

O esforço de Kelsen para salvar o positivismo jurídico

Kelsen's effort to save legal positivism

Ana Paula de Oliveira Gomes¹

RESUMO:

Mediante pesquisa bibliográfica, o ensaio científico objetiva estudar o esforço de Hans Kelsen para salvar o positivismo jurídico. Especificamente, há a intenção de: discorrer sobre a relevância dos conhecimentos epistemológicos na identificação e compreensão do problema jurídico; contextualizar a crise enfrentada pelo positivismo jurídico; abordar os distintos momentos científicos do pensamento kelseniano; confrontar a Teoria Pura com a Teoria Crítica do Direito e dar significado às consequências da norma hipotética fundamental desprovida de conteúdo. Conclusão da pesquisa: o Direito, como objeto cultural e espécie do gênero ética, converge ao fim maior da justiça social. Distanciar-se desse plano de análise é extremamente perigoso. Incorre na probabilidade de que o Direito esteja a serviço de qualquer regime, seja ele democrático ou ditatorial.

Palavras-Chave: Epistemologia. Teoria Pura do Direito. Hans Kelsen.

ABSTRACT:

By literature research, the aim of this scientific essay is to study Hans Kelsen's effort to save legal positivism. Specifically, it intends: to discuss the importance of epistemological knowledge in identifying and understanding the legal problem; to contextualize the crisis faced by legal positivism; to address the distinct scientific moments of Kelsen's thinking; to confront the Pure Theory of Law with the Critical Legal Studies; and to evidence the consequences of the hypothetical fundamental norm devoided of content. Conclusion of this research: the law, as a cultural and ethical object, converges into the aspiration of

¹ Mestra em direito constitucional. Servidora pública cearense, concursada há mais de 20 anos. E-mail: anapaulace@uol.com.br

social justice. Being distant from this analysis plan is extremely dangerous. It raises the probability that the established law is going to be in service of any regime, democratic or dictatorial.

Keywords: Epistemology. Pure Theory of Law. Hans Kelsen.

1 INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico admite distintos olhares científicos, favoráveis ou contrários, o que instiga o debate acadêmico e justifica a presente pesquisa. Kelsen conseguiu “salvá-lo”? Eis a questão orientadora do estudo.

Em termos gerais, a pesquisa intenciona analisar o esforço desse cientista para preservar a teoria que tanto defendeu. Especificamente, objetiva: discorrer sobre a relevância da Epistemologia na identificação e compreensão do problema jurídico; contextualizar a crise enfrentada pelo positivismo jurídico; abordar os distintos momentos científicos do pensamento kelseniano; confrontar a Teoria Pura com a Teoria Crítica do Direito; evidenciar as consequências da norma fundamental hipotética desprovida de conteúdo. A metodologia utilizada será bibliográfica: realizar-se-ão consultas a doutrinas, ensaios científicos, normas jurídicas, sítios institucionais e outras fontes ou materiais disponíveis.

Sem qualquer pretensão de exaurir o conteúdo, espera-se que o trabalho estimule a discussão acadêmica – a partir de visão transdisciplinar – e que incentive a continuidade de pesquisas, o que se mostra imprescindível ao aprimoramento científico.

2 A RELEVÂNCIA DA EPISTEMOLOGIA NO ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA JURÍDICO

Juridicamente, o termo epistemologia significa de acordo com Silva (2008, p. 538): “o segmento da Filosofia do Direito voltado ao estudo das fontes jurídicas”. Em sentido amplo, trata-se de aplicação filosófica com o propósito de pensar criticamente o conhecimento científico.

Ciência é empreendimento. Experimenta a teoria objetivando resultados, sendo passível de crítica. Opõe-se a dogma – inquestionável. Não é adequado falar em dogmática jurídica, já que dogma e ciência expressam ideias, a priori, divergentes. Epistemologia, pois, visa ao fornecimento de respostas convincentes à resolução do problema posto, a partir de sua melhor identificação. Viabiliza o entendimento do ser. Para Magalhães Filho (2003, p. 17):

Husserl entende que, quando um objeto está em nossa consciência, podemos chegar a sua essência (*eidos*) mediante redução eidética. A redução eidética se dá no momento em que eu submeto o objeto em minha mente a muitas variações, observando, então, aquilo que não sofreu mutações. O elemento que permanece nas alterações é a essência da coisa [...]. Carlos Cossio, utilizando o método fenomenológico de Husserl, chegou à conclusão acertada de que o Direito, enquanto fenômeno existencial, é “*conduta em interferência intersubjetiva*”. O que Cossio quis dizer é que o Direito é a conduta apreciada pelas interferências na vida de terceiros. É a conduta medida pelo outro.

Nessa linha de pensamento, os conhecimentos epistemológicos colaboram com o processo de formulação de conceitos e definições jurídicos. O conceito, concepção, significa a representação mental da essência. A definição delimita a ideia e indica o gênero ao qual a coisa pertence, o que se mostra indispensável a sua diferenciação. A título de ilustração, cite-se: gênero – ética; espécies – direito e moral. Releve-se que a essência do gênero se transmite às espécies. Direito, se compreendido como gênero, subdivide-se em direito natural e direito positivo.

