

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; Normativismo; 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.

Keywords: Hans Kelsen; Normativism; 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.

O positivismo jurídico como um todo tem alguns objetivos teóricos como ser um método de se conhecer o direito e fornecer uma teoria do direito, com temas tais como as fontes do direito, norma jurídica, ordenamento jurídico, identificação do direito entre tanto. Nesse contexto, Kelsen, herdeiro de uma tradição kantiana, influenciado por Wittgenstein e Weber, elabora o normativismo jurídico que permeia suas obras. Seu objetivo, principalmente em sua obra mais famosa, a Teoria Pura do Direito, publicada em 1934, com uma segunda edição de 1960, foi elevar a análise do direito como uma verdadeira ciência, que pudesse ser compreendida de forma objetiva e independente da qualquer influência moral ou política.

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).

No século XIX, Marx demonstrou como toda estrutura do Estado se apoia em interesse econômico dos grandes donos dos meios de produção e que a verdade revelada pelo antigo paradigma ontológico era manipulável. No fim do Século XIX, mas com grande repercussão após a virada secular, Nietzsche mostra que toda verdade ontológica pode ser reduzida à uma fábula. Freud pouco tempo depois, induz que o ser humano nem a si mesmo pode conhecer. A

racionalidade humana se desmorona e abre ali o caminho para um novo paradigma além do moderno.

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 tonar externo 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 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 serão exposto nos tópicos seguintes, sendo preciso sua exposição de alguns pontos importantes da obra de Kelsen.

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

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

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

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. Junto às 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 o 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, a função específica do direito internacional.⁴

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 outras palavras, o direito de um Estado, ou seja, ele próprio, nada mais é que uma delimitação normativa.⁵

Kelsen considera o direito e o Estado como equivalentes, rejeitando a dualidade desses dois conceitos.⁶ 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.

O Estado por sua vez, como delimitação normativa, produz o direito internamente e externamente à sua esfera de validade. Internamente é o direito do Estado, que por

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

⁴ “Essa delimitação é a função específica do Direito Internacional. É de fato pelo Direito Internacional que é determinado o domínio territorial e pessoal, bem como o temporal e material de validade das ordens jurídicas nacionais. As normas que regulam esses sujeitos são essencial e necessariamente normas de Direito Internacional”. Cf KELSSEN, Hans. *Princípios de Direito Internacional*, p. 267.

⁵ “Essas ordens normativas designadas Estados se caracterizam precisamente pelo fato de que seus domínios territoriais de validade são limitados” Cf KELSSEN, Hans. *Princípios de Direito Internacional*, p. 269.

⁶ KELSSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 279

procedimentos formais as normas são emitidas e aplicadas. Externamente, o direito produzido com resultado das relações jurídicas entre dois ou mais Estados é o direito internacional. Como o Estado não está sozinho no mundo, há a necessidade da formulação de normas que possam prescrever certas condutas aos governantes dos Estados e que sejam destinadas a eles.

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 fundamental⁷ do direito internacional e consequentemente também o direito do Estado.

Para Kelsen, o direito internacional nada mais é do que uma ordem normativa como um sistema de normas válidas que se destinam a regular o comportamento humano no tempo e no espaço. Kelsen então nomeia quatro domínios de validade que caracterizam uma ordem jurídica: a territorial, a espacial, a pessoal e a material. A básica diferença entre o direito internacional e o direito do Estado é a limitação dessas ordens. Segundo o autor, “a ordem jurídica tradicionalmente chamada Direito Internacional não contém normas limitantes de domínios da validade”.⁸

O Estado por sua vez seria uma ordem de validade com essas quatro limitações dadas pelo direito internacional. O Estado vale em um determinado território, vale em um determinado tempo, vale sobre determinadas pessoas que habitam o território ou com ele tem algum vínculo e normatiza determinados assuntos. O Estado enquanto ordem jurídica está inserido em uma relação de validade intra sistêmica e extra sistêmica.

Como o direito corresponde ao Estado e o Estado vige dentro dos quatro domínios de validade, então importa saber que o sistema funciona com a criação e execução de normas dentro de uma relação e validade entre elas. Qualquer ato ou lei que é criada nesse sistema precisa obedecer a um critério de validade de acordo com outra norma que por sua vez é válida por corresponder a outra norma. Toda a relação normativa é válida ou inválida, dependendo da concordância ou não com o fundamento.

Quando posteriormente Bobbio chama a atenção para os quatro problemas do ordenamento jurídico, é possível verificar o fundamento da validade permeia tudo. Por que a

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 241

⁸ KELSEN, Hans. *Princípios de Direito Internacional*, p. 267.

norma é válida? O que faz o ordenamento ser válido? O que faz o jurídico do ordenamento ser jurídico? A identificação do direito para Kelsen depende da ideia de norma fundamental, justamente aquela que serve de fundamento último para a validade de uma ordem jurídica.

4 A NECESSIDADE DA NORMA FUNDAMENTAL

A grande questão do fundamento necessário da ordem jurídica para Kelsen é como fechar uma ordem como objeto de conhecimento sem que haja uma mácula no processo de conhecer. Se Kelsen quer conhecer o direito enquanto fenômeno normativo com um método puro, haveria um problema terrível de validade se o fundamento do sistema escapasse para outro campo do conhecimento. A vazia norma fundamental é uma saída epistemológica para Kelsen conseguir fechar seu objeto de conhecimento.

A norma fundamental de Kelsen é uma hipótese formal para que sistema se feche, sem conteúdo, ao mesmo tempo em que evita um regresso ao infinito na busca pela validade. Isso significa que essa norma não dá o comando, mas simplesmente dá a validade para a norma com conteúdo de escalão mais alto na hierarquia das normas. É uma operação lógica de dedução que determina que a norma mais geral possível, a pressuposta, forneça a validade para as mais particulares, sempre em sequência lógica. Explica Alexy que “o instrumento mais importante para desfazer a circularidade contida no conceito de validade jurídica em sentido estrito é a norma fundamental”.⁹ Segundo esse mesmo autor, ainda que a ideia de norma fundamental não seja uma exclusividade de Kelsen, a sua se caracteriza por ser uma norma fundamental analítica, ou seja, é um mero pressuposto epistemológico.

