

A NORMA NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS Kelsen: UMA TESE DEMOCRÁTICA?

Tiago Ferreira Santos¹

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu da constatação da existência de uma intensa crítica à teoria pura do direito do jurista austríaco Hans Kelsen ou ao positivismo jurídico em geral de uma corrente de juristas brasileiros que se consideram defensores do pós-positivismo jurídico. Entretanto, mesmo com tantos doutrinadores que se prestam a realizar um combate tão aberto ao normativismo dele, especialmente devido à redução gnoseológica do direito ao direito posto, na prática, observa-se que ninguém argumenta juridicamente de forma séria e convincente com qualquer norma que não esteja expressamente inserida no ordenamento jurídico posto, ainda que seja uma norma individual, a exemplo de acórdão proferido por um Tribunal em um caso similar.

Questionam ainda que o pós-positivismo jurídico, que supera o positivismo jurídico, promoveu uma constitucionalização do direito, ao passo que Kelsen defenderia a legalização do direito, possuindo sua constituição um caráter meramente formal, não substancial, muito menos axiológico. Ocorre que, desde os primórdios da faculdade de direito, estuda o aluno que a pirâmide de Kelsen possui a Constituição no topo, a qual conferirá validade formal e material a todas as normas formuladas conforme suas disposições.

Falam os supostos pós-positivistas em uma atual jurisdição constitucional fundada no pós-segunda guerra mundial. Entretanto, o controle difuso-concreto de constitucionalidade pelo Poder Judiciário surgiu nos Estados Unidos da América em 1803 no famoso caso *Marbury v. Madison*, ao passo que o abstrato-concentrado decorreu dos trabalhos de Hans Kelsen para a elaboração da Constituição da Áustria.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal), pós-graduando em Direito do Estado (UCSal), pós-graduando em Ciências Criminais na Atualidade pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), advogado da Companhia Baiana de Pesquisa Mineral (CBPM).

Entre outros tantos pontos, argumentam, principalmente, que Hans Kelsen teria feito a teoria que respaldou juridicamente o nazismo violador da democracia e dos direitos fundamentais, enquanto o pós-positivismo seria a teoria capaz de protegê-los ou, no mínimo, resistir mais incisivamente.

Assim, a pergunta norteadora da presente pesquisa consistiu, invertendo a lógica pós-positivista, na seguinte: o que verdadeiramente a teoria pura do direito de Hans Kelsen diz e quais pilares dela que protegem a democracia e os direitos fundamentais? Aparentemente, pode ser uma pesquisa com alto risco de fracasso, mas, cientificamente, não há empecilhos para estudos em que a conclusão não corresponda às hipóteses inicialmente firmadas.

Portanto, a hipótese testada foi a existência de mecanismos na teoria pura do direito de Hans Kelsen que protejam a democracia e os direitos fundamentais, ainda que esse não tenha sido o objetivo do jurista austríaco ao a elaborar.

Diz o ditado popular que “Falem mal, mas falem de mim!” ou, até mesmo, que “O proibido é mais gostoso!”. Talvez essa tenha sido a verdadeira justificativa pessoal para a presente pesquisa. De qualquer modo, consoante já destacado nesta introdução, houve um mal-entendido ou estranhamento acerca de um tema de filosofia do direito consistente nas críticas dirigidas a Kelsen pelo pós-positivismo não corresponderem às insatisfações dos profissionais do direito com a prática jurídica. Assim, para resolvê-lo, este estudo foi preparado.

Do ponto de vista político e social, foi inquestionável o valor do presente estudo por envolver democracia e direitos fundamentais, os pilares mais elementais da estrutura da sociedade contemporânea.

Numa perspectiva da filosofia e ciência jurídica, foi interessante por promover a valorização das contribuições de um dos mais combatidos e, ao mesmo tempo, seguidos juristas do século XX, período marcado por duas guerras mundiais e uma guerra fria.

A presente pesquisa, assim, pretendeu analisar a teoria pura do direito de Hans Kelsen sob o olhar não de uma pura crítica, mas buscando contribuições significativas de sua obra para a ciência jurídica, contextualizando-a com as situações de seu momento, com a

finalidade de compreendê-la para aproveitá-la enquanto catalisadora de soluções para problemas presentes.

A metodologia utilizada, portanto, foi análise qualitativa principalmente do livro Teoria Pura do Direito, mas também envolveu alguns poucos livros complementares seus ou de outros autores em alguns pontos específicos para melhor compreensão. Posteriormente à realização da compreensão adequada, as contribuições ou carências foram destacadas para conseguir a pretendida defesa da democracia e dos direitos fundamentais.

Os resultados obtidos consistiram, em síntese, na compreensão de sua teoria e, também, na existência de algumas contribuições relevantes nela para a democracia e os direitos fundamentais, especialmente em países com um ordenamento jurídico democrático, a exemplo do Brasil.

