

HANS KELSEN, UM DIVISOR DE ÁGUAS 1881-1981

Tércio Sampaio Ferraz Jr.

Professor da USP

Hans Kelsen faleceu quando faria, em outubro de 1973, 92 anos. Jurista de extraordinário valor, dele pode-se dizer que foi um divisor de águas para toda a teoria jurídica contemporânea. Desde o aparecimento de sua primeira obra de repercussão - *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* – em 1911, Kelsen publicou um considerável número de trabalhos que incluindo traduções e reimpressões, alcança mais de 620 títulos. Por outro lado, os textos que versaram especificamente sua obra superam a cifra dos 1200.

Teórico do direito, filósofo e sociólogo, teórico do Estado, iniciador da lógica jurídica, que tanto lhe deve; kelsen teve, além disso, uma vida cercada por experiências difíceis que marcaram,, de modo geral, a intelectualidade judaica, desde o início deste século, na Áustria e na Alemanha. Autor intelectual da Constituição republicana austríaca, Kelsen foi juiz, durante 9 anos (1921-1930) da Corte constitucional da Áustria. Tendo nascido em Praga, publicou sua mais famosa obra - *Teoria Pura do Direito* - em 1934, a qual conheceu grande sucesso, tendo sido traduzida em todas as línguas modernas. Dela apareceu, em 1960, uma segunda edição bastante enriquecida e refundida.

Professor de extraordinários méritos, o advento do nazismo obrigou-o a um exílio nos Estados Unidos, onde, na

Universidade de Berkeley. permaneceu até a morte. Trabalhando mesmo nos últimos anos de sua vida, dele apareceu em 1981 uma obra póstuma, sob o título *Allgemeine Theorie der Norm* (Teoria Geral da Norma).

UMA OBRA POLÊMICA

Kelsen pertence, inicialmente, ao chamado “Círculo de Viena” que, no começo deste século, reunia intelectuais do pote de Carnap. Wittgenstein, Schlick, Freud, e do qual ele foi o jurista. Sua, por ele mesmo denominada, “teoria pura do direito” logo conheceu grande respeito para além das fronteiras austracas, Assim por ocasião dos seus 50 anos, uma obra contendo ensaios em sua homenagem podia já dar o testemunho da sua importância em todo o mundo. Nesta coletânea, o coreano Tomoo Otaka exigia que a metodologia kelseniana devesse significar, no futuro (estávamos em 1931), a única forma possível de conhecimento autônomo do direito. E o japonês Kisaburo Yokota o mencionava, ao lado de Stammler, como o mais significativo filósofo do direito da atualidade (*Festschrift Hans kelsen*. Viena 1931. pág. 110 e 397). O espanhol Luis Legazy Lacambra afirmava, mesmo livro, que o pensamento jurídico do século 20 teria de ser “um permanente diálogo com Kelse” (pág. 173). E de fato. 32 anos depois em Salburg num simpósio sobre “O direito natural a teoria política”, a disputa em torno de suas idéias ocuparia de forma preponderante os participantes.

Embora tenha tido muitos adeptos e continuadores, como Robert Walter, na Áustria, Norberto Bobbio, na Itália, Ulrich Klug, na Alemanha, Roberto José Vernengo, na Argentina, Fuller, nos Estados Unidos, não faltaram aqueles que o cobriram de críticas Alguns, mais veemente, como Voegelin, preocupados com o caráter formalista de sua teoria, chegaram a dizer, não sem um certo sarcasmo, que Kelsen consideraria a substância política do Estado “como uma ordem do comportamento humano, em princípio de igual dignidade à de ,ma sociedade de colecionadores de selos” (*Dar autoritare Staat*, Viena 1937 pág. 127). E houve também quem dissesse que sua proclamada virtude de pensamento logicamente cerrado e bem posto não seria de maior utilidade para o jurista, pois do direito só conheceria a forma, ignorando-lhe os conteúdos (*Günthe Winkler Der Bescheid*: Viena 1956, pág. 41).

A TEORIA PURA DO DIREITO

O grande objetivo da obra foi discutir e propor os princípios e métodos da teoria jurídica. Suas preocupações, neste sentido, se inseriam no contexto específico dos debates metodológicos oriundos do final do século XIX e que repercutiam intensamente no começo do século XX. A presença avassaladora

do positivismo jurídico de varias tendências, somada à reação dos teóricos da “livre interpretação do direito” punha em questão própria autonomia da ciência jurídica. Para alguns, o caminho dessa metodologia indicava para um acoplamento com outras ciências humanas, como a sociologia, a psicologia e até com princípios das ciências naturais. Para outros, a liberação da ciência jurídica deveria desembocar em critérios de livre valoração, não faltando os que recomendavam um volta aos parâmetros do direito natural. Nesta discussão, o pensamento de Kelsen seria marcado pela tentativa de conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, capazes de superar as confusões metodológicas; e de dar ao jurista uma autonomia científica.

