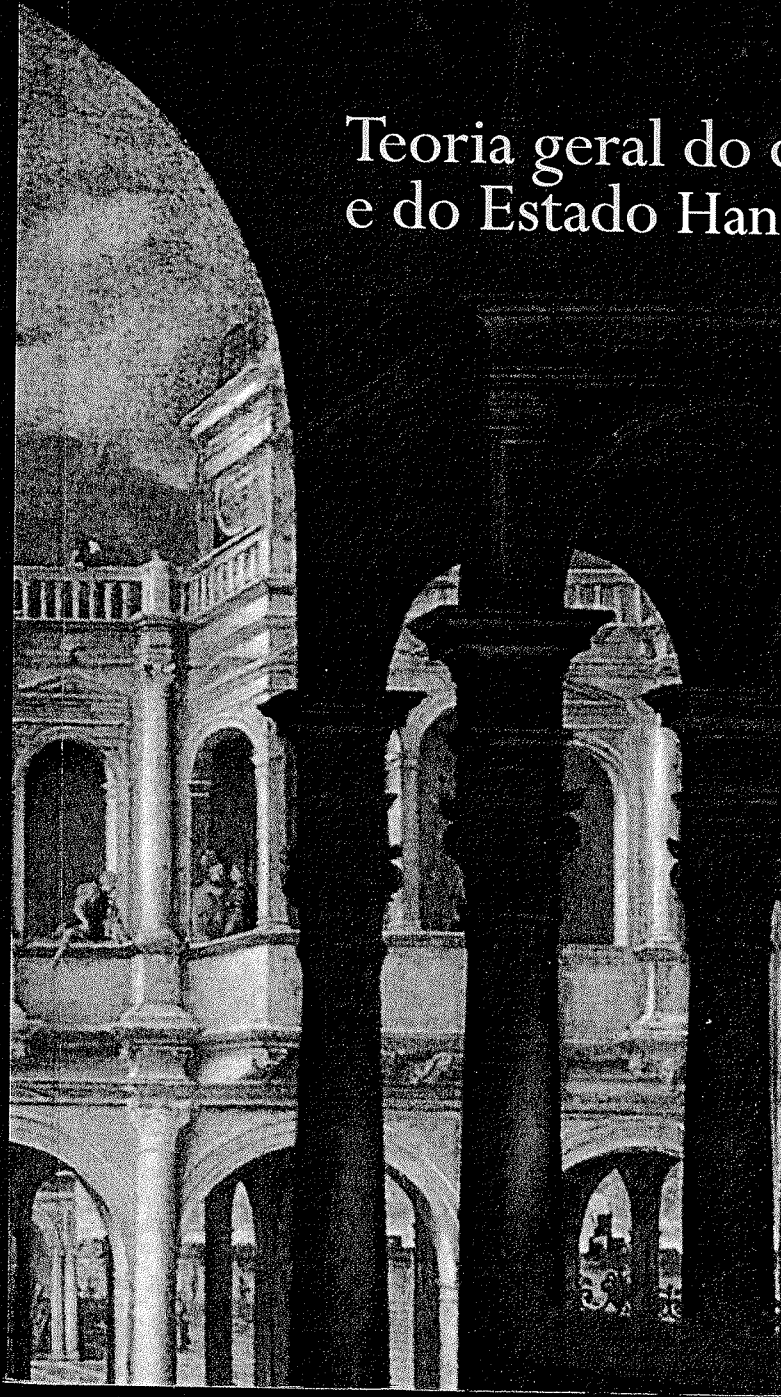


Teoria geral do direito
e do Estado Hans Kelsen



Índice

Prefácio..... XXVII

PRIMEIRA PARTE: O DIREITO

Estatística jurídica

1. O CONCEITO DE DIREITO	5
A. Direito e justiça	5
a. A conduta humana como objeto de regras	5
b. Definição científica e definição política de Direito	7
c. O conceito de Direito e a idéia de justiça	8
1. A justiça como um julgamento subjetivo de valor	9
2. Direito natural	12
3. O dualismo de Direito positivo e Direito natural	17
4. Justiça e paz	19
5. Justiça e legalidade	20
B. O critério de Direito (o Direito como uma técnica social específica)	21
a. Motivação direta e indireta	21
b. Sanções transcendentais e socialmente organizadas	23
c. Punição e recompensa	25

Título original: GENERAL THEORY OF LAW AND STATE.
Copyright © Hans Kelsen Institute, Viena
Copyright © 1945 The President and Fellows of Harvard College,
publicado em 1961 por Russell and Russell, Inc.
Copyright © 1990, Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, para a presente edição.

