

O PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS NA DIMENSÃO INTERNACIONAL:  
REVISITANDO A TEORIA DE HANS Kelsen À LUZ DE UM PENSAMENTO JURÍDICO-  
CRÍTICO<sup>1</sup>

Régis Trindade de Mello\*

Daniel Albherto Gabiatti; Luís Henrique Kohl Camargo\*\*

**RESUMO**

O presente texto busca realizar uma discussão acerca da abrangência material da doutrina dos direitos humanos, ou seja, um esforço por buscar a real consistência de seu objeto de estudo, tomando por referência o pensamento do jurista austríaco Hans Kelsen. Observaremos qual papel deve ser atribuído à ideia de direitos humanos, demonstrando que a ausência de um pensamento atento à alteridade ocasiona uma inevitável incongruência orgânica à consistência teórica dos direitos humanos. Inicialmente, far-se-á uma breve retomada histórica com o objetivo de localizar temporalmente a ideia de direitos humanos. Após, explanaremos de forma sumária o que é um pensamento jurídico-crítico, demonstrando, no decorrer do texto, que uma observação sincera e genuína da questão levantada somente pode ser construída sob um olhar crítico, atento às bases das estruturas sociais e disposto a questionar com a finalidade de reconstrução da realidade social. Finalmente, faremos uma exposição a respeito de algumas categorias básicas do pensamento de Kelsen atinentes ao objeto deste texto,

---

\* Graduação em Direito pela Universidade de Ijuí (1990); Mestrado em Direito pela Universidade Estácio de Sá, RJ (2008); Professor universitário da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Juiz do Trabalho Substituto – Tribunal Regional do Trabalho de SC; regis.mello@trt12.jus.br

\*\* Acadêmicos da 8ª fase do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Campus de Xanxerê; daniel.gabiatti@gmail.com; luiskohl@hotmail.com

<sup>1</sup> Artigo oriundo dos trabalhos executados em razão de pesquisa financiada por meio do convênio PIBIC/Unoesc, mediante projeto de iniciação científica junto à Universidade do Oeste de Santa Catarina, Campus de Xanxerê, intitulada Teoria crítica do direito: primeiros passos para uma renovação epistemológica de compreensão do fenômeno jurídico.

introduzindo a compreensão teórica acerca do direito internacional, observando que não há distinção entre este e o direito produzido no interior dos Estados, ou seja, são o mesmo fenômeno. Ao final, observaremos que é impossível não se equivocar quanto aos direitos humanos se os considerarmos como um “direito em si”, alheio às questões de interculturalidade e alteridade inerentes à discussão.

Palavras-chave: Teoria do direito. Pensamento jurídico-crítico. Direitos humanos. Hans Kelsen. Direito internacional.

## 1 INTRODUÇÃO

Urge a necessidade de construir um arcabouço teórico atento e atualizado quanto à questão dos direitos humanos. Nesse sentido, o presente trabalho mostra-se como um esforço a uma visualização de cunho crítico ao objeto proposto.

As perguntas que permeiam este texto vão desde a investigação acerca da consistência real da ideia dos direitos humanos, sua correspondência com a realidade material/social, os critérios epistemológicos que devem ser adotados para uma visão mais aproximada dos direitos humanos e as incongruências congênitas que um pensamento desatento às questões basilares da discussão pode causar.

Para orientar a trajetória percorrida, optamos por utilizar da obra de Hans Kelsen, exarando uma compreensão orgânica acerca das categorias por ele desenvolvidas e aqui aludidas, demonstrando algumas especialidades em seu pensamento e estabelecendo algumas conexões com as características de um pensamento jurídico crítico.

Os direitos humanos vêm sendo tratados pela doutrina tradicional como uma “verdade em si”, um conjunto de direitos subjetivos que fazem parte do “patrimônio jurídico” de todas as pessoas. Buscaremos desmistificar tal ideia, demonstrando seu caráter apriorístico e parcial, sobrelevando os pontos frágeis dessa construção, com a finalidade de localizar o papel dos direitos humanos sob uma perspectiva mais aproximada com a realidade,

atenta aos preceitos da alteridade. A visão tradicionalmente empregada pode ser a causa das incompreensões acerca da ineficácia real dos direitos humanos, e da contradição desta teoria quanto às diferenças culturais, principalmente quanto aos Estados que não incluíram tal ideia ao seu rol de direitos positivamente reconhecidos e ao seu conjunto ideológico de conduta social.

Ademais, o desenvolvimento do presente trabalho se pautará por um esforço crítico à teoria construída, ou seja, a epistemologia empregada buscará um questionamento orgânico, integral, que vai desde as bases das estruturas de compreensão dos fenômenos que nos tocam às suas consequências práticas nas relações intersubjetivas. Um questionamento não limitado ao horizonte oferecido pela realidade dada, mas sim uma tentativa de expansão dos horizontes existentes.

