

A POSIÇÃO FILOSÓFICO-JURÍDICA DE KELSEN

WALTER BRUNO DE CARVALHO

SUMÁRIO : I — A pureza metódica. II — Kelsen e o Direito Natural. III — O positivismo jurídico de Kelsen. IV — O relativismo kelseniano. V — A pirâmide do Direito. VI — Direito e Estado. VII — O Direito Internacional. VIII — Conclusão.

I

A PUREZA METÓDICA

O Direito é ciência social; é técnica de vida em sociedade. Daí o brocardo — “UBI SOCIETAS, IBI JUS”.

Os jusfilósofos, estudando-o procuram explicá-lo através do elemento da sua preferência, que a afetividade determina e supervaloriza. Temos, então, as diversas doutrinas, exclusivistas, convencida cada qual de deter sòzinha tòda a verdade.

Uma toma o fator econômico e sòbre êle ergue majestosa construção; outra escolhe o elemento histórico, para nele tudo fundamentar; esta elege o fato psicológico e com êle quer responder a todos os porquês; aquela se apega ao dado sociológico e pretende assim esclarecer tòdas as dúvidas filosófico-jurídicas.

Para KELSEN tais elementos são estranhos ao Direito e êle os considera todos meta jurídicos, pois estão além das cogitações a que se deve entregar a verdadeira Ciência do Direito. Esta trata do direito positivo, aquêle que é e não o que deve ser.

Preconiza pureza metódica, em virtude da qual o jusfilósofo há de prescindir dos conceitos sociológicos, psicológicos, éticos, políticos, etc., de que é costume servir-se.

Se a teoria se qualifica pura, “é porque pretende garantir um conhecimento dirigido sòmente para o Direito, e porque pretende eliminar deste conhecimento tudo o que não pertence ao objeto exatamente assinalado como Direito. Vale dizer: “quer livrar Ciência Jurídica de todos os elementos estranhos.” (1)

KELSEN delimitou bem o campo do Direito e, isolando o direito positivo do direito justo e do direito possível, terminou por fazer do primeiro uma bem armada estrutura lógico-formal, cons-

(1) H. KELSEN — *La Teoria pura del Derecho*, pág. 25.

tituída de "verdadeiros vasos ou recipientes nos quais se pode depositar qualquer conteúdo", conforme nota HERNANDEZ (2)

O método puro, bem aplicado, deve conduzir à completa independência do jurídico, como objeto de conhecimento científico, independência esta que KELSEN defende, consoante assinala HAESAERT (3), contra duas tendências: "de uma parte contra a concepção sociológica que pretende estudar o direito, segundo as regras do método causal, como um dado natural; de outra parte, contra direito natural, que entende de submeter o direito a postulados morais e políticos."

II

KELSEN E O DIREITO NATURAL

A teoria pura do Direito é antiideológica e procura eliminar da exposição do Direito Positivo tôda a espécie de ideologia jusnaturalista em tórno da Justiça. (4)

O dualismo Direito Natural - Direito Positivo corresponde ao contraste entre o "ser" o "dever ser", entre o Bem e o Mal, entre o terreno e o celeste. O jusnaturalismo pertence ao mundo da aspiração e, por isso mesmo, escapa ao conhecimento rigorosamente científico.

Aliás, DABIN entende, também, que "il n'existe pas de droit naturel juridique, au sens de solutions ou même de simples directives données d'avance à autorité chargée de l'établissement de la loi civile selon le bien public." (5) Para êle existem "princípios gerais do direito", comumente aceitos pelas leis de países do mesmo nível de civilização. Mas tais princípios, que são muito heterogêneos, misturados com regras de moral, de bom senso e de utilidade social, não poderiam ser levados à conta do Direito Natural, por lhes faltar os caracteres de necessidade e de universalidade inerentes à idéia de natureza.

KELSEN acusa o jusnaturalismo de estar impregnado de juízos de valor, que lhe tiram tôda a possibilidade de constituir objeto de ciência.

As teorias do Direito Natural não conseguiram ainda definir o conteúdo da ordem jurídica justa. O que tem sido considerado como direito natural, são, em sua maior parte, "fórmulas vãs" como "suum cuique", ou "tautologias sem sentido, como

(2) R. P. HERNANDEZ — *Lecciones de Filosofia del Derecho*, pág. 46.

(3) J. HAESAERT — *Théorie générale du Droit*, pág. 48-49.

(4) H. KELSEN — ob. cit., pág. 67.

