



**OS CONFLITOS DO MUNDO ATUAL E OS LIMITES DO RESGATE DO  
CONCEITO DE GUERRA JUSTA: UMA LEITURA A PARTIR DOS  
ASPECTOS INTERNACIONALISTAS DA OBRA DE HANS KELSEN**

CONFLICT IN THE WORLD TODAY AND THE LIMITS OF THE CONCEPT  
OF RESCUE JUST WAR: A READING FROM THE INTERNATIONALISTS  
ASPECTS OF THE WORK OF HANS KELSEN

---

**Gilmar Antonio Bedin**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Estágio de Pós-Doutorado na Universidade de Santiago do Chile, em curso. Professor do Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ. É Editor-Chefe da Editora UNIJUÍ. E-mail: gilmarb@unijui.edu.br

**Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth**

Doutorando em Direito Pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito Público pela UNISINOS (2010). Título da dissertação: A DIMENSÃO (DES)HUMANA DO PROCESSO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: o papel do medo no e do Direito Punitivo brasileiro e o disciplinamento das classes populares. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (2008). Título da monografia: O Direito Fraternal e os Mecanismos de Justiça Restaurativa como alternativas ao Direito Penal do Inimigo. Graduado em Direito pela UNIJUÍ (2006). Título da monografia: A deslegitimação do sistema penal e as políticas criminais contemporâneas. Advogado militante. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UNIJUÍ e da UNISINOS. E-mail: madwermuth@gmail.com

**Anna Paula Bagetti Zeifert**

Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2004), bolsista CAPES. Especialista em Direito Privado (2002), com ênfase em Hermenêutica Jurídica, e Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2000). Tem experiência em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Hermenêutica e Argumentação Jurídica, Direitos Fundamentais, Teoria do Estado, Teoria do Direito, Teoria da Constituição e Metodologia da Pesquisa Jurídica. Coordenadora do Núcleo Monográfico. Pesquisadora no grupo (CNPq): Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade, linha de pesquisa Democracia, Regulação Internacional e Equidade; Projeto: A Sociedade Internacional e a Paz por Meio do Direito: Uma Leitura a partir das Obras de Hans Kelsen e de Norberto Bobbio. E-mail: annazeifert@yahoo.com.br

### Resumo

A sociedade internacional da atualidade é perpassada por conflitos muito diferentes daqueles típicos de seu período clássico (1648-1948). Entre esses se destacam, por exemplo, os conflitos ambientais, as disputas comerciais e os atentados terroristas. Estes últimos conflitos desafiam os poderes do Estado e impulsionam o resgate do conceito de guerra justa. O objetivo deste artigo é demonstrar, a partir das reflexões de Hans Kelsen sobre o instituto jurídico da guerra, os limites argumentativos do resgate do conceito referido e de sua aplicação na atualidade. **Palavras-chave:** Sociedade Internacional. Guerra. Terrorismo. Sanção. Estado de Exceção.

### Abstract

The international society of today is permeated by conflicts very different from those of your typical classical period (1648-1948). Among these stand out, for example, environmental conflicts, commercial disputes and terrorist attacks. The latter conflicts defy the powers of the state and boost the rescue of the concept of just war. The objective of this paper is to demonstrate, from the reflections of Hans Kelsen on the legal institution of war, the limits argumentative redemption of the concept and its application said today. **Keywords:** International Society. War. Terrorism. Sanction. State of Exception.

## 1. INTRODUÇÃO - O MUNDO ATUAL E SEUS CONTORNOS

O mundo atual é compreendido por alguns como uma verdadeira sociedade de risco (Beck, 2010). Independente da veracidade desta interpretação, não é difícil perceber que as sociedades atuais possuem um maior grau de incerteza e de insegurança. Neste contexto, a produção do medo tem um papel significativo e se materializa, muitas vezes, por meio de grandes catástrofes ambientais, revoltas de determinadas populações ou em ações violentas de grupos terroristas (a exemplo das que ocorreram em Nova Iorque, em 2001, e em Madri em 2004).

Os acontecimentos referidos deflagraram sinais de alerta constantes nos diversos sistemas de controle e obrigam os Estados a fazer grandes investimentos na área da segurança pública. Este quadro gera um quadro de alerta permanente e estabelece uma séria discussão sobre a capacidade dos poderes públicos estatais de darem uma resposta efetivas a esses problemas. Tudo isto gera um clima favorável a aceitação de mais controles e de mais violência.