## **2 A IDEIA DE DIREITOS HUMANOS – EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Em princípio as regras de convivência entre membros de uma mesma sociedade eram ditadas, na acepção do termo, por meio da figura do líder do grupo, a autoridade deste bastava para se fizesse valer qualquer determinação, acreditava-se que a voz do líder era um instrumento de divindades que verticalmente norteavam a sociedade. Esse modelo primário de controle social das condutas dos indivíduos é mantido até os dias de hoje em algumas comunidades.

O modelo teórico europeu de evolução dos direitos humanos aponta que os primeiros registros de conquistas sociais relevantes, embora embrionárias, remontam à Grécia Antiga, onde os cidadãos se manifestavam acerca dos problemas cotidianos, bem como com respeito aos “destinos” da sociedade exercendo sua liberdade democrática em discursos junto à *Ágora*, no sistema grego da *polis*.

Na Roma Antiga, a exemplo, encontram-se registros do famoso Tribunal da Plebe, resultado das lutas das classes exploradas ancestrais contra injustiças cometidas pelos patrícios, o qual também era um

instrumento para a busca de paridade jurídica daqueles face a estes (FERRAZ, 1989, p. 27).

Em que pese o alcance limitado (SILVA, 2007, p. 150-151) dos referidos eventos, a exemplo do caso grego onde cidadão eram homens *livres* que eram minoria, e bem se sabe, que embora Roma rumasse para uma expansão de direitos e garantias, viu este ímpeto sucumbir em virtude dos problemas econômicos e políticos frutos de sua política expansionista mal sucedida, a semente da liberdade e da busca pela universalização de direitos havia sido lançada.

No berço da Idade Média (re)nasceram as declarações de direitos, como uma resposta da sociedade, aos desmandos e abusos do poder soberano. Com base na doutrina de São Tomás de Aquino que propôs a teoria da igualdade entre os homens perante Deus e trabalhou em torno do valor fundamental da dignidade humana, efervesceu-se a repulsa aos atos arbitrários do poder monárquico.

A pressão pela flexibilização do absolutismo monárquico, gradativamente aumentou em diversas sociedades. Por exemplo, em decorrência dessa pressão, na Europa Ocidental, surgiram os pactos forais e as cartas de franquia como assecuritários de direitos. O mais famoso desses pactos é a *Magna Charta Libertatum* de 1215, editada sob a autoridade do “Rei João Sem-Terra”, então rei da Inglaterra, que enfrentava forte crise interna, decorrente das sucessivas guerras e calamidades sociais ocasionadas pelas pestes e pela fome (SARLET, 2010, p. 49).

Para dimensionar a importância da referida Carta de Direitos basta se observar que em seu art. 39 existe o embrião do que conhecemos hoje por “devido processo legal”, senão vejamos:

*Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país. (Art. 39, Magna Charta Libertatum)*

Vale ressaltar que na época da edição da *Magna Charta*, a noção de homens livres era restrita aos membros da aristocracia inglesa. Tal conceito gradativamente obteve maior dimensão quando estendido a todos os "ingleses", momento em que o Direito Fundamental à Liberdade galgou *status* de norma fundamental do Estado Inglês (CANOTILHO, 2003, p. 382-383).

A evolução do Direito Europeu em muito influenciou a construção dos ordenamentos jurídicos dos Estados Americanos, até porque todo o continente americano foi colonizado por Estados europeus, durante o período do Colonialismo Europeu que se estendeu até meados do Século XX.

No continente europeu, observa-se que os reiterados abusos por parte dos soberanos gradativamente fez com que despertasse a descrença na "autoridade absoluta", por vezes divina, do monarca. Fato que fomentou revoltas que questionaram e até mesmo depuseram Monarcas.

A partir dessa nova ordem política que se instalava em diversos países, exigiram-se formas mais eficazes para se conferirem direitos. Situação influenciada pela divisão, por assim dizer, de poderes, ou melhor, em virtude da hierarquização da sociedade, onde o monarca mesmo com um *status* aparente de autonomia não governava sozinho como outrora, quanto menos se mantinha no poder sem a anuência de determinados seguimentos sociais.

Apesar dos avanços até então conquistados na tentativa de controlar, ou ao menos frear o exercício arbitrário do poder estatal e ampliar o rol de direitos e garantias à sociedade, pouco ou nada de efetivo havia mudado quanto à exploração exercida pelo poder soberano.

