

ANOTAÇÕES A TEORIA GERAL DAS NORMAS DE HANS KELSEN

Kelsen e a democracia*

"Nos fins da razão, é a razão que se toma a si mesma como fim."

I. Kant

Tão longe como posso ver, a "Teoria Geral das Normas" de Hans Kelsen chega ao público brasileiro num momento muito importante. Revisitar Kelsen a partir dele mesmo, pode significar a possibilidade de melhor compreender um autor até hoje incompreendido e negado tanto por seus comparsas quanto por seus opositores. Além disso, pode significar o implemento da sempre oportuna discussão acerca da democracia, sobretudo a partir do Estado de direito. E começo este trabalho manifestando esta preocupação.

Sem cair na emotividade, tanto quanto Kant é visto como fundador da moderna "Teoria do Conhecimento", entendo que Kelsen pode ser visto como o fundador da moderna "Teoria do Conhecimento Jurídico".

Outrossim, a análise de uma teoria e seu autor, não pode ser feita desconectada da história. Numa avaliação do subsolo histórico no qual se alicerça a visão kelseniana, pode-se dizer que tal qual a modernidade, seu projeto ambicionou conceber o mundo do direito a partir de um grande sistema, e por isso, talvez, tal qual a modernidade, sua teoria transcendental tenha vivido constantes turbulências.

JOSÉ ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JR. Prof.
da Universidade Federal de Santa Maria e
Doutorando do CPGD/UFSC.

Comunicação apresentada no Seminário sobre Teoria Geral das Normas, realizado na UFSC, em novembro de 1987.

A modernidade, numa rápida revelação, tem na raiz de sua crise a inspiração iluminista. Aquele iluminismo para o qual a Razão é a guardiã última das condições de produção do conhecimento possível. Além disso, a modernidade se caracterizou pela tentativa de positivizar a relação consciência - mundo, numa racionalidade que se nega como travessia histórica. O formalismo e a metodologia, nesse contexto, prevaleceram em relação ao conteúdo, a materialidade histórica.

Pois bem. A crise da modernidade, ou a falência dos grandes sistemas filosóficos e científicos, está diante de nós. O progresso da ciência e da tecnologia é inversamente proporcional à extinção da espécie. Quanto mais avança a heteronomia (as leis fora dos sujeitos falantes), mais se aprofunda e se agrava uma crise de identidade nos sujeitos. E se assim é, por que não dizer desde logo que a carência de sentido de uma fala individual é a invasão brutal e corpórea do totalitarismo? E mais: a democracia advém, justamente, de sua inserção num contexto bastante concreto, respondendo a uma situação cultural e social em que o discurso tem dificuldade de fazer-se entender. Como diz Maria Belo (1) "é preciso devolver ao discurso o seu sentido (...). Talvez, fosse um verdadeiro trabalho psicanalítico fazer com que as falas dos políticos e as falas do povo se encontrem. Isso só é possível, entretanto, na medida em que exista democracia, um regime que, do ponto de vista simbólico, restaura e reconhece a importância do sujeito".

Assim, atualmente, com a "crise da modernidade" e com a dita passagem do mundo moderno ao pós-moderno assistimos a um deslocamento das problemáticas essenciais do homem e das possibilidades de seu auto-conhecimento. Os grandes e ambiciosos sistemas foram abandonados em favor de um conhecimento bem mais cauteloso e fragmentado. Predominam, hoje, lutas micro-celulares de implementação de políticas de desejo e prazer, bem como de práticas de poder democráticas.

Pois é neste contexto de justaposição e oposição virtual, entre modernidade e pós-modernidade, é que se insere a discussão sobre a democracia. De uma democracia alçada no Estado de direito, como queria Kelsen e mais recentemente a deseja Bobbio, a uma democracia que desafia o "sentido da proibição" da lei, emanada de um legislador universal, a saber: a Razão. E só por essa "tensão" já me parece justificável o estudo aprofundado, minucioso, da normatividade humana concomitantemente com a democracia. A seguir, vamos ver, de certo modo, um pouco das características dessa complexa teoria que a meu juízo constitui a base de um possível (ou impossível) Estado de direito moderno e científico.

Hans Kelsen, cfe. deixa entrever num trecho bastante conhecido da T.P.D., se propôs a examinar o conhecimento jurídico e suas possibilidades enquanto ciência, senão vejamos: "quando a si própria se designa como 'pura' teoria do direito isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental" (2).

Ora, no meu entender, existem muitas análises equivocadas da obra de Kelsen, sobretudo aquelas que tomam o esforço deste Autor como sendo dirigido ao estabelecimento de um "querer" ou "ato de vontade", enquanto norma posta por autoridade, como algo científico. No fundo, é tudo pelo contrário. Kelsen é o mais severo crítico desse tipo de positivismo.

