

A SUPRACONSTITUCIONALIDADE INTERNACIONALISTA DE KELSEN EM UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

Kelsen's International Supraconstitutionality in a Critical Perspective

Newton de Oliveira Lima
UFPB

Resumo: a ideia de uma ordem jurídica internacional que associe os Estados deriva de Kant e seu cosmopolitismo. Hans Kelsen a tornou uma proposta de união de ordens constitucionais, que seria fundamentada em sua metodologia lógica e estatista universalizada. A crítica do monismo de Kelsen indica que os Estados não devem ser unificados, mas postos em contato com o exercício da tolerância e do diálogo para a construção de direitos humanos com nível internacional de abrangência, capaz de se tornar um fundamento para a paz mundial e para o respeito às pessoas humanas em qualquer parte do globo.

Palavras-chave: Estado, constituição, direitos humanos, paz, liberdade, tolerância.

Abstract: The idea of an international legal order that associates States derives from Kant and his cosmopolitanism. Hans Kelsen made it a proposal of union of constitutional orders, that would be based on its universalized logic and statist methodology. The critique of Kelsen's monism indicates that States should not be unified, but brought into contact with the exercise of tolerance and dialogue for the construction of human rights with an international level of scope, capable of becoming a foundation for world peace and for respect to human people anywhere in the world.

Keywords: State, constitution, human rights, peace, liberty, tolerance.

1. Razão jurídica humanitária, *jus cogens* pós-estatal e norma fundamental kelseniana

A teoria da supralegalidade no Direito é um problema de Direito Internacional, ela surge a partir da ideia de tratados e convenções internacionais que obrigariam os Estados internamente, vinculando suas legislações publicistas e até constitucionais ao problema da validade de normas internacionais ratificadas pelos Estados. Livremente e de modo soberano, os Estados se vinculariam a pactos internacionais. A validade interna (para cada ordem estatal) de uma norma de tratado internacional depende do procedimento que o próprio Estado eleger.

No caso do Brasil, com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, tratados internacionais passam a possuir *status* de normas constitucionais derivadas (as não explicitamente presentes no texto constitucional), assim, o “Pacto de San José da Costa Rica”, do qual o Brasil foi signatário, após a EC n. 45, afastou a prisão civil do depositário infiel, derogando a legislação

nesse pormenor, prevendo apenas a possibilidade de prisão civil por descumprimento de prestação alimentícia enquanto direito fundamental inegável ao alimentando. O STF confirmou tal entendimento em vários *Habeas Corpus* julgados.

O “Pacto de San José da Costa Rica” foi, pois, o típico caso de norma supralegal que o STF teve que aplicar, dado seu caráter primaz de materialidade sobre a formalidade da ordem jurídica nacional por versar sobre direitos humanos. Somente a Emenda Constitucional n.45 de 2004 veio constitucionalizar a aplicação da supralegalidade no ordenamento brasileiro.

O requisito de constitucionalidade do tratado ou pacto que versar sobre direitos humanos, deve ser o rito estabelecido no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, ou seja, tramitação nas duas casas legislativas, com duas votações em cada casa do Congresso e ter o tratado para efetivar-se como legislação federal no Brasil, recebido no mínimo três quintos dos votos dos parlamentares favoráveis à aprovação do decreto legislativo que torne norma o pacto internacional, como determina o artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988. Somente a partir daí o tratado terá validade formal e força de lei federal no ordenamento brasileiro.

A doutrina jurídica se coloca como protetora do tratado internacional acima dos direitos humanos, mas não exclui que normas de direitos humanos possam, dada a urgência de sua eficácia, serem assimiladas ou aplicadas decorrente de cláusula aberta ou principiológica da Constituição Federal, nesse sentido, por via de interpretação adequada ao ordenamento jurídico nacional, é que pode ocorrer o caso de supralegalidade com eficácia imediata de norma de direitos humanos que o Brasil seja signatário ou que por questão de urgência política considere válida sua aplicação imediata, ela pode ser aplicada como se fosse lei federal, válida em todo o território nacional, mesmo sem passar pelo trâmite do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

O executivo pode aplicar tal norma de direitos humanos, justificando sua urgência, via portaria ministerial ou medida provisória com ratificação posterior do Congresso Nacional, como prevê o artigo 62 da Constituição Federal.

