

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

ELISAIDE TREVISAM

ARTUR CORTEZ BONIFACIO

MARIA DE FATIMA DE CASTRO TAVARES MONTEIRO PACHECO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria e filosofia do estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Artur Cortez Bonifacio; Elisaide Trevisam; Maria De Fatima De Castro Tavares Monteiro Pacheco – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-501-0

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

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Crise. 3. Fragilidade institucional.
VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

O Grupo de Trabalho de Teoria e Filosofia do Estado I que ocorreu no VII Encontro Internacional do CONPEDI na Universidade do Minho (UMinho), na cidade de Braga, em Portugal, trouxe reflexões de suma importância e de um valioso teor de pesquisa com indagações voltadas à discussão de proposições teóricas, buscando-se alternativas para a problemática enfrentada, dentro de um parâmetro internacional, da crise social e política em que se encontra toda a sociedade atual.

O evento reuniu pesquisadores, nacionais e internacionais e, dentre os diversos temas tratados, foi feito um percurso pela evolução da soberania equacionando, diante da atualidade de uma democracia que clama por sua concretização, a forma pela qual a soberania, como atributo do Estado, deve ser encarada no contexto da pós-modernidade e da globalização. Recordando a formulação original de Bodin e Hobbes, e partindo do pensamento de Bobbio sobre os novos paradigmas da sociedade civil, foi analisado o conteúdo prático da soberania com vista a descortinar o papel do Estado legislador na contemporaneidade. Centrando-se na política nacional brasileira de participação social, ficou destacado que deve ser reconhecido aos grupos vulneráveis, um maior poder de intervenção e participação social na produção do direito, através de mecanismos concretos. Sendo certo que a democracia participativa pressupõe a produção de inputs por parte dos movimentos sociais na gestão da informação, no debate, no processo de decisão legislativa e na avaliação das decisões tomadas pelos órgãos soberanos, ficou salientado o papel dos grupos e da sociedade civil, colocados ao nível de protagonistas diretos da política. Concluindo que o envolvimento intenso dos cidadãos e da sociedade civil no exercício do poder do Estado e na reestruturação da burocracia brasileira reequaciona o conceito tradicional de soberania, a legitimidade do poder e o papel supremo do Estado na produção do Direito, destacou-se a possibilidade da manipulação da sociedade civil neste processo democrático-participativo.

Discute-se no presente trabalho, ainda, a responsabilidade civil do Estado pelos atos legislativos no âmbito municipal e a delimitação do objeto desta comunicação dedicada ao regime da responsabilidade extracontratual do Estado e as dificuldades da aplicabilidade do regime a nível municipal face à federação brasileira. Analisando o tema em várias vertentes que se iniciam por uma abordagem das funções do Estado democrático, pelo regime da responsabilidade civil do Estado brasileiro e pela responsabilidade do poder legislativo

município, chegou-se à conclusão da falta de transparência no seu funcionamento, quiçá pela possibilidade de interferência pessoal, analisando a responsabilização das condutas – omissivas e por ação - num duplo ângulo: na perspectiva do agente produtor do dano e na perspectiva dos próprios eleitores. Sendo certo que a responsabilidade de Estado serve para salvaguardar os direitos dos particulares decorrentes das obrigações que o pacto federativo impõe aos municípios, ficou registrada a necessidade de apaziguar todas as inquietações dos cidadãos para garantir o bem comum e a discussão no espaço público.

Dando continuidade à reflexão aqui apresentada, recordando Santi-Romano (1917) e Hans Kelsen (1945) se reflete sobre a fundamentação da obrigatoriedade e da juridicidade do Direito Internacional, recordando a crítica de que no Direito Internacional não há legislador, nem executor, nem polícia. Situando cronologicamente cada uma daquelas construções jurídicas no tempo histórico em que floresceram, centra-se a pesquisa no famigerado problema da eficácia das sanções internacionais trazendo à reflexão a velha, mas sempre pertinente questão da primazia do Direito Internacional (monismo de Direito Internacional) ou do Direito Nacional (monismo de direito interno) e da própria existência do Direito Internacional. Neste quadro, situando Santi-Romano (escola institucionalista) no “Concerto Europeu” e Kelsen no “pós Tratado de Versalhes”, referindo-se ao período do desenvolvimento do Direito Internacional, evidenciou-se que ao tempo do primeiro, o Direito das relações entre Estados era tido como um produto da vontade desses mesmos Estados e, ao tempo do segundo (monismo radical), se falava já de um processo de criação jurídica próprio do Direito das Gentes que transcendia o âmbito nacional, da existência de uma norma fundamental suprema e da consuetudo est servanda. Nestes termos, recordando o normativismo Kelsiano e o pensamento de Santi-Romano - fundador da escola institucionalista – elucidou-se a atualidade de tais construções jurídico-internacionais para ilustrar o relacionamento entre os Estados e o pensamento internacionalista contemporâneo. Concluindo pela extraordinária atualidade e adaptabilidade do pensamento de Santi-Romano para explicar a existência e vigência do Direito Internacional no seio das ordens jurídicas internas, defendeu-se a validade e vigência das normas de Direito Internacional no âmbito interno dos Estados. Assim, o problema da dupla interpretação, continua ainda pertinente para a ciência jurídica.

De um modo totalmente reflexivo e filosófico, fica demonstrada no presente trabalho, a necessidade de buscar-se o desenvolvimento da cidadania e da democracia em tempos de crise social e política como a que estamos vivenciando atualmente. Isso faz com que a sociedade jurídica seja conduzida a pensar sobre uma sociedade mais justa, livre e igualitária.

Boa leitura!

Profa. Dra. Elisaide Trevisam (EPD e UNINOVE)

Profa. Dra. Maria de Fatima de Castro Tavares Monteiro Pacheco (UMinho)

Prof. Dr. Artur Cortez Bonifacio (UFRN)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**UM CONFRONTO ENTRE A ABORDAGEM MONISTA DE HANS KELSEN E A
VISÃO INSTITUCIONALISTA DE SANTI ROMANO ACERCA DA
FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL**

**A CONFRONTATION BETWEEN HANS KELSEN'S MONASTIC APPROACH AND
THE INSTITUTIONAL VISION OF SANTI ROMANO ON THE FOUNDATION OF
INTERNATIONAL LAW**

**Tarcísio Vilton Meneghetti
Rafael Padilha dos Santos**

Resumo

O presente artigo visa apresentar duas visões contrastantes no que se refere à fundamentação do direito internacional, quais sejam, a abordagem monista de Hans Kelsen e aquela institucionalista de Santi Romano. De um lado uma visão normativista de direito, de outra um enfoque ordenamental. Cada autor, na medida em que possui determinada teoria de base acerca do direito em geral, procura fundamentar o direito internacional a partir de premissas que se enquadrem em sua concepção mais ampla de direito. O método utilizado é o indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito internacional, Comunidade internacional, Hans kelsen, Santi romano

Abstract/Resumen/Résumé

The present article aims to present two contrasting views on the basis of international law, namely, the monistic approach of Hans Kelsen and that institutionalist of Santi Romano. On the one hand, a normativist view of law (Kelsen), on the other hand, an institutionalist approach (Romano). Each author, insofar as he has a certain basic theory of law in general, tries to base international law on premises that fit his broader conception of law. The method used is the inductive method, through bibliographic research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International law, International community, Hans kelsen, Santi romano

Introdução

O recorte teórico do presente artigo cinge-se ao pensamento do autor Hans Kelsen acerca do direito internacional delimitado na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, bem como de Santi Romano a partir da obra *O Ordenamento Jurídico*.