Luis Warat já afirmou também, que Kelsen é uma espécie de primo rico da família dos positivistas. Crítico de seus pares, não deixou de propugnar por um deserdamento dos médicos parentes. Mas isso não impede que se diga, desde já, que seu trabalho redundou num dogmatismo de 2ª grau - uma ciência da metafísica que culminou numa metafísica da ciência.

O que Kelsen procurou superar e de que modo?

Em termos simples, ele procurou superar as correntes positivistas até então dominantes, quais sejam, os **jusnaturalistas** (normas) e os **positi-vistas-sociólogos** (fatos), através de uma concepção paradigmática de ciência de cunho eminentemente matemático, naturalista. Além disso, em que pese a negação de alguns comentadores e do próprio Kelsen acerca das ligações diretas entre ele e I.Kant, não consigo deixar de vê-la. A **norma** fundamental ou fictícia, possui elementos transcendentais que explicam as normas enquanto mandamentos, imperativos categóricos(3). A determinação da validade do ordenamento jurídico é intersubjetiva e não simplesmente material e concreta.

No geral, a posição de Kelsen enseja a construção de um sistema unitário, não contraditório e não lacunar, cuja validade seria impossível de ser extraída simplesmente de correntes jusnaturalistas, normatividades morais ou jurídicas, e correntes positivistas-sociológicas ou fáticas. Mas por quê?

Pois bem. É certo que a delimitação de princípios metodológicos que permitam a construção de um objeto teórico, autônomo e sistemático para

a ciência jurídica(4) é o objetivo principal de Kelsen. Mas é preciso dizê-lo ainda: um objeto teórico, autônomo e sistemático referido, unicamente, a **normas**.

Portanto, na norma reside o núcleo da análise de Kelsen, e é preciso entender bem algumas distinções. A primeira delas é a de que um enunciado pode ser visto como "ato de vontade" (norma) ou como "ato de pensamento" (conceito, pressuposto). A ciência, trabalha ao nível das pro-posições jurídicas que descrevem as normas conceitualmente, buscando explicações do "porquê" atos de vontade, postos por autoridade, só o são porque correspondem-se com condutas, com ações, que aceitam os mandamentos jurídicos enquanto sentido de proibições intersubjetivas inerentes à razão humana. Com efeito, o direito pode ser visto como objeto gnoseológico e como fato político. Kelsen toma a primeira direção.

A ciência jurídica para o Autor da T.P.D., trabalha paradigmaticamente com a razão humana, que é uma faculdade de conhecimento e uma faculdade de pensamento(5). O direito enquanto tem por objeto normas, deve distinguir nestas o "sentido da proibição" e o "conteúdo do que está proibido"(6).

A ciência procura entender como se estabelece o nexo, próprio ao direito, entre a norma e a conduta, entre o querer, tanto do legislador quanto do destinatário da norma, em colocar imperativos lógicos de obrigação, permissão e proibição (por que não morais, também), não se ocupando, pois, propriamente com a conduta enunciada, nem se esta é justa ou injusta.

Se assim é, como coloca na T.G.N., "por meio da razão podem-se conhecer as normas estabelecidas por uma autoridade através de atos de vontade, podem-se produzir conceitos, mas não se podem produzir normas"(7).

Kelsen como se vê, considerando a Kant, ressalta que "a experiência empreendida na Teoria do Direito da Razão que não concebe a norma como sentido de um ato de vontade, e sim de um ato de pensamento, baseia-se em especulação teológico-metafísica, e desta depende"(8). Agora: como já disse, de que forma Kelsen escapa, se é que consegue, do estigma fantasmagórico da metafísica?...

Retornando à questão central da teoria kelseniana, para a qual o estabelecimento de uma validade para o ordenamento jurídico e, em últimos termos, para a ciência do direito repousa na superação dos jusnaturalismos e positivismos de matiz ideológica, é preciso dizer que o transplante

de Kelsen obedece a uma máxima rigorosamente afirmada por Kant e que é a seguinte: "A razão teórica de Kant é uma faculdade do conhecimento e conhecimento - se em geral pode alguma coisa - pode apenas criar uma ordem do ser, sem poder mudar algo no ser por ela dado. Uma ordem de dever-ser pode ser criada apenas por um querer. Kant descreve bem sua razão prática como um querer(...), mas se ela é um querer, não pode ser a mesma coisa que o conhecer da razão teórica, ela não pode ser justamente uma "razão"(8).

