INTRODUZINDO O PENSAMENTO DE HANS KELSEN

Renata Salgado Leme[1]

Advogada, professora das disciplinas Filosofia Jurídica e Direitos Humanos, Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito/USP.

Resumo: O artigo tem por objetivo apresentar o método positivista, as suas influências no Direito, destacando algumas ideias desenvolvidas por Hans Kelsen na obra *Teoria Pura do Direito*.O estudo tem como principal escopo introduzir o pensamento do filósofo austríaco.

Resumé: L'article parle de méthode positiviste et son influence sur la Loi, en soulignant certaines idées développées par Hans Kelsen dans son livre *Théorie pure du Droit*. La portée principale de l'étude introduisent la pensée du philosophe autrichien.

HANS KELSEN

Kelsen (Praga, 11/10/1881- Berkeley, 19/04/1973). Nasceu em Praga, aos três anos de idade mudou-se com a família para Viena, estudou Direito na Universidade de Viena, recebendo o título de doutor em 1906. Em 1911, tornou-se livre-docente e publicou o seu primeiro trabalho *Problemas Fundamentais da Teoria do Direito do Estado*. Em 1919, tornou-se professor de Direito Público na Universidade de Viena. Viveu na Alemanha, Suiça e República Checa e, posteriormente, radicou-se nos E.U.A. onde permaneceu até a sua morte.

A sua influência abrange os campos da Filosofia, Sociologia e Ciência do Direito.

A sua principal obra a *Teoria Pura do Direito* foi escrita na Universidade da Califórnia, em Berkeley.

Destacamos, ainda, os seguintes estudos: *Teoria Geral do Estado; Natureza e Sociedade; Teoria Geral das Normas; A Democracia; Direito Internacional e Estado Soberano; O problema da Justiça e A ilusão da Justiça.*

O POSITIVISMO

Auguste Comte (1798/1857) e Émile Durkheim (1858/1917), pensadores franceses, conhecidos como os precursores da Sociologia Moderna, desenvolveram as sua teorias a partir do método positivista, que apresenta as seguintes características:

1. Afasta o conhecimento científico da teologia e da metafísica.
2. Trata os *fatos sociais* como *coisas*.
3. Aproxima as Ciências Humanas das Ciências Exatas.
4. Admite como *verdadeiro* somente o conhecimento científico, descartando todas as outras formas de conhecimento.
5. Afirma que tudo o que não pode ser provado faz parte do campo teológico-metafísico.

A filosofia positivista, por sua vez, passa a influenciar todas as Ciências Sociais, inclusive o Direito. Dessa forma, a Ciência do Direito influenciada pelo positivismo propõe:

1. A ruptura do Direito com o senso-comum.
2. A sublimação dos fenômenos sociais como base da lei.
3 A vontade humana como fundamento da lei.
4. A separação entre o Direito, a Moral e a Justiça.
5. O Código como o principal instrumento do Direito.
6. Que o Direito seja concebido como um meio de controle da sociedade pelo Estado.
7. A substituição dos juízes leigos pelos juízes letrados.

TEORIA PURA DO DIREITO

Direito	≠	Ciência do Direito
Real		Ideal
Fenômeno Jurídico/Social		Norma/Técnica
Ser		Dever-ser
Justo Útil Interesses ou necessidades sociais		Coerência com todo o ordenamento por razões meramente formais
De um fato decorre uma sanção (relação de causalidade)		Deve-se imputar uma sanção a um fato (relação de imputação)
		As normas existem em razão de um ato de vontade do legislador.

A *Norma Fundamental* é dada e não instituída. Ela postula a maneira de produzir a norma e não o conteúdo da norma (constitui a condição de instauração jurídica de todo processo de produção do direito positivo).

Os principais objetivos do filósofo do direito Hans Kelsen na obra a *Teoria Pura do Direito* são:

1. Apresentar os elementos essenciais da *Teoria Pura do Direito*.
2. Oferecer uma teoria que permita compreender os problemas e as instituições do direito inglês, americano e dos países que adotam o direito civil.
3. Permitir que o advogado, o juiz, o legislador e o professor pudessem, a partir dessa teoria, descrever e compreender o Direito (Kelsen propõe uma análise estrutural do Direito).
4. Delimitar o objeto de estudo específico da Ciência do Direito, distinguindo-o do objeto de estudo da Ciência Política: a) o objeto de estudo específico da Ciência do Direito é o direito positivo ou direito real, determinando o que a conduta dos homens deve ser; b) o objeto de estudo da Ciência Política é o direito ideal.
5. Estabelecer a separação entre o Direito e a Justiça.