Em meados dos anos noventa do século XVI, precisamente em quatorze de julho de 1789, o povo Frances saqueou os Inválidos (ROMÃO; CAVALCANTI; KOGAN, 2003, p. 208) e deu início à revolução francesa, que encontrou seu ápice "emblemático" com a queda da Bastilha, símbolo da repressão e intolerância do poder soberano que sucumbiu ao povo Frances, inflamado por ideais liberais deu início a uma das mais importantes revoluções da história, verdadeira divisora de águas na evolução do Direito.

Curiosamente, pode-se fazer uma associação entre lema da Revolução Francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – com o avanço das conquistas sociais. Cada termo do lema representaria – por assim dizer – uma fase (dimensão) da evolução teórica dos Direitos (BONAVIDES, 2002, p. 516).

Volvendo o olhar novamente sob os eventos da Revolução Francesa se observa que seu fruto mais importante é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (BOBBIO, 2004, p. 52), onde as aspirações de toda uma geração iluminada pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram reunidas em um texto único que se dispersou aos quatro ventos e serviu de berço para as constituições de todo o “mundo ocidental”.

Apesar de, cronologicamente, posterior à Constituição Americana de 1787, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi pioneira no que tange o reconhecimento de um rol importante de direitos e liberdades fundamentais. A Constituição Americana foi um marco importante, mas foi a Declaração Francesa de 1789 que legou ao mundo direitos humanos (SARLET, 2010, p. 53).

Consequência direta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é a positivação dos chamados direitos de primeira dimensão, também conhecidos como direitos de defesa, onde o estado se obriga a não intervir na vida social e restringe sua atuação à garantia de justiça e segurança externa e interna (SARMENTO, 2002, p. 63).

Apesar de, cronologicamente, posterior à Constituição Americana de 1787, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi pioneira no que tange o reconhecimento de um rol importante de direitos e liberdades fundamentais. A Constituição Americana foi um marco importante, mas foi a Declaração Francesa de 1789 que legou ao mundo direitos humanos (SARLET, 2010, p. 53).

Consequência direta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é a positivação dos chamados direitos de primeira dimensão, também conhecidos como direitos de defesa, onde o estado se

obriga a não intervir na vida social e restringe sua atuação à garantia de justiça e segurança externa e interna (SARMENTO, 2002, p. 63).

Com a estabilidade de um sistema de Direitos reconhecidos pelo Estado, duas categorias de Direitos passam a ser observadas: Direitos humanos e Direitos fundamentais.

A distinção destas categorias é crucial no Estudo teórico do modelo europeu de Direitos, vejamos nas palavras Canotilho:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os Direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2003, p. 393, grifo do autor).

Verifica-se, de forma sucinta, que a teoria europeia de direitos trata como Direitos Humanos todos os direitos inerentes ao ser humano, à condição humana, enquanto que a ideia de Direitos Fundamentais, depende da análise de numerosos fatores, dentre eles: idiosincrasia, cultura e história de cada povo (HESSE, 2001, p. 5), vez que dependem da positivação constitucional, a qual é peculiar a cada Estado.

### **3 A IMPORTÂNCIA DE UM OLHAR CRÍTICO À QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

A ideia de direitos humanos vem sendo corriqueiramente apresentada de uma maneira dogmática, que pretende ser intrinsecamente verdadeira, como um imperativo categórico que precisa ser seguido para que a própria validade do direito seja possível. Pode-se dizer que os direitos humanos fazem, atualmente, o papel de uma condição *sine qua non* à coerência do ordenamento jurídico. Faz-se mister desconstruir tais preceitos para, então, reconstruir um arcabouço teórico apto a compreender a realidade que nos

toca e a nos fornecer um campo epistemológico fértil a projetos de transformação que deem conta dos nossos anseios.

Sem a necessária reflexão acerca do efetivo papel da ideia de direitos humanos a dinâmica que se desenvolve na sociedade, tal proposta política pode se tornar inócua ou, pior, ferramenta de justificação de práticas de opressão que fomentam ainda mais a desigualdade e a desumanidade no tratamento para com o "outro". Roberto A. R. de Aguiar (1990, p. 154-155) aponta que "como os direitos humanos podem ter importância como bandeira de luta, podem eles também se afigurar como veículo da hipocrisia e até como cortina de fumaça que esconde as reais intenções de seus promotores."

Dessa forma, evidencia-se a relevância que toma uma forma de pensar profunda, questionadora, para que a possibilidade de real existência dos direitos humanos seja uma realidade, integre efetivamente o fenômeno jurídico material,<sup>2</sup> fazendo parte do conjunto de possibilidades existentes a todas as pessoas. Essa forma de pensar é denominada pensamento crítico.

Não faz parte das intenções do presente texto uma extensiva explanação acerca do que é o pensamento jurídico crítico. Faz-se necessário, porém, uma breve definição sobre o que compreendemos designar esse termo.

