



A OBSESSÃO CIENTÍFICA - DIREITO E ESTADO EM KELSEN

*Sandro Subtil Silva**

Introdução.

1. A TEORIA PURA DO DIREITO.

1.1 A Norma Fundamental.

1.2 A estrutura escalonada das
normas.

2. DIREITO E ESTADO EM KELSEN.

2.1. Elementos do Estado.

2.2. Kelsen: um democrata e
pacifista?

Conclusão.

* Mestrando em Direito do Estado pela UFRGS, Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.



INTRODUÇÃO

O grande projeto de Hans Kelsen, fruto do jusracionalismo e do positivismo de sua época, foi levar a pretensão cientificista do Direito às últimas conseqüências.

Falecido em 1973, quando faria 92 anos, ele publicou sua primeira obra de repercussão em 1911, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Suas publicações, incluindo traduções e reimpressões, atinge a cifra de 620 títulos, tendo sido escritos mais de 1.200 títulos sobre sua obra.

Judeu nascido em Praga, mesmo tendo enfrentado, por essa razão, difíceis experiências na Áustria e na Alemanha, foi o autor intelectual da Constituição republicana austríaca e juiz durante nove anos da Corte Constitucional Austríaca.

Participante do grupo de juristas ligado ao Círculo de Viena, ao lado de Carnap, Wittgenstein, Schlick e Freud, seu pensamento foi logo difundido para além das fronteiras austríacas, sendo considerado como divisor de águas da ciência jurídica por juristas de todo o mundo, inclusive coreanos e japoneses.

O advento do nazismo obrigou-o a um exílio nos Estados Unidos, onde lecionou até a morte na Universidade de Berkeley. Em 1979, sairia uma obra póstuma, *Allgemeine Theorie der Normen*.

No final do século XIX, a presença avassaladora do positivismo jurídico, somada à reação dos teóricos da livre interpretação do Direito, colocara em questão até mesmo a autonomia da ciência jurídica, dividida entre um natural acoplamento de sua metodologia com a sociologia, a psicologia e até com as ciências naturais e a desembocadura em critérios de livre valoração, não faltando quem recomendasse uma volta ao Direito Natural.

Nessa discussão, o pensamento de Hans Kelsen foi 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 autonomia científica. Portanto, deve-se considerar que o grande objetivo de sua obra foi discutir e propor os princípios e métodos da ciência jurídica em sentido estrito.



O presente trabalho pretende discutir o conceito de Direito de Hans Kelsen e expor algumas de suas idéias, espaiadas por sua obra, além de abordar conceitos primordiais, como a norma fundamental e a estrutura escalonada do ordenamento jurídico, evidenciados em sua principal obra, a Teoria Pura do Direito.

1. A TEORIA PURA DO DIREITO

A Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre, Einleitung in die Rechtswissenschaftliche*) é a obra principal de Hans Kelsen, tendo sido publicada a primeira edição alemã em Viena, no ano de 1934¹.

Já nos Estados Unidos, onde fora residir em razão da Segunda Guerra Mundial, no ano de 1945, saíria a segunda edição, em inglês, com o título de *General Theory of Law and State*.

A terceira edição é escrita em francês e publicada na Suíça em 1953. Já a quarta e definitiva, utilizada pela maioria dos autores e pesquisadores da obra kelseniana, trata-se na verdade da segunda edição alemã, publicada em 1960, em Viena, com o título que a tornou mundialmente conhecida, *Reine Rechtslehre*.

O que é necessário destacar a respeito de todas essas reedições é que Hans Kelsen fez alterações em sua obra original a cada uma delas. Com o intuito de traduzir sua obra para o inglês e para o francês, as modificações do texto publicado pela primeira vez em 1934 não se deveram somente aos ditames de uma transposição lingüística, mas, ao contrário, constituíram substanciais acréscimos a sua teoria, os quais culminaram na edição de 1960.

