá chamar teoria estática e teoria dinâmica. Para entender ambas as perspectivas teóricas, faz-se necessário compreender o conceito de validade:

(...) a validade é a qualidade que expressa a existência da norma. (...) A norma, enquanto sentido, passa a existir precisamente quando o ato de vontade que lhe deu origem cessou sua existência. (...) Kelsen também usa o termo “validade” para significar a pertinência a um ordenamento jurídico. Não existem normas isoladas. Toda norma existe enquanto elemento de um sistema normativo. A norma que pertence a um ordenamento é “válida”, do ponto de vista deste ordenamento. (...) Uma norma é válida quando foi criada de acordo com outra norma. (...) Uma norma pode ser fundamento de validade de outra de dois modos, de acordo com o princípio que estrutura o sistema normativo. Para Kelsen, dois são estes princípios: o princípio estático e o princípio dinâmico (BARZOTTO, 1999, p. 37-38).

A teoria jurídica estática consiste no estudo do sistema de normas em vigor tal como ele se apresenta; a teoria dinâmica, por sua vez, possui como “objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento” (KELSEN, 2009, p. 80). Kelsen apresenta como elemento do direito quando estudado pela teoria estática, por exemplo, a competência ou capacidade jurídica (dentre outros), e como exemplo de estudos sobre a teoria dinâmica, a

produção de uma norma jurídica geral como produto de um processo legislativo. O autor, exemplifica a questão da Constituição, como Carta Magna, objeto em vigor, criada por um processo legislativo, ou seja, no seu modo estático criado por um sistema dinâmico. A teoria estática apresenta o direito no seu momento atual, logo, a Constituição, refere-se a um conjunto de normas fixas, portanto, estático. Já a figura do legislador, é apresentada como o direito na sua forma dinâmica, em movimento, capaz de criar leis, alterar textos (KELSEN, 2009, p. 80).

Por sua vez, a conduta humana inspira a constituição do conteúdo de normas jurídicas, e por estas são determinadas. A ciência jurídica estuda a conduta humana enquanto causadora dessas normas, mas também enquanto consequência. Kelsen constata a respeito de como age a ciência jurídica:

Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que hão-de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta, e conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados. As proposições³ ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações, devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das *normas* jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito” (KELSEN, 2009, p. 80).

Portanto, o autor expõe que a ciência jurídica é a responsável pelo estudo do Direito, ou seja, conhecê-lo, e através do conhecimento observado, descrevê-lo como ciência. Assim, o material estudado pela ciência jurídica são as normas jurídicas gerais e individuais apresentadas pelos órgãos jurídicos, que em virtude do conhecimento concebido pela ciência jurídica “se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica” (KELSEN, 2009, p. 82). Através do elucidado, verifica-se que Direito e ciência jurídica não são sinônimos, pois a ciência jurídica em sua essência apenas pode descrever o direito. Como explana Kelsen, “nenhum jurista pode negar a distinção essencial que existe entre uma lei publicada no jornal oficial e um comentário jurídico a essa lei” (KELSEN, 2009, p. 82). A diferença é observada no fato de que a ciência jurídica apenas formula proposições, opiniões, e não atribui ao sujeito qualquer dever ou direito (KELSEN, 2009, p. 82)

³ “Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo menos ordenamento determinadas”. (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes; 2009).

Observa-se que algumas ciências sociais são respaldadas nas normas, pois os valores contidos nas ciências como a Ética, que estuda a Moral, e a Jurisprudência, que estuda a ciência do direito, são encontrados nas normas positivas, “normas que são postas no espaço e no tempo através de atos humanos” (KELSEN, 2009, p. 96), portanto, o objeto dessas ciências sociais são reais, uma realidade social. Ocorre que, o fato dessas ciências serem fundamentadas na norma, não significa que elas estabeleçam obrigações:

Se estas ciências são designadas como ciências normativas, isto não significa que elas estabeleçam normas para a conduta humana, e, conseqüentemente, prescrevem uma conduta humana, confirmam competência para ela ou positivamente a permitam, mas que elas descrevem certas normas, postas por atos humanos, e as relações entre os homens através delas criadas. (KELSEN, 2009, p. 96)

Desta forma, o teórico que estuda a sociedade, que teoriza a moral e o direito, não é possuidor da autoridade social. Possui como tarefa unicamente, o conhecimento e a compreensão da sociedade humana, que por sua vez, “como objeto de uma ciência social normativa, é uma ordem normativa da conduta dos homens, uns face dos outros” (KELSEN, 2009, p. 96). Ou seja, os homens só estarão inseridos em uma sociedade ao passo que suas condutas forem reguladas por uma ordem, que autoriza, permite, responsabiliza, proíbe, e por vezes, essa ordem está positivada. Quando uma ordem normativa constitui determinada sociedade, e regula a conduta recíproca dos indivíduos, essa ordem e essa sociedade constituem a mesma coisa, ou seja, não há norma sem sociedade, e nem sociedade sem norma, pois “quando a sociedade é designada como comunidade, a ordem que regula a conduta recíproca dos indivíduos é, no essencial, o que há de comum entre esses indivíduos” (KELSEN, 2009, p. 97).

Isto surge com especial clareza no caso de uma ordem jurídica - ou antes, da comunidade jurídica por ela constituída - a que podem pertencer indivíduos de várias línguas, raças, religiões, concepções do mundo, e particularmente, a que podem pertencer também indivíduos e grupos com interesses diferentes e antagônicos. Todos eles formam uma comunidade jurídica na medida em que estão submetidos a uma e mesma ordem jurídica, isto é, na medida em que a sua conduta é recíproca e regulada através de uma e a mesma ordem jurídica (KELSEN, 2009, p. 97).

A ordem jurídica, que é necessariamente positiva, aparece como uma organização de normas jurídicas. O autor destaca que essas normas jurídicas referem-se a uma conduta humana, mas nada afirmam sobre a interpretação dessa conduta, apenas permitem-na, prescrevem-na ou autorizam-na. Portanto, o papel da

ciência do direito não é regulamentar a sociedade humana, mas compreendê-la. Pois, a sociedade refere-se a uma ordem normativa, ou seja, é “uma ordem normativa da conduta dos homens uns em face dos outros” (KELSEN, 2009, p. 96), logo, refere-se ao objeto central de uma ciência social normativa. Assim, a ciência jurídica é aquela capaz de estudar de que modo os seres humanos se comportam estando inseridos em uma sociedade, ou seja, inseridos em um sistema de normas. “Estes pertencem a uma sociedade na medida em que a sua conduta é regulada por uma tal ordem, é prescrita, autorizada ou é positivamente permitida por essa ordem” (KELSEN, 2009, p. 96). Essa norma positivada poderá ser válida sem ser inteiramente eficaz, pois uma norma mesmo que válida, pode não ser aplicada e observada, o autor destaca que “deve sempre existir a possibilidade de sua ineficácia, ou seja, a possibilidade de não ser aplicada e observada em casos particulares” (KELSEN, ano, p. 98).

Portanto, a ciência jurídica dirige-se ao conhecimento das normas jurídicas individuais, apresentadas pelos tribunais, bem como ao conhecimento das normas gerais, determinadas pelos órgãos legislativos e pelos costumes:

A tarefa da ciência jurídica não é, em qualquer dos casos, fazer profecias sobre as decisões dos tribunais. Ela dirige-se não só ao conhecimento das normas jurídicas individuais, postas pelos tribunais, mas também ao conhecimento das normas gerais, produzidas pelos órgãos legislativos e pelo costume, a respeito das quais o custo seria possível uma previsão, pois a Constituição normalmente apenas predetermina o processo da produção legislativa, e não o conteúdo das leis. (...) Na medida em que os tribunais, nas suas decisões, criam Direito novo, a sua predição é tão pouco possível como a predição das normas gerais a produzir pelo órgão legislativo. Estas normas jurídicas, porém, formam a maior parte do Direito, o que é objeto da ciência jurídica. (KELSEN, ano, p. 99)

Concluindo que, a predição não constitui o papel da Ciência do Direito, pois está apenas estuda e descreve as normas gerais desenvolvidas pelos órgãos legislativos e pelos costumes, após entrarem em vigência, bem como descrevem as normas individuais produzidas pelos tribunais. O papel da ciência jurídica não é o de antecipar-se aos acontecimentos, mas sim de estudar e descrever os acontecimentos das ordens jurídicas, sejam eles resultados, sejam eficazes ou ineficazes.