O objetivo geral deste trabalho é estudar a tese do monismo no pensamento de Hans Kelsen na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, confrontando-a com a visão institucionalista de Santi Romano, vez que ambos os autores, ainda que de épocas próximas, enfrentaram a problemática da fundamentação do direito internacional com argumentos bastante distintos. Enquanto a abordagem clássica kelseniana centra-se em uma visão normativista do direito, Romano concebe as normas como aplicações secundárias do direito, sendo a ideia de instituição o verdadeiro fundamento de toda organização jurídica.

O problema de pesquisa está expresso na seguinte interrogação: em uma análise comparativa, qual são os pontos de convergência e/ou de divergência do pensamento de Hans Kelsen e de Santi Romano a propósito do entendimento acerca do direito internacional?

A apresentação da abordagem de Kelsen, aqui, encontra-se bem delimitada na obra *Teoria Geral do Direito do Estado*, publicada em 1945, anterior à edição francesa da obra *Teoria Pura do Direito* e da sua segunda edição alemã de 1960 (*Reine Rechtslehre*) – pois a primeira edição alemã data de 1934¹.

É possível asseverar, dedutivamente, que a tese que Hans Kelsen abraça ao teorizar sobre o direito internacional pode ser resumida em uma categoria: monismo; o grande desafio que enfrenta para sustentar esta tese é recepcionar no plano do direito internacional as grandes linhas da teoria pura do direito; o fio condutor que não abandona neste intento é o normativismo e seu princípio metodológico fundamental. São estes os três pilares do silogismo que sustenta o esforço de Kelsen no âmbito do direito internacional.

O encaminhamento lógico de Kelsen tem o percurso entrecortado por uma série de interrogações: **a)** O direito internacional possuiria caráter jurídico idêntico ao direito nacional? **b)** O direito internacional estatuiria atos coercitivos como sanções? **c)** O direito internacional regularia apenas a conduta estatal ou também a conduta de indivíduos? **d)** Qual seria a função essencial do direito internacional? **e)** Existiria primazia do direito nacional sobre o direito internacional ou vice-versa? **f)** A ordem jurídica internacional e a nacional

¹ A primeira apresentação da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a rigor, foi publicada em Madri na *Revista de Derecho Privado*, no ano de 1933, traduzida do alemão pelo jurista Luiz Legaz y Lacambra, tendo como título: *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*. A propósito, ver: PRADE, Péricles. **Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensaios**. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 1997, p. 46.

comporiam um único sistema jurídico? g) Existiria compatibilidade entre o direito internacional e a teoria pura do direito? h) Quais seriam as implicações do direito internacional para a soberania do Estado? São interrogações que acompanham o raciocínio de Kelsen, respondidas ao longo do desenvolvimento deste artigo.

Já Romano parte da ideia de que direito é, primariamente, instituição, no sentido de que qualquer corpo social, para garantir sua permanência, posiciona-se no sentido de organizar a si mesmo. E tal organização pode recorrer aos mais variados tipos de regras, dos costumes às sofisticadas legislações contemporâneas, passando por acordos e tratados internacionais e tantas outras hipóteses. Desse modo, para Romano, as normas seriam muito mais engrenagens da instituição, que suas pedras fundamentais. Quando for apresentado o pensamento de Romano neste trabalho, portanto, primeiro será focado na visão institucionalista, do que seria o direito para o autor, justificando sua célebre posição de que o direito não se limita do Estado, para então trazer algumas considerações do jurista italiano acerca da fundamentação jurídica da comunidade internacional.

A metodologia empregada para a construção dos entendimentos foi a pesquisa bibliográfica, tratando-se de um estudo comparativo entre dois autores (Kelsen e Romano), sendo que a ordem das ideias está estruturada na base indutiva.

1 DIREITO INTERNACIONAL EM KELSEN

1.1 O Direito Internacional e a Ciência Jurídica

O primeiro desafio que se abre a Kelsen ao trabalhar o direito internacional é pensar acerca da possibilidade ou não do direito internacional ser objeto da ciência jurídica. No sistema de pensamento de Kelsen o direito internacional será objeto da ciência jurídica desde que seu caráter jurídico seja idêntico ao do direito nacional. Para tanto, torna-se imperioso encontrar no direito internacional algo que se possa denominar de “regras de direito” do mesmo modo havido no direito nacional.

As regras de direito são formuladas como juízos hipotéticos em que certas consequências (efeitos) são vinculadas a determinadas condições (causas), isto é, liga-se a um fato ocorrido (causa/condição) um efeito que lhe é conseqüente (efeito/consequência). A diferença entre a regra da natureza e a do direito está na forma de conexão entre causa e efeito, pois enquanto a regra de natureza estabelece: “se A é, B é (ou será)” a regra de direito

dispõe: “se A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja”². Então, a ciência jurídica descreve a legitimidade para a oposição de um ato coercitivo como consequência a uma conduta violadora da obrigação estatuída pela ordem jurídica, compromissada com o caráter normativo da descrição, o que é denominado por Kelsen de imputação.

O ato coercitivo de que trata a regra de direito é a sanção, e quem sofre a sanção praticou um ato antijurídico, um delito. Há, pois, duas modalidades de atos coercitivos: **a)** um é aquele estabelecido na regra de direito, sendo *permitido*; **b)** o outro é aquele praticado em frontal violação à norma jurídica, sendo *proibido*. Este é o caráter jurídico havido no direito estatal.

O esforço de investigar a conexão entre a ciência jurídica e o direito internacional, nesta ordem de ideias, restará cumprido caso se encontre no direito internacional sanções e delitos, ou seja, trata-se de investigar se o direito internacional tem força de definir condutas permitidas e proibidas no espaço internacional assim como o direito estatal realiza com seus nacionais.

1.2 Delito e Sanção no Direito Internacional

Kelsen inicia ponderando acerca da existência ou não de delitos na ordem jurídica internacional, e busca respostas através de exemplos práticos. Primeiramente, é fato que se costuma denominar de delito um Estado invadir, injustificadamente, um território reconhecido como independente pelo direito internacional; da mesma forma, também é alcunhado de delito a violação de um tratado por parte de um Estado firmatário, na forma do direito internacional. Este é o primeiro ponto: os exemplos servem como testemunhos iniciais da existência de um sistema de normas no direito internacional. A investigação de Kelsen, porém, está apenas iniciando. Este primeiro ponto, apesar de fornecer indícios da existência de obrigações jurídicas internacionais não oferece o significado jurídico do vocábulo delito, o qual é alcançado apenas se no direito internacional for possível, antes, identificar sanções.

Kelsen assim abre mão da investigação sobre delitos no direito internacional para tratar acerca das sanções. A sanção existe desde que a ordem jurídica preveja um ato coercitivo instituído por ela mesma a ser aplicado no caso da violação de uma obrigação por ela constituída. A interrogação que se faz, então, é: existiria um ato coercitivo definido pelo

² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 2000, p. 87.

direito internacional como sanção? Para responder esta questão, primeiro é preciso averiguar as espécies de interferência que pode haver entre Estados, que, segundo Kelsen, são duas: **a)** represália; **b)** guerra³.