Esta questão posta por Kant me parece fundamental na determinação da teoria da validade em Kelsen. Mas não é só. É preciso acrescentar também, conforme salientou Warat em seus cursos, que a validade transcendental oposta à validade empírica tem como fundamento o postulado de David Hume segundo o qual, "simplesmente de fatos não é possível extrair conseqüências normativas, e que simplesmente de normas não é possível extrair objetivamente conseqüências fáticas" (9). A partir disso, Kelsen tem a possibilidade de fundar a validade de seu sistema de modo não lacunar, coerente e não contraditório, com base a uma norma fundamental, hipotética (posteriormente considerada fictícia) oriunda das estruturas mentais do pensamento. A validade de uma norma advém do fato de que ela é posta por uma autoridade, e a validade da autoridade advém do fato de que é pressuposta por uma norma, ficta. Mas este ponto é dos mais delicados de sua teoria. É ele, aliás, um dos aspectos alterados por Kelsen na T. G. N., em relação à 2ª edição da T. P. D.

Pois bem. Poderíamos continuar na tentativa de descortínio e compreensão dessa teoria. No entanto, creio que os elementos mínimos para os fins deste trabalho foram dispostos. Talvez um dos principais, diga respeito às condições para o estabelecimento de um sistema jurídico científico-co, não lacunar, não contraditório e coerente (características mais fortemente presentes no 1º Kelsen mas que a meu juízo não desaparecem nas demais fases do Autor austríaco), características estas, aliás, fortemente vinculadas aos princípios do iluminismo de cunho liberal e atualmente reapropriadas pelo discurso jurista dominante na democracia. Ora, o Estado social, próprio deste século apresenta elementos outros do que o Estado liberal do século anterior. Diria então, que os fundamentos de uma democracia jurista estão alçados num paradigma dogmático que é preciso tematizar. E é que procuraremos fazer daqui para frente.

A identificação entre Direito e Estado, efetuada por Kelsen num determinado momento de sua obra, e atenuada em fases posteriores não é

como creio deixei entrever, o motivo principal de se tentar uma vinculação entre Kelsen e a democracia. Entretanto, da mesma forma que o direito, o Estado é também uma metalinguagem normativa do social, e pode ser também objeto de uma análise científica. Exsurge daí o fato de que o Direito e o Estado em Kelsen são fenômenos universais e ao cabo são um conjunto de "norma: " que servem como esquema de interpretação do mundo, como diz Leonel Rocha. Servem pois como condição de significação normativa (10).

Vazios ao nível de conteúdo, os enunciados normativos servem no entanto como condição de possibilidade do estabelecimento de uma "ordem" que se presta tanto aos interesses burgueses quanto aos interesses socialistas. Ora, a crítica ingênua de que sua teoria não é democrática justamente porque pode servir ao Estado Nazista, por exemplo, não procede. No fundo, a democracia, como diz muito bem Warat, não possui um sentido essencial que deve ser buscado e descoberto, senão que, com base numa série de pressupostos iluministas e modernos se trata de uma concepção de sentido através do qual se expressa o mundo. E por isso Warat já escreveu que o fundamental é passar-se do "sentido da democracia a democracia do sentido", numa transgressão não só da lei positiva, como também da "interdição de sentido" estabelecida pela lei no âmbito do simbólico.

Dadas estas questões é que entendo que os fetiches e os mitos de origem liberal, tais como o de que as sociedades se auto-regulam por meio do sufrágio universal, são hoje propagados e difundidos pelas sociedades capitalistas. A idéia paradigmática, como diz Celso Campilongo, "é a de que direito e democracia estabelecem um relacionamento dialético que encontra sua síntese na lei votada pelo parlamento"(11). Com efeito, a democracia, como se vê, não é a **essência** de uma dada sociedade mas sim a **forma** das sociedades capitalistas contemporâneas que expressam sua possibilidade vinculatória e identitária na lei, que serve como condição de significação. E me parece que Kelsen tem muito a ver com isso.

Outrossim, e lembrando aqui a Bobbio, o fenômeno democrático não pode ser visto apenas num de seus aspectos (o de ser um sistema de governo), no que aliás, ele não se resume, como deixei entrever. Seguindo a Claude Lefort(12), a democracia deve colocar também em evidência que, ao lado de ser a possibilidade de criação social de novos direitos, ela precisa recuperar o espaço do político, simbolicamente instituinte, como o lugar da crítica, numa prática que não cessa de expor os poderes estabelecidos

aos conflitos que os desestabilizam e transformam, numa recriação contínua da política.

O que tem sido entendido como crítica democrática muitas vezes não tem passado de observações aos desvios possíveis na materialidade histórica em relação ao conceito ideal de democracia, tal como a autocracia, etc. Fundamentalmente creio interessar mais uma postura de deslocamento e mesmo de ruptura com a concepção paradigmática de democracia própria do Estado moderno. No caso aqui estudado, há que se perceber que a avaliação de Kelsen se determina valorativamente como uma dada concepção de mundo moderno, a qual não cabe melhorar ou modificar, mas sim abandonar. Kelsen não deve ser estudado, neste momento e ao meu juízo, para ser melhorado ou recuperado, e sim para ser velado, num funeral que abre as portas às possibilidades de surgimento do novo.