(5) J. DABIN — *Théorie générale du Droit*, pág. 221.

imperativo categórico, que permitem que qualquer ordem jurídica positiva apareça como justa." (6)

Os princípios do Direito Natural ora justificam, ora atacam o Direito Positivo. Em nenhuma destas atitudes a doutrina jusnaturalista se interessa pelo conhecimento científico do Direito (7). Aliás, HAESAERT comenta que «le droit naturel constitue en somme une réaction émotive pour ou contre l'ordre existant.» (8)

III

O POSITIVISMO JURÍDICO DE KELSEN

«La justicia, assevera KELSEN, es un ideal irracional. La afirmación corriente que hay en verdad una cosa llamada justicia, pero que no puede ser claramente definida, es en si misma una contradicción» (9)

A teoria pura do Direito não se preocupa, pois, com legitimar ou desqualificar o direito positivo; estuda-o como êle é. Não é valorativo; é realista. (10)

KELSEN desejou elaborar uma ciência jurídica tão sólida, que se pudesse equiparar às ciências naturais. A proposição — "se alguém roubar, será punido" — reivindica, comenta HAESAERT, num sistema de direito positivo, validade tão grande como a proposição: «Quando um corpo é aquecido, êle se dilata.» (11)

O filósofo de Viena souve realmente manter-se dentro do seu positivismo jurídico, não passando nunca às especulações metafísicas do Direito.

IV

O RELATIVISMO KELSENIANO

KELSEN não nega nem afirma a existência de conceito eterno e imutável do Direito ou da justiça, porque tal cogitação não pode ser considerada científica: é metafísica, é meta, jurídica.

Para êle, o Direito não é fim em si; é categoricamente um meio.

(6) H. KELSEN — *La teoria del Der. y la Filosof. de la Justicia*, pág. 212

(7) H. KELSEN — *ibid.*, pág. 213.

(8) J. HAESAERT — *ob. cit.*, pág. 280.

(9) H. KELSEN — *La teor. del Der. y la Fil. de la Justicia*, pág. 214.

(10) H. KELSEN — *La teoria pura del Derecho*, pág. 43.

(11) J. HAESAERT — *ob. cit.*, pág. 49.

Fiel à técnica Kantiana, constrói o objeto do conhecimento jurídico, estrutura lógica, cujo conteúdo, segundo comenta BODENHEIMER, "duede cambiar cada dia se así lo deciden aquellos a quienes se ha confiado el poder de hacer normas". (12).

Aliás, é o próprio KELSEN quem confessa, no prefácio da "TEORIA PURA DO DIREITO" (Introdução à problemática científica do Direito), que a sua doutrina tem sido havida, conforme os interesses políticos em jôgo, como liberal-democrática, fascista, bolchevista, católica, protestante e mesmo atéia. Mas isto prova precisamente a sua "pureza", diz o filósofo, melhor do que ela mesma poderia fazê-lo. (13).

Observado do ponto de vista especificamente jurídico, o Direito é a forma do ordenamento estatal, com todos os seus possíveis conteúdos. O seu exame deve fazer-se, exemplifica HERNÁNDEZ, como o de uma arma de fogo, que é boa ou má, independentemente do fim a que se destina — legítima defesa, esporte da caça ou mesmo assassinato. (14).

Eis aí o relativismo perigoso a que chegou KELSEN, movido pelo desejo ardente de elaborar uma ciência jurídica com a solidez das ciências naturais. Bem escreveu HAESAERT, comentando a doutrina do jusfilósofo: "Il y a la comme une jalousie de savant qui, aveuglé par un amour excessif de son objet, se laisse aller à l'extravagance." (15).

V

A PIRÂMIDE DO DIREITO

Para KELSEN, o Direito é um ordenamento coativo exterior. Vê nêle técnica social capaz de moldar a sociedade.

Aliás, nisso seu pensamento se assemelha ao de STAMMLER, que define o Direito como regra exterior autárquica, válida, mesmo violada, e apta para condicionar até mesmo a vida econômica.

Assim expõe KELSEN, em interessante ensaio: "El ordenamiento jurídico de un estado es, de esta suerte, un sistema jerárquico de normas jurídicas. Haciendo una burda simplificación, éste puede presentarse en el siguiente esquema: su parte inferior está constituida por las normas individuales creadas por los órganos de aplicación del derecho, especialmente los tribunales. Estas normas individuales depeden de las leyes, que son las normas "generales creadas por el legislador, y de las reglas del derecho consuetudinario; unas y otras forman la capa o estrato inmediato superior del orde-

(12) E. BODENHEIMER — La teoria del Derecho, pág. 813.

(13) H. KELSEN — La teoria pura del Derecho, pág. 21.