O direito positivo representa conduta em interferência intersubjetiva medida por normas, a conduta humana é qualificada como lícita ou ilícita. No direito natural, o critério de medição são os princípios, a conduta se qualifica como justa ou injusta. Leciona Vasconcelos (2010, p. 388):

Ao Direito natural compete a preservação dos princípios éticos e axiológicos definidores da dignidade do ser humano; ao Direito positivo, expressá-los e garanti-los através de sua positivação normativa na esfera de convivência social. Assim, o Direito natural, além de prover ideologicamente o segundo, atua como chave de segurança relativamente a sua boa formulação e exercício.

A perquirição do *eidos* e organização do pensamento possuem raízes na Antiguidade grega. Parmênides compreendia a realidade como imutável. Buscava o conhecimento pela essência, por sua permanência. Heráclito defendia o vir a ser, a mudança, a transformação. A partir das lições da Parmênides (razão, relação estática) e Heráclito (dialética, relação dinâmica), Platão concluiu que as coisas mudam no nível dos fenômenos, mas que possuem essência imutável. O desafio do intelecto: tentar compreendê-la.

O mundo das ideias platônico seria conjunto disjunto em relação ao mundo do sensível, da matéria. Posteriormente, a preocupação de Aristóteles foi com a lógica do raciocínio formal, independentemente do conteúdo. O relevante seria aprender a pensar adequadamente.

A partir do século XVIII, a teoria hegeliana resgata a dialética: as coisas mudam porque ocorre o fenômeno da negação. Antítese, a negação da tese, tudo isso ganha importância na construção da síntese. Avançando em termos históricos, Marx compreende a dialética como processo em espiral, não circular: a história como irrepetível, singular.

Registre-se que o Direito consiste em Ciência Social tomada em seu aspecto jurídico. Como trabalha com o discurso, resta, evidenciada, a importância da Epistemologia no seu “teatro de operações”. Nesse diapasão, o próximo tópico analisará a temática do positivismo jurídico, sua crise e a proposta kelseniana.

3 A CRISE DO POSITIVISMO

A teoria de Kelsen, ápice do positivismo jurídico, consistiu em tentativa de superação do próprio contexto histórico em que se encontrava inserida: desenvolvimento da teoria da relatividade por Einstein; consequências do pós I Guerra Mundial (escassez de recursos); declínio do liberalismo econômico; quebra da Bolsa de Valores de Nova York por excesso de oferta. Segundo Silva (2009, p. 185):

A certeza buscada pelo positivismo, cujas raízes transitam de Descartes a Durkheim, acabou por resultar no *mito da neutralidade científica*, em razão de os conhecimentos serem adquiridos por *teorias afirmadas*. Contraponto essencial foi a “desconstru-



ção” representada pela física relativista de Einstein, que trouxe a incerteza e a descontinuidade e significou a *quebra* teórica da certeza em que se baseiam os modelos positivistas. O abalo foi profundo, pois atingiu elo fundamental da corrente positivista.

A física atômica identificou que não há mais distinção entre física e metafísica. De acordo com Neffe (2012, p. 14): “Com sua teoria da relatividade e seus trabalhos fundamentais sobre a teoria quântica, ele se tornou o algoz da física clássica, superando-a”. Os estudos desenvolvidos por Einstein irradiaram efeitos nas mais variadas aplicações do conhecimento humano. Kelsen procurou reagir ao cenário de incerteza conceitual, então vigente, por meio da definição de fundamentação autônoma da Ciência Jurídica, independentemente do conteúdo normativo. Eis o positivismo jurídico descritivo kelseniano.

Ao comentar a profunda reforma encampada por Kelsen, Vasconcelos (2003, p. 12) evidencia que ocorreu: “substituição da lógica aristotélica do ser pela lógica kantiana do dever ser”. Em Kant, a teoria kelseniana fundamentou a distinção entre os planos do ser e do dever ser, afastando-se da metafísica. Bessa, citando Reale (1998, p. 188), evidencia:

a distinção entre *ser* e *dever ser* é antiga na Filosofia, mas começa a ter importância mais acentuada a partir da *Crítica da Razão Pura* de Kant. É nesta capital obra que se estabelece, de maneira clara e com todo o peso de seu significado, a distinção entre *ser* e *dever ser*, entre *Sein* e *Sollen*.

