

JUSTIÇA E POSITIVISMO¹ NO PENSAMENTO DE HANS Kelsen

Oscar Ivan Prux ²

Resumo: O presente artigo contém breve biografia de Hans Kelsen e se dedica, precípua e substancialmente, a abordar o pensamento, as formulações teóricas e a doutrina desse eminente jurista. Nesse contexto, apresenta-se em especial, as considerações relacionadas ao juspositivismo, ao jusnaturalismo e a própria questão de identificar o que são o direito e a justiça. Com destaque para a denominada Teoria Pura do Direito que destacou Kelsen no cenário mundial, apresenta-se seu conteúdo e sua relação com a lei, o direito e à justiça nos tempos atuais (incluindo a jurisprudência). Por derradeiro, se conclui com apreciações críticas (favoráveis e desfavoráveis) ao pensamento de Kelsen e com a afirmação da certeza da importância de estudar o pensamento desse doutrinador que conseguiu imortalizar suas idéias.

Palavras Chave: Justiça. Juspositivismo. Jusnaturalismo. Normativismo jurídico. Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Sumário: 1. Considerações gerais. 2. Questão preliminar. 3. O juspositivismo de Kelsen em contraposição ao jusnaturalismo. 4. O normativismo jurídico e a teoria pura do direito de Kelsen. 5. O problema da justiça no pensamento de Kelsen. 6. Considerações finais.

¹ Já em primeiro momento, faz-se necessário alertar que o positivismo que será estudado neste trabalho restringe-se ao relacionado com o pensamento jurídico de Hans Kelsen e não se vincula com obra de Auguste Comte (o autor da denominada filosofia positiva, com a teoria da “lei dos três estados”).

² Doutor em Direito e coordenador do curso de Direito da Universidade Norte do Paraná - UNOPAR

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.



ideal de justiça tem sido perseguido pela humanidade desde tempos imemoriais. Esse processo alcançou maior significação a partir do momento em que as pessoas tomaram consciência de que o uso puro e simples da força física ou da força de armas para resolver os conflitos, além de não ser legítimo, também não representava contributo para a sociedade (a cada vingança privada praticada, o grupo social passava a conviver com, no mínimo, dois lesados). Já nos primeiros tempos das civilizações Mesopotâmicas se manifestava a consciência da existência de um Poder central ou de formas de Estado (mesmo que não instituído e constituído/construído como temos atualmente), os quais, em parte, retiravam da esfera do desforço pessoal à resolução de litígios. Os tempos de Dracon e de Sólon na Grécia antiga estabeleceram o fim da *vindita* (a vingança privada) deslocando esse, que ainda continuava a ser um direito, para a esfera da ordem pública. Assim, o fazer justiça com as próprias mãos, embora ainda permitido, necessitava da chancela e do respeito aos limites estabelecidos pelo Estado.

No período do Império Romano, que tanta contribuição trouxe para as instituições jurídicas, aconteceram largos passos no sentido de criação de normas jurídicas amparadas por um arcabouço teórico do direito e de haver uma formalização quanto à prática na aplicação da justiça. Incluía-se nesse contexto, a legislação e as instituições, já em formato mais assemelhado ao que conhecemos nos tempos atuais. Entretanto, razões práticas estabelecidas em prol do intento da dominação (Roma foi um império conquistador/dominador) fizeram com que as concepções de “lei”, “direito” e “justiça” fossem praticamente iguais. Essa singular proposição produzia simplificação que tornava mais fácil em Roma (e nos povos conquistados), en-

contrar a decisão para a solução de conflitos, mesmo que não necessariamente de modo mais adequado ou “justo” (realmente). Acolhendo a “lei” e o “direito” como sinônimos, bastava aplicá-los para, naqueles tempos, encontrar o que significava “justiça”. A preocupação retomada de tempos mais antigos era primordialmente com a ordem e secundariamente com a justiça. Vigorava um processo de simplificação, na medida em que existia a aceitação de que todo o direito estava contido na lei e a pura e simples aplicação dela representava justiça.

Esse cenário começou a mudar quando Roma adotou a religião católica (e se manteve mesmo depois da queda dele, passando pela Idade Média e alcançando o início da Idade Moderna). Conceber-se o que é “justiça”, então, ganhou conotações diferentes, impregnadas pelas concepções religiosas. Inclusive, é inolvidável para essa época, o destaque para a aceitação das idéias de existência de uma ordem natural e uma ordem providencial. Ou seja, a natureza seria origem e razão de tudo (a tudo determinava), mas ela era fruto de uma ordem providencial, estabelecida por Deus para a felicidade dos seres humanos. Deste modo, ao Senhor Feudal na Justiça Comum e aos religiosos nos Tribunais do Santo Ofício, apenas cabia revelar para a população as ordens divinas e aplicá-las, alcançando assim o que consideravam justiça (fórmula que apoiava ao despotismo). A chegada da Idade Moderna acirrou esse debate que permanece atual. Desse modo, Hans Kelsen, um exímio e dedicado estudioso das obras de Platão, mas tido igualmente como adepto muito influenciado pelos ensinamentos de Immanuel Kant³, também buscou perscrutar esse universo, no sentido de encontrar a autêntica definição do que é “justiça”. E ele o fez, não apenas por prazer intelectual, mas naturalmente pelo desiderato não velado de, pela fundamentação consistente de suas idéias, influenciar a jurisprudência. Para trilhar essa senda, o mencionado autor nunca se afastou da análise do que para ele é

³ MELLO, 2010, p. 28.

o “direito”, tanto é que sua obra mais conhecida e reconhecida se chama *Teoria Pura do Direito*.

Seguindo nessa linha de raciocínio e retomando essa breve reminiscência histórica, reitera-se que o direito existe desde o momento em que a convivência social se acentuou. Trata-se de um fenômeno reconhecido em todas as sociedades, independente da época e até nas mais carentes de civilização, pois mesmo nelas é possível identificar fórmulas e formas estabelecidas para regular as relações sociais. O direito, portanto, é produto da vida em sociedade e existe reconhecidamente. Existe e instiga à investigação como fenômeno a ser identificado e conhecido, seja no intuito de ser compreendido, seja com o objetivo de ser aperfeiçoado e melhor servir aos seres humanos. Afinal, desde tempos imemoriais, a geração do direito e sua aplicação prática, além de serem objeto de estudos, têm se imbricado com o ideal e a necessidade de justiça para a pacificação social⁴. Essa sempre foi uma condição incentivadora para os trabalhos de doutrinadores e daqueles que possuem a tarefa de definir regras sociais que devem ser obedecidas ou de exarar e aplicar decisões nessa área. Ao longo do tempo, inúmeros pensadores se dedicaram a esse tipo de estudo e produção teórica, havendo aqueles cuja relevância, independente de se concordar ou não com as suas idéias, deve-se conhecer. Hans Kelsen sempre foi um deles ao longo de sua trajetória intelectual, na qual teve reconhecida⁵ sua genialidade. Apoiado ou criticado em suas concepções, trata-se de um doutrinador que foi Magistrado, portanto, também aplicador do direito e pessoa encarregada de, através de duas decisões judiciais, apli-

⁴ Não tomada levando em consideração a qualidade da decisão, mas sim, no sentido de haver uma decisão para o conflito havido no meio social, seja entre pessoas, seja entre o indivíduo e a coletividade quando alguma regra é desrespeitada.