3.2. TEORIA ESTÁTICA E TEORIA DINÂMICA

A Teoria Estática e a Teoria Dinâmica são os dois campos gerais da ciência jurídica apresentados por Kelsen, tal como já mencionamos. Enquanto a primeira se ocupa de descrever as normas e as formas jurídicas tal como elas se apresentam no presente, a segunda se ocupa de descrever a auto reprodução do sistema jurídico, ou seja, como normas surgem e como desaparecem. A primeira análise composta pela Estática Jurídica estuda o direito sob a ótica de ordem coercitiva, “uma conduta apenas pode ser considerada como objetivamente prescrita pelo Direito, e, portanto, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção” (KELSEN, 2009, p. 129). Já a Teoria Dinâmica, estuda a validade de uma norma, sob a ótica de que uma norma apenas será válida caso decorra de outra norma superior, “uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, norma inferior” (KELSEN, 2009, p. 215).

O princípio estático estuda as normas como reguladoras da conduta humana, como coercitivas, permissivas e autorizadoras. Sobre o princípio estático:

Se o direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado. Atos de coerção são atos a executar mesmo contra a vontade de quem por eles é atingido e, em caso de resistência, com o emprego da força física. (KELSEN, 2009, p. 121)

O autor, ocupando-se de descrever as normas como elas se apresentam, destaca que o direito é concebido como uma ordem de coação, a qual é dividida em duas espécies: sanções e os atos de coação que não possuem caráter de sanção, que são destinadas à pessoas que não entendem o caráter repressivo ou educativo da pena, o autor usa como exemplo “o internamento compulsório de indivíduos atacados por um doença perigosa” (KELSEN, 2009, p. 121). As sanções, por sua vez, estão à frente das ordens jurídicas estaduais sob duas formas: como pena e como execução. Enfatiza-se que as espécies de sanções consistem na maneira que o Estado utiliza para reprimir um mal, através da privação de um bem (material ou não), ou por meio de um castigo corretivo (KELSEN, 2009, p. 21-22).

Ambas as espécies de sanções consistem na realização compulsória de um mal - ou - para exprimir o mesmo sob a forma negativa - na privação compulsória de um bem: no caso da pena capital, a privação da vida, no

caso das penas corporais, outrora usadas (como a privação da vista, a amputação de uma mão ou da língua), (...), ou o castigo coercitivo: a provocação de dores; no caso da pena de prisão, a privação de liberdade; no caso das penas patrimoniais, a privação de valores patrimoniais, especialmente da propriedade. Mas também a privação de outros direitos pode ser cominada como pena: tal a demissão ou a permissão dos direitos políticos. Também a execução é a produção compulsória de um mal. Distingue-se, porém, da pena pelo fato de - como costuma dizer-se - ser levada a efeito para compensar (indenizar) o ilícito que consiste na conduta contra a qual está sanção é dirigida como reação. (KELSEN, 2009, p. 122)

Portanto, o que depreende-se, respalda no fato de que a maneira como as normas se apresentam, para autorizar, obrigar, permitir ou proibir, se dão através do ato de coerção. Ou seja, ou indivíduo está obrigado a conduta estabelecida por uma ordem social. Nas palavras do autor “um indivíduo tem o dever de se conduzir de determinada maneira quando esta conduta é prescrita pela ordem social” (KELSEN, 2009, p. 128). A ordem jurídica como uma ordem social, dita, juridicamente, a forma como o indivíduo deve se portar perante outro indivíduo, seja de maneira mediata ou imediata.

Se o direito é concebido como ordem coercitiva, uma conduta apenas pode ser considerada como objetivamente prescrita pelo Direito, e, portanto, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção. (KELSEN, 2009, p. 129)

Logo, distingue-se a norma jurídica do dever jurídico, pois a norma jurídica determina o dever jurídico. Contudo, Kelsen destaca que a tentativa de determinar o dever jurídico somente quando há uma norma jurídica individual, induz ao erro. Pois o dever jurídico não trata-se de um impulso natural ou divino inato ao homem, em que a norma jurídica limita-se a garantir estabelecendo uma sanção. Mas refere-se a uma norma jurídica positiva que determina a conduta do indivíduo, pelo fato de caso assim não proceda, será imposta uma sanção sobre si. Tornando, assim, o indivíduo juridicamente obrigado a proceder de tal maneira como a norma o vincula, mesmo que a obrigação imposta não provoque-lhe nenhum tipo de impulso natural, somente pelo fato de que caso assim não comporte-se, uma sanção cairá sobre si (KELSEN, 2009, p. 129-130). Desta forma “o indivíduo que cumpre o dever que lhe é imposto por uma norma jurídica, observa a norma jurídica; o indivíduo que, em caso de violação do Direito, efetiva a sanção estatuída na norma jurídica, aplica a norma” (KELSEN, 2009, p. 130).

Como já mencionado, a teoria dinâmica ocupa-se de descrever a validade da norma, e de que forma verifica-se a validade quando ocorre as colisões normativas. Inicialmente, a teoria dinâmica aborda o que fundamenta a unidade de

uma pluralidade de normas entendida como sistema, e o que constitui o fundamento de validade de cada norma individualmente considerada. O autor destaca que uma norma só possui validade caso decorra de outra norma, cuja norma que representa o fundamento retrata, figurativamente, uma norma superior (KELSEN, 2009, p. 215). Ainda, vale-se do questionamento de que uma norma poderia ser considerada válida caso esta sucedesse de uma autoridade, contudo, essa tese logo não faz sentido, pois:

Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixada. (KELSEN, 2009, p. 216-217)

Portanto, o autor aduz que o fundamento de validade de uma norma, está no fato de que ela foi criada por uma outra norma, até que o teórico encontra-se num ponto limite, em que já não há uma norma superior, e portanto, Kelsen verifica que existe uma norma hipotética tida como norma fundamental, a qual confere a validade de todas as outras normas (KELSEN, 2009, p. 217). O fundamento de validade de uma norma não pode findar no interminável, e por esse motivo, precisa terminar em alguma norma que presume-se como a última mais elevada. “Como norma mais elevada, ela tem ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada” (KELSEN, 2009, p. 217). Posto isto, Diante do fundamento de validade de todas as normas de uma mesma ordem jurídica estarem respaldadas na norma fundamental, verifica-se que essa norma fundamental constitui a unidade na pluralidade das normas desse ordenamento. Portanto, não sendo possível que hajam normas jurídicas contraditórias dentro de uma mesma ordem jurídica (KELSEN, 2009, p. 217).

Estabelece o autor “não pode naturalmente negar-se a possibilidade de os órgãos jurídicos efetivamente estabelecerem normas que entrem em conflito umas com as outras” (KELSEN, 2009, p. 228). O referido conflito de normas deriva do fato de que uma determinada norma com determinado conteúdo estabeleça certa conduta ao indivíduo, e outra norma sobre o mesmo conteúdo determina conduta diversa daquela estabelecida, inconciliáveis entre si, dado exemplo do adultério, que uma norma estabelece que o adultério deve ser punido e outra norma estabelece que o adultério não deve ser punido (KELSEN, 2009, p. 228-229). Ressalta-se que uma norma apenas é tida como válida ou como não válida. Portanto, esse conflito

aparente entre as normas necessariamente é resolvido através da interpretação, que apresenta-se de forma distinta conforme as normas conflitantes sejam do mesmo escalão ou de um escalão superior e outra de um escalão inferior (KELSEN, 2009, p. 229-220).