A pressuposição de validade exigível pela ideia de norma pressuposta não deve ser auto evidente, porque é dada por um ato de vontade. Toda norma é um ato de vontade e sua obrigatoriedade bem do fato de ser produto dessa vontade. A pressuposição é a de concordância com a vontade do emissor da norma, que por sua vez a emite dentro dos limites do próprio sistema. A norma fundamental valida apenas a forma das normas, não seu conteúdo. Neste sentido, o direito é uma ordem dinâmica porque sua norma fundamental apenas valida o fenômeno normativo, mas não é uma norma com conteúdo em si. Ela é um pressuposto de poder de criação de normas de autoridades – como os legisladores constituintes – do qual todas as normas dentro de um sistema retiram a validade.

É jurídica a norma válida que porque formalmente é vinculada a uma ordem formada por normas que se relacionam num sistema de validade que termina em uma norma cuja função é simplesmente pressupor autoridade criadora da norma. O sistema se fecha

⁹ ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*, p. 114.

logicamente: o sistema não se fundamenta numa força política ou numa norma moral, o que permite ao direito uma autonomia epistemológica. Por outro lado, ao se garantir essa autonomia desvincula-se a submissão suposta do direito à determinada posição política dada como correta ou a uma moral dada como verdadeira. Nesse sentido, o estudo da moral tem relevância para uma ciência da Ética, não do direito. A distinção fundamental entre direito e moral não está no conteúdo de suas normas e sim pela possibilidade de uma coação aplicada por uma autoridade com o propósito de tornar a ordem eficaz. O direito então se caracteriza, ao contrário da moral, por ser uma “ordem normativa da conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coação socialmente organizado”¹⁰

A norma fundamental, pressuposta e vazia de conteúdo, é um recurso epistemológico. Apesar de não ser um conceito estanque na obra de Kelsen, a norma fundamental segundo o autor é “a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum”.¹¹ A norma fundamental permite diferenciar o direito como um sistema normativo dinâmico. Diferentemente de um sistema estático, cuja obrigatoriedade das normas vem de seu conteúdo, um sistema dinâmico, como o direito, tem seu caráter obrigatório provindo da forma como são criadas, de um ato de vontade que seguiu determinada forma. Nesse caso, o direito é um sistema dinâmico porque sua norma fundamental dá o poder para a produção do ato de vontade, ou seja, “pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora”.¹²

A norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque seu ato de criação é feito de acordo com o ato de vontade de uma autoridade, que por sua vez tem seu poder pressuposto de uma norma fundamental. Segundo Kelsen então,

A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas – como do particular para o geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica tem de ser produzidas através de um ato especial de criação.¹³

A ideia de norma vazia de conteúdo se coaduna estritamente com a ideia de norma como juízo, é desenvolvida por Kelsen no início de sua Teoria Pura do Direito. Longe de almejar uma definitiva definição, o autor entende que a norma é um esquema de interpretação. O que isto significa? Que a norma diz o que é o jurídico de um determinado ato, ou seja, é ela

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 71.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 217

¹² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 219

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 221.

quem dá a significação jurídica a certa conduta humana. Essa norma que dá o caráter jurídico a um ato por sua vez recebe seu significado jurídico de outra norma.

Então, a palavra norma na obra kelseniana “quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira.”¹⁴ A norma não é um mero comando, mas o sentido objetivo de um ato de vontade. Como a criação da norma não é um ato de conhecimento e sim de vontade, o sentido objetivo é dado por uma Constituição e evidencia o dever-ser, um ato destinado a comandar a conduta de outro, é uma norma. “A norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou especialmente facultada, no sentido de adjudada a competência a alguém. [...] Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui um sentido é um ser.”¹⁵

Entender o sentido da norma como sentido permite compreender a necessária separação de direito e natureza, que é o primeiro ponto debatido na teoria pura. A natureza faz parte da realidade ôntica do ser. O direito, como ordem social, regula a conduta humana, emprestando a essa conduta uma significação. Dois homens podem realizar uma série de atos, como o primeiro entregar um pacote ao segundo e este uma quantia em dinheiro ao primeiro. A norma jurídica é que dirá que isso se trata de um contrato de compra e venda, mas não é o ato em si que diz isso e sim, a norma. A ideia de contrato não existe sem a norma.

Nessa ideia, o que diz o que é o Estado é são normas jurídicas. A França, por exemplo, na natureza é um espaço físico no qual habitam pessoas com características comuns. Todavia, a França não existe no mundo do ser, existe na ontologia do dever-ser. As normas internacionais, como o estabelecimento de fronteiras, e a Constituição é quem fazem da França a França.

Uma das chaves do pensamento kelseniano é entender o Estado e sua relação com a norma fundamental. O Estado como uma ordem jurídica convive com diversas ordens jurídicas de mesmo status e com uma ordem maior que é o direito internacional. Apesar de terem características diferentes, a ordem jurídica interna – o Estado – e o direito internacional são partes de um mesmo sistema normativo. Constituem um sistema por suas normas vigerem em uma relação de validade umas com as outras, dentro dos respectivos campos normativos limitados.

Ao considerar que todos os Estados fazem parte de uma mesma ordem jurídica, é necessário não considerar a tradicional separação entre Estado e Direito, como se um fosse o legitimador do outro. A teoria pura nega o Estado como um ente separado do direito porque

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 6.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 6.

essa separação carrega certo grau de valoração do Estado, que permite a separação do poder político do comando jurídico, e dessa forma, retirar o Estado enquanto ente de um sistema único constituído por um direito internacional e pelos diversos direitos nacionais. O Estado como objeto de conhecimento da ciência jurídica se reduz ao maior conjunto normativo dentro dos campos de validade territorial, temporal, pessoal e material. Nessa delimitação, o Estado é a ordem com a maior competência de criação e aplicação do direito, dentro dos próprios procedimento pelo direito instituído. Assim, como será visto adiante, é correto para a teoria pura do direito dizer que se o Estado é o direito interno, então o Estado existente é aquele Estado que efetivamente vige.