Foi com este propósito que Kelsen propôs o que denominou “princípio da pureza”, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. Ou seja, direito, para o jurista, deveria ser encarado como norma (e não como fato social ou como valor transcendente). Isto valia tanto para o objeto quanto para o método.

A redução do objeto juridico à norma causou inumeras polêmicas Kelsen foi continuamente acusado de reducionista”, de esquece, as dimensões sociais e valorativas, do fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos. Sua intenção, no entanto, não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. Sua idéia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis e, pior, de não se impor conforme os critérios de rigor inerente a qualquer pensamento que se pretedesse científico.

O DIREITO COMO ORDEM HIERÁRQUICA

A noção de norma de Kelsen tem com. premissa a distinção entre as categorias do ser e do dever-ser, que ele vai buscar no neokantismo de sua época. A consciência humana diz ele, ou vê as coisas como elas são (mesa é redonda)ou como elas devem-ser (a mesa deve-se redonda). Normas, nestes termos são prescrições de dever-ser. Elas conferem ao comportamento humano um sentido o sentido prescritivo. Assim, levantar o braço numa assembléia pode ter um sentido descritivo (fulano levantou o braço) ou um sentido prescritivo (levantar o braço deve-ser entendido como voto a favor de uma proposta). Enquanto prescrição, a norma é o produto **de** um ato de vontade que proíbe, obriga ou permite um comportamento.

Embora produzida por um ato de vontade, a norma não se confunde com ele nem tem sua existência dele dependente. Mesmo porque o autor da norma já pode ter desaparecido, sem que o mesmo suceda com a norma. Sua existência não é um fato natural, como a vida do seu autor. Normas valem. Sua “existência” específica é sua validade. Para que uma norma valha, a vontade do autor é apenas uma condição, mas não a razão essencial. Esta se localiza na competência normativa do autor, competência esta conferida por outra norma e assim por diante. Deste modo, Kelsen torna a ciência jurídica uma ciência pura de normas, que as investiga como entidades a se, no seu encadeamento hierárquico. Cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina numa norma fundamental.

A “teoria da norma fundamental” de Kelsen sempre provocou muita celeuma. Ela constitui, para ele, o fundamento mesmo da ordem jurídica. Qualquer norma só será considerada jurídica e legítima se for estabelecida em conformidade com as prescrições contidas na norma fundamental. Assim, diz ele, o que distingue o comando de um assaltante que exige uma quantia em dinheiro do comando de um fiscal que exige a mesma coisa é a competência do último. cujo fundamento final está na primeira norma da hierarquia. Fonte da jurisdição . da legitimidade (o fiscal só não é assaltante porque tem competência legal para exigir), a norma fundamental é valorativamente neutra. Todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta válida e legítima o direito que dela decorre.

LEGITIMIDADE, LEGALIDADE E ESTADO

Esta posição de Kelsen custou-lhe até mesmo a crítica não merecida de ter servido, ainda que indiretamente, o regime nazista. Ele, que fugiu da Alemanha, com sua norma fundamental neutra era obrigado a reconhecer, como de fato o fez ao chegar para exílio nos EUA, que o direito nazista, por injusto e imoral que o considerasse, ainda assim era direito válido e legítimo.

Kelsen, neste sentido, foi um ardoroso defensor da neutralidade científica aplicada à ciência jurídica. Sempre insistiu na separação entre o ponto de vista jurídico, o moral e político. À ciência do direito não caberia fazer julgamentos morais nem avaliações políticas sobre o direito vigente. Kelsen obviamente não só por ser judeu, mas por suas posições ideológicas em defesa da democracia, nunca foi nazista.

A possibilidade de um juízo de valor sobre o direito vigente depende, para ele, de norma fundamental do ordenamento moral. Como positivista, no entanto, Kelsen sempre afirmou que mesmo esta norma moral última seria inevitavelmente uma prescrição relativa, do ponto de vista racional e científico. O que ele queria dizer é que o estabelecimento de uma regra última absoluta, quanto ao seu conteúdo, era uma questão de fé e não de ciência. Do ângulo da razão, o máximo que se pode estabelecer é uma norma fundamental absoluta quanto à sua forma.