Quando esse conflito refere-se às normas gerais determinadas por um e mesmo órgão em distintas ocasiões, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, a validade da norma estabelecida em último lugar permanece sobre a norma fixada em primeiro lugar (KELSEN, 2009, p. 220). Ainda existem aquelas normas que são conflitantes entre si, e colocadas em vigência ao mesmo tempo através de um só ato do mesmo órgão. Nestes casos, Kelsen apresenta duas possibilidades de resolução do conflito:

Ou se entendem as duas disposições no sentido de que é deixada ao órgão competente para a aplicação da lei, a um tribunal, por exemplo, a escolha entre as duas normas; ou quando - as duas normas só parcialmente se contradizem que uma norma limita a validade da outra (KELSEN, 2009, p. 230).

Há ainda, as normas que não são passíveis de interpretação, ou seja, aquelas que o legislador prescreveu algo sem sentido. Nesta ocasião, tem-se têm-se um ato legislativo sem sentido, “algo que não é sequer um ato cujo sentido subjetivo possa ser interpretado como seu sentido objetivo” (KELSEN, 2009, p. 231), portanto, não há nenhuma norma jurídica válida⁴. Quando órgãos diferentes proferem duas decisões judiciais, ou seja, ocorre um conflito entre normas individuais, existe a possibilidade de a lei atribuir competência a dois tribunais distintos para decidirem sobre um mesmo caso, podendo existir decisões soberanas, sem que anulem a decisão do outro (KELSEN, 2009, p. 231).

O conflito é resolvido pelo fato de o órgão executivo ter a faculdade de escolher entre observar uma ou outra das decisões; quer dizer: efetivar ou não efetivar a pena ou a execução civil, observar uma ou outra das normas individuais. Se é executado o ato coercivo que põe a primeira norma como devida, a outra norma permanece por muito tempo ineficaz e, assim, perde a sua validade; se o ato coercivo não é executado, observa-se a norma que absolve o demandado ou rejeita a pretensão, e a outra norma, que põe o ato coercivo como devido, permanece por longo tempo ineficaz e perde, assim, a sua validade (KELSEN, 2009, p. 231- 232).

⁴ “Isto, embora o ato tenha sido posto em harmonia com a norma fundamental. Com efeito, a norma fundamental não empresta a todo e qualquer ato o sentido objetivo de uma norma válida, mas apenas ao ato que tem um sentido, a saber, o sentido subjetivo de que os indivíduos se devem conduzir de determinada maneira. O ato tem de - neste sentido normativo - ser um ato com sentido”. (KELSEN, 2009, p. 231)

Infere-se, portanto, que as Teorias Estática e Dinâmica são campos da ciência jurídica capazes de compreenderem o sistema de normas jurídicas no seu puro momento normativo. A Teoria Estática compreendendo as normas reguladoras da conduta humana, portanto, possui o conteúdo e as formas pelas quais o Direito se apresenta normativamente. A Teoria Dinâmica, por sua vez, apresenta uma norma pressuposta, hipotética, a qual retrata o fundamento lógico da norma fundamental e não o conteúdo expresso por esta.

3.3. NORMA FUNDAMENTAL

Ora, sabe-se que a norma fundamental trata-se daquele fenômeno integrador que inaugura uma ordem normativa, um fenômeno hipotético, produzido através do costume ou da elaboração de um estatuto (KELSEN, 2009, p. 224). Portanto, a norma fundamental refere-se ao fundamento de validade de uma “Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais” (KELSEN, 2009, p. 224). A norma fundamental é a fonte integradora da validade de todas as normas de um mesmo ordenamento normativo, isto é, uma norma somente possui validade dentro de um determinado ordenamento pois possui como último fundamento de validade a norma fundamental desta ordem (KELSEN, 2009, p. 217). “É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa” (KELSEN, 2009, p. 217).

Diante do exposto acima, sabe-se que um sistema dinâmico caracteriza-se pelo fato de uma norma não ter conteúdo diverso da instituição de um fato gerador de normas, isto é, há uma regra que determina como as normas gerais e individuais devem ser criadas, ou seja, a partir de outras normas, e o único conteúdo ao qual a norma fundamental impõe, refere-se a postulação de validade de outra norma, portanto, uma norma pertencente a um ordenamento jurídico que apoia-se numa norma fundamental, possui dela o fundamento de validade, não importando o seu conteúdo (KELSEN, 2009, p. 226). Concluindo-se, assim, que a norma fundamental possui como fundamento lógico o princípio dinâmico.

O autor questiona-se no sentido de como tal interpretação de norma fundamental, respaldada na eficácia um costume ou de um estatuto elaborado, não

conduz os teóricos até as autoridades metajurídicas, ou seja, a Deus ou a natureza. Kelsen, através da Teoria Pura do Direito responde da seguinte maneira:

Devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz (KELSEN, 2009, p. 226).

Isto é, a norma fundamental possui como *pressuposto* as necessidades humanas, realizado através de um processo silogístico. Kelsen ressalta que no silogismo⁵ das necessidades/vontades humanas causadoras da fundamentação da norma positiva, a “premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (afirmação de uma tal norma)” (KELSEN, 2009, p. 226), a qual é o fundamento para que os indivíduos obedeçam aos comandos de uma autoridade, ou seja, visando o cumprimento das necessidades/vontades os indivíduos agirão de tal maneira que alcance a harmonia com o sentido subjetivo dos atos de comando; o autor expressa também o sentido da premissa menor: “é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nós devemos conduzir de determinada maneira” (KELSEN, 2009, p. 226), ou seja, diante de uma situação e do fundamento normatizado que impõe que os indivíduos devem agir de determinada maneira, então, sabendo que a autoridade ordenou que ajam de determinada maneira, desta forma irão agir; e ainda, a afirmação da validade da norma: que nós devemos conduzir de determinada maneira. Portanto, têm-se a imagem da premissa maior que refere-se a norma válida; a imagem da premissa menor: ato de vontade de quem cria a norma; e a afirmação da validade da norma, que é o próprio indivíduo reconhecendo que deve agir de determinada maneira (KELSEN, 2009, p. 226).

A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma norma fundamental se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão. Ela já não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. (...) É este o caso se a pessoa a cujas ordens devemos obedecer por força da norma agora em questão é considerada como autoridade mais alta, se esta pessoa é Deus. Se a validade de uma norma não pode ser fundamentada desta maneira, tem de ser posta como premissa maior no topo de um silogismo, sem que ela própria possa ser afirmada como conclusão de um

⁵ Exemplo de silogismo: “todos os homens são mortais; os gregos são homens; logo, os gregos são mortais”. Ou seja, o silogismo é o fundamento de validade para uma ideia, a qual utiliza uma premissa maior (todos os homens são mortais); uma menor (os gregos são homens); e uma conclusão (logo, todos os homens são mortais).

silogismo que fundamente a sua validade. Quer isto dizer é: é *pressuposta* como norma fundamental (KELSEN, 2009, p. 226).

Kelsen verifica que a validade dessa norma superior não pode ser derivada de outra norma mais elevada. É que não existem dúvidas quanto a sua validade, portanto, desempenhada como “norma fundamental” (*Grundnorm*). Desta forma, as normas que possuem sua validade direcionada a uma mesma norma fundamental configuram um sistema de normas, uma ordem normativa.

