

Marcos Augusto Maliska¹

Hans Kelsen está entre os maiores juristas do Século XX. Nascido em Praga, hoje República Tcheca, em 11 de outubro de 1881 e morto em 19 de abril de 1973, em Berkeley (EUA), Kelsen, além da sua extraordinária capacidade intelectual, foi um autor que, pelo fato de ter vivido quase um século e em uma época cheia de profundas transformações, teve a oportunidade de presenciar e refletir sobre situações políticas e jurídicas totalmente diversas.

O presente texto investiga a especial contribuição do pensador austríaco para a relação Direito Nacional e Direito Internacional. Kelsen foi um autor que analisou o Estado a partir do Direito. Com o seu formalismo lógico ele redefiniu a ciência do direito e pensou uma estrutura jurídica universal. Membro do chamado movimento neokantiano Kelsen é um autor de referência obrigatória aos estudiosos do Estado e do Direito do Século XX. Afeito a polêmicas, das quais duas são bastante conhecidas, uma com Carl Schmitt sobre a defesa da Constituição de Weimar e outra com Ehrlich sobre a natureza da ciência do direito, Kelsen é um autor bastante discutido. Sua teoria não é daquelas que são recebidas sem reação.

A presente revisão de Kelsen não tem a pretensão de analisar com profundidade a sua obra. Trata-se de um resgate que se julga indispensável para se pensar o Estado Moderno e seu direito racional. Para isso, o trabalho analisará a (i) relação entre Estado e Direito; (ii) a questão da unidade do sistema jurídico nacional e internacional; (iii) a teoria da centralização e descentralização da ordem jurídica e (iv) os seus desdobramentos no tema da união de Estados.

1. Estado e Direito

Dentre outros aspectos, a obra de Kelsen, em especial o seu maior trabalho *Reine Rechtslehre*, tem como referência obrigatória a identificação do Estado com o Direito. Para Kelsen, partindo de uma consideração não ideológica bem como de um conhecimento do Estado livre de definições metafísicas e místicas, não se pode definir o Estado, no sentido de uma formação social, a não ser como uma ordem de relações humanas. Segundo ele, ainda, é comum a caracterização do Estado como uma organização política e também de que o Estado é uma ordem de coação (*Zwangsordnung*). O específico elemento “político” desta organização encontra-se nas relações das pessoas para com as pessoas, no qual esta ordem estatui uma coação válida por atos de coação (*Zwangsakten*). Como organização política é o Estado uma ordem jurídica, porém nem toda ordem jurídica é um Estado. A pré-estatal ordem jurídica das sociedades primitivas e a supra-estatal (ou entre estatal) ordem jurídica do direito internacional, por exemplo, não constituem um Estado. Para ser um Estado a ordem

¹ Procurador Federal Chefe da Procuradoria Federal junto a UFPR. Doutor em Direito Constitucional. Professor Universitário. Autor, dentre outros livros, de *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*, publicado pela Editora Renovar, do Rio de Janeiro.

jurídica necessita ter o caráter de uma organização no sentido específico da palavra, ou seja, ela precisa para a produção e aplicação das normas estabelecer uma divisão funcional de órgãos, bem como mostrar um grau de centralização. O Estado é uma relativa ordem jurídica centralizada.²

Segundo Kelsen, definir o Estado como Estado de Direito é um pleonismo. No entanto, sob a ótica da questão da democracia e da segurança jurídica, o Estado de Direito é uma relativa ordem jurídica centralizada, da qual a administração e a jurisprudência seguem por meio de leis, isto é, um conjunto de normas gerais, a qual se forma por um parlamento eleito pelo voto popular e encontra na cúpula do governo o Chefe de Estado; os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e são garantidos os direitos de liberdade dos cidadãos, em especial o de pensamento e consciência e da liberdade de expressão.³