1ª edição
março de 1990
4ª edição
maio de 2005

Tradução
LUIZ CARLOS BORGES

Revisão técnica
Dr. Péterics Péter
Preparação do original
Pier Luigi Cabra
Revisão gráfica
Sandra Rodrigues Garcia
Produção gráfica
Genildo Alves
Paginação/fotolitos
Studio 3 Desenvolvimento Editorial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Kelsen, Hans, 1881-1973.
Teoria geral do direito e do Estado / Hans Kelsen ; tradução Luis Carlos Borges. – 4ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2005. – (Justiça e direito)

Título original: General theory of law and state
Bibliografia.

ISBN 85-336-2145-0
1. Direito – Filosofia. 2. Direito internacional. 3. Direito natural. 4. O Estado. I. Título. II. Série.

05-3347

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12
2. Direito natural 340.12

Todos os direitos desta edição para a língua portuguesa reservados
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.
Rua Conselheiro Ramalho, 330 01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3101.1042
e-mail: info@martinsfontes.com.br http://www.martinsfontes.com.br

do Direito internacional cometida pela conduta de um órgão de Estado, ou ao indivíduo que, na sua capacidade de órgão de Estado, violou, por meio da sua conduta, o Direito internacional. Como assinalamos²⁴, a responsabilidade coletiva é sempre responsabilidade absoluta, já que não pode ser baseada na culpa dos indivíduos responsáveis, isto é, dos indivíduos contra os quais são dirigidas as sanções. Mas pode-se fazer esses indivíduos responsáveis apenas se o delito foi cometido intencionalmente pelo delinqüente imediato. Então, a responsabilidade deles baseia-se, não em sua própria culpa, mas na culpa do delinqüente.

Um delito de Estado é sempre a conduta de um indivíduo que atua como um órgão do Estado. Por conseguinte, a questão de saber se a responsabilidade internacional do Estado é responsabilidade absoluta ou culpabilidade também pode ser formulada como a questão de saber se a culpa do indivíduo cuja conduta é imputada ao Estado é uma condição essencial da sanção estabelecida pelo Direito internacional contra o Estado. Alguns autores sustentam que um ato de Estado danoso a outro Estado, que constitui objetivamente uma violação do Direito internacional, não é, porém, uma falta internacional (ou seja, não é a condição de uma sanção) se não for cometida de modo intencional, malicioso ou por negligência. Outros autores sustentam, pelo contrário, que, dentro do Direito internacional geral, a responsabilidade absoluta — pelo menos em princípio — prevalece no que diz respeito aos indivíduos cuja conduta constitui o delito. É praticamente impossível responder à questão de um modo geral. Não há dúvida de que o Estado é responsável pela negligência dos seus órgãos. Via de regra, nenhuma sanção contra o Estado se justifica quando se pode provar que os órgãos competentes do Estado tomaram as medidas necessárias para evitar a violação contra o outro Estado. No entanto, o Estado não pode se esquivar à responsabilidade provando que os seus órgãos não violaram o Direito internacional de modo intencional e malicioso. Caso se entenda por “responsabilidade baseada em culpa (culpabilidade)”, não apenas o