A represália significa uma interferência limitada, pontual, em um Estado no outro, podendo ocorrer com ou sem o concurso da força. Esclarece Kelsen: “[...] por meio das represálias, são confiscadas a propriedade do Estado ou a dos particulares e são lesados outros bens jurídicos.”⁴ Questiona-se: é possível encontrar no direito internacional represálias com natureza de sanções? A resposta de Kelsen é afirmativa, com a ressalva de que é possível pensar a represália tanto quanto uma sanção (permitida) como um delito (proibida).

A represália é permitida no direito internacional geral apenas enquanto uma reação do Estado ofendido contra um mal cometido pelo Estado ofensor, do contrário, é proibida. Em outras palavras, a represália é tolerada apenas enquanto reação, mediante castigo ou sanção civil, contra um ato coercitivo delituoso de outro Estado, como expõe Kelsen:

A idéia de que uma represália, uma interferência limitada na esfera de interesses normalmente protegida de outro Estado, é admissível apenas como reação contra um mal cometido por esse Estado, tem sido universalmente aceita e constitui parte incontestada do Direito internacional positivo⁵.

Com esta resposta sobre a represália Kelsen já resolve a natureza jurídica do direito internacional como idêntica ao do direito nacional, na medida em que permite pensar o direito em termos de sanção e delito. Resta averiguar se a guerra pode ter esta mesma conotação.

A guerra é uma interferência ilimitada que um Estado efetua na esfera de interesses de outro Estado com emprego da força, envolvendo as forças armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) tendente à destruição completa da independência do outro Estado. Expõe Kelsen: “Na guerra, são mortos, estropiados e aprisionados indivíduos, é destruída a propriedade do Estado ou dos particulares;”⁶ Kelsen entende como admissível na ciência jurídica duas teorias diametralmente opostas com relação à guerra: **a)** a teoria que não admite a guerra nem como sanção nem como delito; **b)** a teoria do *bellum justum*.

Na primeira interpretação, a guerra não pode ser considerada nem como delito nem como sanção. Um Estado que não se comprometeu expressamente mediante um tratado a guerrear com outro, ou que tenha permissão de guerrear apenas sob condições previstas, pode, sem violar o direito internacional, declarar guerra contra qualquer Estado. Segundo esta interpretação, ao mesmo tempo em que a conduta belicosa exercida por um Estado não é

³ Como se observará mais adiante, não são a represália e a guerra as duas únicas modalidades de sanção existentes no direito internacional, pois há também as sanções aplicadas à conduta dos indivíduos.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 2000, p. 358.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 470.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 2000, p. 358.

proibida pelo direito internacional, não podendo por isso ser considerada delito, não pode também ser admitida a guerra como sanção, porque nada autoriza o Estado a recorrer à guerra.

A implicação desta primeira interpretação é que, no que se refere à guerra, o direito internacional restaria impossibilitado de ser objeto da ciência jurídica, ou seja, na medida em que a guerra não consente pensar o direito internacional tutelando os Estados não existe a díade sanção e delito. Segundo esta interpretação, os Estados não estão sujeitos à ordem internacional de modo que o emprego da força não é monopólio da comunidade jurídica internacional, ou seja, o direito internacional não é uma ordem jurídica. É prudente lembrar que tal interpretação aplica-se apenas à guerra, não às represálias, neste último caso o direito internacional se organizaria como ordem jurídica⁷.

Já a teoria do *bellum justum* interpreta que o direito internacional proíbe a guerra, albergando o princípio de não-intervenção de um Estado em outro, sendo atribuição do direito internacional proteger a independência de cada Estado. Porém, consente excepcionalmente a guerra na qualidade de uma reação contra um delito, desde que promovida contra o Estado agressor. Esta interpretação admite apenas a “guerra justa”.

Um primeiro raciocínio que busca sustentar a doutrina do *bellum justum* afirma que a guerra enquanto sanção é uma reação possível que o direito internacional admite contra uma guerra anti-jurídica praticada pelo Estado ofensor. Kelsen não se contenta com esta explicação, denominando-a de “petição de princípio”, ou seja, não serve como prova da tese defendida pela doutrina do *bellum justum*. Para Kelsen, esta doutrina pode ser melhor sustentada mediante uma análise dos registros históricos dos casos de guerra. Tais evidências históricas dão conta de que os diferentes Estados consideram a guerra como proibida, admitida apenas como sanção a um mal sofrido, de sorte que os Estados, ao declararem guerra, buscam justificá-la para seu povo e ao mundo como um ato de justiça, em defesa da própria causa.

Então, a guerra é um meio que um Estado lança mão justificando-a como uma defesa da própria causa em face de uma ameaça ou ato concreto de agressão, como explica Kelsen:

Até hoje, nunca um governo declarou estar recorrendo à guerra apenas por se sentir livre para fazê-lo, ou porque tal medida lhe parecesse vantajosa. Um exame das várias justificativas do recurso à guerra revela em geral a afirmação de que o outro Estado cometeu um mal, ou está prestes a fazê-lo por meio de um ato injustificado de agressão, ou, pelo menos, que está se preparando para tal ato ou ainda que tem a intenção de cometê-lo⁸.

Um Estado, portanto, não pode proclamar guerra de modo injustificado contra outro Estado apenas sob emblema de estar no legítimo exercício da própria soberania interna. A

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 471-486.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 473.

implicação da doutrina do *bellum justum* é consentir que o direito internacional seja objeto da ciência jurídica, concebendo que em assuntos referentes à guerra o direito internacional é uma ordem jurídica que obriga e autoriza os Estados.

Qual destas duas interpretações a ciência jurídica adota? Para Kelsen, não é papel da ciência jurídica tomar partido sobre nenhum posicionamento, apenas descrever os fenômenos jurídicos, até mesmo porque tanto a primeira quanto a segunda interpretação são defendidas por autoridades no tema. Assim justifica Kelsen:

A situação caracteriza-se pela possibilidade de uma dupla interpretação. Estar, às vezes, sujeito a uma dupla interpretação é uma das peculiaridades do material que constitui o objeto das ciências sociais. Portanto, a ciência objetiva não tem como se decidir a favor ou contra uma ou outra.

Diante desta abordagem, observa-se que a represália e a guerra referem-se ao direito internacional consuetudinário. A diferença entre ambas é a seguinte: “A represália é uma agressão limitada à ofensa de determinados interesses, a guerra é uma agressão ilimitada à esfera de interesses de um outro Estado.”⁹

Do exposto, a síntese que se abstrai dos argumentos de Kelsen é que o direito internacional é objeto da ciência jurídica, sendo direito do mesmo modo como é o direito interno dos Estados, mormente quando se refere às represálias, que consente pensar, unanimemente, a faculdade do direito internacional de impor deveres e conferir direitos, regulamentando a conduta mútua na ordem internacional. Quanto a guerra, a ciência jurídica apenas aponta a controvérsia, conforme acima exposto, sem responder em absoluto. Diante destes argumentos cumpre, a seguir, apontar o pensamento de Kelsen quanto ao estágio de desenvolvimento do direito internacional.

