

CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIDA E OBRA DE HANS KELSEN

Weslei Vendruscolo*

VENDRUSCOLO, W. Considerações sobre a vida e obra de Hans Kelsen. Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama. v. 10, n. 1, p. 199-218, 2007.

RESUMO: O presente artigo científico trata da vida e obra de um dos maiores juristas de todos os tempos, Hans Kelsen. Após uma breve passagem acerca da biografia do Autor Germânico, analisaram-se os seus ensinamentos, ainda que de maneira perfunctória, com especial enfoque para os conceitos básicos de sua doutrina, tais como: Princípio Metodológico – Pureza, Ser e o Dever Ser, Norma Fundamental, bem como uma introdução à hermenêutica kelseniana para, na seqüência, demonstrar as valorosas contribuições que a epistemologia de Kelsen legou para a posteridade, vez que representou um verdadeiro divisor de águas para a Ciência Jurídica, tendo outorgado ao estudo do direito o rigor metodológico e a autonomia científica que até então lhe era completamente negada. Para tanto, optou-se, ante a enorme quantidade de material bibliográfico e a quantidade e variedade de temas tratados por Kelsen (que leciona desde o fundamento e validade das normas, passando pelo controle de constitucionalidade das leis até chegar ao direito internacional, dentre outros temas), por basear o artigo na sua principal obra, Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtsehere*). O ensaio teve como objetivo proporcionar uma abordagem, tanto quanto possível sintética da doutrina de Hans Kelsen, sendo especialmente voltado para aqueles que iniciam seus passos no estudo da Filosofia e Teoria Geral do Direito e para aqueles que almejam uma revisão dinâmica dos postulados kelseniano.

PALAVRAS-CHAVE: Kelsen; Postulados; Epistemologia, Ciência.

Introdução

Hans Kelsen nasceu em 1.881, na cidade de Praga, que na época fazia parte do Império Austro-Húngaro; veio a falecer em Berkeley, Estados Unidos, no ano de 1.973, quando completaria 92 anos. Radicou-se em Viena aos três anos de idade, onde mais tarde (início do século XX) integrou um seletivo grupo de intelectuais, conhecido como “Círculo de Viena”. Obteve grau de Doutor em 1.906, aos 24 anos, tendo conquistado o título de livre docente em Direito Público e Filosofia do Direito em 1.911.

* Mestrando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Procurador do Estado do Paraná. E-mail: weslei@pge.pr.gov.br

No ano de 1.934 publicou a sua primeira edição da obra *Reine Rechtslehre* – Teoria Pura do Direito e, em 1.960, publicou a segunda edição com significativas mudanças em relação à anterior.

No presente ensaio cuidar-se-á de analisar a epistemologia (Epistemologia aqui entendida como o estudo do conhecimento) de Kelsen, lançando mão, como ponto de referência, sua principal obra, a *Teoria Pura do Direito*, utilizando-se dos conceitos básicos necessários para uma compreensão inicial do pensamento kelseniano.

Tendo em vista a vasta produção de Kelsen e a própria variedade de assuntos tratados na *Reine Rechtslehre*, o que inviabilizaria, por certo, a análise completa em qualquer ensaio, e até mesmo em um único livro, optou-se por eleger alguns dos conceitos que se reputam fundamentais da doutrina kelseniana, sem embargo de silenciar acerca de outros de igual relevo, para um conhecimento mais detalhado de tão notável pensador, lançando mão deliberadamente do aforismo de Ludwig Wittgenstein: “Sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar” (WITTGENSTEIN, 1.994, p. 281).

Após a análise dos pontos de referências escolhidos, dedicar-se-á também a demonstrar de que maneira a obra de Hans Kelsen contribuiu e ainda hoje contribui para a Ciência do Direito.

De início, porém, se faz necessário contextualizar historicamente a obra de Kelsen (*Teoria Pura do Direito* – *Reine Rechtslehre*), no intuito de situar o leitor, notadamente aquele que tem o primeiro contato com a doutrina Kelseniana, acerca da importância para o desenvolvimento do pensamento jurídico atual, dos ensinamentos do mestre germânico.

É necessário frisar que o objetivo do presente ensaio é proporcionar uma aproximação, tanto quanto possível simplificada, da obra de Hans KELSEN, franqueando aos interessados uma compreensão básica da epistemologia Kelseniana e para aqueles já familiarizados, uma revisão rápida de seus conceitos.

1. Contextualização histórica da obra de Hans Kelsen

A “Teoria Pura do Direito”, obra mais importante de Hans Kelsen, é fruto dos debates travados no final do século XIX e início do século XX, por intermédio dos quais os estudiosos de então procuravam desvendar os rumos do pensamento jurídico, encontrando-se, de um lado, os positivistas, e, de outro, os que defendiam uma livre interpretação do direito, sem olvidar os sempre presentes defensores do direito natural.

Defendia-se a aproximação e até mesmo a submissão do estudo do

fenômeno jurídico a outras ciências (sociologia, ética, política etc...) para se conhecer e estudar o Direito, negando-se, pois, à Ciência Jurídica, a autonomia que posteriormente se mostrou tão valiosa para o seu desenvolvimento.