De acordo com a teoria kelseniana, o ser não poderia originar o dever ser, sendo a recíproca também verdadeira. Ocorre que o dever ser kantiano possui conotação moral, enquanto o dever ser de Kelsen, sentido estritamente lógico-formal. Com imensa precisão científica, esclarece Bessa (2009, p. 221):

A distinção e mesmo a incomunicabilidade entre ser e dever ser representam pontos basilares da formulação teórica kelseniana, visto que foi a partir destes pressupostos que Kelsen optou radicalmente pelo normativismo e pelo formalismo [...]. Apesar da conclusão pelo normativismo e pela lógica do dever ser para explicar o fenômeno jurídico, Kelsen reconheceu a dificuldade que enfrentaria para se afastar totalmente do mundo do ser, pela tentação que representa a necessidade de se verificar aquilo que ocorre na vida real.

Ele pretendeu pureza para a Ciência do Direito, por meio da eliminação de quaisquer interferências metajurídicas - estas reservadas a outras áreas do saber humano. Outra intersecção com a obra kantiana pertence aos imperativos de conduta (fórmulas, comandos racionais). A doutrina kelseniana precisou a temática da imputação jurídica: liame existente entre o ato praticado pelo sujeito a um efeito (consequência jurídica). O verbo imputar significa atribuir algo a alguém. De acordo com Bessa (2009, p. 222):

Segundo Kelsen [...], as ciências causais regem-se, como o próprio nome denuncia, pelo princípio da causalidade, a saber, se A é, então B é. Já as ciências normativas, entre elas o Direito, seguem o princípio da imputação (se A é, então B *deve ser*). Assim, se alguém comete um determinado crime (se A é), deve ser aplicada a sanção correspondente (então B *deve ser*).

Nessa perspectiva, o problema sociológico importaria ao legislador, não à Ciência Jurídica, que já receberia a norma como produto elaborado. O ser guardaria relação com a natureza, sua regência ocorreria pela causalidade. Quanto à questão da justiça, seria problema da filosofia. Kelsen também afastou a problemática política do estudo do fenômeno jurídico.

À teoria pura, não importava consideração de ordem teleológica ou axiológica, algo que deveria ser tratado pela política jurídica. O núcleo de interesse: a norma. Conforme Vasconcelos (2006, p. 88): “Para Kelsen, a norma é o Direito mesmo”. Sua teoria é positivista e relativista. Positivista enquanto método de abordagem científica, relativista pela consciência de inexistirem valores absolutos. Kelsen refutou qualquer sincretismo metodológico.

Bobbio (1999, p. 31), também positivista, em perspectiva mais contemporânea, não associa Direito exatamente à norma, mas ao ordenamento: “a expressão ‘Direito’ refere-se a um dado tipo de ordenamento”. Ordenamento, enquanto sistema normativo, consiste em conjunto de normas – pelo menos duas.

Afastando-se do modelo kelseniano, adverte Hudson (2007, p. 26): “a existência da Carta de Direitos e Garantias tem aberto caminhos para essa espécie de diálogo constitucional que possa avançar nos direitos, tornando as constituições dinâmicas”. A ideia de norma como instrumento vivo, objetivando a justiça no caso concreto, caracteriza a pós-modernidade, sua complexidade e a sociedade de riscos.

Compreendido o contexto de incerteza conceitual que o positivismo lógico se dispôs a enfrentar, no item seguinte, analisar-se-ão os distintos momentos científicos vivenciados por Kelsen.

4 AS TRÊS FASES CIENTÍFICAS DE KELSEN

Kelsen nasceu no século XIX, em Praga. Sua intensa produção acadêmica transcorreu por mais de 60 anos, sendo autor de centenas de títulos. Faleceu em 1973, nos Estados Unidos. Trata-se de renomado teórico da Ciência do Direito, que muito agregou em termos de cientificismo jurídico.

Kelsen cooperou com a redação da Constituição austríaca, na década de 1920. Concebeu e difundiu o modelo de controle concentrado de constitucionalidade pela via de ação. Idealizou a primeira Corte Constitucional da história europeia – guardiã da Lei Maior – que, diferentemente de Carl Schmitt, defendia caber ao *führer* ser o guardião da Constituição. Prevaleceu, em nível mundial, o modelo kelseniano.

Ao estudar Kelsen, percebem-se três distintas fases em sua trajetória científica: a primeira, anterior à II Guerra Mundial, quando publica a Teoria Pura do Direito, sob considerável inspiração kantiana; a segunda – já nos Estados Unidos, onde se refugiou do nazismo – recebeu esperada influência do *common law*; a terceira, não tão nítida, representou uma tentativa de ajustes teóricos. Sobre a Teoria Pura, primeira fase, explicou Kelsen (2006, p. 1):

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria de interpretação.
Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito?

Kelsen expôs o ponto central de concepção (premissa metodológica): a Ciência do Direito haveria que concentrar atenção na descoberta do seu objeto. O dualismo kantiano do ser e do dever ser (categorias científicas e filo-

sólicas) consistiu em estrutura basilar. Para Kelsen, a norma seria ato volitivo da autoridade e abrangeria qualquer conteúdo – a depender da valoração da autoridade. O Direito tornaria lícita ou ilícita determinada conduta.

