

OS PROBLEMAS JURÍDICOS DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS EM UMA PERSPECTIVA KELSENIANA

Paulo Edvandro da Costa Pinto *

RESUMO

O presente artigo procura mostrar que a Carta das Nações, em uma perspectiva positivista, apresenta uma construção jurídica problemática, conforme os apontamentos de Kelsen em sua obra *The Law of the United Nations: a critical analysis of it's fundamental problems*. Ao mesmo tempo, ele busca evidenciar que Kelsen, por meio das inconsistências lógicas e antinomias jurídicas da Carta que ele elencou neste livro, seu trabalho, além de ser um exercício demonstrativo da aplicação da Teoria Pura do Direito, também tem o potencial de servir de subsídio para futuras revisões da Carta e, destacar que é um equívoco tratar o pensamento de Kelsen com negligência.

Palavras-chave: Direito Internacional - Carta das Nações Unidas - Inconsistências Jurídicas.

ABSTRACT

This article attempts to show that the United Nations Charter, in a positivist perspective, presents a statutory construction issue, according to notes of Kelsen in his book *The Law of the United Nations: a critical analysis of it's fundamental problems*. At the same time, it seek to show that Kelsen, through the logical inconsistencies and antinomies of legal letter he listed out in this book, his work, besides being an exercise demonstrating the application of the Pure Theory of Law, also has the potential to serve allowance for future revisions of the Charter and noted that it is a mistake to treat the thought of Kelsen negligently.

Keywords: International Law - UN Charter - Inconsistencies of Legal.

*Instrutor da Escola de Guerra Naval, Doutorando em Direito Internacional (PPGD/UERJ), Mestre em Ciências Navais, Especialista em Direito do Estado, Graduado em Direito. E-mail: pauloedvandro@globomail.com

INTRODUÇÃO

Hans Kelsen possivelmente foi um dos mais importantes teóricos e filósofos do Direito do século XX.

Nascido em 1881, em Praga, na época uma cidade do Império Austro-Húngaro, aos três anos de idade ele radicou-se em Viena.

Conselheiro de Carlos I de Habsburgo-Lorena, último imperador desse Império, e do primeiro governo republicano da Áustria, Kelsen é tido como o autor intelectual da Constituição austríaca (oktoberverfassung) de 1920 e da criação do Supremo Tribunal Constitucional da Áustria, onde, de 1920 a 1930, ocupou uma das cadeiras de juiz. A partir de 1930, ele passou a ocupar a cátedra da Universidade de Colônia, até que em 1933, a ascensão do nazismo na Alemanha e as pressões políticas exercidas pelo Partido Nacional Socialista, o forçaram a deixar este cargo e a imigrar para a Suíça. Posteriormente, em 1940, ele se muda para os Estados Unidos da América, onde viveu e deu continuidade as suas atividades intelectuais e acadêmicas até o ano de 1973, quando em veio a falecer.

Como professor, Kelsen experimentou uma vida de intensa atividade. Lecionou em diversas instituições de ensino de excelência, destacando-se, entre outras, as Universidades de Colônia, Praga, Barcelona, Genebra, Harvard, Wellesley, Berkeley e o Naval War College.

Autor de uma expressiva produção acadêmica, que conta com um acervo de mais de quarenta livros e centenas de trabalhos científicos sobre Direito e Filosofia Jurídica, Kelsen é mais conhecido pela formulação, em 1934, da “Teoria Pura do Direito” (Rene Rechtslehre), na qual ele propõe uma lógica científica para a compreensão do Direito.

Embora seu pensamento nunca tenha logrado a unanimidade, até hoje as bases do seu raciocínio jurídico-científico são amplamente respeitadas e têm servido de orientação para muitas instituições jurídicas que sustentam o dogmatismo jurídico ideal.

Do acervo de Kelsen, este trabalho elegeu tecer algumas considerações sobre o seu livro *The Law of the United Nations* publicado em 1950.

Nesta obra, Kelsen realiza uma minuciosa análise estritamente jurídica da Carta das Nações Unidas e, consoante a perspectiva doutrinária esposada na sua *Rene Rechtslehre*, ele evidencia um rol de problemas jurídicos existentes na Carta.

Pelo reduzido volume de páginas deste trabalho, não se tem a pretensão de apresentar todas as críticas de Kelsen à Carta, e tão pouco se deseja efetuar uma análise sobre a doutrina do Direito positivo kelseniano.