⁵ Colocado entre nomes que vão desde os clássicos de Platão e Aristóteles e alcançam doutrinadores extremamente conceituados do porte de John Rawls, Miguel Reale, Immanuel Kant, Herbert L. A. Hart, Alf Ross, Robert Alexy, Norberto Bobbio, dentre outros.

car e trazer justiça aos casos concretos que lhe foram submetidos. Seu trabalho doutrinário, mesmo quando objeto de discordância por parte de juristas, normalmente tem reconhecidas as qualidades que revelam um pensador minucioso, racional, com elevada capacidade de abstração e, principalmente, muito lógico.

Neste modesto trabalho a que nos dedicamos agora, sem descurar do pensamento de Kelsen como um todo, as concepções de “positivismo” e de “justiça” serão os objetos primordiais. Adverte-se, entretanto, que essa não é tarefa simples de ser realizada em espaço tão singelo, na medida em que Kelsen deixou um legado que é calculado em mais de 620 títulos e se lançou por áreas diversas um tanto distintas do direito, tais como, a filosofia, o estudo da democracia, da Teoria Geral do Estado, dentre outras. Mas antes de examinar o que é justiça segundo o pensamento do mencionado autor, comecemos pelo exame preliminar da sua concepção de “direito”. E nesse sentido, primeiramente revela-se válida a constatação de que toda área do conhecimento tem de superar o questionamento se possui ou não, um objeto próprio para que possa ser qualificada como ciência; o mesmo acontece com o direito. Ser ciência, afirma-se, exige objeto próprio (distinto das demais ciências) e isto é reconhecido. Mas, enfim, o que é, efetivamente, o direito? ⁶ Assim como muitos outros teóricos, Kelsen intentou mostrar respostas a essa pergunta e sua vasta e notável criação doutrinária granjeou destaque inegável. Sua obra mais famosa, denominada *Teoria Pura do Direito*, foi publicada em 1934 e traduzida para a quase totalidade das línguas faladas neste século. Nela se percebem concepções originais, mas não totalmente isentas das influências das idéias de outros pensadores (a

⁶ Assim como existe a dificuldade de saber o que é direito, desde tempos quase imemoriais, se discute nos meios jurídicos se lei, direito e justiça são diferentes ou iguais (e em qual medida), debate que apesar de milenar, ainda não se encerrou com pacificação de entendimento. Logo, saber o que é direito ainda é uma questão de intensa atualidade.

exemplo de Platão, Immanuel Kant, etc.); tudo acrescentado das naturais influências advindas dos ambientes em que esse autor viveu, conviveu e traçou sua história de vida. Kelsen nasceu no ano de 1881, na cidade de Praga, (Império Austro-hungaro) e faleceu em 1973, na cidade de Berkeley, EUA. Na sua vasta e qualificada produção científica, sobressaem seus conhecimentos enciclopédicos, especialmente nas áreas da filosofia, da sociologia e do direito. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferrar Jr., em texto no qual diz da atualidade e importância de ler os escritos de Kelsen (mesmo quando já se vive um novo milênio), está transcrita uma trajetória de vida difícil, em razão desse ilustre jurista ter vivido na Áustria e na Alemanha⁷ e ter pertencido à intelectualidade judaica em pleno Século XX. Ele pertenceu ao denominado “Círculo de Viena” ou “Escola de Viena” no que tange ao direito, grupo que reunia intelectuais cujo pensamento nem sempre coincidia com as concepções reinantes à época. Ou seja, sua vida pessoal foi marcada por esse contexto um tanto delicado que perdurou até ele buscar exílio nos Estados Unidos da América para se refugiar da perseguição nazista. Mas eventuais vicissitudes não o impediram de ter sido juiz de direito da Corte Constitucional da Áustria (1921 a 1930) e ser reconhecido como autor intelectual da Constituição Republicana austríaca⁸.

Como tem sido natural, os escritos de Kelsen se caracterizaram por amearhar apoios e críticas, mas dificilmente um estudioso da ciência jurídica os tratou ou trata com indiferença. Essa característica de representar espécie de “divisor de águas” para o direito, ressalta a importância de estudar o pensamento do mencionado doutrinador, mesmo depois do surgimento das tecnologias que atualmente impelem a sociedade da informação e de todo o processo de globalização. A razão é que a vida e o direito possuem um curso próprio, que não os dissocia,

⁷ COELHO, 2011, p. 13

⁸ idem

afasta ou faz desaparecer, permitindo que idéias como as de Hans Kelsen ainda mantenham a atualidade que instiga para a reflexão e recomenda para o debate.

2. QUESTÃO PRELIMINAR

Quando se intenta estudar determinada corrente de pensamento ou a construção intelectual individual de algum doutrinador, a tendência é fazer uma análise crítica que direcione para o acolhimento (adesão) ou para a discordância em relação ao conjunto de idéias por ele propostas. Entretanto, é fundamental observar primeiro, sobre quais fenômenos ou, objetivamente, sobre quais espécies de elementos da vida ele se debruçou e o que buscou. E quando se faz essa tomada de consciência em relação às idéias de Kelsen, em especial no tocante a definição de “justiça”, de “direito” e ao que é considerado como *normativismo jurídico* (com o qual o referido doutrinador é identificado), vê-se que ele não se resumiu ou priorizou exatamente um juízo de valor sobre o que seria melhor ou pior para sociedade. Há na “teoria pura do direito” um sentido marcadamente descritivo (até por isso, frequentemente, objeto de críticas fundadas no fato da obediência incontestada da lei, abrir a possibilidade de representar um “direito” à injustiça).⁹

Certo é que ao fazer análises e laborar com teorias, é quase impossível um doutrinador deixar de tecer considerações que, mesmo de forma indireta, remetem para o que ele preconiza como melhor para sociedade. Há, então, mesmo que apenas de forma implícita um sentido de receber aceitação que possa produzir um resultado prático no contexto social. E Kelsen, indubitavelmente, buscou com suas teorias influenciar a jurisprudência. Na sua obra, percebe-se, então, a preocupação de identificar um “direito” e uma “justiça”, com olhos de jurista. Para esse desiderato, prepondera no seu pensamento o sentido

⁹ SIMON, 2001, p. 39 a 66

de afastar elementos não-jurídicos, abstraindo desse conhecimento, tudo aquilo que é advindo das demais ciências (principalmente as sociais) e que costumam impregnar esses conceitos. Transparece um esforço em prol da neutralidade (autêntica pureza) metodológica em relação ao conteúdo das normas, mesmo quando esses fenômenos, na prática, são indissociáveis das noções de direito, justiça ou injustiça. A guisa de exemplo, observe-se que Kelsen afirmou:

“A Teoria Pura do Direito limita-se a uma análise estrutural do Direito Positivo, baseada em um estudo comparativo das ordens sociais que efetivamente existem e existiram historicamente sob o nome de direito. Portanto, o problema da origem do Direito – o Direito em geral ou uma ordem jurídica particular – isto é, das causas de existência do Direito em geral ou de uma ordem jurídica em particular, com seu conteúdo específico, ultrapassa o escopo desta teoria. São problemas da sociologia e da história e, como tais, exigem métodos totalmente diferentes dos de uma análise estrutural de ordens jurídicas dadas”.¹⁰

Essa postura demonstra que o mencionado doutrinador, não se centrou em desnudar origens ou gerar juízos de valor como forma de propor um direito melhor. Para Kelsen, juízos de valor apresentam sempre um cunho subjetivo, determinado por fatores emocionais que são relativos, na medida em que válidos apenas para o sujeito que os emite (para quem julga). Seu desiderato, portanto, foi identificar o que é o direito, sua estrutura e conformação, sem preocupação em avaliar se é bom ou mau, justo ou injusto, se as pessoas o cumprem ou não, ou se essa ciência poderia ser melhor de outra forma. Fica claro nas palavras do autor esse desapego quanto a elaborar crítica endereçada a propor um modelo ideal, como quem busca uma

¹⁰ KELSEN, 2001, p. 291

utopia. Inclusive, até a discussão quanto à história da ordem jurídica, sua qualidade e praticidade, incluindo elementos éticos e morais (da norma), é por ele deixadas para outras áreas do conhecimento, visto centrar suas preocupações em apresentar a essência da estrutura do direito e não suas co-relações. E, na opinião de Leonel Severo Rocha, até mesmo diante de questionamentos relacionados à necessidade de correspondência entre direito e verdade, Kelsen teria afirmado que:

“... o Direito pode ser uma ciência, se colocados os critérios de verdade como secundários ou indiretos. O Direito não se preocupa com a verdade, mas, mesmo assim, pode ser rigoroso, pois os critérios de verdade poderiam existir em um segundo nível de linguagem, em uma metalinguagem de segundo grau. O Direito desse modo, solucionaria a aporia da verdade e poderia trazer para o seu interior, ao mesmo tempo, como valor positivo, a cultura e o mundo, mas revisto, reelaborado a partir de uma categoria que tem uma denotação pura, que tem um objetivo universal: a norma jurídica”.¹¹

E mais à frente complementa o mesmo autor:

“Segundo Kelsen, ‘quer isso dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida’. O Direito é racional, não porque é verdadeiro, por que tem uma definição tão rigorosa, que permite que se construa um sistema estático de conceitos a partir do qual se pode estruturar o mundo sob a perspectiva do Direito e da cultura”.¹²

Essas constatações mostrando ausência de apego a juízos de valor, em especial quanto à qualidade (justiça ou injustiça) do que integra o direito (para Kelsen, o conjunto hierarquizado

¹¹ ROCHA, 2009, p. 24

¹² Idem ao anterior, pág. 25.

de normas), e mesmo essa forma singular de correlacionar direito e verdade, demonstram que essa última não é incorporada como pré-requisito basilar para iniciar a construção do sistema jurídico, mas sim, é vista sob uma ótica própria que faz o fato coincidir com a norma. E quanto à questão moral (preponderante no conceito de justiça ou injustiça), Fábio Ulhoa Coelho menciona um contexto muito elucidativo quando diz:

“Ou seja, Kelsen propõe que, uma vez demonstrada a impossibilidade de se superar cientificamente a multiplicidade de sistemas morais, então o mais correto para a doutrina é renunciar à avaliação da justiça ou injustiça da ordem jurídica. Por outro lado, se a eliminação de diferenças nas interpretações da mesma norma jurídica não se pode fazer pela ciência, mas apenas por ato de vontade, então à doutrina cabe unicamente elencar as muitas significações atribuíveis à norma, silenciando quanto à maior ou menor pertinência destas”¹³.

Portanto, Kelsen laborou intensamente com a noção de existência de um mundo do “ser” e um mundo do “dever-ser”, buscando objetivamente demonstrar o que concretamente à ciência jurídica, o direito, a justiça são, sem a valoração quanto à injustiça ou justiça que estampem quando projetados nas condutas humanas (o dever-ser). Sua preocupação foi identificar a essência da estrutura do direito e da ciência jurídica, expressões que em determinados momentos ele emprega quase como autênticos sinônimos. Assim, como intenção primordial, ele buscou apresentar o que entendeu ser o Direito (por definição e como ciência), dando espaço para as demais ciências se dedicarem à tarefa de criticar instituições jurídicas, fazerem seus juízos de valor e conjecturarem como esse contexto poderia ser da forma ideal, mais aperfeiçoado para servir a humanidade. Feitas essas observações, pode-se prosseguir para entendi-

¹³ COELHO, 2011, p. 65

mento sobre as teorias de Kelsen e o valor de suas idéias.

3. O JUSPOSITIVISMO DE KELSEN EM CONTRAPOSIÇÃO AO JUSNATURALISMO

O jusnaturalismo e o juspositivismo são correntes reconhecidamente importantes e cuja aceitação ou não, determinam rumos da aplicação prática pelos operadores do direito, assim como, os resultados do que costumamos denominar como justiça. Sua análise é importante, não apenas pelo conteúdo, já que Kelsen é reconhecidamente um adepto do positivismo, mas igualmente por conta de que essas correntes sempre influenciaram a jurisprudência, uma preocupação que o referido doutrinador sempre mantinha acesa. Desse modo, o jusnaturalismo indica a existência de um direito natural que nasce com os seres humanos e é comum a todos eles. Reflete, portanto, as exigências da natureza (humana), sendo derivado, imanente e originado nela. Desta forma, independe da vontade humana ou da vontade emitida pelo Estado mediante normas postas como obrigatórias, para essa corrente a norma jurídica deveria coincidir com o estabelecido no direito natural. O direito natural, portanto, seria ou é, um direito espontâneo que é revelado pela experiência e pela razão. A adoção dessas concepções jusnaturalistas quando da busca do “justo” para o caso concreto, permite que o aplicador do direito (o julgador da causa), opte em aplicar a lei (escolhendo qual dispositivo dela) ou decida não a aplicar quando entender que desconforme com o direito natural. Existe, portanto, uma identificação de um direito natural que nem sempre coincide com o direito positivo estabelecido pelo Estado e, segundo essa concepção, quando em caso de conflito, o que advém do direito natural deve prevalecer. Por sua vez, o juspositivismo, procura afastar o direito natural e adota substancialmente o direito positivo estabelecido e reconhecido pelo Estado que o garante. Trata-se de uma forma de *amoralis-*

zação da ciência jurídica e do direito, posto que centrado no sistema de normas válidas estabelecidas pelo Estado. Ele afasta o direito natural como prevalente e até como fundamento moral. Acolhe, portanto, a vontade (humana, estatal) representada pelas normas positivadas, cuja característica é de serem válidas em espaços geográficos determinados ou determináveis, e pelo tempo que o Poder Elaborador (estatal) decidir.