Em sua obra Teoria Geral das Normas (*Allgemeine Theorie der Normen*), publicada postumamente, em 1979, Hans Kelsen ainda revisaria vários pontos de sua teoria, especialmente a questão relativa à norma fundamental (*Grundnorm*).

¹ Anteriormente, Hans Kelsen publicara duas obras importantes, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, em 1911, já referida, e *Allgemeine Staatslehre*, em 1925.



Tal obsessão em reescrever e revisar sua obra principal e sua teoria nos mostra um homem obstinado e crédulo na capacidade do conhecimento científico de dar conta da resolução dos problemas humanos.

A grande preocupação e o grande objetivo da teoria kelseniana foi o de constituir uma teoria científica do Direito, ou, na feliz expressão de Luís Alberto Warat², ciência jurídica em sentido estrito³.

Feita essa ressalva, a compreensão de sua obra se torna mais clara e se justificam todos os seus esforços em retirar da ciência jurídica qualquer análise valorativa e afastar da sociologia a compreensão do fenômeno Direito⁴.

Esta depuração metodológica, denominada por Hans Kelsen de princípio da pureza, numa referência direta à filosofia kantiana, partiu da premissa de que o Direito, para que fosse considerado ciência, deveria ter objeto e método próprios. Seguindo o princípio da pureza, Kelsen estabeleceu que a premissa básica da ciência jurídica deveria ser o enfoque normativo, ou seja, o Direito deveria ser encarado como norma e não como fato social ou como valor transcendente.

Isolada como objeto e base do método científico do Direito, a noção de norma para Hans Kelsen parte da distinção neokantiana entre *ser* (*sein*) e *dever ser* (*sollen*). Normas são prescrições de dever ser que conferem ao comportamento humano um sentido prescritivo. Assim, levantar o braço numa assembléia pode ter um caráter descritivo (alguém levantou o braço), ou um sentido prescritivo

² Luís Alberto Warat, **A Pureza do Poder**.

³ Neste ponto, cabe notar a divergência entre José Maria R. Paniágua, na obra **História del Pensamiento Jurídico**, onde afirma que a denominação Teoria Pura do Direito poderia ser substituída por Teoria do Direito Puro, enquanto Luís Alberto Warat, na obra acima mencionada, faz questão de enfatizar o contrário, que Kelsen jamais acreditou no Direito puro.

⁴ No começo do século XX, foi posta em xeque a autonomia da ciência jurídica, como reação ao positivismo exacerbado do século XIX, o que ocasionou o surgimento das mais variadas teorias, que pregavam o acoplamento do Direito a outras ciências humanas, como a sociologia e a psicologia, a livre valoração do Direito e, até mesmo, o retorno ao Direito Natural, conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no prefácio da obra de Fábio Ulhoa Coelho, **Para Entender Kelsen**, p. 15.



(levantar o braço deve ser entendido como voto a favor de uma proposta). Enquanto prescrição, a norma é comando, é produto de um ato de vontade que proíbe, obriga ou permite um comportamento.

Isolada como objeto da ciência jurídica, a norma jurídica acabaria determinando o próprio método elaborado por Hans Kelsen⁵. Considerando-se que a norma é o objeto por excelência da ciência do Direito, há um aspecto essencial que deve ser referido a seu respeito: para Hans Kelsen, o que a diferencia das demais normas sociais e morais é seu aspecto coercitivo. O fato de ser coativa, podendo seu cumprimento ser imposto pelo Estado, através do uso da força, é que caracteriza e diferencia a norma jurídica.

Para Hans Kelsen, há dois preceitos na estrutura da norma: um que prevê certa conduta (por exemplo, *matar alguém*) e outro que estabelece uma sanção para essa conduta (por exemplo, *reclusão, de seis a vinte anos*).