Entretanto, em uma tentativa de se reproduzir satisfatoriamente as críticas de Kelsen à Carta, neste estudo serão apresentadas e discutidas algumas das prescrições que ele assinalou como de construção jurídica problemática, buscando-se ilustrar o conjunto dos problemas da Carta, que serão correlacionados, sempre que possível, aos respectivos preceitos da Teoria Pura do Direito.

A importância deste estudo está no seu potencial de servir de provocação a outras discussões acadêmicas, sobretudo no que se refere à validade da tendência atual da academia brasileira de tratar com negligência suas considerações lógicas científicas.

Para alcançar o proposto, inicialmente será apresentada uma revisão do livro *The Law of the United Nations* e indicados os traços da Teoria Pura nele encontrados. A seguir, de forma sucinta, serão sumarizados e comentados alguns problemas jurídicos da Carta das Nações Unidas indicados por Kelsen, e ao final serão apresentadas as conclusões.

THE LAW OF THE UNITED NATIONS E OS TRAÇOS DA RENE RECHTSLEHRE

Passados 15 anos da primeira edição da Teoria Pura do Direito¹, e cerca de uma década depois de apresentar um estudo técnico-jurídico sobre o normativismo do Estatuto da Liga das Nações², Kelsen publica em 1950, pela editora nova-iorquina Frederick A. Praeger, um grande livro sobre um tema de mesma dimensão: “*The Law of the United Nations: a critical analysis of it’s fundamental problems*”.

Em notáveis, densas e igualmente intimidadoras 903 páginas, ele se dedica a apresentar uma visão crítica sobre a Carta da Organização das Nações Unidas e a sumarizar um rol de problemas de Direito existentes na mesma³. Essencialmente, o *The Law of the United Nations* é uma detalhada,

¹ Como assinala Fabio Ulhoa Coelho em seu prefácio, esta Teoria “se desenvolve especialmente nas três versões do livro *Reine Rechtslehre*: a da primeira edição alemã de 1934, publicada com o subtítulo *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (introdução à problemática científica do direito), a da edição em francês, realizada na Suíça em 1953, e a definitiva, da segunda edição alemã, de 1960”. Cf. COELHO, 2001, p.XI.

² Cf. *Legal Technique in International Law: A Textual Critique of the League Covenant*. Geneva Studies, Vol X, n. 6. Geneva: Geneva Research Centre, 1939.

³ Em 1951, Kelsen, considerando a ocorrência de uma série de eventos relevantes no âmbito das Nações Unidas, tais como a criação da Organização do Tratado do Atlântico Norte, a crise da Coreia e a Resolução da Assembleia Geral “Unidos pela Paz”, suplementa seu livro com mais 90 páginas de análises sobre estes temas.

extraordinariamente lógica e altamente técnica análise jurídica da Carta.

Ele não foi o primeiro autor a comentar a Carta. Sua obra foi precedida pela de outros autores, tais como, as de 1946 de Goodrich e Hambro⁴ e a de Barraine⁵, ou a de 1947 de Kopelmanas⁶.

Todavia, o que destaca o seu trabalho do de seus predecessores, e o faz singular, além do volume do livro propriamente dito, é a peculiaridade da sua abordagem sobre a Carta das Nações Unidas. Esta se caracteriza pela exclusiva interação do seu pensamento puramente normativista com as disposições da Carta e do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Em outras palavras, a singularidade da sua análise está no fato que tanto o método empregado quanto o delineamento do objeto no seu estudo expressam a premissa da Rene Rechtslehre, o “princípio teórico da pureza”:

Como teoria, a Teoria Pura do Direito deseja única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Ela procura responder as questões o que é o Direito e como o Direito é feito, não as questões o que deve ser o Direito ou como ele deve ser feito. A Teoria Pura do Direito é ciência do direito e não política do direito.

Ela se autodenomina como “pura” teoria do Direito porque ela visa um conhecimento focado apenas no Direito e porque se destina excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, mais precisamente, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto é dizer que ela pretende separar da ciência do direito todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1934, p.7. Tradução do autor.)

Neste sentido, no primeiro parágrafo do prefácio do *The Law of the United Nations*, ele chama a atenção do leitor para o texto com que ele irá se deparar, que será uma análise da Carta conforme a perspectiva da Teoria Pura do Direito:

Este livro é uma abordagem jurídica – não é política – sobre os problemas das Nações Unidas. Ele trata da lei da Organização, não do seu real ou desejado

⁴ GOODRICH, Leland M.; HAMBRO, Edvard. *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*. Boston: World Peace Foundation, 1946.