Nestas vertentes filosóficas repousava o futuro da ciência jurídica. Kelsen, no entanto, pretendeu um distanciamento das demais ciências e almejou criar método e objeto próprio da ciência jurídica, dando-lhe dignidade metodológica e autonomia epistemológica, tornando-se de fato um verdadeiro divisor de águas.

O mestre Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2.001, p. XV) bem sintetiza as bases filosóficas que deram condições para aflorar o pensamento kelseniano:

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

A situação da Ciência do Direito, quando da elaboração da Teoria Pura do Direito, era tal que:

[...] Quando Hans KELSEN, na segunda década deste Século, como observou o Prof. Miguel Reale, desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito, a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência (Jurisprudência aqui entendida como doutrina), para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios. (KARAM, 1985, p. 3)

O próprio Kelsen, desde sua primeira edição de *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito) nos permite concluir que a sua intenção era justamente suplantando tais idéias, quando no prefácio de sua obra assevera:

Há mais de duas décadas que empreendi 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. Desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência,

que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência de espírito. (KELSEN, 1.987, p. 1)

Assim, ante o embate de correntes de idéias que permearam os anos finais do século XIX é que floresceu o pensamento Kelseniano que expressamente tinha a intenção de conferir autonomia ao estudo do direito, conferindo, pois, à ciência jurídica, *status* de verdadeira ciência que até então lhe era negado.

Daí em diante, a ciência jurídica nunca mais foi a mesma. Desencadeou-se uma série de debates intelectuais, que proporcionaram um engrandecimento da ciência do direito e os pensadores que sucederam a Kelsen, seguindo os seus ensinamentos ou criticando-os, difundiram suas idéias por praticamente todo o globo, fazendo com que suas lições, até os dias atuais (73 anos após a primeira edição), sejam presentes e façam parte da grade curricular da quase totalidade dos cursos de direito.

Muito grande é também o número daqueles que, sem professar a Teoria Pura do Direito, e até sem sequer mencioná-la ou, mesmo rejeitando-a, francamente e pouco amistosamente, extraem dela resultados fundamentais. A estes, particularmente, dirijo meus agradecimentos, pois eles, melhor do que os adeptos mais fiéis, demonstram, mesmo contra a vontade, a utilidade de minha teoria. (KELSEN, 2.006, p. 5).

O texto supra citado, que faz parte do Prefácio à Primeira Edição da Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), escrito em Genebra no mês de maio de 1.934, serve para bem demonstrar esta idéia, haja vista que desde a Primeira Edição da Teoria Pura do Direito a doutrina kelseniana teve fundamental importância para o desenvolvimento da Ciência Jurídica, mesmo que tal consequência tenha acontecido também por contribuição daqueles que, expressa ou veladamente a tenham criticado, mas foram determinantes para o aperfeiçoamento do pensamento jurídico.

É diante desse contexto que se encontrava o pensamento jurídico vigente quando da elaboração da Teoria Pura do Direito, que surgiu para dar dignidade metodológica e autonomia científica ao estudo do direito.

Sob este prisma, com o presente ensaio se almeja desvendar alguns tópicos da obra de Hans Kelsen e, quiçá, despertar a curiosidade no leitor, para que se aprofunde nos estudos deste fascinante cientista do direito.

2. A “pureza”: o princípio metodológico e o objeto de análise - o ‘ser’ (*sein*) e o ‘dever ser’ (*sollen*)

Para bem se compreender o pensamento de Kelsen é imprescindível, inicialmente, conhecer o princípio metodológico por ele desenvolvido e o objeto de análise de que, segundo a Teoria Pura do Direito, a Ciência Jurídica deveria se ocupar.

Kelsen almejou desenvolver uma Teoria do Direito que pudesse conferir à Ciência Jurídica uma dignidade metodológica, colocando-a no patamar das demais ciências até então reconhecidas. Buscou afastar do cientista do direito toda espécie de subjetivismo ou de valoração.

Para alcançar tal intento, Kelsen precisou delimitar o objeto de sua Ciência e conferir-lhe um método próprio de estudo.

Nos dizeres de Orlando Gomes: “KELSEN propõe-se unicamente a responder à seguinte pergunta: ‘que é, e como é o Direito?’” (GOMES, 2.003, p. 56)

O princípio metodológico fundamental de Kelsen e que torna a sua Teoria “Pura”, significa dizer que a Ciência do Direito deve ser uma ciência voltada única e exclusivamente para o seu objeto (norma/direito positivo), livre de qualquer espécie de influência de outras áreas tais como: ciências naturais, psicologia, ética, política, teologia, ou de conceitos como ideologia, moral ou justiça.

Nos dizeres do próprio Kelsen (1.987, p. 1):

Quando designa a si própria como “pura”, teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

Assim, a “Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo” desprovida de qualquer espécie de valoração, uma vez que à Ciência do Direito caberia a análise única e exclusiva da norma posta, recaindo sobre as demais ciências a análise dos outros aspectos irradiados pelo direito posto (positivo), ou fenômenos anteriores à sua formação.

Cuida, pois, do direito como ele é e não como ele deveria ou poderia vir a ser.