O primeiro preceito é de pouca importância para a teoria kelseniana, que o denomina de norma secundária. Pode ser constituído de qualquer comando, pois a análise valorativa não diz respeito à ciência jurídica. Porém, o segundo preceito, o que determina uma sanção (que consiste na perda de patrimônio ou de liberdade e, em alguns países, até mesmo da própria vida), esse é a verdadeira alma de uma norma jurídica, constituindo a norma primária⁶.

Para Hans Kelsen, normas propriamente ditas devem conter a sanção em sua estrutura original. Todavia, sabemos que existem normas que estabelecem competências e que não possuem um preceito que estabelece uma sanção. Essas normas, todavia, destinam-se aos próprios agentes estatais.

Essas sanções, contidas na norma primária, serão executadas pelo Estado. Para Hans Kelsen, a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser

⁵ Kelsen foi acusado de reducionista por deixar em segundo plano o aspecto de fato social e de valor transcendente do Direito. Todavia, cabe frisar que sua intenção não era negar esses aspectos, mas sim isolar algo inerente ao Direito para a construção de sua doutrina científica, conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr., no prefácio da obra de Fábio Ulhoa Coelho.

⁶ Hans Kelsen, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 86.



adotada, e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, protegendo toda a comunidade do emprego da força por parte dos outros indivíduos (particulares), ou seja, o Estado detém o monopólio do uso da força e da violência juridicamente justificadas⁷.

Em situações extremas, a atribuição estatal do uso da força e da violência pode ser estendida a qualquer indivíduo, como nos casos de legítima defesa e de estado de necessidade.

A concepção normativa de Hans Kelsen e o caráter coercitivo das normas faz prevalecer a noção de dever jurídico inerente a todo o comando jurídico. Curiosamente, como reflexo dessa concepção, aparecem sob um novo prisma diversas noções jurídicas, entre as quais o direito subjetivo.

Para Hans Kelsen não existem direitos subjetivos, e sim apenas o reflexo dos deveres jurídicos de toda a comunidade a beneficiar cada indivíduo. *“Esta situação, designada como ‘direito’ ou ‘pretensão’ de um indivíduo, não é, porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros”*⁸.

Ou seja, toda vez que a atuação do ente estatal depende de uma ação do indivíduo, no sentido de levar ao seu conhecimento o descumprimento de um dever por parte de qualquer outro indivíduo, dizemos que estamos frente a um direito subjetivo. Para Hans Kelsen, o que há na verdade é o reflexo do dever jurídico de todos em relação ao indivíduo que se diz detentor de direitos subjetivos.

Nesta análise da relação existente entre os indivíduos e os deveres jurídicos, especialmente o conceito de pessoa como sujeito de deveres e de direitos se constitui o que é chamado, na Teoria Pura do Direito, de Estática Jurídica. A norma é vista em seu corte interno, em seu conteúdo, a determinar as relações entre os componentes de uma comunidade.

A questão primordial da teoria kelseniana encontra-se em outro capítulo, onde é abordada a própria gênese das normas, sendo

⁷ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 40.

⁸ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 142.



ressaltado o caráter normativo de seu processo de criação e aplicação pelo ente estatal. A este capítulo, o quinto da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen denominou Dinâmica Jurídica.

1.1 A NORMA FUNDAMENTAL

Surge no início do capítulo quinto da Teoria Pura do Direito a seguinte indagação: “*Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada a esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?*”⁹.

Com essa preocupação acerca da origem e do fundamento de validade de cada norma e do ordenamento jurídico visto como um todo, Hans Kelsen vai criar o aspecto mais polêmico de toda sua obra: a Teoria da Norma Fundamental.

A *Grundnorm* (norma fundamental) aparece de forma distinta na obra kelseniana. Primeiramente apresentada como uma norma pressuposta, foi, mais tarde, tida como uma ficção, uma espécie de artifício da imaginação utilizado para a construção de todo um sistema lógico¹⁰.