⁵ BARRAINE, Raymond. *La Réglementation des Rapports Internationaux et L'Organisation des Nations Unies*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946.

⁶ KOPELMANAS, Lazare. *L'Organisation des Nations Unies*. Paris: Recueil Sirey, 1947.

papel no jogo internacional dos poderes. (KELSEN, 1950, p. xiii. Tradução do autor.)

Sua justificativa para isto está na aceitabilidade da concepção instrumental do direito em relação à política. Explica ele:

A separação do direito da política na apresentação dos problemas nacionais e internacionais é possível na medida em que o direito não é um fim em si mesmo, mas um meio ou, de forma equivalente, que ele é uma técnica social específica para a realização dos fins determinados pela política. (KELSEN, 1950, p. xiii. Tradução do autor.)

Com efeito, a formulação analítica jurídica que Kelsen faz sobre as prescrições da Carta guia-se exclusivamente pelo postulado metodológico da Teoria Pura, o que explica porque considerações de ordem moral, de direito natural ou sobre qualquer ideologia política são prescindidos na sua abordagem. Isto também justifica o fato dele discutir de forma geral, desde que se conectem com os propósitos da Organização, “algumas funções essenciais das Nações Unidas, como a promoção da cooperação do desenvolvimento econômico, [...] pois estas funções possuem maior importância no campo político do que no jurídico”⁷.

O objetivo do seu trabalho concentra-se no apontamento de defeitos de técnica jurídica das prescrições da Carta e somente na análise dos seus problemas básicos⁸.

Já a pretensão sobre seus comentários, é que eles sirvam de influência sobre as futuras revisões deste diploma, e que sejam úteis a quem tenha competência para efetuar uma interpretação autêntica da Carta na aplicação do seu Direito⁹:

A tarefa de um comentário científico é antes de tudo encontrar, por meio de uma análise crítica, os possíveis significados da interpretação da norma jurídica e, em seguida, mostrar as suas consequências, e deixar que as autoridades judiciais competentes escolham entre as várias interpretações possíveis aquela que, por razões políticas, considerem ser preferível e que eles têm o direito de selecionar. (KELSEN, 1950, p. xvi. Tradução do autor.)

A afirmação acima evidencia outro traço da aplicação da Teoria Pura

⁷ KELSEN, 1950, p. xvii.

⁸ Id.

⁹ Ib. p.xv-xvii.

do Direito. Trata-se da função da interpretação científica da norma jurídica. Ao restringir a tarefa de seus comentários ao campo do estabelecimento de possíveis significados da norma, Kelsen reafirma sua compreensão sobre o papel da interpretação científica esposada na primeira edição da sua Teoria Pura do Direito: ela não cria direito, pois isto pertence à esfera da interpretação autêntica, e esta é feita por órgãos jurídicos; o que a interpretação simplesmente cognoscitiva da Ciência do Direito realiza é somente a indicação dos possíveis significados de uma norma jurídica¹⁰.

Outro aspecto da singularidade do *The Law of the United Nations* é a exibição por Kelsen de um pensamento crítico que se auto sustenta. É ele, e somente ele, o seu próprio orientador e referencial teórico. É notório o seu desinteresse pelos trabalhos de outros autores que o precederam em escritos sobre este mesmo tema, bem como pelas obras de outros filósofos e jurisconsultos que corroboraram ou não com suas ideias, ou que serviram de inspiração para o seu pensamento.

Isto pode ser comprovado pela quantidade insignificante de fontes secundárias que ele se utiliza para apoiar suas discussões. Apenas cinco citações a outras obras são encontradas no seu estudo, sendo que três delas se referem a outros estudos de sua própria lavra.

Neste sentido, tem-se que a primeira e segunda citações¹¹ são indiretas e remetem ao seu estudo sobre normativismo do Estatuto da Liga das Nações de 1939, no momento em que ele trata das diferenças entre as disposições do Estatuto da Liga e as da Carta da ONU quanto à matéria do conflito entre as obrigações dos Estados-Membros no âmbito dos tratados destas Organizações e àquelas assumidas por eles em outros instrumentos internacionais.

A terceira citação¹² faz referência direta a Lasa Oppenheim's e seu conceito de *clausula rebus sic stantibus*, para endossar, de modo discreto, seu posicionamento no debate sobre o direito do Estado de se retirar unilateralmente da Organização em face da inexistência na Carta de cláusula para sua própria denúncia.