Uma teoria crítica é um projeto teórico que pretende não restar limitado ao âmbito puramente abstrato, ou seja, uma compreensão do mundo desconectada da realidade e da prática. Dessa maneira, "a Teoria Crítica não se bate nem por uma ação cega (sem levar em conta o conhecimento) nem por um conhecimento vazio (que ignore que as coisas poderiam ser de outro

---

<sup>2</sup> Com o termo "fenômeno jurídico material" buscamos nos referir à efetiva dinâmica de forças desenvolvida no conjunto das relações intersubjetivas de uma sociedade ou grupo de pessoas. Contrapõe-se, portanto, àquilo que denominamos "fenômeno jurídico formal", que é o conjunto de conteúdos e conhecimentos emanados e materializados de uma maneira politicamente compreensível, hábil à comunicação, pelos detentores do poder real, institucional, protegido pela "força mais forte" e que possui a capacidade de disciplinar condutas (segundo Foucault, resumidamente, "a disciplina exerce seu controle não sobre o resultado de uma ação, mas sobre seu desenvolvimento" (FOUCAULT, 2005, p. 106).

modo), mas questiona o sentido de 'teoria' e de 'prática' e a própria distinção entre esses dois momentos." (NOBRE, 2011, p. 9).

Crítica é uma forma de observar a realidade questionando, simultaneamente, acerca dos conteúdos axiomáticos que a embasam. Um pensamento jurídico crítico leva em consideração que "[...] não é possível mostrar 'como as coisas são' senão a partir da perspectiva de 'como deveriam ser': 'crítica' significa, antes de mais nada, dizer o que é em vista do que *ainda* não é mas *pode* ser." (NOBRE, 2011, p. 9-10).

Cumprido pontuar que a conceituação desenvolvida acima é a aplicada a todos os ramos do conhecimento ("ciência") humano, ou seja, é uma categoria geral à designação científica. Podemos nos utilizar dessa conceituação de uma maneira mais aproximada da ciência jurídica, perscrutando acerca daquilo que chamamos, finalmente, de "pensamento jurídico crítico". Antonio Carlos Wolkmer assim conceitua o pensamento jurídico crítico:

[...] a categoria "crítica" aplicada ao Direito pode e deve ser compreendida como o instrumental operante que possibilita não só esclarecer, despertar e emancipar um sujeito histórico submerso em determinada normatividade repressora, mas também discutir e redefinir o processo de constituição do discurso legal mitificado e dominante.

Justifica-se, assim, conceituar "teoria jurídica crítica" como a formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social, e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica. (WOLKMER, 2002, p. 18).

Assim, compreende-se que uma visão de mundo que procure desconectar teoria de prática, política de ciência e cientista da influência social é uma teoria parcial, que compreende a realidade tão somente sob suas superficialidades, sem se comprometer com o questionamento das bases dos fenômenos intersubjetivos: uma teoria apriorística, que se mostra deficiente quando se pretende elaborar pontos de atuação para a transformação da realidade e concretização de determinado projeto.

Dessa forma, a primeira pontuação que demarcaremos, neste trabalho, é de que nos pautamos por uma tentativa de pensar crítica, com uma linha epistemológica não tradicional (senão antitradicional). Procuramos substrato na real dinâmica de eventos que acontece na sociedade para, então, exarar uma nova compreensão que pode tanto avalizar a dogmática vigente quanto constatar sua deficiência.

#### **4 CATEGORIAS BASILARES DO PENSAMENTO KELSEN**

Pontuadas as questões preliminares que nos pautam, buscaremos, dentro dos breves limites deste artigo, explanar alguns pontos de reflexão acerca do problema do conflito existente entre a teoria (que se pretende universal) dos direitos humanos e suas contradições com as tradições de algumas sociedades. Busca-se apontar a relevância jurídica da observação e compreensão de tais incongruências, utilizando como pano de fundo epistemológico as conexões possíveis de se estabelecer entre o pensamento de Kelsen e um pensamento jurídico crítico no tocante a essas questões.

É necessário alertar, de antemão, que a crítica ao pensamento de Kelsen tem por fonte, em muitos casos, uma observação atomizada das categorias por ele desenhadas sem que seja construída uma compreensão do conjunto teórico desenvolvido e que, em sua completude, traz muitos termos que, se considerados de forma isolada, tomam sentidos diversos, deslocalizados e que, por consequência, são pejorativamente valorados.

Para Kelsen, a norma jurídica possui duas dimensões complementares: validade e eficácia. Tal divisão mostra-se, em sua obra, de caráter pedagógico, tendo em vista tratar-se de dimensões do mesmo objeto, como veremos.