O termo “Estado”, na análise de Kelsen, é usado com diversos significados, ora para indicar sociedades, ora para indicar um órgão particular da sociedade, por exemplo, o governo, uma nação ou território que eles habitam. Essa variedade de objetos que o termo comumente denota torna difícil defini-lo. No entanto, segundo ele, “a situação revela-se mais simples quando o Estado é discutido a partir de um ponto de vista puramente jurídico. O Estado, então, é tomado em consideração apenas como um fenômeno jurídico, como uma pessoa jurídica, ou seja, como uma corporação”.⁴ Para Kelsen definido o Estado como uma corporação, surge a questão de como diferenciá-lo de outras corporações. Segundo ele, a diferença deve ser encontrada na ordem normativa que constitui a corporação do Estado. O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). “O Direito positivo surge empiricamente na forma de ordens jurídicas nacionais relacionadas entre si por uma ordem jurídica internacional. Não existe nenhum Direito absoluto; existem apenas vários sistemas de normas jurídicas – o Direito inglês, o francês, o americano, o mexicano, e assim por diante – cujas esferas de validade são limitadas de modos característicos; e, junto a isso, um complexo de normas às quais nos referimos como Direito Internacional”.⁵ Escreve Kelsen que a Teoria do Estado como Teoria do Estado de Direito é a teoria na qual o Estado é qualificado como uma ordem com especial relação para com a questão da validade e da produção dessa ordem. Sendo essa ordem uma ordem jurídica, a teoria do Estado de Direito é uma teoria do Direito Objetivo.⁶

Procurando distinguir o conceito jurídico de Estado do conceito sociológico, o primeiro entendido como um complexo de normas, uma ordem, e o segundo como um complexo de ações, um “processo de conduta social efetiva” (Max Weber)⁷, Kelsen

² KELSSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2º ed. Wien: Verlag Österreich, 2000, p. 289.

³ KELSSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, p. 314.

⁴ KELSSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução do inglês por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 261. Kelsen define corporação como “um grupo de indivíduos tratados pelo Direito como uma unidade, ou seja, como uma pessoa que tem direitos e deveres distintos daqueles dos indivíduos que a compõem” (p. 140).

⁵ KELSSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 262.

⁶ KELSSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Verlag Dr. Max Gehlen, 1966, p. 47.

⁷ A análise feita da sociologia de Max Weber, nesse ponto, parte da sua definição da sociologia como a tarefa de compreender a conduta social por interpretação, uma conduta que tem uma significação porque os indivíduos atuantes vinculam uma significação a ela, porque eles a interpretam. A sociologia, nesse sentido, é a interpretação de ações que já foram submetidas a uma interpretação por parte dos indivíduos atuantes. KELSSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do*

observa que “existe apenas um conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica, centralizada. O conceito sociológico de um padrão efetivo de conduta, orientado para a ordem jurídica, não é um conceito de Estado; ele pressupõe o conceito de Estado, que é um conceito jurídico”.⁸ Para Kelsen, quando os sociólogos descrevem as relações de dominação dentro do Estado eles aplicam o conceito jurídico de Estado. “As propriedades que atribuem ao Estado são concebíveis apenas como propriedades de uma ordem normativa ou de uma comunidade constituída por tal ordem. Os sociólogos também consideram uma qualidade essencial do Estado a de ser uma autoridade superior aos indivíduos, obrigando os indivíduos. Apenas como ordem normativa o Estado pode ser uma autoridade com poder de obrigar, especialmente se essa autoridade for soberana. A soberania é concebível apenas dentro do domínio normativo”.⁹

2. A unidade do Sistema Jurídico Nacional e Internacional

Durante o Século XIX foi uma preocupação corrente entre os autores de língua alemã a busca de um *Princípio Objetivo* para o Direito Internacional. Este princípio deveria harmonizar-se, por um lado, com a unidade do Direito Internacional e, por outro, com a aceitação da Soberania da vontade Estatal como princípio fundamental de validade do Direito Internacional. Para uma tal construção tiveram os autores dificuldades, em especial com relação ao Direito Internacional, pois ao contrário do Direito Estatal, faltava ao Direito Internacional uma especial autoridade superior aos Estados para editar as normas e impor o direito. Destinatários e produtores de Direitos eram idênticos. Essa questão encontrou no Século XIX uma posição central, pois a identificação das normas de direito internacional, sob o domínio da ciência positivista, com as regras da moral e da razão para as relações internacionais, sempre mostrou pouca capacidade de integração.¹⁰