A quarta citação¹³ consiste no recurso de Kelsen ao Webster's New International Dictionary of the English Language, quando da abordagem da temática sobre decisões "quase judiciais" expedidas pelas Nações Unidas,

¹⁰ *Ib.*, p. 84.

¹¹ *Ib.*, p. 111.

¹² *Ib.*, p.128.

¹³ *Ib.*, p.359.

para confirmar a similaridade semântica dos termos *adjustment* e *settlement* na língua inglesa.

Por fim, a quinta¹⁴ e última citação encontrada no *The Law of the United Nations* refere-se novamente a uma remissão indireta a outro estudo feito por ele em 1944, o de *Peace Trough Law*. Nesta citação, ao analisar a disposição do Estatuto da Corte Internacional de Justiça que se ocupa do processo nacional de indicação de candidatos a membros desta Corte, ele reafirma que a independência política dos candidatos a juízes indicados pelos Estados-membros poderia ser alcançada caso eles fossem eleitos por autoridades nacionais também independentes, como sugerido pelo artigo 6º desse Estatuto.

Quanto às numerosas fontes primárias citadas por Kelsen, elas aparecem como notas de rodapé e, em sua grande maioria, se referem aos pronunciamentos oficiais de delegados de Estados, Relatórios de Comitês e Resoluções da Organização.

Em que pese o volume e a densidade destas notas de rodapé, elas pouco contribuem com esclarecimentos adicionais ao texto principal em referência. Da mesma forma, elas em quase nada reforçam as afirmações de Kelsen, chegando o seu uso, por vezes, a incomodar a leitura do texto principal. Contudo, elas demonstram a intimidade e familiaridade do autor com os debates e decisões na arena da ONU nos seus primeiros anos de funcionamento.

Vale observar que estas notas formam uma história secundária. Enquanto no texto principal, Kelsen se ocupa da formulação da sua análise crítica e puramente jurídica, no de rodapé, ele se dedica a transcrever matérias de cunho político. Com isso, a sensação que se tem é a de se estar diante de dois discursos simultâneos, um na parte superior e outro na parte inferior das páginas de um mesmo livro, mas diferentes entre si¹⁵.

A fim de tratar da matéria das obrigações dos Estados membros da Organização e das consequências para estes, no âmbito das Nações Unidas, pelo seu descumprimento, Kelsen, ao explicar o sentido prescritivo da norma, e do direito, estabelece o seguinte contorno para o conceito jurídico de sanção:

O direito é pela sua própria natureza uma ordem coercitiva. Uma ordem coercitiva é um sistema de regras

¹⁴ *Ib.*, p. 469.

¹⁵ É possível que isto tenha sido feito de forma proposital a fim de realçar a separação do que é Direito do que é Política, conforme os preceitos da *Rene Rechtslehre*.

que estabelecem certos padrões de comportamento através de medidas coercitivas, como as sanções, a serem tomadas no caso de um comportamento contrário, ou, o que equivale no mesmo, em caso de violação da lei. [...] As sanções possuem o caráter de forçar determinadas privações [...]. As sanções são reações específicas da comunidade, constituídas por uma ordem jurídica, contra os delitos. (KELSEN, 1950, p. 706. Tradução do autor.)

O conceito acima evidencia, com pequenas nuances em relação à fórmula apresentada em 1934, outro traço da Rene Rechtslehre. Isto se dá quando Kelsen, perfilhado à tradição jurídica positivista do século XIX, expõe que a norma de direito é uma norma coercitiva que reage com uma sanção contra atos indesejáveis ¹⁶.

Estes são apenas alguns exemplos que mostram ser possível afirmar que o The Law of the United Nations é um exercício de aplicação da Teoria Pura do Direito.

Entretanto, cumpre salientar que, apesar disso, nele parece existir muito pouco da norma hipotética fundamental ¹⁷, a norma pressuposta, base da validade de todas as demais normas, chamada de Grundnorm ¹⁸.

Assim, por exemplo, eles aparecem de forma discreta na indicação das razões que obrigariam os Estados não membros da Organização a respeitar os princípios da Carta (art. 2º §6º): o fundamento da obrigação está no propósito destes princípios, que é a manutenção da paz mundial, o que inclui necessariamente todos os Estados da comunidade internacional. Com isso, tende-se a tratar este preceito da Carta como uma disposição de direito internacional geral, o que fundamentaria a sua obrigatoriedade para todos os Estados independentemente de serem membros ou não das Nações Unidas ¹⁹.