5 A DUALIDADE IDEOLÓGICA ENTRE ESTADO E DIREITO

Para o método da teoria pura, a separação do Direito e do Estado constitui uma questão antes de tudo ideológica e é importante para compreender o pacifismo que será tratado mais à frente. A teoria pura tem o objetivo de tornar o direito um objeto de conhecimento. Sua pretensão é “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é seu princípio metodológico fundamental”.¹⁶ Leciona Bobbio que o normativismo kelseniano, como uma das correntes do positivismo jurídico, representa “o estudo do direito enquanto *fato*, não como *valor*: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto”.¹⁷ A pureza teórica ao mesmo tempo deve ser aplicada ao Estado enquanto ordem jurídica, pois é a única forma de conseguir um conhecimento do Estado isento de elementos ideológicos. A única forma de livrar o conhecimento do Estado de sua função ideológica é estabelecer sua identidade com o direito.

O Estado, conforme aponta o autor, pela teoria jurídica tradicional até ali, era tido como uma entidade metajurídica, como uma pessoa superior, que criava o direito e a ele estava vinculado. É de sua autovinculação ao direito que podia retirar sua autoridade e legitimidade. A concepção do Estado enquanto pessoa jurídica artificial é uma das grandes marcas da modernidade. O Estado moderno rompe com o paradigma medieval privatista e é estabelecido como uma ordem, uma fonte pública de poder soberano imperante em um território. A corrente contratualista, reflexo da concepção moderna do reino da razão, é a mais marcante forma de se explicar o Estado enquanto ordem legítima para a emissão do direito.

Hobbes representa um grande marco na compreensão do Estado em uma historicidade que demonstra a ideologia por trás da dualidade. Em “Leviatã”, o Estado é uma pessoa

¹⁶ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 1.

¹⁷ Bobbio, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, p. 136.

constituída por uma reunião de vontades em um pacto de submissão representado por uma pessoa ou uma assembleia de pessoas, que é o portador do poder soberano. É, para Hobbes, “uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.”¹⁸ O Estado é constituído como uma pessoa artificial. A artificialidade retira e transfere a ideia de poder político a um plano metafísico e o institui com direitos de soberania, entre eles, o de criar e aplicar as leis.¹⁹

O constitucionalismo no Século XVIII estabelece a completude entre o Estado e o Direito como entes. A normatividade constitucional inaugura uma evolução na história jurídica ao vincular o poder político ao direito. A ideia de uma lei fundamental sobre as leis estabelece importante limitação à soberania estatal e reforça a proteção ao indivíduo, em torno do qual e para qual o Estado moderno se legitimou. Ainda que por interesses de uma burguesia emergente, a solidez jurídica em determinados territórios e o controle do arbítrio do detentor do poder político proporcionaram essa ideia de limites estabelecidos pelo direito. O Estado emite o direito, mas por ele é contido. Essa dualidade coloca o Estado como uma pessoa detentora de direitos e deveres com os cidadãos (ou súditos), mas como uma pessoa artificial cuja soberania é detida por uma autoridade. Naquela época, ainda houvesse um debate sobre o titular da soberania – monarca, parlamento ou povo – havia sempre uma autoridade que representava o poder soberano nos atos de Estado.

Nesse caso, segundo a visão de Kelsen, a separação entre Estado e direito como dualismo de entes acaba obscurecendo um exame puro enquanto objeto pela carga ideológica que essa separação representa. Este dualismo

Desempenha uma função ideológica de importância extraordinária que não pode ser superestimada. O Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito e lhe submete. E o direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em qualquer sentido. Assim o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer direito.²⁰

Essa passagem em especial demonstra duas coisas. A primeira é que para Kelsen retirar a carga ideológica era necessário para se poder analisar o Estado pelo método da teoria pura. Essa é uma concepção de ciência ainda herdada da neutralidade webberiana, mas que também carrega uma influência da filosofia analítica, pois há uma crítica à dualidade

¹⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, p. 106.

¹⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, p. 110.

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 316.

semântica que acaba gerando na linguagem dois entes diferentes: Estado e Direito. Segundo, Kelsen desvincula a ideia de Estado de Direito de legalismo. Kelsen é um autor muito mal lido ou de certa forma, mal compreendido, quando dizem aos ventos ser um autor que defende o Estado de Direito como Estado de Legalidade.

Ao criticar essa dualidade, Kelsen está atacando a carga ideológica de legalismo, não a reforçando. Quando diz que é possível conhecer o direito independente de seu conteúdo, ele está desvinculando o ideal de um Estado de Direito da própria ordem jurídica. Para a teoria pura do direito “importa a questão de saber como dever ser o Direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.”²¹ Explica Simone de Goyard-Fabre, ao mencionar que Kelsen não um positivista no aspecto filosófico de ideologia legalista, que “a teoria pura do direito elabora uma ciência normativa do direito, não porque estabelece ou constrói normas, mas porque estuda como as normas em vigor hic et nunc no direito positivo tornam possível a interpretação das condutas humanas”²²

Neste caso, é incorreto conhecer o Estado como ente por trás do direito, porque são a mesma entidade. A dualidade existe apenas como uma intenção de colocar o Estado como uma pessoa além da realidade, que ao mesmo tempo legitima o direito criado e suas ações por estarem de acordo com o direito que ele mesmo criou. Assim, “o dualismo de Direito e Estado é uma duplicação supérflua do objeto de nossa cognição, um resultado de nossa tendência a personificar e então hipostatizar nossas personificações.”²³

6 A AUTÊNTICA NORMA FUNDAMENTAL: ESTRUTURAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E DO DIREITO INTERNO.

No caminho de se conhecer o Estado segundo a teoria pura, há uma característica de sua ordem normativa que o diferencia das outras ordens – as primitivas ou a internacional: a relativa centralização das funções de criação e aplicação do direito. O Estado é uma ordem jurídica organizada com relativa centralização de suas funções, “uma comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição à internacional).[...] O termo comunidade designa o fato de que a conduta recíproca de certos indivíduos é regulamentada por uma ordem normativa.”²⁴

Apesar de fazerem parte de um mesmo sistema normativo e serem ligados pelo mesmo fundamento de validade, o Estado e o direito internacional se diferenciam pelo seu grau de centralização na atividade de criação e aplicação do direito. O método da teoria pura

²¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 1.

²² GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*, p. 253.

²³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 275.

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, pp. 262-263

não pode levar a outro caminho senão esse. Negar a dualidade entre Estado e direito leva ao entendimento do Estado e do direito internacional pertencerem à mesma ordem, no caso de Kelsen, o Estado ser uma ordem jurídica relativamente centralizada que é faz parte de uma ordem jurídica mais genérica e descentralizada, o direito internacional. O jurista aponta a diferença entre essas duas ordens:

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 judiciários centrais competentes para estabelecer o delito e ordenar e executar sanções. [...] 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 positivo²⁵.

A ordem interna, delimitada pelo direito internacional como Estado, e a ordem internacional, apesar de serem diferentes no tocante à centralização funcional na criação e aplicação do direito, são partes do mesmo ordenamento por serem vinculados pela mesma norma fundamental. A operação lógica exigida para a norma fundamental ganha no direito internacional uma nova dimensão e fornece uma compreensão melhor do critério de validade no sistema. A norma fundamental é uma norma pressuposta ao direito internacional. Revisitando a ideia acima exposta sobre fundamento da ordem jurídica, toda ela encontra amparo em uma norma que transcende os limites do direito positivo do Estado.

Neste ponto Kelsen chega a um embate sobre a fonte da autoridade constituída pela norma fundamental. Se cada Estado é uma ordem normativa cuja validade de todas as normas deriva de uma mesma norma fundamental, seria possível dizer que há uma norma pressuposta em para cada Estado? Como é possível ter uma norma que apenas fundamenta a ordem estatal, se a limitação dessa mesma ordem não é feita pelo próprio Estado? Esse é um problema de se analisar a teoria pura de Kelsen sem considerar a visão macro que ela demanda para uma melhor compreensão.

Há em especial dois problemas aí no tocante à fonte do direito. O primeiro é um problema lógico: se a norma fundamental pressupõe que a Constituição foi elaborada por autoridades com o poder jurígeno, as normas que formam o Estado são apenas emitidas segundo seu sistema, o que negaria uma ordem válida de outra fonte que não sua norma fundamental, como o direito internacional. O segundo é a respeito do sentido jurídico dado pela norma. Se norma é um ato de vontade cuja objetividade é dada pela validade, seria muito

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 463.

complicado explicar a obrigatoriedade das normas entre Estados, já que elas estariam validadas por ao menos duas normas pressupostas.

Ao analisar a sociedade internacional, o conceito de norma fundamental é elevado para o plano além do Estado. A norma fundamental que era pressuposta à Constituição na verdade não seria a “autêntica norma fundamental”, e sim um relativo recurso epistemológico para poder conhecer a ordem interna dentro da ideia do método da ciência do direito. Essa norma fundamental hipotética do direito interno, agora como “relativamente fundamental”, vem de uma norma de direito positivo do direito internacional, o princípio da efetividade.²⁶

Este princípio é muito importante para que o sistema de Kelsen não desmorone. Esse princípio de direito internacional é o que estabelece a comunicação entre a ordem internacional e a interna, ou ainda, que garante o império da ordem internacional nos Estados. Esse princípio é uma norma de direito internacional positivo que dá a autoridade hipotética aos legisladores constituintes. Então a pressuposição normativa ao se colocar um Estado diante do direito internacional funciona apenas como recurso de se conhecer o Estado como objeto isolado, mas não enquanto parte de uma ordem maior.

Se, porém, levarmos em consideração o Direito internacional, descobriremos que essa norma hipotética pode ser derivada de uma norma positiva dessa ordem jurídica: o princípio da eficácia. É segundo esse princípio que o Direito internacional confere aos “Pais da Constituição” o poder de funcionar como os primeiros legisladores de um Estado.²⁷

Essa ideia completa o desenvolvimento anterior de norma fundamental como uma pressuposição de autoridade dos primeiros constituintes na primeira Constituição de um Estado. Essa pressuposição para Kelsen evita um regresso infinito ao se tratar da sucessão de diversas constituições em um mesmo Estado e ao mesmo tempo reforça a importância da eficácia social numa ordem jurídica como condição de validade. A norma fundamental desta forma “refere-se apenas a uma Constituição que é efetivamente estabelecida por um ato legislativo ou pelo costume e que é eficaz. Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas”²⁸

Ao se questionar sobre a validade de uma Constituição, haverá a remissão a uma mais antiga, que por sua vez dever ter sido feita com a observância de uma mais antiga, uma vez

²⁶ Há um problema na tradução deste princípio nas edições brasileiras. Na versão em inglês da Teoria Pura do Direito, nome dado é “principle of effectiveness.” Cf KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Trad. Max Knight. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005, p. 336. No original em inglês, da “General Theory of Law and State”, publicada neste idioma por Kelsen, ele nomeia o mesmo princípio por “principle of effectiveness”. Em seu curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia, o princípio é chamado de “principe de l’effectivité”. Como nesse caso específico Kelsen trata da eficácia social, diferente da eficácia formal das normas, será adotado o termo “efetividade”, ao invés de meramente “eficácia” como em algumas traduções para o idioma português.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 522.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 234.

que somente o direito produz o direito. Então, nesse regresso em é possível encontrar a Constituição que foi a “historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembleia. A validade dessa constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica”²⁹