Como proteção da supraconstitucionalidade dos direitos humanos, a Convenção Internacional sobre os tratados internacionais, firmada em Viena em 1969, em seu art. 27, derroga manifestação ou ato calcado em normas internas dos Estados no sentido de não cumprirem pacto humanitário internacional que sejam signatários. Isso assegura o *Jus Cogens*, dando poder de sanção ao Direito Internacional. Formaliza a supraconstitucionalidade da

“razão humanitária”. Esta decorre de princípios internacionais de proteção à dignidade humana em seus demasiados aspectos (antigenocida, antiterrorista, proteção a exilados políticos e vítimas de guerras, proteção a pessoas com condições especiais etc.) e cabe às constituições dos Estados acatá-la.

O fundamento processual da supraconstitucionalidade, para Luigi Ferrajoli, seria colocar “a humanidade no lugar dos Estados; um constitucionalismo mundial, inclusive com garantias jurisdicionais globais, no posto ou ao lado dos constitucionalismos nacionais.”¹

Aqui surge o ponto de centro da questão: qual a função da norma fundamental como justificação do Direito Internacional, ela pode ser transposta a uma validade hipotética internacional?

Hans Kelsen colocou algumas condições para sua teoria monista do Direito Internacional (a projeção hipotético-racional de um “Estado Mundial”), como reconhecimento de objetivos comuns a todos os povos, sintetizando no ideal humanitário e não beligerante a meta maior dos povos; para Kelsen², os objetivos a serem respeitados para o atingimento do monismo seriam:

- a) Reconhecimento pelos Estados da supremacia do Direito Internacional. Kelsen pretende subverter a tradicional teoria da soberania. O “Estado mundial” deve ser uma ordem jurídica supranacional, unificando todos os demais Estados. Isso é consequência do monismo metodológico de Kelsen, criticando o dualismo proveniente do jusnaturalismo, que separa Direito e Justiça e faz o primeiro depender dessa última.
- b) A adequação da sanção centralizadora do “Estado mundial” sobre todos os outros ordenamentos. Deve haver a coerção universal, daí igualar-se *Jus Cogens* e Direito Internacional. O marco de construção dessa perspectiva sancionadora universal é o que Kelsen admite ser o mais difícil de atingir. Todavia, se o objetivo de erigir um “Estado mundial” está em marcha, e seu símbolo-guia é o Direito Humanitário Internacional, nessa perspectiva “humanitarista” triunfante, um conjunto de Estados não poderia modificar a ideia de uma ordem jurídica internacional. O *Jus Cogens* do Direito Internacional não poderia ser – uma vez estabelecido e firmado como tratado internacional – simplesmente desrespeitado sem qualquer

¹ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.7.

² KELSEN, Hans. *A paz pelo Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 34.

consequência. Kelsen e seu sistema monista são sequestrados pelo globalismo e nesse sentido a eficácia dos Direitos Humanos em um plano internacional deixaria de ser mera quimera utópica ou facticidade e meta de certos Estados “politicamente corretos” e passaria a vigorar normativamente a partir de uma instância objetiva válida para todos os Estados.

Assim colocando, a capacidade de normatização em Kelsen se dá pela ampliação do sentido unificador da lógica no Direito. Ele eleva ao máximo as possibilidades da construção do mundo pelo sujeito através da lógica, a redução do mundo ao eu gnosiológico e sua coerência lógica no que foi proposta pela Escola neokantiana de Marburg, na qual estudou Kelsen e dela retirou a visão de construção lógica do objeto do Direito, a norma, pela consciência lógico-normatizante do operador do Direito, como mostra Lima ao analisar o pensamento neokantiano³.