AS INCONSISTÊNCIAS LÓGICAS E ANTINOMIAS JURÍDICAS DA CARTA

Antes de iniciar seu singular estudo da Carta das Nações Unidas,

¹⁶ Cf. KELSEN, 1934, p. 26.

¹⁷ O fato de Kelsen estar estritamente preocupado com as falhas de técnica jurídica da Carta, ou seja, com suas inconsistências lógicas e antinomias jurídicas, constitui um forte indício do motivo dele não se ocupar muito com a questão do fundamento último de validade das normas da Carta.

¹⁸ KELSEN, 1934, p. 58.

¹⁹ KELSEN, 1950, p. 106-110.

Kelsen designa os pressupostos do seu trabalho e que são fragmentos da sua Teoria Pura do Direito.

Neste sentido, para ele, a lei é uma técnica social específica e útil para alcançar os objetivos determinados pela política, e a tarefa técnica mais importante de um jurista é assistir o legislador na formulação de adequadas normas legais²⁰.

Quanto à interpretação jurídica, seu entendimento é o de que as normas jurídicas não possuem um único sentido correto, e os comentários doutrinários não são em si mesmos uma interpretação autêntica, já que não têm força de criação de direito²¹.

Contudo, Kelsen ressalta que eles têm o potencial de exercer grande influência no processo de criação e na função de aplicação do Direito²², e indica que este é exatamente o principal objetivo da sua análise crítica²³.

A partir destas considerações, ele inicia efetivamente o seu trabalho de apontar os problemas jurídicos da Carta das Nações Unidas, que, em sua essência, consistem em um conjunto de inconsistências lógicas e antinomias jurídicas encontrados nos enunciados de suas disposições.

Sob considerações de inconsistências lógicas, Kelsen indica um grande número de disposições da Carta²⁴, seja porque elas apresentam uma má técnica de redação jurídica²⁵, ou um conteúdo sem sentido²⁶, esquisito²⁷, sem clareza²⁸, ambíguo²⁹, ou ainda, porque elas abarcam expressões supérfluas³⁰ ou redundantes³¹.

Quanto às antinomias jurídicas, ele aponta as disposições da Carta que contemplam entre si alguma contradição entre suas disposições jurídicas.³²

20 *Ib.* p. xiii.

21 *Ib.*

22 *Ib.*, p. xiii-xv.

23 *Ib.*, p. xvii.

24 Cf. KELSEN, 1950, p. 139, 414, 415, entre outras.

25 *Ib.*, p. 112, 198, entre outras.

26 *Ib.* p. 100, 286, entre outras.

27 *Ib.* p. 459, entre outras.

28 *Ib.* p. 91, 156, entre outras.

29 *Ib.*, p. 95, entre outras.

30 *Ib.* p. 13, 89, 95, 116, 411, entre outras.

31 *Ib.* p. 100, 155, entre outras.

32 *Ib.* p. 88, entre outras.

Assim, tomando como ponto de partida para sua análise o Preâmbulo da Carta que dispõe:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS,
RESOLVIDOS

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E PARA TAIS FINS,

praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS
PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS.

Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas. (CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS)

Kelsen assinala que nele já se constata uma série inconsistências lógicas, a começar pela ambiguidade do termo Nações Unidas, que é empregado tanto para designar o instrumento jurídico “Carta” quanto a “Organização Internacional” propriamente dita:

O termo "Nações Unidas", tomado literalmente, se refere a Estados associados de alguma outra forma, não sob a de organização de Estados. [...] Mas na Carta, ele é usado para designar uma comunidade internacional formada pela Carta. Esta ambigüidade do termo não é muito afortunada. Mas, mesmo quando

usado na Carta, o termo assume dois significados distintos. No título da Carta e no texto do Preâmbulo ele é empregado para designar toda a Organização constituída pela Carta incluindo, como parte integrante sua, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça. [...] Quando no seu texto a Carta diz “Membros das Nações Unidas” – o termo “Membro” – se refere à Organização das Nações Unidas constituída pela Carta, não incluindo o Estatuto. “Membros das Nações Unidas” são somente os Estados-partes da Carta no sentido estrito do termo, não os Estados que são partes do Estatuto e não são partes da Carta em sentido estrito. (KELSEN, 1950, p.4-5. Tradução do autor)

Ele acrescenta a esta crítica a de que suas sentenças inicial e final apresentam uma má construção lógica.

