

O INCONTORNÁVEL KELSEN.

Leonardo Vinícius Santos de Souza¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves notas biográficas. 3. Os Pressupostos de sua Teoria Pura do Direito. 4. Considerações finais. 5. Referências.

Resumo: O objetivo deste trabalho é apresentar, dentro do debate contemporâneo, uma revisão ao pensamento do autor austríaco Hans Kelsen, demonstrando que qualquer tentativa de desconstruir o pensamento jurídico dominante de matriz estatal e normativista somente será possível a partir de uma sólida compreensão deste autor. Eis a sua incontornabilidade.

Abstract: The aim of this paper is to present, in the contemporary debate, revisiting the thought of an Austrian author Hans Kelsen, showing that any attempt to deconstruct the dominant legal thought and normative state matrix is only possible from a solid understanding of the author. Hence its unavoidably.

Palavras-Chave: Direito – Teoria Geral – Hans Kelsen.

Keywords: Law - General Theory - Hans Kelsen.

“Os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdade de princípios para ocultar o componente político da investigação das verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar os segredos que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.”²

1. INTRODUÇÃO

O parágrafo transcrito acima não pretende ampliar nem mesmo incluir este autor na lista dos antinormativistas que atualmente contribuem para a teoria jurídica contemporânea. Ao contrário, este pequeno escrito tentará, nos limites de seu recorte, demonstrar que o mais importante é posicionar o leitor dentro do debate contemporâneo sobre uma (necessária) revisão ao pensamento de um dos autores mais importantes do século XX no pensamento jurídico: Hans Kelsen e

1

Licenciado e Bacharel em História e Direito pela Universidade Federal da Bahia e Universidade Católica do Salvador, especialização em Direito Público (CCJB/IBDP) e mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Advogado.

2

Luiz Alberto Warat. Introdução geral ao direito: interpretação da lei e temas para uma reformulação. Porto Alegre, Fabris Editor, 1994, pp., 15. Fragmento reproduzido em homenagem ao professor e autêntico pensador Luiz Alberto Warat (com quem tivemos a oportunidade de estudar, conversar e aprender durante sua estadia neste estado e que com simplicidade e honestidade nos permitiu ver que há muitas falácias no mundo do direito, mas é preciso reconhecer quando se está diante de uma teoria que deve ser cuidadosamente estudada.

1

assim, refletir sobre a importância de seu conhecimento para uma crítica séria e consistente sobre os caminhos do normativismo contemporâneo.

Devo também dizer ao leitor que o fato de propor esta revisitação à contribuição da *Teoria Pura do Direito* para o pensamento jurídico moderno não significa que este autor adote, irrestritamente, as conclusões de Hans Kelsen na elaboração de sua teoria, e isso se deve a duas razões: a) porque entre o momento em que Kelsen escreveu sua obra e o momento atual, muito já foi reescrito, revisado, discutido e esclarecido e b) os problemas enfrentados pela ciência jurídica no final do século XIX e início do século XX eram em termos relativos, diferentes dos que se apresentam no momento atual³

Devemos reconhecer que as teses sustentadas na teoria pura e o modelo de análise formal do direito, embora de grande validade e utilidade, parecem não mais preencher os problemas e angústias que a existência humana apresentam ao direito. Além disso, depois de Kelsen muito já foi escrito e reescrito, resgatando e superando os limites da teoria a pura.

Negar toda a tradição de pensamento que sucede à contribuição kelseniana não seria um esforço coerente por parte de qualquer estudioso que pretenda escrever algo sobre teoria geral do direito na atualidade.

A impressão que se tem ao verificar os textos escritos nos últimos trinta anos, é que muitos autores parecem ainda desconhecer efetivamente a contribuição de Hans Kelsen para o avanço da teoria jurídica. Muitas vezes até, creditam postumamente em seus escritos a responsabilidade pelo resultado da *esterilidade intelectual* que a teoria e a filosofia do direito teriam (ou tem) enfrentado nos dias atuais.

3

Essas diferenças, ao que nos parece, não eram nem tanto em relação aos problemas que se apresentavam à ontologia jurídica, pois, estes continuam sendo os mesmo, mas as perguntas formuladas diante desses problemas é que modificaram profundamente. Considero que esta grande contribuição foi dada pela contribuição da filosofia fenomenológica e pela reviravolta lingüística promovida no final dos anos 50 na Europa ocidental

2

Em que pese a possibilidade da teoria pura ter sido utilizada e de certo modo, apropriada das mais variadas formas, - é por isso que causam grande curiosidade e até mesmo dificuldade em sua compreensão unitária - é certo que precisa ser detalhadamente conhecida a fim de evitar sua reprodução de forma *acritica, assistemática e injusta* diante de sua proposta original.

