

A “POLÍTICA JURÍDICA” EM KELSEN (*)

ELZA ANTÓNIA PEREIRA CUNHA
Mestranda do PGD/UFSC

A despeito de ter sido um dos primeiros a utilizar esta expressão, parece difícil falar de “*política jurídica*” em Kelsen, já que em sua obra encontramos vagas referências ao que poderia ser esse objeto de análise.

Há certas passagens em que tal expressão parece ter o significado de um novo campo disciplinar articulável, mas não pertencente a uma ciência do Direito no sentido estrito. Noutras, surge como raciocínio ou argumentação jurídico-política que impede a constituição de uma verdadeira ciência.⁽¹⁾

Neste artigo, porém, não trataremos desse assunto

De forma que, ao invés de apresentar um corpo coerente de explicações sobre a “*política jurídica*”, procuraremos arbitrariamente “sistemizar” aquilo que Kelsen deixou transparecer como sendo a “*política jurídica*”, quando contrapõe a esta a sua Teoria Pura.

Não temos a pretensão de superar de forma teórica ou metodológica a proposta kelseniana. Ao contrário, a partir de um estudo eminentemente exploratório, procuraremos localizar algumas insuficiências de suas colocações puristas.

(*) A “política jurídica” em Kelsen é uma versão modificada de um trabalho realizado na Cadeira de Aspectos políticos e jurídicos do desenvolvimento, do Curso de Pós-Graduação da Uni-versidade Federal de Santa Catarina.

(1) Cf. Roberto J. Vernengo — Teoria Pura do Direito — Traducción dei original en alemán. Mex. 1980 — pp. 10 e 15. Vide também Teoria Pura do Direito, versão portuguesa — Coimbra — Armério Amado editores — 1976 pp. 7, 18.

Como é óbvio, a questão da “*política jurídica*”⁽²⁾ aparece em Kelsen, quando ele aborda a matéria dentro de um quadro formal, ou seja, de um direito editado pelo Estado por meio de órgãos competentes.

Ao afirmar que o Direito é uma técnica específica de organização social, Kelsen sustenta que este possui uma função enquanto estrutura das relações sociais. Não é um fim. Antes, é um meio que tem a função de alcançar determinados objetivos, que não podem ser obtidos por outras formas de controle social. Uma vez estabelecidos os fins, o Direito esgota sua função para obter o cumprimento destes.

A teoria kelseniana pretendeu excluir do seu âmbito as significações jurídicas, eliminando os elementos que não poderiam ser derivados de normas jurídicas válidas. Ou seja, pretendeu explicar não as causas da formação do Direito, mas a sua aproximação — na medida do possível o ideal da ciência para garantir a neutralidade, a objetividade do conhecimento científico; excluindo desse conhecimento tudo quanto não se pudesse rigorosamente determinar como Direito.

Este tipo de análise permitiu colocar a investigação teórica a salvo da intromissão dos juízos de valor em favor dos juízos de validade. Daí decorre o ponto principal de sua teoria que é a distinção entre “*Valor*” e “*validade*”, o primeiro pertencente à esfera política e o segundo à jurídica.

Assim, o Direito como ordenamento coativo, apóia-se na afirmação de que é composto de normas, e que a característica dessas normas não é prescrever comportamentos, mas estabelecer um nexó entre o ilícito e a sanção.⁽³⁾

Dito de outra forma, Kelsen preocupa-se com as condições existenciais de uma norma, a qual é examinada pela categoria “*validade*”. Não importa o seu âmbito valorativo — se é justa ou injusta, boa ou má, de interesse do

(2) Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Armério Amado editor— 1976. p. 17 “Como *teoria*, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já lhe não importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É uma ciência jurídica e não política do Direito.

(3) Hans Kelsen, *Contribuciones a la teoria Pura del Derecho*. Bs. As. 1969. Colección Filosofía y Derecho p. 17. “La ciência dei Derecho no enuncia la manera en que los hombres deben comportarse de acuerdo con un determinado ordenamiento jurídico, nacional y internacional. El “deber ser” de la norma jurídica tiene un sentido prescriptivo (imperativo), el deber ser de la proposición jurídica un sentido descriptivo (indicativo)”.

Estado ou não, do progresso, etc. — Estas são categorias metajurídicas da política do Direito, não da Teoria do Direito. O jurista que se preocupa com tais questões, não realiza uma função jurídico-científica, mas uma função jurídico-política que não lhe compete⁽⁴⁾.