2 PRELIMINARES À TEORIA PURA DO DIREITO

Hans Kelsen foi um jurista austríaco do século XX, provavelmente o mais célebre de sua época. Ele empreendeu “desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto” (KELSEN, 2006, p. XI). Sua contribuição para o direito, assim, sem dúvidas, foi essencial.

A existência do livro Teoria Pura do Direito deve servir de alerta a todo aplicador do direito de que ele não é elaborador, por exemplo, de políticas econômicas que definirão como gerar desenvolvimento e empregos para o país, reduzindo a desigualdade social. Afinal, essa decisão complexa não lhe cabe cientificamente. Nesse sentido, por exemplo, para Kelsen, o movimento de flexibilização das normas trabalhistas não pode fundamentar uma decisão judicial a menos que haja sido albergado por normas jurídicas emanadas da autoridade jurídica.

Também não deve o jurista impôr a sua concepção particular de justiça. Obviamente, não nega que as pessoas em geral, inclusive os profissionais do direito, criticam as normas jurídicas, especialmente as considerando injustas. Apenas argumenta Kelsen que, com essa

conduta, não se está fazendo ciência jurídica, mas sim uma análise axiológica do direito, cabível à filosofia.

A Teoria Pura do Direito, assim, propõe-se a ser “uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial” (KELSEN, 2006, p. 1). Portanto, visa a “responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito” (KELSEN, 2006, p. 1).

3 PUREZA E RELAÇÃO COM OUTRAS CIÊNCIAS E COM A POLÍTICA

Uma questão crucial é que ele não nega a influência da sociologia, da história, da política, da moral, da ética e da filosofia no direito. Ao contrário, afirma-a categoricamente. Entretanto, o cientista que se propõe a estudar a relação dos fatos sociais com o direito é o sociólogo (do direito), assim como acontece com os demais ramos da ciência. Nesse sentido:

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas por que intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto (KELSEN, 2006, p. 1/2).

Essa provavelmente é sua melhor contribuição à ciência jurídica. Nesse sentido, reconheceu que “não é pequeno o número daqueles que, sem se confessarem adeptos da Teoria Pura do Direito, em parte sem a mencionar ou até mesmo rejeitando-a abertamente, tomam dela resultados essenciais” (KELSEN, 2006, p. XI).

Mais do que a preocupação com uma teoria realmente pura, há de se recordar os alertas feitos por Hans Kelsen sobre os seus opositores e analisar a situação imposta à comunidade jurídica atual para vislumbrar a pertinência de seus comentários. Sobre a relação entre direito e política, motivo principal das críticas ao seu trabalho, ele disse o seguinte:

A luta [...] se trava na verdade pela relação entre a ciência jurídica e a política, pela rigorosa separação entre uma e outra, pela renúncia ao enraizado costume de, em nome da ciência jurídica do Direito e, portanto, fazendo apelo a uma instância objetiva, advogar postulados políticos que apenas podem ter um caráter altamente subjetivo, mesmo que surjam, com a

melhor das boas fés, como ideal de uma religião, de uma nação ou de uma classe (KELSEN, 2006, p. XII).

Ponderou, assim, Kelsen que os críticos não pretendiam, na verdade, discutir direito, mas sim impor suas preferências políticas à ordem jurídica em nome dos mais diversos motivos que eles consideram suficientemente justificados. Considerou, ainda, que o jurista “só contrariado renuncia a crer e a fazer crer aos outros que possui, com a sua ciência, a resposta à questão de saber como devem ser “corretamente” resolvidos os conflitos de interesse da sociedade, que ele, porque conhece o Direito, também é chamado a conformá-lo quanto ao seu conteúdo” (KELSEN, 2006, p. XIII). A causa dessa conclusão é a presunção de alguns juristas de que eles têm “em face dos outros políticos mais vantagens” (KELSEN, 2006, p. XIII) ou, pior, de que a sua concepção pessoal de mundo é a única possível, correta e verdadeira.

Mas afinal por que imaginar que um técnico do direito teria opções políticas melhores, por exemplo, que órgãos colegiados formados por representantes democraticamente eleitos? Para Kelsen, o conteúdo do direito não está predefinido, competindo a alguma pessoa que a norma jurídica tenha conferido poderes preenchê-lo. Essa afirmação parece inequívoca. A questão central é a quem caberia melhor essa atividade? Poderia ela ser exercida por diversos órgãos distintos de uma forma com múltiplas limitações? Essa não seria a melhor solução para o problema?

Perguntas delicadas de responder por envolver um conceito tão disputado politicamente e que na instância da política, portanto, devem ser resolvidas, especialmente por meio da instituição de uma constituição. Assim, não cabe ao direito divergir das decisões de conteúdo político tomadas pelas instâncias políticas. Entretanto, “até pela verdade sobre o curso das estrelas uma potência terrena se sentiu ameaçada” (KELSEN, 2006, p. XIV), quanto mais pela política e pelo direito. Assim, “tanto aqueles que detém o poder como também aqueles que ainda aspiram o poder têm uma teoria à medida dos seus desejos” (KELSEN, 2006, p. XIV).

