

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO INTERNACIONAL

FABRICIO BERTINI PASQUOT POLIDO

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

NADIA DE ARAUJO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fabricio Bertini Pasquot Polido, Florisbal de Souza Del Olmo, Nadia de Araujo – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-099-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional .
I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :
Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
DIREITO INTERNACIONAL**

Apresentação

A presente obra digital oferece à comunidade brasileira os estudos coligidos e apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Internacional do XXIV Congresso do CONPEDI: Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade, realizado entre os dias 11 e 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais.

Em princípio, em mais essa importante edição do evento, chegamos ao consenso sobre a tarefa de adequadamente sistematizar as áreas e especialidades do Direito Internacional, segundo os perfis dos trabalhos submetidos. A ideia da Coordenação foi especificamente a de buscar maior coesão e espaço para discussão, entre todos participantes, das questões emergentes e controvertidas da agenda de pesquisa do Direito Internacional. Seguindo essa lógica, também logramos alcançar uma organização equitativa do tempo de apresentação dos artigos pelos autores, de modo a contemplar comentários de todos os presentes.

Com esse espírito em mente, durante o ensolarado dia de 12 de novembro de 2015, e acolhidos pela tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a "Casa de Afonso Pena", e Escola de renomados internacionalistas brasileiros, como Gerson de Mello Brito Boson, Amílcar de Castro, José Sette Câmara Filho, Arthur Diniz, Francisco Rezek, Antônio Augusto Cançado Trindade - acadêmicos e pesquisadores ofereceram suas impressões sobre os temas desenvolvidos, seguindo uma dinâmica de agrupamento em torno de grandes áreas do Direito Internacional. Essa metodologia de organização dos trabalhos permitiu agregar maior valor intelectual ao para a mesa de debates, com o que a Coordenação se permitiu exercer um papel de moderação crítica e responsiva às impressões compartilhadas pelos autores. A principal vantagem nesse modelo, a nosso ver, é a de primar para que todos tenham a oportunidade de serem ouvidos, mesmo com o exíguo tempo para as apresentações.

A primeira parte concentrou-se em temas de confluência entre Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direito Internacional Econômico, considerada a necessidade, cada vez maior, de uma abordagem integrada entre as especialidades, sobretudo pelas incontestáveis interações entre elas existentes. Em tempos de revisão de marcos teóricos e de metodologias na rica agenda de pesquisa jusinternacionalista, não faz sentido insistirmos em análises estanques e desconectadas da realidade, dentro de uma perspectiva ainda fundada em

reflexões dogmático-formalistas. Na sequência, foram discutidos os trabalhos apresentados com temáticas afins ao Direito da Integração, Direito Internacional do Meio Ambiente e Direito Internacional Penal.

Inicialmente, os trabalhos de Direito Internacional Privado foram divididos em três blocos: os relativos à nacionalidade, à situação dos estrangeiros e contextos migratórios, e aos contratos internacionais. No trabalho *A Construção da Soberania Estatal e o Reconhecimento da Nacionalidade: Uma Análise sobre a Problemática da Extradicação*, Newton de Menezes Albuquerque e Adriana Rossas Bertolini analisam as bases do conceito de soberania e suas transformações como contraponto para questões controversas envolvendo extradicação, tendo como estudo de caso a dupla nacionalidade na ordem internacional. Os casos Salvatore Cacciola e Henrique Pizzolato, são tomados como exemplo para ilustrar problemas envolvendo o conflito entre soberanias estatais, proteção de direitos fundamentais de nacionalidade e da obrigação de cooperação judicial internacional. Alexandre Ferreira Alves e Raphael Fonseca Rocha oferecem interessantes aportes sobre as relações entre Direito Internacional Privado e Direito Internacional Econômico, em seu artigo *Nacionalidade da Sociedade e Lei Aplicável*. Os autores propõem uma revisão dos principais aspectos do conceito de nacionalidade para pessoa jurídica, além dos critérios adotados pelos Estados para atribuição de nacionalidade a determinada sociedade empresária e problemas de escolha de lei aplicável às relações jurídicas envolvendo sociedades no caso Brasileiro. Florisbal de Souza Del Olmo, em seu artigo *A Imigração como Meio de Atração de Investimentos Diretos por Pessoa Física: Análise Comparada entre as Políticas Brasileira, Norte-Americana e Portuguesa*, discute os principais aspectos relativos aos crescentes incentivos de políticas de imigração como forma de atração de investimentos externos diretos por pessoas físicas, recorrendo aos modelos atualmente aplicados pelo Brasil, Estados Unidos e Portugal. Ainda em temas gerais recorrentes sobre a nacionalidade, Thayrine Canteli discute em seu artigo *Fundamentos do Direito Internacional: A Escola Italiana e o Princípio da Nacionalidade de Pasquale Stanislao Mancini* as bases históricas do pensamento jusinternacionalista em Mancini, e a contextualização política em que o jurista italiano elaborou sua teoria e um fundamento para o Direito Internacional.

Caminhando em torno de questões relativas ao Direito Internacional Privado, contratos internacionais e autonomia da vontade, Gilberto Kalil e Tiago Freire Dos Santos exploram as nuances da escolha de lei aplicável aos contratos internacionais e as controvérsias impostas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A atualidade da discussão encontra justificativa na posição assumida pelos negócios internacionais em ambientes de globalização econômica e desenvolvimento dos mercados integrados. Na sequência, o artigo *A Atual Conjuntura de Cooperação Internacional no Combate à Lavagem de Capitais*, de autoria de

Thiago Giovani Romero, analisa a atualíssima vertente da cooperação jurídica internacional no tratamento das questões em torno da lavagem de capitais e sua relevância no combate à criminalidade transnacional. Em especial, destacam-se as interações entre Direito Internacional Econômico, Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional como centrais para a compreensão dos problemas da mundialização e intenso fluxo de pessoas, bens e serviços. Alebe Linhares Mesquita e Jana Brito Silva contribuem para a discussão sobre os Acordos de Capital de Basileia como instrumentos de soft law a assegurar estabilidade financeira internacional, e de que modo eles se encontram no regime mais amplo da Governança Global dos sistemas financeiros. Em mercados intensamente interconectados, alternativas de regulação via instrumentos normativos não-vinculantes podem servir como respostas às demandas de segurança, estabilidade e previsibilidade nos sistemas financeiros.

Temas do Direito da Integração, em particular Direito do Mercosul e da União Europeia, são revisitados em diversos trabalhos, com a pertinente discussão sobre a remodelação do conceito de soberania, compartilhamento e processos de integração; contextos de assimetria e disparidades do desenvolvimento dos blocos regionais e seus contornos normativos; as inconsistências da orientação jurisprudencial em ordenamentos comunitários vis-a-vis mecanismos fragmentários de solução de controvérsias; as vertentes do transconstitucionalismo e a integração e a redefinição conceitual e contextual de fronteiras. Entre esses trabalhos, destacam-se os artigos A Flexibilização do Conceito de Soberania nos Estados Modernos em Face dos Processos de Integração, de Jacyara Farias Souza e Jônica Aragão; A Problemática das Assimetrias e os Processos de Integração Regional: Uma Comparação entre o Caso Europeu e o Sul-Americano, de Claudomiro Batista de Oliveira Jr; Direito da União Europeia: outra perspectiva, de Luiz Felipe Brandão Osório; O Sistema de Solução de Controvérsias no Mercosul: as Consequências da Cláusula de Eleição de Foro do Protocolo de Olivos, de Diego Guimarães de Oliveira, Nivaldo Dos Santos; O Transconstitucionalismo da União Europeia Implica na Superação do Constitucionalismo Tradicional de seus Estados-Membros?, de Ana Cristina Melo de Pontes Botelho; e (Re) Definição de Fronteira(s) e Cidades Gêmeas: Brasil e Uruguai, de Marcia Andrea Bühring.

