

O PACIFISMO POR TRÁS DA TEORIA PURA DO DIREITO

PACIFISM BEHIND THE PURE THEORY OF LAW

*Leonam Baesso da Silva Liziero**

RESUMO

O positivismo jurídico foi uma escola de pensamento predominante na primeira metade do Século XX, nascida com o esforço de encontrar com o caráter científico do direito. Seu expoente mais influente foi o austríaco Hans Kelsen, que entre tantas obras, destacou-se com o normativismo jurídico. Para o autor, o direito era um conjunto de normas postas cuja validade dependia do ato de vontade de autoridades dentro de um sistema dinâmico vinculado por uma norma pressuposta. Na “Teoria Pura do Direito”, Kelsen desenvolve uma metodologia própria para o direito, cuja compreensão seria a em razão de seu fenômeno normativo, sendo esse ato de conhecimento desinteressado de ideologias. O presente artigo pretende demonstrar que a pureza da ciência do direito no conjunto da obra de Kelsen pode ser entendida como um recurso a uma neutralidade por razões pacifistas em uma época marcada pela guerra de uma forma jamais vista na história.

PALAVRAS-CHAVE: Hans Kelsen; Positivismo Jurídico; Pacifismo.

ABSTRACT

The legal positivism was a thought school prevalent in first half of twentieth century, was born with the effort to meet the scientific character of law. His most influential exponent was the austrian Hans Kelsen, who among many works, highlighted with normativism legal. For the author, the law was a body of rules whose validity depended put the act of will of authorities within a dynamic system bound by a norm presupposed. In "Pure Theory of Law", Kelsen develops a specific methodology for the science of law, whose understanding could to be in reason of its normative phenomenon, being this act of disinterested knowledge of ideologies. This paper will argue that the purity of the science of law in Kelsen's oeuvre can be understood as a resource to a neutral reasons pacifists in an era marked by war like never seen before in history.

KEYWORD: Hans Kelsen; Legal Positivism; Pacifism.

1 INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico apresentou um paradigma de cientificidade do direito. Seria possível conhecer o direito o tendo como um objeto semelhante das ciências naturais? Poderia ser o direito conhecido, analisado na relação sujeito- objeto sem que isso envolvesse uma valoração, ideologia, interesse pré-ciente do sujeito? O positivismo jurídico, como um movimento de doutrinas que englobou várias percepções do direito enquanto ciência procurou elevar a norma ao grau de racionalidade que ao mesmo tempo pudesse legitimar sua imperatividade e sua cognoscibilidade como objeto científico.

Não há um positivismo jurídico: são várias formas de perceber o direito que podem ser agrupados como uma mesma tradição acadêmica positivista. Em certo momento, os

* Mestrando em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado. Bolsista do Programa Bolsa Nota 10 da FAPERJ.

positivismos se diferenciam muito um dos outros, traçando várias ramificações na incessante busca do conhecimento científico do direito.

2 A NECESSIDADE DE UMA CIÊNCIA DO DIREITO

Especificamente na primeira metade do Século XX, as bases racionais do direito sofrem abalos com o giro paradigmático que põe em xeque a racionalidade do sujeito em torno do qual o direito moderno se construiu. A modernidade jurídica encontrava-se desgastada pois seus alicerces de certeza foram desconstruídos com a filosofia do Século XIX e início do Século XX. O racionalismo jusnaturalista já era insuficiente para explicar o direito como algo cognoscível e assim suas bases de legitimação se encontravam em limbo político.

Ao mesmo tempo, a ontologia do sujeito de direito estava em crise provocada pelo tecnicismo estatal e pelas consequências que o modelo político e econômico desde o início da modernidade. A resposta para o que fazia um sujeito de direito baseada em direitos naturais racionalmente inerentes a todos os seres humanos, em cima do qual foi construída a bases do direito racional, já era insuficiente. Outros muitos aspectos podiam legitimar o direito como realidade e como objeto científico. Na verdade, o direito podia ser explicado por outras disciplinas inclusive pelo seus métodos de trabalho e de percepção. Ao ilustrar essa questão, pensando nos sistemas que Luhmann pensará no fim do século XX, o direito podia ser analisado sob as lentes da política (poder/não poder), pela economia (lucro/não lucro), ou mesmo pela moral (justo/não justo).