1.2 O direito internacional como ordem jurídica primitiva

Em uma análise técnica do direito internacional é correto afirmá-lo como um direito primitivo, o que significa que ainda está no início de um caminhar que o direito estatal já percorreu há tempo. A afirmação de que o direito internacional é um direito primitivo é sustentada por Kelsen em razão do direito internacional ser descentralizado, enquanto o direito estatal é centralizado. Significa que o direito internacional não possui órgãos organizados, sem divisão de trabalhos para criação e execução de normas jurídicas, o que pode ser analisado nas três esferas de poderes:

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 2000, p. 356.

1- *Quanto à função legislativa*: o direito internacional não possui um órgão legislativo central, especializado na edição de normas gerais, pois estas se processam mediante costume ou tratado, ou seja, as normas são elaboradas pelos próprios membros da comunidade.

2- *Quanto à função executiva*: a aplicação das normas aos casos concretos segue o princípio da autotutela, ou seja, não há um órgão especializado para exercer esta função executiva.

3- *Quanto à função judiciária*: não há tribunais centralizados que, objetivamente, decidam o litígio mediante um processo juridicamente regulado, utilizando-se muito a autocomposição.

Então, o direito internacional está trilhando pelas mesmas veredas que antecederam a criação do direito interno dos Estados nos moldes atuais, encontrando-se em um estágio semelhante àqueles constatados nas sociedades primitivas.

Segue-se que é pressuposto da ordem jurídica internacional a existência dos Estados nacionais, e vice-versa, existindo uma imbricada relação entre eles, contudo, tal relação se dá em um contexto semelhante ao das sociedades primitivas. O que resta por saber é a possibilidade ou não de se pensar sanções contra indivíduos na esfera internacional.

1.3 O monismo kelseniano

Kelsen sustenta que o direito internacional está conexo às ordens jurídicas nacionais compondo com as mesmas uma ordem jurídica universal. Insurge-se contra a visão pluralista de que o direito internacional e o direito nacional seriam duas ordens jurídicas separadas, entre si independentes, com matérias diferentes e fontes diferentes.

Detendo-se no que até aqui foi exposto, é possível destacar diferentes aspectos do pensamento de Kelsen que evoluem, inevitavelmente, ao monismo, conforme as seguintes assertivas: **a)** o direito internacional possui idêntico caráter jurídico ao direito nacional; **b)** as normas de direito internacional são incompletas, dependendo de complementação pelas normas de direito nacional mediante uma delegação do direito internacional; **c)** a ordem jurídica internacional é regente do princípio de eficácia, determinando por isso as esferas de validade territorial, pessoal e temporal das ordens jurídicas nacionais, tornando possível a coexistência de diversos Estados; **d)** a ordem jurídica internacional restringe a esfera de validade material das ordens jurídicas nacionais.

Primeiramente, Kelsen combate o pluralismo ao asseverar que a matéria do direito internacional e do direito nacional não diferem entre si, ou seja, podem adotar o mesmo objeto para regulamentação. Em outras palavras, tratados internacionais não têm seu objeto restringido por aquilo que é norma jurídica interna, pois pode regulamentar inclusive aquilo que um Estado Nacional regulamenta. Kelsen fornece como exemplo a relação trabalhista, que pode ser regulamentada dentro do Estado, porém, enquanto um Estado firma um tratado com outros Estados sobre esta matéria, deixa de ser assunto exclusivamente nacional para tornar-se internacional. Segue-se, então, que toda matéria regulamentada pelo direito nacional pode ser objeto de regulamentação pelo direito internacional; porém, nem toda matéria do direito internacional pode ser regulamentada pelo direito nacional, como é o caso da delimitação normativa das esferas de validade de existência dos Estados, retratada no princípio de eficácia, que é de exclusiva competência do direito internacional¹⁰.

Quanto às fontes do direito, de início, impende notar que a noção de fontes do direito é aqui entendida por Kelsen como o fundamento de validade do direito, consistindo na grande problemática enfrentada para resolver sua visão monista. Ora, para asseverar que o direito internacional e o direito nacional formem um sistema normativo universal é necessário afrontar o seguinte problema: *as normas do direito nacional e do direito internacional compõem um mesmo sistema desde que se possa fundamentar que ambas derivam sua validade de uma mesma norma jurídica fundamental.*

No ponto, Kelsen embate-se de frente com a necessidade de compatibilizar a teoria pura do direito, especialmente a conhecida pirâmide normativa, com a tese monista. Afinal, não seria a norma hipotética fundamental do direito nacional, que prescreve obediência aos primeiros constituintes históricos, o fundamento último de validade das normas jurídicas?

A problemática pode ser respondida de duas formas diversas: a primeira, partindo da primazia do direito internacional sobre o direito nacional; a segunda, partindo da primazia do direito nacional sobre o direito internacional. Cumpre analisar cada um destes pontos.

1.4 A questão da soberania

A ciência jurídica, assumindo duas hipóteses diferentes em relação à tese do monismo, responde de dois modos diferentes ao tratar sobre a soberania estatal.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 518.

Quando se admite a primazia do direito nacional a questão central é admitir a soberania do Estado, com autoridade suprema para admitir ou não validade às normas de direito internacional. Com efeito, é compatível com a teoria do reconhecimento admitir a seguinte afirmação: “Dizer que o Estado é soberano significa que a ordem jurídica nacional é uma ordem acima da qual não existe nenhuma outra.”¹¹

A soberania liga-se à ordem normativa estatal, a única com poder de reconhecer o direito internacional, fundamentando assim a validade deste último. Elucida Kelsen: “De acordo com a teoria do reconhecimento, a norma fundamental da ordem jurídica nacional é a fonte de validade suprema e absoluta de todo o Direito e, portanto, o Estado pode ser concebido como soberano.”¹² Então:

Se, por outro lado, acertarmos a hipótese da primazia do Direito nacional, então o Estado “é” soberano no sentido absoluto, original, do termo, sendo superior a qualquer outra ordem, inclusive o Direito internacional.¹³

Na hipótese da primazia do direito internacional sobre o nacional, os Estados nacionais criam e modificam suas normas internas de acordo com suas Constituições, dentro de sua esfera territorial e pessoal, enquanto são delegados pelo direito internacional. Por isso, a soberania destes Estados é apenas relativa, sendo a soberania absoluta encontrada apenas na ordem jurídica universal, como elucida Kelsen:

Se aceitarmos a hipótese da primazia do Direito internacional, então o Estado ‘não é’ soberano. Sob essa hipótese, o Estado poderia ser declarado soberano apenas no sentido relativo de que nenhuma outra ordem além da ordem jurídica internacional é superior à ordem jurídica nacional, de modo que o Estado está sujeito diretamente apenas ao Direito internacional.¹⁴

Partindo-se desta hipótese, que se contrapõe à teoria do reconhecimento, o direito internacional não vincula sua validade ao reconhecimento do Estado, ou seja, para o direito internacional ter validade não depende de nenhum ato interno do Estado concordando com a norma do direito internacional geral.

Estas duas hipóteses jurídicas representam duas teorias que podem ser adotadas para abordar os fenômenos jurídicos. A ciência jurídica não se posiciona sobre qual das duas adotar, a escolha, na verdade, deve ser realizada com base em conveniências éticas e políticas, por exemplo, se a ideologia predominante é marcada pelo nacionalismo e imperialismo, se adotará a hipótese da primazia do direito nacional; se a ideologia predominante é marcada pelo internacionalismo e pelo pacifismo, se adotará a primazia do direito internacional. No

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 545.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 546.