A ordem social, ou ordem normativa, não poderia ser desprovida de sanções. Subconjuntos da ordem social seriam o Direito (sanções institucionalizadas) e a moral (sanções sociais não institucionalizadas).

A pureza metodológica refuta a possibilidade de outros enfoques do fenômeno jurídico. O Direito é compreendido por Kelsen como ciência formal, lógica, estruturada, permanente, independentemente do conteúdo. Conceitos relevantes: norma primária – norma assecuratória da sanção (juízo hipotético simples e sancionador); norma secundária – a prescrição propriamente dita.

A sanção, na visão de Kelsen, seria essencial ao Direito (eminentemente repressivo, não educativo). O ilícito consistiria em única via de acesso, como pressuposto da sanção, e essa, como consequência do ilícito.

Ao estudar a norma jurídica, não são levados em consideração fato e valor. Há opção metodológica por isolar as influências valorativas do Direito. Diferentemente de Miguel Reale, Kelsen não é tridimensionalista, sua preocupação científica é com a estrutura lógica da norma. Direitos subjetivos são meros reflexos da norma, e inexistem direitos subjetivos inatos.

Sobre a temática da vigência e eficácia da norma jurídica: a vigência guardaria imediata relação com a existência no tempo e no espaço da norma; eficácia se relacionaria à sua aplicação.

A segunda fase de Kelsen expressou o contato com o *common law* americano, primado do costume judicial, que o levou a abandonar a ideia de que a validade normativa dependeria – apenas – da existência e da fundamentação na norma hierarquicamente superior.

Conforme Bessa (2009, p. 234): “Nesta nova fase, a norma que não é dotada de eficácia, portanto, acaba por perder sua força de obrigar, deixa de ser válida”. Restam, abaladas, as premissas de formalismo e pureza.

A teoria kelseniana, na terceira fase, representou a tentativa de formulação dos ajustes teóricos a propósito da dicotomia entre ser e dever ser (*Sein* e *Sollen*). Bessa (2009, p. 232), citando excerto da Teoria Geral das Normas (1986, p. 77), evidencia:

Não se pode explicar pormenorizadamente a diferença entre ser e dever ser. Ela é dada, espontaneamente, à nossa consciência



[...]. Tampouco se pode definir o conceito de dever ser como o conceito de ser. Mas ninguém pode negar o enunciado: algo é – constitui o enunciado *sobre um ser*, sobre a existência de um fato – é essencialmente diverso do enunciado: algo que *deve ser* – este é um enunciado sobre um *dever ser*, sobre a validade de uma norma; e essa validade é a específica existência da norma, sua existência.

A sentença não consistiria em um dever ser para ser? Partindo do pressuposto que a norma consiste em dever ser (“modelo” do direito), ao incidir, automaticamente, sobre o fato, não seria coerente inferir que o dever ser se transformou no ser?

A segregação real-ideal, assim como a dicotomia ser e dever ser, evidenciam a característica idealista da doutrina de Kelsen, pelo que se infere do seu pensamento se aproximar do idealismo platônico. O paradoxo é que a teoria kelseniana rejeitou o direito natural sob a justificativa de seu idealismo e de sua carência de experimentação. Para Kelsen, o Direito não seria dever ser axiológico, mas lógico. O próximo item evidenciará críticas aduzidas à teoria.

5 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESCOLA DE FRANKFURT COMO MOVIMENTO DE OPOSIÇÃO À TEORIA PURA DE KELSEN

Nas duas primeiras décadas do século passado foi criado o Instituto de Pesquisa Social, vinculado à Universidade de Frankfurt, com a proposta de analisar os problemas subjacentes ao capitalismo e sua visão utilitarista. Erige a teoria crítica do direito, sob influência do criticismo kantiano, da dialética hegeliana, da psicanálise freudiana e do materialismo histórico marxista, ganhando força após o advento da II Guerra Mundial.

Passou-se a questionar a racionalidade da dominação e, principalmente, a corrente normativista do positivismo jurídico, por reduzir o direito à norma – produto de criação exclusivamente estatal, de ato volitivo da autoridade constituída, sendo o ilícito a única via de acesso ao direito. De acordo com Alves-Mazzotti e Gewandsznajder (2002, p. 116-117):

Para os frankfurtianos, o valor de uma teoria depende de sua

relação com a práxis. Isto significa que, para ser relevante, uma teoria social tem de estar relacionada às questões nas quais, num dado momento histórico, as forças sociais mais progressistas estejam engajadas. [...]

É Horkheimer quem delinea os pontos fundamentais da teoria crítica. Em um artigo intitulado “Teoria tradicional e teoria crítica” (1983), publicado pela primeira vez em 1937, apresenta os princípios básicos da teoria crítica, em oposição ao que chama de teoria tradicional, da qual o positivismo seria a expressão mais acabada. Horkheimer expõe aí o conflito entre o positivismo e a visão dialética, denunciando o caráter conservador do primeiro e enfatizando a natureza emancipatória da última.