Para Kelsen, a sentença inicial que declara “Nós, os povos das Nações Unidas”, é juridicamente inconsistente, pois sua fórmula, ao tomar como modelo a Constituição dos Estados Unidos da América, expressa a ideia da soberania popular, cujo significado é mais político do que jurídico. Outra inconsistência desta sentença está no fato que não foi o povo estadunidense, mas sim uma Assembleia que o representava, a autora da Constituição norte-americana³³.

Prosseguindo nesta linha de raciocínio, ele expõe que a Carta é um tratado internacional concluído por representantes dos governos dos Estados. Com isso, foram estes governos, e não os povos, que se fizeram representados na Conferência de São Francisco. Além disso, a ideia da soberania popular nele contida não seria correta, pois nem todos os governos compartilhavam da ideologia da soberania popular³⁴.

Ainda dentro desta lógica, a parte final do Preâmbulo também apresenta outra inconsistência, na medida em que ela menciona que foram os povos, ao invés de seus respectivos governos, quem resolveu conjugar esforços para a consecução dos objetivos dispostos no Preâmbulo da Carta, o que “não é juridicamente correto”³⁵.

Kelsen adiciona outro problema a este segmento final do Preâmbulo. Trata-se da menção que ela faz ao estabelecimento da Organização como se tivesse ocorrido simultaneamente ao da Carta, o que não é verdade, pois a Organização só foi criada em 24 de outubro de 1945, 4 meses após a assinatura

³³ *Ib.*, p. 5-7.

³⁴ *Ib.*, p.7.

³⁵ *Id.*

³⁶ Cf. art. 110 da Carta das Nações Unidas.

da Carta, data do depósito do vigésimo instrumento de sua ratificação³⁶.

Por fim, outro defeito de redação jurídica nesta última sentença refere-se à afirmação de que os representantes dos governos “concordaram com a presente Carta das Nações Unidas”. Para Kelsen, isto é tecnicamente supérfluo, pois as leis internacionais não precisam expressar formalmente a fonte de sua obrigatoriedade³⁷.

Quanto à natureza propriamente dita das disposições do Preâmbulo, Kelsen observa que seu teor é mais político-ideológico do que jurídico. Como este não traz uma sanção correspondente ao comportamento em contrário das suas prescrições, estas não se constituem em verdadeiras normas jurídicas, portanto, o Preâmbulo não estabelece por si só obrigações legais para os Estados. Por sua vez, como a Carta da ONU constitui em sua totalidade um direito novo, o efeito disso é que aquilo que ela somente enuncia sem referenciar a alguma sanção não existe no mundo jurídico, que é exatamente a hipótese das disposições preambulares³⁸.

Ainda sobre esta má técnica jurídica, ele crítica a estrutura apresentada pelo texto do Preâmbulo para indicar os fins ou os objetivos das Nações Unidas. Ao empregar diferentes termos de mesmo significado, como “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a... e para tais fins.... resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos.” A Carta efetua uma repetição supérflua. Sua justificativa para este comentário é que o início do Preâmbulo já descreve que os povos declararam que estavam resolvidos a fazer algo para alcançar os fins neles dispostos, logo, é desnecessário a repetição ao longo do texto que estes mesmos povos estariam determinados a realizar estes mesmos objetivos³⁹.

Sobre este comentário, cabe observar que a repetição de expressões em um texto extenso, como é o caso do Preâmbulo da Carta, é um recurso que auxilia a reforço das principais ideias nele contidas, e é algo que não ofende o bom uso da língua.

Outra inconsistência lógica apontada por Kelsen, e qualificada como algo estranho, refere-se à falta de correspondência entre o principal propósito da Organização, descrito no §1º do artigo 1º da Carta como sendo o de “manter a paz e segurança internacionais”, e que no Preâmbulo é apresentado como um meio para se alcançar os fins da Organização⁴⁰.

³⁷ *Ib.*, p.8-9.

³⁸ *Ib.*, p. 9-10.

³⁹ *Ib.*, p.10.

⁴⁰ *Ib.*, p.11.

Como contra-argumento a esta crítica pode-se dizer que este propósito encontra-se escrito no Preâmbulo sob a forma “resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra”.