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 547.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 546-547.

pensamento de Kelsen, o compromisso da ciência é apenas revelar as relações entre estas hipóteses, auxiliando o jurista em sua escolha.

2 DIREITO INTERNACIONAL EM SANTI ROMANO

2.1 A visão institucionalista de Romano

Diferente da maioria dos autores contemporâneos, Santi Romano não adentrou na problemática do pluralismo dos ordenamentos jurídicos sem antes se propor a definir de modo objetivo o ‘fenômeno jurídico’, e sem jamais ultrapassar as linhas fronteiriças da ciência jurídica. Santi Romano era jurista, grande especialista no Direito Administrativo, não era filósofo do direito nem sociólogo do direito, embora suas percepções sejam valiosas também para estes campos do conhecimento. Ou seja, Santi Romano propôs um conceito de direito para além do Estado sem precisar cruzar a fronteira da ciência jurídica.

Romano enfrentou ativamente as doutrinas que tentam reduzir todo o direito a normas emanadas pelo Estado. Além disso, Santi Romano oferece precisa definição de Direito para a sua concepção de pluralismo jurídico.

Para Santi Romano o conceito de Direito deve conter três elementos essenciais, explicados separadamente na sequência:

- a) Antes de tudo, levar ao conceito de sociedade. Isso em dois sentidos que se complementam mutuamente: aquele que não sai da esfera puramente individual – que não supera a vida do indivíduo como tal – não é direito, (*ubi ius ubi societas*) e, ainda, não existe sociedade no sentido verdadeiro da palavra sem que nessa se manifeste o fenômeno jurídico (*ubi societas ibi ius*).¹⁵

Na sequência a sociedade é apresentada como:

[...] não uma simples relação entre os indivíduos, como seria, por exemplo, a relação de amizade, ao qual é estranho qualquer elemento jurídico, mas uma entidade distinta dos indivíduos que a compõe, que constitua mesmo formal e extrinsecamente uma unidade concreta. E deve se tratar de uma unidade efetivamente constituída.¹⁶

Não há como se pensar o conceito de direito fora da sociedade, nem o contrário. Toda sociedade necessita pôr um direito como forma de autorregulamentação. Isso porque a sociedade é todo agrupamento que se distingue das próprias pessoas que a compõem, passando a ter validade e existência de modo transcendente aos indivíduos que a compõem. A amizade não é uma sociedade porque assim que um dos dois amigos falece, distancia-se,

¹⁵ ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: Boiteaux, 2008. p. 77.

¹⁶ ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 77.

aquela relação deixa de existir. Ou seja, a amizade é indissociável dos amigos que compõem a amizade, sem aquelas duas pessoas específicas a própria amizade deixa de existir.

O mesmo raciocínio não vale para a família, pois ela tem um direito que explica como são transmitidas as propriedades, os deveres, de forma que a existência da instituição familiar transcende os próprios indivíduos que integram determinada família.¹⁷ É este direito, que é natural ao próprio conceito de família, que permite famílias existirem por séculos.¹⁸

Assim como a família, a comunidade, o Estado, as organizações privadas (incluindo as empresariais), todas elas possuem um direito que as permite existirem para além dos indivíduos que a compõem. Observa-se agora o segundo elemento definidor:

b) O conceito de direito deve, em segundo lugar, conter a ideia da ordem social: isso serve para excluir todo elemento que possa reconduzir ao puro arbítrio ou à força material, ou seja, não ordenada. [...] toda manifestação social, somente devido ao fato de ser social, é ordenada ao menos no que diz respeito aos seus consócios.¹⁹

Este segundo elemento é decorrente do primeiro e existe apenas para impedir que qualquer aglomerado humano, ainda que aleatório e caótico, possa ser chamado de sociedade. É necessário que exista um vínculo, uma ideia de bem comum, de objetivo compartilhado, que seja o liame entre todos os indivíduos que integram determinada sociedade. Por fim o terceiro aspecto do conceito:

c) A ordem social posta pelo direito não advém da existência de normas de qualquer origem que disciplinam as relações sociais. Ele não exclui tais normas, mas se serve delas e as integra na sua órbita, sendo que, concomitantemente, vai além delas, superando-as. Isso significa que o direito, antes de ser norma, antes de se referir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que é vigente e que para ele se constitui como unidade, como um ser existente por si mesmo.²⁰

Para entender o direito não é importante saber a origem das normas que compõem determinado ordenamento. Não importa se as normas foram criadas pelo Legislativo, se foram reconhecidas como costumes, se são meras aplicações de regras religiosas ou de contratos privados, importa apenas que aquelas normas foram aceitas e internalizadas por determinada sociedade. É daí que se torna inócua a discussão se em determinada comunidade indígena existiria direito porque as regras sociais são as mesmas da religião seguida pelos membros.

¹⁷ “A instituição é uma unidade fechada e permanente que não perde a sua identidade devido a alterações dos indivíduos que são seus elementos, das pessoas que dela fazem parte, do seu patrimônio, dos seus meios, dos seus interesses, dos seus destinatários, das suas normas e assim por diante. Ela pode se renovar conservando de modo imodificado a sua própria individualidade. Disso advém a possibilidade de considerá-la como um corpo isolado sem identificá-la com o que pode vir a ser necessário para lhe dar vida, mas que, dando-lhe vida, se amalgama nela”. ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 87.

¹⁸ A família como instituição vinculada ao direito já é conhecidamente abordada em COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996.

¹⁹ ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 77-78.

²⁰ ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 78.

No momento em que aqueles membros adotam as regras religiosas como regras de ordenamento social, de regulamentação social, elas passam a ser, também, regras jurídicas.

O mesmo vale para lugares que utilizam preceitos islâmicos como jurídicos, pois eles se tornam jurídicos no momento em que aquela sociedade compreende que aqueles são os preceitos que devem organizá-la. Com isto Santi Romano torna supérflua toda a discussão positivista acerca do que podemos entender por normas, se apenas as escritas, se também os costumes, em quais casos, etc.

[...] não acreditamos que a instituição seja fonte do direito, e que portanto este seja um efeito, um produto da primeira, mas acreditamos que entre o conceito de instituição e o de ordenamento, considerado no seu todo e integralmente, exista uma perfeita identidade²¹.

Santi Romano alerta que utiliza ‘instituição’ em seu sentido apropriado, não figurado, isto é, instituição é um ente imaterial, mas que de alguma forma pode ser individuado concretamente. Por exemplo, determinada organização empresarial ou Estado é uma instituição, pois pode ser individuada e distinguida das demais sociedades empresárias e Estados. Mas quando se fala em ‘instituição da compra e venda’, ‘instituição da imprensa’, entre outros termos, a expressão ‘instituição’ vem a ser utilizada em modo inapropriado, figurado, demasiadamente extensivo. A ‘imprensa’ até pode ser entendida como instituição, quando compreendida como a sociedade a qual integram os múltiplos órgãos de imprensa, todos vinculados entre si por meio de contratos, regras implícitas, regulamentos emitidos por associações profissionais, etc. Mas nesse caso não é a imprensa figurada, como se ouve comumente, quando algum personagem público reclama que ‘é perseguido pela imprensa’, mas a própria sociedade organizada composta pelas atividades voltadas à imprensa. O mesmo vale para expressões confusas como ‘classe empresarial’, que em si mesma não é uma instituição ou sociedade, mas as regras privadas empresariais decorrentes de contratos, as organizações de empresários em associações de segmentos, entre outras manifestações, podem dar nascimento a determinadas sociedades (em sentido de Santi Romano, não de direito empresarial) compostas por empresários.