Kelsen é, sem dúvida, um dos autores mais importantes da teoria do direito do século XX. Um autêntico marco para o estudo da ciência jurídica contemporânea. A possibilidade de compreensão do direito e o desenvolvimento da uma ciência jurídica utilizando os cânones do racionalismo formal moderno, se deve à proposta de construção desse grande jurista.

Também é dele o mérito de ter legado para a posteridade uma proposta de compreensão da função da dogmática no pensamento jurídico. Antes dele, a tarefa resultava de certo modo difícil de entender, pois, somente com Kelsen o papel da dogmática aparece como uma contribuição diferenciada da função da ciência do direito, torna-se de certo modo mais compreensível sua justificação, pois, amparada no sistema, sua função é exatamente contribuir para a ampliação das condições de possibilidade de interpretação/aplicação do direito.

No Brasil as contribuições de Kelsen demoraram para se disseminar e para que fosse estudado de forma mais consistente e refletida. Durante muito tempo se fazia apenas uma má divulgação de suas idéias, muitas vezes de forma até incompleta e distorcida, o que permitia que esse autor se tornasse tão controvertido e criticado – para não dizer, mal compreendido.

Não raro, Kelsen era citado por autores que partiam de matrizes de pensamento completamente diferentes das suas, mas que pretendiam fundamentar suas conclusões em uma certa autonomia científica. De forma aberta ou veladamente, desconsideravam que os estudos de Kelsen haviam conduzido os estudos da ciência do direito a um patamar até então nunca vistos e que a partir de determinado ponto, não mais retrocederia.

Esse fenômeno ocorrido no Brasil, mas não exclusivamente por aqui,

pois, também aconteceu em outros países da América Latina, cujas obras de Kelsen chegaram tardiamente foi analisado por Luiz Alberto Warat, que identificou no processo a construção de um *sensu comum teórico*, pois, muitas vezes as idéias de Kelsen recebiam certos rótulos e criavam uma atmosfera de identificação entre os protagonistas do discurso jurídico (Juizes, Advogados, Promotores)⁴.

A expressão utilizada por Luis Alberto Warat denotava a observação de que a postura de rotular a teoria não servia (como ainda não serve) para colocar o Brasil no centro dos círculos mais sofisticados do mundo jurídico na primeira metade do século XX.

Além de Luis Alberto Warat, autores como Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Lourival Vilanova, também procuraram superar a postura pouco reflexiva adotada pelas universidades brasileiras e a partir de seus estudos, conseguiram afastar o pensamento kelseniano de certos lugares comuns, inúteis à compreensão da teoria pura, ainda que reconheçam que até hoje, as obras sejam pouco compreendidas.⁵

O que parece mais interessante diante da grande polêmica que se estabeleceu em torno das obras e do pensamento de Kelsen, é que tanto seus adeptos – embora poucos assumam abertamente – quanto seus críticos, reconhecem algo em comum em relação ao autor de viena: qualquer tentativa de desconstruir o pensamento jurídico dominante de matriz estatal e normativista somente será possível se partir de uma sólida compreensão das idéias de Kelsen. Disso decorre sua incontornabilidade.

Seja para reafirmar o fundamento do direito estatal em novas bases,

4

Certa vez, em conversa que tive com o Professor Luiz Alberto Warat, ele me perguntou se eu saberia dizer por que os jovens estudantes de direito, quando saem das faculdades se desencantam com o ofício da profissão. Respondi, dizendo que poderia haver tantos motivos, que nem sabia ao certo se poderia enumerá-los. Ao que ele me respondeu com a simplicidade que sempre lhe foi marcante : *“a razão singela pelo desencantamento é que as faculdades de direito prometem aquilo que o direito não pode dar, por isso se desiludem.”*

5

Tércio Sampaio Ferraz Junior. Introdução ao estudo do direito: técnica, precisão e dominação. 4ª Ed., São Paulo, Atlas, 2003.

4

seja para criticar o paradigma do direito moderno, é impossível fazê-lo sem conhecer bem as premissas e consequências da teoria pura do direito e o pensamento de Hans Kelsen.

A partir deste ponto é que sustentamos a necessidade de revisitá-lo, notadamente para os estudiosos do direito e todo o pensador que, de alguma forma, pretende refletir criticamente sobre as bases do pensamento jurídico moderno e a crise enfrentada pelas ferramentas explicativas do direito na contemporaneidade.