Em consequência, vai se estabelecendo a compreensão que o momento atual é um tempo de guerra global permanente (HARDT; NEGRI, 2005). Neste sentido, destacam os autores referidos, que é preciso reconhecer que a guerra é hoje uma condição geral da existência humana e que “não há como fugir a este estado de guerra” e que nem “há um fim à vista” desta nova condição humana. O que pode ocorrer é que “em determinados momentos e lugares, pode haver cessação das hostilidades, mas a violência letal está presente como potencialidade constante, sempre pronta a irromper em qualquer lugar.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 22-23).

Isto quer dizer que, na atualidade, “a guerra transforma-se num fenômeno geral, global e interminável”, uma vez que “inúmeros conflitos armados manifestam-se hoje através do planeta, alguns breves e limitados a um lugar específico, outros prolongados e expansivos.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 21-22). Este fato leva os referidos autores a

argumentarem que esses conflitos não devem mais ser encarados como casos de guerra, mas sim como casos de guerra civil, uma vez que a guerra, como tradicionalmente entendida pelo direito internacional, “é um conflito armado entre entidades políticas soberanas, a guerra civil é o conflito armado entre combatentes soberanos e/ou não-soberanos dentro de um mesmo território soberano.”

Uma análise da alteração verificada no emprego do conceito de guerra entre o fim do século XX e início do século XXI evidencia a veracidade dessa afirmação. Com efeito, a retórica da guerra passa a ser usada para fazer referência a atividades muito diferentes da guerra propriamente dita, ou seja, atividades que não envolvem violência letal ou derramamento de sangue. Usam-se as metáforas da guerra nos esportes, no comércio, na política interna de um país, etc, para indicar competição, mas uma competição que não se dá entre inimigos na acepção literal do termo, bem como para chamar a atenção para os riscos e conflitos envolvidos nessas atividades. Por outro lado, também se utiliza a retórica da guerra como manobra política para conseguir adesão de forças sociais em torno de um objetivo de união típico de um esforço de guerra, podendo-se citar como exemplo as “guerras contra a pobreza.” (HARDT; NEGRI, 2005).

No entanto, é importante destacar que, a partir do momento em que a retórica da guerra passou a ser utilizada também para a mobilização social contra as drogas – no final do século XX – e contra o terrorismo – no início do século XXI –, ela assumiu uma formulação concreta. De fato, as políticas públicas acabaram adquirindo um forte elemento bélico. Com este fato, a sociabilidade humana adquiriu novos contornos e se tornou cada vez menor a diferença entre o mundo o chamado 'exterior e o interior, entre os conflitos externos e a segurança interna”, razão pela qual se pode falar na passagem “das invocações metafóricas e retóricas da guerra para guerras reais contra inimigos indefinidos e imateriais.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 35).

Os reflexos dessas alterações no conceito de guerra no direito (tópico 2), bem como as implicações que as tentativas de resgate do conceito de guerra justa kelseniano assumem nessa quadra da história (tópicos 3 e 4) são, portanto, o objeto de reflexão do presente trabalho.

## **2. O MUNDO ATUAL E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO NO CONTEXTO DE GUERRA GLOBAL**

O principal resultado do processo delineado no tópico precedente foi a relativização dos princípios do Estado de Direito e, em conseqüência, o fortalecimento do estado de exceção. Este se tornou – paradoxalmente – no modelo político dominante, diminuído a distinção tradicional entre guerra e política, dado que “a guerra vai-se transformando no princípio básico de organização da sociedade, reduzindo-se a política apenas a um de seus recursos ou manifestações.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 33).

Por isso, insiste Agamben (2004, p. 13) que o estado de exceção “tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea.” Esta proeminência do estado de exceção transformar radicalmente “a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição”, dado que o estado de exceção se apresenta “como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.” Para ilustrar o exposto, o referido autor utiliza as medidas adotadas pelos EUA no período pós-11 de setembro no “combate ao terrorismo” – como a “indefinite detention”, o processo perante as “military

commissions”, bem como o “USA Patriot Act”. Estas iniciativas estabelecem um novo sentido de legalidade e “anulam radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável.” (AGAMBEN, 2004, p. 14).

Nesse contexto, a lei não é aquilo a que o Estado está sujeito, tampouco representa um critério de aferição da (i)legitimidade de um ato de governo: ela é compreendida como um mero instrumento, ou seja, um dispositivo de poder que pode ser aplicado ou suspenso à vontade. Por isso, a soberania consiste hoje “na aplicación variable de la ley, en su tergiversación y en su suspensión. Bajo su forma actual, constituye una relación de explotación de la ley, instrumental, desdeñosa, sustitutiva, arbitraria.” (BUTLER, 2009, p. 114).