O direito é instituição, é organização social:

Que tal ordenamento seja sempre e necessariamente jurídico, é demonstrado pela observação de que o objetivo característico do direito é precisamente aquele da organização social. O direito não consagra somente o princípio da co-existência dos indivíduos, mas se propõe sobretudo a vencer a fraqueza e a limitação das suas forças, a ultrapassar a sua breve existência, a perpetuar certos desígnios além da sua vida natural, criando entes sociais mais poderosos e mais duradouros do que os indivíduos.²²

²¹ ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 82

²² ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 89.

A sociedade, enquanto instituição, é decorrência da natureza humana enquanto ser inteligente. Por ser finito, por ser incapaz de realizar todas as obras que deseja, o ser humano se relaciona com outros de modo ordenado a permitir que tais projetos transcendam suas existências temporais. Aquilo que é iniciado por um e que não será concluído em sua breve existência será continuado, aprimorado, por outros indivíduos. A sociedade potencializa a inteligência, transforma o potencial social do humano em criador civilizatório.²³

As regras instituídas pelo direito em determinada sociedade servem à finalidade de garantir esta busca por eternidade, esta realização de projetos para além das existências individuais. É daí que não há sentido em cada membro fazer somente aquilo que lhe convém, porque neste caso não há sociedade, mas um aglomerado atomístico de indivíduos. Os membros precisam aceitar as restrições de liberdade, as sujeições, para terem garantias de agirem em determinadas frentes, para que o projeto orgânico da sociedade seja possível. O direito, portanto, organiza a sociedade, gerencia os mecanismos que condicionam o seu funcionamento.²⁴

Desde o fim da Idade Média, mas, sobretudo após a Revolução Francesa, o mundo ocidental acompanhou o surgimento e o ápice do fenômeno do Estado, que inclusive passou a ser considerado a categoria básica dos estudos de Ciência Política, Filosofia Política e inclusive da Ciência Jurídica. De um mundo fragmentado e pluralista como era o medieval, com cada dimensão da sociedade sendo capaz de reproduzir autonomamente o próprio direito, o Estado passou a concentrar em si cada vez maior competência para criar e aplicar o direito.²⁵

²³ Estes entes realizam a síntese unificante em que o indivíduo permanece fechado, regulando não só a sua atividade, mas também a sua condição, algumas vezes superior, outras inferior a das demais; coisas e energias são destinadas a fins permanentes e gerais, ou seja, com um conjunto de garantias, de poderes, de sujeições, de liberdades, de freios, que reduz a um sistema e unifica uma série de elementos em si e por si moderados. Isto significa que a instituição no sentido por nós delineado é a primeira, originária e essencial manifestação do direito. Este pode se manifestar somente em uma instituição, e a instituição, no entanto, existe e pode ser dita tal enquanto é criada e mantida viva pelo direito. ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 89-90.

²⁴ Acrescenta-se a visão de Paolo Grossi acerca das dimensões social e coletiva como decorrência da própria natureza social humana: “Dimensione sociale significa cogliere il soggetto come creatura relazionale, nei suoi rapporti con gli altri, rapporti che ne limitano il possibile arbitrio e, nello stesso tempo, lo arricchiscono, lo integrano. Dimensione sociale significa anche che il soggetto non può essere colto unicamente come titolare di diritti ingigantendo oltre misura (come si è fatto nella modernità) il suo egocentrismo, ma altresì di precisi doveri, ineliminabile conseguenza della sua recuperata (e per lui salvante) socialità. Dimensione collettiva vuol dire qualcosa di più, e cioè che i rapporti sociali non restano disarticolati e, quindi, disorganici, ma soggiacciono a dei collegamenti dando vita a formazioni che potenziano le singole vitalità dei soggetti partecipi ai collegamenti: religiose (ed ecco la confraternita), economiche (ed ecco la corporazione professionale), lavorative (ed ecco il sindacato), politiche (ed ecco il partito)”. GROSSI, Paolo. *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*. Genova: Marietti, 2015. p. 56.

²⁵ Para aprofundamentos na transição do direito medieval para o estatal-moderno ver, entre outros, Berman, Villey e as várias obras de Grossi citadas neste trabalho, mas em especial *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. BERMAN, Harold. *Razão e Revolução*. São Paulo: Paz e Terra, 2004; VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005; GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Boiteaux, 2004.

Paulatinamente as outras esferas sociais, como a religiosa, econômica, comunidades locais, perderam a autonomia para criar direito, ou no máximo poderiam ter seus poderes reconhecidos pelo Estado²⁶, mas, sempre em caráter inferior.²⁷

Assim é o Direito ensinado ainda hoje nas faculdades de Ciência Jurídica espalhadas pelo Ocidente. O Direito é prerrogativa estatal, e mesmo aquele direito criado para além do Estado necessita da outorga estatal (raciocínio válido inclusive para o direito internacional clássico).²⁸

Santi Romano já denunciava a debilidade da argumentação teórica que tenta defender tal posição monopolista por parte do Estado quanto ao poder de regulamentar a vida social, a

²⁶ Afirma Sacco: “A partir de certa data (digamos: a partir da Revolução Francesa), o Estado assumiu o poder de criar direito em todos os setores; de modo geral, ele negou ou reduziu a competência nesse âmbito das organizações territoriais menores. Esse Estado (cuja forma caricatural coincide com a República jacobina) não reconhece poder originário ao ordenamento internacional, não o reconhece aos ordenamentos religiosos, nem às entidades territoriais menores, nem às corporações de ofício. O direito é criado totalmente pelo Estado”. SACCO, Rodolfo. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 88.

²⁷ “Cada Estado deve, sem dúvida, ser considerado como um ordenamento que, de fato, está separado dos outros Estados. Mesmo a comunidade internacional, não obstante o fato de ser uma instituição de instituições, é fruto de um ordenamento que pressupõe individualmente os ordenamentos dos Estados, mas, afirmando a independência e autonomia desses, não os incorpora no seu. Este princípio, que poderia ser chamado de pluralidade dos ordenamentos jurídicos, enquanto é incontestado no que se refere aos vários Estados bem como, ao menos na doutrina mais recente, no que diz respeito às relações entre o direito internacional e os direitos estatais, é também, por vezes, negado de uma forma enérgica no que concerne os demais ordenamentos jurídicos. Para estes se põe, frequentemente, a tese de que todos, sem exceções, devem ser reduzidos ao direito estatal. Antes, seria o Estado que imprimiria o seu caráter jurídico, seja quando os constitui diretamente, seja quando os reconhece. No caso em que não se tenha tal reconhecimento, como, por exemplo, no que se refere às instituições hostis ao Estado ou mesmo contrária aos princípios essenciais por este postos na base do seu direito, tais instituições deveriam ser consideradas antijurídicas, não somente a respeito do Estado, o que é natural, mas também em si e por si. Não existiriam, desse modo, outros ordenamentos jurídicos verdadeiros além daquele estatal e daquele inter-estatal. Os demais somente poderiam pertencer, de forma imediata ou mediata, ao primeiro, sendo elementos integrantes de seu sistema, ou, ao máximo, seus satélites. O direito seria somente uma força ou uma vontade, que se irradiaria do Estado (na comunidade internacional de vários Estados), e somente deste”. ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 137-138.