Em outros termos, o princípio metodológico fundamental kelseniano afirma que o conhecimento da norma jurídica deve necessariamente

prescindir daqueles outros relativos à sua produção, bem como abstrair totalmente os valores envolvidos com a sua aplicação. (COELHO, 2.001, p. 3)

Para que se compreenda bem o corte epistemológico da Teoria de Kelsen, é emblemática e necessária, ainda que extensa, a lição de Tércio Ferraz (2.001 p. XVII/XVIII):

Todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela [referindo-se à norma fundamental que será analisada adiante]. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta válida e legítima o direito que dela decorre.

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

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

No mesmo sentido:

No sistema kelseniano, qualquer tipo de norma pode pertencer ao sistema. Seu conteúdo é indiferente. Qualquer tipo de conduta humana pode ser transformado em um dever jurídico correspondendo a um direito jurídico; valores morais e políticos não impedem o ingresso da norma em um sistema. (FUKUDA, 2004, 74).

No entanto, cumpre desmistificar desde logo a falsa percepção de que Kelsen idealizou um Direito puro, livre das influências valorativas, ideológicas de sua formação; Kelsen era ciente de todas as interferências que tais fatores exerciam e exercem na produção e aplicação do direito. Contudo, relegava às demais ciências a sua análise, incumbindo à Ciência Jurídica apenas e tão-somente a análise da norma (direito posto) como, aliás, "... ratifica Kelsen: 'O que quis dizer é que o adjetivo puro se refere à teoria do Direito, não ao Direito; o Direito não é puro, somente a teoria do Direito pode ser pura (1969:79).'"

(VASCONCELOS, 2.003, p. 15-16)

Assim, a sua teoria é pura porque é desprovida de qualquer espécie de ideologia ou valoração subjetiva do direito e deve se ocupar apenas e tão-somente da norma jurídica.

E, para identificar o objeto de sua ciência, Kelsen estabeleceu completa distinção entre o “ser” (*sein*), pertencente ao mundo da natureza, objeto, pois, das ciências naturais, física, química, biologia, etc..., em que se aplica o Princípio da Causalidade (causa e efeito) e o “dever ser” (*sollen*), pertencente ao mundo do direito, objeto da Ciência Jurídica, em que o Princípio Aplicável é o da Imputação (condição e consequência). Vale dizer: “Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural que quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja.” (KELSEN, 1.987, p. 86).

Com efeito, no mundo do “ser” as leis de regências são universais e sempre aplicáveis, como por exemplo, a Lei da Gravidade, que determina se se jogar determinado objeto para cima (A é) então ele vai cair (B é), ficando clara a aplicação do Princípio da Causalidade (causa e efeito).

Por outro vértice, as leis que regem o mundo do “dever ser” são as criadas pelos homens, em que se aplica o Princípio da Imputação, em que: “A relação não é, como na lei natural, de *causa e efeito* mas, sim, de *condição e consequência*. Nesta distinção apóia-se o conceito básico da teoria pura, que é o de *imputação*.” (GOMES, 2.003. p. 58).

Com os exemplos utilizados pelo próprio Kelsen, a compreensão deste conceito fica mais simples: “Se alguém comete um crime [condição], deve ser-lhe aplicada uma pena [consequência]; se alguém não paga a sua dívida [condição], deve proceder-se a uma execução forçada do seu patrimônio, [consequência]...” (KELSEN, 1.987, p. 85-86).

Nota-se que, no mundo do “dever ser”, ao contrário do que ocorre no mundo do “ser”, a consequência “B” nem sempre acontece, uma vez que pode suceder que alguém venha a cometer um crime (condição) e não lhe ser aplicada a pena respectiva (consequência), de alguém não pagar a dívida (condição) e não lhe ser promovida a execução forçada (consequência).

Itamar Gaiano Filho (2.004, p. 33), em sua tese de dissertação do mestrado, ofereceu excelente síntese acerca do tema:

“Verifica-se que, diferentemente do que ocorre no mundo do ‘ser’, no universo do ‘dever ser’ pressupõe-se a possibilidade do não ser, isto é, enquanto as leis naturais prevêm consequências necessárias para determinadas causas, as leis sociais ‘imputam’ um comportamento ao homem, em detrimento de outros que lhe seriam igualmente possíveis – determinar que algo deve ser pressupõe que tanto ele pode

ser, quanto pode não ser. [...] Diante das possibilidades, o homem estabelece o comportamento que mais lhe convém. Trata-se, portanto, não de uma consequência natural, mas de uma imputação derivada de um ato humano de vontade.

É, pois, do mundo do “dever ser” que se ocupa Hans Kelsen.

Portanto, a Teoria Pura do Direito tem as suas bases assentadas na sua neutralidade desprovida de qualquer análise valorativa, subjetiva ou ideológica de seu objeto, em que se opera verdadeiro “corte axiológico”, e da própria definição de seu objeto, definindo-o como sendo a norma jurídica/direito posto (positivo), em que se opera “corte epistemológico”, conforme expressões de Fábio Ulhoa Coelho (2001 p. 3).

