

## **Hans Kelsen- disceptações pontuais sobre a teoria genética como representação de funcionamento do conjunto normativo jurídico.**

*João Fernando Vieira da Silva*

“ Se a Justiça é tomada como critério da ordem normativa a designar como Direito, então as ordens coercitivas capitalistas do mundo ocidental não são de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal comunista do Direito, e a ordem coercitiva comunista da União Soviética não é também de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal de Justiça capitalista. Um conceito de Direito que conduz a uma tal consequência não pode ser aceito por uma ciência jurídica positiva”. (Hans Kelsen in *Reine Rechtslehre*. Trad: J. Baptista Machado. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes: São Paulo, 1998. p. 54).

### **1- Introdução**

O recorte a ser realizado no presente trabalho incide diretamente sobre Hans Kelsen e a teoria genética como modalidade de representação de funcionamento do conjunto normativo jurídico. Ainda que os temas que aqui se proponham a discutir sejam gigantescos e de inesgotável potencial epistemológico, um visão perfunctória, mas não superficial, pode ser esboçada. Kelsen é um autor fascinante e certos mitos devem ser desfeitos. Em nome desta boa causa, qual seja, tentar apresentar o verdadeiro Kelsen e não a pálida teoria kelseniana que desinformados ou pouco estudiosas mentes “jurídicas” (???) apresentam é que se encara esta empreitada.

## **2- A teoria orgânica e a teoria institucionalista- representações que ensejam reparos**

Ainda que breve, o presente estudo colima extrema seriedade. Para tanto, antes de percorrer o edifício kelseniano, é preciso conhecer outras construções, entender seus meandros, perceber suas vicissitudes e apontar o porquê de tais teorias serem menos valorizadas na comparação direta com a obra de Kelsen.

Muitas poderiam ser as abordagens aqui trabalhadas, considerando a vastidão de doutrinas existentes sobre a matéria em debate. Contudo, nosso foco se resumirá a dois modelos: a teoria orgânica de Savigny e a teoria institucionalista de Saint Romano.

No princípio desta jornada fundamental será valioso trazer à lume a teoria orgânica do Direito, pautada basicamente nos trabalhos de Friedrich Von Savigny.

Savigny é um pensador que merece ser analisado com apreço. Sua polêmica com Thibaut contra a codificação do Direito na Alemanha configurou um dos capítulos mais impactantes da história do Direito no século XIX.

A teoria orgânica colima a apuração daquilo que se convencionou chamar de o “espírito do povo”, isto é, a exacerbação de fontes não estatais e não legislativas do Direito.

Para Savigny, na consciência comum do povo vive o Direito Positivo. Em bom português precisa ser dito o seguinte: a origem do direito reside no povo.

Importante assinalar que a descoberta daquilo que seria o “direito do povo” não se resume a uma constatação individualizada das vontades e anseios de cada indivíduo em específico. Há a necessidade de uma visão orgânica e histórica do Direito, de maneira que seja possível aferir universalmente o “espírito do povo”.

Simbólico nesta teoria é o seguinte trecho do postulado de Savigny: “O direito que vive na consciência do povo não é um composto de regras abstratas, mas é a viva intuição dos institutos jurídicos no seu complexo orgânico; quando surge a necessidade de conceber uma regra na sua forma lógica, esta deve ser obtida mediante um procedimento artificial, trazendo-a daquela complexa intuição”.

Com efeito, resta nítido em Savigny interessante construção do Estado que tem como ponto de partida justamente o Direito, bem como mentalidade no sentido de que o Direito não se resume a um grupo de comandos, mas sim um verdadeiro “todo” fundado na vida social.

As palavras de Savigny soam cativantes e sua teoria tem certo lirismo e beleza. O problema grave para acatar tal teoria como um sistema jurídico factível e passível de ser operacionalizado é seu caráter indubitavelmente abstrato, indeterminado, ininteligível.

Cumpra, sem rodeios, indagar: o que é o “espírito do povo”?

Respostas múltiplas existirão, cada uma variando conforme os interesses de quem se propõe a dissertar sobre tal expressão, o tempo, o espaço, o contexto de cada afirmação. Se, no campo semântico, já é difícil razoável consenso sobre o que efetivamente seria o “espírito do povo”, no campo pragmático esta busca redundaria em um “sebastianismo” inarredável.