O pêndulo da história mostrou fases em que cada uma dessas duas correntes exerceu maior influência no mundo jurídico (exemplo: o Século XVIII, quando das revoluções burguesas, fez emergir o movimento das codificações alinhado intrinsecamente com o positivismo, enquanto no Século XIX aconteceu uma considerável identificação com o direito natural). A inclinação de Kelsen, notadamente, foi pelo juspositivismo, na medida em que ele considerou o direito como sendo, essencialmente, um sistema de normas hierarquizadas e válidas. Foi característica de seu pensamento rejeitar a adoção do jusnaturalismo desde o primeiro momento. Nas suas palavras:

“Se por <<natureza>> se entende a realidade empírica do acontecer fático em geral ou a natureza particular do homem tal qual ela se revela na sua conduta efectiva – interior ou exterior -, então uma doutrina que afirme poder deduzir normas da natureza se assenta num erro lógico fundamental. Com efeito, esta natureza é um conjunto de factos que estão ligados uns aos outros segundo o princípio da causalidade, isto é, como causa e efeito – é um ser; e de um ser não pode concluir-se um deve-ser, de um fato não pode concluir-se uma norma”.¹⁴

E mais a frente conclui: “Quem julgue encontrar, descobrir ou reconhecer normas nos factos, valores na realidade, engana-se a si próprio”.¹⁵ O fato é que Kelsen identificou o

¹⁴ KELSEN, 1979, p. 95

¹⁵ KELSEN, 1979, p. 95

jusnaturalismo como uma doutrina meramente idealista (no dizer dele: tentativa de fundar o direito natural da natureza humana), amparada em desembaraçados fundamentos metafísicos-religiosos (teológicos) insuficientes para se justificar por sua função. Mediante esse crivo, ele concluiu que o conceito de “natureza” adotado pelo jusnaturalismo é derivado de normas ideais e não ao contrário. Inclusive, em diversas oportunidades, Kelsen comparou norma positiva e norma de justiça (identificando essa com o direito natural) e deixou claro que em sua opinião, juízos de valor não podem incidir sobre normas, em especial quando considerada a questão da validade. Para ele, ao avaliar se uma norma de direito positivo é justa ou injusta, a estamos comparando com uma norma de justiça, ou seja, avaliando uma norma através de outra. Esse raciocínio admitiria a possibilidade de existência de duas normas diferentes simultaneamente válidas, o que para ele é incabível, em razão de que, quando duas normas são contraditórias e entram em conflito, apenas uma delas pode ser considerada válida (objetivamente). Assim, Kelsen não aceita o direito natural como fundamento do direito positivo e que este último apenas possa valer quando corresponda ao primeiro; algo que para ele representaria afirmar que o válido no direito positivo seria somente o que representasse direito natural.

Concretamente, então, o mencionado doutrinador afasta a idéia de que o direito positivo para ser existente e válido, tenha obrigatoriamente de corresponder e estar conforme ao direito natural. No caso, ver-se as normas de direito positivo submetidas ao direito natural, com toda a carga de juízos de valor quanto a serem justas ou injustas; tudo a refletir e condicionar a sua validade. Para Kelsen, se uma norma de direito positivo - que é o direito posto através de atos humanos - efetivamente vale, tem-se que o sentido subjetivo do ato (segundo o qual, as pessoas devem se conduzir de determinada maneira) é interpretado como sendo também um sentido objetivo, um comando

que prepondera.¹⁶ Como se observa, o pensamento de Kelsen é seguramente inclinado para afastar os postulados do jusnaturalismo e compactuar com o juspositivismo. Os fundamentos que ele aponta residem na circunstância já mencionada de que um fato (no campo do direito natural) não pode ser o fundamento de validade de uma ordem normativa (e a norma fundamental não pode ser transformada em fato). A clareza como ele se expressa em ponto específico de sua teoria, revela:

“A teoria do direito natural é uma teoria jurídica dualista, pois, segundo ela, ao lado do direito positivo há um direito natural. A teoria pura do direito, é uma teoria jurídica monista. Segundo ela, só existe um direito: o direito positivo. A norma fundamental definida pela Teoria Pura do Direito não é diferente do direito positivo: ela apenas é o seu fundamento de validade, condição lógico-transcendental de sua validade, e, como tal, não tem um carácter teorético-gnoseológico”.¹⁷

Portanto, a concepção de direito para Kelsen, portanto, é profundamente identificada com o juspositivismo, ou seja, entendendo essa ciência como sendo um sistema (de normas positivadas), posto pelo Estado de forma hierarquizada e dotado de validade. É nesse sentido que o pensamento de Kelsen se caracteriza também por aquilo que fora denominado de normativismo jurídico. Vejamos, então, no próximo tópico, os elementos constituintes dessa temática e sua relação com o direito.

4. O NORMATIVISMO JURÍDICO E A TEORIA PURA DO DIREITO DE KELSEN

Hans Kelsen é considerado o fundador do “normativismo

¹⁶ Cf. KELSEN, Hans. “A justiça e o direito natural”, 2ª edição, Armênio Editor, Coimbra, Portugal, 1979.

¹⁷ KELSEN, 1979, p. 172

jurídico”, também denominado de “normativismo lógico” ou de “racionalismo dogmático”. No cerne dessa teoria, percebe-se a preocupação em descrever (também explicar) o que é direito, identificando-o com a norma jurídica formatada em sistema. Em específico, na concepção de existência de um sistema de normas organizadas de forma piramidal e hierárquica, sistema esse que possui limites bem identificados e que permite relações entre elas (normas). Nesse contexto, portanto, o direito é considerado um sistema no qual às normas de hierarquia inferior se harmonizam com as de nível superior, sendo que essas últimas têm na Constituição, a sua pedra angular, fundamental, a ponto de sujeitar todas as demais, que para possuírem validade, precisam se conformar a ela. A combinação do conjunto desses elementos produz a validade de todo sistema. Resumindo, a ciência do direito nessa concepção, por lógica, é normativa, emergindo a função de perscrutar e detalhar as normas de forma metódica (com pureza), deixando ausente o que não seja eminentemente jurídico nesse sentido. E a “teoria pura do direito” segue esse vetor, como assegurou Kelsen ao explicar: “A Teoria Pura do Direito trata o Direito como um sistema de normas válidas criadas por atos de seres humanos. É uma abordagem jurídica do problema do direito”¹⁸. A expressão “teoria pura do direito” suscita para seu detalhamento e conceituação de seus elementos. A começar pelas palavras “teoria”, “pura” e “direito” que não possuem sentido unívoco. Observe-se que não é nosso propósito neste estudo, aderir a algum dos específicos sentidos trazidos pelos dicionários ou vocabulários jurídicos, mas sim, compatibilizar os conceitos e fazer a leitura e integração deles de forma adequada aos já revelados objetivos deste trabalho.