A validade, para Kelsen, nada mais é do que a conformidade dos conteúdos exarados pelos constituídos por uma determinada Constituição<sup>3</sup> em relação aos conteúdos dessa mesma Constituição. Porém, mergulhando

---

<sup>3</sup> "Constituição", aqui compreendida como "norma fundamental".

um pouco mais na categorização exposta pelo jurista, constataremos que a validade diz respeito indiretamente à conformidade dos conteúdos exarados pelas pessoas com a norma hipotética fundamental vigente. Faz-se mister aclarar alguns conceitos.

O termo “norma fundamental” encontra-se diretamente conectado com a ideia de uma Constituição. Segundo Kelsen (2006, p. 224-225).

Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada [...] e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. (KELSEN, 2006, p. 224-225).

A própria conceituação de “norma fundamental” remete a um conjunto de forças desenvolvidas pela sociedade e que foi devidamente percebida pelo autor. Esse conjunto de forças, ao mesmo tempo em que confirma a existência de uma norma jurídica segundo determinados padrões e requisitos de verificação, pode destruir tais critérios de conceituação, revolucionando o ordenamento jurídico. Por essa razão Kelsen afirma que, mediatamente, a norma fundamental tem de fazer referência a uma ordem “eficaz em termos globais”.

A questão torna-se mais explícita ainda quando o autor abrange acerca do fundamento de validade da norma jurídica:

Fundamento de validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes. (KELSEN, 2006, p. 236).

Assim, para Kelsen, a validade da norma jurídica está subordinada à eficácia do ordenamento jurídico,<sup>4</sup> até porque, para o autor, tais categorias

---

<sup>4</sup> Em “O que é justiça?”, Kelsen (1998, p. 218) afirma que: “Uma análise do pensamento jurídico demonstra que os juristas consideram válida uma constituição apenas quando a

fazem referência ao mesmo fenômeno, sendo apenas distinções pedagógicas, com a finalidade de comunicar sentimentos em relação ao objeto de estudo com o interlocutor.

O pensamento de Kelsen toma forma com a categoria "norma hipotética fundamental". O autor utiliza-se desse conceito para explicar que, na realidade, a coerência de um ordenamento jurídico não pode ser medida por critérios racionais. A linguagem jurídica é dotada, em sua gênese, de uma certa "arbitrariedade", ou seja, "[...] o significante é imotivado, isto é, arbitrário em relação ao significado, com o qual não tem nenhum traço natural na realidade." (WARAT, 1994, p. 26) O que se quer dizer é que a norma basilar de todo ordenamento jurídico é uma norma pressuposta, além do direito institucional, e que não pode ser compreendida.

Como podemos falar de uma ordem juridicamente obrigatória apenas se pressupusermos essa norma (que não é uma norma do direito positivo), ela pode ser chamada uma norma hipotética. Essa norma fundamental é a base de todos os juízos jurídicos de valor possíveis na estrutura da ordem jurídica de Estado dado. (KELSEN, 1998, p. 215).

Essa norma pressuposta tem um caráter material, observa as íntimas motivações de cada integrante da sociedade e é resultado de uma gigantesca, inumerável soma de condutas humanas e de relações intersubjetivas. Essa massa de fenômenos que ocorre diariamente, constantemente na sociedade é o material de onde surge certa normatização de comportamentos e compreensões, normatização essa que possui força, poder, capacidade de reproduzir-se e continuar determinando condutas, mas que pode ser desconstruída e reformulada pela mesma força que a cria e mantém. A norma hipotética fundamental dá coerência formal e existência material aos conteúdos do direito institucional/formal. Kelsen compreende, em sua teoria, a realidade material dos acontecimentos

---

ordem jurídica nela fundamentada é eficaz". Continua sua explanação observando que "[...] a existência de uma norma jurídica positiva pressupõe: 1) a eficácia da ordem jurídica total à qual pertence a norma; 2) a presença de um fato que 'cria' a norma; e 3) a ausência de alguma norma que a 'anule'" (1998, p. 219).

sociais. Pode-se estabelecer, nesse ponto, uma coincidência entre o pensamento crítico e a teoria de Kelsen quanto ao direito.

É necessário marcar tais características para conseguir compreender o papel dos direitos humanos em um panorama internacional. A partir da observação do pensamento de Kelsen construiremos uma abordagem dos direitos humanos e da consistência dos desafios existentes à sua concretização no âmbito internacional.