Assim, ele provavelmente não duvidava de que sua teoria seria utilizada eventualmente por poderosos, entretanto, destacou que costumavam detestá-la justamente por não possuir conteúdo político, buscando apartar essas questões para outras instâncias de debate, destaque para a política. Acusam-no, não obstante, a servir aos que detém os

mecanismos de produção das normas jurídicas mais gerais e abstratas. Deve-se, realmente, concordar com tal falha, mas a principal questão que se faz é de qual forma pode o povo exercer melhor controle sobre a elaboração dessas normas e não necessariamente afastar as suas análises críticas inclusive de como o ordenamento jurídico realmente é tratado.

Afinal, por que aplicadores supostamente meramente técnicos possuiriam mais legitimidade para realizar eleições políticas ilimitadamente? Não há motivo algum para se afirmar isso, caso se reconheça a inexistência do direito natural como o faz Kelsen, para quem o “problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do direito como sendo a realidade jurídica” (KELSEN, 2006, p. XVIII).

Com isso, de se reconhecer que o aplicador, profissional do direito, encontra limites provenientes de uma autoridade jurídica que emana as normas jurídicas, não se pretende um ideal da escola da exegese, na qual todas as situações da realidade estavam previstas no ordenamento jurídico de forma clara e que o aplicador seria apenas a boca da lei. Claro que não! Kelsen, inclusive, reconhece que há uma margem de discricionariedade judicial decorrente da indeterminação linguística, quando haveria uma moldura, cabendo a escolha de uma dessas opções possíveis de acordo com a vontade da autoridade, usando critérios extrajurídicos.

Nesse ponto, inclusive, situa-se uma das mais severas críticas ao positivismo de Kelsen com a famigerada moldura e de Hart com a textura aberta, com destaque para o pensamento de Robert Alexy e Ronald Dworkin que incorporam esses argumentos que seriam extrajurídicos ao direito para resolver os chamados casos difíceis ou duvidosos.

Nesse sentido, as principais contribuições de Kelsen foram as seguintes: propor que a ciência jurídica se desvinculasse das demais, possuindo um método e um objeto específico; reconhecer que o objeto do direito é historicamente condicionado por seu conteúdo ser fruto da elaboração humana, não preexistente; levantar questões acerca de quem deve dizer o direito e em quais limites; verificar a discricionariedade judicial na elaboração da norma concreta, quando houver moldura; empreender estudos sofisticados sobre a estrutura da norma jurídica, por ter sido o ápice da escola analítica do direito.

Nesse sentido, as contribuições dele são aqui lembradas pelo mesmo motivo que o jurista austríaco escreveu sua obra, a saber, “sobretudo com o desejo de que uma geração mais nova não fique, no meio do tumulto ruidoso dos nossos dias, completamente destituída de fé numa ciência jurídica livre” (KELSEN, 2013, p. XV).

Entretanto, o objetivo do presente trabalho não é considerar o trabalho de Kelsen perfeito, muito menos o execrar como se fora o pior dos juristas por causa de seus equívocos, mas apenas trazer suas contribuições para formulação de uma teoria do direito atual que busque, inclusive, promover uma real democracia juntamente com os direitos fundamentais. Sobre as críticas, obviamente se coerentes, buscar alternativas.

4 A NORMA JURÍDICA E A SUA DISTINÇÃO DAS LEIS DA NATUREZA E OUTRAS NORMAS SOCIAIS

Consoante visto, o objeto da ciência jurídica é o Direito. Afinal, o adjetivo positivo torna-se, em Kelsen, redundância, já que não existiria direito natural. Daí, conclui o jurista austríaco que o objeto da ciência jurídica é a norma jurídica. Afinal, consoante diz:

são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humano só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. (KELSEN, 2006, p. 79).

Ganha relevo, portanto, a análise pormenorizada sobre a norma jurídica, o que inclui primeiramente a sua distinção das leis naturais, posteriormente, das normas da lógica e, por fim, de outras normas sociais.

O primeiro grupo, referente às leis naturais, é provavelmente o mais facilmente diferenciável das normas jurídicas, porquanto estas são deontológicas (dever-ser), ao passo que aquelas são ontológicas (ser). Em última instância, isso significa que, enquanto o ser humano se limita a conhecer as leis naturais sem poder violá-las, as normas jurídicas pressupõem alguma violação, ainda que mínima. Assim, quando “uma norma estatui uma determinada conduta como devida (no sentido de “prescrita”), a conduta real (fática) pode corresponder a norma ou contrariá-la” (KELSEN, 2006, p. 18).

O segundo grupo que merece uma distinção pormenorizada é a relação entre direito e lógica. Kelsen (2006, p. 26) diz que a “lógica tem por objeto uma ordem normativa que não tem qualquer caráter social, pois os atos de pensar do homem, que as normas desta ordem regulam, não afetam pessoas”. Obviamente, com isso, não pretende que a ciência jurídica não utilize da lógica, apenas distingue os campos de normas sobre o pensamento racional das normas das jurídicas.