Começamos por falar de “teoria”, palavra para a qual é oportuno apanhar o sentido de que se trata de um conjunto de idéias e concepções apresentadas de forma metódica, organiza-

¹⁸ KELSEN, 2001, p. 291

da sistematicamente e com detalhamento de seus fundamentos, visando identificar e explicar o objeto ou a questão controvertida. E “pura” por dizer respeito e abranger a essência (ao âmago e elementos capitais) daquilo que está sendo conhecido, analisado e explicado. No caso da “teoria pura do direito”, atentar-se a estrutura sem sofrer as influências e impregnações que eram comuns no tempo de Kelsen, tal como afirmou Miguel Reale¹⁹, para quem a ciência jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, dentre outros, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos, cada um destes procurando transpor os muros da jurisprudência para incluí-la em seus domínios, tornando-a sua.²⁰ As circunstâncias do momento histórico em que a “teoria pura do direito” foi concebida, apresentavam uma conjuntura sensivelmente impregnada de fatores políticos e de outros advindos de diversas áreas do conhecimento. Kelsen, então, dedicou-se a afirmar o reconhecimento da especificidade do direito, afastando tanto quanto possível, concepções derivadas de elementos da natureza e/ou de outras ciências.²¹

Saliente-se, inclusive, que esse debate não é tão arcaico assim, na medida em que, embora atualmente já sejam raras as explicações da ciência jurídica com base unicamente no existente na natureza ou no direito natural, não se pode negar que é comum se imbricarem nessa matéria, concepções advindas originariamente de outras áreas do conhecimento como a sociologia, a antropologia, a psicologia, a filosofia e a economia.

¹⁹ Cf. Enciclopédia Saraiva do Direito, 1977, p. 459

²⁰ É oportuno mencionar a observação de João Baptista Machado que assim referiu: “*Num primeiro momento, o positivismo havia conduzido à conclusão de que a <<autêntica>> ciência jurídica era a sociologia do Direito, pois só esta se legitimava como ciência na medida em que ela se baseava em factos (factos sociológicos) empiricamente verificáveis. A tradicionalmente chamada ciência jurídica mais não seria do que uma simples técnica jurisprudencial ou teoria dessa técnica. Contra esta atitude reagiu Kelsen*”. (in “A justiça e o direito natural”, Hans Kelsen, 2ª edição, nota preambular e pág. V, Armênio Editor, Coimbra, Portugal, 1979).

²¹ Cf. Enciclopédia Saraiva do Direito, 1977, p. 459,

Desse modo, Kelsen buscou afastar essas influências e a cooperação - verdadeira apropriação - do direito e da jurisprudência por conhecimentos alheios ao que é jurídico. No prefácio da clássica edição de 1934, referindo-se em deixar de lado às tendências a formação do direito e dedicar-se ao conhecimento específico do que ele é, visto com objetividade e exatidão (que ele identificava como ideal de toda ciência), o ilustre doutrinador expressou:

“Há mais de duas décadas empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política²² e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto”.²³

E em outra oportunidade acrescentou:

“A sociologia e a história do direito tentam descrever e explicar o fato de que os homens têm uma idéia diferente do direito em diferentes épocas e lugares e o fato de que os homens conformam ou não conformam sua conduta a essas idéias. É evidente que o pensamento jurídico difere do pensamento sociológico e histórico. A ‘pureza’ de uma teoria do direito que se propõe uma análise estrutural de ordens jurídicas positivas consiste em nada mais do que eliminar de sua esfera problemas que exijam um método diferente do que é adequado ao seu problema específico”.²⁴

Já em específico, quanto ao que é o “direito”, em toda a sua obra ele repetiu incessantemente que se trata de um sistema de normas válidas. Dessa forma, continuamente afastou quaisquer juízos de valor, incluindo considerações de uma ordem

²² Convém lembrar toda força da ideologia política na época em que Kelsen viveu na Alemanha e na Áustria.

²³ KELSEN, 1962, p.05.

²⁴ KELSEN, 2001, p. 291.

jurídica ser boa ou má, justa ou injusta. Preocupou-se apenas com o reconhecimento do direito positivado, representado por normas organizadas em sistema coordenado, hierarquizado e dotado de validade. Na percepção de António Manuel Hespanha, Kelsen considerou o direito como um especial sistema de normas, cujos fundamentos não são alicerçados na ordem dos fatos (por exemplo: em alguma política, ou na utilidade) e nem mesmo em outros sistemas normativos como a religião ou a moral (a vigência da norma não é condicionada a sua moralidade ou utilidade). Assim, a norma deve vigir apenas por ser jurídica e conforme com o direito, ou seja, obrigatória devido ao comando de uma norma superior, a Constituição.²⁵ Dessa maneira, a “teoria pura do direito”, centrou-se no que é jurídico e com pureza de método laborou indicando exatamente uma concepção de direito como ciência, dotado de objeto específico e indene das colorações advindas de outras ciências. O objetivo de Kelsen, ao propô-la, foi mostrar a especificidade do direito e identificar os princípios e métodos a vigorar na ciência jurídica. Suas concepções, arquetizadas na forma que acabou gerando o normativismo jurídico, manifestaram expressamente a reconhecida adesão desse doutrinador ao juspositivismo, como uma natural consequência.

5. O PROBLEMA DA JUSTIÇA NO PENSAMENTO DE KELSEN

A palavra “justiça”, conforme De Plácido e Silva, vem do latim, *justitia*, de *justus*, na linguagem jurídica significando: “O que se faz conforme o Direito ou segundo as regras prescritas na lei. É, assim, a prática do justo ou a razão de ser do próprio Direito, pois que por ela se reconhecem a legitimidade dos direitos e restabelece o império da própria lei”.²⁶ Essa explica-

²⁵ HESPANHA, 2009, p. 436

²⁶ SILVA, 2003, p. 471

ção parece legitimar já desde o primeiro momento as concepções de Hans Kelsen. Contudo, essa complexa questão de se entender o que é justiça não se elucida de maneira tão óbvia. Muito antes do dia em que Ulpiano disse o que entendia ser justiça, qualificando-a em nível de virtude como a “*vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu*”²⁷, incontáveis pensadores já tentavam encontrar sua precisa definição (ou, ao menos, uma conceituação de aceitação mais pacífica). Inclusive, a realidade tem demonstrado que no seio da população, parece ser muito mais fácil definir o “injusto”, do que o “justo”, em razão de que, para aquele que acaba tendo uma questão examinada no Judiciário ou observa uma situação deste tipo, a sensação de justiça configura um estado mental. Algo que aflora na mente das pessoas quando refletem a respeito de determinada situação de conflito, mas que é pessoal e raramente traduzível para exato entendimento dos demais.