Problemas teóricos e questões emergentes na agenda de pesquisa do Direito Internacional Público foram também trazidos à discussão no Grupo de Trabalho, com apresentações que abordaram uma variedade de temas, passando por perfis de uma análise crítica do Direito Internacional, das bases jusfilosóficas, da intersecção com as Relações Internacionais e Ciência Política, até a revisão de marcos teóricos em torno do Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional, segurança internacional, cooperação internacional e solução de controvérsias. Em torno dessas linhas expressam os capítulos Entre as Imunidades e a Responsabilidade das Organizações Internacionais: Possíveis Contornos para

uma Efetiva Reparação, de Tatiana Rodrigues Cardoso; Isolamento Outcasting- como Mecanismo de Aplicação do Direito Internacional, de Lucas Sávio Oliveira e Vinicius Machado Calixto; O Direito Internacional como Ferramenta para a Paz Mundial: Uma Leitura do pensamento de Hans Kelsen, de José Albenes Bezerra Júnior, Ulisses Silvério dos Reis; A Legitimidade Da Responsabilidade De Proteger R2p - Como Norma Soft Law Na Segurança Coletiva, de Flávia Carneiro Soares e Catarina Woyames Pinto; Poderes e atuações do Secretariado e do Secretário-Geral da ONU nas implicações conceituais e na efetividade da teoria Responsibility to Protect, de Flávia de Ávila; O Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares e o Desafio Imposto pelo seu Direito de Retirada: Um Estudo Do Problemático Caso Norte-Coreano, de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Mariana Zonari; A Organização do Tratado do Atlântico Norte e os obstáculos para a cooperação com as Nações Unidas, de Rodrigo Ruggio e Marília Álvares Da Silva; Seleção adversa e Intervenção Humanitária: Mitigação de efeitos indesejáveis, de Leonel Mendes Lisboa; e a Influência dos Organismos Internacionais no Ensino Superior, de Anderson da Costa Nascimento e Cristiana Santana Nascimento; Da Barbárie da II Guerra Mundial ao Devido Processo Legal no Julgamento de Nuremberg, de José Guilherme Viana e Waleska Cariola Viana; e Tribunal Penal Internacional: Uma Análise sobre sua Evolução e sua Competência para Julgar o Crime de Terrorismo, de Susana Camargo Vieira e Ana Maria de Andrade.

O Direito Internacional do Meio Ambiente também contou com trabalhos atuais sobre questões envolvendo as transformações dos modelos de regulação da proteção dos bens naturais e do meio ambiente, passando pela revisão dos conceitos de desenvolvimento sustentável e dos marcos de formulação dos princípios da disciplina, além de enfoques sobre a emergência das responsabilidades no sistema internacional do meio ambiente e mecanismos de solução de controvérsias, em particular pelo papel desempenhado por organizações regionais. Nesse sentido, seguiram as contribuições proporcionadas pelos artigos As organizações não-governamentais de proteção ao meio ambiente: a influência sobre o direito internacional e sobre a efetividade da proteção ambiental, de Luiza Diamantino Moura; Transformações Históricas do Conceito de "Desenvolvimento Sustentável" no Direito Internacional, de Pedro Ivo Ribeiro Diniz; O Caso das Fábricas de Celulose no Rio Uruguai: Análise sob o Prisma do Direito Ambiental Internacional, de Rogério Portanova e Thaís Dalla Corte; Direito Internacional de Águas: A Importância dos Marcos Instrumentais na Formação dos Princípios, de Jefferson De Quadros e Adriana Almeida Lima; A Legitimidade Ativa em Matéria Ambiental para o acesso aos Tribunais Europeus; de Tatiane Cardozo Lima; Normatividade Jurídica na Relação Causal Escassez Hídrica-Cooperação: A Lógica que Nega a Hipótese de Conflitos Violentos, de Douglas de Castro.

Ao introduzirmos o presente volume, estamos convencidos de que a metodologia adotada para a condução dos excelentes debates do Grupo de Trabalho de Direito Internacional do XXIV Congresso do CONPEDI foi decisiva para recriar ambiente de maior engajamento entre os participantes. O instigante universo do Direito Internacional se amplia em suas bases metodológicas, críticas e bem particulares ao pensamento brasileiro. Nessa ordem, deixamos nossos estímulos e quiçá um sopro de persistência - para que as futuras edições do CONPEDI se recordem da importância do encontro de Belo Horizonte. E que o Direito Internacional possa servir de constante inspiração para um mundo em que o Direito e a Política exerçam uma função indutora de proteção da pessoa em situação de vulnerabilidade na ordem internacional e concebam a sustentabilidade como premissa inafastável.

Nadia de Araujo (Direito PUC Rio)

Florisbal de Souza Del Olmo (URI-Santo Ângelo)

Fabício Bertini Pasquot Polido (Direito UFMG)

Coordenadores

**O DIREITO INTERNACIONAL COMO FERRAMENTA PARA A PAZ MUNDIAL:
UMA LEITURA DO PENSAMENTO DE HANS KELSEN**

**THE INTERNATIONAL LAW AS A TOOL FOR THE WORLD PEACE: A
READING OF HANS KELSENS THOUGHT**

**José Albenes Bezerra Júnior
Ulisses Levy Silvério dos Reis**

Resumo

Os esforços dos juristas na busca de uma relação pacífica entre os Estados remontam à tradição kantiana. Este trabalho busca descobrir, a partir da doutrina de Kelsen, qual o meio adequado para o atingimento da paz e da segurança internacionais. A premissa inicial é a de que apenas o fortalecimento do Direito Internacional pode assegurar o alcance de tais objetivos. A pesquisa abordará a problemática da guerra e a construção da noção da paz como direito humano fundamental, a proposta kelseniana de criação de uma corte internacional responsável por julgar os conflitos interestatais como forma de renúncia dos Estados ao uso da força militar para a consecução dos seus interesses e fará uma comparação entre as disposições do tratado internacional de formação do idealizado tribunal em cotejo com a Carta da ONU. Conquanto o Conselho de Segurança e a Assembleia Geral tenham sofrido inspiração nas lições de Kelsen, a existência do poder de veto dos membros permanentes do primeiro e a ausência de carga vinculante quanto às resoluções emitidas pelo segundo tornam a ONU refém dos interesses geopolíticos de um seleto grupo de Estados. Na forma atual, dificilmente a paz poderá prevalecer. Para isso, são necessárias reformas de modo a democratizar tais instâncias e aproxima-las mais do modelo idealizado pelo jurista de Viena.

Palavras-chave: Direito internacional, Guerra, Nações unidas, Paz mundial

Abstract/Resumen/Résumé

The efforts of legal scientists in seeking a peaceful relationship between the States back to Kantian tradition. This work seeks to discover, from the doctrine of Kelsen, which the appropriate means for achieving peace and international security. The initial premise is that only the strengthening of international law can ensure the achievement of such goals. The research will address the issue of war and the construction of the notion of peace as a fundamental human right, the kelsenian proposal to create an international court responsible for judging the inter-state conflicts as a means of resignation of States to use military force to achieve its interests and make a comparison between the provisions of the international treaty forming the idealized court in comparison with the UN Charter. While the Security Council and the General Assembly have experienced inspiration in Kelsens lessons, the existence of the veto power of the permanent members of the first and the absence of binding for the

resolutions issued by the second make the UN hostage to geopolitical interests of a select group of states. In the actual form, the peace hardly can prevail. For this, reforms are need to democratize such instances and approaches them more for the model devised by the Vienna legal scientist.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International law, War, United nations, World peace

1. INTRODUÇÃO

Os seres humanos, por possuírem interesses os mais variados, apresentam conflitos dentro de todas as comunidades das quais fazem parte, seja no âmbito familiar, cidadão, estatal e até mesmo internacional. Deflagrações beligeras entre Estados são parte da história da espécie e, pelo menos desde Kant, a ciência e a tecnologia jurídicas assumiram como um dos seus objetos de estudo a composição de uma ordem capaz de proporcionar a paz e a segurança internacionais.

Hans Kelsen, considerado por muitos o maior jurista do século XX, foi vítima pessoal dos flagelos da guerra. Por sua origem judia e para preservar a integridade física sua e familiar, teve que migrar para os Estados Unidos. Nesta nova morada, aprofundou os seus estudos em prol da paz e da segurança mundiais. Este trabalho visa justamente descobrir, de acordo com o pensamento do vienense, qual o meio adequado para se atingir tal estabilidade no cenário global. A partir da leitura de suas obras, parte-se da hipótese de que o Direito Internacional se constitui como meio adequado para o cumprimento do objetivo da paz interestatal, em especial com a formatação de um tratado internacional responsável por institucionalizar uma corte de justiça capaz de julgar com imparcialidade os conflitos apresentados pelos Estados.