Não há como, de forma uníssona e com argumentos facilmente apreensíveis por todos os utentes da linguagem jurídica, definir o que é “o espírito do povo”. Partir disto para construir um sistema jurídico é avançar em terreno com alicerces ocultos, de estrutura frágil, nos quais a incerteza atesta-se alarmante.

Terminologias apaixonantes como “espírito do povo” podem ainda ser lamentavelmente manipuladas. Qualquer falaciosa retórica negra e os gritos de uma ação estratégica dissonantes do bem comum podem verter este bonito símbolo como bandeira de discursos vazios de conteúdo e com mensagem subliminares até de totalitarismo. Evocar o “povo” foi e ainda é apanágio de apresentações arbitrárias do Direito e do Estado.

Logo, considerando a ausência de porto seguro para dar aplicabilidade normativa aos postulados da teoria orgânica, cumpra, inobstante o fausto acadêmico de tal obtemperação, abandonar este viés e partir para outros parâmetros no que concerne ao tópico em apreciação.

Abordando agora a teoria de Saint Romano, qual seja, a teoria institucionalista, a priori cabe dizer que o termo “instituição” será usado na dicção do teórico em tela como “ordenamento”. Uma visão arguta constatará, de cara, que Saint Romano é refratário de uma visão de Direito como conjunto de normas.

Para Saint Romano, a “instituição” requer a menção de três elementos básicos, quais sejam: sociedade, ordem social e organização .

Segundo Saint Romano, não há que se falar em sociedade sem que exista, nela, a manifestação do fenômeno jurídico. É preciso, pois, suplantar o campo de considerações puramente individuais.

Sobre ordem social, acentua-se que seria tudo aquilo que não pode ser reduzido ao puro arbítrio, isto é, seria, com efeito, uma força não ordenada. Já para caracterizar o termo “organização”, prevê um ente substantivo, com vida própria.

Estas complicadas reflexões de Saint Romano querem passar a impressão de que antes da norma destaca-se uma ordem social organizada e é no fato de ser organizada que reside a possibilidade dos indivíduos em sociedade terem direitos e deveres. Assim sendo, o Direito não se resume apenas a regras de conduta, carecendo de institucionalização, algo exterior, visível, permanente, com nuances de autêntico “corpo social”. Conforme Saint Romano, “todo ordenamento jurídico é uma instituição, e, vice versa, toda instituição é um ordenamento jurídico”.

Em Saint Romano, o Direito é a essência da instituição. Contudo, apesar do respeito que se deve conferir à teoria formatada por Saint Romano, é preciso novamente tecer considerações críticas nesta breve dissertação.

Das complexas exposições de Saint Romano, restou evidente uma idéia obtusa de uma “instituição” que antecede as normas, ou seja, um Direito anterior a toda norma jurídica. Entretanto, o calcanhar de Aquiles de tal meta é justamente o termo “instituição”, expressão que traz consigo inefável indeterminismo. A tentação socrática, tendência já adotada no estudo de Savigny, também impera aqui. Afinal de contas, perguntar não ofende: o que é “instituição”? Embora saibamos que dentre seus atributos destaca-se o caráter permanente, fechado, com substantividade própria, seu significado é múltiplo, impreciso, variável conforme as conveniências de cada orador. A instabilidade semântica constitui vício terrível quando nos deparamos com teorias que se propõe a explicar o fenômeno jurídico.

Mais uma vez uma teoria trabalha com postulados obtusos e impassíveis de demonstração prática. O Direito se alimenta de faticidade, precisa de respostas, não é meramente investigativo e zetético e não pode ficar relegado ao mundo das especulações mágicas só apreensíveis por um “seleto” grupo de iniciados.

Neste sentido, Hart, ao tecer considerações sobre os problemas para a definição daquilo que efetivamente é Direito, faz menção expressiva para as críticas que aqui se advogam: “Estas afirmações aparentemente paradoxais não foram contudo feitas por visionários ou por filósofos profissionalmente interessados em duvidar das expressões mais simples do senso comum. São o resultado de prolongada reflexão sobre o direito, feita por homens que foram, antes de mais nada, juristas, ocupados profissionalmente, quer com o ensino do direito, quer com a sua prática, em alguns casos ocupando-se com a aplicação do direito como juízes. (...) Projetam uma luz que nos faz ver muito do que estava escondido no direito; mas a luz é tão brilhante que nos cega para o restante e assim nos deixa sem uma visão clara do todo. Há um estranho contraste entre este debate teórico infundável e a aptidão com que a maior parte dos homens cita, com facilidade e confiança, exemplos de direito, se tal lhes for pedido”.