A teoria da norma fundamental parte da seguinte premissa: o fundamento de validade de uma norma jurídica repousa em uma norma imediata e hierarquicamente superior.

Como esse encadeamento lógico não pode remeter ao infinito, pressupõe-se a existência de uma norma fundamental. Ela não pode ser posta, ressalva Hans Kelsen, porque a competência da autoridade

⁹ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 215.

¹⁰ Ver o esclarecedor artigo de Constantin M. Stamatis, **La systématique du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale**.



para promulgá-la teria de ser dada por outra norma, hierarquicamente superior, o que desencadearia uma sucessão interminável de normas de competência.

Todavia, a pressuposição de uma norma fundamental justifica a validade de todo o sistema normativo. Como corolário da falta de atribuição de competência para a promulgação de uma norma fundamental, temos que a sua validade não pode ser posta em questão.

A relação entre validade e eficácia na teoria kelseniana se mostra crucial quando se trata da norma fundamental. A reiterada perda de eficácia de algumas normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico acaba por abalar a eficácia do ordenamento como um todo e culmina com a perda de sua validade. O que ocorre, nesse caso, é a substituição da norma fundamental.

Desse modo, a teoria kelseniana dá conta de justificar, sob o ponto de vista da ciência do Direito, a ocorrência de revoluções na ordem jurídica, como a Revolução Francesa e a Revolução Russa de 1917. Ao lado da mudança do regime político, sempre há a mudança da norma fundamental. Se antes a norma fundamental era obedecer ao regime estabelecido, após a ruptura passa a ser obedecer ao regime revolucionário.

Durante o período revolucionário, há caos e desordem. Como, no pensamento jurídico kelseniano, a existência da ordem é pressuposto do ordenamento jurídico, deixa de existir, temporariamente, uma norma fundamental.

Após o estabelecimento do regime revolucionário, a alteração primeira e mais importante é a mudança da constituição. A norma fundamental, então, consiste na pressuposição (substituída mais tarde pela ficção) de que devemos obedecer à constituição vigente.

Todavia, muitas vezes a própria constituição estabelece as regras de mudança da ordem constitucional, que pode ser alterada sem a ocorrência de uma revolução. Para localizarmos a norma fundamental após uma sucessão de constituições promulgadas teremos que procurar a última ruptura neste sistema, quando estaremos diante da constituição histórica.



No caso do Brasil, conforme a polêmica observação de Fábio Ulhoa Coelho, a constituição histórica é o AI-5, pela simples razão de que foi promulgado sem a previsão de competência estabelecida na constituição da época, a Constituição Federal de 1967. Diz o autor: *“Para nos valermos da expressão de Kelsen, a primeira constituição histórica deriva da revolução na ordem jurídica, tendo em vista que não encontra suporte nesta ordem, mas inaugura uma nova. O Ato Institucional nº 5 é ainda a primeira constituição histórica brasileira, porque a ordem jurídica iniciada com a sua edição ainda não foi substituída.”*¹¹

Portanto, segundo a doutrina kelseniana, a constituição histórica brasileira é o AI-5. Embora possamos sustentar que a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 tenha representado uma ruptura da ordem política vigente, o fato é que se utilizou da forma preestabelecida na Constituição de 1967, alterada pela emenda nº 1, de 1969, para a promulgação da emenda nº 26, que convocou aquela assembleia.

Poder-se-ia discutir a natureza derivada ou originária de uma assembleia constituinte, mas o que importa na teoria kelseniana é a distribuição de competência, sua única indagação e motriz do sistema dinâmico de normas.

Por outro lado, se indagamos a respeito do conteúdo da norma, que deve estar de acordo com o estabelecido na constituição, poderíamos sustentar que a emenda nº 26 extrapolou os limites materiais expostos na Constituição Federal de 1967. Todavia, não devemos esquecer que a eficácia desta emenda acabou por dotar-lhe de validade, segundo a própria doutrina kelseniana.