Os mesmos autores ainda destacam: (2002, p. 118): “Habermas analisaria a oposição entre o positivismo e a teoria crítica em vários outros trabalhos, retomando pontos discutidos por Horkheimer e Adorno e acrescentando outros”. O paradigma positivista, em razão de suas próprias antíteses, é posto em xeque. Segundo Alves-Mazzotti e Gewandsznajder (2002, p. 119):

O refluxo das críticas da Escola de Frankfurt à “ciência tradicional” e o debate que se seguiu à publicação da “Estrutura das revoluções científicas” de Kuhn, ambos ocorridos no início da década de 60, afetaram profundamente a maneira de ver a ciência e seu método, contribuindo para o esgotamento do já combatido “paradigma positivista”.

A cada dia, o Direito se modifica, transforma-se. Ora evoluindo, ora involuindo. Tudo viabiliza o seu processo de aperfeiçoamento, de aprimoramento, pelo que resta evidenciada a sua dialeticidade. Vasconcelos destaca (2006, p. 70) “o tempo da distinção plena entre filosofia e ciência já passou”. Registrem-se também as reflexões de Linard Filho (2009, p. 212):

A relação da ciência com outros conhecimentos (filosofia, teologia, até mesmo a arte) não só foi e é admitida, como tem se mostrado benéfica e inevitável, a despeito da equivocada e epistemologicamente superada concepção positivista de ciência insulada e contemplativo-descritiva.

O Direito é produto humano por excelência, objeto cultural, ciência social aplicada. Mostra-se perigoso reduzi-lo à norma, como o fez Kelsen,



além de compreender a sua interpretação e elaboração como ato eminentemente volitivo da autoridade. A ideia de dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, viabiliza que os valores morais sociais possam tornar-se direitos generalizados, objetivando a construção de uma ordem política mais justa, o que nem sempre expressa o desejo da autoridade.

Não se nega, contudo, que o positivismo jurídico repercutiu (e ainda repercute) no comportamento do julgador legalista, que, não raras vezes, parte da suposta completude do ordenamento, olvidando a realidade social, política e econômica. Cite-se Hespanha (2007):

Ao contrário do que muitos pensam, a certeza do direito, a sua estabilização em soluções mais consensuais e duradouras, passa justamente por aqui, por uma análise profunda e não superficial, apressada ou automática, dos interesses e sensibilidade jurídica em jogo.

A teoria crítica do Direito contesta interpretações eminentemente racionais, mecanicistas, a exemplo do normativismo jurídico garantidor do *status quo* – que expurga o jus naturalismo, cujo fundamento de validade é o ideal de justiça. A única certeza da complexa realidade plural contemporânea é que se vive numa sociedade de incerteza e riscos, o que, há muito, já fora observado pela Escola de Frankfurt e, posteriormente, aprofundado por Beck (1986, p. 11):

En verdad, el siglo xx no ha sido pobre en catástrofes históricas: dos guerras mundiales, Auschwitz, Nagasaki, luego Harrisburg y Bhopal, ahora Chernobil. Esto obliga a ser prudente en la elección de las palabras y agudiza la mirada para las peculiaridades históricas. Hasta ahora, todo el sufrimiento, toda la miseria, toda la violencia que unos seres humanos causaban a otros se resumía bajo la categoría de los “otros”: los judíos, los negros, las mujeres, los refugiados políticos, los disidentes, los comunistas, etc. Había, por una parte, vallas, campamentos, barrios, bloques militares, y, por otra parte, las cuatro paredes propias; fronteras reales y simbólicas tras las cuales podían retirarse quienes en apariencia no estaban afectados. Todo esto ya no existe desde Chernobil. Ha llegado el final de los otros, el final de todas nuestras posibilidades de distanciamiento, tan sofisticadas; un final que se ha vuelto palpable con la contaminación atómica. Se puede dejar fueva la miseria, pero no los peligros de la era

atómica. Ahí reside la novedosa fuerza cultural y política de esta era. Su poder es el poder del peligro que suprime todas las zonas protegidas y todas las diferenciaciones de la modernidad.

A crítica aduzida pela Escola de Frankfurt a teorias reducionistas – entre elas, o positivismo kelseniano – deve ser objeto de reflexão e, com espírito, o próximo item do ensaio analisará as implicações teóricas e práticas da norma fundamental hipotética desprovida de conteúdo.

6 AS CONSEQUÊNCIAS DA NORMA FUNDAMENTAL HIPOTÉTICA SEM CONTEÚDO

A norma fundamental hipotética kelseniana produz o Direito como objeto de conhecimento científico. Consiste no meio pelo qual o estudioso poderá afirmar se uma lei, ato regulamentar ou normativo integram, ou não, a ordem jurídica. Trata-se de ponto de partida, como o *Big Bang* em relação às Ciências Naturais. Segundo Bessa (2009, p. 225): “Estando uma determinada norma construída de acordo com o escalonamento de normas, cujo ápice é a norma fundamental hipotética, significa que é detentora de validade”. Sua eficácia, contudo, depende da observância e aplicação.