O grupo das normas sociais foi dividido em dois. Assim, dando prosseguimento à sequência, o terceiro a ser analisado será o das normas sociais sem caráter sancionador e o quarto das normas sociais com caráter sancionador, ou seja, normas morais.

O traço mais característico da norma jurídica, em Kelsen, é justamente a sua sanção. Assim, não há maiores questionamentos em diferenciá-la, na sua teoria. Afinal, para ele (2006, p. 26), a norma jurídica estatui “uma determinada conduta humana e, simultaneamente” liga “a esta conduta humana a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou” liga “à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra)”.

Nesse ponto, uma das críticas que se faz em sua teoria é a incapacidade de conceber as chamadas por Miguel Reale (2002, p. 127) de “regras jurídicas *imperfectae* [...] que, quando válidas, não importam em pena ao infrator, nem em alteração daquilo que já se realizou. Essas regras dizem respeito especialmente às chamadas obrigações naturais”. Entretanto, ambos juristas chegam a uma solução próxima. Para Reale (2002, p. 128):

São jurídicas porque, embora não imperem de maneira direta, fazem-no de maneira mediata [...]. Ninguém é obrigado a pagar dívida de jogo, porém, uma vez efetuado o pagamento, não pode exigir a devolução.

Para Kelsen, por seu turno, essas normas jurídicas sem sanção realmente existem, mas não são autônomas, senão sequer seriam jurídicas. Explica-se melhor. Elas servem para limitar a validade da norma que prevê uma sanção, prevendo exceções, restrições, motivo pelo qual se reconhece a sua juridicidade, afinal relacionadas ao caráter sancionador do sistema jurídico. Segue transcrição esclarecedora:

todas as normas jurídicas que não estatuem elas próprias um ato coercitivo e, por isso, não contenham uma prescrição mas antes confirmam competência para a produção de normas ou contenham uma permissão positiva, são normas não-autônomas, pois apenas têm validade em ligação com uma norma estatuidora de um ato de coerção.

Feitas as considerações sobre as leis naturais, as normas da lógica, as normas sociais sem sanção, diferenciando-as da norma jurídica, depara-se finalmente este trabalho com a sua distinção das normas morais. Vê-se, de logo, que a sequência seguida neste estudo não foi aleatória, tendo sido de importância fundamental tudo dito até aqui para a presente análise.

Afinal, a norma moral possui em comum com a norma jurídica o fato de serem deontológicas, sociais, instituírem sanções e serem positivadas. Para demonstrar a última característica, ainda não discorrida no texto, cita-se o exemplo da positivação “por parte de um profeta ou do fundador de uma religião, como Jesus” (KELSEN, 2006, p. 70). Qual pode, então, ser a nota característica? Com a palavra Kelsen (2006, p. 71):

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da moral quando – como já mostramos – se concebe uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções deste tipo, visto que suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.

Vê-se, assim, que a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, embora possa sofrer críticas pontuais sobre o seu conceito de norma jurídica, oferece um pilar seguro para o profissional do direito acerca dos limites semânticos e práticos da norma jurídica.

5 NORMA JURÍDICA ENTRE VALORES RELATIVOS POSITIVADOS E FINS SOCIAIS

Consoante já visto, a ciência jurídica para Hans Kelsen consiste no estudo jurídico do Direito, ou seja, das normas jurídicas. Assim, não compete ao juiz, ao advogado ou ao profissional dessa área em geral questionar a justiça ou perseguição de fins sociais inadequados pela autoridade jurídica, a quem compete fixar as normas que serão aplicadas. Assim, obtém-se a pureza metodológica. Não obstante, é reconhecido que qualquer pessoa pode sim, enquanto cidadão, ser humano que vive em sociedade, sociólogo do direito ou filósofo do direito levantar-se contra essas normas.

Tudo isso já foi explicado mais detalhadamente. Agora cumpre destacar que, mesmo em Kelsen, o direito não é afastado da moral de um ponto de vista formal, reconhecendo inclusive que seu conteúdo consiste na adoção de um dos possíveis sistemas morais da sociedade, geralmente o dominante. De qualquer modo, não compete ao cientista do direito dizer como esse deveria ser, mas sim conhecer seu objeto juridicamente, possuindo apenas a análise do direito positivo como fonte segura, sem relativismos da moral ou justiça. Ademais, não ele negou que o direito devesse considerar as possibilidades fáticas de realização das normas, apenas conferiu uma atuação bem restrita a elas, consoante será visto.