²⁸ O Direito hoje só existe a partir ou reconhecido pelo Estado, salienta a maioria dos juristas. Estranhamente, afirma Miaille, a categoria ‘Estado’ é basicamente ignorada e não ensinada nas disciplinas da faculdade de Direito. “[...] todo os autores insistem no facto de hoje o essencial do direito ser estatal. O Estado constitui, pois, um elemento fundamental do conhecimento do direito, e, no entanto, ele encontra-se ausente da cadeira de introdução ao direito! Esta ausência não é neutra: é ela que oculta objectivamente a natureza do direito que é exposto. Porque, se o direito é feito pelo Estado, não é inocente esconder-se-nos o que é o Estado! Mas, poderíeis dizer, basta ir consultar o curso de direito constitucional. Esta operação já não é satisfatória. Em primeiro lugar, o facto de separar em dois ensinamentos disintos o que deveria, na realidade, pertencer aos mesmos desenvolvimentos deixa supor que se trata de duas realidades diferentes”. MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao estudo do direito*. Lisboa: Estampa, 2005. p. 121. O autor prossegue, argumentando que a ausência do Estado nas disciplinas jurídicas serviria para ocultar o debate crítico daquilo que seria o Estado historicamente situado, ou seja, o Estado segundo a ideologia liberal, que é apenas um entre os tantos modelos teóricos já propostos de Estado. Alguns podem retrucar dizendo que o Estado é abordado na disciplina de Ciência Política, entretanto, limitar o Estado à Ciência Política equivale a dizer que é da Ciência Política que emana o regramento jurídico, o que é, em certo sentido, um raciocínio válido, mas exigiria a aceitação da tese de Schmitt, em contraposição àquela kelseniana. O que torna o cenário ainda mais nebuloso, pois a teoria de Schmitt raramente recebe a devida atenção pelos estudiosos contemporâneos.

qual, basicamente, precisaria se ancorar na combinação de duas teorias: (1) a concepção naturalista da supremacia estatal²⁹ e (2) fundamento ético do Estado na visão hegeliana.

[...] não se saberia como teoricamente justificá-la a não ser assumindo, por um lado, que o direito positivo pode e deve ser somente um produto do direito natural e, por outro, que o único ente que tenha, ao menos hoje, a possibilidade de interpretar e traduzir nas suas leis o direito natural seja o Estado. Deste modo se chega àquela concepção de Estado do qual Hegel foi o mais sistemático e o mais sugestivo defensor. Se, com tal filósofo, se admite que o Estado é a totalidade ética, que ele é a irrupção de Deus no mundo, que deve ser honrado como algo mundano-divino, e que, antes, é um Deus real, então se está perante a um sistema o qual não se pode retirar a bases sem a elas contrapor outras. E quem o segue, pactuando, ao mesmo tempo, que compreenda e englobe totalmente o fenômeno jurídico no princípio ético, pode também ser dispensado de dar uma demonstração mais completa do assunto.³⁰

A única forma de defender a supremacia absoluta do Estado na produção do direito é assimilar esta teoria que vê no Estado apenas uma das instituições, não basta sequer ver o Estado como a maior das instituições, é necessário vê-lo como encarnação divina, o próprio Deus materializado historicamente.

Tal argumentação, como se sabe, não é compartilhada por quase nenhum jurista atual que defende a supremacia estatal. Estes, invariavelmente, recorrem ao constitucionalismo, à democracia, aos movimentos historicamente situados, como a Revolução Francesa, a Russa, as constituições dos Estados Unidos da América, México, de Weimar, e das teorias advindas do pós-Segunda Guerra Mundial.

O problema de tais argumentações é que podem no máximo defender que o Estado é a maior das instituições, o que por si só é questionável, mas jamais que se trata da única instituição capaz de produzir direito. Se não é a maior, necessariamente deve-se reconhecer a existência de outras instituições capazes de produzir direito, ainda que em nível inferior.³¹

Romano acrescenta que é inclusive impossível demonstrar um vínculo objetivo e causal do

²⁹ “É, de fato, próprio de tal concepção naturalista fazer com que o direito figure como atuação concreta – que deveria ser única e uniforme – de um princípio transcendente e absoluto, da justiça abstrata e eterna, e, portanto, negar o caráter de direito a todos os ordenamentos sociais que não possam ao menos ser considerados como tentativas, ainda que imperfeitas, de tal atuação, ou que, como não bastasse, se afirmam rebeldes em relação a esta ideia de justiça. A doutrina que vê no Estado o único órgão, ou, como se ouve dizer, o único produtor do direito, evidentemente se fundamenta nessas perspectivas, completadas com a outra – mais recente em determinados desenvolvimentos – que faz figurar no Estado o ente ético por excelência”. ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 139-140. As concepções naturalistas aludidas por Romano certamente são as diversas teorias da filosofia política moderna que atribuem a origem estatal na própria natureza, como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, Grotius, Pufendorf, etc.

³⁰ ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 140.

³¹ “Do que foi afirmado se pode concluir que quem concebe o Estado como somente uma das formas – mesmo sendo ela a mais evoluída da sociedade humana -, sem portanto reconhecê-la como uma divindade, o que não se faz em relação às outras formas que o precederam ou que são contemporâneas a ele, deve também admitir que o ordenamento destas outras deve ser considerado como jurídico, não menos e a título não diferente do ordenamento estatal”. ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 141.

Estado em relação ao direito, ou seja, um nexos que demonstre ser o Estado a única instituição capaz de produzir direito.

De fato, qual poderia ser o nexos necessário entre o direito e o Estado, através do qual o primeiro somente possa ser imaginado como um produto do segundo? Não só é impossível demonstrar a existência deste nexos, como, ao contrário, se pode demonstrar que ele não existe. De fato, enquanto, se pode perfeitamente conceber o conceito de direito sem o Estado, é impossível definir o Estado sem recorrer ao conceito de direito. Este não é uma união material de seres humanos, um simples agregado de fato e casual, mas uma comunidade organizada, ou seja, um ente jurídico, um dos diferentes ordenamentos jurídicos que a realidade nos apresenta.³²

A aceitação do Estado como superior ao direito equivaleria a defender a supremacia do Estado sobre a própria sociedade, algo ilógico, tendo em vista que é possível constatar inúmeras sociedades capazes de existirem organizadamente sem constituírem um Estado do ponto de vista moderno, mas é impensável o Estado sem a sociedade³³.

Romano acrescenta ainda que muitos autores sequer esboçariam alguma teoria filosófica para justificar a posição supremacista do Estado como produtor do direito, mas se limitariam a afirmar que assim se constitui a realidade contemporânea. Entretanto, transformar a realidade contemporânea (limitada, diga-se, pois sequer abarca todas as sociedades contemporâneas), é certamente uma disposição preguiçosa a não enfrentar diretamente o problema.