Através de um Método Crítico da Teoria do Direito Internacional em comparação com a Teoria tradicional, Kelsen e seus discípulos, em especial Kunz e Verdross, procuraram desenvolver uma construção objetiva do Direito Internacional. Em especial teve uma grande influência na Teoria do Direito Internacional de Kelsen o estudo crítico do pensamento de Georg Jellinek. Para Kelsen a obra *Allgemeine Staatslehre* de Jellinek era uma síntese da Teoria do Estado do Século XIX.¹¹ No trabalho de Kelsen de 1911 “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*” já se encontra a Crítica Fundamental da Teoria do Estado de Jellinek. Nesta obra Kelsen procurou investigar a ciência do direito nos seus mais variados aspectos e, desta forma, iniciar os seus estudos que culminariam com a publicação duas décadas depois da sua principal obra: *Reine Rechtslehre*. Na segunda edição de “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*”, publicada em 1923, Kelsen qualifica o trabalho como rudimento para a realização de uma revisão metodológica dos fundamentos da Teoria do Estado de Direito.¹²

Durante a Primeira Guerra Mundial Kelsen se ocupou com a primeira Monografia sobre Direito Internacional: “*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*”. Neste trabalho Kelsen julga a questão da soberania dos Estados como um

Estado, p. 271.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 271-272.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 272-273.

¹⁰ Conforme BERNSTORFF, Jochen von. *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*. Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 13-37.

¹¹ KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*, p. IX.

¹² KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. 2º ed. Tübingen: Mohr (Siebeck), 1923, p. V.

ponto central da construção Jurídica. Para ele o problema da Soberania não pode ser analisado sem uma análise também da Teoria do Direito Internacional. Nesta obra Kelsen procurou tratar das relações entre os dois sistemas de normas (nacional e internacional) e reconhecer a necessária unidade de ambos como um importante resultado.¹³

Para os membros da *Escola de Viena* o Direito Internacional (*Völkerrecht*) e o Direito Nacional (*Landesrecht*) são partes de um único Sistema Jurídico (Teoria Monista). Os sistemas jurídicos nacionais estão compreendidos no sistema jurídico internacional, pois o direito internacional antepõe-se ao Direito nacional no cosmo jurídico monista (*Die Primatsthese*). Nas palavras de Jochen von Bernstorff, a tese da Primazia do Direito Internacional, na tentativa de construção de um Direito Internacional supra-estatal, foi um golpe dirigido contra o dogma da Soberania estatal unitária (*einzelstaatlicher Souveranität*).¹⁴

Para Kelsen, a Soberania como característica do Estado só pode ter validade entendendo-se o Estado como uma Ordem e se reconhecendo a identidade dessa ordem com a ordem jurídica. Para as outras hipóteses, nas quais a ordem jurídica necessita demarcar as diversas interpretações do conceito de Estado, a Soberania é uma característica da ordem jurídica, não uma característica do Estado.¹⁵

Ao abordar a comunidade jurídica internacional, Kelsen escreve que não existe nenhuma fronteira absoluta entre o direito nacional e o direito internacional. Segundo ele, o “fato indubitável de que os Estados (sobretudo os Estados Federais) foram estabelecidos por meio de tratados internacionais, e uma confederação de Estados por meio de um ato legislativo, demonstra claramente que o parecer tradicional, segundo o qual o Direito nacional (municipal) não pode ser criado por Direito internacional, e o Direito internacional não pode dever sua origem ao Direito nacional, é incorreto”.¹⁶

A diferença entre Direito nacional e Direito internacional é apenas relativa: ela consiste, em primeiro lugar, no grau de centralização ou descentralização. O Direito nacional é uma ordem jurídica relativamente centralizada. “Especialmente característica de uma ordem jurídica que constitui um Estado é a centralização da aplicação do Direito, a instituição de órgãos judiciais centrais competentes para estabelecer o delito e ordenar e executar a sanção. (...) O Direito internacional, comparado com o Direito nacional, é uma ordem jurídica mais descentralizada. Ele apresenta o mais elevado grau de descentralização encontrado no Direito positivo”.¹⁷

A ordem jurídica internacional, assim como todas as ordens jurídicas nacionais, constituem um sistema jurídico internacional, o direito positivo. “Dentro desse sistema, as normas do chamado Direito Internacional geral são as normas centrais, válidas para um território que compreende os territórios de todos os Estados efetivamente existentes, e o território em que os Estados podem potencialmente existir. As ordens jurídicas dos Estados são as normas locais desse sistema. Enquanto o território do Estado, a esfera territorial de validade de uma ordem jurídica nacional, é limitada por dispositivos do Direito internacional, a esfera territorial de validade da ordem jurídica internacional não é juridicamente limitada. O direito internacional é válido onde quer que as suas normas

¹³ KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. 2º ed. Tübingen, 1928, p. V.