Primeiramente, sobre a norma jurídica e os valores em Kelsen, ressalta-se que a adequação de uma conduta à norma sempre enseja, de algum modo, um juízo de valor. Assim, se a conduta for conforme a norma, ela é boa; se oposta, ruim. Portanto, a “conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo. A norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real” (KELSEN, 2006, p. 19). Poder-se-ia questionar, entretanto, se nesse trecho Kelsen falava do sistema jurídico ou de um sistema moral. Para não permanecerem dúvidas, segue outra transcrição denotando que o juízo de valor engloba ambos:

A resposta à questão de saber se, de acordo com o Direito vigente, um assassino deve ser punido com a pena capital, e, assim, se a pena de morte para o homicida é valiosa de acordo com esse Direito, pode e deve verificar-se sem ter em conta se aquele que deve dar a resposta aprova ou desaprova a pena e morte. Então, e somente então, é objetivo este juízo de valor.

[...] este juízo de valor é objetivo na medida em que o sujeito judicante formula tal juízo sem atenção ao fato de ele próprio desejar ou querer determinado objeto ou o objeto oposto, de ele próprio aprovar ou desaprovar tal conduta, mas simplesmente enuncia o fato de que uma ou várias pessoas desejam ou querem (KELSEN, 2006, p. 23)

Assim, torna-se visível que Kelsen não afasta definitivamente o juízo de valor da prática jurídica. Ao contrário. Primeiro, desloca a análise crítica para outras esferas da vida social e outras áreas do saber. Segundo, reconhece a existência de um vínculo necessário entre norma jurídica e valor, embora negue com veemência qualquer possibilidade de o aplicador questionar o conteúdo valorativo, porquanto esse deve ser realizado pela autoridade jurídica competente para produzi-las. Nesse sentido, reconhece também um vínculo estrutural (não substancial) entre direito e moral nos seguintes moldes:

a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma. [...]

Com efeito, o Direito constitui um valor precisamente pelo fato de ser norma: constitui o valor jurídico que, ao mesmo tempo, é um valor moral (relativo). Ora, com isto mais se não diz senão que o Direito é norma. (KELSEN, 2006, p. 74).

Um reforço a essa interpretação que busca aproximar o valor e a norma jurídica em Hans Kelsen, embora sequer isso seja necessário, é a circunstância de ele não diferenciar a norma jurídica da norma moral pelo caráter deontológico (dever-ser) de uma em oposição ao axiológico (valorativo) de outra. Consoante visto anteriormente, a distinção reside exclusivamente na forma como a sanção é empregada pelo direito (com auxílio, inclusive, da força física), em contraposição à moral (mera aprovação ou desaprovação social).

É essa a ideia do autor, embora não necessariamente todos concordem com Kelsen. Afinal, há normas morais que contam com certa coerção similar ou maior que a das normas jurídicas, cite-se, por exemplo, homicídio praticado por populares que repudiam certo atos imorais de sua vítima. Entretanto, a concepção de norma jurídica enquanto adoção de determinados juízos de valor que seriam relativos e passam a ser positivados parece inquestionável do ponto de vista racional. A principal dúvida é política consistente em quem será a autoridade jurídica que as emitirá, a qual deverá ser solucionada na aquela esfera.

Já a realidade social possui diversos papéis em sua teoria. Primeiro, quando a conduta humana ou o fato social é entendido como pernicioso para a sociedade, é pressuposto para uma coerção jurídica. Segundo, se a conduta humana é considerada positiva, pode eventualmente ser pressuposto de uma recompensa ou prêmio. Terceiro, as normas emanadas pela autoridade jurídica são, em tese, consideradas valiosas para a comunidade jurídica dos indivíduos. Quarto, para uma norma jurídica ser válida, precisa ter um mínimo de eficácia.

Esse rol não tem pretensão de ser exaustivo, mas meramente exemplificativo, demonstrando que a Teoria Pura do Direito não o desconecta da realidade. Apenas há de haver a mesma ressalva quanto a caber a outras fontes do saber e outras instâncias sociais a fixação dos fins a serem atingidos com a norma, incumbindo ao jurista ou aplicador apenas se ater à concretização das normas jurídicas postas, desde que isso seja minimamente possível. Para reforçar que Kelsen considera que as normas postas, em tese, guardam valores

considerados positivos pela autoridade jurídica à comunidade de indivíduos, segue transcrição:

A autoridade jurídica prescreve uma determinada conduta humana apenas porque – com razão ou sem ela – a considera valiosa para a comunidade jurídica dos indivíduos. [...] Não é apenas – e talvez não seja tanto – o interesse do credor concreto aquilo que é protegido pela norma jurídica que vincula o devedor ao pagamento: é antes o interesse da comunidade – apreciado pela autoridade jurídica – na manutenção de um determinado sistema econômico. (KELSEN, 2006, p. 35).

Por fim, a mais importante relação entre norma jurídica e os fatos é justamente a necessidade de ela possuir uma mínima eficácia mesmo para Hans Kelsen. Não há razão para considerar válida uma norma que nunca fora aplicada. Nesse sentido, por exemplo, a previsão do crime de adultério poderia e deveria já ter sido declarada inválida antes mesmo de sua formal revogação pelo legislativo. Infelizmente, não é essa uma prática da jurisprudência brasileira. De qualquer modo, segue transcrição da análise do jurista austríaco: “uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz” (KELSEN, 2006, p. 12).