## **5 KELSEN E O DIREITO INTERNACIONAL – O PAPEL DA DOUTRINA DOS DIREITOS HUMANOS**

Para Kelsen, o direito estatal e o direito internacional não são fenômenos distintos. Melhor dizendo, o jurista observa que as normas que denominamos “direito internacional”, que são aquelas que extrapolam os limites da jurisdição dos países, não possuem uma característica designativa distinta das normas existentes na dimensão intra-estatal. É possível afirmar, sobretudo, que, para Kelsen, o direito internacional é aquele que fixa os limites de validade do direito estatal, ou seja, o direito internacional dá a possibilidade de existência ao direito estatal, sendo, nesse sentido, superior a este. Kelsen afirma que “a determinação do domínio de validade é [...] a determinação de um elemento de conteúdo do ordenamento inferior pelo superior.” (KELSEN, 2006, p. 369).

Importa, nesse ponto, observar que Kelsen não confunde o fenômeno jurídico com as normas escritas, institucionalizadas. E é sob esse prisma que ele concebe o direito internacional:

O Direito internacional [...] revela uma certa semelhança com o Direito da sociedade primitiva, pelo fato de não instituir, pelo menos enquanto Direito internacional geral vinculante em relação a todos os Estados, quaisquer órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das suas normas. (KELSEN, 2006, p. 358).

Kelsen afirma também, e com lucidez, que o direito não emana do Estado, e que uma coisa não se confunde com a outra:

Dizer que o Estado cria o Direito significa apenas que indivíduos, cujos atos são atribuídos ao Estado com base no Direito, criam o Direito. Não há, nem pode haver, lugar a um processo no qual um Estado que, na sua existência, seja anterior ao Direito, crie o Direito e, depois, se lhe submeta. (KELSEN, 2006, p. 346).

Pontuadas essas questões, muitas vezes obscuras na obra de Kelsen justamente pela ausência de uma leitura orgânica de sua produção teórica, faz-se um panorama acerca de algumas características do direito internacional para, após, localizarmos a questão dos direitos humanos sob esse contexto: 1) O direito internacional é também um complexo composto de relações intersubjetivas de pessoas/sociedades que, devido à dinâmica de forças estabelecida, se encontram divididas em espaços territoriais submetidos a diversos ordenamentos jurídico-positivos internos; 2) O direito internacional dá o âmbito de validade de determinado ordenamento jurídico estatal. Esse âmbito de validade é definido pelo território aonde determinada ordem jurídica possui eficácia;<sup>5</sup> 3) O direito não se confunde com os conteúdos emanados pelos Estados: o fenômeno jurídico é um objeto só, que pode ser estudado sob suas diversas dimensões, porém, enquanto acontecimento histórico/material, o fenômeno jurídico não pode ser fracionado e estudado atomisticamente.

A partir daqui, é possível compreender qual o papel da doutrina dos direitos humanos e qual a sua existência real dentro da dinâmica jurídica material.

Como vimos, “direitos humanos” é uma ideia que se pretende universal, ou seja, busca atingir a todas as pessoas, indiferentemente de seus critérios identificadores/particulares (raça, nacionalidade, idade, sexo etc.). Os direitos humanos figurariam como um “direito subjetivo inerente à pessoa”, próximo a um “direito natural”, que todo e qualquer ser humano possuiria unicamente

---

<sup>5</sup> “A ordem jurídica internacional estatui, além disso, que o domínio territorial deste Estado, ou a esfera de validade espacial da ordem jurídica estadual tem a extensão que tiver a eficácia desta ordem jurídica [...]”. (KELSEN, 2006, p. 375).

pelo fato de ser algo concebido por outro ser humano. Necessário tomar cuidado com algumas questões que podem passar despercebidas.

Primeiramente, não é possível afirmar a existência de direitos humanos se eles não fazem parte de, no mínimo, uma perspectiva de realização ampla para todos os integrantes da sociedade. Dessa forma, não dá para usar a terminologia “direitos humanos” para designar uma ideia que é um “direito-em-si”. Cumpre atentar para o fato de que a terminologia usada para expressar a ideia trazida pelos direitos humanos pode ser usada como elemento a encobrir a real inexistência daquilo que se quer designar.<sup>6</sup>

Nesse ponto, arriscamo-nos a afirmar que há concordância com a teoria de Kelsen quando afirmamos que, mesmo que em nossa Constituição conste o direito social à saúde, tal direito não faz parte, efetivamente, do ordenamento jurídico de nossa sociedade. Isso porque, nesse ponto, a própria organização da sociedade impede a existência desse direito a todas as pessoas, posto que permite a acumulação de bens e a submissão econômica do Estado às grandes corporações. E, se a organização material da sociedade impede a realização de uma pretensa prescrição jurídico-positiva, é porque tal prescrição não possui eficácia e, nesse caso, não possui eficácia porque não está de acordo com a norma hipotética fundamental de nossa sociedade quanto a esse ponto: é permitido lucrar e concentrar renda, ainda que isso possa custar um atendimento sanitário deficitário à ampla população. Pode existir uma normatização não escrita, alheia e paralela ao Estado, e que dite, materialmente, condutas exigíveis e sanções aplicáveis.