(14) R. P. HERNÁNDEZ — ob. cit., pág. 138.

(15) J. HAESAERT — ob. cit., pág. 50.

namiento jurídico. Estas leyes e y las reglas del derecho consuetudinario dependen, a su vez, de la constitución, que forma la capa más alta del ordenamiento jurídico, considerado como sistema de normas jurídicas positivas. Las normas "positivas" son normas creadas por actos de seres humanos. Las normas que pertenecen a una capa más baja derivan sua validez de las normas que se encuentran en el nivel inmediato superior. En cambio, las normas que se encuentran en la capa más alta, las normas constitucionales, no reciben su validez de ninguna norma jurídica positiva, sino de una norma fundamental hipotética." (16)

Vê-se aí a rigorosa construção lógica de KELSEN: a PIRÂMIDE JURÍDICA, em cujo ápice se encontra a norma fundamental.

Com esta última se relacionam próxima ou remotamente, tódas as outras normas. Mas, segundo nota HAESAERT, tais relações não são apenas hierárquicas; são também de natureza causal, porque "dans l'ordre juridique les règles, de degré en degré, s'engendrent: elles appliquent les règles antérieures et en créent de nouvelles." (17)

A norma fundamental ordena que cada qual se comporte conforme o ordene a autoridade jurídica, qualquer que seja: "OBEDECE AO LEGISLADOR ORDINÁRIO". E' mandamento que se nos impõe, à maneira do imperativo categórico de KANT.

E' característica da doutrina kelseniana a coação como nota essencial do jurídico, embora KELSEN reconheça que nem sempre é o temor da pena ou a execução que determinam a obediência ao Direito. Motivos religiosos e morais e conveniências sociais provocam freqüentemente, a concordância entre Direito e Realidade. (18)

HAESAERT, já muitas vêzes citado, considera a sanção excepcional — "remède héroïque" — que só se ministra quando a ordem jurídica é perturbada.

De qualquer forma, não se pode negar, sem grave injustiça, a valiosa contribuição de KELSEN para a verdadeira Ciência do Direito. A norma fundamental, conforme bem salienta COSSIO, "nos da el ordenamiento de una pluralidad, o sea la reducción de una pluralidad a unidad totalidad), supuesto lógico del conocimiento científico." (19). E' sem dúvida, grande mérito.

VI

DIREITO E ESTADO

Um dos pontos importantes da teoria kelseniana é a identificação, que faz, do Estado e o Direito.

(16) H. KELSEN — Los juicios de valor en la Ciencia del Der., n.º VIII.

(17) J. HAESAERT — ob. cit., pág. 442.

(18) H. KELSEN — *La teoría pura del Derecho*, pág. 59.

(19) C. COSSIO — *La plenitud del ordenamiento jurídico*, pág. 68.

Combate o mestre da Escola de Viena o tradicional dualismo, que êle considera "lógicamente insustentável", pois não tem "significado teórico, mas somente ideológico". (20).

Com efeito, o objetivo dos que representam o Estado como pessoa distinta do Direito consiste em tornar possível que êste justifique àquele. Ora, justificação ou legitimação é assunto da Ética e da Política e não da verdadeira ciência jurídica, que se deve abster de juízos valorativos, sob pena de desnaturar-se.

Todo o Estado tem que ser forçosamente estado de direito e o Direito é a forma do ordenamento estatal.

"Na opinião de KELSEN, assinala BODENHEIMER, o Estado é "uma espécie de rei Midas, que converte em Direito tudo quanto toca". (21). Eis aí conceito deveras valioso para os déspotas.

De outra parte, se o direito, como sistema de normas, é forma de manifestação da atividade estatal, não se deve por isso confundí-lo com o Estado, pois segundo comenta ORLANDO M. CARVALHO, êles "constituem duas realidades distintas, inidentificáveis, como não se pode identificar a pessoa humana com o sistema nervoso, apesar da importância dêste na vida do organismo." (22).

VII

O DIREITO INTERNACIONAL

KELSEN não se limitou apenas a combater o dualismo Direito-Estado. Quis, também, eliminar, de vez, o dualismo Direito Nacional-Direito Internacional, reduzindo-os ambos à unidade geoseológico-jurídica. E nessa unificação, que dissolveu teòricamente o dogma da soberania, segundo êle mesmo o declara (23), vemos o Direito Internacional sobrepôr-se ao Direito Nacional.

"Na realidade, escreve J. SETTE CÂMARA FILHO, não há uma subordinação hierárquica entre as duas ordens jurídicas. O que existe é uma relação de derivação". (23).