É o Executivo, nesses casos, que avalia que determinado acontecimento constitui um perigo para o Estado e partir deste fato é produzida uma situação excepcional, marcada pela emergência de um direito que, ao se apresentar como exceção, torna-se a regra por excelência. Isto significa que estas situações excepcionais suspendem a lei e passam a sustentar o estado de exceção permanente. Neste sentido, Delmas-Marty (2010) assevera que os eventos terroristas de 11 de setembro de 2001 marcaram uma reviravolta na história da democracia moderna e levou os Estados Unidos a suspender as garantias do Estado de direito e legitimar a tortura e formas desumanas de tratamento dos prisioneiros detidos em Guantánamo.

A referida constatação, para Agamben (2004, p. 131), não representa qualquer novidade. A seu ver, o estado de exceção, enquanto forma de governo, continuou a funcionar quase sem interrupção a partir da I Guerra Mundial, por meio do fascismo e do nacional-socialismo, tendo adquirido na atualidade sua máxima capacidade, como o desdobramento planetário.<sup>1</sup> Hoje, o aspecto normativo do direito pode ser “impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito.”

É importante destacar que, em um contexto tal, cada vez mais – lembra Pérez Cepeda (2007) –, são criados “inimigos” com o objetivo único de eliminar toda resistência às estratégias das posições dominantes. A criação de uma atmosfera de medo desses inimigos – personificados ora pelo “terrorista”, ora pelo “criminoso contumaz”, ora pelo “imigrante” – converte-se, então, em um condicionante importante das políticas de segurança, sendo utilizado como escusa perfeita para evitar a perda de velocidade de projetos neoliberais hegemônicos de um Ocidente que, na linguagem de Chomsky (2002), sempre foi bastante eclético na sua escolha de inimigos, sendo os critérios de escolha, basicamente, a subordinação e o servilismo ao poder.

Afinal, deve-se recordar que o medo alimenta o medo e que há uma porosidade entre o medo que se sente em relação ao outro e o medo de um mudo que é percebido como sendo cada vez mais perigoso em escala global em função, dentre outros fatores, do terrorismo global, da cibercriminalidade, etc. Tudo isso se mescla para criar uma “sociedade do medo”, potenciada em função da fragilização do Estado: “l'Etat se trouve débordé, au sens propre (les risques devenus planétaires ne s'arrêtent évidemment pas à la frontière de chaque Etat), et au figuré (aucun Etat ne dispose de réponses efficaces

---

<sup>1</sup> Já para Butler (2009, p. 84), “un tiempo histórico que pensábamos que había pasado vuelve para estructurar el campo contemporáneo con una persistencia que demuestra la falsedad de la historia como cronología.”

---

à lui seul).” (DELMAS-MARTY, 2010).

E são exatamente esses fatores os determinantes para se afirmar que, na contemporaneidade, a guerra se transforma em um “regime de biopoder, vale dizer, uma forma de governo destinada não apenas a controlar a população, mas a produzir e a reproduzir todos os aspectos da vida social.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 34). Afinal, deve-se considerar o fato de que “uma guerra para criar ou manter a ordem social não pode ter fim. Envolverá necessariamente o contínuo e ininterrupto exercício do poder e da violência. (HARDT; NEGRI, 2005, p. 35).

Em outras palavras,

la guerra se convierte en un instrumento natural para preservar un orden igualmente natural que se identifica indisolublemente con los intereses neoliberales y con el instrumento decisivo de su ideario político: el dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo, reduciendo la mundialización a una dimensión, la económica. (PÉREZ CEPEDA, 2007, p. 126).

Como consequência disso, tem-se uma indeterminação dos limites espaciais e temporais da guerra. É que a guerra à maneira antiga entre Estados soberanos tinha claras delimitações espaciais, embora pudesse eventualmente disseminar-se por outros países, e seu fim geralmente era marcado por uma rendição, uma vitória ou uma trégua entre os Estados em conflito. Agora, a guerra, não conhece mais limites espaciais ou temporais definidos. É uma guerra permanente, que pode se estender “em qualquer direção, por períodos indeterminados”, podendo alcançar “todo o mundo, talvez por décadas ou mesmo gerações inteiras”. (HARDT; NEGRI, 2005, p. 35). A seguir, procura-se investigar se o conceito de guerra justa cunhado por Hans Kelsen é possível de ser (re)apropriado para ser utilizado como uma possível justificativa ao movimento bélico que subjaz à política predominante no mundo contemporâneo.