Na sua perspectiva monista internacionalista Kelsen, assim como Hegel, só que usando a lógica como método, perfaz uma entronização da razão universal, ampliadora de seus motivos sobre o concreto, o singular. Colocar a racionalidade “humanitária” para todos os povos, sem perguntar aos próprios nacionais se queriam tamanha presença da razão “humanitarista” em suas paragens, é imposição.

A lógica em sua abstração detém um modo de reprodução do discurso jurídico como algo que se faz mais além do homem concreto e da sua cultura, o cidadão é concreto, o Direito Internacional é abstrato, mormente o monista, ele regula um suposto campo de validade para além de toda experiência política dos povos e cultura jurídica da qual nasce o Estado como ente regulador da vontade do povo.

O acordo tácito sobre Direitos Humanos não pode ser acrítico, ele, como toda obra que se pretende racional, deve passar pelo crivo da transparência dos atos administrativos e do controle público discursivo, como mostra Kant⁴ no adendo B da sua obra “À paz perpétua”, sem imposição, mas com máxima liberdade de adesão pelos povos a uma instância jurídica supranacional. A projeção da liberdade política como valor sistêmico do Direito por Kant não é impositiva, mas dependente de como a autonomia jurídica de cada cidadão a defenda, dentro dos próprios limites do sistema jurídico na qual se insere.

³³ LIMA, Newton de Oliveira. *Teoria dos Valores Jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch*. Recife: FASA, 2009, p. 45.

⁴ KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. São Paulo: L & PM Pocket, 2011, p.56.

2. Indagações e perspectivas: soberania, liberdade e direitos humanos

A teoria da soberania dos Estados é advinda dos “Seis Livros da República” de Jean Bodin⁵ como expressão da *potestas majestatis* no século XVI e sustentada por Hegel em sua “Filosofia do Direito” no século XIX⁶, ao narrar as quatro fases da História mundial (a grega, a romana, a oriental e a germânica), cada uma preconizando ordens estatais soberanas. No sentido de Bodin, Hobbes e Hegel soberania é a força do Estado sobre a ordem jurídica interna e sua autonomia sobre os demais Estados.

Em Hegel, ocorreu a defesa de uma teoria dualista entre Estado nacional e Direito Internacional, o que reforça e se casa com a ideia de nacionalismo e de nação do período romântico da filosofia, cultura e política. A soberania é a marca do nascimento do Estado Moderno. A marca do *Leviathan*, ou seja, um monstro tenebroso com poder irresistível, como expressou outro soberanista, o Thomas Hobbes.

Kelsen ganhou a inimidade intelectual do “Thomas Hobbes do séc. XX”, Carl Schmitt⁷, que em sua “Teologia Política” de 1922, atacou Kant e Kelsen, por defenderem um Direito que limitaria o Estado (o Estado de Direito com soberania interna do povo através do parlamento), como se quisessem um corpo sem alma, mas só com esqueleto, exorcizando a alma soberana no Jusstatismo.

Kelsen está na linhagem liberal de Locke, Kant, Mill e Smith ao defender o Estado de Direito, todavia, com a sua proposta de unificação entre Direito e Estado, foge do dualismo liberal e jusnaturalista entre Justiça e Direito, suprimindo os reclamos por justiça e resolvendo na ordem coercitiva estatal a legitimidade do Direito. Desagradou tanto os soberanistas, por não fortalecer o Estado como valor, e os jusnaturalistas, por desconstruir qualquer ideal de justiça válido.

Na verdade, Kelsen se afasta de Kant e se aproxima de Hegel, este, ao negar o contratualismo de Kant, assim como Kelsen, soterrou o Direito natural e abriu margem a uma desvalorização da ideia de liberdade do cidadão (liberdade política com base em uma liberdade inata racional e independente, antes do Estado, como defendeu Kant).

⁵ BODIN, Jean. *Os seis livros da República*. São Paulo: Ícone, 2012, p.67.

⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2015, p. 230.

⁷ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. São Paulo: Scritta, 1996.