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN, 2009, p. 217)

Kelsen deixa explícito que “o sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico” (KELSEN, 2009, p. 221). Ou seja, a norma jurídica é válida porque é criada de determinada maneira mediante os pressupostos impostos pela lei fundamental, e não em consequência do conteúdo que apresenta. Levanta-se a questão “por que é uma norma jurídica válida, por que pertence a uma ordem jurídica válida, e, portanto, deve ser aplicada” (KELSEN, 2009, p. 223). O autor responde esses questionamentos através de um sistema de escalonamento capaz de ilustrar a norma fundamental, através de um exemplo de um crime de homicídio, e questiona-se o motivo do ato de coerção dá-se através de um aparato jurídico, e não através do homicídio daquele que causou o dano. Ora, como o ato praticado por aquele que cometeu o ilícito estava previamente vinculado a uma proibição, e o contrário, a uma sanção, portanto, verifica-se que o ato está estatuído por uma norma jurídica individual, que se apresenta na forma de uma sentença judicial, que é respaldada pela lei penal, tornando-se válida. A validade da lei penal está vinculada a norma geral, que foi ditada pela corporação legislativa que recebe uma norma da Constituição que lhe atribui o poder de fixar normas gerais. Quanto a validade da Constituição, onde todas as outras normas gerais e individuais atribuem sua validade, está respaldada, talvez em uma outra Constituição mais antiga:

Se a pergunta pelo fundamento da validade da Constituição estadual, na qual se funda a validade de todas as normas gerais e a validade das normas individuais produzidas com base nestas normas gerais, quer dizer, se a pergunta pelo fundamento de validade das normas que regulam a

criação das normas gerais enquanto determinam através de que órgãos e de que processos as normas gerais devem ser criadas, seremos talvez conduzidos a uma Constituição estadual mais antiga. Quer dizer: fundamentamos a validade da Constituição estadual existente no fato de ela ter surgido de conformidade com as determinações de uma Constituição estadual anterior pela via de uma alteração constitucional constitucionalmente operada, o que, por sua vez, significa: de acordo com uma norma positiva estabelecida por uma autoridade jurídica. Assim se chega finalmente a uma Constituição estadual que é historicamente a primeira, a qual já não surgiu por um processo idêntico e cuja validade, portanto, não pode ser reconduzida à de uma outra procedente de uma norma positiva fixada por uma autoridade jurídica, mas é uma Constituição estadual que surgiu revolucionariamente, quer dizer, rompendo com uma Constituição anteriormente existente, ou, então, veio a surgir com validade para um domínio que anteriormente não era abrangido pelo domínio da validade de uma Constituição estadual de uma ordem jurídica estadual sobre ela apoiada. (KELSEN, 2009, p. 223)

Verificando-se, portanto, que a Constituição estadual que já não possuía alguma outra norma que concedesse-lhe validade, refere-se a aceitação de que ela constituía uma norma vinculante, ou seja, *pressuposta*, e assim, capaz de interpretar os atos colocados em prática de acordo com ela “como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas, e os atos postos em aplicação destas normas jurídicas gerais como criação aplicação de normas jurídicas individuais válidas” (KELSEN, 2009, p. 224). Diante da necessidade de uma norma ser fundamentada em outra norma, compreende-se a necessidade de uma norma pressuposta capaz de englobar a interpretação do “sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo” (KELSEN, 2009, p. 224).

4 A SOBERANIA DO ESTADO COMO OBSTÁCULO PARA A PAZ INTERNACIONAL

Neste último capítulo, será examinada a possibilidade de assegurar a paz mundial, deslegitimando as guerras, através da Jurisdição Internacional. Dando continuidade ao estudo, será analisado o que significa o Estado como comunidade social para Hans Kelsen. De que forma o Estado se apresenta, e abordando cada um dos elementos essenciais: população, o território (espaço/tempo) e o poder. Após, avançaremos com o estudo verificando qual seria o meio mais eficaz de deslegitimar as guerras e assegurar a paz mundial, a criação de um Estado mundial, que esbarra no princípio da igualdade soberana, cujo autor ao final da obra a Paz Pelo Direito (2011), verifica que refere-se ao modo de defesa dos Estados contra mudanças rápidas e relativamente importantes. Por fim, diante da impossibilidade da

criação de um Estado mundial, Hans Kelsen apresenta outro método capaz de assegurar a paz mundial, compatível com o princípio da soberania dos Estados, qual seja: a criação de um tribunal internacional dotado de jurisdição compulsória, elaborado através de um tratado internacional assinado pelo maior número de Estados possível.

4.1. O SIGNIFICADO DE ESTADO PARA A TEORIA PURA DO DIREITO

Kelsen aborda no seu livro *Teoria Pura do Direito* as concepções de Estado, inicialmente distingue o Estado de Direito, situando que o Estado apenas é “um caso especial da forma do Direito” (KELSEN, 2009, p. 310). Diante da longa teorização dos institutos da Teoria do Estado e Teoria do Direito, neste tópico será abordado o Estado através da análise feita na obra do autor austríaco sob a égide do Estado como comunidade social, formado pela população, território, poder e tempo; bem como o Estado como ordem jurídica.

Nas palavras do autor, o Estado refere-se a “uma ordem de conduta humana” e, por vezes determinado como “organização política” (KELSEN, 2009, p. 316). Kelsen evidencia que o elemento da ordem “política” respalda na coação humana. Logo, a coação refere-se ao elemento da norma utilizado para regular a conduta humana, assim, o Estado é uma ordem jurídica. Ressalta-se que nem toda ordem jurídica é um Estado, pois para que uma ordem jurídica seja caracterizada como um Estado, esta precisa possuir o caráter de uma organização em sentido estrito, ou seja, “tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada” (KELSEN, 2009, p. 317). Portanto, o Estado refere-se a uma ordem jurídica relativamente centralizada pois possui um órgão legislativo central e tribunais competentes para aplicar as normas gerais aos casos concretos, ou seja, significa que o Estado possui órgãos centrais funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho como o governo, o órgão legislativo e os tribunais, cada um dos poderes independentes entre si, mas instituídos pela ordem jurídica estadual, configurando a centralização do Estado (KELSEN, 2009, p. 317).

O Estado concebido como comunidade social, foi instituído através de uma ordem normativa, cuja trata-se da ordem de coerção relativamente centralizada,

portanto, a ordem Estadual. A teoria tradicional do Estado postula que a caracterização de um Estado é composta por três elementos: a população o território e o poder. Kelsen enfatiza que além dos elementos evidenciados pela doutrina tradicional, há também a existência do elemento temporal, pois o Estado além de limitado no espaço, também é no tempo (KELSEN, 2009, p. 318).

Os elementos característicos de um Estado, ou seja, a população, o território (espaço/tempo) e o poder, são definidos unicamente pelo seu teor jurídico, ou seja, a fundição de todos os elementos caracterizam o domínio de vigência de uma ordem jurídica. Por sua vez, a população constitui-se de indivíduos pertencentes a um Estado. Kelsen assevera que o motivo de um indivíduo em conjunto com outros indivíduos pertencerem a um Estado, respalda no fato de que “ele está, conjuntamente com os outros, submetidos a uma determinada ordem coerciva relativamente centralizada” (KELSEN, 2009, p. 318). Pontua ainda, que qualquer outra tentativa para encontrar o vínculo de indivíduos de línguas, raças, religiões e concepções diferentes, dentre outras variantes, em uma unidade, falham necessariamente.

Não pode negar-se que não existe uma tal interação que ligue todos os indivíduos que pertencem a um determinado Estado e só esses. E também não pode ser negado, se se olha a uma interação real, que indivíduos pertencentes a Estados diferentes podem estar mais fortemente ligados entre si do que indivíduos pertencentes ao mesmo Estado. (KELSEN, 2009, p. 318)

Desta forma, a única ligação concreta que qualquer indivíduo possui com o Estado é de maneira jurídica. Pois mesmo que existam sujeitos, nas palavras de Kelsen, “espiritualmente” (KELSEN, 2009, p. 319) ligados com seu Estado, ou seja, que o amam e/ou estão prontos para sacrificar-se por ele, também há aqueles que o odeiam, ou que sejam indiferentes a ele. E, mesmo assim, todos os sujeitos estão sob o ordenamento jurídico do Estado, tanto os que o amam, tanto quanto os que o odeiam. Portanto, o que liga um indivíduo a ordem jurídica estadual é a sua natureza jurídica e não sua natureza psicológica. Pois a unicidade de sujeitos que caracterizam a população de um Estado está respaldada unicamente no fato de que a mesma ordem jurídica vigorará para todos os indivíduos ligados a determinado Estado, ou seja, que a conduta dos sujeitos é regulada pela norma jurídica vigente naquela ordem jurídica estadual. Portanto, “a população do Estado é o domínio pessoal de vigência da ordem jurídica estadual” (KELSEN, 2009, p. 319).