### 3. HANS KELSEN E O CONCEITO DA GUERRA LEGAL

A contribuição teórica de Hans Kelsen, na afirmação da paz na sociedade internacional e, em consequência, para a construção de um possível cenário de paz institucional (de paz formulada e garantida através ou por meio do Direito<sup>2</sup>), deve ser muito bem entendida. É que para o autor a paz possível de ser construída e proporcionada pelo direito é uma paz relativa (que convive com a existência da força) e não uma paz absoluta (concebida como ausência total de força).

Neste sentido, a paz possível de ser alcançada é a mesma paz alcançada nas relações internas e que se viabiliza por meio da constituição do monopólio da força pela comunidade jurídica. Em outras palavras, é importante reconhecer que para o autor “não há um Estado de Direito que, no sentido aqui desenvolvido, seja essencialmente

---

<sup>2</sup> Neste momento, necessário se faz a retoma do conceito de Direito em Kelsen (2010, p. 31), com o intuito de localizar o termo na teoria do referido autor. Assim sendo, “[...] Direito é uma ordem coercitiva. Estabelece sanções socialmente organizadas, podendo ser distinguida claramente da ordem religiosa, por outro lado, e da ordem meramente social, por outro. Como ordem coercitiva, o Direito é esta específica técnica social, que consiste na tentativa de provocar a almejada conduta social das pessoas pela ameaça de uma medida de coerção a ser tomada no caso de conduta contrária, ou seja, ilícita.”

um estado de paz.” (KELSEN, 2010, p.47)

Esta afirmação central leva o autor a se perguntar se o direito internacional é, então, um direito no mesmo sentido que o direito nacional e se ele tem a mesma função? A resposta do autor é positiva e indica que o Direito Internacional se apresenta como um Direito de verdade quando autoriza a utilização dos “[...] atos coercitivos de um Estado, a interferência forçada de um Estado no domínio de interesse de outro [que] são, a princípio, permitidos apenas como reação a um delito, estando proibido, o emprego da força para qualquer outra finalidade.” Enfatiza, ainda, que “o Direito Internacional é o Direito no mesmo sentido que o Direito nacional”, sob a condição de que “seja possível interpretar como sanção ou como delito o emprego da força de um Estado dirigido contra outro”.<sup>3</sup> (KELSEN, 2010, p. 47).

Para tanto, a ordem normativa que se desenvolve a partir do Direito Internacional geral é um sistema de normas válidas, que auxiliam na regulação do comportamento humano, comportamento esse que ocorre no tempo e no espaço (território). No entanto, a “noção de domínio de validade” da ordem jurídica internacional tem um “sentido puramente hipotético”.<sup>4</sup>

É essa estrutura que diferencia o Direito Internacional do Direito Nacional, já que o território do Estado está especificamente definido como, “[...] espaço em que os seus atos, e particularmente os atos coercitivos, são permitidos pelo Direito Internacional geral, espaço em que os atos de um Estado podem ser desempenhados juridicamente”. (KELSEN, 2010, p. 147). Mas há que se deixar claro que o Direito Internacional não apresenta uma autoridade ou

um poder tido como soberano, capaz de garantir a ordem nos mesmos moldes do Direito Nacional, que possa impor limites aos sujeitos a ele subordinados, no caso, os Estados.<sup>5</sup>

Conforme Kelsen (2011, p. 3-4, grifo do autor):

A característica essencial do direito como ordem coercitiva é estabelecer o monopólio comunitário da força. Quando o exercício desse monopólio é centralizado, quando o direito a empregar a força como sanção é retirada dos ofendidos e transferida para uma agência central, quando passa a existir um poder executivo centralizado, a comunidade jurídica se transforma em Estado. O Estado moderno é o tipo mais perfeito de ordem social que instaura o monopólio comunitário da força. Sua perfeição se deve à centralização do emprego da força (que não deve ser confundida com sua monopolização). No Estado, a pacificação das relações entre indivíduos – isto é a paz nacional – é

<sup>3</sup> Nesse sentido, consultar o conceito de “guerra justa” em Hans Kelsen na obra *Derecho y paz en la relaciones internacionales*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

<sup>4</sup> Conforme Kelsen (2010, p. 137), “afirmar que a ordem jurídica internacional é universalmente válida não implica que ela seja efetiva em todo o lugar e em todos os tempos; ao contrário, implica tão somente que, na hipótese de ocorrência de um fato a que a ordem jurídica internacional agrega uma de suas específicas conseqüências, esta conseqüência deveria efetivamente ocorrer.”