24. Cf. *supra*, 73 s.

caso em que a violação foi cometida de modo intencional e malicioso, mas também o caso em que a violação foi cometida por negligência, a responsabilidade internacional do Estado tem, no que diz respeito aos indivíduos coletivamente responsáveis, caráter de responsabilidade absoluta; mas tem, no que diz respeito aos indivíduos cuja conduta constitui o delito intencional, em princípio, caráter de culpabilidade. Se, porém, a negligência não for concebida como um tipo de culpa (*culpa*) — e esta é, como assinalado²⁵, a opinião correta — a responsabilidade internacional do Estado tem o caráter de responsabilidade absoluta, em todos os aspectos. Há casos em que o Estado é responsável mesmo que nenhuma negligência da parte dos seus órgãos tenha ocorrido. Assim, por exemplo, segundo o Artigo 3 da Convenção de Haia de 1907, referente às Leis e Costumes da Guerra sobre Terra, o Estado é responsável por todos os atos que violem as regras da guerra se estes forem cometidos por membros das suas forças armadas, sem levar em consideração se os atos foram cometidos de modo intencional, malicioso ou por negligência. Que o Estado seja responsável apenas se a violação for cometida de modo intencional ou malicioso e que possa se esquivar à responsabilidade provando que ocorreu apenas negligência é algo fora de cogitação. Mesmo no Direito nacional a negligência, normalmente, não deixa de implicar uma sanção; só que, nesse caso, institui-se uma sanção menos severa. No entanto, tal diferenciação da sanção é desconhecida do Direito internacional geral.

C. A UNIDADE DO DIREITO NACIONAL E DO DIREITO INTERNACIONAL (MONISMO E PLURALISMO)

a. A teoria monista e a teoria pluralista

A análise do Direito internacional demonstrou que a maioria das suas normas são normas incompletas que recebem a

25. Cf. *supra*, 70 s.

complementação das normas de Direito nacional. Assim, a ordem jurídica internacional é significante apenas como parte de uma ordem jurídica universal que também abrange todas as ordens jurídicas nacionais. Além disso, a análise ainda levou à conclusão de que a ordem jurídica internacional determina as esferas de validade territorial, pessoal e temporal das ordens jurídicas nacionais, tornando possível, desse modo, a coexistência de numerosos Estados. Por fim, vimos que a ordem jurídica internacional restringe a esfera material de validade das ordens jurídicas nacionais sujeitando-as a certa regulamentação das suas próprias matérias que, do contrário, poderiam ter sido arbitrariamente regulamentadas pelo Estado.

Esta visão monista é o resultado de uma análise das normas do Direito internacional positivo referente aos Estados, ou seja, às ordens jurídicas nacionais. A partir do ponto de vista do Direito internacional vê-se a sua conexão com o Direito nacional e, por conseguinte, com uma ordem jurídica universal. Mas — por mais estranho que isso possa parecer — a maioria dos teóricos do Direito internacional não compartilha essa visão monista. O Direito internacional e o Direito nacional são, na sua opinião, duas ordens jurídicas separadas, mutuamente independentes, que regulamentam matérias muito diferentes e que possuem fontes bem diferentes.

Esse dualismo, ou — levando-se em conta a existência de numerosas ordens jurídicas — esse pluralismo, contradiz, como vimos, o conteúdo do Direito internacional, já que o próprio Direito internacional estabelece uma relação entre as suas normas e as normas das diferentes ordens jurídicas nacionais. Se o Direito internacional for considerado uma ordem jurídica válida, a teoria pluralista está em contradição com o Direito positivo. No entanto, os representantes dessa teoria aceitam o Direito internacional como Direito positivo.

Mas a visão pluralista também é insustentável por fundamentos lógicos. O Direito internacional e o Direito nacional não podem ser sistemas de normas diferentes e mutuamente independentes se as normas de ambos os sistemas forem consideradas válidas para o mesmo espaço e ao mesmo tempo. É impossível

vel logicamente supor que normas simultaneamente válidas pertencem a sistemas diferentes, mutuamente independentes.

Os pluralistas não negam que as normas do Direito internacional e do Direito nacional sejam simultaneamente válidas. Pelo contrário, pressupondo que ambas são válidas simultaneamente, eles afirmam que prevalece uma determinada relação entre as duas, a saber, a relação de independência mútua, o que significa que não existe relação alguma entre os dois sistemas de normas válidas. Isto é, como veremos, uma contradição verdadeira.

b. A matéria do Direito nacional e do Direito internacional

A independência mútua do Direito internacional e do Direito nacional fundamenta-se com frequência no suposto fato de que os dois sistemas regulamentam matérias diferentes. O Direito nacional — diz-se — regula a conduta de indivíduos; o Direito internacional, a conduta de Estados. Já demonstramos que a conduta de um Estado é reduzível à conduta de indivíduos que representam o Estado. Assim, a pretensa diferença de matéria entre o Direito internacional e o Direito nacional não pode ser uma diferença entre os tipos de sujeitos cuja conduta eles regulamentam.