Warat alerta para a existência de “uma discursividade enganosamente cristalina que escamoteia, em nome da verdade, da segurança e da justiça, a presença subterrânea de uma ‘tecnologia da opressão’ e de uma microfísica conflitiva de ocultamento que vão

---

<sup>6</sup> Warat afirma que o signo “direitos humanos” faz parte daquilo que se denomina “estereótipo”, ou seja, “quando um termo tem eficácia de comunicação a partir só da força conotativa vinculada a seu significante” (1994, p. 142). “Um estereótipo é uma expressão ou uma palavra que pretende gerar adesões valorativas a partir de comportamentos acrílicos e solidariedades epidérmicas quando é enunciado” (WARAT, 1994, p. 142).

configurando as relações de poder inscritas no discurso da lei.” (WARAT, 1994, p. 19).

Nesse sentido, deve-se compreender os direitos humanos não como uma tese jurídico-positiva, mas como uma proposta política de transformação social. O equívoco de identificar os direitos humanos com um “direito natural subjetivo positivo” inerente a todas as pessoas, e que deve ser protegido e defendido a todo o custo, leva à desconsideração das diversas variações culturais que não incorporaram tal ideia ao seu rol de ideologias, e essa desconsideração do “outro” é uma incongruência para quem crê na realidade dos direitos humanos.

Cada cultura tem uma validade em si mesma, apresenta um conjunto de significados que não são transladáveis para outras culturas. Ao negar esse fato o liberalismo, segundo Charles Taylor, converte a política de igual dignidade em política de discriminação, pois desconhece as diferenças culturais reduzindo-as ao domínio de uma cultura dominante. (LUCAS, 2010, p. 59).

Com o que acabamos de expor, não buscamos menosprezar a importância do discurso trazido com os direitos humanos, mesmo porque tal ideia surge em um contexto especial onde a história mostrava ao homem que era necessário impor limites à soberania estatal para que a humanidade pudesse sobreviver (LUCAS, 2010, p. 139). Urge a necessidade de cultivar tal ideia, de afirmar a “igualdade de fundo” inerente a todo homem, a realidade do homem que há antes do cidadão. Hannah Arendt alerta que:

Se a ideia de humanidade, cujo símbolo mais convincente é a origem comum da espécie humana, já não é válida, então nada é mais plausível que uma teoria que afirme que as raças vermelha, amarela e negra descendem de macacos diferentes dos que originaram a raça branca, e que todas as raças foram predestinadas pela natureza a guerrearem umas contra as outras até que desapareçam da face da terra. (ARENDR, 1989, p. 187).

Nosso objetivo, com o presente texto, é observar, dentro de uma breve explanação das categorias da teoria do direito de Kelsen, conexões que podem ser estabelecidas com uma teoria crítica do direito, inserindo, nesse

esforço teórico, a questão dos direitos humanos e o tratamento dado a essa discussão pela dogmática jurídica em geral. O que não se pode é negar a importância de uma compreensão teórica adequada para o tema, que não desprezasse a inexistência material-positiva dos direitos humanos quando não eficazes na realidade social e que se limite a afirmar que a simples inclusão de tais direitos em uma declaração jurídico-política ou em um texto jurídico-positivo estatal é suficiente para dar a eles realidade concreta e substância material.

A luta por direitos humanos é política, pois eles prevêm normas que só poderiam vigorar a partir de uma reviravolta social, pois, a se manter os interesses dominantes de hoje, é impossível tratarmos de direitos à saúde, ao bem-estar, à alimentação, ao vestuário, à habitação e aos cuidados médicos. (AGUIAR, 1990, p. 170).

Assim, conclui-se que a proposta dos direitos humanos se configura em uma luta política, uma possibilidade de transformação social, que não pode, porém, tomar para si o direito de agir de maneira opressora quanto às diferentes culturas de outras nações, em um exercício de dominação, negando a realidade do “outro”.<sup>7</sup> Ao passarmos por cima das diferenças entre os homens acabamos caindo em uma incongruência orgânica à ideia de direitos humanos. A coerência da proposta dos direitos humanos depende, também, de um reconhecimento intercultural de igualdade pautado à luz da alteridade<sup>1</sup>.

## 6 CONCLUSÃO

Foi possível observar, no presente texto, a necessidade de um reconhecimento do “outro” pautado sob um pano de fundo de alteridade

---

<sup>7</sup> Enrique Dussel (1977, p. 58) chama tal movimento de “alienação”: “Totalizar a exterioridade, sistematizar a alteridade, negar o outro como outro é a alienação. Alienar é vender alguém ou algo; é fazê-lo passar a outro possuidor ou proprietário. A alienação de um povo ou indivíduo singular é fazer-lhe perder seu ser ao incorporá-lo como momento, aspecto ou instrumento do ser de outro.”