<sup>5</sup> Kelsen (2010, p. 147), trabalha essa noção fazendo referência à relação de superioridade e inferioridade, justificando que na esfera internacional “[...] todos os sujeitos são eles mesmos entidades soberanas, e como tal estão em pé de igualdade entre si.” E por esta razão, não poderia ser chamado de direito “verdadeiro”, sendo considerado apenas como “moral internacional positiva.” Idéia essa trabalhado por John Austin, a obra *Lectures on Jurisprudence* (1885).

alcançada no mais alto grau possível. Exceto em certas circunstâncias extraordinárias, como em uma revolução ou em uma guerra civil, o emprego da força é eliminado com eficiência das relações entre os cidadãos e reservado para os órgãos centrais, como os poderes executivos e os tribunais, que são autorizados a usar a força como sanção contra atos ilegais

modernidade, os movimentos de igualdade racial, o movimento feminista, os movimentos a favor dos direitos dos homossexuais, os ambientalistas, os movimentos a favor da paz mundial.

Conhecer esse contexto é imprescindível para entender a filosofia pós-metafísica, com todas as suas implicações. A leitura que se faz do mundo é uma compreensão da sua época, limitada no tempo e no espaço.

Cualquier Estado que no está expressamente obligado por um tratado especial a abstenerse de guerrear com outro, o a abstenerse de recurrir a La guerra bajo ciertas condiciones determinadas, puede proceder a ésta contra cualquier Estado pó cualquier motivo, sin que por eso viole el Derecho internacional. [...] según esta opinión, la guerra jamás puede constituir um delito, porque el Derecho internacional general no prohíbe esa conducta de um Estado llamada guerra, y, por conseguinte, hay que entender que la permite. Pero, de acuerdo com esta opinión, la guerra tampoco constituye uma sanción, porque no hay em el Derecho internacional ningún precepto que autorice a un Estado a recurrir a la guerra. el Derecho internacional no establece la guerra como una reacción concreta contra la conducta ilegal de um Estado. Sin embargo, la opinión contraria mantiene que, según el Derecho internacional, la guerra está prohibida em principio. Unicamente se permite como una reacción contra um comportamiento ilegal, contra um delito, y tan solo cuando va dirigida contra el Estado responsable de este. Sucede aquí lo mismo que com las represalias: La guerra tiene que construir uma sanción, si no está caracterizada como delito. Este es el concepto de *bellum justum*, es decir, la teoría de la guerra justa.

Para Kelsen (1996), cada uma dessas opiniões é sustentada por argumentos que lhes dão respaldo, já que são provenientes de reconhecidos autores, o que impossibilitaria escolher entre elas a melhor. No entanto, entende o autor que a teoria da guerra justa seria uma das mais contestadas e mais difíceis de serem sustentadas, visto que sobre ela recai a necessidade do ônus da prova.

O autor ainda destaca que para alguns estudiosos, deve-se pensar a guerra como um “estado”, que se configura pela simples declaração formal de intenções do emprego da força,<sup>6</sup> também chamado de *animus belligerendi* (intenção de promover a guerra). Bem como, para outros (a maioria), a guerra seria o conflito entre dois ou mais

<sup>6</sup> Nesse caso, Kelsen (2011, p. 56), “refere-se ao fato de que, durante a Primeira Guerra Mundial, alguns Estados latino-americanos declararam guerra ao Reich Alemão, assumindo-se a partir de então a existência de guerra nas relações entre esses Estado e o Reich Alemão, estado determinado por tratados de paz, ainda que nenhuma ação armada tenha ocorrido em suas relações mútuas.”

---

Estados por meio da força armada. Mas, no entanto, deixa claro, que ele próprio compreende a guerra como uma ação específica e não como um estado, visto que, “um Estado atacado por outro pode se declarar em estado de guerra com o agressor sem, por sua vez, recorrer a um contra-ataque, e sem o agressor ter formalmente declarado guerra. A existência de guerra não depende, portanto, da existência de contra-ataque.” (KELSEN, 2011, p. 58)

Esclarecer a diferença entre guerra e contra ataque<sup>7</sup> parece ser fundamental para Kelsen (2011, p. 58-59), com vistas a “[...] possibilitar a qualificação de uma guerra como ilícita ou lícita, como delito ou como sanção.” Para ele,