A interpretação pluralista também se sustenta pela asserção de que, enquanto o Direito nacional regula relações que têm lugar dentro de um Estado, o Direito internacional regula relações que transcendem a esfera de um Estado. Ou — como também se formula — enquanto o Direito nacional se ocupa de relações “internas”, dos chamados “negócios nacionais” do Estado, o Direito internacional ocupa-se das relações “externas” do Estado, dos seus “negócios estrangeiros”. Visualiza-se o Estado como um sólido, ocupando o espaço, com uma estrutura interior e relações exteriores com outros objetos. Quando tentamos descobrir o pensamento por trás da metáfora, e formulá-lo sem empregar uma metáfora, chegamos à conclusão de que o pensamento está errado.

Porque é impossível distinguir os chamados “negócios nacionais” dos “negócios estrangeiros” do Estado como duas matérias diversas de regulamentação jurídica. Cada um dos chamados negócios nacionais pode ser tema de um tratado internacional e, portanto, ser transformado num negócio estrangeiro. A relação entre empregadores e empregados, por exemplo, é, com certeza, uma relação “interna” dentro do Estado, e a sua regulamentação jurídica é um típico assunto “nacional”. Mas, tão logo um Estado conclui um tratado com outros Estados referente à regulamentação dessa relação, ela se torna um assunto estrangeiro. Se descartarmos a métrica espacial, descobrimos, desse modo, que a distinção tentada entre as matérias do Direito nacional e do Direito internacional é uma mera tautologia. Os chamados “negócios nacionais” de um Estado são, por definição, os regulamentados pelo Direito nacional; os “assuntos estrangeiros” são, por definição, os regulamentados pelo Direito internacional. A asserção de que o Direito nacional regula assuntos nacionais, e o Direito internacional assuntos estrangeiros, reduz-se ao truismo de que o Direito nacional regula o que é regulamentado pelo Direito nacional, e o Direito internacional, o que é regulamentado pelo Direito internacional.

Ainda assim, persiste certa verdade no enunciado de que o Direito internacional é Direito “interestatal”, ao passo que o Direito nacional é, por assim dizer, Direito uniestatal. Essa diferenciação, entretanto, não diz respeito à matéria, mas à criação do Direito internacional e do Direito nacional. Enquanto o Direito nacional é criado por um Estado apenas, o Direito internacional costuma ser criado pela cooperação de dois ou vários Estados. Isso se aplica tanto ao Direito internacional consuetudinário quanto ao Direito internacional contratual. Existem, é verdade, certas matérias específicas do Direito internacional, matérias que podem ser regulamentadas apenas por normas criadas pela colaboração de dois ou vários Estados. Essas matérias são — como sabemos — a determinação das esferas de validade das ordens jurídicas nacionais, e — como podemos acrescentar agora — os processos de criação do próprio Di-

reito internacional. Mas não existe nenhuma matéria que possa ser regulamentada apenas pelo Direito nacional, e não pelo Direito internacional. Todas as matérias que são, ou podem ser, regulamentadas pelo Direito nacional também estão abertas à regulamentação pelo Direito internacional. Portanto, é impossível fundamentar a visão pluralista numa diferença de matéria entre o Direito internacional e o Direito nacional.

c. A “fonte” do Direito nacional e do Direito internacional

Em apoio à teoria pluralista, tem-se argumentado que os diferentes sistemas de normas originam-se de fontes diferentes. A expressão “fonte de Direito” é outra expressão metafórica que — como vimos — carrega pelo menos duas conotações diferentes. Uma “fonte de Direito” é, por um lado, um processo em que se criam normas, e, por outro lado, o fundamento pelo qual as normas são válidas. Vejamos, para começar, o que acontece com o argumento se a expressão for compreendida no primeiro sentido.