Principia-se comentando a evolução jurídica do conceito de paz como direito humano fundamental em contraposição aos desastres oriundos dos conflitos armados entre os Estados. Em seguida, será analisado o pensamento de Kelsen acerca do direito internacional como instrumento para a garantia da paz e da segurança internacionais, com foco especial em sua obra *A Paz pelo Direito*, na qual ele idealiza o tratado de paz que constitui a corte internacional responsável por dirimir os conflitos interestatais sem o uso da força militar. Ao fim, será cotejada a relação entre as disposições contidas no anexo da obra citada com a Carta das Nações Unidas, em especial analisando-se as disposições do Conselho de Segurança da ONU e da Assembleia Geral. Neste último item serão traçadas também as críticas pertinentes ao atual modelo de gestão dos conflitos internacionais pela ONU focando-se nas suas limitações.

Muitas vezes alvo de críticas preconceituosas por ser considerado um formalista extremado, Kelsen, na verdade, caminhou por várias searas da ciência jurídica, dentre elas o direito internacional e a filosofia do direito. A sua contribuição para a busca da paz mundial é relevante e ainda atual, razão pela qual merece ser objeto de novos estudos.

2. O FLAGELO DA GUERRA E A CONSAGRAÇÃO DA PAZ COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A guerra marca a existência da humanidade. O único animal responsável por proporcionar conflitos dentro da própria espécie é o homem (MELLO, 2004, p. 1500). Os historiadores descrevem conflagrações envolvendo populações desde as mais remotas eras. No lapso considerável de tempo em que o ser humano habita o planeta, o que mudou foi o potencial destrutivo destas manifestações de agressividade coletiva. Enquanto as guerras primitivas conseguiam no máximo aniquilar unidades civis e militares dos locais onde se davam as batalhas, é característica do pós-Segunda Guerra Mundial a capacidade de destruição do mundo com o acionamento de simples dispositivos nucleares e a sistematização do morticínio através de estratégias milimetricamente calculadas¹.

Dada a necessidade de sobrevivência dos indivíduos, a manutenção da paz foi um dos pontos mais exaltados a partir do período renascentista e iluminista. Hobbes (2003, p. 143), na tentativa de justificar filosoficamente a existência do Estado, expôs que a segurança das fronteiras ocupadas pelas populações somente seria possível com a existência de uma autoridade soberana, forte e capaz de regulamentar em todos os nuances a vida do homem, pois, deixada a humanidade no estado de natureza, pereceria ela dada a eterna selvageria e beligerância ínsitas à espécie (*homo homini lupus*)².

Pode-se dizer que o pensador mais sacramentado como o idealizador da paz no período iluminista foi Kant, embora não tenha sido ele o primeiro a tratar do tema³. Em seu opúsculo da paz perpétua, o filósofo de Königsberg endossa o posicionamento de Hobbes no sentido de alertar que, entre os seres humanos no estado de natureza, reinava a barbárie e a chacina do homem contra o homem. A formação do Estado seria a via mais racional e benéfica para fazerem-se cessar tais hostilidades no âmbito interno de cada população.

O grande triunfo de Kant foi deixar claro que é tarefa do Direito Internacional

¹ Celso Lafer (1995, p. 169) destaca o caráter da guerra como a representação máxima do morticínio entre seres humanos: “A guerra, apesar de caracterizar, desde tempos imemoriais, a vida internacional, é uma situação-limite. Representa a abolição, durante a sua vigência, de um dos mais antigos tabus da espécie humana - a proibição do homicídio, base do direito à vida, hoje considerado o mais intangível dos direitos humanos. Com efeito, a guerra converte a ação de matar outros seres humanos não apenas em algo permitido e legitimado, como

² Convém ressaltar que o posicionamento hobbesiano não foi imune de críticas no período iluminista. Locke e Rousseau, por exemplo, construíram um contrato social no qual os homens, em estado de natureza, comportavam-se de forma ordeira e harmoniosa. Para estes pensadores, a justificativa para a criação do Estado estava na necessidade de garantir o gozo dos direitos de propriedade (Locke) e de liberdade (Rousseau). Para informações mais detalhadas, ver LOCKE (1994) e ROUSSEAU (2000).

³ Antes de Kant, outras obras já haviam sido escritas acerca do tema da pacificação social da humanidade, como, por exemplo, o projeto europeu de paz perpétua do Abade de Saint-Pierre (2003).

garantir a paz entre as populações habitantes do planeta⁴. Por meio dos artigos preliminares, definitivos e os suplementos da paz perpétua, apresentou ele um protótipo de tratado internacional capaz, pelo menos em tese, de assegurar a paz. Para tanto, determinou ele que toda constituição civil estatal deveria possuir o formato republicano, pois, colocando-se nas mãos das populações a tarefa de decidir os rumos mais sensíveis a serem tomados pelo Estado (como no caso de conflagração de guerra ou manutenção da paz), as decisões naturalmente serão tomadas com mais comedimento, parcimônia e reflexão⁵.

Também segundo a razão kantiana (KANT, 2010, p. 36), assim como ocorre com relação à formação dos Estados, a maneira mais inteligível para que cessassem as guerras entre povos distintos seria a evolução destes para a conformação de um *Estados dos povos* regido pela mesma e única lei, tal como se deu internamente na gênese de cada ente estatal. Entretanto, admite o filósofo que este projeto é inatingível, dada a natureza conflituosa dos seres humanos. Em substituição a isso, o pensador propõe, em seu segundo artigo definitivo, que o Direito das Gentes deve alicerçar-se numa *federação* de Estados livres⁶.

A teorização kantiana, apesar dos esforços do seu autor, não foi capaz de, por si só, garantir a paz na humanidade. Pelo contrário, os séculos XIX e XX flagraram a existência de conflitos neocoloniais, duas Guerras Mundiais (1914-1918 e 1939-1945) e a chamada Guerra Fria com diversos conflitos episódicos ao redor do globo que geraram um saldo de milhões de mortos⁷. É evidente o contrassenso entre o avanço da doutrina jurídica e a prática dos Estados, pois, embora a guerra tenha passado a ser considerada um ilícito, mais comportamentos bélicos foram registrados e com maior potencial de ceifar vidas.

Observa-se que os estadistas sempre encontraram uma maneira de justificar a guerra.

⁴ Sobre o desenvolvimento do Direito Internacional antes de Kant, cf. Galindo (2014, p. 82): “Na doutrina anterior a Kant, a guerra não era vista como uma antítese do próprio direito. Ao contrário, ela era legalizada. Não é à toa que o primeiro item do Livro I de *Jure Belli Ac Pacis*, de Grocius, já deixava claro que ‘a guerra é empreendida em prol da paz’ e ‘[a] própria guerra nos levará em seguida à paz como a seu último fim’ (Grotius 2004, 71). A doutrina da guerra justa não apenas permitia o uso da guerra como resposta a um ilícito, ela tornava a guerra um instrumento de suporte e efetividade do direito. É justamente em virtude do apoio, recorrente ao seu tempo, às doutrinas de autores como Grocius, mas também Puffendorf e Vattel, para ‘justificar uma ofensiva de guerra’, que Kant chama esses ‘pais’ do direito internacional de ‘tristes consoladores’ (Kant 2008, 33).”

⁵ De maneira distinta do que ocorre quando as decisões sobre a guerra são fruto da vontade individual e muitas vezes egoísta do Príncipe, o povo sabe melhor avaliar as consequências da guerra, pois os seus custos humanitários e financeiros recaem sobre a população no geral. Corroborando com essa leitura, diz Nour (2013, p. 43): “A constituição republicana é então apresentada como funcionalmente pacífica porque é a única que expressa a vontade dos que assumem os encargos da guerra e que por isso, provavelmente, não serão a seu favor. Portanto, não só é a única constituição em acordo com a liberdade como também é a única que favorece uma ordem internacional pacífica. A paz depende então da vontade do povo.”

⁶ Segundo a lição kelseniana, a qual constitui-se no objeto principal do presente estudo, a formação deste ente federativo, pelo menos no contexto atual e dada a maneira como comportam-se os Estados no cenário internacional, é impossível. As considerações de Kelsen ao projeto de Kant serão objeto de estudo no item seguinte.

⁷ Para informações mais detalhadas dos conflitos do século XX, cf. HOBBSAWM (1995).