De fato, as ordens jurídicas estatais singulares encontram sua validade no Direito Internacional consuetudinário geral. Pouco importa que, históricamente, êste lhes tenha sucedido.

Argumenta o jusfilósofo que também a família é mais antiga que o estado centralizado, o qual compreende muitas famílias; e, apesar disso, é na ordem jurídica do Estado que se funda a validade da ordem jurídica familiar. Acrescenta que o mesmo se dá em relação

(20) H. KELSEN — *La teoria pura del Derecho*, pág. 152.

(21) E. BODENHEIMER — *ob. cit.*, pág. 117.

(22) O. M. CARVALHO — *Resumos de Teoria Geral do Est.*, I, pág. 35.

(23) J. SETTE CÂMARA FILHO — *Hans Kelsen e a teoria pura do D. Int.*, pág. 105.

aos estados-membros e o estado federal, que, embora posterior no tempo, lhes tem prioridade jurídica. “Não se deve confundir, adverte KELSEN, a relação histórica com a relação lógico-normativa”. (24).

A unidade gnoseológica de todo o Direito conduz necessariamente à idéia da ordem jurídica mundial centralizada, ao estado federal universal, sonho de tantos juristas e filósofos. Neste o Direito Internacional seria enfim excluído das relações entre os estados-membros, para ser substituído pelo Direito Nacional do estado mundial. (25).

VIII

CONCLUSÃO

Resumindo, poder-se-á dizer que a teoria de KELSEN constitui forte reação contra o sociologismo e o jusnaturalismo.

Preconizando o método especificamente jurídico, procurou o filósofo da Escola de Viena depurar o Direito de todos os elementos estranhos, metafísicos e meta-jurídicos. Delimitou rigorosamente o objeto do conhecimento, ou melhor primeiramente o construiu, para depois estudá-lo.

Afastando o problema moral, caiu no relativismo jurídico. Repudia os juízos de valor, por serem subjetivos e acientíficos.

Normativista autêntico, vê no Direito um sistema de normas, das quais a fundamental é pressuposta, hipotética.

Monista, identificou o Direito e o Estado e se insurgiu contra o dualismo Direito Nacional — Direito Internacional.

Supervaloriza KELSEN a coação como nota essencial do jurídico. Aliás, pensa que “a força e o direito não se excluem mutuamente. O Direito é uma organização da força” (26).

Proclama a irracionalidade do ideal da Justiça. Mas cumpre não esquecermos a ponderação de KUNZ a propósito da política jurídica: “Sejam os valores, filosoficamente falando, meras ilusões, sejam êles objetivos, eternos, auto-evidentes, ou então subjetivos ou relativos, seja a justiça uma concepção completamente irracional e emotiva, inacessível ou não à razão humana, o fato é que os valores representam o papel máximo na vida individual, nacional e internacional”. (27).

(24) H. KELSEN — *La teoría pura del Derecho*, pág. 172.

(25) H. KELSEN — *La paz por el Derecho* (ensaio), pág. 272.

(26) H. KELSEN — *La paz por medio del Derecho*, pág. 33.

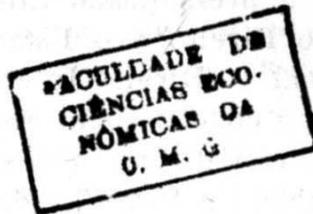
(27) J. L. KUNZ — *La jurisd. intern. oblig. y el manten. de la la paz*, pág. 234.

Embora afirme, reiteradas vezes, que a sua doutrina é antiideológica, Kelsen declara, afinal, que “a Teoria Pura do Direito, ao assegurar a unidade gnoseológica de todo o Direito pela relativização do conceito do Estado, proporciona um suposto não insignificante para a unidade organizada de uma ordem jurídica mundial centralizada”. (28).

Eis aí a confissão expressa e inequívoca de que, apesar de tudo, e sua Ciência do Direito não é enfim tão pura, antiideológica e formal, pois visa ao estabelecimento de uma ordem jurídica universal.

Aliás, tem razão o Professor CARLOS CAMPOS, quando afirma que mesmo “nas concepções mais formais e de maior generalização, estão os interesses vitais dos homens como que projetados e organizados adequadamente, com sentido profundamente político, teleológico, para a sua realização mais perfeita”. (29).

Parece-nos que a concepção kelseniana não escapa também a esta justa observação, feita pelo ilustre professor de Filosofia do Direito.



(28) H. KELSEN — *La teoria pura del Derecho*, pág. 200.

(29) C. CAMPOS — *Sociologia e Filosofia do Direito*, pág. 270-7.