Embora seja sustentável a opinião de que a norma fundamental brasileira é, atualmente, “devemos obedecer aos constituintes de 1988”, não pode ser tirada a pertinência da afirmação de Fábio Ulhoa Coelho, quando diz: “devemos obedecer ao comando militar golpista de 1964”.

¹¹ Fábio Ulhoa Coelho, **Para Entender Kelsen**, p. 31.



1.2 A ESTRUTURA ESCALONADA DAS NORMAS

Segundo a teoria kelseniana, a partir da constituição desenvolve-se um sistema de escalonamento normativo, passando por todos os tipos de normas, até atingir os atos da administração e as sentenças judiciais.

Da constituição partimos para legislação ordinária e costume, jurisprudência, negócios jurídicos e atos judiciais e administrativos. Por sua vez, todos esses comandos têm sua validade última na própria constituição.

Merecem relevo, neste ponto, as observações de Hans Kelsen acerca das ‘lacunas’ do Direito, da decisão judicial ‘ilegal’ e da lei ‘inconstitucional’.

Quanto às lacunas do Direito, tradicionalmente identificadas pela falta de previsão normativa para o caso concreto ou pela falta de premissa maior a subsumir os fatos da vida cotidiana, sua existência é negada por Hans Kelsen: *“Esta teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta.”*¹²

Não deve causar espanto esse posicionamento de Hans Kelsen, uma vez que para ele a norma é vista sempre e sobretudo como um dever jurídico, cujo descumprimento é passível de sanção pelo Estado.

Cabe frisar, contudo, como esta visão, extremamente positivista, se conecta à filosofia do Direito Penal, especialmente com o princípio oriundo do Direito Romano de que não há crime sem lei anterior que o defina.

Com respeito às decisões judiciais ‘ilegais’, Hans Kelsen traça a seguinte linha argumentativa: tanto a atribuição de competência para o proferir de sentenças judiciais quanto o conteúdo destas decisões são legalmente estabelecidos na ordem jurídica.

¹² Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 273.



Por essa razão, se a lei estabelece que uma determinada Corte Judicial detém a última palavra em dado conflito, ou seja, se a decisão é irrecorrível¹³ e não passível de anulação, essa lei determina que a Corte em questão detém a prerrogativa de dizer o direito no caso concreto, não podendo ser sustentado que produziu uma decisão ilegal.

Nesse caso, ou estamos diante de uma decisão nula, e o que é nulo não pode ser anulado pelo Direito¹⁴, ou estamos diante de uma decisão anulável. Caso contrário, a sentença judicial não pode ser considerada ilegal, sob pena de pôr em xeque a própria unidade da ordem jurídica.

Enfaticamente, Kelsen nos traz este excerto: *“Uma decisão judicial não pode – enquanto for válida – ser contrária ao Direito (ilegal). Não se pode, portanto, falar de um conflito entre a norma individual criada por decisão judicial e a norma geral a ser aplicada pelo tribunal, criada por via legislativa ou consuetudinária.”*¹⁵

A unidade e a coerência interna da ordem jurídica também servem de escopo para justificar a impossibilidade de existência de lei inconstitucional válida. *“A afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à Constituição’ (anticonstitucional) é uma contradictio inadjecto; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento de sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.”*¹⁶

Como se vê, embora possam ser feitas inúmeras críticas à teoria kelseniana, duas qualidades lhe são intrínsecas: a coerência interna de todos os seus postulados e a extrema simplicidade de suas

¹³ Hans Kelsen destaca que a decisão judicial recorrível não pode ser considerada ilegal, em face de sua mutabilidade.

¹⁴ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 296.

¹⁵ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 298.

¹⁶ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 300.



afirmações. Uma vez aceitas as premissas postas por Hans Kelsen, difícil se torna a refutação de suas conclusões.