Em que pese elas serem responsáveis por exterminar famílias inteiras, o aparato midiático orientado pelo Estado foi costumeiramente capaz de caracteriza-la como um “mal necessário”. Bobbio (2003, p. 168-169) deixa isso claro:

Nenhuma condenação, pronunciada de qualquer púlpito, jamais deteve a guerra, e o que é mais grave, jamais impediu a sua justificação não só em matéria de julgamento histórico, mas também em matéria de julgamento moral. Não nos deixamos levar pelo horror que suscita a guerra em geral, a guerra como arquétipo, sobretudo para quem está fora do conflito. Quando se considera a guerra não em abstrato, mas esta ou aquela guerra determinada, não há nenhuma, digo nenhuma, que não tenha encontrado bons argumentos para a sua própria justificação. É bem sabido que uma das causas da crise da guerra justa, cujo problema preocupou durante séculos teólogos e juristas, foi que de fato jamais foi travada uma guerra que não fosse considerada justa, com base nas mais doutas dissertações de ambos os contendores.

Preocupação típica do momento atual é a evolução que as ações armadas vêm sofrendo. Sob o pano de fundo das guerras ao terror e preventiva, acentuadas principalmente a partir do atentado às Torres Gêmeas (*World Trade Center*) ocorrido nos Estados Unidos da América em 11/09/2001, os embates clássicos interestatais cedem espaço à utilização de terroristas e tropas mercenárias. Por ser conceito militar, político e jurídico, vê-se que a guerra tem a sua definição alterada conforme o autor e a época (SORTO, 2013, p. 338). O seu potencial destruidor só aumenta.

Apesar do cenário apresentado, o Direito não tem se mantido inerte quanto à tentativa de fomentar e assegurar a paz. A evolução do direito internacional dos direitos humanos conseguiu consolidar na maioria dos instrumentos constitucionais e em diversos tratados e declarações protetivos de direitos humanos o compromisso com a paz e com o veto de difusão de propaganda belicista através da mídia. A própria Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 4º, VI, que é princípio brasileiro de relacionamento internacional a defesa da paz.

Os textos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 3º) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13) corroboram tanto que é direito de todos os seres humanos gozar da vida, da liberdade e da segurança pessoal quanto ser proibida qualquer propaganda de incitamento à guerra, ao ódio nacional, racial ou religioso, bem como à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. A Assembleia Geral da ONU chegou mesmo a editar uma Resolução (n.º 33/1973)⁸ referente à paz pela qual convoca todos os

⁸ Cf. parcialmente o texto da resolução “The General Assembly, [...] Art. 1º - Solemnly invites all States to guide themselves in their activities by the recognition of the supreme importance and necessity of establishing, maintaining and strengthening a just and durable peace for present and future generations and, in particular, to observe the following principles: 1. Every nation and every human being, regardless of race, conscience, language or sex, has the inherent right to life in peace. Respect for that right, as well as for the other human

Estados a cooperarem em prol do objetivo da convivência harmônica da humanidade.

Constata-se uma crescente normatização do direito à paz a ponto de poder-se atualmente classifica-lo como direito humano ou fundamental. Detém ele a mesma relevância do direito à vida ou à liberdade, “sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas” (BONAVIDES, 2014, p. 595).

Em sua doutrina, Bonavides destaca que a consagração da paz como direito fundamental é um dos mais notáveis progressos da teoria jurídica. O autor alça a paz à condição de quinta dimensão dos direitos fundamentais, inaugurando toda uma nova corrente na ciência jurídica. Para ele, o comportamento pacífico é elemento qualitativo imprescindível à sobrevivência da espécie humana, verdadeiro reino da segurança dos direitos⁹.

A busca na jurisprudência internacional acerca da utilização do direito à paz como argumento justificador do controle judicial de atos governamentais encontra ressonância em julgado da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. No julgamento de uma ação de inconstitucionalidade, o tribunal constitucional do país ordenou que o Poder Executivo revogasse a moção de apoio dada em prol da coalizão de Estados liderada pelos Estados Unidos da América com o objetivo de invadir o Iraque em busca de armamento nuclear.

Além de a Constituição Política da República da Costa Rica ter proscrito as Forças Armadas como instituição permanente¹⁰, o país adotou a neutralidade perpétua e extinguiu

rights, is in the common interest of all mankind and an indispensable condition of advancement of all nations, large and small, in all fields. [...] 3. In accordance with the purposes and principles of the United Nations, States have the duty to refrain from propaganda for wars of aggression. [...] 5. Every State has the duty to respect the right of all peoples to self-determination, independence, equality, sovereignty, the territorial integrity of States and the inviolability of their frontiers, including the right to determine the road of their development, without interference or intervention in their internal affairs.”

⁹ Utilizando-se de uma escrita aguerrida, Bonavides (2014, p. 601-602, nota de rodapé 5) faz extensa justificativa da paz enquanto necessidade de padrão de comportamento dos seres humanos e dos líderes estatais: “O testemunho da História não tem sido outro senão este: com a guerra os liberticidas abatem povos e sacrificam nações; com a paz os libertadores edificam Repúblicas, instauram democracias, previnem genocídios.

A paz é, assim, obra da divindade; a guerra, arte do demônio. Toda democracia, em geral, é paz. Toda ditadura, ao revés, é guerra: aquela guerra civil latente entre opressores e oprimidos.

Se prosseguirmos o cotejo, fácil verificar que a guerra aparelha a ditadura, enquanto a paz aparelha a democracia, a qual, por sua vez, faz as nações prosperarem.

A paz cria valores; a guerra os destrói. Abençoada a paz, que organiza e protege a liberdade do cidadão! Maldita a guerra, que gera súditos e escravos e esparge servidão e vassalagem entre os povos, propaga a morte e arruína civilizações!

Com a paz, o civismo constitucional forma a consciência da cidadania, e esta já não admite a Constituição como um código de retórica política, inchado de promessas, em que há mais ficção e demagogia que concretude e normatividades; mais ausência que presença dos fatores determinantes da governabilidade; mais desafeição e desfaçatez que fidelidade a valores e princípios.

A paz há de ser sempre jurídica; a guerra, sempre criminosa. A paz pertence à Constituição, como um direito; a guerra, ao Código Penal, como um delito.”

¹⁰ Cf. Art. 12 - Se proscribe el ejército como institución permanente. Para la vigilancia y conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía necesarias. Sólo por convenio continental o para la defensa nacional podrán

qualquer intervenção do seu Estado em movimentação belígera, seja através da utilização de forças armadas ou mesmo com mero apoio ideológico. Eis trecho do julgado:

Para ello empecemos por aceptar que pueden existir fines justos y constitucionalmente admisibles, pero que ellos no validan ni justifican cualesquiera medios que quieran o puedan emplearse para su consecución; en otras palabras, los medios empleados para un fin justo deben también ser valorados y sopesados por separado para determinar su intrínseca validez constitucional, porque podría darse el caso de que medios empleados resulten incorrectos o inaceptables a la luz del ordenamiento jurídico, aún cuando persigan un buen fin. [...]. Esto adquiere relevancia especial frente a uno de los medios empleados en particular por la Alianza, consistente en el ejercicio de acciones bélicas en contra de la nación iraquí. Cabe decir sobre el tema, que es público y notorio que miembros de la “Alianza” o “Coalición” realizaron en efecto, sin duda en nombre de ella y a partir del diecinueve de marzo, acciones bélicas en el pleno sentido del concepto, en contra de la nación iraquí, mismas que fueron conocidas y reconocidas como parte de las actividades que, por provenir de la coalición, recibieron el apoyo por parte del Poder Ejecutivo. En conclusión, considera esta Sala que las actuaciones impugnadas permiten deducir que el Poder Ejecutivo, demostró con ellas de forma clara su conformidad tanto con los fines de la Alianza como con los distintos medios empleados para realizar dichos fines, sin que de su actuación pueda entenderse – como se alegó en la vista oral – que la solidaridad operaba exclusivamente en relación con las importantes finalidades de la Alianza de combatir el terrorismo e impulsar la paz, la libertad y la verdadera democracia en Iraq.