É verdade que muitos entes que antes eram independentes em relação ao Estado ou, ao menos, mais independentes, agora se encontram atraídos para a sua órbita ou, se assim já o eram, em uma órbita ainda mais restrita. É também verdade que, por consequência disso, o ordenamento jurídico destes entes algumas vezes se fundiu com o ordenamento estatal de modo mais ou menos completo. Mas, deve ser negado do modo mais firme possível, que o sistema estatal tenha se tornado o único sistema do mundo jurídico. Melhor, deve ser negado que tal concentração seja materialmente possível.³⁴

Em outras palavras, o fato de atualmente as sociedades ocidentais se constituírem na forma em que o ordenamento estatal atrai para a sua órbita os demais ordenamentos não significa que esta seria uma concepção absolutista e definitiva de direito. Isto não passaria de uma sacralização do presente, desprovida de fundamentação lógica. O papel do cientista jurídico não é defender ideologicamente determinada sociedade ou concepção de Estado ou direito, mas compreender o que é o fenômeno jurídico em sua realidade.

³² ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 141.

³³ Talvez a única teoria aceitável aqui seja novamente a hegeliana, mas repete-se, seguir o raciocínio hegeliano exige também a aceitação da condição divina e suprema do Estado enquanto totalidade ética, o que, por consequência, é incompatível com as teorias contemporâneas do direito e do Estado. Não há como seguir simultaneamente as duas vertentes. Ademais, é importante salientar que a exposição hegeliana do Estado não é simplista, pois a centralidade deste se fundamenta no sentido de ser a instituição que resolve todas as contradições internas, como os interesses egoístas e econômicos do capitalismo da sociedade civil, aqueles das famílias, etc. Para aprofundamento da questão hegeliana sugere-se a consulta do próprio autor em HEGEL, G. W. F. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Loyola, 2010.

³⁴ ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 142.

Feitas estas delimitações introdutórias do que seja instituição para Romano e sua defesa de que é ilógica a argumentação que tenta reduzir todo o direito ao Estado, passa-se a verificar algumas breves noções romanianas acerca do direito internacional.

2.2 Direito internacional em Santi Romano

Embora vários escritos esparsos de Romano tratem do direito internacional, é em vários momentos de *L'Ordinamento Giuridico* e, sobretudo, em *Corso di Diritto Internazionale*, que o seu pensamento se detém de modo mais preciso em tal matéria.

A pergunta central, para Romano, acerca do direito internacional é: o ordenamento jurídico internacional é uma instituição? Porque como visto, somente aquele corpo social capaz de se organizar enquanto instituição pode ser entendido enquanto ordenamento jurídico, para o autor italiano.

A posição romaniana é sempre aquela de procurar a instituição não nas regras isoladas, nos comandos governamentais, nas leis, decretos, costumes, mas na própria ideia de organização social e verificar se naquele corpo existe uma instituição.

Desse modo é inútil procurar, no direito internacional, as características basilares do direito estatal, com sua distribuição de poderes, sistema concatenado de normas, e assim por diante. Da mesma forma a ausência de hierarquia na comunidade internacional, pois ao menos teoricamente todos os Estados-nacionais são paritários em suas relações, também não é suficiente para afastar o caráter jurídico do direito internacional.³⁵

Para Romano a visão de que todo o direito se exaure no Estado, e que este não sofreria qualquer limitação da comunidade internacional, parece se fundar, indiretamente, na visão atomista tão propagada pelas teorias contratualistas, que apresentam o ser humano como indivíduo isolado e totalmente independente em sua constituição originária, sendo submetido somente aos acordos e vontades promulgados por ele mesmo. Ora, a defesa de que o Estado apenas se submete aos atos de sua vontade não passaria de uma reelaboração dessa mesma doutrina, que se é insuficiente para o indivíduo, também o será para o Estado.³⁶

Isto porque a partir do momento em que o Estado existe historicamente, territorialmente, já está compreendido que ele existe em meio a uma complexa rede de outros

³⁵ Isto não significa que Romano seja alheio à constatação evidente de que nem todos os Estados possuem o mesmo protagonismo, tanto que o autor apresenta o conceito de 'Grandes Potências', que seriam aqueles Estados que, por seu poder militar, tecnológico, econômico, etc, possuem condições muito maiores de influenciar o grande jogo geopolítico. ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Internazionale*. Padova: CEDAM, 1939. p. 104-105

³⁶ ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 100-101.

Estados nacionais. O princípio de que cada Estado é soberano em seu território, por exemplo, é princípio que deriva do direito internacional, pois apenas com o direito nacional nenhum Estado teria força de exigir respeito dos demais Estados a esta limitação.³⁷

Desse modo a comunidade internacional dos Estados é uma instituição originária, que não emana de nenhum Estado específico, mas resulta permanentemente da necessária relação entre os vários Estados. Afirmar que o direito internacional seja instituição derivada equivaleria a dizer que teria sido posto por um determinado Estado, o que obviamente contraria as evidências históricas, pois os Estados mudam conforme a passagem histórica, mas a comunidade internacional, com suas regras consuetudinárias que determinam o equilíbrio das forças nacionais, permanece.

Conclusão

Para Kelsen o direito internacional possui caráter jurídico como o direito nacional, pois nele é possível constatar a díade sanção e delito, constituindo assim obrigações na conduta dos Estados e prevendo sanções para caso de delitos.

No estágio histórico de desenvolvimento do direito internacional é correto afirmar que se encontra ainda como um direito primitivo, em que seus próprios membros fazem as regras e as executam, sendo um direito descentralizado, sem órgãos organizados nas três esferas de Poder: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Decorrente do pressuposto da teoria de Kelsen de que o Direito regula apenas a conduta humana, os sujeitos do direito internacional não são apenas os Estados, mas também indivíduos, pensados sob dois aspectos: a) enquanto sujeitos indiretos do direito internacional, entendidos como pessoas que integram órgãos estatais; b) enquanto sujeitos diretos do direito internacional, entendidos na qualidade de nacionais de um Estado.

Já Santi Romano não adentra argumentações acerca da existência de sanções ou não no direito internacional, pois para o autor italiano este é um aspecto não essencial do direito. Para Romano a comunidade internacional possui direito pelo motivo de que cada Estado, na medida em que existe e se defende como único autorizado a regulamentar a si mesmo, em seu espaço, implicitamente concorda com o direito internacional, de respeitar os Estados alheios, pois o princípio da soberania é, também, um princípio de direito internacional.

³⁷ ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. p. 104-105.

Romano apresenta visão similar a Kelsen no aspecto de que a comunidade internacional é ainda uma comunidade primitiva, pouco organizada, com os próprios sujeitos firmando acordos e aplicando sanções, sem o poder centralizador e hierarquicamente superior, como se veria nos Estados nacionais.

Para Romano o direito internacional não deriva das vontades individuais dos Estados, mas é ordenamento originário, que põe a si mesmo, pois ainda que mudem os Estados, permanece a necessidade de organização das relações interestatais.

Referências bibliográficas

- BERMAN, Harold. *Razão e Revolução*. São Paulo: Paz e Terra, 2004
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996
- GROSSI, Paolo. *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*. Genova: Marietti, 2015.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Boiteaux, 2004.
- HEGEL, G. W. F. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Loyola, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao estudo do direito*. Lisboa: Estampa, 2005.
- PRADE, Péricles. *Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensaios*. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 1997.
- ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Internazionale*. Padova: CEDAM, 1939.
- ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: Boiteaux, 2008.
- SACCO, Rodolfo. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005