3. A norma fundamental (*grundnorm*)

Outro conceito de fundamental importância para todos aqueles que pretendem conhecer a teoria de Kelsen é o da Norma Fundamental que, desde logo se pode afirmar para a Teoria Pura do Direito constitui o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

Para Kelsen, o direito é um sistema fechado que se auto-reproduz (*autopoiesi*), que se basta em si mesmo e que é composto por uma série de normas jurídicas que regulam as condutas dos homens.

A questão que se coloca é identificar quais são efetivamente as normas, dentre as normas vigentes na sociedade, tais como as normas morais, religiosas, associativas etc., que podem ser consideradas válidas e sobretudo jurídicas, segundo a Teoria Pura do Direito.

Kelsen aborda diretamente esta questão quando, de modo exemplificado, recusa como válida a ordem para entrega de determinada soma em dinheiro efetivada por um gangster e confere validade a mesma ordem emanada de um agente fiscal, justamente porque “[...] o ato do funcionário de finanças é fundamentado numa lei fiscal, enquanto que o ato do gângster não se apóia em qualquer norma para que tal lhe atribua competência.” (KELSEN, 1987, p. 09).

Assim, para a Teoria Pura do Direito é norma jurídica válida se ela retirar o seu fundamento de validade de uma outra norma jurídica posta no ordenamento e que lhe seja superior. “Isto é, uma norma tem validade se se fundamenta em outra que lhe é superior.” (KARAM, 1985, p. 135).

Dessa forma, poder-se-ia dizer que a ordem do agente fiscal é válida, pois encontra seu fundamento de validade no Decreto Estadual que aprovou, por exemplo, o Regulamento do ICMS, que por sua vez encontra seu fundamento de validade na Lei de Regência do referido tributo que, por seu turno, retira o

fundamento de sua própria validade da Constituição Federal.

Nos dizeres de Kelsen: "...uma norma vale porque e até ser produzida através de outra norma, isto é, através de outra determinada norma, representando esta o fundamento de validade para aquela." (KELSEN, 2006, p. 102)

É a tradicional Pirâmide das Normas cuja base é composta por normas individuais, precedidas das normas gerais e cujo ápice é preenchido pela Constituição, considerada como a Lei Maior do ordenamento.

Porém, se o questionamento continuar e indagar acerca da validade da Constituição, o que é de todo pertinente, haja vista que, para ser coerente com o pensamento kelseniano e para que a Lei Maior seja considerada válida, há que encontrar o fundamento de sua validade em outra norma superior. Assim, como resolver esta questão? Vale dizer, de onde a Constituição retira o seu fundamento de validade?

Kelsen, para responder tais indagações, estabelece então a Norma Fundamental (*Grundnorm*), que não é derivada de nenhuma outra, que não se encontra no direito positivo (posto), é uma norma pressuposta do sistema e cuja validade não pode ser questionada. A *Grundnorm* é um dogma epistemológico da Teoria Pura do Direito.

Nos dizeres de seu criador:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada: o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). (KELSEN, 1987, 206/207).

A Norma Fundamental é a norma mais elevada do sistema, mas não condiciona ou determina o seu conteúdo, tem por função precípua dar validade às demais normas.

Por elucidativo, transcreve-se a seguinte passagem, extraída dos debates transcritos no livro 'Estudos de Teoria Geral do Direito':

A norma fundamental é, em verdade, uma hipótese, que não pode ser inserida dentro do sistema positivo de normas. Ela é um conceito, que é aplicado num duplo sentido. Por um lado, consiste numa idéia geral

de norma, numa ‘forma’ de todas as normas; por outro, ela valida uma norma como sendo parte integrante e legítima do sistema.

A norma fundamental é, portanto, uma hipótese que serve, a um tempo, como ferramenta de compreensão do Direito e da sua conformação normativa, e como uma maneira de se determinar se uma norma é efetivamente válida para que se integre dentro do sistema de Direito. Isso remete à própria noção de purismo metodológico de Kelsen: sua busca reside na formação de um conceito geral de norma, que possa identificar metodicamente o que faz e o que não faz parte do sistema, por sua forma e por seu mecanismo lógico de formação, e não necessariamente por seu conteúdo. (CURI, 2.005, p. 191).

Pode-se dizer que o conteúdo da Norma Fundamental é único, qual seja: “Obedeça a primeira constituição histórica.” É aí que surge outra indagação: o que seria a “primeira constituição histórica”, ou melhor, como se chega a ela? A resposta o próprio KELSEN dá, com o seguinte exemplo:

Num Estado até então monárquico, um grupo de pessoas tenta, por meio de uma revolta violenta, substituir um governo legítimo, monárquico, por um governo republicano. Se for bem-sucedido, isto é, se a antiga ordem termina e começa a vigorar a nova, assim que a conduta efetiva das pessoas (para aquelas que desejam a validade dessa ordem) não acata mais a antiga ordem e assim opera com a nova, como se fora um ordenamento jurídico, ou seja, interpretam-se os atos realizados na execução como atos jurídicos e as situações de fato que os infringem, como antijurídicas. Pressupõe-se uma nova norma fundamental, não mais a dos monarcas, mas a que delega autoridade ao governo revolucionário como sendo a autoridade juridicamente estabelecida.