Nesse sentido, faz-se distinção entre duas “fontes de Direito”: o costume e a legislação (no sentido mais amplo de qualquer criação estatutária de Direito).²⁶ Quando se considera o costume como uma fonte de Direito, pressupõe-se que as pessoas devem se conduzir como se conduzem costumeiramente. Quando se considera a legislação como uma fonte de Direito, pressupõe-se que as pessoas devem se conduzir como ordenam os órgãos especiais autorizados a criar Direito por meio dos seus atos (o “legislador” na acepção mais ampla). A legislação, no sentido usual, mais restrito, é apenas um caso especial de criação estatutária, a saber, a criação de uma norma geral por um órgão especial. Mas uma norma individual também pode ter o caráter de Direito estatutário — em contraposição ao consuetudinário — como, por exemplo, uma decisão judicial ou uma norma criada por contrato ou tratado.

26. Cf. *supra*, 119.

Ambos os métodos de criar Direito, o consuetudinário e o estatutário, ocorrem no Direito internacional, assim como no Direito nacional. O Direito internacional geral, é verdade, não reconhece a legislação e a legiferação do judiciário, os dois métodos de criação de normas mais importantes no Estado moderno. Mas os tribunais e os órgãos legislativos podem ser criados por meio de tratado internacional, o qual é, ele próprio, um método de criar Direito estatutário. As decisões de um tribunal internacional são normas de Direito internacional, e também o são certas decisões da Assembleia da Liga das Nações que obrigam todos os membros da Liga e que, desse modo, são análogas a estatutos de Direito nacional. Nada impede a criação, por meio de tratado, de um órgão colegiado que seja competente para aprovar resoluções majoritárias obrigatórias para os signatários do tratado. Se a centralização efetuada pelo tratado não vai muito longe, tais decisões, ainda assim, seriam normas do Direito internacional (sem ter, ao mesmo tempo, o caráter de Direito nacional).

Como a legislação e a legiferação judiciária internacionais são possíveis apenas com base num tratado, e a força de obrigatoriedade dos tratados está baseada numa regra de Direito internacional consuetudinário, pode-se dizer que a fonte primária (no sentido de método de legiferação) do Direito internacional são o tratado e o costume, ao passo que a fonte primária do Direito nacional pode ser o costume ou a legislação. Além disso, é verdade que o costume e o tratado, criando o Direito internacional, envolvem a cooperação de dois ou vários Estados, enquanto o costume e a legislação que criam o Direito nacional são funções dos órgãos de apenas um Estado. Assim, os métodos de legiferação são, nesse aspecto, diferentes no Direito nacional e no Direito internacional; mas essa não é uma diferença em princípio. É mesmo que o Direito nacional fosse criado de um modo totalmente diverso daquele pelo qual é criado o Direito internacional — o que não é o caso — tal diferença nas fontes não significaria que as normas criadas de modos diferentes pertencem a sistemas jurídicos diferentes e mutuamente independentes. A diferença entre o costume e a legislação é muito maior que a diferença entre um tratado de Direito

internacional e um contrato de Direito nacional. Não obstante, uma mesma ordem jurídica nacional contém tanto Direito consuetudinário quanto estatutário.

d. O fundamento de validade do Direito nacional e do Direito internacional

1. O fundamento de validade da ordem jurídica nacional determinada pelo Direito internacional

Para responder se o Direito internacional e o Direito nacional são ordens jurídicas diferentes e mutuamente independentes, ou se formam um sistema normativo universal, para se alcançar uma decisão entre pluralismo e monismo, temos de considerar o problema geral do que é que faz com que uma norma pertença a uma ordem jurídica definida, de qual é o fundamento para que várias normas formem um único sistema normativo. Na primeira parte deste tratado²⁷, demonstra-se que várias normas pertencem à mesma ordem jurídica se todas derivam a sua validade da mesma norma fundamental. A questão de saber por que uma norma é válida nos reconduz necessariamente a uma norma última, cuja validade não questionamos. Se várias normas recebem, todas, a sua validade da mesma norma fundamental, então — por definição —, elas fazem parte do mesmo sistema. A questão de saber por que uma norma é uma norma do Direito americano ou do Direito internacional é, assim, uma questão quanto à norma fundamental do Direito americano e à do Direito internacional. Para determinar a relação entre Direito nacional e Direito internacional, precisamos verificar se as normas de ambos derivam a sua validade de normas diferentes ou da mesma norma fundamental.

A expressão “fonte de Direito” é, como vimos, compreendida às vezes como significando simplesmente o fundamento para que uma norma seja válida. Caso nos apeguemos a esse

²⁷ Cf. *supra*, 115 ss.