TEMAS DEBATIDOS POR KELSEN

Segundo Kelsen, o problema da sociedade enquanto objeto de conhecimento científico era determinar uma ordem justa de relações humanas (a sociologia representava uma doutrina dos valores).

No século XIX surge a tendência de se empregar um método causal (relação de causa e efeito ou causa e conseqüência) para a análise e investigação dos problemas sociais.

As teorias de Auguste Comte, Herbert Spencer e de Émile Durkheim são bem representativas da transformação das ciências das relações humanas e sociais de uma ciência ética numa ciência causal.

Segundo Durkheim, as relações sociais ou, ainda, os **fatos sociais**, devem ser tratados como **coisas,** ou seja, tratados objetivamente. Na sua obra entitulada *As Regras do*

*Método Sociológico***,** 1ª edição de 1895, ele desenvolve os parâmetros metodológicos que devem ser observados na investigação do fato social.

Para Kelsen, o Direito enquanto Ciência Social é influenciado por essa visão (daí porque o Direito limita-se a uma Teoria do Direito Positivo e à sua interpretação).

Assim, o tema justiça que era uma preocupação dos teóricos da Escola Histórica do Direito deixa de ser objeto de preocupação para os pensadores adeptos da doutrina positivista.

1) <u>O Princípio da validade</u>

Segundo Kelsen, o princípio de validade do Direito Natural repousa no fato de que as regras vigentes na sociedade emanam de Deus, da própria Natureza ou, ainda, da Razão e são boas, certas e justas (são absolutas, uma vez que emanam de um valor). Dessa forma, essas regras são auto-evidentes e não demandam esforço algum para serem percebidas como reais (constituem uma ordem não coercitiva cuja validade é absoluta).

Já no Direito Positivo o princípio de validade repousa no fato da norma surgir da vontade humana (que ocorre no domínio do ser), todavia, essa vontade humana é a condição sem a qual não há norma, porém, não é a condição pela qual a norma é norma. Por outro lado, o Direito Positivo enquanto normatividade (comandos normativos) é o dever-ser.

Resumindo: as normas de Direito Positivo são válidas, não porque emanam de Deus, da Razão ou da Natureza, de um princípio bom, reto e justo, mas porque foram postas e impostas por uma autoridade competente (vontade humana revestida de autoridade). E para dar coerência à sua teoria ele parte do pressuposto não provado de que existe uma Norma Fundamental que estabelece a autoridade legislativa suprema (fenômeno da legiferação)

Como o Direito Positivo é elaborado a partir de uma vontade humana (vontade arbitrária), ele é essencialmente uma ordem de coerção (necessidade de criação de agências de coerção para concretizar os atos de coerção adequados às condutas desviantes). Ordem coercitiva cuja validade é relativa.

O DIREITO NATURAL E O DIREITO POSITIVO SÃO SISTEMAS DE NORMAS DISTINTOS?

Ambos relacionam-se ao mesmo objeto: conduta humana. Os métodos empregados para a regulação da conduta humana são distintos.

O Direito Natural constitui uma ordem não-coercitiva que prescreve a conduta socialmente desejada como conteúdo de um dever-ser. E o Direito Positivo constitui uma ordem coercitiva que institui atos coercitivos a serem aplicados àqueles que agem contrariamente ao desejado.

No entanto, Kelsen afirma que para se responder a essa questão é preciso analisar com um pouco mais de cuidado a fonte de validade da norma no Direito Natural e no Direito Positivo.

Sendo assim, toda vez que a investigação sobre o fundamento de validade de duas normas distintas nos reconduz a duas normas fundamentais distintas, independentes e exclusivas, isso significa que elas não pertencem ao mesmo sistema.

PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO NATURAL E O DIREITO POSITIVO

O Direito Natural é um sistema estático, uma vez que há compatibilidade entre as normas, ou seja, o conteúdo da norma derivada é compatível com o conteúdo da norma fundamental. A validade repousa na compatibilidade entre as normas.