Ao se considerar a ordem jurídica nacional, ou o Estado, como um objeto de estudo isolado esse artifício pode ser válido logicamente, mas como a teoria de Kelsen não é completa sem se levar em conta do direito internacional e o lugar do Estado no mundo, é o princípio da efetividade que delimita os domínios de validade temporal, territorial, material e pessoal de um Estado.³⁰ Em outras palavras, para que o Estado exista ele deve ser constituído – por uma Constituição - de normas validas e eficazes. A eficácia é uma condição necessária para a validade da norma, mas não um fundamento de validade. As normas de um ordenamento “são válidas não porque a ordem total é eficaz, mas porque elas são criadas de maneira constitucional. Elas são válidas, porém apenas sob a condição de que a ordem total seja eficaz”³¹

O Estado então vale em razão de sua “norma fundamental relativa”, dada pelo princípio da efetividade, que possibilita a observância de obrigatoriedade na conduta dos destinatários daquelas normas. Assim, todas as ordens jurídicas válidas e eficazes relativamente centralizadas, ou seja, todos os Estados vigem em razão de estarem unidas em um mesmo fundamento. Assim, todos os Estados tem o mesmo fundamento de validade: a norma fundamental internacional, a verdadeira norma fundamental.

A norma fundamental é uma norma pressuposta de direito internacional. É uma pressuposição como nas ordens jurídicas estatais, mas aqui ela adquire uma significação mais autêntica. Enquanto as normas fundamentais dos Estados são pressupostas apenas de forma relativa, já que num contexto mundial elas são dadas pelo princípio da efetividade que permite a delimitação do Estado como ordem jurídica limitada nos quatro domínios de validade, a norma fundamental do direito internacional é realmente a fundamental:

Como as normas fundamentais das ordens jurídicas nacionais são determinadas por uma norma de Direito internacional, elas são normas fundamentais apenas num sentido relativo. A norma fundamental da ordem jurídica internacional também é fundamento último de validade das ordens jurídicas nacionais.³²

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p.168.

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 374.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p.174.

³² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, pp 522-523.

Nesse aspecto, todos os ordenamentos jurídicos retiram sua validade desta norma fundamental. O direito internacional mantém o princípio dinâmico que todo ordenamento jurídico tem. Qual seria então a diferença entre a norma fundamental dos Estados – que dá a autoridade ao legislador constituinte de criar o direito como um sistema fechado em si – e a norma fundamental internacional, se não existe uma aparente Constituição ou um equivalente normativo no Direito internacional?

Kelsen afirma a existência de uma Constituição na sociedade internacional, mas ela não se manifesta como no direito interno, sob a forma de um documento promulgado. Como o sentido de Constituição do jurista austríaco é formal, dizendo respeito principalmente ao procedimento de como as normas são criadas, as normas de direito internacional que são celebradas de acordo com formas determinadas para serem válidas teriam também uma manifestação constitucional para as fontes jurígenas, ainda que muito diferente do direito interno. Para o autor, “a Constituição da comunidade jurídica é o conjunto de normas de Direito Internacional que regula na criação de Direito Internacional, ou, em outros termos, que estabelece as ‘fontes’ de Direito Internacional”³³

Essa questão diz respeito à própria estrutura da ordem internacional. Diferentemente do Estado, o direito interno, que é uma ordem relativamente centralizada, como acima mencionado, o direito internacional é característico por ser descentralizado.

A hierarquia das normas é determinante para se encontrar a norma fundamental e é um ponto muito importante no direito internacional para Kelsen. As normas internas são centralizadas e tem um escalão normativo muito bem definido: A Constituição e as outras formas normativas infraconstitucionais, que sempre são menos genéricas a medida que retiram validade de um maior. Assim, os atos executórios de uma sentença retiram sua validade de uma sentença, que é uma norma individual emitida pelo juiz, autoridade que ao mesmo tempo cria e aplica o direito. A sentença por sua vez retira validade de leis, como uma lei processual e aquela que dá competência ao juiz para emití-la. Em escala, chega-se à Constituição, que por sua vez é validade pela norma fundamental – se analisando apenas o Estado em si, ou pelo princípio da efetividade – sob o ponto de vista do direito internacional.

As normas do direito internacional são classificadas por Kelsen em dois grandes grupos: o direito internacional particular, ou seja, as realizadas sob a forma de convenções, tratados, acordos etc, que são escritas que criam zonas de domínios de validade entre os Estados signatários; e o direito internacional geral, formado por tratados costume

³³ KELSEN, Hans. *Princípios de Direito Internacional*, p. 375.

internacional, que para o autor, é o tipo normativo que dá validade para os tratados. O direito internacional geral é composto de normas “válidas para um território que compreende o território de todos os Estados efetivamente existentes, e o território em que os Estados podem potencialmente existir. As normas jurídicas dos Estados são normas locais desse sistema”.³⁴

O costume é a o tipo de fonte do direito mais hierarquizado da comunidade internacional. A prática de qualquer ato internacional que resulte em norma, como os tratados, retiram sua validade do costume internacional. O costume assume uma função diferente no direito internacional e no direito interno, apesar de suas características parecidas, é uma norma de geração espontânea do comportamento humano.

Como acima dito, a norma é o sentido objetivo de uma conduta, que forma um dever-ser. Mas por questões lógicas, o ser do costume somente pode ser um dever-ser quando adquire significação objetiva, ou seja, quando a situação fática se transforma em uma vontade subjetiva de todos para que aquela conduta possa ser uma norma. Só que no direito interno, a vontade subjetiva de todos numa comunidade se transforma em objetivo e logo em norma, se essa possibilidade não contrariar o ordenamento jurídico do Estado. Na sociedade internacional, como não há um desempenho de funções centralizadas, o costume nas relações internacionais dá a validade para que os Estados possam se autorregular por meio de tratados.

A autêntica norma fundamental, vazia de conteúdo, seria aquela que pressupõe que os Estados devem se conduzir de acordo com o costume, porque o costume é obrigatório, conduzido pela conduta efetiva dos governos. Desta forma, “se elas são pensadas como normas jurídicas vinculantes para os Estados é porque se pressupõe uma norma fundamental que institui o costume como fato produtor do Direito”.³⁵ Então, a norma fundamental do direito internacional é aquela que “institui o costume como fato gerador do Direito, qualquer que seja o conteúdo que possam ter as normas criadas”.³⁶ Essa norma fundamental pode ser formulada da seguinte maneira: “Os Estados devem se conduzir como tem se conduzido de costume”.³⁷

Kelsen a partir dessa norma fundamental do direito internacional formula que o primeiro estágio é direito consuetudinário. O seguinte é o direito pactício, formado pelos tratados, cuja validade é retirada do costume dos Estados em cumprirem os tratados e se

³⁴ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p.464.