Com tais desfechos, em que pese a autoridade acadêmica dos doutrinadores ora analisados, é importante concluir no sentido de que produziram teses incapazes de apresentar uma palatável, didática e completa explicação do Direito. Se tais ilações não satisfazem os objetivos galgados neste estudo, é chegado o instante de partir para a teoria genética em Kelsen, aquela que mais êxito obteve na tarefa de buscar a representação de funcionamento do conjunto normativo jurídico.

### **3- A teoria da origem genética como representação do funcionamento do conjunto normativo- a contribuição de Kelsen**

A obra prima de Kelsen talvez seja o livro “Teoria Pura do Direito”, um notável exemplar de quão uma mente jurídica pode alcançar brilhantismo. Entretanto, a produtividade acadêmica de Kelsen não se resume só a esta obra. Esta advertência inicial se presta a mostrar que o pensamento kelseniano, além de não ser reduzível a tão somente um ponto de vista, pode abordar parâmetros os mais variados, o que demonstra que Kelsen atravessou vários estágios, se alimentou das mais diversas influências e alcançou resultados que qualquer honesto cultor das ciências jurídicas até hoje é capaz de apresentar admiração .

A teoria de ordem genética, o tema em comento, imagina o Direito como conjunto normativo no qual as normas derivam de relações de competência e dedução lógica.

A grande máxima desta teoria ganha em eficiência, praticidade e robustez lógica em comparação com outras teorias pelo fato de ser um conhecimento que, em suas linhas gerais, é simples. Se é simples, é inteligível, pode ser bem compreendido pelos utentes da linguagem jurídica e até mesmo os participantes de comunidades leigas, evita ruídos de comunicação e pode ser manejado na prática sem maiores entraves.

A simplicidade da teoria genética pode ser sintetizada na máxima de que “uma norma é válida se é logicamente derivada de outra norma válida ”.

Exposto, sem maiores rodeios, um dos pontos centrais da teoria kelseniana, cabe avançar em outras discussões correlatas.

Para Kelsen, o sistema de derivação de normas tem dois quadrantes possíveis, quais sejam: a) Derivação estática- uma norma deriva da outra em função de acepções de conteúdo, valorativas; b) Derivação dinâmica- uma norma deriva da outra em razão de sucessivas autorizações.

Certamente, para Kelsen, o modelo de derivação estática se adequou mais a sistemas normativos estritamente morais e, assim sendo, se compatibilizará com aquilo que convencionou-se chamar de Direito Natural. Kelsen não deixou de relacionar tal matéria em seus estudos, mas sempre ostentou firme desaprovação no que concerne à aceitação e aplicabilidade de tais postulados.

O modelo dinâmico traz à tona a idéia de uma sucessiva cadeia de autorizações. As normas são organizadas a partir de outras normas, sendo importante considerar a atividade das autoridades produtoras de normas, pois são elas que podem dar

legitimidade e seqüência à cadeia, bem como regular dos procedimentos a serem adotados.

O modelo dinâmico se mostrou mais presente no Positivismo Jurídico moldado por Kelsen, que imaginou uma teoria do Direito Positivo independente dos particularismos típicos da realidade de cada país. Kelsen foi enfático ao afirmar que a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo- do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. A rede de autorizações sucessivas para criação de normas está claríssima na elaboração da norma fundamental.

A norma fundamental pode ser inicialmente caracterizada como uma norma base autorizadora das relações de firmamento de competências e deduções lógicas para a criação do conjunto de normas. Sabemos muito bem que a Constituição fixa os critérios a partir dos quais uma norma deve ser considerada como jurídica ou não jurídica. Contudo, os marcos político-jurídicos da Constituição não são capazes de explicar todo o fenômeno normativo, sob pena de se incorrerem em um simplismo dogmático de crer que a Constituição tem todas as respostas para as dúvidas acerca da origem, fundamento e legitimidade do conjunto normativo.

A primaz passagem sobre a norma fundamental em sua clássica obra “Teoria Pura do Direito” se dá da seguinte forma: “ O ato criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua. (...) Um tal pressuposto, fundante da validade objetiva, será designado aqui por norma fundamental (Grundhorn). Portanto, não é o ser fático de ato de vontade dirigido à conduta de outrem, mas é ainda e apenas de uma norma de dever-ser que deflui a validade-sem sentido objetivo-da norma segundo a qual esse outrem se deve conduzir em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade”.