2. DIREITO E ESTADO EM KELSEN

Ao analisarmos o conceito de Direito na Teoria Pura do Direito, em primeiro lugar nos deparamos com a análise do vocábulo *Recht* na língua alemã e seus diversos significados nas outras línguas. A seguir, merece relevo a observação de Hans Kelsen, no sentido de que uma teoria do Direito deve atentar para seu caráter de ordem de condutas humanas.

Sua definição de ordem é a seguinte: “Uma ‘ordem’ é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é (...) uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem”¹⁷.

Todavia, uma outra característica se faz necessária, para distinguir a ordem jurídica das demais ordens sociais. Como o que distingue, por exemplo, as regras morais das regras jurídicas é seu aspecto coercitivo, para assegurar o cumprimento dessas normas o Estado dispõe do monopólio do uso da força e da violência legalmente constituída.

Temos assim que o Direito é uma ordem coativa, que tem na sanção o meio pelo qual se atinge simultaneamente dois objetivos: a punição de atos considerados socialmente indesejáveis e a criação nas pessoas do desejo de comportarem-se de acordo com os parâmetros traçados pela ordem jurídica, por medo de sofrerem tal ato de coação.

Estes atos, praticados pelo Estado com o uso da força física de seus agentes, são geralmente associados a um mal, como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros¹⁸.

¹⁷ Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, p. 33.

¹⁸ Curiosamente, Kelsen não descarta a possibilidade de o causador do ato pernicioso vir a receber como um bem a punição, por remorso ou por ter assegurados, no caso da prisão, casa e comida, conforme *op. cit.*, p. 36.



Esta dependência do Direito da força coativa que somente o Estado pode exercer de forma legítima leva Hans Kelsen a fundir tais conceitos e concluir: Estado e Direito são a mesma coisa, faces diferentes de uma única realidade.

A justaposição entre Estado e Direito, decorrente da necessidade do uso da força, que os caracteriza e os justifica, ao lado da teoria da norma fundamental – atrelada à idéia de que a eficácia do ordenamento jurídico acaba por determinar sua validade –, deu conta de explicar, sob o ponto de vista da ciência do Direito, a mudança revolucionária que se verificou em alguns países no final do século XIX e no início do século XX, além de destacar a dimensão da fragilidade inerente ao poder político.

Estado e Direito, assim, aparecem confundidos numa simbiose perfeita. O que merece ser notado é que, ao afirmar que não é mais possível que o poder se sustente unicamente pelo uso indiscriminado da força ou pela origem divina, devendo ter como fundamento a própria lei, apesar de reconhecer a necessidade do uso da força para que a própria lei se faça cumprir, Kelsen apenas estabelece a necessidade de que as regras do jogo sejam previamente declaradas.

A forma de manutenção do Direito e do Estado está embasada num binômio: o monopólio do uso da força física, juridicamente justificado, e a eficácia das normas que compõem o ordenamento jurídico. Todavia, como Direito e Estado se confundem, a teoria kelseniana ressalta que o descumprimento reiterado da lei pelas pessoas de um determinado Estado acaba por gerar a ineficácia dessas leis e, num segundo momento, retira a eficácia do próprio ordenamento jurídico, que perde sua validade, deflagrando a crise do comando estatal e propiciando a mudança no poder político.

Esta reversão de poder gerada pela desobediência civil acentua um aspecto pouco explorado da teoria kelseniana: seu caráter democrático, que reconhece a prerrogativa da população de acatar ou rechaçar o poder estatal. Assim como o Direito não subsiste sem o aparato estatal, o Estado sucumbe ao ver o Direito despido de eficácia.



2.1 ELEMENTOS DO ESTADO

Como visto anteriormente, o elemento primordial do Estado é o poder político juridicamente justificado, constituindo-se na própria expressão da soberania, vista tanto sob o ângulo interno (nacional, territorial) quanto externo (internacional). É relevante, no entanto, visualizar a abordagem kelseniana dos outros elementos estatais: território, povo e tempo.