³⁵ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, pp. 240-241.

³⁶ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 241

³⁷ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p.525.

conduzirem daquela maneira.³⁸ Posteriormente viriam as normas criadas por órgãos internacionais que são instituídos por meio de tratados.

O que representa esse grande problema do fundamento para Kelsen? É uma forma de conseguir um sentido para uma normatividade necessária ao se explicar o direito como uma ciência. O fundamento necessita ser vazio de conteúdo porque não pode o direito ser vinculado a uma ideia política ou moral. Kelsen descarta o argumento da correção, destacado mais tarde por autores como Alexy, no resgate à valoração do direito³⁹. O objetivo não é entrar nas questões do porquê o positivismo é bom ou ruim, mas sim se é uma compreensão válida da ciência do direito ou não, ou ainda se o direito é uma ciência válida.

Kelsen procurou romper um paradigma em sua tradição da filosofia analítica – principalmente no tocante do significado da norma como significado – ao apresentar um normativismo dentro do positivismo, ainda que não com uma ideologia positivista. Há a negação à toda e qualquer ideologia no tocante análise do direito enquanto objeto. Apesar da negação de ideologia por uma ideia de neutralidade como avesso aos interesses políticos ou morais por trás da cognição científica, ao entender Kelsen como um sujeito no mundo no qual ele viveu, se há alguma política jurídica na teoria pura não é pela neutralidade e legalismo como comumente se verifica, ao servir de apoio para legitimar qualquer tipo de regime, mas sim de tolerância com o regime do próximo, o que acarreta uma ausência de conflitos de soberanias, como será demonstrado a seguir.

7 A PAZ TAMBÉM PELA NEUTRALIDADE DA CIÊNCIA DO DIREITO

O que se pode entender por não vincular o direito à moral e ou à justiça? Seria o direito então uma ordem social desprovida de valor? O direito como objeto de sua ciência não pode ter valorado? Independentemente do conteúdo, direito é aquilo o que é criado e aplicado de acordo com a norma fundamental de um Estado?

Essas são várias indagações que o leitor tem ao estudar Kelsen ou outros autores juspositivistas, como Austin e Hart. Uma das principais questões do positivismo jurídico é a identificação do direito como uma ordem social caracterizada por sua coercitividade. Então, será direito aquela ordem social que for coercível, mas sob uma determinada forma. Ou seja, uma das grandes diferenças entre o direito outras ordens sociais – como a religião – é a heterogeneidade e a possibilidade de fazer valer as condutas prescritas pela norma por meio do uso da força dentro de uma forma estabelecida pelo próprio direito.

³⁸ Kelsen, Hans. *Princípios de Direito Internacional*, p. 388.

³⁹ Alexy, Robert. *Conceito e Validade do Direito*, pp. 95-96

A afirmação da validade de uma ordem jurídica dada pela ciência do direito independente do seu valor, é baseado em um paradigma de ciência como o estudo avalorativo dos fatos. O direito visto como um fato, não como um valor, é um fenômeno normativo existente e que o jurista deve estudar como um objeto isolado, sem se envolver diretamente ou sem se deixar levar por suas considerações de justo ou injusto. Isso significa que da mesma forma que um cientista das ciências naturais deve olhar para um objeto e estudar suas propriedades sem considerar se aquilo é bom ou mau, o jurista deve, segundo o normativismo kelseniano observar o direito de um Estado de forma avalorativa e descrever suas relações normativas. Assim, não importa o conteúdo das normas; se houver sido atendidos os requisitos formais de validade, o fenômeno normativo analisado pode ser considerado como “direito”.

Como defende Kelsen, “o conceito de Direito não tem quaisquer conotações morais. Ele designa uma técnica específica de organização social. O problema do Direito, na condição de problema científico, é um problema de técnica social, não um problema de moral”.⁴⁰ O conceito de direito, ou que tipo de organização social deve ser identificada como direito, é uma questão de se analisar apenas o direito positivo, porque apenas o direito positivo pode ser conhecido sem uma vinculação à uma moral ou uma ideologia específica. Somente o direito positivo pode ser estudado independentemente de seu conteúdo, por ser uma técnica. A ciência do direito então é uma ciência do direito positivo, que não deve se confundir com uma filosofia do justo.

Essa é uma tradição de ciência ainda herdada da modernidade, no qual o positivismo jurídico se criou e, ainda que procurasse libertar o direito de uma tradição em que seu estudo se reduzisse muitas vezes a uma política jurídica – como Kelsen denuncia em sua Teoria Pura do Direito – a necessidade de isolar o direito como objeto de estudo ainda está intimamente ligada à tradição que a comunidade científica estava inserida, inclusive influenciada pelas questões políticas naquela turbulenta primeira metade do Século XX.

Ainda que a Teoria Pura do Direito não seja uma teoria de ideologia positivista, uma vez que negava a análise do direito sob o prisma de uma ideologia, não consegue totalmente isolar um caráter de interesse na observação de sua própria constituição. A teoria pura aplicada à própria teoria, quando comparada ao conjunto das obras do pensamento de Kelsen, revela interessantes questões relacionadas ao pacifismo, ainda que um pacifismo pela neutralidade.

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p.8.

Kelsen não trata disso explicitamente nem na sua obra mais tendente a isso, “A paz pelo direito”, publicada em 1944, como a construção de um cenário do direito internacional após a segunda guerra mundial. Ainda que o autor ocupe boa parte da obra tecendo considerações sobre sanções e responsabilidade internacionais, há uma proposta de mudança de paradigma da compreensão do direito e ponderações a respeito de como a paz deveria ser um dos elementos necessários para a estruturação da nova ordem internacional, o que de fato ocorreu com a instituição das Nações Unidas em 1945.