Ainda sobre a falta de correspondência entre os propósitos descritos nestas duas disposições, Kelsen indica que propósito descrito no §1º do artigo 1º como o “de se chegar por meios pacíficos a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz” não se encontra mencionado no Preâmbulo ⁴¹.

Esta observação pode ser contestada pela compreensão de que a reafirmação do respeito às obrigações contraídas por meio de tratados e de outras fontes do Direito Internacional, como disposto na terceira cláusula do Preâmbulo, é um propósito equivalente ao da busca de uma solução pacífica para as controvérsias internacionais entre os Estados.

Kelsen também indica que o princípio da política da boa vizinhança moldado no Preâmbulo não está inscrito entre os Propósitos ou Princípios do Capítulo I da Carta, mas sim no artigo 74 do Capítulo XI, que trata da “Declaração Relativa aos Territórios Sem Governo Próprio”, o que é um mau arranjo ⁴².

Todavia, nota-se que este princípio pode ser deduzido das disposições dos parágrafos 1º a 4º do artigo 2º da Carta, na medida em que o modo de agir da Organização e dos seus Membros, como descritos nos dispositivos em tela, denota o espírito da política da boa vizinhança conforme se depreende da leitura abaixo:

Artigo 2º - A Organização e os seus membros, para a realização dos objetivos mencionados no artigo 1, agirão de acordo com os seguintes princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros;
2. Os membros da Organização, a fim de assegurarem a todos em geral os direitos e vantagens resultantes da sua qualidade de membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas em conformidade com a presente Carta;
3. Os membros da Organização deverão resolver as suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo a que a paz e a segurança internacionais, bem como a justiça, não sejam ameaçadas;

⁴¹ Id.

⁴² *Ib.*, p.12.

4. Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objetivos das Nações Unidas; [...] (CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS)

Outro problema do §1º do artigo1º, e apontado por Kelsen como uma antinomia jurídica, é a contradição lógica existente entre a manutenção da paz por meio de medidas de prevenção e de repressão a atos de ruptura da paz, pois ambas as expressões foram colocadas em um mesmo plano de significado:

Artigo 1º - Os objetivos das Nações Unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz; [...] (CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS)

Esclarece ele que:

Manter a paz significa impedir a ruptura da paz. Se a paz foi quebrada, ela não pode ser mantida, mas apenas restaurada. Esta distinção terminológica é feita nos artigos 39 e 51, mas não no Preâmbulo e no Capítulo 1. [...] A paz pode ser mantida pelo afastamento ou pela repressão das ameaças a ela, mas não pela repressão de atos de agressão. (KELSEN, 1950, p.13. Tradução do autor)

Desta forma, é contrário à lógica “evitar ameaças à paz” por “medidas efetivas” tomadas “coletivamente”, porque, para que estas sejam realizadas coercitivamente pelo Conselho de Segurança, nos termos do artigo 39 da Carta, é pressuposto que já exista uma ameaça à paz⁴³.

Kelsen também assinala que é supérflua a menção aos “atos de agressão” efetuada na sentença do §1º do artigo1º, “já que eles estariam inclusos no conceito de ameaças à paz”⁴⁴.

Contudo, uma leitura mais atenta deste dispositivo permite o entendimento que os atos de agressão não são uma espécie de ameaça a

⁴³ *Ib.*, p. 14.

⁴⁴ *Id.*

paz. Eles estão localizados em um plano distinto do da ameaça, ou seja, os atos de agressão são fatos objetivos que caracterizariam por si só uma ruptura da paz.

Por sua vez, a Carta das Nações Unidas não define o que vem a ser um ato de agressão. Isto acrescenta mais um elemento complicador a este debate, pois, como esclarece Macedo, “Mesmo a Resolução nº 3314, que define a agressão, abre margem a dúvidas. A enumeração das ações que configuram agressão, listadas no art. 3º, não é taxativa.” (MACEDO, 2010, p. 10)

O âmbito da definição retida é limitado. Como objetiva esta resolução [3314], tratando-se de uma simples recomendação da Assembléia ao Conselho de Segurança, este último pode proceder à sua interpretação num sentido tanto restritivo como extensivo: “tendo em conta as outras circunstâncias pertinentes”, ele pode desqualificar um ato que à primeira vista parecia um ato de agressão (art. 2º); pelo contrário, pode “qualificar outros atos de agressão em conformidade com as disposições da Carta” (art. 4º). (DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. p. 824. Apud MACEDO, op. cit. p. 10)

Para Kelsen as disposições da Carta sobre as obrigações dos Estados membros e dos não membros também apresentam uma série de problemas jurídicos.