2. UMA BREVE NOTA BIOGRÁFICA SOBRE HANS KELSEN. INDISPENSÁVEL À CONTEXTUALIZAÇÃO DE SEU PENSAMENTO.

Kelsen nasceu em 11 de outubro de 1881 em Praga. Pertencente a uma família de tradição religiosa judaica em um país cuja monarquia era católica sua origem familiar estava radicada na região da Bohemia. A família de Kelsen cultivava a língua alemã em uma nação Tcheca. Apenas a sua mãe falava o idioma Tcheco.

Kelsen cresceu falando alemão e sua formação cultural foi essencialmente Vienense. Foi um personagem na vanguarda dessa "Grande Viena" que desapareceu com o Império Austro-Húngaro. O período em que cresceu entre as monarquias Austríaca e Húngara, foram anos de intensos conflitos de línguas e nacionalidades que, ao final, encontraram uma solução jurídica satisfatória, razão pela qual alguns pensadores creditam a essa experiência, a base de reflexão entre estado e direito que Kelsen formula suas teorias.

Segundo Mario Losano,

*"De algum modo, viver em um estado que somente o direito lograva o êxito de manter unidos um mosaico de línguas e etnias diversas, organizadas hierarquicamente em territórios régios, sob o comando imperial. Esse processo de unificação jurídica das monarquias Austríaca e Húngara, que durou de 1867 a 1914: um período suficientemente extenso para marcar a vida do jovem, jurista."*⁶

Kelsen se formou na Faculdade de Direito de Viena, onde lecionou a partir de 1911, ano em que publicou sua primeira obra com o título *Problemas capitais da teoria do direito estatal*. Em 1917 foi convocado pelas forças armadas e

6

II, Mario Losano. Hans Kelsen: una biografía cultural mínima. *Derechos y Libertades*, n.º. 14, Época Enero 2006, pp. 113-128.

5

serviu como assessor jurídico no Ministério da Guerra durante a 1ª Guerra Mundial, o que lhe valeu a partir de 1918, a oportunidade de colaborar com a redação da constituição Austríaca (1920).

Kelsen foi professor em Viena, Colônia, Genebra e Praga. Dedicou sua vida à ciência e à academia e serviu como Juiz da Suprema Corte Constitucional da Áustria entre os anos de 1920 e 1930.

Ainda na Áustria, Kelsen integrou o *Círculo de Viena*, que no começo do século XX, reunia intelectuais da academia como Carnap, Wittgeintein, Schlick, Freud onde Kelsen era o jurista. Em torno dos seus estudos reuniram-se seguidores, que eram orientados pelo mesmo objetivo, daí a designação de escola de viena que para ele somente era válida “na medida em que cada qual pudesse aprender do outro sem que por isso renuncié ao próprio caminho”⁷.

Um fato que chama atenção na trajetória acadêmica de Kelsen é que ao sair do tribunal austríaco em razão das reformas fascistas que se faziam na composição do tribunal através do parlamento, ele, que era judeu e democrata, aceitou lecionar na Universidade de Colônia na Alemanha no momento em que os nazistas estavam ganhando a adesão popular. Certamente foi uma momento tenso de sua vida pessoal e acadêmica e não demoraria muito até que fosse demitido da universidade pelos nazistas. O que aconteceu em abril de 1933.

O III Reich aprovava uma lei que proibia o acesso de social-democratas aos cargos públicos. Consideravam Kelsen um judeu-marxista sem jamais ter sido filiado a qualquer partido político. Talvez pelo fato de que 1919, após o término da Primeira Guerra, tivesse sido convidado por Carl Renner, primeiro presidente da república austríaca, este sim, considerado um marxista, Kelsen nunca foi partidário ou ligados aos sociais-democratas da Alemanha.

Quando tomou conhecimento de sua demissão na universidade de Colônia (Alemanha), estava em uma conferência na Suécia e mesmo assim,

7

prefácio Hans Kelsen. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 2000, primeira edição.

6

comportando-se com o mesmo rigor que aplicava às suas teorias, retornou a Alemanha e solicitou formalmente a sua saída do País. Com a ajuda de um funcionário nacional-socialista, conseguiu visto de saída para a Suíça. Com a ascensão do nazismo, emigrou para os Estados Unidos e a partir de 1940 lecionou em universidades americanas. Foi professor visitante em Harvard e na Universidade da Califórnia, em Berkeley onde lecionou até o seu falecimento em 1973. Lá publicou em 1945 a *Teoria Geral do Direito e do Estado*, obra que tinha o propósito de condensar seu pensamento, cujo núcleo é representado pela *Teoria Pura do Direito* e apresentá-la ao debate nos círculos jurídicos anglo-americano.