Se a tentativa for malograda, porque a nova ordem por ela estabelecida se mostrou ineficaz por não lhe corresponderem, com sua conduta, os destinatários da norma, o ato executado não será interpretado como uma promulgação de Constituição, mas constituirá crime de alta traição, não como um instituto do direito, mas como infração ao direito, isto é, ao fundamento da antiga ordem, cuja validade pressupõe a norma fundamental que delegava ao monarca a autoridade produtora do direito. (KELSEN, 2006, p. 98-99).

Interessante exemplo concreto do que se acabou de discorrer e que se amolda perfeitamente, é o caso do Movimento Golpista Brasileiro de 1.964. Na transcrição abaixo, extraída das “considerações” feitas à Nação pelos chefes do movimento, os Comandantes do Exército, Aeronáutica e Marinha do Brasil, quando da imposição do primeiro Ato Institucional de 06 de abril de 1.964 (DJU 10.04.1.964), asseveraram:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Ela edita normas jurídicas, sem que nisto seja limitada a normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular.” (CAMPANHOLE, 1.971, p. 09).

Conclui-se que a primeira constituição histórica é que inaugura uma nova ordem jurídica sem que tenha retirado o seu fundamento de validade de nenhuma outra norma. Dado curioso do ordenamento jurídico brasileiro é o de que, segundo Fábio Ulhoa Coelho, a nossa primeira constituição histórica é o Ato Institucional n.º 5, que foi o ato que ampliou os poderes dos militares. Vale dizer: a Norma Fundamental idealizada por KELSEN diz, para o momento e particularidade brasileira: “obedeça ao Ato Institucional n.º 5”, vez que até o presente momento a “ordem jurídica”, por ele inaugurada, não foi rompida, como diria Kelsen, por um ato revolucionário.

Com efeito, seguindo a Teoria Pura do Direito como acima se discorreu, levando-se em consideração que a Constituição Federal de 1.967 foi reestruturada em 1.969, com fundamento nesse Ato Institucional, e até a atualidade não houve rompimento da ordem jurídica estabelecida, se conclui que o AI 5 é a Norma Fundamental brasileira em conformidade com a doutrina kelseniana.

Neste sentido:

O Ato Institucional n. 5 é ainda a primeira constituição histórica brasileira porque a ordem jurídica iniciada com a sua edição ainda não foi substituída. Todas as normas hoje vigentes se ligam, mediatamente, a esse ato de exceção, fonte última de sua validade. A Carta de 1988 tem seu fundamento na emenda à Carta de 1967 e esta foi totalmente reeditada em 1969, com base naquele ato excepcional. A norma hipotética fundamental pressuposta pela ciência do direito brasileira, portanto, não poderia ser outra senão a prescrição de obediência ao editor do Ato Institucional n. 5 (COELHO, 2.001, p. 15)

Por mais paradoxal que possa parecer ao afirmar que a Constituição de 1.988, chamada de Constituição Cidadã, porto seguro de Princípios Republicanos e Democráticos, retira o seu fundamento de validade em um ato de exceção da ditadura militar, segundo os postulados da Teoria Pura do Direito, assim o é.

A Norma Fundamental estabelecida por Kelsen representa a espinha dorsal de sua Teoria Pura uma vez que é ela que confere a validade para todo o ordenamento jurídico.

4. A hermenêutica kelseniana – decisão jurídica

Ponto de fundamental importância para o entendimento da epistemologia kelseniana, a qual não poderia ficar ao largo deste trabalho, diz respeito à Hermenêutica Jurídica, sendo que sua compreensão está relacionada à Pirâmide Legal (hierarquia entre as normas jurídicas) da qual se tratou no tópico pretérito.

Como visto no tópico anterior, cada norma retira o seu fundamento de validade na norma que lhe é imediatamente superior, existindo verdadeiro liame entre elas. Portanto, cada norma inferior é determinada e condicionada pela norma superior.

No entanto, este condicionamento ou determinação não é absoluto ou completo, vez que:

A norma de grau superior não pode ligar o ato, pelo qual é executada, em todas as direções. Deve haver sempre um espaço, ora maior, ora menor de livre estimativa, de modo que a norma de grau mais alto, em relação ao ato de produção da norma ou da execução, tenha uma moldura que preencha esse ato. Até chegar a uma ordem detalhada, é preciso deixar ao executor, uma sensação de determinação. (KELSEN, 2.006, p. 114).

O liame existente entre as normas jurídicas é tão forte no pensamento de Kelsen que, para ele, simplesmente não existe dualismo entre o ato criador do direito e sua aplicação, haja vista que: “Todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior. O processo jurídico se desenvolve entre a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo.”(KARAM, 1985, p. 137).

A Teoria Pura do Direito leva ao extremo tal entendimento, a ponto de afirmar que a decisão judicial não apenas interpreta a norma jurídica, mas é uma norma jurídica individual; vale dizer: o Juiz não apenas diz o direito aplicável ao caso concreto (*jurisdiction*), mas também cria o próprio direito.