Quanto ao elemento território, há duas vertentes que serão expostas: a questão do espaço, estudada pela doutrina tradicional, e a questão do tempo, levantada pelo autor austríaco. O território de um Estado refere-se a um espaço cautelosamente demarcado, não restrito a determinada parte da superfície do globo, mas trata-se de um “espaço tridimensional ao qual pertencem o subsolo, por baixo, e o espaço aéreo por cima da região compreendida dentro das chamadas fronteiras do Estado” (KELSEN, 2009, p. 319). Desta forma, o autor ressalta que é evidente que a unidade deste espaço tridimensionalmente demarcado não trata-se de uma unidade natural, definida geograficamente, e por esse motivo, apenas um conhecimento jurídico pode responder de que forma se determinam os limites ou fronteiras do espaço estadual e o que constitui a sua unidade. Assim, o território do Estado, define-se, unicamente, como domínio espacial de validade de uma ordem jurídica estadual (KELSEN, 2009, p 319-320). Acerca do domínio temporal, Kelsen aborda que o Estado não possui apenas uma existência espacial, mas também uma temporal, pois se o espaço é tido como elemento do Estado, da mesma forma o tempo deve ser. Uma vez que como o Estado é limitado no espaço, também é no tempo:

Os Estados podem surgir e desaparecer. E, assim como a existência do Estado no espaço é o domínio espacial de vigência da ordem jurídica estadual, assim a existência temporal do Estado é o domínio temporal de vigência da mesma ordem jurídica. E, tal como a questão dos limites espaciais do Estado, também a questão dos seus limites temporais, isto é, a questão de saber quando um Estado começa e quando cessa de existir, é um questão jurídica e não uma questão a quem um conhecimento versando sobre a realidade natural possa dar resposta. (KELSEN, 2009, p. 320)

O último elemento passível de caracterizar um Estado, segundo Hans Kelsen e a teoria tradicional do Estado, respalda-se no poder. O autor enfatiza que o poder do Estado, não é um simples poder que um indivíduo qualquer exerce sobre outro indivíduo. O poder de um Estado é exercido sobre uma população que habita dentro do território do Estado, mas ressalta-se que “não é simplesmente qualquer poder que qualquer indivíduo efetivamente tem sobre outro indivíduo e que consiste em o primeiro ser capaz de conduzir o segundo a observar a conduta por aquele desejada” (KELSEN, 2009, p. 320). Pelo contrário, o que determina a relação de poder de um Estado para com um indivíduo, respalda no fato de esse poder ser juridicamente regulado, portanto, os indivíduos que exercem o poder recebem competência de uma determinada ordem jurídica, para executarem o poder através

da criação e aplicação de normas jurídicas. Logo, “o poder do Estado tem caráter normativo” (KELSEN, 2009, p. 320), assimilando-se, portanto, que o poder estadual é a validade de uma ordem jurídica estadual efetiva. Quanto a figura da independência do poder do Estado, exercido por um governo estadual, esta apoia-se no fato de que o Estado não pode ser juridicamente vinculado a nenhuma outra ordem jurídica estadual, e deste modo, a ordem jurídica estadual responde unicamente, se é que responde, à ordem jurídica internacional (KELSEN, 2009, p. 320-321).

O poder do Estado exercido através de uma manifestação de força, costumam manifestar-se através de formas específicas: “nas fortalezas, e nas prisões, nos canhões e nas forças, nos indivíduos uniformizados como polícias e soldados” (KELSEN, 2009, p. 321). Essas formas específicas da manifestação de força são instrumentos do poder estadual exercidos pelos indivíduos submetidos às ordens governamentais, que por sua vez, são reguladas pelas normas. Portanto, o poder do Estado possui como fundamento a eficácia da ordem jurídica. Por fim, como perfeitamente exposto pelo autor Hans Kelsen em sua obra:

(...) o Estado, cujos elementos essenciais são a população, o território e o poder, define-se como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao Direito internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz. (KELSEN, 2009, p. 321)

4.2 O PROBLEMA DA SOBERANIA

“O Direito Internacional é - de acordo com a habitual determinação do seu conceito - um complexo de normas que regulam a conduta recíproca dos Estados - que são os sujeitos do Direito Internacional” (KELSEN, 2009, p. 356). Logo, os Estados enquanto sujeitos do Direito Internacional possuem como características preponderantes a soberania e igualdade. “Falar de igualdade soberana se justifica na medida em que ambos os atributos são normalmente concebidos como associados um ao outro” (KELSEN, 2011, p. 32). Ou seja, a igualdade dos Estados costuma ser explicada como fruto de sua soberania ou como se esta acarretasse naquela. Kelsen explana que a Soberania dos Estados configura como a autoridade jurídica dos Estados abaixo do Direito Internacional. Desta forma, a soberania de um Estado como sujeito do Direito Internacional não possui a característica de “absoluta” que a palavra trás, contudo, a característica permanece face à outros

Estados, pois a característica de soberania suprema está imposta no fato de que um Estado Soberano não está sujeito à autoridade jurídica de nenhum outro Estado (KELSEN, 2011, 32-33). “O Estado é “soberano” porque está sujeito apenas ao direito internacional, não ao direito interno de Estado nenhum. A soberania do Estado segundo o direito internacional é a independência jurídica do Estado em relação aos outros Estados” (KELSEN, 2011, p. 33).

A soberania às vezes é definida como um “poder” supremo. Neste contexto, poder significa o mesmo que autoridade, a saber, poder jurídico, a competência de impor deveres e conferir direito. Se “poder” não tiver significado referente à esfera das normas e valores, mas, sim, o sentido de “capacidade de produzir efeitos” um sentido referente ao âmbito da realidade determinada pelas leis de causalidade, será fácil demonstrar que a soberania como poder supremo neste último sentido não pode ser característica dos Estados como entidades jurídicas. (KELSEN, 2011, p. 33)

Neste contexto, há uma analogia entre o poder real - capacidade de produzir efeitos, e “o poder supremo”, que seria a causa daquele. Kelsen explana que esse conceito de soberania é metafísico, pois somente Deus é soberano, e a palavra poder supremo, quanto a um Estado soberano, possui essa concepção, pois na “teologia política”, a soberania possui a importância metafísica (KELSEN, 2011, p. 33-34). Logo, “soberania no sentido do direito internacional significa a autoridade ou competência jurídica de um Estado, limitada e limitável apenas pelo direito internacional e não pelo direito interno de outro Estado” (KELSEN, 2011, p. 34). Ou seja, como o autor deixou evidente no trecho acima citado, um Estado como entidade jurídica possui autoridade e competência jurídica (poder real) para impor deveres e conferir direitos, contudo, está limitado pelo Direito Internacional (poder supremo). Como já exposto acima, a soberania de um Estado é “suprema” perante outros Estados, tomando a forma metafísica. E, perante o Direito Internacional um Estado possui autoridade suprema relativa:

A soberania dos Estados, como sujeitos de direito internacional, é a autoridade jurídica dos Estados sob a autoridade do direito internacional. Se soberania significa autoridade “suprema” a soberania dos Estados como sujeitos de direito internacional não pode significar autoridade suprema absoluta, mas tão somente autoridade suprema relativa; e a autoridade jurídica do Estado é “suprema” na medida em que ele não está sujeito à autoridade jurídica de nenhum outro Estado. (KELSEN, 2011, p. 33)

Quanto ao que foi exposto, que perante o direito internacional os Estados são iguais e soberanos, a igualdade entre os Estados significa que os Estados não são juridicamente obrigados a um ato contra a sua vontade, ou mesmo sem que ela

exista, e por consequência, os Estados só serão vinculados a um tratado, caso sejam signatários:

A decisão de uma agência internacional não vincula um Estado não representado na agência ou cujo representante tenha votado contra a decisão; que o princípio do voto da maioria está excluído do domínio do direito internacional. Outras aplicações desse princípio de igualdade são as regras de que nenhum Estado tem jurisdição sobre outro Estado (e isso significa sobre os atos de outro Estado) sem o consentimento deste - *par in parem non habet imperium* e que os tribunais de um Estado não são competentes para questionar a validade dos atos de outro Estado na medida em que esses atos pretendam ter efeito na esfera de validade da ordem jurídica interna desse outro Estado. (KELSEN, 2011, p. 35)

Portanto, para Kelsen, o princípio de igualdade nas formas acima descritas, as quais atribuem independência a um Estado perante outro Estado, refere-se ao princípio da autonomia dos Estados como sujeitos do direito internacional. Nesse contexto, a igualdade dos Estados sob a perspectiva da autonomia, deriva da soberania do Estado, “isto é, do princípio de que um Estado é sujeito apenas ao direito internacional, não ao direito interno de outro Estado” (KELSEN, 2011, p. 35), e diante da análise dessa perspectiva verifica-se que o que impõe o princípio da autonomia, a qual deriva da soberania, e, ainda, vislumbra-se com o fato de que, para o autor, é muito mais provável que a soberania dos Estados seja fruto das normas de direito positivo internacional, do que o contrário:

É ilusão crer que se possam derivar normas jurídicas de um conceito como o de soberania ou de qualquer outro conceito jurídico. As normas jurídicas são válidas apenas quanto criadas por leis, pelo costume ou por um tratado; e as regras jurídicas que constituem a chamada igualdade dos Estados são válidas não porque os Estados são soberanos, mas sim, porque essas regras são normas de direito positivo internacional. (KELSEN, 2011, p. 36)⁶

Neste cenário de Direito Internacional, em que a Soberania dos Estados é um fruto das normas do Direito Positivo Internacional, Kelsen, vivente durante as Guerras Mundiais, deparado com o mundo em ruínas no cenário pós guerra, apresenta em sua obra *a Paz Pelo Direito* (2011), dois métodos de garantir a paz

⁶ “mas têm, de acordo com o mesmo direito internacional, exceções importantes. Há tratados internacionais que, de acordo com o direito internacional geral, impõe deveres sobre Estados terceiros, como os tratados que criam as chamadas servidões internacionais, ou tratados que criam um novo Estado e ao mesmo tempo impõem obrigações sobre esse Estado (Dantzig, o Estado do Vaticano). Há casos em que um Estado tem jurisdição sobre os atos de outro Estado sem o consentimento deste. Por meio de um tratado, pode-se criar uma agência internacional em que apenas uma parte dos Estados signatários seja representada, e essa agência pode ser autorizada pelo tratado a adotar por maioria de votos normas que vinculem todos os Estados signatários. Um tratado assim não é incompatível com a ideia de direito internacional nem com a ideia do Estado como sujeito de direito internacional; e é uma verdadeira exceção à norma e que nenhum Estado pode ser juridicamente obrigado sem sua vontade própria nem contra ela”. (KELSEN, 2011, p. 36-37)

mundial: a criação de um Estado Federal Mundial ou através de um Tribunal Internacional dotado de Jurisdição Internacional. Inicialmente, a hipótese mais evidente de garantir a paz entre os Estados constitui-se na união do máximo possível dos Estados individuais, em um Estado mundial, concentrando e colocando a disposição desse novo Estado, todos os meios de poder, as forças armadas, com leis criadas por um parlamento mundial (KELSEN, 2011, p. 4). “Se os Estados só puderem continuar existindo como membros de uma federação mundial poderosa, a paz entre eles será garantida de maneira tão eficiente como entre os componentes dos Estados Unidos da América”. (KELSEN, 2011, p. 5). Esse Estado mundial seria criado através de um tratado internacional, cujo centro do contrato roga pela criação de uma organização internacional para a manutenção da paz, a qual firmar-se-ia sobre a base de uma ordem jurídica existente há séculos, através de um contrato social, dotado de partes com poder para impor a ordem constituinte da sociedade, em que as partes contratantes são Estados, que não mudariam a cada nova geração (KELSEN, 2011, p. 7). Contudo, existem correntes que alegam que o Estado surgiu da existência de conflitos entre grupos sociais com economias diferentes, em que o grupo mais agressivo com potencializado poder bélico, domina o outro, lhes impondo uma ordem de paz. Mas, para Kelsen, dificilmente um grupo que exerce um domínio forçado sobre seres humanos produzirá um estado de paz duradouro, sem o consentimentos destes (KELSEN, 2011, p. 6-7).

O fato de que o Estado não se originou de um contrato social não é argumento contrário a possibilidade de criar uma ordem garantidora da paz por meio de um tratado internacional. Ainda que a paz nacional garantida pelo Estado nacional sempre e em toda parte tenha sido consequência de um domínio forçado, não há necessidade de acreditar que essa é a única forma de instaurar a paz internacional e que nossa esperança de um mundo melhor tenha de aguardar até que um Leviatã tenha engolido todos os outros. (KELSEN, 2011, p. 8)

Ocorre que, mesmo diante da certeza de que a solução do conflito ideal seria a criação de um Estado Federal Mundial, composto do máximo de nações possíveis, a concretização dessa ideia ainda está longe de acontecer, diante das intransponíveis dificuldades (KELSEN, 2011, p. 5). O maior dos problemas, respalda na figura da soberania. Aqueles que propõe a ideia da criação de um Estado Mundial, como principal alternativa, acreditam na criação de um tratado internacional, em que os Estados, sujeitos soberanos de direito internacional, abrem mão de sua soberania, e submetem-se a uma nova constituição federal, em que as cláusulas seriam o conteúdo do tratado. Kelsen corrobora com essa hipótese, bem

como acredita ser o único meio democrático de criar o Estado Mundial (KELSEN, 2011, p. 5). Contudo, um dos pilares do governo soberano, é a resistência quando houver alguma situação que restrinja a sua independência:

O governo de um Estado soberano é pela própria natureza inclinado a resistir a qualquer restrição a sua independência, e ser membro de um Estado federativo significa abrir mão completamente da independência própria. A resistência contra esse suicídio dos Estados, deve, claro, alcançar o grau mais alto imediatamente depois de uma guerra vitoriosa, que aumenta inevitavelmente os sentimentos nacionalistas no povo. (KELSEN, 2011, p. 9-10)

Ressalta-se que para Kelsen a Soberania dos Estados não prosperará por toda a eternidade, visto que o autor acredita que durante toda a sua análise da evolução técnico-jurídica, tem, como predisposição, “a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito Internacional e ordem jurídica do Estado singular” (KELSEN, 2009, p. 364), pois há o entendimento de que a conclusão da evolução jurídica acarretará em um Estado Mundial. Para o autor, a unidade entre Direito Internacional e Direito Estadual pode ser produzida de dois modos distintos, com o fundamento de que ambos os ordenamentos possuem normas vinculantes simultaneamente válidas, portanto, ambos os ordenamentos de normas vinculantes precisam ser abrangidos “em *um* sistema descritível em proposições jurídica não contraditórias” (KELSEN, 2009, p. 368). O primeiro modo possível ocorre na forma de que dois sistemas complexos de normas do tipo dinâmico possam formar um sistema unitário, sendo que, um dos dois ordenamentos aceite apresentar-se como subordinado ao outro, “porque um contém uma norma que determina a produção das normas do outro e, por conseguinte, este encontra naquele o seu fundamento de validade” (KELSEN, 2009, p. 369), vislumbrando-se, assim, que ambos os ordenamentos, tanto o superior quanto o inferior, possuem como fundamento de validade a mesma norma fundamental. A outra forma de as esferas de Direito Internacional e Estadual instituir um sistema unitário, ocorre de modo que ambos os “ordenamentos surjam como situados ao mesmo nível, quer dizer, delimitados, nos respectivos domínios de validade, um face do outro” (KELSEN, 2009, p. 369).