Enfim, não é possível amarrar o sentido da democracia em caracteres idealizantes, como é o caso do formalismo positivista; a "universalidade" de sua significação, como já disse em outro trabalho, depende de uma travessia histórica que a redefine pelas práticas conflitivas que a realizam. Por isso, se quiséssemos falar em futuro da democracia, para lembrar a Bobbio, ele depende da preservação de sua incerteza, e nessa medida, um saber e uma lei que pretendam pré-determinar no presente o sentido de seu futuro, a nega no devir que a preserva como um interrogante permanentemente instituinte do espaço do político na sociedade.

Notas

(1) Cfe. Entrevista da Psicanalista Maria Belo, in Jornal informativo da reitoria da UFSM, 1987.

(2) Cfe. Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, tradução João Batista Machado, edição portuguesa Arménio Amado, 19. p.17

(3) Eu insisto nas ligações entre norma fundamental e transcendentalismo kantiano, mesmo e apesar de podermos distinguir no corpo das idéias de Kelsen, três momentos distintos: o da 1ª edição da T.P.D.; o da 2ª edição; e, o da T.G. das Normas recém traduzidas para o português. No que tange ao "imperativo categórico" creio que o assunto requer algumas explicações: A 'Analítica da Crítica da Razão Prática distingue, inicialmente, as máximas morais das leis morais. As primeiras seriam subjetivas, contendo uma condi-

ção considerada pelo sujeito como válida somente para sua vontade. As leis morais, ao contrário, seriam objetivas, contendo uma condição válida para a vontade de qualquer ser racional. Feitas essas distinções, Kant demonstra que todos os princípios práticos que pressupõem um objeto ou matéria do querer são empíricos e não podem proporcionar leis práticas. Esse objeto material do querer é a felicidade e ela depende da natureza empírica de cada sujeito particular. Por conseguinte, as leis práticas só podem ser formais. Uma vontade determinada apenas pela forma da lei e, por consequência, independente de todo estímulo empírico é livre; por isso a liberdade e a lei prática incondicionada mantêm entre si uma correspondência recíproca. Essa lei é chamada por Kant 'imperativo categórico', e ele o distingue dos 'imperativos hipotéticos'; O imperativo categórico é inteiramente desvinculado de qualquer condição" (Kant, Immanuel, 1724-1804. **Crítica da razão pura**; trad. de Valério Rohden e Udo Badur Moosburger. -São Paulo: Abril Cultural, 1980. Col. Pensadores, p. XIX e XX).

(4) Cfe.Warat, Luis A. **A Pureza do Poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis, Editora da UFSC, 1983.134 p.p. 27

(5) Cfe.Kelsen, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris 1986. p.10.

(6) Idem, Ibidem, p.351. Além disso, é preciso ver que tal distinção possui um interesse prático evidente, qual seja, o de afastar a confusão já clássica entre ciência e teoria da interpretação. Ora, o conteúdo de uma norma é sempre relativizado pela interpretação dada pelo juiz, e por conseguinte, não poderá ser tratado, enquanto ato de vontade (querer), como ciência. Não obstante, como diz Kelsen(op.cit.p.358), Normas como sentido de atos de vontade, podem ser o objeto de nosso pensamento, de nosso conhecimento, o objeto de uma Ciência - como Ética e Ciência do Direito. Podem-se fazer normas como conteúdos de sentido para o objeto do conhecimento, sem com isso ter em conta os atos de vontade, cujo sentido constituem...

(7) Idem ibidem, p.10

- (8) Idem, ibidem, p.10
- (9) Warat trabalha bem com esta questão de Hume e utiliza como exemplo um carro estacionado na calçada, fato este do qual não se pode objetivamente extrair conseqüências normativas e vice-versa.
- (10) ROCHA, Leonel S.O sentido político da Teoria Pura do Direito. In **Revista Seqüência**, Florianópolis, n° 9,114 p. 1984 p.57 a 75
- (11) CAMPILONGO, Celso. Democracia e legitimidade: representação política e paradigma dogmático. In SEPARATA da **Revista de Informação Legislativa**. a. 22 n.86 abr./jun.1985.Brasília.Senado Federal, p.29 a 40.p.29
- (12) LEFORT, Claude. **A Invenção democrática**; os limites do totalitarismo.tradução de Isabel Marva Loureiro.Brasília, editora brasiliense, 1983. 247 p. p.7