O território de um Estado, para Hans Kelsen, não é nada mais do que a esfera territorial de validade da ordem jurídica nacional. Como não poderia deixar de ser, é o espaço de validade da ordem jurídica que determina os limites do território estatal. Por essa razão, Hans Kelsen nega a teoria clássica, que vê entre Estado e território uma relação de cunho patrimonial: *“O problema origina-se da idéia antropomórfica de que o Estado é um tipo de homem ou supra-homem, e o seu território um tipo de propriedade que ele possui.”*¹⁹ Para reforçar seu ponto de vista, Kelsen desconsidera a noção de perda ou aquisição de território advinda do direito internacional, focalizando apenas o direito interno.

Quanto à população do Estado, o raciocínio é similar. O povo é visto na teoria kelseniana como a esfera pessoal de validade da ordem jurídica nacional. Mais uma vez, é o direito internacional que vai estabelecer os limites e parâmetros da nacionalidade.

Hans Kelsen nos traz uma espécie de definição negativa. Cidadão nacional é o que em outras nações é estrangeiro. Aliás, essa forma de definição por contraste, ou por demonstração do conceito negativo, é típica do pensamento positivista. Toda a teoria kelseniana parte da demonstração dos limites de um determinado conceito, até a delimitação de seu conteúdo, a partir do momento em que deixa de ser aplicável ou aceito.

A doutrina clássica geralmente se esgota em definir como elementos do Estado o povo, o território e a soberania, ou o poder. Hans Kelsen traz também o tempo como elemento do Estado.

¹⁹ Hans Kelsen, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 313-4.



Mantendo sua coerência, o tempo aparece como a esfera temporal de validade da ordem jurídica nacional. O Estado é visto como um organismo vivo, com nascimento e morte definidos como problemas jurídicos.

O papel de reconhecer uma comunidade como Estado é deixado, mais uma vez, à ordem jurídica internacional. Assim, nos casos revolucionários, somente o reconhecimento, por parte da comunidade internacional, da existência de um novo Estado o habilita a ser considerado como tal.

A partir daí, desenvolvem-se os conceitos de sucessão de Estados e servidões de Estado, demonstrando a preocupação de sua teoria de explicar a diversidade de rupturas do poder político verificada no final do século XIX e início do século XX.

2.2 KELSEN: UM DEMOCRATA E PACIFISTA?

Apesar de justificar qualquer ordem estatal, mesmo fundada basicamente no uso da força, por ter retirado da análise da ciência jurídica os aspectos morais e valorativos, a teoria kelseniana, ao fazer do cumprimento da lei um requisito de sustentação dessa ordem estatal, demonstra ter em seu conteúdo uma preocupação democrática sem precedentes.

Tal observação foi feita por Miguel Reale: “A democracia não significa, dizia Kelsen, não crer em valores. Mas a democracia significa reconhecer que o valor no qual eu ponho a minha fé não exclui o valor admitido por outrem. (...) A democracia existe para que haja minoria. A democracia não existe para que haja maioria, porque a maioria existe também nos regimes ditatoriais. A democracia existe para que haja minoria, porque esta significa a presença da tolerância. Onde não há minoria não há tolerância”²⁰.

Esta é a única leitura que possibilita e justifica o estudo da teoria kelseniana nos dias atuais: a ciência jurídica não deve acatar qualquer valor, para permitir a coexistência de todos os valores. Ao lado de sua

²⁰ Miguel Reale, **Direito Natural/Direito Positivo**, p. 67.



preocupação com a democracia, ao estabelecer que uma ordem jurídica nada vale se não for observada minimamente pelos integrantes de um Estado, Hans Kelsen criou o embasamento teórico de qualquer Estado de Direito, em qualquer lugar e em qualquer época.