Neste ponto é importante a distinção por ele proposta entre norma fundamental no sentido de primeira norma posta (por exemplo, a constituição) e no sentido de primeira norma transcendental, como condição de possibilidade de um ordenamento (jurídico ou moral). Esta é absoluta, pois sem ela é impossível pensar um complexo de normas como uma unidade válida, por conseguinte, dizer se uma prescrição qualquer vale ou não. Mas essa norma não é posta por nenhuma autoridade nem prescreve nenhum conteúdo específico. Ela apenas abriga o pensador a tomar um conteúdo prescritivo posto, como o primeiro de uma série. Ela é, como diz Kelsen, um presuposto formal da razão normativa.

Assim, satisfeita a exigência de se torna, uma norma posta como a primeira, todas as normas seguintes serão válidas desde que legalmente estabelecidas. A legitimidade delas e do sistema como um todo se reduz, portanto, à legalidade. Chamá-las de injustas é considerá-las do ponto de vista de outro sistema, é crítica externa que não altera sua validade e legitimidade internas.

Kelsen, contudo, não nos coloca totalmente à mercê de um arbítrio incontrolável. Primeiro, porque não pode o pensador, sob o império do presuposto formal referido, escolher qualquer norma posta como sendo a primeira. Só aquela que for dotada de eficácia poderá sê-lo. Ou seja, a primeira norma posta, a constituição, por exemplo, há de ser posta por um poder eficaz ou não será a primeira. Isto tem conseqüências para sua teoria da constituição, pois só será considerada tal aquela que for dotada dos requisitos da efetividade política e social.

Ademais, como o direito é uma „d.,, está excluída da escolha qualquer norma que instaure uma desordem, gerando incerteza e insegurança. Isto porque, instaurada a primeira norma, o primeiro legislador fica preso à sua palavra e às decorrências que ela provoca. Ele não é mais dono do sistema e qualquer modificação subjetiva ou será ilegítima o, significará uma nova norma primeira. No último caso, se houver uma sucessão arbitrária de normas primeiras, o ordenamento perde sua validade ou se torna uma unidade des-

contínua, perdendo o caráter de ordem. Ou seja, desapareceria o Estado. Isto porque, para Kelsen, do ponto de vista da ciência jurídica, direito e Estado se confundem. Direito é um conjunto de normas, uma ordem coativa. As normas, pela sua estrutura, estabelecem sanções. Quando uma norma prescreve uma sanção a um comportamento, este comportamento será considerado um delito. O seu oposto, o comportamento que evita a sanção, será um dever jurídico. Ora, o Estado, neste sentido nada mais é que o conjunto das normas que prescrevem sanções de uma forma organizada. Trata-se, pois, do complexo das normas que comandam punições e das que estabelecem as competências respectivas. Sem esta ordem normativa, o Estado deixa de existir juridicamente falando. Um “Estado” que é só força, só poder, só violência, ainda que eficaz, mas cujos “Comandos” não constituem uma ordem, uma relação orgânica de normas sancionadoras e normas de competência, não pode ser considerado como tal do ângulo de ciência jurídica.

KELSEN NÃO MORREU

A obra de Kelsen ainda o mantém vivo. Suas implicações para a ciência jurídica, para a lógica da norma, para a aplicação do direito são tão fecundas que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos.

Seu sistema cerrado não está isento de objeções. Estas, contudo, se postas seriamente, nos mostram como o seu pensamento é capaz de nos empurrar para diante, evitando o parasitismo das concepções feitas. Ao contrário do que se supõe, seu espírito polêmico nunca revelou um obstinado, tanto que, em diversas ocasiões é até mesmo no fim da vida, não teve medo de enfrentar suas próprias convicções, mudando-as quando as percebia insustentáveis racionalmente.

Seu compromisso com a verdade científica, o único que não desmereceu nem quebrou, o levou todas as vezes que foi necessário a rever posições. Isto não significava uma consciência volúvel. Ao contrário, sempre se defende. Como pôde, desde que a plausibilidade do seu raciocínio não fosse destruída. Mas foi também capaz, como sucedeu no referido simpósio de 1963, de reconhecer, num ponto nuclear de sua doutrina, que estava sendo obrigados mudar seu pensamento a respeito da norma fundamental após inúmeros anos de meditação e afirmação de uma mesma teoria. Já passava, nesta época, dos 80 anos. Pois sua obra póstuma veio a confirmar que não parou naquela frase, revendo, efetivamente, aspectos centrais do seu pensamento, dando até o fim o testemunho de uma vida dedicada à ciência.