Sua obra e pensamento ganharam repercussão e respeitabilidade muito além do território austríaco, razão pela qual o autor espanhol Luis Legaz y Lacambra tenha afirmado, em obra coletiva sobre o pensamento kelseniano⁸, que o pensamento jurídico do século XX “*teria um permanente diálogo com Kelsen*”. Especialmente nos países latinos, Kelsen é considerado um filósofo do direito, embora seu interesse nos primeiros anos (1905 a 1920) estivessem muito mais associados à teoria do estado e do direito público⁹.

A partir de uma análise biográfica é possível acreditar que as dificuldades da vida, levaram Kelsen a ser essencialmente um internacionalista. Se for tomada como referência a literatura oficial por ele publicada e reunida no Instituto Kelsen, é possível verificar que sua obra é constituída por mais de 387 títulos, dos quais aproximadamente 106, são de direito internacional, 96 da Teoria Geral do Direito e 92 sobre direito constitucional.

Daí ser possível ter uma idéia que a experiência vivida por ele nas questões fundamentais ligadas a fundação da república austríaca e os problemas da soberania se tornaram temas de grande preocupação com os quais o jurista dedicou

8

Festschrift Hans Kelsen, Viena, 1931. Coletânea de textos escritos em debate internacional sobre a teoria pura. IN: KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução Alexandre Krug, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

9 Esta identificação é mostrada com muita intensidade em um artigo escrito em 1920 com o título traduzido para o espanhol “*El problema de La soberanía*”, tema que será recorrente nas preocupações reflexivas de Hans Kelsen.

7

boa parte de suas reflexões.

Simultaneamente ao trabalho teórico de depuração da ciência jurídica, Kelsen também se ocupava do direito internacional no Instituto de altos Estudos Internacionais. Enquanto procurava retornar ao ensino em uma universidade de língua alemã, período em que lecionou na Universidade de Genebra, alternava momentos de infelicidade lecionando na universidade de Praga, onde os estudantes nazistas impediam de qualquer maneira a divulgação de suas lições.

A invasão da Tchecoslováquia em 1938 pela Alemanha Nazista, não apenas obstaculizou a continuidade de sua docência em sua terra natal, como também abalou suas esperanças sobre o futuro da Europa no pós-guerra.¹⁰

2. OS PRESSUPOSTOS DE SUA TEORIA PURA DO DIREITO.

Os antecedentes culturais da pureza metodológica de Kelsen foram inspirados no neokantismo, embora sua proposta tivesse a declarada finalidade de tornar, como exigência científica, a investigação do direito cada vez mais livre das “contaminações” da política ou a serviço do poder ditatorial. É nesse sentido que Kelsen polariza com Carl Schmitt, o maior defensor da politização da ciência jurídica e que esteve a serviço do nacional-socialismo alemão¹¹.

O ideal de Kelsen foi construir uma ciência objetiva do direito e do estado, tendo como tendo a esperança de ser reconhecido em um período de tranqüilidade política e social. Como sustentado pelo próprio Kelsen em seu prefácio à primeira edição da teoria pura do direito (1934):

“(…) Logo desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou

10

Mario Losano. Hans Kelsen: una biografía cultural mínima. *Derechos y Libertades*, n.º. 14, Época II, Enero 2006, pp. 122.

11

Por estão razão seja um das maiores impropriedades históricas afirmar que a teoria kelseniana foi utilizada como substrato ao nazismo. A rigor, o pensamento kelseniano havia sido proscrito da Alemanha hitleriana, em razão do anti-semitismo e arianismo. Somente tendo sido amplamente divulgada na Alemanha após sua saída da Europa.

veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma ciência genuína, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do direito, mas suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do direito e aproximar, tanto quanto possível, os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.”¹²

Embora reconhecesse a importância da proposta de sua teoria e de que, aos poucos, ela ganharia mais adeptos, Kelsen não negava a idéia de que a teoria pura não decorria de algo completamente novo naquele momento e não entrava em contradição com tudo o que já havia sido produzido sobre a teoria do direito.

Para Kelsen, a teoria pura poderia ser entendida como um desenvolvimento dos pontos de vista que já se anunciavam na ciência positivista do século XIX. A orientação da teoria pura do direito é para o próprio Kelsen, em princípio, a mesma da chamada jurisprudência analítica que teve em John Austin, no seu famoso *Lectures on Jurisprudence*, o maior expoente. Assim como a jurisprudência analítica, a teoria pura do direito procura obter os seus resultados a partir da análise do direito positivo.¹³

De Kant, Kelsen aproveitou o positivismo, a lógica transcendental e a crítica da razão pura, mas rejeitou a razão prática e suas doutrinas éticas. Para a concepção positivista, somente fazem sentido os juízos sintéticos *a posteriori* e os juízos analíticos. Coube a Kant, e não a Kelsen, a separação entre filosofia teórica da filosofia da *práxis*, entre teoria do conhecimento como fundamentação da ciência e a ética; entre o ser e o dever ser; entre o conhecer e o agir como questões sobre as normas de conduta.