No entanto, Kelsen, ao contrário dos positivistas da escola exegética, não vê uma única interpretação possível ou correta para determinada norma, mas admite vários sentidos à mesma norma, todas de igual valor entre si, cabendo, pois, à ciência do direito (Kelsen reconhece duas formas de interpretação: a feita

pelo aplicador do direito e a feita pelo cientista jurídico) estabelecer os enunciados para as normas, elaborando assim as chamadas *proposições jurídicas*, que são as interpretações feitas pelo cientista do direito acerca de determinada norma, vale dizer: “[...] as proposições representam a leitura ou tradução dos significados possíveis de uma norma jurídica.” (GAIONO FILHO, 2004, p. 62).

Caberia, assim, à Ciência do Direito, por intermédio de um ato de conhecimento, enumerar as diversas *proposições jurídicas* de cada norma e ao aplicador do direito escolher, por um ato de vontade, dentre todas as *proposições jurídicas* fornecidas pela ciência, a que deseja ver aplicada ao caso concreto.

De fato, a norma jurídica é representada por Kelsen como uma espécie de moldura dentro da qual se acomodam vários sentidos igualmente válidos e corretos, cabendo ao cientista do direito preencher a moldura com tais significados, elaborando as *proposições jurídicas* e, ao aplicador, escolher uma dentre todas, para aplicar ao caso.

Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – tenham igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela está contida na moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (KELSEN, 1987, p. 366)

Na excelente síntese de Hatsuo Fukuda (2004, p. 77), se esclarece a questão:

Explicitando o entendimento no âmbito interpretativo, sendo a aplicação do direito uma norma de escalão superior – que determina o processo de produção da norma e, eventualmente, seu conteúdo – terá esta vinculação um grau maior ou menor, mas de qualquer modo, será sempre incompleta. A norma de escalão superior, por mais pormenorizada que seja, nunca haverá de abarcar a pluralidade

de situações possíveis; terá sempre um caráter de quadro ou moldura a preencher pelo ato normativo inferior. Esta indeterminação será intencional, desejada pelo legislador ou pela constituição, ou não-intencional, em decorrência do sentido plural das palavras usadas pela norma superior; de qualquer modo, implicará várias possibilidades de “aplicação” de direito na norma inferior, seja legislativa, produzida pelo parlamento, seja judicial, nas decisões concretas dos magistrados. Portanto, a indeterminação do direito, a moldura do direito, conduz a uma pluralidade de “aplicações”, e qualquer uma delas poderá ser considerada correta, não havendo uma única solução correta – embora apenas uma delas se torne direito positivo no ato do aplicador do direito (tribunais ou órgãos administrativos ou órgãos legislativos).

Nota-se que, para o aplicador do direito, existe uma margem de discricionariedade no momento de realizar a interpretação/aplicação do direito ao caso concreto, cabendo-lhe a escolha acerca de qual *proposição jurídica*, dentre as várias encontradas pela Ciência do Direito, preenche a moldura com os sentidos/significados da norma e deve ser aplicada ao caso que está sendo objeto de exame.

Percebe-se, pois, que, em KELSEN, para o aplicador do direito, interpretar é decidir, por um mero processo de escolha (ato de vontade), qual dos significados possíveis para a norma (*proposições jurídicas*) deve ser aplicado, e o inverso também é verdadeiro: decisão jurídica significa interpretar.

E mais, como interpretar/aplicar significa criar direito positivo, conclui-se, juntamente com Fábio Ulhoa Coelho (2001, p. 61), que: “A decisão judicial é, para Kelsen, a edição de uma norma jurídica individual.”

5. Contribuições de Kelsen à ciência do direito

Durante uma de suas conferências em Genebra, viu Kelsen, no auditório, um de seus discípulos, cujo nome havia esquecido. Ao terminar a palestra, Kelsen chamou-o e disse-lhe, desculpando-se: ‘Perdoe-me por não tê-lo chamado pelo nome, tenho uma péssima memória para nomes, creio que algum dia desses, quando acordar, não me lembrarei sequer do meu próprio.’ Ao que aquele jovem respondeu: ‘Caro Mestre, pode ser que chegue a esquecer seu nome, mas a história universal não o esquecerá jamais.’ (PRADO, 1985, p. 14, *apud* Rudolf A. Metáll)

De fato, Hans Kelsen e sua obra jamais serão esquecidos. Poder-se-ia aqui tentar enumerar e explicar todas as idéias e institutos inovados e construídos por Kelsen e que ainda são presentes em vários ordenamentos jurídicos de todo

o mundo, inclusive no Brasil. Porém, ante a sua vasta obra, tal tarefa seria, além de hercúlea, fadada ao insucesso.

Apenas de modo exemplificativo, citem-se teses que a epistemologia kelseniana já previa e que atualmente estão revigoradas e com novos ares de modernidade, tais como: a da relativa dicotomia entre o direito público e privado; a da crítica ao absolutismo da propriedade privada; o do escalonamento das normas jurídicas e regras do processo legislativo em que a Constituição Federal (inclusive com a idéia da Constituição Material) ocupa lugar de destaque; de conseqüência, o controle de constitucionalidade (muito semelhante ao atual sistema brasileiro nas suas linhas mestras).