a guerra promovida por um Estado contra outro pode ser ilícita, enquanto que a guerra com a qual o outro Estado reage contra o primeiro pode ser lícita, e vice-versa. Se há normas de Direito Internacional proibindo guerra, impondo aos Estados obrigação jurídica de não recorrer à guerra, precisa haver a previsão de aplicação de sanção para o caso de um Estado recorrer à guerra. Se não houver sanção coletiva estabelecida a ser efetuada por uma organização internacional, a única sanção efetiva é a guerra, ou seja, um contra-ataque como reação contra uma guerra ilícita. O contra-ataque pode ser adotado pelo Estado contra o qual a guerra ilícita foi dirigida – a vítima imediata – ou por um terceiro Estado em assistência à vítima em sua reação ao delito. Se as duas ações – guerra e contra-ataque – não forem diferenciadas, a situação pode ser caracterizada apenas pela afirmação de que “guerra” é simultaneamente lícita e ilícita, um delito e uma sanção, o que implica contradições de termos. Guerra e contra-ataque encontram-se na mesma relação recíproca que o assassinato e a pena capital. Ninguém sustenta que o assassinato existe quando a pena capital é executada. [E nesse sentido], [...] apenas uma guerra de agressão, ou seja, a guerra realizada pelo Estado que primeiro praticou o ato hostil do uso da força proibida, e não a guerra conduzida pelo Estado em sua própria defesa [configuraria um ato ilícito].<sup>8</sup>

Com o intuito de esclarecer o que efetivamente representa ser a guerra, Kelsen (2011) passa a trabalhar os critérios que definem uma ação como guerra. Primeiramente, há que se analisar o objetivo principal, que segundo o autor, parecem representar a vontade de ambos os oponentes, qual seja, vencer e impor condições que

---

<sup>7</sup> Conforme o autor, na Carta das Nações Unidas de junho de 1945, “[...] sequer aparece o termo 'guerra'. A Carta impõe aos membros a obrigação de abrir mão do uso da força em suas relações internacionais. A guerra é proibida na qualidade de uso da força de um Estado contra outro Estado, independente da atitude deste. A guerra deve ser entendida como o emprego da força direcionada por um Estado contra outro, desconsiderando o contra-ataque deste não apenas quando guerra é um delito, mas quando guerra é uma sanção.”

<sup>8</sup> Distingue o autor *guerra de agressão de guerra de defesa*, dizendo que a primeira configura-se “quando guerra como sanção é adotada contra uma violação do Direito Internacional, violação que não se constitui de uma guerra adotada contra o Estado que aplica a sanção, esta tem caráter de guerra agressão.” Por outro lado, a guerra de defesa se expressa por meio do que o autor chama de contra-ataque, ato de legítima defesa, que “[...] parece ser lícito e parece não ser um delito nem sanção.” Mas, a que se considerar que “nem toda a guerra de agressão é ilícita, e nem toda guerra de defesa é lícita.” (KELSEN, 2011, p. 61)

conduzam a paz.<sup>9</sup> No entanto, para o autor, essa definição de guerra que busca a paz é problemática, visto que, ela pode finalizar sem que um tratado de paz tenha efetivamente ocorrido, já que o mesmo, muitas vezes, requer mais que o fim de um estado de guerra.

Existe, assim, conforme Kelsen (2011, p. 63), uma “[...] única diferença entre uma ação coercitiva que envolve o emprego da força armada com caráter de guerra e outras ações coercitivas de similar natureza consiste no grau de interferência forçada no domínio de interesses de um Estado constituída pela ação do outro.” Movido por essas análises, entende o autor, que em princípio, a guerra pode ser definida como “[...] uma ação coercitiva que envolve o emprego de força armada efetuado por um Estado contra outro, constituindo da mesma forma uma interferência ilimitada no domínio dos interesses do outro Estado.”

No referido conceito de guerra aparece um dos pressupostos essenciais da guerra, qual seja, ser uma ação (externa) direcionada exclusivamente por um Estado contra outro Estado, ou de um grupo de Estado contra outro grupo de Estado<sup>10</sup>, o que a difere de uma ação (interna) coercitiva que se utilizasse de força armada, mas tenha características de uma guerra civil, ação de grupo revolucionário contra forças governamentais legítimas. Para o Direito Internacional, conforme Kelsen (2011), isso não teria os mesmos objetivos ou pressupostos de uma guerra, no próprio sentido do termo, sendo exceção a guerra civil provocada por “insurgentes” “reconhecidos como força beligerante”.

Em princípio o Direito Internacional proíbe a guerra quando ela vem motivada por condutas que não estão juridicamente amparadas. Nesse caso, uma guerra proibida abriria a possibilidade de insurgência de outra manifestação bélica com o intuito de revidar as agressões emanadas de um ato que poderia ser considerado um delito. Ou seja, para Kelsen (1996), o contra ataque só seria possível quando correspondesse a uma sanção pré-estabelecida em razão de uma guerra interpretada como delito.