Entendido entonces que ha existido una anuencia de Costa Rica como país, ya no solo en los fines, sino también en los medios empleados por parte de la 'Alianza' o la 'Coalición' para abordar el conflicto internacional surgido en Iraq, y en especial con el medio consistente en las acciones bélicas realizadas por algunos miembros de la 'Alianza o Coalición', lo que resta por verificar es si ese medio recién citado en particular es admisible como tal a la luz de nuestro ordenamiento constitucional. Sobre ese punto en particular, la respuesta de la Sala es negativa por lo siguiente: la tradición pacifista que impregna nuestro ordenamiento constitucional, cuyo origen y características se explicaron de forma amplia más arriba, tiene como una de sus más importantes expresiones la incorporación de Costa Rica al Sistema Internacional de las Naciones Unidas; pero justamente por dicha tradición, tal incorporación para nuestro país trasciende de la mera asociación con un grupo de naciones para el cumplimiento de los fines establecidos. Más bien, en el caso costarricense resulta posible afirmar sin duda que dicha adhesión respondió y responde aún al convencimiento de que se trata de un mecanismo para sustituir el recurso a la fuerza como instrumento de política y de relaciones internacionales por parte de nuestro país y por esa razón entiende la Sala que debe considerarse como un límite creado en nuestro ordenamiento, aplicable a la acción a las autoridades costarricenses y que se materializa en una verdadera restricción en su radio de acción en el tema de relaciones internacionales, consistente en la imposibilidad de nuestro gobierno de asociar su política exterior con acciones bélicas ajenas o incluso paralelas al sistema de las Naciones Unidas – incluidas por supuesto las consistentes en simples “apoyos morales” – como medios correctos para solución de conflictos.¹¹

A verticalização do direito à paz, assim como a evolução do Direito Internacional, requer uma visualização do aspecto da soberania estatal distinto daquele tradicional segundo o

organizarse fuerzas militares; unas y otras estarán siempre subordinadas al poder civil; no podrán deliberar, ni hacer manifestaciones o declaraciones en forma individual o colectiva.

¹¹ Excerto extraído da Sentença da Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica, Ação de Inconstitucionalidade, Exp. 03-004485-0007-CO, Res, 2004-09992, Relator Luis Paulino Mora Mora, Disponível em <<http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Política/Sentencias/2004/04-09992.htm>> Acesso em: 03 agosto 2015.

qual ser soberano significa não obedecer a ordem jurídica alguma senão a sua própria (BOOBIO, 2006, p. 106). Sendo este um conceito histórico e relativo (BONAVIDES, 2015, p. 132 e 143), amolda-se na etapa atual do desenvolvimento do direito internacional com a compatibilidade das ordens jurídicas internas para com as diretrizes dos tratados internacionais que protegem a dignidade do ser humano através da preservação da paz e da proscrição dos conflitos armados.

A paz, constituindo-se numa finalidade, há de ser alcançada através do instrumental jurídico. No entanto, a força não está extirpada das relações humanas, apenas institucionalizada num ente responsável por garantir essa convivência harmoniosa, na lição de Kelsen (2001, p. 231-232). É essa a premissa aventada pelo vienense em sua obra *A Paz pelo Direito*, quando estuda a teleologia do Direito Internacional.

3. A PROPOSTA KELSENIANA DE UM JUDICIÁRIO INTERNACIONAL CAPAZ DE PROPORCIONAR A PAZ

Definida a paz como direito humano e finalidade a ser alcançada, Kelsen identificou no Direito Internacional a ferramenta necessária e mais eficaz para o atingimento de tal objetivo. Para ele, este ramo do direito possui natureza instrumental de alcance da harmoniosa convivência entre os Estados. A violência, embora não deixasse de existir em suas formulações, restaria circumspecta à possibilidade de coação por parte de um poder centralizado com o fito de garantir a paz. Inferindo-se esta consideração a partir de Benjamin (2011, p. 121-122), tal possibilidade de uso da violência revela um meio ético para um fim considerado justo.

O próprio Kelsen (2001, p. 230), em outra oportunidade, discorre que o direito não pode ser considerado um fim, apenas um meio social específico. A questão, contudo, é que, após definida a finalidade a que ele visa alcançar, é delicado o procedimento de escolha dos meios, pois, caso estes sejam eleitos erroneamente, o insucesso do empreendimento causará danos possivelmente irreparáveis. O grande desafio do legislador, seja no plano nacional ou internacional, é justamente prever todas as consequências das suas opções políticas, por mais hercúleo que isso possa ser. As experimentações típicas de outras áreas do saber não podem ser realizadas tão amplamente na seara da vida social (KELSEN, 2001, p. 9-10).

Por várias de suas obras, o pensador vienense traçou diretrizes sobre a sua doutrina

do Direito Internacional¹². Contudo, é em *A Paz pelo Direito* que Kelsen centra os seus esforços em delinear como deveria ser sistematizado um tratado internacional a ser subscrito pelos Estados com o objetivo de garantir a paz mundial. Segundo o seu ensinamento, para tanto seria imprescindível a constituição de um Poder Judiciário forte, centralizado e com capacidade de impor coativamente as suas decisões. Somente com o estabelecimento de tal entidade, a qual seria capaz de imparcialmente dirimir os conflitos de interesses surgidos entre os Estados, a humanidade poderia viver sem o receio da eclosão de hostilidades interestatais.

Kelsen declinou bastante credibilidade à paz entre os povos. Não admitiu concessões em prol da justificação de movimentos beligeros¹³. Aliada a sua experiência ativa na construção de legislações (foi ele quem redigiu a Constituição Austríaca de 1920) com a perseguição por ele sofrida por alunos antissemitas enquanto lecionava na Suíça (motivada por sua origem judia)¹⁴, apercebeu-se ele da possibilidade de utilização do Direito Internacional para que, após a Segunda Guerra Mundial, evitassem-se novos conflitos da mesma natureza. Para dar sinais de concretude ao seu pensamento, embasou ele doutrinariamente as suas lições e redigiu um protótipo de tratado internacional responsável pela constituição do órgão jurisdicional hipotético já citado, a Liga Permanente para a Manutenção da Paz (LPMP).

Apesar de buscar inspiração para a elaboração da sua teoria em Kant (SANTOS NETO e DINIZ, 2014, p. 206), Kelsen discorda deste último no tocante à possibilidade de formatação de um ente federativo de Estados (KANT, 2010, p. 31) em prol do alcance e da manutenção da paz. Para o vienense, esta meta é inalcançável, pelo menos num futuro próximo (referindo-se ao momento pós-Segunda Guerra Mundial). As violentas soberanias estatais não acomodar-se-iam em prol de um projeto cuja harmonia é tão imprescindível. Para

¹² Essa vertente do pensamento kelseniano é pouco explorada no Brasil, apesar da influência do autor nos sistemas jurídicos latino-americanos. Dá-se isso muito em razão do preconceito de classificar-se Kelsen como um extremado formalista jurídico, interpretação oriunda de sua obra mais famosa, a *Teoria Pura do Direito*. O propósito do vienense nesta teoria pura é apenas separar a ciência jurídica dos demais elementos morais, sociais, psicológicos etc. que possam servir para alicerçá-la. Contudo, esta posição não retira o brilho de Kelsen nas demais áreas em que se dedicou e merece atenção, tais como a Filosofia do Direito e o Direito Internacional. Para uma visualização da separação entre os campos do Direito e da Moral, ver KELSEN, 2009, p. 75-76.

¹³ “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 de 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.” (KELSEN, 2011, p. XII)

¹⁴ Temendo a integridade física própria e de sua família, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, Kelsen, já contando com sessenta anos de idade e pouco fluente na língua inglesa, migrou para os Estados Unidos. Neste país, foi ele muito bem recebido pela comunidade acadêmica, lecionou nas Universidades de Harvard e da Califórnia, bem como inveterou definitivamente a sua trajetória acadêmica para a área do Direito Internacional. Para mais detalhes, cf. LADAVAC, 1998, p. 391-400.

ele, “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 significar abrir mão completamente da independência própria” (KELSEN, 2011, p. 9).

A obra principal em análise define que a dificuldade principal para o alcance da paz reside na inexistência de um tribunal internacional capaz de resolver as controvérsias entre os Estados. Expõe Kelsen que a solução disso consiste na formulação de um tratado internacional, ao qual devem aderir o maior número de Estados possível, tanto os vitoriosos quanto os vencidos da Segunda Guerra Mundial, responsável por criar um judiciário internacional capaz de emprestar compulsoriedade às suas decisões. Todos os Estados signatários do tratado deveriam renunciar à guerra para a solução dos seus conflitos e submeter as suas disputas ao conhecimento do tribunal.