Contudo, mesmo acreditando que a Soberania dos Estados não perdurará para sempre, diante da tendência globalista de as linhas tridimensionais entre os Estados desaparecerem, e na fundição dos Estados com o Direito Internacional, compreende que no presente essa tarefa permanece distante, pois a realidade política dos tempos atuais, não corrobora com a ideia de um Estado

Mundial, diante da incompatibilidade com o princípio da igualdade soberana (KELSEN, 2011, p. 11).

4.3 A GUERRA COMO PROBLEMA E A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL COMO SOLUÇÃO

A primeira impressão conclusiva a que se chega acerca do pensamento de Hans Kelsen, no tocante a guerra, apresenta-se já no prefácio do livro “A paz pelo direito” (2011), em que o autor expressa que a preocupação da humanidade deveria voltar-se, a todo o tempo, a incessante busca de mecanismos para garantir a paz, pois mais importante que questões ideológicas, é o reinado de paz na humanidade, e esse progresso social, alcança-se através da criação de uma organização internacional dotada de eficiência perante o cenário internacional.

A guerra é assassinato em massa, a maior desgraça da nossa cultura, e nossa principal tarefa política é garantir a paz mundial, (...), pois não há possibilidade de progresso social enquanto não se criar uma organização internacional que impeça com eficiência a guerra entre as nações do mundo. (KELSEN, 2011, XII)

Como abordado acima, a criação de um Estado mundial, embora pareça o mecanismo mais eficaz na garantia da paz mundial, não refere-se a realidade do Direito Internacional atual, em consequência da soberania dos Estados. Contudo, há a possibilidade de alcance da paz mundial sem a criação de um Estado mundial. Pois aquilo que é essencial em uma comunidade jurídica, capaz de assegurar a paz entre seus membros, ou seja, o monopólio da força, é possível em uma comunidade centralizada, ainda que não seja um Estado (KELSEN, 2011, p. 9). O meio de assegurar a paz, em uma comunidade centralizada, que não seja um Estado, está atribuída a um tribunal internacional dotado de jurisdição compulsória:

Nosso empenho deve concentrar-se em produzir um tratado internacional firmado pelo maior número de Estados possível, tanto os vitoriosos quanto os vencidos, que crie um Tribunal Internacional dotado de Jurisdição Compulsória⁷. Isso significa que todos os Estados da liga constituída por esse tratado são obrigados a renunciar à guerra e às retaliações como meio de resolução de conflitos, a submeter todas as suas disputas, sem exceção, à decisão do tribunal e a pôr em prática suas decisões de boa-fé (KELSEN, 2011, p. 15).

⁷ Jurisdição Compulsória, no caso da Corte Internacional de Justiça, significa que os Estados, através de um tratado, aceitaram a jurisdição da Corte como obrigatória perante outros Estados que também assinaram o tratado reconhecendo a obrigatoriedade de jurisdição.

Ou seja, a criação de uma jurisdição internacional compulsória, em que os Estados submetem todas as suas disputas, segundo a visão do autor, precede a importância de qualquer tentativa de reforma internacional. Pois muito embora a questão econômica seja um grande problema no cenário pós guerra, a resolução dos conflitos através do meio jurídico possui prioridade. “A situação insatisfatória da economia mundial é consequência da guerra” (KELSEN, 2011, p. 15). Assim, teoricamente, vislumbra-se com um cenário em que a guerra é abolida através da jurisdição internacional compulsória, e, diante de um cenário das relações internacionais sem guerras, não há governo que precise temer desvantagem perante outro governo, bem como não há governo que possa esperar alguma vantagem declarando guerra. Portanto, não haverá obstáculos no equilíbrio da situação econômica dos Estados perante o Direito Internacional, ao qual possuirá um órgão regulador imparcial com jurisdição compulsória obrigatória, capaz de solucionar conflitos (KELSEN, 2011, p. 15).

O autor antecede-se aos possíveis problemas decorrentes de um tribunal internacional, explanando a possibilidade de um Estado não cumprir a obrigação de obedecer às ordens vinculantes do tribunal, ou recorrer à guerra ou represálias, indo contra os tratados firmados. Caso algum Estado proceda dessa maneira, as decisões do tribunal internacional serão executadas pelos Estados membros da comunidade internacional, caso necessário, através do uso das forças armadas sob a orientação de uma agência administrativa central cuja função respalda na execução das decisões do tribunal (KELSEN, 2011, P. 17). A respeito da agência administrativa, esta seria a responsável, caso os Estados assim concordassem através de um tratado, para indicar um agente capaz de controlar as obrigações militares dos Estados membros, e, caso o tribunal impusesse uma sanção militar, a agência administrativa nomearia um comandante chefe para o núcleo. Por fim, a formação desse núcleo da agência, resumir-se-ia na execução das decisões do tribunal, em que seria composto por um conselho, o qual decide através da maioria, de que forma executaria as resoluções estipuladas pela decisão do tribunal (KELSEN, 2011, p. 19).

Os únicos órgãos internacionais cujo procedimento não é na prática sujeito à regra de que nenhum Estado pode ser juridicamente obrigado a nada sem sua vontade nem contra ela, são os tribunais internacionais. Essas agências são competentes para tomar decisões por voto da maioria, e suas decisões são vinculadas para os Estados que criaram o tribunal por meio de um tratado internacional. (KELSEN, 2011, p. 40)

O magistrado competente na esfera do Direito Internacional, é independente do Estado que o indicou, ou seja, não está juridicamente vinculado pelas decisões do governo que o indicou. Portanto, há a possibilidade de juízes internacionais serem indicados não por Estados, mas por órgãos específicos, como exemplo o autor refere-se a Corte Permanente de Justiça Internacional⁸, cujos membros eram eleitos pelo Conselho e pela Assembleia da Liga das Nações, e não pelos Estados membros. Portanto, um tribunal internacional composto de juízes que não possuem vínculo com os Estados aos quais os indicaram, e que opera conforme a decisão da maioria, considera-se compatível com a soberania e igualdade dos Estados (KELSEN, 2011, p. 40-41).

Isso se deve à ideia de que os tribunais internacionais são competentes apenas para aplicar o direito positivo internacional às disputas que eles têm de resolver; de que eles não podem impor por suas decisões novos deveres nem atribuir novos direitos aos Estados conflitantes. Ao que parece, o princípio da igualdade soberana é proclamado, em primeiro lugar, para prevenir a possibilidade da imposição de novas obrigações sobre um Estado que não as deseje. (KELSEN, 2011, p. 41)

Logo, a criação de um tribunal com jurisdição compulsória, significa que um órgão competente aplicará o direito internacional positivo às disputas sujeitas à sua apreciação. Portanto, um Estado signatário recorre ao tribunal, para que este solucione o conflito, pois diante da assinatura de um tratado, este Estado está abrindo mão da forma de solucionar disputas através do emprego da força, visando assegurar a paz, recorrendo a um tribunal internacional, ou seja, a solução dos conflitos será tão somente através das disputas jurídicas (KELSEN, 2011, p. 42). Nesta senda, o autor através da doutrina tradicional, aponta que o direito a ser aplicado pela decisão judicial, precede a decisão. Ou seja, a disputa entre as partes no conflito, consiste na existência de uma norma geral do direito ou na interpretação desta. Portanto: “uma decisão judicial que aplica o direito positivo não cria direito; ela apenas encerra a disputa estabelecendo, como autoridade, o direito válido para o caso em mãos” (KELSEN, 2011, p. 43).