Para o modelo kelseniano, a norma é criada por ato volitivo da autoridade. Sua validade é obtida a partir do exame de relação entre normas inferiores e superiores. Inexiste valoração do Direito, há neutralidade. Toda ordem jurídica positiva é detentora de validade independentemente do conteúdo. Em outras palavras, o fundamento de validade constitucional é a autoridade, que determina o conteúdo da Constituição. Esta, por seu turno, obtém o fundamento de validade na norma fundamental hipotética.

Segundo Kelsen (2006, p. 1): “a norma fundamental, que constitui o fundamento de validade destas normas, nem sequer é estatuída através de um ato de vontade, mas é pressuposta pelo pensamento jurídico”. Nessa perspectiva, Direito injusto é igualmente válido – a justiça não representa requisito de validade da norma jurídica. Tem-se uma ficção. A contradição do modelo é exatamente o recurso à metafísica, da qual tanto o estudioso queria se afastar. Com autoridade, adverte Vasconcelos (2003, p. 168):

Não pode a ciência perder-se numa ficção. Tendo em vista as diversificadas funções de tal norma, seu descarte importaria a completa destruição do sistema kelseniano de ciência jurídica, construído com rigor lógico-matemático de geometria. Tombada a pedra central que dá sustentação à pirâmide, todas as demais viriam abaixo num movimento irrefreável de acomodação.

A pirâmide kelseniana é de normas, e não de conceitos. No topo, a Constituição – geral e abstrata. Geral quanto aos sujeitos, abstrata por preceituar em tese no tocante aos fatos. Na base, os negócios jurídicos e a sentença – norma específica e concreta. A norma fundamental hipotética, fruto da abstração humana, como suporte à Constituição, a unidade na pluralidade de normas.

Inferese a função nomofilática kelseniana, subdividida em nomoestática e nomodinâmica. Ao considerar o Direito estaticamente, o pesquisador, a partir das normas inseridas no ordenamento, deve confrontá-las entre si, intencionando unidade coerente e sistemática. Pela perspectiva dinâmica, estuda-se o processo jurídico, sua embriogenia e aplicação em termos de formação do conteúdo das normas jurídicas.

Inegavelmente, Kelsen teve o mérito de fixar as premissas lógico-formais a propósito da natureza da norma jurídica. O Direito é situado no mundo do dever ser. Conforme Vasconcelos (2006, p. 83):

A melhor doutrina sobre a natureza da norma jurídica tem suas nascentes na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen. A ele cabe, indubitavelmente, o mérito de haver fixado as premissas lógico-formais do tema. [...] A fim de definir e situar o caráter proposicional da norma jurídica, parte Kelsen da distinção básica entre o mundo do ser, regido por leis de causalidade, e o mundo do dever ser, que se formula por meio de regras ou leis de liberdade. Essa colocação, que viera de Thomasius e de Kant, ele a incorpora a seu pensamento, e, com os filósofos da Escola Neokantiana de Baden, Windelband e Rickert à frente, situa o Direito no mundo do dever ser.

O problema do modelo é que a norma fundamental hipotética pode servir a qualquer regime, comunista, nazista ou democrático. Em outras palavras, de acordo com o modelo kelseniano, poderia ser justificada a violência étnica vivenciada pela antiga Iugoslávia; idem no tocante ao *apartheid* e

pós-apartheid na África do Sul. Justificaria, de igual modo, tanto os regimes pós-soviéticos na Europa oriental, como as ditaduras e as pós-ditaduras na América Latina. Observa Mariano (2011, p. 35)²:

Importa tecer a ressalva, no entanto, que o desprezo pelos valores na teoria kelseniana não induz à conclusão de que Kelsen teria sido adepto dos regimes autoritários, a exemplo do nacional-socialismo alemão. Para ser coerente com a sua teoria formal sobre a validade do direito, ele não desconsiderava o caráter jurídico do direito de países submetidos a regimes autoritários, pois na medida em que as normas são criadas de acordo com os procedimentos previstos, a elas não pode ser negada a qualidade de jurídica.

Merece reflexão identificar a legitimidade com a validade e esta com a legalidade, como faz o positivismo. Sobre a necessidade de conexão entre direito e moral, registrem-se, ainda, as considerações tecidas por Mariano (2011 p. 39-40):

É de se concluir que não assiste razão ao tradicional argumento positivista de Kelsen de que a validade e a interpretação do direito de acordo com os valores éticos, morais ou de justiça, ou sua conexão com os demais sistemas normativos, criam riscos de insegurança e arbitrariedade, pois é justamente a sua abordagem positivista na interpretação que resulta num amplo espaço de discricionariedade ao intérprete.