Sob o ponto de vista científico, então, exacerba-se essa imensa dificuldade em chegar a uma definição precisa do que é realmente “justiça” (e sua prática), razão de existência do próprio direito e de todas as estruturas e instituições estatais. Kelsen não fugiu a esse debate. Em trabalho ao qual deu o título de “*O Problema da justiça*”, ele realizou substancioso estudo que principiou analisando fórmulas mais simples com a já referida apresentada por Ulpiano e pela chamada “regra de ouro” que diz “*não faças aos outros, o que não queres que te façam*”, e transitou por questões relevantes como a avaliação de poder representar a justiça, a aplicação de elementos atinentes ao princípio retributivo, a igualdade, ao costume, ao amor, a felicidade, a proporcionalidade da prestação e da contraprestação (como valor constitutivo de justiça) e ao direito natural, etc. Não se esquivou nem mesmo de incluir no debate as idéias de

²⁷ No que examinamos neste trabalho, a expressão “justiça” não se refere à estrutura estatal composta por tribunais, mas sim a esse valor ideal que produz o resultado justo (muitas vezes uma decisão) para cada um.

Immanuel Kant e de Karl Marx (ideólogo do comunismo)²⁸, sendo que empreendeu profundo exame da obra de Platão, convicto de que nela seria possível encontrar fundamentos para estabelecer o que é “justiça”.²⁹ Esse esforço revela e condiz com a dificuldade para qualquer doutrinador alcançar uma conclusão definitiva do que é efetivamente “justiça”. E Kelsen quando trata mais diretamente do tema, até certo ponto surpreende. Veja-se que ele assim expressou:

“A justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social. Como virtude do homem, encontra-se em segundo plano, pois um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa. Mas o que significa uma ordem ser justa? Significa essa ordem regular um comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura a felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, felicidade garantida por uma ordem social”.³⁰

Assim, Kelsen atrela “justiça” à existência de uma ordem jurídica “justa”, apta a produzir felicidade; mas ele próprio lança o questionamento: o que é felicidade? Para responder a essa questão, primeiramente ele insiste que é preciso abandonar a concepção individual e trocá-la pelo sentido coletivo. Ou seja, afastar o sentido subjetivo da palavra, pois no plano pes-

²⁸ KELSEN, Hans. “O problema da justiça”, tradução João Baptista Machado, 3ª edição, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003.

²⁹ Disse Kelsen: “Se a questão da justiça constitui o problema central de toda teoria e prática social, então o pensamento europeu atual, em uma de suas esferas mais importantes, apresenta-se fundamentalmente marcado pela maneira como o filósofo grego e o profeta judeu colocaram essa questão e a responderam. Se é que nos cabe esperar encontrar uma resposta para ela, para a questão da justiça absoluta, havemos de encontrá-la em um ou no outro – ou, do contrário, tal questão será inteiramente irrespondível” (KELSEN, 2000, p. 01)

³⁰ KELSEN, 2001, p. 02

soal do sujeito, muitas vezes, a felicidade de um pode inviabilizar a do outro, (exemplo: quando dois disputam um mesmo emprego ou cargo, e somente um poderá obtê-lo, a felicidade poderá ficar apenas com ele e a infelicidade com o outro). Outro detalhe: é preciso reconhecer que pessoas diferentes têm concepções diversificadas daquilo que consideram ser a felicidade. Amparando-se nesses pressupostos ele avança para dizer que:

“A felicidade capaz de ser garantida por uma ordem social só o é num sentido objetivo-coletivo, nunca num sentido subjetivo-individual. Isso significa que, por felicidade, somente poderemos entender a satisfação de certas necessidades reconhecidas como tais pela autoridade social – o legislador –, como a necessidade de alimentação, vestuário, moradia e equivalentes”.³¹

Nesse contexto, para ele, até a liberdade deve se conformar, não podendo representar ausência de qualquer jugo, em especial de estar livre de qualquer tipo de governo, algo incompatível com todo tipo de ordenamento social. Nessa linha de raciocínio, o conceito da verdadeira liberdade deve aceitar a importância de uma forma especial de governo. Liberdade deve significar governo pela maioria, se necessário contra a minoria das pessoas governadas, (transmutando a anarquia em autodeterminação da democracia). Em resumo, Kelsen afasta o princípio de proteção da felicidade subjetiva (individual) e visualiza como justiça, a ordem social que assegura felicidade (coletiva, social). Ou seja, aquela que protege determinados interesses reconhecidos como dignos de proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

³¹ Idem, 2001, p. 03

Para os cultores da ciência jurídica, o estudo do pensamento de Hans Kelsen nunca se esgota. Já quase alcançando quatro décadas de sua morte, observa-se que desde a primeira divulgação de suas teorias, elas jamais ficaram isentas de polêmicas, recebendo apoios/adesões ou repúdios. Foram inumeráveis os eminentes doutrinadores que, cada um com sua “leitura” e interpretação, se debruçaram em analisar o pensamento de Kelsen. Nesse sentido, escolhemos apenas alguns deles para nos referenciar. Fábio Ulhoa Coelho³², por exemplo, entende ser difícil sustentar muitas das idéias que observa na obra desse clássico doutrinador. Em uma interpretação muito própria, cita em específico que a aplicação do pensamento de Kelsen conduz para postulados com os quais não concorda, tais como: a) a premissa de inexistência de leis inconstitucionais; b) a aceitação da efetividade como condição de validade; c) e, a existência de uma multiplicidade de significados das normas jurídicas. Kelsen, segundo ele, foi paradoxal, na medida em que, tendo levado as últimas conseqüências o projeto de construção da ciência do direito, criou condições teóricas de superação do mesmo projeto. O que nesse seu posicionamento crítico, designa como *desafio kelseniano* (relacionado à hermenêutica). Para Fábio Ulhoa, ao aceitar-se que o conhecimento do direito somente seria científico se restrito à apresentação do elenco de significações atribuíveis a cada norma, impondo-se silêncio em relação a qual delas deve prevalecer, jamais se poderá conhecer, com rigor, o seu conteúdo exato, devido ao fato de o expediente representar função não-científica. Entretanto, depois dessas considerações, ele reconhece que Kelsen produziu sua teoria com rigor, método, logicidade e destreza, bem como, que sem Kelsen, sem a teoria pura, sem o desafio kelseniano, talvez não se tivesse aberto um leque de possibilidades para a epistemologia jurídica e a filosofia (jurídica), principalmente para esta última que ainda não estaria pronta para a exploração des-

³² COELHO, 2011, p. 70.