¹⁴ BERNSTORFF, Jochen von. *Der Glaube an das universale Recht*, p. 82.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. 16.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 462-463.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 463.

devam ser aplicadas”.¹⁸ Essa distinção, no entanto, não é absoluta entre o direito internacional e o nacional. “Apenas as ordens jurídicas efetivamente válidas possuem tal esfera territorial de validade limitada. Não está excluído a priori que a evolução do Direito internacional venha a conduzir ao estabelecimento de um Estado mundial. Ou seja, que a ordem jurídica efetivamente válida venha a ser transformada, por meio da centralização, numa ordem jurídica nacional cuja esfera territorial de validade coincida com a do Direito internacional efetivamente válido”.¹⁹

A descentralização do Direito Internacional possui um caráter estático e um caráter dinâmico. O primeiro é caracterizado pela supremacia das normas do direito nacional sobre o direito internacional geral e pelo fato de que tanto as normas de direito nacional, como as normas de direito internacional geral são ordens jurídicas parciais que formam a ordem jurídica universal. A segunda é identificada pela ausência de órgãos de direito internacional, ou seja, tanto a criação como a aplicação de Direito estão a cargo dos sujeitos de Direito Internacional, os Estados.²⁰

Kelsen tem o direito internacional como meio de conteúdo ilimitado à construção de um governo da Sociedade em nível mundial, ou seja, de um direito universal. O otimismo dos anos vinte do Século XX concebeu o Direito Internacional como *soziale Technik* para uma comunidade jurídica universal. O fenômeno do nacionalismo europeu sofreu uma queda com a primeira guerra mundial. A nova ordem mundial deveria deter o agressivo nacionalismo através de novas instituições de paz. Sob os olhos do movimento Moderno a força apaixonante do nacionalismo poderia somente através do direito internacional em relações internacionais racionalizar-se e se tornar inofensivo. Surgem então novos atores ao lado dos Estados Nacionais Soberanos como portadores de funções do Direito Universal. Na Teoria do Direito Internacional de Kelsen e dos membros da *Escola de Viena* os portadores de direitos e obrigações na órbita internacional além dos Estados são também as organizações internacionais e os indivíduos.²¹

3. Centralização e descentralização da Ordem Jurídica

Uma ordem jurídica centralizada subentende todas as suas normas como válidas para todo o território pelo qual ela se estende, ou seja, todas as normas possuem a mesma esfera territorial de validade. De outro lado, uma ordem jurídica descentralizada consiste em normas que têm esferas territoriais de validades diferentes, algumas normas têm validade para o território inteiro enquanto outras têm validade apenas para diferentes partes dele. Aquelas que são válidas para o território inteiro Kelsen chama-as de *normas centrais* e aquelas que são válidas somente para uma parte do território, *normas não-centrais* ou *normas locais*.²²

As normas locais válidas para uma mesma parte do território formam a ordem jurídica parcial ou local. As normas centrais também formam uma ordem jurídica parcial, ou seja, a ordem jurídica central. No dizer de Kelsen, “a ordem jurídica central que constitui a comunidade jurídica central forma, juntamente com as ordens jurídicas locais que constituem as comunidades jurídicas locais, a ordem jurídica total, o Estado. Tanto a comunidade central quanto as comunidades locais são membros da comunidade total.”²³

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 464.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 464.

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 464-465.

²¹ Conforme BERNSTORFF, Jochen von. *Der Glaube an das universale Recht*, p. 108, 107 e 131.

²² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 434.

²³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 434.

O grau de centralização ou descentralização de uma ordem jurídica é determinado pela proporção relativa do número e da imponência das normas centrais e locais da ordem. Desta forma, pode-se fazer distinção entre descentralização e centralização totais e parciais. “A centralização é total se todas as normas forem válidas para o território inteiro. A descentralização é total se todas as normas forem válidas apenas para partes diferentes do território, para subdivisões territoriais”.²⁴ A centralização e a descentralização totais são apenas pólos ideais. Existe certo grau determinado abaixo do qual a centralização não pode descer, e certo grau máximo que a descentralização não pode ultrapassar sem a dissolução da comunidade jurídica.²⁵