A paz entre as nações requer uma abstinência do *jus ad bellum*, que é uma característica inerente à soberania no Estado Moderno. Em diversos teóricos desde a modernidade é possível observar a relação entre a soberania e o direito à guerra, desde Bodin, passando por Grotius e Hobbes, até Hegel. Se ser soberano significa não se submeter à uma outra ordem política ou jurídica, a defesa da soberania nasce de uma necessidade de afirmação contra o mundo exterior.

Como não é o propósito aqui aprofundar o debate no tema soberania, será considerado que a instituição das Nações Unidas e o consequente sistema de segurança coletiva, rompeu com o paradigma da soberania construída no Estado moderno. O que isso significa? Que a soberania, enquanto um objeto do conhecimento que envolve mais de um campo, foi redefinida em suas funções. A soberania não é mais a “una e indivisível” de Bodin, tampouco o poder personificado no Estado-Leviatã hobbesiano. A soberania moderna era uma soberania para um padrão westfaliano que é rompido e superado com o sistema das Nações Unidas.

Nesse sentido, apesar de o direito internacional ser uma ordem descentralizada em que há o princípio da autotutela, ou seja, o próprio Estado aplicar uma sanção se for lesado por outro, esse sistema provoca uma tensão que pode gerar um conflito, cujo extremo maior é o ato de guerra. A guerra na forma de um conflito armado, antes de ser considerada um ilícito internacional pelo Artigo 2 (4), da Carta da ONU, era uma forma legítima de realização da autotutela. A paz se dá pela ausência de força, ainda que o uso da força internacional seja possível dentro da forma estabelecida pelo direito.

No tocante à ideia de paz é possível encontrar uma correspondência à diferenciação entre uma comunidade jurídica qualquer e o Estado pelo grau de centralização. Se um Estado é uma ordem jurídica centralizada – e essa centralização significa que as funções de criação e aplicação das normas são realizadas por agentes de acordo com uma divisão do trabalho, em que cada qual é competente para uma determinada atividade –, o monopólio do uso da força será uma competência do Estado, ainda que não seja retirada totalmente do cidadão. Por isso, há uma paz interna, porque não somente a criação, mas a aplicação das sanções são

realizadas por um órgão específico de um dos Poderes do Estado com uma função especializada para isso – o executivo ou o judiciário. Em uma ordem jurídica interna, como o Estado, “a pacificação das relações entre os indivíduos – isto é, a paz nacional – é alcançada no mais alto grau possível.”⁴¹

Evidentemente Kelsen não era cego ao ponto de crer que o direito internacional conseguiria a paz, já que a pacificação de uma comunidade jurídica é o resultado da vitória de um grupo que “subjuga os outros e lhes impõe uma ordem de paz.”⁴² Ainda sim, Kelsen defende que a analogia entre a paz interna, imposta pelo Estado, e a internacional, não é perfeita, ou seja, não é necessário que se crie um Estado mundial para que o haja paz entre as nações, sendo possível o monopólio da força sem a centralização que num grau tal que a ordem possa ser identificada como Estado.

Kelsen enxergava a possibilidade de um Estado mundial sob a forma federativo em um futuro distante, quando as diferenças culturais do mundo fossem equalizadas, mas é algo distante da realidade na qual ele vivia. A solução de se alcançar a paz internacional sem a instituição de um Estado seria por meio de organizações internacionais, no caso, a ONU, que possibilitaria uma regulação pelo direito e a regulamentação do uso da força armada, de forma que isso não constituísse um Estado, pois a haveria a manutenção das características da comunidade internacional. Essa é só uma ideia por alto do que a instituição de uma organização internacional possibilitou na comunidade jurídica, ainda que não seja o objetivo do presente trabalho discorrer detalhadamente sobre isso.

Seria uma ciência do direito totalmente isenta a influências ideológicas? Enquanto teoria sim, mas não é possível destacar um favorecimento ao pacifismo decorrente do ato de conhecer o direito pela teoria pura. A desvinculação de um conceito de direito de fatores como moral ou justiça de início pode parecer uma legitimação a qualquer conteúdo, mas reconhecer qualquer ordem normativa como direito sob um ponto de vista puramente formal é uma questão de tolerância internacional entre os Estados e é correlato com o princípio de igualdade soberana.

A soberania é uma característica inerente ao Estado que os permite ser autoridade jurídica sob as diretrizes internacionais. Nesse contexto, a soberania não mais tida como é aquele poder supremo de criar e modificar as situações jurídicas, mas sim uma “competência jurídica de um Estado, limitada e limitável apenas pelo direito internacional e não pelo direito

⁴¹ KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*, p. 4.

⁴² KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*, p. 6.

interno de outro Estado.”⁴³ O Estado é soberano porque somente é sujeito do direito internacional, mas não a outro direito de outro Estado. O poder de criar e aplicar as normas jurídicas com qualquer conteúdo de acordo com sua capacidade é o que faz de cada Estado soberano e sua igualdade soberana decorre de que independentemente de suas normas, formalmente um Estado é uma ordem jurídica se puder ser identificada como tal. A teoria pura do direito é uma teoria de permite identificar e descrever todo direito positivo.

Explica Billier que “a ciência do direito se contenta em estabelecer as significações possíveis da norma em questão. Escolher uma delas não depende da teoria (ciência) do direito, mas da política jurídica”.⁴⁴ A teoria do direito teoria o papel de descrever uma ordem normativa e o produto disso seriam as proposições jurídicas, não as normas. A ciência jurídica não é o direito, não é a produção de atos de vontade, e sim de atos de conhecimento. O conhecimento do direito então seria, ao identificar dois Estados com conteúdos normativos muito diferentes, como o republicanismo norte-americano e o fascismo italiano, reconhecer essas ordens como válidas e descrevê-las. Isso decorre da condição que sendo ordens diferentes, mas formalmente ligadas à mesma norma fundamental internacional, são participantes de uma mesma estrutura jurídica.