Acima e anterior à Constituição deve existir uma razão normativa, algo que seja inclusive capaz de fundar racionalmente a Constituição. Pois bem, esta norma anterior e externa reside justamente na norma fundamental .

A força da norma fundamental como ápice da pirâmide normativa e elemento que dá gênese ao conjunto normativo pode ser bem caracterizada no seguinte trecho da obra kelseniana: “ 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- como veremos- uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as outras pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem”.

A norma fundamental é hipotética, pressuposta. Aqui Kelsen expressamente bebeu das lições de Kant, que afirmava que em qualquer ramo do conhecimento alguma pressuposição se faz premente para o encontro de certos conhecimentos.

Ainda procurando explicitar o caráter pressuposto da norma fundamental, urge expor o seguinte: “Mas interessa especialmente ter em conta que os atos através dos quais são produzidas as normas jurídicas apenas são tomados em consideração do ponto de vista do conhecimento jurídico em geral, na medida em que são determinados por outras normas jurídicas; e que a norma fundamental, que constitui o fundamento da validade destas normas, nem sequer é estatuída através de um ato de vontade, mas é pressuposta pelo pensamento jurídico”.

Kelsen preconizou uma leitura específica do Direito que retirasse da ciência jurídica interferências indevidas de outros campos do conhecimento. A ciência jurídica, enquanto descrição do Direito, não pode ser contaminada pelas intempéries valorativo-subjetivas de outros ramos do saber. Daí desponta, com vigor, a idéia de “pureza” do Direito. Isto significa que Kelsen se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Com isto, colima evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.

Uma passagem sintomática desta separação em Kelsen é esta: “ Os predicados de valor envolvidos nos julgamentos que declaram certa conduta lícita ou ilícita serão designados aqui como “valores do Direito”, ao passo que aqueles envolvidos nos julgamentos quanto à justiça ou injustiça de uma ordem jurídica serão chamados “valores de justiça”. Os enunciados que afirmam valores de Direito são julgamentos objetivos de valor, e os que afirmam valores de justiça são julgamentos subjetivos de valor. (...) A existência do valor do Direito é verificável objetivamente. O valor da justiça, porém, não é da mesma natureza que o valor do Direito. Quando julgamos uma ordem jurídica ou uma instituição justa ou injusta, queremos dizer algo mais do que quando dizemos que um prato de comida é bom ou ruim, indicando que o consideramos ou não agradável ao paladar. (...) As normas efetivamente usadas como padrões de justiça variam, conforme assinalamos, de indivíduo para indivíduo, e são muitas vezes irreconciliáveis. Algo é justo ou injusto apenas para o indivíduo que acredita na existência da norma de justiça apropriada, e essa norma existe apenas para os que, por um motivo ou outro, desejam o que a norma prescreve. É impossível determinar a norma da justiça de modo único”.

Restou, com clareza solar, uma forte rejeição kelseniana de que sua teoria de ciência fosse invadida por concepções de conteúdo subjetivo. Enfático, Kelsen afirmou que os julgamentos de justiça não podem ser testados objetivamente. Portanto, não há espaço para eles dentro de uma ciência jurídica.

A adoção com mais vigor do modelo dinâmico por Kelsen permite ainda que existam fenômenos de delegação, isto é, a expressa possibilidade de que o ordenamento confira poder delegado a outras autoridades normativas para participar ativamente da cadeia sucessiva de normas.

Em Kelsen, o Direito se firmou como técnica de controle social, agindo através de motivação “indireta” das condutas do homem. Com o manejo de sanções punitivas por

um aparato estatal racionalmente organizado, aqueles que ousassem desobedecer as normas tinham consciência dos prejuízos que tal desobediência poderia gerar. Fica óbvio então que Kelsen concebeu um homem racional, capaz de guiar suas atividades em razão da sanção e do temor de sofrer prejuízos se fugir dos parâmetros normatizados de conduta. Assim sendo, o Direito combate a força provinda do arbítrio torpe e desmedido com a força legitimada pela regulação das normas. O Estado está autorizado a usar a força, mas de forma razoável e limitada e tão somente quando o combate a ser feito disser respeito às desobediências ao estatuído no ordenamento jurídico. Aquilo que não configurar desobediência ao ordenamento jurídico posto não é vedado e, por conseguinte, um mínimo de liberdade não normatizada é sempre garantida ao particular.