Estas conclusões, de certo modo, se tornaram lugar comum no pensamento filosófico da modernidade desde o ceticismo de David Hume. Logo, todo o conhecimento válido, toda e qualquer ciência só poderia – segundo o pensamento que estava em voga na época - ser constituída através de um sistema coerente de proposições empíricas ou analíticas, uma vez que só podem existir

12 Hans Kelsen. Teoria pura do direito. São Paulo, Martins Fontes, prefácio da 1ª edição. 2000.

13

Hans Kelsen. Teoria geral do direito e do estado. 3ª Ed., Tradução Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 1988.

verdades empíricas e verdades de definição. Toda e qualquer proposição de outro tipo não tem sentido, é produto de uma mentalidade pré-lógica, de uma metafísica.

Por esta razão o próprio Kelsen ironizava as críticas que lhes eram dirigidas, pois, para ele os que rejeitavam a sua teoria de forma aberta ou pouco amistosa, muitas vezes, de algum modo, utilizavam os resultados essenciais produzidos pela teoria e acabavam, em última análise, reforçando sua utilidade.

Dizia Kelsen:

“Ora dessa mesma ciência procedem os meus opositores. Não foi, pois, por eu propor uma completa mudança a jurisprudência, mas por eu a fixar a uma das orientações entre as quais ela oscila insegurança, não foi tanto a novidade mas antes as conseqüências da minha doutrina, que provocaram este tumulto na literatura. E isto por si só já permite presumir que no combate à teoria pura do direito não atua apenas motivos científicos, mas, sobretudo, motivos políticos e, portanto, providos de elevada carga afetiva.”¹⁴

Vê-se desse modo, que os críticos de Kelsen ao dirigirem seus ataques ao pensamento e a sua teoria, não levavam a consideração o propósito específico da pureza metodológica, pois, o grande objetivo de Kelsen foi discutir e propor os princípios de uma metodologia para a teoria jurídica, de modo que estes não se tornassem apenas premissas de valor.

Suas preocupações neste sentido, se inseriam em um contexto específico dos debates metodológicos originários da final do século XIX. A forte presença do positivismo jurídico das mais diversas tendências, somados à reação da escola do direito livre colocava em questão a autonomia e o *status* da disciplina jurídica e neste setor gravitava a preocupação kelseniana.

Para alguns, o caminho a ser percorrido passava obrigatoriamente pelo acoplamento de outras disciplinas como sociologia, história, psicologia. Para outros a autonomia da ciência jurídica deveria se amparar em critérios de livre valoração, sem esquecer dos que recomendavam a volta do direito natural.

14

Fontes, Hans Kelsen. Teoria pura do direito. 6ª Ed., Tradução João Baptista Machado, São Paulo, Martins
2000, prefácio à primeira edição, pp., XII.

10

Neste cenário, o pensamento de Kelsen surge com o propósito de conferir à ciência jurídica um objeto e um método que lhes fosse próprio, capazes de superar as confusões metodológicas até então existentes e dar aos juristas a autonomia de que tanto desejavam.

É curioso que uma proposta metodológica que tenha se apresentado como crítica à metafísica nos primeiros decênios do século XX, tenha se transformado em uma concepção “conservadora” (e por muitos acusada de ser metafísica) na segunda metade desse mesmo século¹⁵.

É mais espantoso ainda que nela tenham sido creditadas todas as nuances negativas alcançados pela “ciência jurídica moderna”. A teoria pura do direito foi concebida como o sistema conceitual, destinado a fornecer tanto as normas metodológicas para a adequada produção do saber dogmático do Direito, como as categorias gerais desse modelo de conhecimento. Ou seja, como epistemologia e como dogmática geral.¹⁶

Como sustentado pelo próprio Kelsen:

“Como o objetivo dessa teoria do direito é capacitar o jurista interessado numa ordem jurídica particular, o advogado, o juiz, o legislador ou o professor de direito a compreender e a descrever de modo tão exato quanto possível o seu próprio direito,