A reconstrução da liberdade do cidadão deve ser a meta do Estado de Direito atual. O Direito natural (racional) entendido por Kant⁸ na Introdução à “Doutrina do Direito”, como liberdade inata (pertencendo a cada homem em virtude de sua condição humana), anterior ao Estado. Quem se aproximou de Kant foi Popper, ao defender o valor da “democracia formal” e a liberdade política contra as expectativas otimistas do historicismo⁹, dentre elas o comunismo, o marxismo e os coletivismos de um modo geral.

Na verdade, em uma perspectiva kantiana, direitos humanos só podem ser produzidos numa matriz teórica e não historicista a partir do reconhecimento dos princípios da autotelia moral (tratar cada ser humano como fim em si e não meio da vontade de outrem) e da liberdade jurídica (o Direito é um acordo de arbítrios, autolimitado por uma lei universal), assim compreendendo, qualquer discurso para justificar os direitos humanos como metas dos Estados, deve passar pela da liberdade política individual, e da mais sagrada das liberdades, como Kant¹⁰ enuncia em “Teoria e Práxis” (1793), II ensaio “contra Hobbes”, a liberdade de fala, de expressão, que para ele é o espírito de qualquer República.

Nessa perspectiva, podemos indagar se o núcleo da supraconstitucionalidade são os direitos humanos? Eles podem ser aceitos como conteúdo e finalidade da abstrata Norma Hipotética Fundamental (N.H.F.) de Kelsen? Eles funcionam efetivamente como meio de unificação da ordem jurídica internacional? O construto lógico-hipotético que projeta a N.H. F. em um plano global se sustenta no aspecto democrático?

A norma fundamental é uma norma lógica na teoria de Kelsen, ela não existe no ordenamento jurídico, apenas na consciência dos sujeitos que a pensam como marco da unidade do Direito. Ela é um construto sem cor política, na visão de Kelsen um Estado totalitário é jurídico tanto quanto qualquer Estado de Direito, pois qualquer Estado que tenha unidade e funções definidas em seu ordenamento legal, e uma autoridade reconhecida pela população que assegure o cumprimento das normas do ordenamento, é um sistema jurídico e deve ser enquanto Estado soberano, reconhecido pelos demais Estados na ordem internacional.

⁸ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes. Doutrina do Direito*. Parte 1. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2005, p. 43.

⁹ POPPER, Karl Raymund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Vol. 2. São Paulo: Itatiaia, 1979, p. 134.

¹⁰ KANT, Immanuel. *En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica”*. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p.67.

O problema democrático e a garantia da liberdade dos povos e sua autonomia não são assegurados na teoria kelseniana, que só se atém ao aspecto da validade das normas do ordenamento jurídico, e não da legitimidade política de uma convivência justa e respeitosa entre os Estados.

A inflação lógica com que Kelsen acomete o Direito Internacional pela erigição de seu “Estado mundial”, faz com que o campo de incidência da regulação lógica seja ampliador do grau de normatização, ao assumir a função ampliadora de um Direito lógico-abstrato, Kelsen se calcou na possibilidade de uma análise da função performática (produtora de sentido) universal do Direito. O Direito pode reconstruir a imagem perdida e a verdade total do mundo (como quis Hegel)?

O Direito e o Estado não são as soluções da legitimidade da comunidade mundial – parece que é necessário um consenso moral mínimo entre os povos – para Habermas¹¹, esse consenso gira em torno do reconhecimento dos direitos humanos de forma livre e discursiva pelos povos. Direitos humanos seriam uma meta-juridicidade internacional, constituídos via consenso pelos povos, tratando as pessoas como “cidadãos do mundo”¹². Direitos cosmopolitas produzidos por uma instância internacional (constituída como federação de nações) seria a visão de legitimação jurídica internacional posta por Kant.

Se pensarmos com Niklas Luhmann e dissermos não haver mais um conceito universal de “mundo”, mas apenas sistemas concorrentes de Ética, Direito, Política, Religião etc., que se relacionam de modo estrutural para compor um “mundo”, Kelsen nos dá uma nova imagem política unificada de mundo: o monismo do seu “Estado mundial”.