Invocar de maneira recorrente o termo “norma” também faz com que certo destaque tenha que ser dado ao caráter de imputação no Direito. Para Kelsen, os fenômenos da natureza são fulcrados no princípio da causalidade, ao passo que os acontecimentos normativos ganham espede no princípio da imputação. Nesta construção é que pode ser efetuada a grande distinção entre os mundos do “ser” e do “dever ser”.

O mundo do “ser” simboliza o mundo físico, aquilo fundamentalmente aferido pela mera constatação de fatos naturais. Este mundo é regulado em essência pelo princípio da causalidade, ou seja, se algo “é”, seu conseqüentário também “é”.

Já o mundo do “dever ser” implica em uma relação entre fatos e normas alheias aos fatos. Através de uma ligação de imputação, as ações humanas são analisadas sob o enfoque de ações humanas normativamente reguladas, de maneira que se algo “é”, o seu conseqüentário não necessariamente também “é”; sua conseqüência não está no quadrante do “ser”, mas sim no “dever ser”.

Com certeza, do mundo do “ser” não pode advir um dever. É escorrito insistir na tecla de que só de uma norma pode derivar a validade de outra norma.

Um bom exemplo disto pode ser extraído do seguinte trecho da obra kelseniana: “Certa conduta humana é um delito porque a ordem jurídica vincula a essa conduta como condição, como conseqüência, uma sanção. (...) A partir da perspectiva de uma teoria cujo único objeto é o Direito positivo não existe nenhum outro critério de delito que não o fato de ser a conduta a condição de uma sanção. Não existe um delito em si”.

O que transforma um fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é sua faticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui.

Kelsen pontificou como poucos uma realidade de autopoiese jurídica, na qual, no fim das contas, além do Direito regular o processo de criação de normas, toda criação acaba também redundando em aplicação. Logo, por exemplo, quando o legislador produz leis, em verdade ele está dando aplicabilidade à Constituição. Mesmo o juiz,



apesar das severas objeções que muitas visões tradicionalistas da separação de poderes podem lançar, também cria normas, uma vez que, quando aplica leis está criando as sentenças, normas, em geral, de cunho individual.

#### **4- Conclusão**

Sobre a teoria orgânica de Savigny e a teoria institucionalista de Saint Romano restam críticas firmes sobre a inteligibilidade e praticidade de tais estudos. Kelsen programou um modelo de representação de funcionamento do conjunto normativo que, se não chega à perfeição (uma meta impossível no Direito!), é, na comparação direta, sem sombra de dúvidas, o mais adequado para explicar racionalmente e de forma prática o fenômeno jurídico.

Críticas localizadas podem ser lançadas a Kelsen, como podem fazer parte da doutrina de qualquer bom pensador jurídico. A desconfiança de que a norma fundamental talvez não dê conta de justificar o sistema de escalonamento de normas kelseniano é um ponto de sua vasta obra que gera interminável reflexão. Pondere-se também a respeito do abuso da sanção como caractere de obediência de normas, bem como a ausência de sensibilidade para mesclar os modelos dinâmico e estático na busca do referencial ideal para derivação de normas.

Contudo, a lógica, coerência e primor metodológico do conjunto da obra kelseniana revelam-se ainda bases muito fortes para explicar e resolver crises do Direito nos tempos hodiernos.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

HART, Herbert L.A. The concept of law. Oxford: Oxford University Press. Trad: A. Ribeiro Mendes. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994

KANT, Emmanuel. Kritik der Reinen Vernunft. Trad: M.P. dos Santos. Crítica da razão pura. Calouste Gulbenkian: Lisboa

KELSEN, Hans. General Theory of Law and State. Trad: Luis Carlos Borges. Teoria Geral do Direito e do Estado. Martins Fontes: São Paulo, 1998 \_\_\_\_\_Reine Rechtslehre. Trad: J. Baptista Machado. Teoria Pura do Direito. Martins Fontes: São Paulo, 1998

ROMANO, Santi. L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri Del diritto. Pisa: Mariotti, 1917, §10

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. System des heutigen römischen Rechts. Tradução: Vittorio Scialoja. Torino: Unione tipografica editrice, 1886

**Fonte:**

[http://www.doctum.com.br/unidades/leopoldina/graduacao/direito/a  
rtigos/artigo1](http://www.doctum.com.br/unidades/leopoldina/graduacao/direito/artigos/artigo1)

Acesso em 22/05/2009