Kelsen retirou da ciência jurídica, pelas mesmas razões apontadas anteriormente, a preocupação com a concretização da justiça. Em sua obra **O que é Justiça?**, ele sustenta que não existem dois povos ou duas épocas que tenham respondido a essa pergunta da mesma maneira. Embora afirme que não existe um conceito único de justiça, Kelsen não quer dizer, com isso, que sua concretização tenha deixado de ser o objetivo maior da humanidade; apenas propôs que essa não deve ser uma preocupação da ciência do Direito em sentido estrito. Portanto, para que o Direito possua o caráter científico que Kelsen tanto almejou, o significado desta verdadeira quimera humana deve ser descoberto pelos povos de cada época.

Na sua Teoria Geral do Direito e do Estado, Hans Kelsen afirma que o Direito designa uma técnica específica de organização social. *“Direito e justiça são dois conceitos diferentes. O Direito, considerado como distinto da justiça, é o Direito positivo. É o conceito de direito positivo que está em questão aqui; e uma ciência do Direito positivo deve ser claramente distinguida de uma filosofia da justiça”*²¹.

A obsessão científica de Hans Kelsen talvez hoje nada signifique. Talvez seja mais adequado ver como simples prática social o fenômeno Direito. Todavia, a importância de sua teoria e a originalidade de sua concepção de Estado são de valor inestimável para a cultura de todos os povos.

Outro aspecto de importância ímpar a ser destacado no pensamento de Hans Kelsen é sua preocupação com a paz. Testemunha de duas grandes guerras mundiais, tendo, inclusive, se transferido para os Estados Unidos em razão do conflito de 1939, este tema não poderia passar despercebido de sua indagação filosófica.

Miguel Reale ressalta: *“São vários, porém, os escritos dedicados por Kelsen à justiça, ao Direito Natural e à paz, o que demonstra que se ele, enquanto jurista, foi cego para os valores, não o foi como*

²¹ Hans Kelsen, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 08.



homem ao cuidar dos valores sob o prisma ideológico. É o Kelsen filósofo do Direito que completa a visão do Kelsen teórico do Direito e da Jurisprudência Sociológica.²²”

Portanto, embora pouco conhecida e divulgada, a filosofia kelseniana, que extrapola a Teoria Pura do Direito, é de vital importância para que compreendamos integralmente o pensamento deste que foi um dos maiores teóricos do Direito de todos os tempos.

CONCLUSÃO

As críticas à teoria de Hans Kelsen são profundas e numerosas. Desde sua proposta metodológica inicial, fundada num questionável neokantismo, uma vez que Kant não é citado no decorrer de sua obra, até a falsa acusação de ter justificado cientificamente regimes totalitários como o nazismo e o fascismo.

Também a pureza de sua teoria é criticada, por não dar conta de explicar o Direito apenas sob o ponto de vista normativo, seu objeto e base de seu método. Hans Kelsen expande a ciência jurídica até seus limites e denuncia, assim, sua limitação enquanto objeto de conhecimento humano.

Todavia, a preocupação primordial deste trabalho foi mostrar outros aspectos da teoria kelseniana, o Kelsen que existe além da Teoria Pura do Direito, preocupado com os problemas de seu tempo.

Embora possamos considerar sua obra ultrapassada, é inegável que mesmo os inúmeros volumes escritos para refutar suas teses apenas ressaltam a excelência de seu pensamento e a importância ímpar de sua teoria no século XX. A obsessão científica de Hans Kelsen serviu de base para todas as concepções modernas do fenômeno jurídico²³, mesmo aquelas que negam seus postulados. E a referência a sua obra sempre será de fundamental importância para qualquer pessoa que queira conhecer o Direito.

²² Miguel Reale, **Direito Natural/Direito Positivo**, p. 74.

²³ A título de exemplo, note-se a similitude existente entre a teoria kelseniana e a teoria autopoietica do Direito, conforme a obra de Gunther Teubner **O Direito como Sistema Autopoietico**.