A comunidade jurídica pode ser dividida sobre outra base, que não a territorial, ou seja, as normas de uma ordem jurídica podem diferir quanto às suas esferas pessoais de validade. “Um conjunto de normas cuja validade tem a mesma esfera pessoal constitui uma comunidade parcial dentro da comunidade total, exatamente como as normas locais ou centrais de uma ordem jurídica constituem comunidades parciais”.²⁶

Além do aspecto estático, a questão da centralização e descentralização tem também um aspecto dinâmico, que diz respeito aos métodos de criação e execução das normas, ou seja, saber se as normas centrais ou locais são criadas e executadas por um mesmo órgão ou por vários órgãos, e como estes órgãos são criados, tornam-se importantes questões.²⁷

O tema da forma de organização (centralizada ou descentralizada) possui íntima relação com a questão da forma de governo e em especial, com a questão da democracia.²⁸ A descentralização estática acarreta a descentralização dinâmica, e a descentralização dinâmica implica a transferência de poder do autocrata para o seu representante, e, portanto, um enfraquecimento do princípio autocrático. A democracia também pode ser centralizada ou descentralizada num sentido estático, mas a descentralização permite uma aproximação maior da idéia de democracia do que a centralização, tendo em vista que afirma o *princípio de autodeterminação*. A democracia exige a conformidade máxima entre a vontade geral expressa na ordem jurídica e a vontade dos indivíduos sujeito à ordem; por essa razão, a ordem jurídica é criada pelos próprios indivíduos por ela obrigados, de acordo com o princípio da maioria. A conformidade da ordem à vontade da maioria é o objetivo da organização democrática.²⁹

Arelada a essa questão surge ainda o fato da centralização e descentralização perfeitas e imperfeitas. “Falamos de descentralização perfeita quando a criação de normas locais é definitiva e independente. Ela é definitiva quando não existe a possibilidade de a norma local poder ser abolida e substituída por uma norma central e ela é independente quando os seus conteúdos não forem determinados, de modo algum,

²⁴ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 437.

²⁵ Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, p. 316.

²⁶ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 435.

²⁷ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 440.

²⁸ Segundo Kelsen, a democracia, no plano da idéia, é uma forma de Estado e de Sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo. Kelsen, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2º ed. Tübingen: Mohr (Siebeck), 1929, p. 14.

²⁹ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 445.

por normas centrais. A descentralização é imperfeita quando uma lei contém princípios gerais, aos quais a legislação local tem apenas de dar uma aplicação mais detalhada”.³⁰

Tem-se três casos de descentralização que merecem referência: a descentralização administrativa, a descentralização por autonomia local e a descentralização por províncias autônomas. A descentralização administrativa é a descentralização imperfeita no domínio do poder executivo. Ela se aplica não só à administração pública no sentido mais restrito, mas também à administração da Justiça. Os órgãos encontram-se em ordem hierárquica. A autoridade superior tem o poder de abolir a norma criada pela autoridade inferior, tendo esta última de decretar uma nova norma; ou então, a autoridade superior tem o poder de substituir a norma criada pela autoridade inferior por outra norma individual. Essa norma também não é definitiva caso haja a possibilidade de apelação para a autoridade mais alta, por exemplo, o Chefe do Executivo ou o Ministro de Gabinete. A descentralização por autonomia local é uma combinação direta e deliberada das idéias de descentralização e democracia. Os órgãos que criam normas locais são, nesse caso, eleitos por aqueles para quem essas normas são válidas. Um exemplo de unidade local autônoma é a municipalidade e o prefeito. A descentralização por províncias autônomas importa na existência de um corpo legislativo local, eleito pelos cidadãos da província e, possivelmente, também um corpo administrativo local, eleito pela legislatura local ou diretamente pelo povo da província.³¹

4. A união de Estados

Para Kelsen “apenas o grau de descentralização diferencia um Estado unitário dividido em províncias autônomas de um Estado Federal. E, do mesmo modo que um Estado federal se distingue de um Estado unitário, uma confederação internacional de Estados se distingue do Estado federal apenas por meio de um grau de descentralização maior. Na escala de descentralização, o Estado federal encontra-se entre o Estado unitário e uma união internacional de Estados”.³²

A ordem jurídica de um Estado federal compõe-se de normas centrais válidas para o seu território inteiro e de normas locais válidas para porções desse território, para os territórios dos Estados membros. Kelsen tem o entendimento do chamado Federalismo de terceiro grau, ou seja, “o Estado Federal, a comunidade jurídica total, consiste, assim, na federação, uma comunidade jurídica central, e nos Estados componentes, várias comunidades jurídicas locais. A teoria tradicional identifica, erroneamente, a federação com o Estado federal total”.³³