Demo (2000, p. 26) ressalta: “o conhecimento científico não produz certezas, mas fragilidades mais controladas [...]. Dentro da visão próxima de *Habermas*, poderíamos propor que somente é científico o que for discutível”. O papel da Ciência é se aproximar da verdade. Cite-se Popper (1982, p. 251):

Uma grande vantagem da teoria da verdade objetiva ou absoluta é que ela nos permite dizer – acompanhando Xenófanos – que buscamos a verdade, mas podemos não saber quando a encontramos; que não dispomos de um critério para reconhecê-la,

² Trabalho publicado por Cynara Monteiro Mariano na Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (2011/1). Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/395/377>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

mas que somos orientados assim mesmo pela ideia da verdade como um princípio regulador (Kant ou Pierce o chamariam assim); e que, embora não hajam critérios gerais para reconhecer a verdade – exceto talvez a verdade tautológica – há sem dúvida critérios para definir o progresso feito na sua aproximação.

A partir dessas reflexões, afirma-se que a norma deve refletir a realidade social. O ser (realidade social) representa o modelo do dever ser (norma). Há comunicabilidade. A norma, ao incidir automaticamente sobre o fato, valorado socialmente, produz o direito-relação. Sobre a questão da dialeticidade, observa Vasconcelos (2000, p. 32):

Ser e dever ser são apenas momentos de transição, tanto que o ser dá origem ao dever ser, como o dever ser converte-se no ser, e assim indefinidamente.
Essa dialeticidade entre ser e dever ser tem sentido especial para o conhecimento humano, sendo o homem mesmo um ser de múltiplos contrastes.

Adverte Demo (2000 p. 40-41): “Expurgar da Ciência os valores não é, ao contrário do que se supõe por vezes, ser objetivo, mas deturpar o sujeito e por vezes a realidade, pelo menos a social, neutralizando relações que gostaríamos de ver excluídas”. Kelsen, ao insistir na incomunicabilidade entre ser e dever ser, se isola da vida real, sob pretensão eminentemente teórica. Teoria e prática não são interdependentes? A teoria não aperfeiçoa a prática? De acordo com Marques Neto (2001, p. 51-52):

Ciência é essencialmente teoria. É teoria que constitui o objeto de conhecimento; é através dela que se elaboram os métodos condizentes com a natureza de cada pesquisa; é ela que se aplica nas realizações práticas, técnicas [...]; é finalmente, em função dela que a realidade pode apresentar algum sentido.

A teoria deve estar a serviço do mundo real. Vasconcelos (2000, p. 37) sintetiza a questão da teoria em face da realidade, buscando substrato no pensamento de Edgar Morin - pesquisador da complexidade:

Edgar Morin sumaria tudo que aí ficou dito em frase lapidar, lançada de improviso numa entrevista: As teorias científicas “não

são reflexos do real, mas sim projeções do espírito humano sobre esse real. [...] O que nós captamos do mundo não é o objeto menos nós, mas o objeto visto e observado, coproduzido por nós”.

A pureza científica kelseniana, como se percebe, fundamentou e fundamenta qualquer regime político. Exatamente por esse motivo é extremamente criticada, mormente, após o advento da II Guerra Mundial.

Sobre o assunto, destaca Linard Filho (2009, p. 199): “[...] a contramão em que andou o positivismo, aqui considerado globalmente, de Augusto Comte a Hans Kelsen; da visão reducionista de ciência ao purismo metodológico do Direito, respectivamente”. A Ciência do Direito há que buscar, na Filosofia, fundamentação e legitimidade. De acordo com Vasconcelos (2006, p. 71):

A derrota do positivismo de feição purista, triunfante com Kelsen e sua Escola jurídica, no início do século passado, nada mais significou, sob esse ângulo, senão a vitória da tese da vinculação essencial entre ciência e filosofia, imanência e transcendência. Separá-las constitui ato de violência teórica, tão inconsequente como qualquer prática de força imotivada.

O Direito não se pode isolar em termos de conhecimento, precisa dialogar com outros saberes, objetivando sempre o ideal maior do bem comum e o progresso da humanidade.

7 CONCLUSÃO

O Direito, como objeto cultural e espécie do gênero ética, converge a fim maior: o ideal de justiça social. Refletir sobre essa questão implica pensar a correspondência entre o mundo ideal e o real.

Distanciar-se desse plano de análise é extremamente perigoso. Incorre na probabilidade de que o Direito esteja a serviço de qualquer regime, seja ele democrático ou não, pelo que logo se detecta ser um dos grandes problemas da Teoria Pura de Kelsen: afastar a problemática da justiça da Ciência do Direito.

Kelsen idealizou a norma fundamental hipotética para, simplesmente,

não ter de firmar a ordem jurídica em valores sociais e político-econômicos. Essa ficção jurídica – ou a priori lógico-formal – possuía a missão de garantir neutralidade científica, como se isso fosse possível.

A razão de ser de qualquer teoria consiste em aprimorar a prática, especialmente, no enfrentamento das complexas questões da pós-modernidade – cenário de sociedade plural e de risco. O mérito do positivismo jurídico foi enfatizar a necessidade de segurança jurídica na norma. Nesse aspecto, Kelsen logrou êxito em seu esforço científico, sobretudo, no tocante à repercussão da Teoria Pura do Direito que, até hoje, causa intenso debate, o que se mostra imprescindível à evolução científica.