3. Conclusão

Em tempos de globalismo, de governo global, de teorias transestatais e supraestatais, menciona-se também sobre transhumanismo e hiperglobalização, dissolvida a identidade política dos povos em uma nova configuração jurídica, não se trata de manter o conservadorismo das teorias soberanistas, mas é possível pensarmos uma função federalista e, portanto, kantiana do Direito Internacional; o projeto kantiano de um Direito Cosmopolita, um pacto entre nações que preconiza um Direito livre e contratual, onde todos os Estados

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. São Paulo: Unesp, 2012, p.102.

¹² HABERMAS, J. Op. Cit. p. 102.

participem com igual nível de poder e republicanizem seus governos (Kant¹³, “À Paz Perpétua”, nos artigos preliminares), ao contrário da ONU atual que desigual os Estados, dominada pelas superpotências.

O “avanço do divino” na Terra concebido como razão histórica e sua entronização no Estado, fez do Estado hegeliano, como ideia filosófica, a inspiração dos modelos totalitários no séc. XX, como, aliás, Popper já nos alertava na sua monumental “A sociedade aberta e seus inimigos”¹⁴.

Hegel e Kelsen nos apresentam o Estado como a “marcha da razão na Terra”. Será que ainda haveria liberdade em um mundo sem dissenso, com um consenso universal? O sequestro dos direitos humanos como legitimação da imposição de um “Estado mundial” ou de um governo global, não solucionariam, mas agravariam, a ausência de tolerância política entre os povos.

Como coloca Rawls¹⁵, a questão da paz é uma questão política e moral e não somente jurídica, é um desenvolvimento da tolerância, respeito e decência entre os povos. Uma teoria dos direitos humanos é possível aflorar de Rawls. Kelsen não pode construir uma teoria de direitos humanos, universais e com fundo moral universal, dado o fundamento e a metodologia puramente lógica de sua teoria. Ele só pode se prestar a uma defesa de direitos fundamentais inerentes à cada constituição. Sua razão humanitária é isenta de uma moral que com ela dialogue, e serve apenas a uma projeção lógica do Direito em um sentido global.

Assim, garantir a tolerância com as diferenças e reconhecer, com a tradição kantiana a que Rawls adere no seu liberalismo político, a liberdade de todos, é dá-lhes oportunidade de exercício de um discurso crítico e público, faz mais pela paz mundial que a abstração de uma teoria lógico-normativa unificada do Direito.

Pensando com Kant, a supraconstitucionalidade só faz sentido se for produto da liberdade política contratual entre os Estados; a norma e o Estado são meios e não fins do Direito; a liberdade põe o Direito estatal e os próprios direitos humanos, condição para a supraconstitucionalidade; fora disso, todos os discursos e pretensões levam ao autoritarismo e não asseguram a paz entre os Estados e o respeito aos cidadãos do mundo.

¹³ KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. São Paulo: L & PM Pocket, 2011, p.14.

¹⁴ POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade aberta e seus inimigos*. Vol. 2. São Paulo: Itatiaia, 1979, p.167.

¹⁵ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.78.

Referências

BODIN, Jean. *Os seis livros da República*. São Paulo: Ícone, 2012.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília: Senado Federal, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. São Paulo: Unesp, 2012.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2015. KELSEN, Hans. *A paz pelo Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes. Doutrina do Direito*. Parte 1. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2005.

_____. *À Paz Perpétua*. São Paulo: L & PM Pocket, 2011.

_____. *En torno al topico: "tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica"*. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006.

LIMA, Newton de Oliveira. *Teoria dos Valores Jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch*. Recife: FASA, 2009.

PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso: 26.11.2018.

POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade aberta e seus inimigos*. Vol. 2. São Paulo: Itatiaia, 1979.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. São Paulo: Scritta, 1996.

Doutor em Filosofia (UFPE-UFPB-UFRN)
Professor de Direito (UFPB)
E-mail: newtondelima@gmail.com