Uma união de Estados puramente internacional, uma confederação de Estados como, por exemplo, a Liga das Nações, segundo Kelsen, pode lembrar um Estado Federal em muitos aspectos, pois a constituição dessa comunidade (união Internacional de Estados) é o conteúdo de um Tratado Internacional, como é, normalmente, também o caso com um Estado Federal; os Estados Membros são também, como os Estados componentes do Estado Federal, comunidades parciais, constituídas por ordens jurídicas locais, a saber, pelas suas ordens jurídicas nacionais; a confederação junto com os Estados-Membros forma a comunidade total, a confederação.³⁴

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 446.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 447-451.

³² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 451.

³³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 452-453.

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 455. Analisando essa questão Carl Schmitt tem uma posição contrária, pois, segundo ele, toda federação tem um território federal e a

É uma característica do Estado federal o fato de que as normas centrais, as leis federais, obrigam e autorizam indivíduos diretamente, sem qualquer mediação de normas locais, de leis dos Estados componentes. Nesse aspecto, ele se diferencia de modo especialmente notável da confederação internacional de Estados, pois as normas centrais da ordem jurídica que constitui a confederação obrigam e autorizam diretamente apenas Estados; os indivíduos são afetados apenas indiretamente pela mediação das ordens jurídicas dos Estados aos quais pertencem.³⁵ A cidadania, neste sentido, é elemento característico do Estado federal (cidadania federal), mesmo que cada Estado componente também tenha a sua cidadania de Estado. Na Confederação de Estados, de outro modo, não existe qualquer cidadania da confederação. “Os indivíduos são cidadãos apenas dos Estados-membros. Eles pertencem juridicamente à comunidade jurídica internacional apenas de modo indireto, através dos seus Estados”.³⁶

Para Kelsen, “apenas no caso de a essência do Estado Federal ser concebida como um grau particular e uma forma específica de descentralização é possível, apenas pelo seu conteúdo, reconhecer uma constituição positiva concreta, como um Estado Federal”.³⁷ A partir disso, o modo de criação do Estado Federal, ou seja, se ele surgiu de um Tratado Internacional entre Estados Soberanos estabelecendo a Constituição Federal ou por ato legislativo de um Estado Unitário transformando-se em Estado Federal através do aumento do grau de descentralização, é irrelevante. A mesma análise é válida para a Confederação de Estados. Em geral ela é estabelecida por um tratado internacional. No entanto, essa característica não é absoluta, pois um Estado Federal, por exemplo, pode ser transformado por um ato do órgão legislativo com modificação de sua constituição, em confederação de Estados, como, por exemplo, o Império Britânico que se tornou uma simples união de Estados através do chamado Estatuto de Westminster, em 1931 (um Ato do Parlamento Britânico).³⁸ Neste caso, observa ele, “trata-se de um modo de descentralização. Se a nova constituição apresenta um grau de descentralização característico de uma confederação de Estados, os Estados componentes do Estado federal tornam-se Estados plenos no sentido do Direito internacional. O Estado federal desaparece. Um desenvolvimento na direção oposta também é possível. Vários Estados independentes podem, por meio de um tratado internacional, se unir não apenas num Estado Federal, mas também num Estado unitário, caso a constituição estabelecida pelo tratado apresente o grau apropriado de centralização”.³⁹

Liga das Nações de Genebra não é uma Federação tendo em vista que os territórios dos Estados Membros não são territórios da Liga das Nações no sentido da Soberania Territorial ou Poder Federal. SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 8º ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 383-384.

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 459.

³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 458.

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 461.

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 461-462.

³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 462.

BIBLIOGRAFIA

BERNSTORFF, Jochen von. Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler. Baden-Baden: Nomos, 2001.

KELSEN, Hans. Reine Rechtslehre. 2º ed. Wien: Verlag Österreich, 2000, p. 289.

_____. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução do inglês por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Allgemeine Staatslehre. Berlin: Verlag Dr. Max Gehlen, 1966.

_____. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. 2º ed. Tübingen: Mohr (Siebeck), 1923.

_____. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. 2º ed. Tübingen, 1928.

_____. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 2º ed. Tübingen: Mohr (Siebeck), 1929.

SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. 8º ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.