O problema é que sua teoria fixou o sentido jurídico da Constituição como norma pura, dever ser dissociado de qualquer fundamento político, sociológico, filosófico. Isso se mostra insuficiente para alcançar o Direito em sua totalidade. Reconhecida a insuficiência, autores do porte de Bobbio, um dos grandes intérpretes de Kelsen, gastaram imensa energia no sentido de resgatar o positivismo, a partir da compreensão pela perspectiva do ordenamento jurídico.

Contemporaneamente, o neopositivismo, ou positivismo reflexivo, consubstancia seu refinamento: nova forma de ver o direito positivo, sem olvidar a exigência ética como produto do consenso social à luz dos direitos humanos.

O nazismo alemão, o fascismo italiano, bem como os regimes autoritários no Brasil, serviram-se largamente do positivismo e das conveniências da norma hipotética fundamental desprovida de conteúdo. A sociedade estaria disposta a repetir a(s) experiência(s) histórica(s)?

Kelsen considerou como objeto específico do Direito a norma, mediante eugenia, supostamente, anti-ideológica. Contudo, o Direito não constitui fim em si, mas instrumento, meio de promoção do ideal maior do bem comum. A existência de valores como justiça e segurança jurídica são definidos em nível de cada ordenamento jurídico-político, levando-se em consideração, é claro, as influências internacionais e o primado da vedação ao retrocesso.

Direito natural escrito é direito positivo. Este, se injusto, mostra-se Direito de péssima qualidade. Direito positivo e positivismo jurídico não são termos sinônimos. O ordenamento não pode desconsiderar a constante busca do Direito justo. Não se trata de questão que possa ser desprezada, mas tema de crucial importância.

Por fim, consigne-se a constante necessidade de reflexão sobre a via-

bilidade, ou não, de teorização defensora da incomunicabilidade entre ser e dever ser – doutrina do abismo. Espera-se que nova(s) pesquisa(s) aprofunde(m) o tema em pauta, a partir da investigação da possibilidade de relação da teoria kelseniana com o mundo das ideias platônico.

REFERÊNCIAS

BECK, U. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1986.

BESSA, L. S. A dicotomia ser/dever ser no pensamento de Hans Kelsen. In: VASCONCELOS, A. (Coord.); ARAGÃO, N. R. A.; VIANA, R. N. (Org.). **Temas de epistemologia jurídica**. 1. ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009. v. 2, p. 219-240.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste C. L. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

DEMO, P. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

GEWANDSZNAJDER, F.; ALVES-MAZZOTTI, A. J. **O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

HESPANHA, A. M. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2007. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Opluralismojuridico\(extracto\).pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Opluralismojuridico(extracto).pdf)>. Acesso em: 12.set.2012.

HUDSON, B. Direitos humanos e “novo constitucionalismo”: princípios de justiça para sociedades divididas. In: CLÈVE, C. M.; SARLET, I. W.; PAGLIARINI, A. C. (Orgs.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro:

Forense, 2007. p. 11-28.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

LINARD FILHO, J. H. A. Aspectos do conhecimento científico, com crítica ao (jus) positivismo. In: VASCONCELOS, A. (Coord.); ARAGÃO, N. R. A.; VIANA, R. N. (Org.). **Temas de epistemologia jurídica**. 1. ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009. v. 2. p. 198-218.

MAGALHÃES FILHO, G. B. **A essência do direito**. São Paulo: Rideel, 2003.

MARIANO, C. M. Crítica sintética ao positivismo kelseniano como teoria de interpretação da norma jurídica. **Revista do programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, cidade, v. 31, n. 1, p. 31-41, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/395/377>> Acesso em: 07 jun. 2016.

MARQUES NETO, A. R. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEFFE, J. **Einstein: uma biografia**. Tradução Inês Antonia Lohbauer. Barueri: Novo Século, 2012.

POPPER, K. R. **Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico**. 2. ed. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

SILVA, D. P. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e

Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, J. A. Conhecimento científico: conceito, determinantes e limites. In: VASCONCELOS, A. (Coord.); ARAGÃO, N. R. A.; VIANA, R. N. (Org.). **Temas de epistemologia jurídica**. 1. ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009. v.2. p. 167-197.

VASCONCELOS, A. Sobre a coação jurídica: verbete para um dicionário de filosofia do direito. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 385-400, jul./dez. 2010.

_____. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Exigências essenciais da teoria jurídico-científica. **Pensar**, Fortaleza, v.11, n. 1, p. 68-72, fev. 2006. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/776>>. Acesso em: 06 jun. 2016

_____. **Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Que é uma teoria jurídico-científica?** Revista da OAB-CE, v. 27, n. 4, p. 27-45, jul./dez. 2000.