Consoante se vê, as críticas ao excesso de formalismo da teoria de Kelsen não são exatamente as mais condizentes possíveis. Na verdade, sua teoria foi desenvolvida especialmente por ele buscar soluções neutras diante de uma circunstância que se impõe, qual seja, as pessoas lutam para moldar o conceito de direito e, por consequência, o conteúdo das normas jurídicas conforme seu pessoal ideal de justiça. Assim, é impossível que uma teoria que se afaste muito do normativismo de Kelsen consiga conferir alguma objetividade à ciência jurídica.

6 AS PROPOSIÇÕES E AS NORMAS JURÍDICAS

Duas estruturas lógicas básicas, mas – na essência – idênticas, podem ser utilizadas para demonstrar a forma da norma jurídica, a qual independe, portanto, de conteúdo, sendo chamada de proposição. Em Kelsen, assim, a norma positiva opõe-se à proposição, hipotética. Segue transcrição de suas diferenças:

As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas

jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinado. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos" (KELSEN, 2006, p. 80-81).

A primeira possibilidade de estrutura lógica da proposição consiste na expressão *se-então*, ou seja, *se* um dado pressuposto acontecer, *então* determinada consequência deve acontecer. O pressuposto pode ser uma conduta humana ou um fato social pernicioso ou indesejável, ao passo que a consequência seria uma conduta humana com um caráter geralmente de coerção. Para elucidar essa concepção, segue transcrição de Kelsen:

Visto que uma ordem jurídica é uma ordem de coação no sentido que acaba de ser definido, pode ela ser descrita em proposições enunciando que, sob pressupostos determinados (determinados pela ordem jurídica), devem ser aplicados certos atos de coerção (determinados igualmente pela ordem jurídica). Todo o material dado nas normas de uma ordem jurídica se enquadra neste esquema de proposição jurídica formulada pela ciência do Direito (KELSEN, 2006, p. 65).

Outra forma de enunciá-la seria pelo operador lógico *ou*, que ficaria da seguinte forma: *não* acontecer o pressuposto acima explicado *ou* a consequência jurídica deve acontecer. Estar-se-ia, assim, diante de uma proposição alternativa que seria idêntica ao *se-então*.

Esse esquema, entretanto, recebeu diversas críticas. Primeiro porque ele enfatiza o aspecto sancionador, desprezando ou relegando a um papel secundário consequências jurídicas que sirvam de recompensa ou estímulo, cada vez mais comuns nos ordenamentos jurídicos. Segundo, foi inicialmente proposta a substituição do operador *ou* por *e*, no que Kelsen considerou razoável a adoção da estrutura de proposição aditiva; posteriormente, recomendaram a utilização de *mas*, em vez de *ou*, tornando-a uma proposição adversativa.

Particularmente, essas questões surgidas na ciência jurídica que sugerem alteração na segunda forma de expressar a estrutura lógica não devem prosperar justamente por não haver maiores questionamentos sobre o padrão lógico do *se-então*. Assim, por a lógica ensinar que a expressão dela que é $P \rightarrow Q$ equivale a $\sim P \vee Q$ em termos práticos, deve prevalecer a

proposição alternativa. Assim, eventuais argumentos meramente retóricos de juristas de que a proposição aditiva seria melhor por incluir tanto o pressuposto quanto a consequência que se realizariam juntamente tornam-se absolutamente incorretos, assim como argumentação acerca da ideia de adversativa entre o pressuposto e a consequência expressar melhor a teologia da norma jurídica.

Explica-se melhor ao colacionar a tabela verdade das duas estruturas, demonstrando que são idênticas na conclusão, embora por elementos distintos, em termos lógicos. Para tanto, seguem os quadros:

$$p \rightarrow q \text{ (se ... então ...)}$$

P	Q	P → Q
V	V	V
V	F	F
F	V	V
F	F	V

$$\sim p \vee q \text{ (não ... ou ...)}$$

P	~P	Q	~P ∨ Q
V	F	V	V
V	F	F	F
F	V	V	V
F	V	F	V

De qualquer modo, independentemente de qual o modelo da fórmula lógica é a correta, observa-se que o mérito de Kelsen em iniciar um debate mais aprofundado sobre a estrutura formal das normas jurídicas, ou seja, sobre a proposição jurídica, foi enorme. Entretanto, uma ressalva há de ser feita referente à consequência, já que se pretende verdadeiramente hipotética, puramente lógica, deve realmente ser ela considerada enquanto um efeito qualquer determinado pela norma, seja sancionador ou promocional, consoante a crítica que fazem.

Na verdade, há de se questionar até se é conveniente a classificação entre sanção e promoção no que se refere à consequência jurídica determinada. Afinal, se uma ordem jurídica impuser uma consequência neutra, será ela desconsiderada enquanto jurídica por não coagir nem promover uma conduta social? Em Kelsen, a resposta é afirmativa. Entretanto, esse ponto acerca de uma possível neutralidade merece maiores aprofundamentos, sendo certo apenas que não é adequado focar o aspecto repressivo, especialmente diante do direito que se desenha atualmente como tendência para tempos vindouros.