#### 4. HANS KELSEN E O LIMITE DO CONCEITO DE GUERRA JUSTA

A idéia de guerra justa não é algo recente, nem produto da civilização moderna. Seus fundamentos remontam as civilizações mais primitivas, tribos selvagens, que já analisavam e buscavam compreender as relações entre tribos diversas e o conflito de interesses que motivavam possíveis embates. Esta guerra é motivada por atos de vingança ou reação contra violações de certos interesses tribais, constituindo-se numa forma originária de sanção ou reação socialmente organizada pelos membros de determinada comunidade contra outras (Kelsen, 1996).

---

<sup>9</sup> Como destaca Kelsen (2011, p. 63), “é difícil, contudo, negar que o Estado atacado possa ter a intenção de se defender sem ter a pretensão de vencer o agressor, de modo que a guerra possa terminar sem vitória de um sobre o outro. Mesmo estudiosos que caracterizam guerra por meio do objetivo de vitória de um beligerante sobre o outro não negam nem podem negar que, por exemplo, na guerra marítima um beligerante pode limitar-se à mera defesa da costa, e que guerra – guerra verdadeira, no sentido do Direito Internacional – pode ser travada na intenção de debilitar o inimigo, não de conquistar a vitória sobre ele. Há guerras que não há vencedor nem vencido.”

<sup>10</sup> Nesse sentido, ao fazer referência à assistência de um Estado a outro em caso de guerra, entende o autor que “[...] a ação coercitiva do Estado assistente tem o mesmo caráter que a do Estado assistido.” (KELSEN, 2011, p.64)

Tais informações demonstram que, mesmo de forma primitiva, o Direito já se manifestava nas organizações sociais quando essas elaboravam as suas próprias sanções, formando uma espécie de direito primitivo intertribal. Este direito é, segundo Hans Kelsen (1996), uma primeira versão do Direito Internacional e que ajudará a fornecer uma justificativa teórica para o conceito que posteriormente será denominado de princípio da guerra justa.

Neste sentido, é importante lembrar que o conceito de *bellum justum* aparece em destaque, ainda, no Direito Interestatal dos antigos gregos, que entendiam que somente era possível uma guerra em que os atos praticados fossem legítimos e justificáveis, claro que não se pode desconsiderar que essas regras na muitas das vezes eram apenas de caráter formal. (KELSEN, 1996).

A doutrina da guerra justa foi incorporada, também, pelo Direito Natural nos séculos XVI, XVII e XVIII, tendo como um de seus expoentes o já citado autor jurisfilósofo Hugo Grocio que, segundo Kelsen (1996, p. 67), compreende que “toda a guerra, para ser legítima, debe tener justa causa, y que, em ultima instancia, esta justa causa solo puede consistir em el hecho de haber suprido un entuerto.” Mas, como é possível saber se as causas de uma guerra é justa?

Para autores como Michel Walzer (2003, p. 34, grifo do autor) “a realidade da guerra é dividida em duas partes. [...] “primeiro, como referência aos motivos que os Estados têm para lutar; segundo, com referência aos meios que adotam”. O referido autor coloca que esses tipos de julgamentos podem ser de ordem adjetiva quando “dizemos que a guerra é justa ou injusta”, ou de origem adverbial, quando a [...] “a guerra é travada de modo justo ou injusto.” É nesse caso que aparece a distinção entre “Jus ad Bellum a justiça do guerrear, e o Jus in Bello, a justiça no guerrear. Essas distinções gramaticais indicam questões profundas.” Ou seja, requer que façamos uma análise pormenorizada dos conceitos de agressão e autodefesa (Jus ad Bellum), e “sobre o cumprimento ou violação das normas costumeiras e positivas de combate [Jus in Bello].”

Contudo, analisando a história, segundo Kelsen (1996), é possível verificar que sempre que os Estados que declararam guerra em relação a outro Estado sempre construíram, de uma forma ou de outra, uma justificativa que legitime suas ações. Esta iniciativa consiste, normalmente, na alegação que o outro Estado promoveu um ato ilegal ou um ato de agressão não justificado. Desta forma, fica evidente a necessidade, no caso das doutrinas que sustentam a teoria da guerra justa, que os governos busquem sempre fundamentar suas iniciativas de ações bélicas.