Kelsen, talvez pretensiosamente, já em 1.960 (ano da segunda edição da Teoria Pura do Direito), previa a formação de um Direito Mundial, o que por certo deve ter gerado inúmeras críticas em sua época, tal qual se faria na atualidade. No entanto, os blocos econômicos mundiais hoje são realidades presentes, com certa unidade de normas; quem se atreverá a prever o resultado dessas uniões no futuro?

Itamar Gaiono Filho (2004, p. 68-69) enumera 06 (seis) contribuições de KELSEN ao mundo jurídico, que podem ser aqui sintetizadas (2.004, p. 68-69):

1. autonomia da Ciência do direito;
2. definição de um Objeto de Análise;
3. definição da estrutura das normas, sanção, responsabilidade, direito subjetivo etc;
4. inovações na hermenêutica, fundada no escalonamento hierárquico do direito;
5. rompimento com a hermenêutica tradicional que conferia à norma um sentido unívoco;
6. rompimento do “dogma” de que o juiz era somente a ‘boca da lei’.

Contudo, conforme afirma Itamar Gaiano Filho (2004, p. 69): “[...] talvez a maior contribuição de Kelsen para a ciência jurídica não se encontre nos postulados de sua teoria, mas sim, nas infundáveis possibilidades de desenvolvimento da ciência que somente a partir dela são vislumbráveis.”

De fato, a maior e melhor contribuição que Kelsen legou para a posteridade foi a dignidade metodológica conferida à Ciência do Direito, criando possibilidades dantes nunca imaginadas de estudo.

Cada jurista que estuda Kelsen elenca determinado ponto de sua doutrina como sendo a mais importante contribuição legada à ciência jurídica.

Neste sentido, como exemplo, cite-se o mestre Munir Karam:

O grande valor do pensamento kelseniano foi haver assinalado o poder criador da norma individualizada.” (KARAM, 1985, p. 139).

De fato, a teoria da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, o conceito de imputação, a identificação, no âmbito do direito, entre o Estado e o ordenamento jurídico, são conquistas definitivas que a ciência do Direito deve à Teoria Pura.” (KARAM, 1985, p. 03).

Tal fato somente corrobora a constatação da riqueza e variedade da obra deste pensador, que viabilizam inúmeras possibilidades de estudos, seja por intermédio do aprofundamento de seus conceitos, seja pelas críticas que lhes são dirigidas.

Por certo, muitas das idéias da doutrina kelseniana atualmente encontram-se superadas e em desconformidade com o moderno pensamento jurídico. Porém, o pensamento jurídico moderno deve e deve muito a Kelsen.

García Máyzez, citado por Itamar Gaiano Filho (2004, p. 69), perfilha o mesmo entendimento: “[...] a doutrina kelseniana poderá em muitos aspectos ser superada; mas não há dúvida de que é a mais importante arquitetura doutrinária que no âmbito do saber dos juristas, se erigiu em nossa época.”

No mesmo sentido, Norberto Bobbio destaca a grande contribuição de Kelsen para o direito, ressaltando a possibilidade de levar adiante o conhecimento kelseniano, sendo, porém, vetado o regresso: “El giro que la teoría pura del Derecho há representado en el desarrollo de la jurisprudencia teórica es, en definitiva, uno de esos giros más allá de los cuales es posible ir adelante, pero de los que nos es lícito volver atrás.” (BOBBIO, 1980, p. 261)

Os doutrinadores que se dedicam a estudar a vasta produção kelseniana e, conscientes da importância de Kelsen para a Ciência do Direito, mesmo que com ele não compartilhem dos resultados encontrados, são obrigados a admitir a sua relevância e contribuição. Neste sentido, cita-se como exemplo a obra de Arnaldo Vasconcelos (Teoria Pura do Direito: Repasse Crítico de seus Principais Fundamentos), que bem representa o que aqui se quer dizer:

Contudo, a crítica de feição ideológica, que lhe dirigimos, não pôde deixar de ser seguida do reconhecimento da grandeza de seu trabalho teórico, executado à base de condições doutrinárias adversas. Reconheça-se a Kelsen a determinação em ter tentado, a todo custo, executar o projeto teórico no qual acreditou firmemente. Apesar de tudo, valeu, e valeu muito. Com a Teoria Pura do Direito foi plantado um marco na história da ciência do Direito, o qual ninguém será

permitido ignorar. (VASCONCELOS, 2003, p. XV).

A Kelsen, por sua valiosa e extensa obra, pelos incontáveis e inesgotáveis caminhos epistemológicos legados, só se pode tecer homenagens que sempre serão prestadas ao se estudar sua obra e propagar os seus preceitos.

6. Conclusão

O presente ensaio procurou, de maneira singela, abordar os principais conceitos extraídos da Teoria Pura de Kelsen para que o leitor, em um primeiro contato com a epistemologia kelseniana tenha uma visão sintética dela. No entanto, por evidente, pontos de grande relevância para o conhecimento mais profundo e abrangente deste extraordinário pensador deixaram de ser abordados dentro da própria Teoria Pura, bem como sequer se fez a abordagem das demais produções de Kelsen, que são de grande relevância para a Filosofia e Teoria Geral do Direito da atualidade.