7 A TEORIA PURA DO DIREITO E O NAZISMO

Quais, afinal, as reiteradas críticas que são feitas, de algum modo com razão, a sua teoria com manifestas repercussões práticas? Basicamente três. A primeira porque seria o positivismo jurídico incapaz de evitar atrocidades similares ao nazismo, quando formalmente sejam resguardadas pelo ordenamento jurídico, nem de puni-las. Segunda, teria sido a sua teoria adotada pelo regime nazista. Por fim, não teria Kelsen conseguido encontrar solução para punir os genocidas do referido período, após a redemocratização alemã.

A principal falha nessa argumentação consiste em considerar que as opiniões de Kelsen foram as vencedoras no período que antecedeu e manteve o regime nazista na Alemanha. Na verdade, Carl Schmitt e Hans Kelsen divergiram acerca de quem exerceria o controle de constitucionalidade, o Führer, representante do povo, ou uma corte constitucional, órgão necessariamente distinto, tendo prevalecido a opinião do primeiro. Esse debate se immortalizou nos livros “Guardião da Constituição” de Carl Schmitt e “Quem deve ser o guardião da Constituição” de Kelsen, resposta direta ao primeiro texto. Nesse sentido, cumpre destacar dois trechos da resposta de Kelsen (1930-31, p. 576-628) que sintetizam completamente o debate:

Apenas um ponto parece ter até agora ficado fora da discussão, parece ser uma noção de obviedade tão primária que quase não se considerou necessário salientá-la dentro do exaustivo debate que o problema da garantia constitucional suscitou nos últimos anos: o fato de que, caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado - particularmente do Parlamento e do governo -, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados.

[...]

O que mais admira, porém, é que o mesmo escrito, que pretende restaurar a doutrina de um dos mais antigos e experimentados ideólogos da monarquia constitucional - a doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, de Constant - e aplicá-la sem qualquer restrição ao Chefe de Estado republicano, tenha como autor o professor de direito público na Berliner Handelshochschule, Carl Schmitt

Assim, pela defesa da obviedade da existência de uma instância jurídica neutra e separada cujas decisões vinculariam os demais poderes constituídos que decidiriam, pode-se afirmar que efetivamente Kelsen estrutura seu sistema jurídico de tal forma que, com a finalidade de proteger efetivamente a Constituição, resguarda a Democracia.

Inclusive, enquanto Kelsen foi perseguido pelo nazismo, Schmitt foi festejado no regime político de exceção. Situação similar aconteceu na Itália fascista, que acolheu Santi Romano, opositor do positivismo ao molde kelseniano.

Assim, embora não se negue que o positivismo jurídico seria incapaz de evitar as atrocidades cometidas pelo nazismo, questiona-se, na verdade, se alguma teoria conseguiria. A única certeza que há é que não vigorava na Alemanha a concepção de Kelsen, tendo prevalecido as ideias defendidas por Carl Schmitt, mesmo com a advertência de Kelsen de que a concepção de controle político de constitucionalidade pelo presidente eleito em vez de um controle jurídico por profissionais em um tribunal levaria à ausência de imparcialidade em ações contra o governo ou ataques a minorias. Coincidência ou não, seus escritos ganham conotação quase profética, mostrando, no mínimo, que as acusações de vinculá-lo às consequências do regime nazista são equivocadas. Para demonstrar que Schmitt prevalecia na época, segue lição de Gilmar Mendes (2007, p. xii/xiii):

Vencedor do embate judicial realizado no caso "Prússia contra Reich", Carl Schmitt também ganhara, aparentemente, *a disputa intelectual sobre quem realmente deveria ser o guardião da constituição*.

Em decisão de 25 de outubro, o Tribunal do Estado negara-se a definir os limites da atuação do Presidente e de seu Chanceler. Ambos ficaram livres, assim, para agirem contra as poucas instituições democráticas de Weimar que ainda desempenhavam algum papel relevante no cenário político alemão de 1932.

Superadas as duas primeiras críticas, embora se reconheça a dificuldade de o normativismo jurídico (assim como qualquer outra teoria) evitar o nazismo, há de se discorrer

sobre a impossibilidade de punir os agressores na sua concepção neutra de Direito. Afinal, as normas jurídicas da época nazista validariam as práticas genocidas e criminosas da época.

Ora, essa solução não é difícil para Kelsen. Afinal, quem diz que as normas penais não podem retroagir na Alemanha? A Constituição? Bastava modificá-la, portanto. Lembrem-se de que os conteúdos das normas jurídicas são definidos politicamente. Assim, qualquer consequência indesejada nelas enseja mera modificação política que repercutirá posteriormente no campo jurídico.