15

Aqui temos uma consideração particular intuída, mas ainda não documentada, de que o pensamento kelseniano, tal como aconteceu em diversos outros momentos da história, foi vítima de uma dura crítica anacrônica e não raro, comum nos movimentos de renovação científica. Sobre este conceito de renovação científica ver Thomas Kunn: “*A estrutura das revoluções científicas*”. Entretanto, tenho como hipótese, a idéia de que por Kelsen estar escrevendo para uma geração posterior à sua, não foi observado na época que os pressupostos apresentados em sua teoria seriam de grande relevância para formulação pragmática de um sentido da aplicação do direito, ou seja, o direito como tecnologia voltada para o problema da decidibilidade. Esses movimentos cíclicos na história do pensamento científico que não caracterizam repetição, pois, como disse Marx, “*a história só se repete como farsa*” nos parece demonstrar como o espírito de um tempo (paradigma) pode modelar, aproximar, afastar e em seguida ressuscitar o que há de mais antigo como se fosse a mais nova teoria de todos os tempos. Nem sempre com adjetivos abonadores, mas como novidade última que em verdade, nada mais é que uma reelaboração, mais ou menos sofisticada do que o conhecimento científico foi capaz de sintetizar ao longo de muitos anos de experiência. No direito isso ressalta aos olhos na medida em que o conhecimento jurídico constitui um grande repositório de experiências humanas vividas, portanto, plurais e infinitas e por esta razão objeto interessante de reflexão sobre a conduta humana e seus problemas fundamentais, como liberdade, propriedade.

16

Luiz Alberto Warat. *A partir de Kelsen*. In: Epistemologia e ensino do Direito. Revista Sequência, CPGD-UFSC, Florianópolis, n.4, pp; 107-115, 1981.

tal teoria tem de extrair os seus conceitos exclusivamente do conteúdo de normas jurídicas positivas. Ela não deve ser influenciada pelas motivações de autoridades legisladoras, ou pelo desejo de indivíduos no tocante a formação do direito ao qual eles estão sujeitos, exceto na medida em que estas motivações e intenções, esses desejos e interesses, sejam revelados no material produzido pelo processo legislativo. O que não pode ser encontrado no conteúdo das normas jurídicas positivas não pode fazer parte de um conceito jurídico.”

O que nos parece ter sido sustentado pelo jurista de Viena nestas passagens é que os elementos extrajurídicos que não possam ser sustentados a partir do conteúdo da norma, não devem fazer parte de um estudo do direito *sob o ponto de vista da teoria pura*. Em outras palavras, ele não nega que tais elementos possam ser estudados, pois, podem contribuir, inclusive, para a definição de um conceito jurídico, se trazidos da interpretação do processo legislativo. O que Kelsen rejeitava eram os argumentos de ordem naturalista e volitivos, na medida em que estes podem extrapolar a segurança que um sistema jurídico precisa ter.

Foi com este propósito que Kelsen denominou de princípio da pureza a busca do seu método. O método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. O direito para o jurista deveria ser encarado como norma e não como fato ou valor transcendente. Isso valia tanto para o objeto quanto para o método. A consciência humana, ou vê as coisas como elas são (a mesa é redonda) ou como elas deveriam ser (a mesa deve ser redonda).

Normas, nestes termos, são prescrições de dever ser. Elas conferem ao comportamento humano um sentido, o prescritivo. Assim, levantar o braço em uma assembleia pode ter um sentido descritivo (fulano levantou o braço) ou um sentido prescritivo (levantar o braço em uma assembleia deve ser entendido como voto a favor de uma proposta). Enquanto prescrição, a norma é um comando, é o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento.¹⁷

Esta afirmação, de certo modo, provocava – e ainda provoca - grande desconforto em toda tradição de pensamento jusnaturalista existente, pois, a teoria kelseniana considerava que embora a norma jurídica fosse produzida por um ato de

17

Hans Kelsen. Teoria pura do direito. São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp.,

vontade, com ela não se confunde.

A existência específica da norma é sua validade, e ponto final. Para que uma norma tenha validade, a vontade do autor é apenas uma condição, mas não razão essencial. Cada norma vale, não porque seja eficaz ou justa, mas sim porque está ligada, por critérios hierárquicos de validade com outras normas.

De certo modo as preocupações do autor não estão desprovidas de sentido. Nos últimos anos, cresce no Brasil um movimento que pretende repensar o ativismo judicial que é crescente em razão das liberdades públicas alcançadas após 1988.

Neste caminho o fortalecimento do Poder Judiciário com a nova ordem jurídica-constitucional vem sendo ampliando a judicialização da política e a maior preocupação dos autores que buscam o estabelecimento de um parâmetro para esse ativismo, é o risco de insegurança jurídica e inesgotabilidade de interpretações podem são dadas aos princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico, a ponto de autorizar interferências do poder judiciário em questões que deveriam estar a cargo dos demais poderes instituídos do Estado: como o parlamento ou a administração executiva.