Como foi normal em seus escritos, Kelsen tenta antecipar-se às eventuais críticas surgidas em desfavor de sua teorização. Elenca ele que uma possível formulação em desfavor do tribunal internacional fundada na inexistência de um parlamento mundial capaz de elaborar a legislação a ser aplicada pelos juízes não procederia em função de ser natural da evolução das ordens jurídicas, inclusive as nacionais, a existência prévia da centralização do poder decisório à formação de corpos legislativos. Primeiramente os órgãos de decisão utilizariam os costumes e os acordos internacionais e, com o tempo, a evolução traria a formação de um cabedal de leis¹⁵.

O pensador de Viena também prevê que críticos poderiam distinguir a existência de conflitos jurídicos e políticos, colocando problemas de guerra dentro desta última classificação e, assim, extrair da competência do órgão internacional a ser criado a possibilidade solucionar tal tipo de controvérsia. Para o autor, não obstante, toda e qualquer cizânia entre Estados ou é de natureza política ou econômica, mas não deixa também de ser simultaneamente jurídica. Logo, uma cláusula que afastasse disputas políticas do raio de atuação da Corte seria responsável por fulminar a sua atuação e, portanto, seria paradoxal no contexto de um tratado como o por ele proposto. Seria mais simples se o Estado não aderisse ao instrumento jurídico.

A última objeção hipotética enfrentada por Kelsen diz respeito à possibilidade de o seu tratado violar a natureza das soberanias estatais. Explica ele, todavia, que, no plano internacional, nenhum Estado pode considerar-se absolutamente soberano. A soberania do Estado no plano internacional é relativa. Ele é soberano apenas na medida em que não se

¹⁵ Este raciocínio não é novidade no pensamento kelseniano e já estava presente na Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2009, p. 358-359).

submete ao ordenamento jurídico de qualquer outra entidade estatal, apenas ao da comunidade internacional (KELSEN, 2011, p. 33). Ademais, a adesão à força vinculante do tribunal internacional por ele idealizado é facultativa (SANTOS NETO e DINIZ, 2014, p. 207-208). Cabe ao Estado, se assim entender conveniente, submeter a sua jurisdição àquela instaurada no plano internacional. Neste procedimento não há qualquer possibilidade de temor no que tange à usurpação da autodeterminação estatal.

Esta visão de flexibilização da concepção absoluta de soberania dos Estados foi repisada por Kelsen em outras obras, tais como nas versões espanhola de *O Que é Justiça?* (KELSEN, 2008, p. 119-120) e nacional da *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 2009, p. 382-386). Neste último livro, deixa ele claro que o sofisma da soberania estatal como liberdade de ação absoluta, isenta das amarras impostas pela comunidade internacional, é parte integrante da funesta ideologia política do imperialismo.

Na segunda parte do livro, de forma mais breve, Kelsen (2011, p. 65) também determina que deve ser função desse tribunal internacional o julgamento de pessoas físicas consideradas perpetradoras de crimes de guerra. Essa punibilidade não deve atingir o Estado, pois o padecimento da entidade coletiva atinge igualmente todos os cidadãos que a compõe, mas somente o indivíduo que, por seu ato, ensejou a deflagração do movimento belígero. Para que a instituição desta competência se dê legitimamente, todos os Estados devem a ela se submeter, independentemente de serem vitoriosos ou vencidos da Segunda Guerra Mundial¹⁶.

O anexo da obra principal analisada traz um protótipo de tratado internacional da LPMP. Através das suas disposições, percebe-se que, para o autor, é importante a participação das academias jurídicas no processo de escolha dos juízes a atuarem no tribunal internacional (art. 6º(1)); veda-se terminantemente o recurso à força armada por quaisquer dos Estados signatários do tratado, cabendo punição econômica ou militar em caso de desobediência a esta disposição (arts. 34 e 35); por fim, destaca-se a possibilidade de os indivíduos afetados pela ação danosa oriunda de uma pessoa física em julgamento perante a corte fazer-se presente no processo como *parte civile* (art. 35h).

Embora reconheça-se a genialidade e a originalidade de Kelsen, sua obra não está imune a críticas. Além de pecar ele por considerar, sem base empírica concreta, que o padrão

¹⁶ “A punição dos criminosos de guerra deve ser um ato de justiça internacional, não a satisfação da sede de vingança. Não é compatível com a ideia de justiça internacional que apenas os Estados vencidos sejam obrigados a entregar seus súditos à jurisdição de um tribunal internacional para a punição de crimes de guerra. Os Estados vitoriosos também deveriam se dispor a transferir a jurisdição sobre seus súditos que transgrediram as leis de guerra ao mesmo tribunal internacional independente e imparcial. Somente se os vitoriosos se submeterem à mesma lei que pretendem impor aos Estados vencidos será preservada a ideia de justiça internacional.” (KELSEN, 2011, p. 106)

de evolução jurisdicional de todos os povos é semelhante ao ocorrido na Europa (centralização a partir da formação de órgãos decisórios e posterior criação legislativa), é fato que a gênese de sistemas judiciais internacionais de natureza compulsória não foram capazes de, por si só, erradicar o problema da guerra.

Aponta Galindo (2014, p. 93) que a criação de tribunais *ad hoc* mediante resoluções do Conselho de Segurança da ONU e a inexistência de cláusula facultativa de jurisdição obrigatória no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional são capazes de impor aos Estados obrigações ao alvedrio do seu consentimento explícito. Para este autor, resta superado o padrão de facultatividade quanto à submissão estatal aos órgãos judiciários internacionais. A sua crítica à doutrina de Kelsen é que, mesmo com o advento da compulsoriedade por ele anunciada, não cessaram os comportamentos beligeros interestatais; ou melhor, surgiram outros problemas ainda não solucionados pelo Direito Internacional¹⁷.

Embora o protótipo kelseniano do tratado internacional da LPMP até então não tenha sido concretizado exatamente na forma por ele idealizada, alguns de seus pontos foram incorporados no pós-Segunda Guerra Mundial ao Conselho de Segurança da ONU, entidade atualmente responsável pela manutenção da paz e da segurança internacionais. Comentários podem ser feitos ao funcionamento deste órgão e ao comportamento apresentado pelos seus membros.

¹⁷ “Essa mudança de paradigma coloca em xeque o pressuposto kelseniano de que a jurisdição compulsória de um tribunal internacional seria o primeiro passo para construir a paz mundial. Certo que se pode contrargumentar ressaltando que a verdadeira proposta de Kelsen nunca foi levada às últimas consequências. Os tribunais com jurisdição obrigatória nos dias de hoje não possuem competência para lidar diretamente com matérias relativas a paz e segurança internacionais, algo que caberia, em princípio, à Corte Internacional de Justiça. Porém, não é pequeno o número de tribunais com jurisdição compulsória atualmente e é inegável que eles tratam de matérias muito relevantes para a comunidade internacional: direitos humanos, comércio internacional e direito internacional penal. Mesmo tendo a ideia da jurisdição compulsória nessas áreas, tais tribunais não têm conseguido evitar controvérsias movidas por tais agendas, controvérsias essas que certamente podem estar na origem de conflitos armados. [...]”

A pluralidade de tribunais funcionando sob o paradigma compulsório é certamente uma das causas do 'problema' da multiplicação dos tribunais internacionais. Em um ambiente dotado apenas de tribunais de jurisdição consensual, os conflitos de jurisdição tendem a ser menores. Como, em 1997, já dizia um especialista em relação à Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, o que pode certamente ser aplicado à relação entre os diversos tribunais internacionais hoje existentes: 'fragmentação é parte do preço de se assegurar consensos na solução compulsória e obrigatória de controvérsias' (Boyle 1997, 39).

A compulsoriedade de tribunais internacionais pode gerar problemas bastante complexos para o sistema, como a questão da possibilidade de acionamento simultâneo de dois tribunais por conta da jurisdição estabelecida em tratados paralelos - em determinadas circunstâncias configurando o chamado fórum shopping - ou os conflitos de competência de diferentes tribunais.

Todo esse quadro tem gerado também a necessidade de um conhecimento mais profundo sobre o significado, o papel e as consequências da existência de um Judiciário internacional - se é que tal figura, de fato, já existe no sistema jurídico internacional. Sem uma compreensão vigorosa dos tribunais internacionais, em suas diversas dimensões, qualquer associação feita, por exemplo, entre o estabelecimento da paz mundial e a compulsoriedade de um ou vários tribunais internacionais poderá soar inocente, idealista ou fortemente desconectada da realidade internacional.” (GALINDO, 2014, p. 94-95)

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU

Kelsen (2011, p. 8 e 54) tinha a ideia de que, finalizada a Segunda Guerra Mundial, a ideia da paz por meio do tratado internacional idealizado seria possível caso poucas potências mundiais conseguissem satisfazer a sua pretensão territorial. De acordo com a sua linha de raciocínio, caso estes Estados ratificassem a normatização por ele elaborada, seria certo o respeito que emprestariam a ela, assim como isso ensejaria nos demais países o temor de viola-la.