<sup>1</sup> “[...] se ‘o ser é e o não ser não é’ (= eu sou e tu não es) só pode haver um tipo de relação: senhor x escravo (Hegel), dominador x dominado, opressor x oprimido, e a guerra sempre dirá quem será senhor e quem será escravo”. Zimmermann (1986, p. 163).

para que a ideia dos direitos humanos não padeça sob uma fatal incongruência: atuar contra aquilo que se quer promover, ou seja, a emancipação do homem que existe antes do cidadão, antes dos critérios definidores estabelecidos pela sociedade, independentemente da qualidade dos rótulos que o identifica. Pensar considerando a alteridade é pensar criticamente, tomar uma postura atenta e comprometida, uma investigação que surja das bases e esteja disposta a destruir epistemologicamente seu objeto de estudo.

Sob esse prisma apreciamos a teoria desenvolvida por Kelsen, apropriando-se de algumas de suas categorias. Ao mesmo tempo em que analisamos os sentidos dos signos pelo autor lançados, buscamos empregá-los em um esforço pela construção de uma teoria que consiga compreender de maneira mais próxima a ideia de direitos humanos.

Observamos que grande parte das críticas depreciativas direcionadas à obra de Kelsen provêm de uma visão parcial de seu pensamento. Uma leitura orgânica de sua produção teórica pode gerar diversas conexões com as características de um pensamento jurídico crítico, principalmente pela lucidez com que o autor trabalha a questão da relação entre o direito internacional e o direito estatal.

Compreender que o direito internacional e o direito estatal fazem parte de um mesmo fenômeno é condição para uma visualização mais profunda das dificuldades de “implantação” da proposta dos direitos humanos. Considerando tal questão, é possível ressaltar a relevância de um reconhecimento intercultural para com os povos que não incorporam tal ideia ao seu rol ideológico.

À guisa de arrematação, observamos que os direitos humanos não podem ser enquadrados como uma realidade jurídico-positiva, um direito *em si* de todos os homens, que efetivamente integra seu “patrimônio jurídico”. “Direitos humanos” é uma proposta política, um conjunto de conceitos intimamente imbricados com ideais de moralidade e justiça que participam, também, de um complexo jogo de forças e tensionamento de poder intersubjetivo que faz parte da realidade da convivência humana.

THE ROLE OF HUMAN RIGHTS IN THE INTERNATIONAL DIMENSION: REVISITING  
HANS KELSEN'S THEORY IN THE LIGHT OF A CRITICAL LEGAL THOUGHT

ABSTRACT

*The present study expose a discussion about the material reach of the human rights theory, in fact, it propose to follow the real consistence of their object of study, taking the reference of the Austrian jurist Hans Kelsen. In this study we observed which function must be assigned to the idea of human rights, showing that the absence of a thought careful with the human alterity causes an inevitable organic incongruity in the theoretical consistence of the human rights theory. Initially, it will be done a short historical recovery to locate temporally the idea of the human rights. Latter, we will explain shortly about what is a juridical thought, showing that a sincere and genuine observation of the question just can be built by an critical look, careful with the bases of the social structures and willing to question with the finality of reconstruction of the social reality. Finally, will be exposed a few basic categories of the Kelsen's thought on the object of this study, introducing the theoretical comprehension about the international Law, watching that there is not distinction between this and the Law produced inside the States, in other words, it is the same phenomenon. We observed that is impossible not to misunderstand the Human Rights if we consider it as a Right "in itself", remote to questions of interculturality of the alterity inherent of the discussion.*

*Keywords: Human Rights. Critical Juridical Thought. Human Rights. Hans Kelsen. International Law.*

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5. ed. São Paulo: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DUSSEL, Enrique D. **Filosofia da Libertação**. São Paulo: Edições Loyola, 1977.

FERRAZ, Manoel de Figueiredo. **Do tribunado da plebe**. São Paulo: Ed. da USP, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 21. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2005.

HESSE, Conrado. "Significado de los derechos fundamentales". Manual de derecho constitucional. Madri: Marcial Pons, 2001.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. São Paulo: Ed. Manole, 2007.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade**. Ijuí: Ed. da Unijuí, 2010.

NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ROMÃO, Jacqueline Moura; CALVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **Historia do Direito**. Rio de Janeiro: Rio, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito I: Interpretação da lei, temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luiz Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZIMMERMANN, Roque. **América Latina – o Não-Ser**. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1986.