Nesse contexto, a busca por uma verdade racional pode ser questionada pela cientificação das instituições e a ideia de neutralidade torna-se não apenas uma tentativa de purificar o conhecimento, mas também de externalizar o objeto sem que seja maculado pelos interesses do próprio sujeito.

No campo do direito em sua incipiente elevação ao patamar de ciência social específica¹, seus métodos e objetos deveriam escapar do limbo incerto no qual a racionalidade humana estava imersa. Se o direito moderno era essencialmente bipartido entre o direito positivo e um direito natural na mesma realidade, naquele momento há uma separação ôntica necessária do direito como ser e do direito como dever ser, pois o mundo verdadeiro, o mundo do ser racional mostrou-se fabulizado.

Nesse mundo de incertezas no qual se incluía o direito Kelsen formulou, entre tantos outros positivismos, o método de conhecer o direito da teoria pura. Antes de tudo, a teoria

¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 97.

pura do direito não é uma teoria do direito puro: o direito não é puro, pois jamais seria possível imaginar o direito como um sistema de normas formais; toda norma tem um objetivo que é de normatizar alguma conduta do mundo do ser, o que seria impossível sem conteúdos de influências de toda sorte de outras disciplinas. O que Kelsen pretende com a teoria pura é a formulação de um método puro que permite conhecer o direito independentemente dos outros campos do conhecimento, ou seja, o direito pode ser conhecido somente tendo a si como objeto.²

O que se demonstrará aqui é que o método de conhecer o direito por uma pureza metodológica foi necessário na época, mas ainda sim havia uma na ideia desta pureza uma pretensão de tolerância com o direito do próximo, o que dá o sentido de um pacifismo pela neutralidade. O como e o porquê será exposto nos tópicos seguintes.

3 O PROBLEMA DO FUNDAMENTO DO DIREITO

Respeitados contrários entendimentos, a teoria pura do direito – e o restante das obras de Kelsen que versem sobre teoria e filosofia do direito – precisam ver analisada com correspondência no Direito Internacional e no Direito Público. Antes de ser um teórico do direito, Kelsen era um internacionalista e um publicista, e cuidava de analisar o direito enquanto dogmática. A pureza do normativismo kelseniano encontra amparo nas outras ideias de Kelsen, o que reforça o argumento de que a pretensão da obra não é a criação de uma teoria que tivesse purificado o direito, mas sim de um método que pudesse encontrar uma pureza científica de um objeto. A pureza não é do objeto; é da teoria.³

O normativismo kelseniano é marcado por separações e uma busca por uma única fonte no plano jurídico. Antes das separações entre direito e natureza e direito e moral, o direito é caracterizado como uma unidade normativa internacional e estatal. A compreensão da teoria kelseniana do direito necessita de uma visão macro de seu alcance. A teoria pura do direito não explica do direito de um Estado, mas qualquer direito em qualquer Estado desde que tenha características que possam formar um conceito de direito e de Estado. Sem Estado, não há direito, sem direito, não há Estado, pois o Estado nada mais é que o direito delimitado em determinados campos de validade territorial, pessoal, temporal e material.

O direito existe como um todo em toda a realidade internacional, em todas as sociedades, mas é dividido por campos de validades, os Estados, aonde cada qual detém uma fonte de criação e execução normativa, que se juntam como um todo em um plano maior. Em

² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 84.

³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 1.

outras palavras, o direito de um Estado, ou seja, ele próprio, nada mais é que uma delimitação normativa.