Assim, embora não tenha mecanismos desenvolvidos na teoria de Kelsen para combater especificamente regimes similares ao nazismo, também não há qualquer ponto que os ratifique ou possibilite de forma especial, tendo sido sua teoria inclusive afastada e perseguida em tal período na Alemanha, ainda que eventualmente genocidas a tenham usado em defesas posteriormente.

Inclusive, suas críticas à teoria de Carl Schmitt, jurista que prevaleceu antes e durante o nazismo, denotam a característica democrática do pensamento de Kelsen, especialmente quando unidas suas concepções políticas e jurídicas.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a divisão de tarefas entre a autoridade jurídica produtora das normas jurídicas que favoreceriam a comunidade jurídica de indivíduos e o aplicador delas é necessária do ponto de vista da racionalidade jurídica; aqui, a princípio, não parece haver vedação de unificação no mesmo órgão. Entretanto, numa perspectiva política de Kelsen, vê-se que é recomendável a separação de poderes, o que promove maior estabilização da democracia e maior segurança aos direitos fundamentais, porquanto limita-os ao fixar a margem que a cada um compete.

A autoridade jurídica criadora de normas estaria limitada por algum direito posto mínimo, especialmente a Constituição, ao passo que o aplicador estaria restringido pelas normas jurídicas validamente postas por aquela. Entretanto, obviamente, nem todas as situações estariam previstas nem as normas são claras, o que deixa uma moldura para o

aplicador decidir em casos difíceis ou duvidosos. Assim, em estados democráticos regidos por uma Constituição que garanta a democracia e os direitos fundamentais, especialmente como cláusulas pétreas, sua teoria demonstra-se amplamente benéfica por evitar que chefes do executivo ditadores, legisladores tiranos ou juízes antidemocráticos tenham sucesso.

Noutro giro, em um regime de exceção respaldado em uma Constituição antidemocrática e violadora de direitos fundamentais, torna-se indispensável derrubá-lo politicamente porque a sua teoria jurídica sequer questionará o conteúdo das normas, apenas as aplicará.

Assim, ao menos na atual circunstância brasileira, os adeptos de Hans Kelsen devem estar imunes a qualquer pretensão de qualificá-los como antidemocráticos. Afinal, o conteúdo da nossa Constituição é claro, criando diversos mecanismos, inclusive, para assegurar a manutenção da Democracia, ainda que contra a vontade dos detentores do poder político. Portanto, provavelmente em um sistema similar ao brasileiro, precisar o aplicador recorrer a outras ciências, a exemplo da economia, sociologia, filosofia ou ciência política, é temerário para não dizer autoritário mesmo.

Entretanto, uma vez instaurado um regime ditatorial com alteração de todo o ordenamento jurídico, dificilmente um juiz que não aplique as diretrizes do governo permanecerá no cargo, vivo ou morto sairá. Assim, é mesmo questionável que alguma teoria seria capaz de evitar o seu avanço.

De qualquer modo, sua concepção jurídica sequer pretende afastar, a princípio, violações à democracia e aos direitos fundamentais sob o argumento de que tudo isso seria relativo. Haveria, afinal, Estados que não os adotam, existiriam pessoas que não aceitam sua existência e ainda consideram sinceramente suas ideias corretas. Assim, como poderia o Direito impôr tal decisão pela Democracia objetivamente? De jeito nenhum. Portanto, elas seriam feitas pela política, não pela ciência jurídica.

De algum modo, embora reduza a possível proteção à democracia e aos direitos fundamentais, ele está certo. Afinal, historicamente, diversos ordenamentos jurídicos podem ser considerados atualmente injustos, mas na época, sob determinada cultura, certas pessoas os entendiam corretos. E qual seria, desse modo, o porto seguro para estabelecer o conteúdo

do direito? Daqui a décadas provavelmente o conteúdo das normas jurídicas atuais será considerado absurdo. Entretanto, talvez as contribuições de Kelsen para compreensão da ciência jurídica permaneçam e possibilitem uma análise política melhor de quem deve ser a autoridade jurídica e quais devem ser os seus limites, o que, assim, assegurará um sistema jurídico adequado aos fins sociais desejados, inclusive com a proteção de uma verdadeira democracia e de seus correspondentes direitos fundamentais. Afinal, o primeiro ponto para solucionar problemas é conhecer a realidade, com suas qualidades e defeitos. E parece que Kelsen, do ponto de vista histórico, está mais correto do que errado no seu relativismo.

REFERÊNCIAS

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** / Hans Kelsen ; tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. "Wer soll der Huter der Verfassung sein?" in **Die Justiz**. 1930-31, Heft 11-12, vol. VI.

MENDES, Gilmar. Apresentação. In: SCHMITT. Carl. **O guardião da Constituição** / Carl Schmitt; tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. - Belo Horizonte: Det Rey, 2007.

SCHMITT. Carl. **O guardião da Constituição** / Carl Schmitt; tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. - Belo Horizonte: Det Rey, 2007.