Nas palavras do autor,

sería difícil hallar en la historia algún caso em que Estado no haya tratado de proclamar su propia causa como justa y verdadera. Si estos alegatos no aparecen em las declaraciones oficiales de guerra, se puede encontrarlos em otros documentos, o quizás em la prensa controlada por el Estado. Hasta la fecha jamás um gobierno há declarado que recurría a la guerra solo porque le viniera em gana hacerlo, o sencillamente porque al medida le pareciese ventajosa. Um examen de las diversas justificaciones aportadas por los Estados em apoyo de Haber recurrido a la guerra, muestra que de ordinário se hace la afirmación de que el outro Estado ha cometido um entuerto, o está a punto de hacerlo, bien em tanto que ha violado otros determinados intereses legítimos, o que tiene la intención de hacerlo. Em general, no cabe la menor duda de que la opinión pública nacional, así como la

internacional, reprueba la guerra y tan solo la permite excepcionalmente como um médio para la realización de una causa buena y justa. (KELSEN, 1996, p. 60).

Em síntese, os Estados sempre buscaram legitimar as suas iniciativas bélicas e, para isto, sempre recorreram os argumentos típicos da teoria da guerra justa ou de elementos mais morais do que jurídicos. Atualmente, este argumento é inaceitável, pois a utilização dos argumentos da teoria da guerra justa não é sustentável do ponto de vista racionalmente e somente servem para acobertar o exercício arbitrário do poder por um determinado Estado específico.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De plano, nesse caso, já se pode concluir que, como a inovação tecnológica e evolução social é muito rápida, o passado não serve. Nesse ínterim, deve haver um esforço do discurso jurídico para discutir e renovar as instituições jurídicas, de forma menos conceitualista e com uma abertura para a práxis. É preciso desenvolver categorias jurídicas novas que atendam a realidade.

Nesse contexto, não se pode construir as decisões com base em critérios metafísicos, dissociados da realidade vivencial, utilizando-se formas jurídicas vazias, sem se analisar o conteúdo dos direitos de que se está tratando, como se a utilização de palavras simbolicamente belas pudesse validar o discurso. Com efeito, é totalmente nocivo à efetiva proteção dos direitos fundamentais o uso de abstrações e universalismos platônicos e kantianos, sem justificação no contexto social e no mundo real, pois o intérprete e o juiz não possuem um acesso cognoscitivo privilegiado à ideia de bem, tampouco têm individualmente um acesso privilegiado à verdade capaz de eleger uma conduta como boa em si mesma.

O direito atual não pode se prender nos seus próprios dogmas e estruturas internas, quando criados no vazio e sem o real amparo de um valor fundamental para a sociedade. Assim, é imprescindível se libertar dos dogmas do passado, criar novas categorias jurídicas com base no mundo real, considerando um direito relacional, produzido com base no contexto social.

Nesse ínterim, é preciso se fazer uma nova reflexão sobre o conteúdo do direito fundamental à identidade genética, pois vedar a condução coercitiva para o exame de DNA implica impedir a única medida capaz de estabelecer com segurança a paternidade. Ao se aferir o referido conflito de interesses no mundo real e não num mundo ideal ou metafísico, conclui-se que o direito à verdadeira identidade genética deve prevalecer sobre o interesse de não realizar exame de DNA.

Portanto, nessa perspectiva, é imprescindível que haja uma mudança de

## 6. BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AMBOS, Kai. Os terroristas também têm direitos. Disponível em: <<http://cnj.myclipp.inf.br/default.asp?smenu=ultimas&dtlh=172057&iABA=Not%EDcias&exp=>>>. Acesso em 10. ago. 2011.

---

BUTLER, Judith. *Vida precária: el poder del duelo y la violencia*. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.

\_\_\_\_\_. *O limbo de Guantánamo*. *Novos estudos*. CEBRAP, 2007, n. 77, p. 223-231.

CHOMSKY, Noam. 11 de setembro. Trad. Luiz Antonio Aguiar. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Nous pourrions tous devenir des suspects sous surveillance*. Disponível em: <<http://www.lesinrocks.com/actualite/actu-article/t/43845/date/2010-03-19/article/nous-pourrions-tous-devenir-des-suspects-sous-surveillance/>>. Acesso em 22 jun. 2011.

GRÓTIUS, Hugo. (1625). *O Direito da Guerra e da Paz*. Ijuí: Unijuí, 2004.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005.

KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Tradução de Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin, revisão da tradução de Arno Dal Ri Júnior. Ijuí: Unijui, 2010.

\_\_\_\_\_. *A Paz pelo Direito*. Tradução de Lenita Ananias de Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Derecho y paz en la relaciones internacionales*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

KHAN, Mahvish Rukhsana. *Diário de Guantánamo: os detentos e as histórias que eles me contaram*. Trad. Constantino K. Korovaeff. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos*. Tradução de Waldéia Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Recebido em 06/04/2013  
Aprovado em 28/05/2013