Já o Direito Positivo é um sistema dinâmico, uma vez que a validade não repousa na compatibilidade entre a norma fundamental e a norma derivada, mas no fato de que o ato de criação da norma derivada corresponde à forma como foi prescrito na norma fundamental. Observa-se, ainda, que a autoridade que recebeu o poder da norma fundamental pode delegar todo ou parte dele a outrem (princípio da delegação).

Neste aspecto, Kelsen faz uma crítica ao Direito Natural, na medida em que para se concretizar, o Direito Natural vale-se de uma vontade humana (legislador, juiz, funcionário público), transformando-se em Direito Positivo.

LIMITAÇÕES DO POSITIVISMO JURÍDICO

A limitação do Direito Positivo repousa no fato de que a Norma Fundamental não é válida porque posta por uma autoridade competente, mas ela é pressuposta em virtude do seu conteúdo (caráter absoluto). A Norma Fundamental, então, exerce uma dupla função: 1. Estabelece uma autoridade legisladora suprema (esta função é insuficiente porque data de validade qualquer conteúdo); 2. Garante que tudo o que foi criado pode ser compreendido como significativo.

Kelsen esclarece, todavia, que a Norma Fundamental não deve estabelecer uma ordem justa, mas uma ordem significativa (relação de coerência entre as normas).

Aqui, Kelsen vai se valer dos princípios da Lógica Formal com o fim de resolver as contradições.

Assim, a contradição da norma ou a contradição entre as normas deve ser resolvida pelos seguintes princípios:

1. Da não-contradição: nenhuma coisa é e não é, simultaneamente, e sob o mesmo aspecto ou relação (não se pode afirmar: A é homem e A não é homem).
2. Do terceiro excluído: uma coisa é ou não é, ou seja, não há termo médio (A existe ou A não existe).
3. Princípio do Terceiro Equivalente: duas coisas idênticas a uma terceira são idênticas entre si. (A=C, C=B, logo A=B).

É evidente que todos estes princípios têm seus limites.

Mas se a contradição (conflito) das normas é separada pelo tempo da sua origem, desta forma, Kelsen afirma que às contradições surgidas deverão ser aplicados os princípios de interpretação do Direito, são eles:

1. A Lei posterior derroga a anterior.
2. A norma inferior deve ceder lugar à norma superior.
3. O princípio da coisa julgada.

Na visão kelseniana, a aplicação dos princípios da Lógica e dos princípios de Direito têm o propósito de dar uma interpretação significativa ao material do Direito.

Ocorre, no entanto, que existem algumas questões bastante complicadas na teoria de Kelsen:

1. Ao mesmo tempo em que Kelsen estabelece uma separação evidente entre o mundo do ser e do dever-ser ele, sistematicamente, afirma que a norma provém de um ato de vontade, então o ato de vontade é importante para caracterizar a validade da norma. Pergunta-se: se a vontade é importante para caracterizar a validade da norma, o dever-ser não tem por base o ser?
2. Quando Kelsen fala em ato de vontade, ele não está dizendo ato de poder? Afinal, quem cria o Direito, não é o poder, as estruturas de poder, os múltiplos centros de poder que existem na sociedade, que vai muito além do Parlamento?
3. A norma Constitucional define materialmente o conteúdo específico dos direitos universais, dos direitos humanos, dos direitos sociais, Art. 5º da CF etc.... Mas esta é uma dimensão material e não puramente formal!

Esses problemas, no entanto, não diminuem a relevância do filósofo austríaco que, com a sua teoria buscou estabelecer um conceito universalmente válido de Direito. E esse escopo foi, em grande parte, alcançado.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. ***Dicionário de Filosofia***. Tradução Alfredo Bosi. SP: Martins Fontes, 1998.

CARDOSO, Fernando H.; IANNI, Otávio. ***Homem e Sociedade, volumes 1 e 2.*** SP: Companhia Editora Nacional, 1971.

DURKHEIM, Émile. ***As regras do Método Sociológico***. SP: Companhia Editora Nacional, 1978.

KELSEN, Hans. ***Teoria Pura do Direito***. Tradução João Baptista Machado. SP: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. ***Filosofia do Direito***. SP: Saraiva, 1965.