Não foi à toa que o protótipo da LPMP trouxe em suas disposições a existência de um Conselho responsável pelo assessoramento da Corte. Os membros desta instância acessória seriam os Estados Unidos, o Reino Unido, a União Soviética e a China (art. 27), justamente os países que se sobressaíram após a Segunda Guerra Mundial. Tamanha seria a influência de tais Estados na formatação da Liga que o tratado continha uma cláusula (art. 40) prevendo a sua entrada em vigor apenas quando fosse ele ratificado pelas citadas potências.

De forma atenuada, o intento kelseniano tomou forma ao final da Segunda Guerra Mundial. A Carta das Nações Unidas, conquanto não tenha contemplado a LPMP, criou o Conselho de Segurança da ONU, entidade responsável pela manutenção da paz e da segurança internacionais (art. 23.1). Dentro deste órgão foram previstos Estados com assento permanente, sendo estes justamente os delineados por Kelsen mais o acréscimo da França, potência com participação decisiva na vitória dos Aliados na última conflagração mundial.

Na prática, porém, houve a inserção de um mecanismo não previsto por Kelsen que acabou por ferir a autonomia do nascente Conselho de Segurança. O interesse dominante das potências vencedoras da Guerra foi responsável por incluir nas disposições da Carta (art. 27.1(2)) um poder de veto dos membros permanentes do Conselho consistente na necessidade de, para que seja aprovada uma decisão pelo órgão, ser necessário o voto afirmativo dos cinco mencionados Estados (Estados Unidos, Reino Unido, França, União Soviética (sucédida pela Rússia) e China).

O mecanismo do poder de veto dos membros permanentes do Conselho é responsável pelo engessamento da instituição. As decisões tomadas pelo órgão não são, e nunca serão enquanto mantida tal formatação, fruto da verdadeira tomada de decisão da maioria. As Nações Unidas ressentem-se de autonomia em razão de depender da vontade de cinco países para agir no cenário internacional. Quando o interesse de quaisquer dessas potências vai ao encontro dos anseios do restante dos Estados do mundo, prevalece a vontade da minoria.

No momento, quanto ao uso da força, ainda os Estados Unidos se arrogam direitos que em tese deveriam ser das Nações Unidas. Esse péssimo exemplo é seguido por outros Estados que agem à margem do sistema regido pelo Direito Internacional. A existência de tribunais internacionais e de acordos de controle de armamentos esbarram na ausência de autoridade real global, pois a ONU não recebeu dos grandes Estados que controlam o mundo esse papel, nem o receberá enquanto permanecerem as condições vigentes do Conselho de Segurança. Este órgão, definitivamente, a despeito de toda a autoridade da própria Carta, não representa a sociedade internacional. Porque o expediente do veto é contrário aos interesses da coletividade, porque paralisa a Organização, porque dilata essa tirania da minoria (pentarquia) responsável por danos irreparáveis à Humanidade. (SORTO, 2013, p. 357-358)

O que provavelmente Kelsen nem os autores da Carta das Nações Unidas poderiam imaginar era o surgimento de vários países, bem como entidades regionais compostas por Estados organizados em bloco (p. ex., União Europeia), com capacidade de ostentar interesses geopolíticos na virada dos séculos XX para o XXI. A segunda metade do século XX presenciou uma dinâmica global bipolar, seguida por um curto período unipolar com a queda da União Soviética e, nos anos recentes, constata-se uma multipolarização na condução da política e da economia mundiais.

Esse fenômeno também deu ensejo à formatação de Estados (e entes não-estatais) que, mesmo sem ostentar condições positivas de cidadania (direitos civis, políticos e sociais) aos seus povos, demonstram capacidade bélica considerável. Geralmente armados e treinados pelos Estados Unidos quando do conflito da Guerra Fria, exércitos ora denominados terroristas atualmente desafiam o discurso universalista de direitos humanos apresentado pela potência norte-americana em suas relações internacionais.

A principal celeuma reside no fato de que países como os Estados Unidos, um dos coautores dos textos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Carta da ONU, desrespeitam sistematicamente ambas as normatizações. Em seu afã de combater o terrorismo, não se limita o governo estadunidense à busca do diálogo político-econômico junto ao Conselho de Segurança ou à Assembleia Geral e utiliza-se unilateralmente da sua força e de sua inteligência militares¹⁸, mesmo que para isso desrespeite as determinações das Nações

¹⁸ Muitos autores denunciam a forma imperialista apresentada pelos Estados Unidos sob o discurso de defesa dos direitos humanos. Cf. o que diz Nour (2013, p. 174-175): “A necessidade urgente de combater o terrorismo e seus hediondos crimes, bem como regimes intolerantes como o Taliban, é reconhecida por todos e constitui uma das preocupações centrais do direito internacional. A discussão se dá quanto aos meios escolhidos para realizar esse fim. O meio militar coloca os princípios do direito internacional em jogo, fortalecendo o caráter anárquico do cenário internacional, isto é, fora do controle das instituições políticas e jurídicas internacionais. Apenas soluções de longo prazo – soluções políticas, sociais, econômicas e jurídicas – podem oferecer uma resposta adequada à crise. Vários autores insistiram então, ao lado da resposta político-social econômica, no aspecto jurídico. [...] Chomsky elogia o recurso da Nicarágua ao direito internacional: ‘Eis como um Estado deve proceder [...]. Eis o tipo de ação que os Estados Unidos poderiam tomar e que ninguém iria lhe impedir. É o que os países envolvidos no conflito atual lhes pedem para fazer, inclusive seus aliados [...]. Eis o caminho a seguir

Unidas¹⁹ e viole os direitos humanos até mesmo de outros líderes de Estado²⁰.

Na contramão da finalidade para que foi criada a ONU, verifica-se que as grandes potências, especialmente os Estados Unidos, preferem resolver os seus conflitos em detrimento do diálogo político e com uso acentuado da sua soberania (no sentido tradicional) e força militar. Quando a atuação dos organismos internacionais coincide com os interesses dos países centrais do Conselho de Segurança, a atuação do órgão ocorre sem ressalvas. No entanto, quando a promoção dos direitos humanos afeta negativamente os anseios dos líderes dos Estados ricos, preferem estes afastar-se das atividades das Nações Unidas.

Essa estrutura hierárquica e centralizada do Conselho de Segurança contribui para o desrespeito reiterado para com os direitos humanos (ZOLO, 2010, p. 21). Um seleto grupo de países, os quais, de uma maneira ou outra, dependem economicamente dos Estados Unidos, é responsável por ditar os rumos da segurança internacional. Claramente tal ferramenta de manutenção da paz não prospera, pois líderes de cinco países, por si só, não conseguem representar a vontade coletiva de toda a humanidade, especialmente quando a prática militar em muitas vezes se divorcia do conteúdo apresentado em discursos ideológicos.

Exemplo desta incongruência da prática com o discurso é levantado por Douzinas (2009, p. 146) acerca da atuação das forças militares no Kosovo. A invasão armada em tal país deu-se por ato da OTAN e representou um desastre em termos humanitários. Sem qualquer preocupação com a vida de civis e refugiados, a liderança protagonizada pelos Estados Unidos centrou os seus esforços em atirar bombas a partir de aeronaves voando a uma altura considerável e acabou por matar vários inocentes e destruir hospitais, escolas, estações de TV, embaixadas etc. O interesse geopolítico dos Estados que protagonizaram esta intervenção foi responsável pelo extermínio de muitas vidas.

A atuação capitaneada pelos Estados Unidos representa uma marginalização da ONU e a destruição da possibilidade de melhoria para a espécie humana, especialmente com relação

quando se quer evitar a repetição de atos tão atrozes. Há um outro: reagir com uma violência extrema e se preparar para seguir sua escalada, o que termina em crimes tão bárbaros como aqueles que tinham suscitado o desejo de vingança.”