Chega-se, então, ao cerne da compreensão do motivo de os tribunais internacionais serem compatíveis com o princípio da igualdade soberana dos Estados, ao contrário de um órgão legislativo. Ocorre que o princípio da igualdade soberana dos Estados visa proteger o cenário de mudanças rápidas e importantes

⁸ Corte Permanente de Justiça Internacional foi o órgão responsável por emitir pareceres e conselhos durante a Liga das Nações, o qual foi destituído com o final da Liga.

do direito, contudo, as mudanças continuam acontecendo, mesmo que de maneira lenta e quase imperceptível através das decisões judiciais, pois o direito, por natureza, trata-se de um sistema dinâmico (KELSEN, 2011, p. 44 e 45). Logo, se o direito como um sistema dinâmico, sempre em movimento, depreende-se que por algumas vezes, a decisão de um tribunal internacional não decidirá pela aplicação estrita de uma norma jurídica preexistente, mas, sabe-se que esta decisão será fundamentada na ideia do direito, “em uma norma que, embora ainda não positivada no direito, deve, de acordo com a convicção dos juízes independentes, transformar-se em direito e se tornar direito positivo” (KELSEN, 2011, p. 45). Assim, o direito refere-se a uma estrutura de normas em constante mudança, de forma lenta e constante, compatível com o princípio da igualdade soberana, pois, tão somente o direito garante a mútua existência dos Estados como conhecidos hoje, iguais e soberanos (KELSEN, 2011, p. 46).

5 CONCLUSÃO

Após uma efêmera, mas profunda, jornada de conhecimento, há alguns elementos importantes a se destacar. O primeiro deles, citado anteriormente nesta monografia, inicialmente nos agradecimentos, e posteriormente no corpo do texto, mas que possui um significado tão profundo, que não poderia deixar de abordá-lo em minha conclusão. Assim como Kelsen cita em seu livro, antes de mais nada, a principal tarefa dos seres humanos deve ser a de buscar a paz mundial, antes mesmo de buscar uma ideologia pela qual seguir. Pois ainda neste século, há aqueles que vivenciaram um genocídio tão alarmante, que não pensaram em qualquer tipo de ideologia para assegurar a paz entre os povos. Nações de caráter antagônico, como Rússia, antiga União Soviética, ou China e Estados Unidos, uniram-se com um único propósito de garantir a dignidade humana.

Com o objetivo de garantir a dignidade humana, criaram a Organização das Nações Unidas, e como pode-se observar, a priori, constitui os parâmetros necessários a manutenção da paz mundial, levantados pelo autor Hans Kelsen. Ao contrário do que é observado, também na obra “a paz pelo direito”, em que o autor aponta a hipótese da criação de uma Federação Mundial, onde os Estados abrem mão de sua soberania, e passam a fazer parte do corpo mundial. Uma hipótese bastante perspicaz. Pois, conforme verificamos, explica-se a igualdade dos Estados em consequência da soberania, ou seja, os Estados são iguais porque são soberanos. Mas a partir do momento em que um Estado deixa de ser soberano, ele não passa a ser igual a todos os outros na medida em que tornam-se parte de um corpo federal? Ao passo em que todos deixam de ser soberanos, será que não estamos diante da igualdade entre entes regulamentados por uma única norma que estaria validada na norma fundamental? Ora, isso porque a norma fundamental possui o pressuposto de validade de todas as outras normas, e como observado acima, uma Constituição, quando não chega-se a nenhuma outra, possui seu fundamento de validade tão somente na norma fundamental. Ocorre que para existir essa possibilidade, o primeiro passo a ser tomado, deriva da vontade dos Estados em abrirem mão de sua total independência.

Contudo, estamos diante de um mundo novamente instável, cujas grandes potências buscam afirmar-se perante os outros sujeitos do Direito

Internacional, tornando, assim, cada vez mais inviável a proposta de uma Federação Mundial.

Ainda quanto a figura do Estado, verificou-se que este trata-se unicamente de “um caso especial da forma do Direito” (KELSEN, 2009, p. 310), logo, não há fundamento na hipótese de que o Estado atua como centro do positivismo jurídico na obra Teoria Pura do Direito. Para Kelsen, o Estado caracteriza-se como uma ordem política. Ao contrário daquilo, o Estado fora concebido como comunidade social, ou seja, já havia uma ordem normativa ao tempo em que a sociedade organizou-se como comunidade.

Por conseguinte, quanto a figura da Organização das Nações Unidas, como acima exposto, esta possui a capacidade, ainda que seja uma organização, de exercer o monopólio da força, através da Corte Internacional de Justiça. Ressalta-se que para o autor, o tribunal internacional capaz de solucionar conflitos e garantir a manutenção da paz mundial deverá ser dotado de jurisdição compulsória. Contudo, sendo a jurisdição compulsória um caso de tornar a jurisdição da Corte como obrigatória perante os Estados signatários de um tratado, será que a atual Corte Internacional de Justiça, de fato, possui jurisdição compulsória? Verificou-se acima, que a atuação da CIJ consiste em impedir conflitos, possuindo prerrogativa para discorrer sobre qualquer matéria dentro dos tratados internacionais, e ainda qualquer um dos Estados signatários pode declarar a CIJ como competente para interpretar um tratado. Contudo, a CIJ somente poderá decidir sobre qualquer matéria ligada a um tratado, quando todos os Estados litigantes concordarem a submeter-se à sua apreciação. Portanto, novamente esbarra-se na figura de uma Corte Internacional meramente figurativa, em que os Estados buscando seus maiores interesses, dificilmente subordinam-se a uma jurisdição internacional.

Por fim, conclui-se que há grande possibilidade de uma Corte Internacional de Justiça de caráter compulsório ser eficaz na manutenção da paz mundial, e que a Organização das Nações Unidas possui a capacidade de exercer o monopólio da força. Contudo, para que isso ocorra, a jurisdição compulsória deverá ser o objeto principal de um tratado firmado entre todos os países signatários da Carta. Logo, ao passo em que a CIJ passa a ter força vinculante entre os países signatários, e quando um sujeito internacional deixa de cumprir a obrigação estipulada pela sentença da Corte, esta poderá executar suas decisões através do uso das forças armadas ligada a uma agência administrativa central. Portanto, diante

do cenário atual da Organização das Nações Unidas, em que existe toda a estrutura com os 6 (seis) principais órgãos reguladores da Organização, a medida ausente, refere-se à um tratado que transfere o poder da CIJ em obrigatoriamente compulsório.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. Do Nascimento e. **MANUAL DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 15 de out. 2018.

CASELLA, Paulo Borba; MULLER, Leonardo; Direito Internacional, Seus Tribunais e Meios de Solução e Conflitos. In: **Corte Internacional de Justiça**. Curitiba: Juruá Editora, v. 1, p. 279-325, 2007.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Site mantido pelo Cartório da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <www.icj.org/>. Acesso em: 01/fev a 17/abr/2019.

EL ERIAN, Abdullah. et al. **Manual de derecho internacional público**. México: Fondo de Cultura Económica (México), 1994.

GARCIA, Eugênio Vargas. **O Brasil e a Liga das Nações: Vencer ou Não Perder**. Porto Alegre, Brasília: Editora da Universidade (UFRGS), Fundação Alexandre de Gusmão, 2000.

KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. Tradução de Lenita Ananias do Nascimento. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes; 2009.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. **Direito Internacional e Estado Soberano**. Tradução de: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MACIEL, Tadeu Morato. **As teorias das relações internacionais pensando a cooperação**. Ponto e Vírgula, São Paulo, v. 23, 1º, 215-229, setembro de 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque, **Curso de Direito Internacional Público**. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. I.

MOSCOW CONFERENCE OF FOREIGN SECRETARIES, 1943. Disponível em: <<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000003-0816.pdf>>. Acesso em: 23 de nov. 2018.

SAMPAIO, Ana Letícia; RUSSO, Gabriela - *A LIGA DAS NAÇÕES: Uma Perspectiva Europeia* – 2011 – acesso em: 15/04/2019 < <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17772/17772.PDF>>

SILVA, Luiz Roberto. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VISSCHER, Charles de. *Theory and Reality in Public International Law*, Princeton: Princeton Legacy Library; 1957.

XAVIER, Ana Isabel. et al. **A Organização das Nações Unidas**. Coimbra: Humana Global, 2007.