As questões que envolvem juízo de valor (políticas) são reservadas ao legislador, não ao jurista.

Pode-se afirmar que, para o jurista não há problema na instância de validade quanto ao seu dimensionamento teórico. Aqui as normas se definem cientificamente e ostentam alto grau de objetividade e certeza. Quando surgem as dificuldades, são na esfera prática, pois não se ignora que o que vale na teoria nem sempre vale na prática (entendida esta, como atividade e não como técnica imediata).

Contudo, vale ressaltar que, sobre a validade formal de todo ordenamento jurídico, a teoria Kelseniana tem razão: fornece um critério sobre o qual podemos distinguir os ordenamentos válidos dos não válidos. Mas ao distinguir *Valor* da *validade* (existência), Kelsen não elimina o problema da justiça ou justificação do Direito positivo remete-os a uma outra instância.

Com esta distinção, podemos apenas evitar a confusão entre duas ordens de problemas diversos: uma coisa é a validade, interpretação e aplicação de um ordenamento vigente, outra é a sua valoração⁽⁵⁾.

O Direito não se apresenta como garantia de vida, mas como resposta a condutas anômicas⁽⁶⁾, o que torna a existência de um Estado repressivo legi-

(4) H. Kelsen, Teoria Pura do Direito, ob. cit. p. 472. “A interpretação jurídico-científica, nada mais pode senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica; é competente para aplicar o Direito.

(5) H. Kelsen, Teoria general del Derecho y el Estado. Mex. UNAM, 1969. “Las normas jurídicas non son válidas porque ellas o la norma básica tengan un conferido cuya fuerza obligatória sea evidente por si mesma. Non son válidas por el valor intrínscico de la exigência que de las mismas emana. Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase. No hay ninguna espécie de conducta humana, que por su misma naturaleza, no pueda ser convertida en un deber jurídico correlativo de un derecho subjetivo. La validez de una norma jurídica no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político. Una regla jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y solo por ello”

(6) H. Kelsen, Teoria Pura do Direito ob. cit. pag. 60

tima. Daí dizer-se que o formalismo kelseniano não é instrumento que permita alcançar justiça, pois a consequência da forma é a racionalização, é a lógica do ordenamento que garante o uso da força do Estado, não da justiça⁽⁷⁾.

Mas cabe perguntar: Como se obtém o fundamento de validade de uma norma? ⁽⁸⁾. A resposta pode ser encontrada, a partir de uma análise retrospectiva, pois a visão hierarquizada de uma sucessão de normas nos leva de volta ao passado, à procura de um ponto de partida, à norma primeira.

Seguindo esta análise, encontramos a Constituição como fundamento de validade de todas as regras que compõem o sistema jurídico, mas isso não significa dizer que ela possa ser julgada com o mesmo critério utilizado na interpretação doutras normas, já que não há outra regra positiva acima dela. Essa norma mais elevada e não posta por autoridade, foi denominada por Kelsen “Grundnorm”, da qual deriva, como consequência lógica, a regra de que “todas as leis como tais devem ser obedecidas” ⁽⁹⁾.

Considerada no sentido lógico-transcendental, essa norma “pressuposta” eleva a ideologia da obediência a um valor absoluto, categoria desprezada por Kelsen por não pertencer à esfera jurídica. Entretanto, se a Constituição encontra a sua validade não por ser autorizada como as outras normas, mas pelo fato de ser efetivamente obedecida, qual a função desta norma fundante? E com isto voltamos à velha e clássica questão proposta por Weber. Por que obedecer? Segundo Kelsen, porque o Estado é o único sujeito a que pode tomar decisões competentes, o único agente da própria legitimação.

Portanto, a sua proposta reduz a *“política jurídica” a uma forma legal que procura soluções capazes de reajustar as circunstâncias que condicionam a produção e vigência de uma norma, evitando a discussão do seu conteúdo mediante artifícios metodológicos que submetem a um controle racional a sua aplicação.*

(7) Muitas vezes, a pretensão racionalizadora de Kelsen, parece, um esforço teórico inútil pelo fato de ser desenvolvida em níveis abstratos e ideais e não para prática dos agentes sociais. Como instrumento autenticamente humano, o Direito, deveria racionalizar-se por seus destinatários, isto é, a sociedade para qual foi feito.

(8) H. Kelsen, Teoria Pura do Direito, ob. cit, pag. 269. “Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável!”...

(9) H. Kelsen, Teoria Pura do Direito, ob. cit. pág. 277 e segs.