¹⁹ Um relatório feito pela ONU sobre contraterrorismo deixa claro que as práticas levadas a efeito pelos Estados Unidos na sua chamada “Guerra ao Terror”, típica da “Era Bush” (2001-2009), violam flagrantemente os direitos humanos e o direito humanitário, com destaque para a manutenção da prisão de Guantánamo. O fechamento desta unidade prisional foi objeto de debate na campanha de eleição e reeleição do atual Presidente Barack Obama, mas mantém-se aberta. Disponível em <<https://www.hrw.org/news/2010/01/14/counterterrorism-and-human-rights-report-card-president-obamas-first-year>>. Acesso em: 06 agosto 2015.

²⁰ Como amplamente repercutido nas mídias internacional e nacional, a Presidenta Dilma Rousseff, seus Ministros de Estado e dirigentes da Petrobrás foram alvo de investigação secreta da agência norte-americana de inteligência (National Security Agency – NSA), o que gerou inclusive debate acalorado junto às Nações Unidas. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130924_dilma_assembleia_onu_lgb>. Acesso em: 06 agosto 2015.

à busca da paz (ALVES, 2003, p. 137-138). As ações deste país, especialmente após o atentado do 11 de setembro de 2001, deixam clara a insuficiência da formatação atual dos órgãos das Nações Unidas para a promoção da segurança internacional. Segundo Sorto (2013, p. 358), a mera ampliação do número de membros permanentes do Conselho, como tão requisitado pelo Brasil, não resolveria o problema, “pois é óbvio que os membros do Conselho ampliado não decidiriam em favor dos interesses da comunidade nem contra os seus próprios interesses”.

Na visão de Zolo (2010, p. 32), a via de reforma plausível para que as Nações Unidas pudessem se tornar um órgão mais efetivo requereria a supressão dos privilégios dos membros permanentes do Conselho de Segurança, na linha da formatação apontada por Kelsen. A Assembleia Geral deveria se emancipar da sua atual função de emitir recomendações não vinculantes para e edição de ordens com teor normativo. Para isso, segundo o mesmo autor, é necessária uma forte pressão de mudança em direção dos interesses das atuais grandes potências com assento perene no Conselho, pois elas com certeza resistiriam a qualquer tentativa de dilapidação do poder geopolítico por si exercido.

Apenas a partir de uma democratização dos órgãos das Nações Unidas se pode iniciar a construção da efetiva paz mundial e dos direitos humanos, de acordo com a premissa levantada por Bobbio (2004, p. 1). Vê-se influência decisiva de Kelsen na formulação da ONU, mas os institutos idealizados pelo vienense, especialmente a LPMP, ainda não foram tornados concretos pelo direito internacional.

5. CONCLUSÃO

A leitura das obras de Kelsen deixa claro que, segundo a sua concepção, o Direito Internacional é a ferramenta a ser utilizada para o fim de alcançar a paz e a segurança internacionais. Mais especificamente, tal projeto se concretizaria com a instituição de um tratado internacional prevendo a criação de uma Corte de Justiça cuja função precípua seria compor os conflitos interestatais, fazendo com que os Estados abrissem mão do recurso à força militar em tais situações.

Apesar de ter sido inspirada em várias das disposições ditadas por Kelsen em *A Paz pelo Direito*, a Carta da ONU, ao regulamentar as funções tanto do Conselho de Segurança quanto da Assembleia Geral, não foi capaz de garantir a estabilidade mundial no tocante à paz, o que se verifica principalmente a partir do desrespeito sistemático ostentado por potências como os Estados Unidos às resoluções emanadas por tais órgãos. A existência do

poder de veto dos membros permanentes do Conselho e a limitação da Assembleia Geral de emitir apenas resoluções sem força normativa tornam as deliberações de tais entidades refém dos interesses geopolíticos das potências político-econômicas mundiais.

Para se modificar tal quadro e tornar o Direito Internacional capaz de assegurar a harmonia nas relações internacionais, é necessário democratizar os órgãos das Nações Unidas. A mera ampliação de vagas no Conselho de Segurança, aumentando assim a oligarquia lá predominante, é insuficiente para o alcance deste objetivo. A extinção do poder de veto dos membros permanentes da entidade e a atribuição de carga vinculante às resoluções da Assembleia Geral são medidas que podem contribuir, pelo menos de início, para o objetivo final da paz mundial.

As dificuldades para a implantação destas alterações não podem ser negadas. Os países que ostentam condição de preponderância na atual correlação global de forças certamente se oporão veementemente a quaisquer propostas de mudanças que afetem negativamente as suas pretensões. Contudo, a finalidade maior buscada não pode ser refém dos interesses de seletos grupo de Estados que não são capazes de representar os anseios do restante do mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Augusto Lindgren. O onze de setembro e os direitos humanos. **Impulso**, Piracicaba, v.14, n. 33, 2003, p. 135-150.

BBC BRASIL. **Caso de espionagem dos EUA viola direitos humanos, diz Dilma na ONU**. Disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130924_dilma_assembleia_onu_lgb. Acesso em: 06 agosto 2015.

BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem** (1915-1921); organização, apresentação e notas de Jeanne Marie Gagnebin; tradução de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas Cidades; Editora 34, 2011. (Coleção Espírito Crítico).

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. - Nova ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. - São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **O problema da guerra e as vias da paz**. São Paulo: Unesp, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COSTA RICA. **Constituição Política da República da Costa Rica**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21402-21403-1-PB.htm>>. Acesso em: 03 agosto 2015.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradutora Luzia Araújo. - São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GALINDO, G. R. B. A Paz (ainda) pela Jurisdição Compulsória?. **Revista Brasileira de Política Internacional (Impresso)**, v. 57, n. 2, Brasília, Jul./Dez. 2014, p. 82-98.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner; revisão da tradução Eunice Ostrensky. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Eric. **A Era dos Extremos: O Breve Século XX (1914-1991)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Counterterrorism and Human Rights: A Report Card on President Obama's First Year**. Disponível em <<https://www.hrw.org/news/2010/01/14/counterterrorism-and-human-rights-report-card-president-obamas-first-year>>. Acesso em: 06 agosto 2015.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução Marco Zingano. - Porto Alegre, RS: L&PM, 2010.

KELSEN, Hans. **¿Qué es Justicia?** Trad. Albert Calsamiglia. 1ª ed. 5ª impr. Barcelona: Ariel, 2008.

_____. **A paz pelo direito**. Tradução Lenita Ananias do Nascimento. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. – (Coleção biblioteca jurídica WMF)

_____. **O que é justiça?: a justiça, a política e o direito no espelho da ciência**. Tradução Luís Carlos Borges. - 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2001. – (Justiça e direito)

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. - 8ª ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF)

LADAVAC, Nicoletta Bersier (1998). Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography. **European Journal of International Law**, 9 (2): 391-400.

LAFER, Celso. A. ONU e os Direitos Humanos. **Estudos Avançados (USP. Impresso)**, São Paulo, v. 25, n. 25, 1995, p. 169-185.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Introdução de J. W. Gough; Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 15ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 2 v..

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. – 2ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. – (Biblioteca jurídica WMF)

ONU. **Declaration on the Preparation of Societies for Life in Peace**. Disponível em <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/73>. Acesso em: 03 agosto 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução Pietro Nassetti. 3ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

SAINT-PIERRE, Abbé de. Projeto para Tornar Perpétua a Paz na Europa. Prefácio de Ricardo Seitenfus; tradução de Sérgio Duarte (1ª. edição no Brasil); Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; S. Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. DINIZ, Ricardo Martins Spindola. As condições para uma paz duradoura. Uma leitura de “A Paz pelo Direito”, de Hans Kelsen. **Campo Jurídico**, v. 2, 2014, p. 201-211.

Sentença da Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica, Ação de Inconstitucionalidade, Exp. 03-004485-0007-CO, Res, 2004-09992, Relator Luis Paulino Mora Mora, Disponível em <<http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2004/04-09992.htm>> Acesso em: 03 agosto 2015.

SORTO, Fredys Orlando. O uso da força nas relações internacionais: da Paz Perpétua ao Terceiro Ausente. In: TOSI, Giuseppe (Org.). **Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz**. João Pessoa: Ed. Universitária da UFPB, 2013. v. 2. p. 335-361.

ZOLO, Danilo. Reforçar e democratizar as instituições internacionais? O caso das Nações Unidas. In: **Direitos humanos em uma época de insegurança**. Organizado por Emilio Santoro, Gustavo Mesquita Batista, Maria de Nazaré Tavares Zenaide e Rafaella Greco Tonegutti. - Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010, p. 21-34.