Por exemplo, ele critica a redação do §2º do artigo2º que diz “Os membros da Organização, a fim de assegurarem a todos em geral os direitos e vantagens resultantes da sua qualidade de membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas em conformidade com a presente Carta;”. Para ele, a exigência do cumprimento de uma obrigação com boa fé é desnecessária, pois não é possível cumpri-la de má fé⁴⁵. Além disso, ele entende que o estabelecimento de tal obrigação é totalmente supérflua e tautológica, pois as obrigações devem ser cumpridas para que os sejam assegurados os direitos correspondentes⁴⁶.

Sobre as inconsistências do artigo 25, que dispõe “Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.”, Kelsen assinala, entre outras, que o termo “aceitar” além de ser desnecessário, denota uma característica de cláusula contratual, quando na verdade ela trata de uma imposição de obrigação⁴⁷.

⁴⁵ KELSEN, 1950, p.89.

⁴⁶ *Ib.*, p. 88.

⁴⁷ *Ib.*, p. 95.

Em relação a matéria por ele denominada de “decisão quasi-judicial”, Kelsen destaca a inconsistência jurídica entre os parâmetros para decisão de controvérsias a serem adotados pela Corte Internacional de Justiça e os da ONU. Enquanto o §1º do artigo 38 do Estatuto da Corte indica que as decisões da Corte serão “de acordo com o direito internacional”, o §1º do artigo 1º da Carta dispõe que as decisões da ONU serão “em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional”.

Para ele, princípios da justiça e direito internacional não são necessariamente matérias idênticas. É possível a ocorrência de oposição entre um princípio e uma regra positiva de Direito Internacional, e como a Carta não define o que é justiça, o efeito prático da fórmula “em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional” é que a Organização tem um amplo poder discricionário para decidir sobre as questões de sua competência.

Em outras palavras, justiça é o que parecer ser justo à Organização ou a seus membros, como por exemplo, para o Conselho de Segurança, justiça pode significar o que for apropriado à manutenção ou restabelecimento da paz e segurança internacionais, que em outros termos se traduz pelo “politicamente adequado”⁴⁸, o que em termos jurídicos não tem consistência, pois trata-se de um juízo politológico.

CONCLUSÕES

The Law of the United Nations é sem dúvida um exercício demonstrativo da aplicação da Teoria Pura do Direito, ainda que somente com algum esforço se consiga perceber pequenos vestígios da Grundnorm em alguns dos comentários de Kelsen à Carta.

Embora Kelsen, via de regra, aponte dezenas de problemas jurídicos da Carta, sem apresentar em contrapartida uma interpretação que os solucione, ou que elimine as dificuldades por ele mesmo indicadas, isto não compromete a utilidade real e prática deste seu esforço.

A apresentação de soluções para os problemas jurídicos da Carta indicados por Kelsen é um desafio e uma das utilidades do seu trabalho. Isto, aliás, é um dos objetivos da sua obra que ele mesmo assinalou como sendo a perspectiva dela influenciar a evolução das Nações Unidas e provocar um impulso político sobre a Organização destinado a promoção de ajustes e reformas da sua Carta.

⁴⁸ *Ib.*, p. 365-366.

Enquanto isto não ocorre, observa-se que a prática dos Estados na sociedade internacional vem esclarecendo paulatinamente os significados ambíguos das suas disposições, preenchendo suas lacunas, solucionando suas antinomias e etc.

REFERÊNCIAS

BARRAINE, Raymond. *La Réglementation des Rapports Internationaux et L'Organisation des Nations Unies*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

GOODRICH, Leland M.; HAMBRO, Edvard. *Charter of the United Nations: commentary and documents*. Boston: World Peace Foundation, 1946.

KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

KELSEN, Hans. *Legal Technique in International Law: A Textual Critique of the League Covenant*. Geneva Studies, V. X, n. 6. Geneva: Geneva Research Centre, 1939.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. New Jersey: The Law Book Exchange, 2005.

KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations: a critical analysis of it's fundamental problems*. New York: Frederick A. Praeger, 1950.

KOPELMANAS, Lazare. *L'Organisation des Nations Unies*. Paris: Recueil Sirey, 1947.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Análise da legalidade da intervenção no Iraque*. *Revista da Escola de Guerra Naval*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 6-31, 2009.

Recebido em: 08/10/2011

Aceito em: 29/11/2011