Como exemplo das discussões sobre a intesidade das judicialização diz respeito às políticas públicas na área de saúde. Em razão da existência de uma norma constitucional que determina que a saúde é direito de todos, pretensões dos jurisdicionados são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário para que o Estado (em sentido lato: União, Estados, DF ou Municípios) sejam obrigados a prover com recursos públicos tratamentos de saúde privados e que estão fora dos parâmetros estabelecidos em programas de saúde coletiva. Programas para os quais houve previa reserva de recurso, previsão orçamentária e plano de execução de despesa baseada em lei aprovada pelo poder legislativo.

Em muitos casos, as partes que pretendem a tutela judicial, simplesmente não aceitam o fato de que o medicamento ou tratamento oferecido pelo sistema único de saúde não seja o mesmo recomendado ou desejado pelo

paciente. O resultado da controvérsia leva as partes a demandarem ao judiciário para que o magistrado (que não foi responsável pelo planejamento da política pública de saúde, sequer participou da elaboração do orçamento e nem tem sobre sua responsabilidade o poder de executar a lei orçamentária conforme a Lei) impõe que o Estado e seus agentes custeiem o tratamento de saúde, sem importar se haverá, ou não, repercussão sobre os recursos previstos em orçamento para outras atividades de saúde.

Evidente que o exemplo acima apenas trata de uma colisão dentre situações constitucionalmente estabelecidas: direito à saúde e estrita obediência à lei orçamentária. Entretanto, a decisão é tomada por um agente político (magistrado) que não foi eleito democraticamente para definir tais questões de políticas públicas. Pergunta-se onde isso tem a ver com o pensamento de Kelsen? Tudo.

Parte desses autores que defendem a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário para construir tais interpretações sobre as regras da constituição fundamentam na idéia de supremacia do texto constitucional que teria como precursor o próprio Kelsen. A apropriação da teoria de Kelsen conduz a implicações sociais das chamadas concepções juricistas sobre o Direito, o Estado e a Sociedade que eram objeto de crítica por parte de Kelsen. Ou seja, uma forma de saber que termina por reforçar os arcaicos mecanismos da cultura jurídica e a reduzem em formulações padronizadas cuja necessidade se pretende justificar em nome da ciência, mas não passam de conjunto de crenças que são transformadas em força idealista.

Outro exemplo pode ser visto quando o poder legislativo, instituição constituída pelo estado de direito, delega ao poder judiciário funções que, originalmente, lhe caberiam por determinação constitucional.

Exemplo impar desta constatação foi o julgamento da Lei Complementar nº. 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”. O projeto que nasceu da iniciativa popular foi encaminhado ao congresso nacional para votação pelas duas casas. Na Câmara dos Deputados onde o projeto tramitou inicialmente a discussão provocou alterações de modo que os parlamentares preferiram delegar ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre a validade do diploma.

O projeto previa que as regras deveriam valer para as eleições que se realizassem após a *vacatio legis*. Havia um entendimento de parte dos congressistas de que a norma violaria o disposto na Constituição Federal que determina que qualquer alteração na legislação eleitoral somente será válida para o pleito que se realizar no ano posterior, ou seja, uma regra de anterioridade-anualidade que visa preservar a segurança jurídica nos anos eleitorais.

Embora os parlamentares pudessem alterar o dispositivo da lei de modo a adequá-lo ao texto constitucional e preservar assim o valor segurança jurídica, dizendo que as regras somente valeriam para as eleições a partir de 2011, preferiram deixar a tarefa ao Supremo Tribunal Federal, para que o Tribunal, através do controle de constitucionalidade, definisse a questão.

Não parece que estas questões estivessem na centralidade do pensamento kelseniano, entretanto, os defensores deste ativismo judicial não raro buscam suas referências de “*supremacia da ordem constitucional*” como fundamento para teses que em última análise não se coadunam com as premissas, propostas e consequências da teoria pura do direito.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Diante das questões expostas, observa-se que o sistema proposto por Kelsen não está isento de objeções, contudo, estas devem ser postas de forma séria e reconhecer o mérito de que a teoria pura consegue impulsionar o pensamento jurídico para situações problemáticas, evitando a acomodação intelectual.

Ao contrário do que se pode pensar, *Kelsen nunca foi um obstinado irreduzível em suas afirmações*. Durante toda sua vida não se furtou em rever suas posições e corrigi-las quando lhes parecia insustentável racionalmente.