Kelsen considera o direito e o Estado como equivalentes, rejeitando a dualidade desses dois conceitos.⁴ Como o Estado em sua teoria é uma pessoa jurídica que está contida em um conjunto de normas, ele não ultrapassa o campo ontológico do direito. Nenhuma legitimação é possível considerando o Estado como uma realidade política; de fato, a política existe em outro plano alheio ao jurídico e tem um método de conhecimento diferente do método do direito. A chamada jurisprudência de valores faz fundamentar o direito em decisões políticas, como se a política fizesse parte de sua criação; o direito por vez, como pode ser compreendido per si, pode ser produzido sem a interferência externa de outra realidade. O direito cria a si mesmo, seu processo de criação e reprodução é dado por ele mesmo. O direito cria o Estado; o Estado regula o processo de criação do direito.

Um grande problema debatido entre Kelsen e outros publicistas da época é sobre o grau de imperatividade entre o direito interno e o direito internacional. Esse problema inicialmente procura determinar a validade e origem dos dois campos jurídicos: o direito internacional é um conjunto de normas separado do direito interno ou ambos são partes de uma mesma ordem jurídica que se complementa? No caso de ser um só, qual de seus âmbitos deve prevalecer numa ideia de hierarquia: a ordem interna ou a internacional? Essas são algumas questões que são debatidas na busca por uma norma fundamental⁵ do direito internacional e consequentemente também o direito do Estado.

4 CONCLUSÃO

Conforme se pretende desenvolver o presente trabalho, o pacifismo como ideologia pode ser encontrado por trás da pureza metodológica desenvolvida por Hans Kelsen. Apesar da sensação de racionalidade que a cientifização possa conferir ao seu objeto, é inegável os interesses ou as ideologias ditem, ainda que parcialmente, o caminho de cognição de objetos como ciência, ou ainda, da transformação desses objetos em verdadeiras técnicas.

No caso do direito como objeto científico, a crise da racionalidade do Estado, combinado com as influências do positivismo sociológico, ambos do Século XIX, houve uma necessidade de autonomização como objeto de pesquisa pelo positivismo, no quanto aspectos tais como a questão da validade do direito, assim como de sua fonte e de sua forma de abordagem.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 279

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 241

O positivismo jurídico é uma abordagem avaliativa do direito⁶, separando os juízos de valor dos juízos de fato, sendo que apenas esses últimos podem fornecer um conhecimento objetivo da realidade normativa pretendida pela ciência do direito⁷. Além dessa forma de abordagem, o positivismo figura uma teoria do direito, principalmente no aspecto da norma jurídica e do ordenamento e suas fontes.

Além do aspecto teórico e metodológico do positivismo, pode-se verificar uma ideologia positivista, na qual a não valoração da norma provoca leva ao legalismo e à uma possível obediência dos destinatários. Essa certamente não era a ideologia por trás da teoria normativista de Kelsen, como o artigo pretende demonstrar. Diferentemente como o senso comum jurídico declama, não há na obra de Kelsen uma pretensão de um direito puro, cujo conteúdo qualquer que seja possa ser considerado como justo.

Ao contrario: dizer que não há comunicação entre justiça e direito para Kelsen, significava dizer que independentemente do conteúdo do direito de qualquer Estado, a ordem era considerada direito por atender a certos pressupostos metodológicos quando analisada. É uma questão de tolerância e um mundo marcado por duas guerras mundiais em pouco espaço de tempo. Vincular o direito à justiça, apesar da nobre ideia, pode se transformar em um problema, principalmente quando é permitido ao Estado, fonte por excelência da ordem jurídica, impor também a justiça, ainda que aos olhos de muitos não seja uma justa justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995
- _____. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*. Trad. Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011
- _____. Les Rapports de Système entre droit interne et le droit international public. *RCADI*, v. 14, 1926.
- _____. *Princípios de Direito Internacional*. Tradução de Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1980.

⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, p. 135.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 117.