sas novas e revolucionárias oportunidades.³³

Já em trabalho especificamente dedicado a estudar o positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Kelsen, o conceituado jurista Gabriel Nogueira Dias, refere-se à questão do problema quanto à concepção da normatividade, na medida em que ela é relacionada à validade (das normas), apontando a obrigatoriedade para os sujeitos. Esse estudioso conjectura que Kelsen se omite em apresentar fundamentação absolutamente compatível com seu projeto positivista e questiona sobre a normatividade, poder ou não, representar o “calcanhar de Aquiles” da “teoria pura do direito”.³⁴ Assim, as críticas à concepção formulada por Kelsen de que as normas inferiores hierarquizadas recebem validade da norma fundamental, mas que, essa última não encontra nessa teoria um fundamento de validade, merecem respeito. Todavia, vale salientar que esse jurista clássico (Kelsen) afirmou textualmente que a norma mais elevada (norma fundamental), que dá validade às demais inferiores, têm de ser pressuposta, visto não poder ser posta por autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma mais elevada (nesse sentido, eliminando a possibilidade de colocar-se em questão o seu fundamento).³⁵ Acrescente-se que Gabriel Nogueira Dias ao prosseguir em seu raciocínio, aponta no pensamento de Kelsen, a concepção (dita forte) de que “*o conhecimento do direito encerra o alicerce de sua normatividade e a norma fundamental contém nesse particular uma função normativa*”.³⁶ E, afirma que essa concepção da ciência do direito, como constituidora do objeto, entra em conflito com a crença juspositivista de seu autor. E por isso, talvez, ao longo de sua vida intelectualmente produtiva, Kelsen tenha oscilado em seu posicionamento (Gabriel afirma que Kelsen chegou a, pelo menos implicitamente, admitir a inutilidade, ou mais pre-

³³ Idem, 2011, p. 70

³⁴ DIAS, 2010, p. 343

³⁵ KELSEN, 1962, p. 04

³⁶ Ibidem

cisamente a impossibilidade de uma explicação científica da obrigatoriedade das normas jurídicas para os indivíduos submetidos ao direito, sem que seja violado o seu projeto juspositivista).³⁷ Entretanto, alegando imparcialidade, o próprio estudioso da obra de Kelsen diz que seria uma simplificação terrível e ilegítima (um erro grave) condenar os esforços daquele doutrinador no sentido de resolver a questão da normatividade. Afinal, em simetria com a concepção antes referida, ele também apresentou uma outra concepção pela qual se pode entender que o destinatário da norma não é, em primeiro lugar, o indivíduo submetido ao direito, mas sim, o órgão jurídico estatal competente para infligir à sanção normativa (forma indireta de impor a obrigatoriedade das normas), o que se revela mais compatível com o positivismo jurídico.³⁸ Portanto, crítica e autêntica absolvição, completaram-se nessa análise.

É muito interessante, e até curioso, observar como a obra de Kelsen, notoriamente vinculada ao positivismo jurídico, tem sido capaz de receber interpretações completamente distintas. Por exemplo, referindo a “teoria pura do direito” e ao positivismo kelseniano como instrumento apto, inclusive, para legitimar e servir ao nazismo, João Vergílio Tagliavini, afirmou: “A ‘teoria pura do direito’ de Kelsen pode ter caído na própria armadilha, pois sua suposta neutralidade serviu a uma casa da barbárie, segundo muitos historiadores do direito do século XX. A suposta neutralidade serviu aos interesses de quem detinha o poder, dominava e destruía. A ciência, mesmo quando decide quanto ao seu método, não está isenta da escolha movida por interesses. A escolha do método já é uma escolha ideológica”.³⁹

Já em sentido diametralmente oposto, podendo representar espécie de defesa para a teoria kelseniana, manifestou-se

³⁷ Idem, 1962, pp. 344 e 345.

³⁸ Idem, 1962, p. 346.

³⁹ TAGLIAVINI, 2008, p. 39

António Manuel Hespanha para quem:

“Nesse sentido, embora se possa acusar a teoria pura do direito de aceitar como direito tudo o que provém da vontade do Estado, o certo é que seu sentido mais profundo é o de constituir um manifesto contra os totalitarismos políticos do seu tempo, que, num sentido ou noutro, procuravam funcionalizar o direito em relação às conveniências do poder, legitimando-o a partir de considerações políticas, como o domínio de classe (estalinismo) ou as necessidades vitais de uma raça (nacional-socialismo). Há quem pense que este manifesto é ainda útil contra outro tipo de funcionalizações do direito, nomeadamente, a tendência para justificar como justas as medidas – formal ou informalmente correctas – de um poder legitimado pelo voto, ou as medidas dirigidas à consecução de finalidades de desenvolvimento social ou econômico”.⁴⁰

Essas considerações mostram entendimentos díspares de uma mesma doutrina, induzindo à reflexão de que o substancial nem sempre se centra no conteúdo das idéias, mas sim na materialização delas no meio social, ou seja, quando elas servem de força motriz para aplicação nos casos concretos que a vida em sociedade faz surgir.

Situadas essas posições, por derradeiro e, até como uma homenagem, é oportuno dar voz ao pensamento de Miguel Reale, célebre criador da teoria tridimensional (direito é “fato, norma e valor”). Para ele, no pensamento de Kelsen, é possível reconhecer um relativismo filosófico fundamental, uma certa incompreensão dos valores da existência concreta, apresentando sua teoria, um “travamento” causado pela abstração e pela a-historicidade que a caracteriza. Entretanto, esse mesmo doutrinador reconhece que Kelsen superou, com reconhecida geni-

⁴⁰ HESPANHA, 2009, p. 436 e 437

alidade, certas concepções estreitas da jurisprudência anterior ao seu tempo, depurando-a de resíduos jusnaturalistas. E que também conseguiu determinar melhor a natureza lógica da norma jurídica como entidade lógico-hipotética (enunciado lógico que se situa no plano do dever-ser), capaz de qualificar ou constituir juridicamente a experiência social, abrangendo mediante um todo coerente (sistema de normas escalonado e gradativo), desde as normas fundamentais, até disposições em contratos e decisões em sentenças. Esse reconhecimento do mais ilustre jus-filósofo da história do direito brasileiro serve como atestado da importância de Kelsen para o pensamento jurídico em nível mundial. Não há dúvida que a partir do momento em que a escrita passou a fazer parte da realidade das formas estatais de regulação social (com as normas deixando de ser costumeiras, orais), jamais se explicou o direito e a ciência jurídica (como estrutura), sem levar em conta as normas positivadas. Não é possível compreender o que é “direito” e o que é “justiça” ignorando a existência de um sistema de direito positivo. Tanto é que, ao estilo de Abelardo Torr , um número incont vel de doutrinadores afina no mesmo diapasão e com intensa semelhança, em definir “direito” como sendo: “*El sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social*”.⁴¹ Inclusive, Goffredo Telles Junior, quando ensina a respeito da imperatividade da norma jurídica manifesta que ela, em si, não é descritiva de um comportamento mantido (plano do “ser”), mas sim uma indicação de caminho. Ou seja, não descreve o que é (ser), mas se caracteriza por configurar um enunciado imperativo de um dever (plano do “dever-ser”).⁴²

E, não se pode negar que em suas teorias, Kelsen laborou com extrema maestria a utilização desses elementos tão importantes. Ainda mais que, vivemos uma época na qual, até nos países que adotam o sistema da *common law*, o aumento do

⁴¹ TORR , 2002, p. 22

⁴² TELLES JUNIOR, 2001, p. 59

número de normas escritas instituídas pelo poderes do Estado é um fenômeno em ascensão, de modo que cada vez mais, as normas positivadas permeiam a ordem jurídica vigente nas mais diversas nações.