Deixou-se de abordar, por exemplo, as importantes lições de Kelsen no campo da democracia, ética, direito constitucional e internacional. Nem mesmo, ante a limitação deste ensaio, se tratou, no tópico da Hermenêutica Kelseniana, acerca das lacunas e antinomias das normas.

Kelsen é um Autor notável, que merece ser lido e analisado por todos aqueles que pretendam conhecer as bases teóricas nas quais se assentam a Filosofia e Teoria do Direito contemporâneas, mesmo que seja para criticá-lo e refutar suas idéias.

Caso tal curiosidade tenha sido despertada no leitor, este ensaio terá logrado alcançar o resultado almejado.

Para concluir, cito uma vez mais o mestre Tércio Sampaio (2001, p. XX) que bem exprime este estado de idéias que se pretendeu transmitir neste singelo artigo: “A obra de Kelsen ainda o mantém vivo. Suas implicações para a ciência jurídica, para a lógica da norma, como para a aplicação do direito são tão fecundas que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos.”

Portanto, fica lançada a proposta: descubramos novos ângulos, novos encaminhamentos do que nos foi legado por Kelsen. Para aqueles que aceitarem o desafio, registra-se a certeza de que encontrarão um campo vasto de pesquisa prazerosa e repleta de surpresas, que certamente serão de grande valia para uma boa compreensão da Filosofia e Teoria Geral do Direito contemporâneas, que foram, sem qualquer resquícios de dúvidas, profundamente influenciadas pela vida e obra de Hans Kelsen.

Mãos a obra, pois!

9. Referências

- BOBBIO, N. **Contribución a la teoría del derecho**. Valencia: Fernando Torres, 1980.
- CAMPANHOLE, A.; COMPANHOLE, H. L. **Atos institucionais**: atos complementares - leis complementares. São Paulo: Atlas, 1971.
- COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CURI, I. G. (Coord.). **Estudos de teoria geral do direito**. Curitiba: Juruá, 2005.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. Por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FUKUDA, H. **Verdade e objetividade na construção das decisões judiciais**: o ideal da segurança jurídica. 2004. 164 f. Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade Católica, Curitiba, 2004.
- GAIANO FILHO, I. **Positivismo e retórica**: uma visão de complementaridade entre o positivismo jurídico de Hans Kelsen e a nova retórica de Chaim Perelman. São Paulo: J. Oliveira, 2004.
- GOMES, O. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- KARAM, M. Sentença como fato criador de normas. In: PRADO, L. R.; KARAM, M. (Coord.). **Estudos de filosofia do direito**: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- KELSEN, H. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. São Paulo: M. Fontes, 1987.
- _____. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- PRADO, L. R.; KARAM, M. **Estudos de filosofia do direito**: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista Tribunais, 1985.
- PRADO, L. R. Hans Kelsen: vida e obra. In: PRADO, L. R.; KARAM, M. (Coord.). **Estudos de filosofia do direito**: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- VASCONCELOS, A. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- WITTGENSTEIN, L. **Tractatus lógico-philosophicus**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1994.

REFLECTIONS ON THE LIFE AND WORK OF HANS KELSEN

ABSTRACT: This article approaches the life and work of one of the greatest jurists of all times: Hans Kelsen. After a brief part concerning this German writer biography, his teachings, even perfunctorily, specially regarding the basic concepts of his doctrine, as a methodological principle – pureness, being, and the duty of being, fundamental norm, as well as an introduction to the Kelsian hermeneutics in order to then demonstrate the valuable contributions Kelsen’s epistemology has set to the future as it represented a true parting line to the Juridical Science by granting to the study of Law both methodological rigour and scientific autonomy completely neglected till then. Thus, it was chosen, in face of the vast amount of bibliographical material and the number of issues covered by Kelsen (who explains, among other issues, from the principle and validity of the norms, also approaching the law constitutionality controlling, to the international Law) to base the article on its major work: *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtsehere)*. This article aimed at providing an approach, as synthetic as possible, of the doctrine of Hans Kelsen, as it specially focuses those who are starting their studies on Philosophy and the General Theory of Law, as well as those who desire a dynamic review on the Kelsian postulates.

KEYWORDS: Kelsen; Postulates; Epistemology; Science.

Artigo recebido para publicação: 06/03/2007

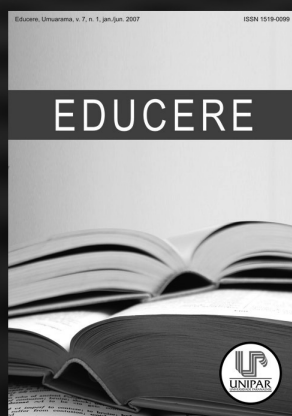
Received for publication on March 06 2007

Artigo aceito para publicação: 23/03/2007

Accepted for publication on March 23 2007

EDUCERE

Revista de Educação - ISSN 1519-0099



• Publica trabalhos na área da Educação, tais como ensino aprendizagem, políticas e práticas da Educação Básica e Ensino Superior, dentre outras.

• Periodicidade: Semestral

• e-mail: educere@unipar.br
<http://revistas.unipar.br/educere>

O CONHECIMENTO NÃO É NADA SE NÃO FOR COMPARTILHADO