Chegou a dizer isso expressamente no prefácio de sua teoria geral do direito e do estado (1945) ao expor que a “*intenção do livro é antes reformular e não apenas reafirmar os pensamentos previamente expressos na teoria pura. Uma formulação que fosse capaz de abranger problemas e instituições do direito inglês e*

americano, além daqueles de países de tradição do civil Law, para os quais a teoria foi originalmente pensada.”¹⁸

Seu compromisso com a autonomia do direito enquanto ciência o levou, todas as vezes em que foi necessário, a rever suas posições e isto nos parece denotar uma consciência prudente e espírito aberto para os debates da ciência, se defendia como possível desde que a plausibilidade de seu raciocínio não fosse destruída. Até o fim de sua vida foi capaz de reconhecer a necessidade das revisões, tal como aconteceu em um simpósio realizado em 1963 em que já estava com 80 anos, ao afirmar que após muito tempo de meditação, faria uma revisão de sua teoria da norma fundamental.

Essas meditações, ao que parece, vieram ao conhecimento público em sua obra póstuma, *Teoria Geral das Normas* e confirmou que o pensador não pararia naquela promessa, revendo aspectos centrais de sua teoria. Um testemunho firme de uma vida dedicada ao verdadeiro espírito científico.

Pode-se dizer que o esforço de Kelsen, trouxe ao pensamento jurídico uma clarificação de tal maneira que seja possível hoje determinar, com rigorosa precisão, até onde podem ir as considerações lógico-formais do direito e quais os pontos de vista e juízos de valor que esta perspectiva da teoria pura não acolhe e não pode justificar.

A teoria representa, na evolução histórica no pensamento jurídico, o momento em que se põe a descoberto a exata linha de fronteira entre a lógica formal e a lógica teleológica do direito, assim como aquela em que nos revela o significado e alcance exato do positivismo jurídico.

Depois de Kelsen, o problema que se apresenta ao pensamento jurídico contemporâneo parece ser o mesmo que aflinge as ciências do espírito em geral, pois, após ter sido levado às últimas conseqüências com a razão instrumental

18

Martins

Hans Kelsen. Teoria geral do direito e do estado. 3ª Ed., Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo, Fontes, 1998.

da modernidade, é questionável até que ponto o homem pode firmar os rumos de sua conduta e de sua existência no terreno da lógica científica? E como derivar dessa lógica formal, o sistema de valores com validade objetiva para estabelecer parâmetros éticos ou morais?

Posto sobre este aspecto, a proposta formulada por Kelsen e por ele conduzida às suas últimas conseqüências, torna a teoria pura uma proposta de sistematização, em suas grandes linhas, de grande valor teórico e metodológico. Entretanto, como reconhecido pelo próprio Kelsen, ao revisitar muitas de suas teses fundamentais, outra questão é saber se a perspectiva lógico-formal proposta pela teoria pura não deixa escapar outros aspectos relevantes do domínio jurídico que somente em outras perspectivas podem ser encontradas.¹⁹ Questão ainda se põe aberta.

A obra de Kelsen o mantém vivo e suas implicações para a ciência jurídica, para a lógica deôntica e para a aplicação do direito são tão fecundas que por mais que seja criticado não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos, novas perspectivas. É por isso que um autor incontornável.

5. REFERENCIAS.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Baccaria Versiani, São Paulo, Manole, 2007.

_____. Teoria geral do direito. Trad. Denise Agostinete, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, precisão, dominação. 4ª Ed., São Paulo, Atlas, 2003.

_____. A ciência do direito. 2ªed., São Paulo, Atlas, 1980.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª Ed., Tradução João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

_____. Teoria geral do direito e do estado. 3ª Ed., Tradução Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 1988.

_____. A justiça e o direito natural. Tradução e nota preliminar de João Baptista Machado. Coimbra, Almedina, 2009.

19

Hans Kelsen. A justiça e o direito natural. Tradução e nota preliminar de João Baptista Machado. Coimbra, Almedina, 2009.

17

_____. Jurisdição constitucional. Tradução Alexandre Krug, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

LOSANO, Mario. *Hans Kelsen: una biografía cultural mínima*. Derechos y Libertades, nº. 14, Época II, Enero 2006, pp. 113-128.

_____. Sistema e estrutura no direito – Século XX. Vol. 2., Trad. Lucas Lamberti, São Paulo, Martins Fontes, 2010.

WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito: interpretação da lei e temas para uma reformulação. Porto Alegre, Fabris Editor, 1994.

_____. *A partir de Kelsen*. In: Epistemologia e ensino do Direito. Revista Seqüência, CPGD- UFSC, Florianópolis, n.4, pp; 107-115, 1981.