Quando Kelsen escreve que é possível alcançar a paz entre as nações sem a constituição de um Estado mundial, ele faz uma adaptação ao seu tempo do que Kant já predizia em “À Paz Perpétua”. A forma organizada de resolver conflitos sem o recurso ao uso da força, que caracterizava o direito internacional no padrão de Westphalia, era o necessário para uma possível paz. Nesse caso, a guerra, antes uma sanção derivada da autotutela, ganha uma dimensão de delito, ainda que não totalmente, pois a guerra seria legítima somente se não contrariasse os princípios da nova organização emergente, a ONU.⁴⁵ Então, ainda que não haja a centralização necessária para tornar o direito internacional um Estado, a centralização está presente no uso da força pelo sistema de segurança coletiva, de um órgão da organização com uma especialidade funcional – o Conselho de Segurança –, provocando uma ruptura no paradigma de se estudar e identificar o direito internacional e o direito interno até então.

Segundo Soraya Nour, “entende-se que, assim como a civilização das nações ditas civilizadas se dá pelo estabelecimento da paz entre os indivíduos, [...] assim também as nações devem ser levadas a imitar os indivíduos.”⁴⁶ Da mesma forma o fato de uma ciência exata do homem não deve identificar um melhor que o outro proporciona um conceito de

⁴³ KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*, p.34.

⁴⁴ BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*, p. 222.

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Princípios de Direito Internacional*, p. 388

⁴⁶ NOUR, Soraya. *À Paz Perpétua de Kant*, p. 114.

igualdade entre eles, independentemente de etnia ou de convicções filosóficas, a ciência do direito, ao reconhecer como direito ordens jurídicas independentes de seu conteúdo, identifica ao menos dois objetos e os coloca em situação de igualdade perante um terceiro, ou seja, a ordem jurídica internacional. Isso proporciona uma pacificação teórica entre esses Estados, já que como nenhum direito é melhor que o outro, as razões jurídicas para um conflito seriam reduzidas.

A ciência do direito que permite identificar uma ordem como um conjunto de normas jurídicas quaisquer que sejam seus conteúdos, justos ou injustos, leva à uma compreensão de que nenhuma ordem soberana é mais soberana que outra, pois nenhuma dela é melhor que a outra em um ponto de vista jurídico. Uma ciência do direito, de acordo com o método da teoria pura, não tem o condão de “legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever”⁴⁷ Admitir que há uma necessária vinculação entre o conceito de direito e uma ideologia política é um rompimento com a igualdade entre Estados como princípio basilar do direito internacional. Explica Kelsen:

É a submissão ao direito, direito este que não é um sistema de valores imutáveis, mas um corpo de normas que mudam lenta e constantemente, que não é incompatível com o princípio da igualdade soberana, visto que somente esse direito garante a coexistência dos Estados como comunidades iguais e soberanas.⁴⁸

Naquela primeira metade do Século XX, “mesmo depois da ascensão do bolchevismo, do nacional-socialismo e do fascismo, fala-se em ‘Direito’ russo, alemão ou italiano”.⁴⁹ Considerar esses regimes antiliberais como direito é uma negação da ideia de que o direito positivo válido é somente dependente de certos valores políticos que permeiam a ordem jurídica, pois democracia e liberalismo são apenas políticas de organização social entre as tantas que são possíveis. Um direito de um Estado socialista, por exemplo, é tão direito quanto o de um Estado liberal. O direito de um Estado sob um regime autoritário não deixa de ser jurídico por não ser democrático.

Assim, quando Kelsen nega qualquer vínculo entre a ciência jurídica com a ideologia entendida como uma representação não-objetiva da realidade, ele quer negar um obscurecimento do conhecimento jurídico que poderia comprometer a compreensão de uma ordem jurídica. A ciência do direito, segundo o autor, é antiideológica nesse sentido porque

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 78.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*, p. 46.

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 7

se recusa “a servir a quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as ‘ideologias’ por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada.”⁵⁰

Ainda que Kelsen somente reconhecesse a ideologia na teoria pura quando a significação de ideologia correspondesse a uma oposição da ordem do dever-ser à ordem do ser, ou seja, a “tudo que não seja realidade determinada por lei causal ou uma descrição dessa realidade”, é possível, como acima exposto, verificar uma necessidade por um reconhecimento de qualquer ordem jurídica formal como direito independente de seu conteúdo ser justo ou injusto. Uma ideologia por um pacifismo, ainda que não esteja presente expressamente no método da teoria pura, é uma visão que naturalmente Kelsen tinha ao verificar a realidade em que vivia, como resultado da sua hermenêutica pessoal.

Mesmo sendo de uma tradição e ciência moderna, com a separação absoluta entre o sujeito – o jurista –, e o objeto – o direito –, Kelsen produz uma teoria profundamente influenciada pelo tempo em que viveu e por suas condições enquanto sujeito que é gestor ao mesmo tempo em que é gestado pela história. A teoria pura do direito é um método de se conhecer uma ordem jurídica como tal, mas carrega em sua própria teorização elementos necessariamente, ao desvincular o direito de juízos de valor, é vinculada a um valor de vazia valoração. A neutralidade é um valor que proporciona um ideal de pacifismo pelo direito, ainda que esse a negação de qualquer ideologia seja necessária para tal.

Reconhecer o direito do próximo como direito independente de seu conteúdo é uma forma de se admitir a tolerância entre as nações em uma época conturbada, cuja saída para Kelsen provavelmente não poderia ser outra. Apesar de procurar romper com um paradigma de política jurídica, Kelsen está preso à sua realidade e sua leitura da realidade jurídica é fortemente influenciada pelos fatos que ocorriam na época.

8 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 aspecto

⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 118.

tais como a questão da validade do direito, assim como de sua fonte e de sua forma de abordagem.

O positivismo jurídico é uma abordagem avaliativa do direito, 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 direito. 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 contrário: 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

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995
_____. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostineti. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1980.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

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.

NOUR, Soraya. *À Paz Perpétua de Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.