E nesse caminhar que vai transformando o universo jurídico, acreditamos inclusive, que se Kelsen ainda estivesse vivo, talvez até aceitasse em parte o denominado “diálogo das fontes”, doutrina de Eric Jayme trazida para o direito brasileiro por Cláudia Lima Marques⁴³ (com vistas aplicação no direito do consumidor⁴⁴). Naturalmente, é de se pressupor que ele faria suas ressalvas com relação aos aspectos sem possibilidade de compatibilização com o âmago de sua doutrina, ou seja, quando as escolhas teóricas no âmbito da ciência jurídica desconsiderassem as questões da pureza do método e da noção de existência de um sistema hierarquizado de normas válidas.

Já diante de outras fórmulas que alguns juristas até designam como mais representativas da verdadeira justiça para o caso concreto, a observação dos escritos de Kelsen nos imprime a firme convicção de que ele jamais compactuaria com a possibilidade de diante de um conflito a ser decidido judicialmente, o direito e os seus resultados práticos sejam substancialmente dissociados da legislação positivada. É indiscutível que a par de suscitar o debate, Kelsen com seu racionalismo aplicado em elaborações primorosas em prol do normativismo jurídico e do juspositivismo, produziu uma obra tão significativa que seguramente conseguiu uma vitória, representada pelo alcançar de seu indisfarçável objetivo de influenciar a jurisprudência, antes muito vinculada ao jusnaturalismo.

Mesmo para aqueles que não concordam com as suas idéias, a reflexão sobre elas apresenta o mérito de chamar à

⁴³ Cf. MARQUES, Cláudia Lima et alii, “Diálogo das Fontes: do conflito a coordenação de normas do direito brasileiro”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

⁴⁴ Cf. MARQUES et alii, “Comentários ao Código de defesa do consumidor”, 2ª edição, págs. 26 a 58, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

atenção para a importância de discutir e encontrar, com sabedoria, a essência do que são o “direito” e a “justiça”. E, em especial, atentar para a questão da segurança jurídica, valor que jamais deve ser afastado quando das relações sociais. Com a aplicação de um sistema de normas válidas, existe maior previsibilidade para os resultados desencadeados pela ordem jurídica e uma sensível tendência à estabilização da jurisprudência, o que, como já referimos, traz segurança jurídica.⁴⁵ Simplifica aceitar-se a existência de um sistema composto de normas positivadas e consideradas válidas, objetivamente integrando o direito e constituindo elemento de justiça. Pode parecer uma proposição vetusta, ultrapassada, mas esse debate ganha magnitude no caso brasileiro, na medida em que nos tempos atuais, não faltam juristas a apregoar e até fazer apologia da necessidade de um ativismo judicial (com a decisão judicial “fazendo a lei” e, muitas vezes, invadindo a seara que pertence ao Poder Legislativo, num clássico atropelo dos princípios democráticos). Ou com doutrinadores que defendem a possibilidade da interpretação – que é um mero instrumento - distanciar a decisão judicial daquilo que está disposto na norma, seja utilizando algum artifício (hermenêutico), seja fazendo a aplicação de um “direito livre” (que os críticos classificam como “direito achado na rua”), ou do denominado “direito alternativo”. A incerteza do direito, ou mais precisamente do resultado da sua aplicação, é algo que seguindo a doutrina kelseniana, fica mais afastado. Consigne-se que, em momento no qual o direito brasileiro vive intensa transformação, inclusive com doutrinadores mencionando a existência de normas constitucionais que seriam inconstitucionais, a doutrina de Kelsen pode ser valiosa no sentido de dar uma certa estabilidade, evitando tantos questionamentos em relação à validade dessas normas, forma de assegu-

⁴⁵ Por oportuno, reitere-se a advertência já mencionada neste trabalho, emitida por Antônio Manuel Hespanha, de que o direito não deve ser funcionalizado e servir em tempos atuais, para legitimar medidas injustas advindas de interesses políticos, sociais ou econômicos.

rar a estabilidade do sistema. Merece ser feita a menção de que em relação à eventual injustiça que possa ser legitimada pelo direito, não há teoria perfeita, sendo que a de Kelsen não é melhor ou pior que as demais quanto a isso ⁴⁶, entretanto, há que se confirmar que a teoria pura do direito (salvo situações insustentáveis que se classificam como exceção) ao menos transparece mais racional, pois uma norma mesmo injusta, não deixa de ser jurídica. ⁴⁷ Outro detalhe: o fato do juspositivismo pregar uma amoralização da ciência jurídica, em verdade não suprime a possibilidade de haver juízos de valor e ponderações éticas a influenciar o conteúdo da norma quando das fases de discussão, criação, aprovação e posterior entrada em vigor.

De forma inquestionável, portanto, o pensamento de Hans Kelsen realmente representou um marco no mundo jurídico. Quer se abrace ou rejeite suas teorias, é inevitável reconhecer que a força e vigor de seu pensamento, demonstrando que, merecidamente, ele foi uma personalidade, um nome e uma legenda inscrita para sempre na história da ciência jurídica.



7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

⁴⁶ Diante da opinião de Radbruch que depois de 1945 abandonou o positivismo alegando que ele teria desarmado o povo contra leis arbitrárias, cruéis e criminosas, Hart se contrapôs dizendo que "... seria ingênuo supor que uma definição não positivista do direito poderia ter algum efeito contra a injustiça legal" (ALEXY, 2011, P. 55)

⁴⁷ Cf. ALEXY, 2011. p. 48

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. 1ª edição (2ª tiragem). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO, vol. 47, São Paulo: Editora Saraiva, 1977.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Editora Fundação Boieux, 2009.
- JUNIOR, Goffredo Teles. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução Luis Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.
- _____. *A justiça e o direito natural*. 2ª edição. Coimbra, Portugal: Armênio Editor: 1979.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução Dr. João Baptista Machado. Vol. I e II, 2ª edição. Coimbra, Portugal: Armênio Editor, 1962.
- _____. *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado, 3ª edição, Editora São Paulo: Martins Fontes: 2003.
- _____. *A ilusão da justiça*. Tradução Sérgio Tellaroli, 3ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima et alii. *Diálogo das Fontes: do conflito a coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a dignidade da legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- ROCHA et. Alii. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

- SILVA, Joseph de Plácido. *Vocabulário Jurídico*, 21ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- _____. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- SIMON, William H. *A prática da justiça: uma teoria da ética dos advogados*, 1ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.
- TAGLIAVINI, João Virgílio et alii. *A superação do positivismo jurídico no ensino do direito; uma releitura de Kelsen que possibilita ir além de um positivismo restrito e já consagrado*. São Paulo: Junqueira & Marin Editores, 2008.
- TORRÉ, Abelardo. *Introducción al derecho*. 13ª edição. Buenos Aires, Argentina: Editora Abeledo-Perrot, 2002.