

1. INTRODUÇÃO

Ao expor uma idéia de Ciência Jurídica como sendo uma ciência formal e hipotético-dedutiva, Kelsen diferenciou seus pressupostos daqueles do positivismo tradicional que, sob vários aspectos, se confundia com a Sociologia Jurídica. A concepção de que só a norma formalmente válida faz algo ser jurídico, é essencial na dogmática Kelseniana e assim, fora do exame das normas, nada mais deveria importar ao renomado juscientista. Tal concepção, todavia, além de afastar da ciência jurídica o estudo dos fatos geradores das normas, vai mais além, colocando sob olhar cético a importância do conteúdo moral da norma. Kelsen pretendia superar isso tudo ensinando que o conceito de justiça deveria ser distinguido do conceito de direito e que portanto a norma de justiça tem vida à parte da

norma jurídica "A norma da justiça indica como deve ser elaborado o direito quanto ao seu conteúdo"¹ mas "o direito positivo não vale pelo fato de ser justo ou pelo fato de sua prescrição corresponder a uma norma de justiça..."². "Os atos do legislador, suas escolhas e decisões podem ser medidos por normas de justiça mas o valor justiça do ato normativo deve ser claramente distinguido do valor jurídico que as normas de direito positivo constituem"³.

Restaria considerar que um direito, assim formalmente observado, não pode ter em conta todas as dimensões do fenômeno jurídico, como fenômeno sócio-cultural e portanto impregnado do valor. O avanço da Culturologia deixou para trás a idéia preconceituosa de que as categorias que interessam à cultura sejam necessariamente metafísicas.

Assim o agnosticismo axiológico de Kelsen será válido até o momento em que não se puder tratar cientificamente dos valores do Direito, ou seja até o ponto em que se não possa demonstrar que uma norma seja justa ou injusta, socialmente útil ou não.

Se considerarmos que as principais geratrizes da cultura são as aptidões e as necessidades humanas, a tendência ordenadora da inteligência prática explicaria a criação do Direito com vistas não só a promover a disciplina social mas também o seu bem-estar. Embora os homens divirjam quanto aos gostos, necessidades e interesses individuais, há também necessidades e interesses comuns em uma sociedade. Assim, a medida da criação cultural depende dos juízos de valor que a comunidade dê às necessidades manifestas, privilegiando algumas delas sobre outras, valorando-as, enfim. Isso é real, é humano, faz parte de nosso cotidiano querer, é essência de vida,

é impulso natural de nosso agir.

Subestimar tudo isso, toda essa verdade humana no ato da criação do direito e no estudo do que possa produzir a norma jurídica, é esquecer que o direito não disciplina "coisas" mas "interações humanas". Afinal de contas, o direito não se realiza interna e formalmente na própria norma, mas sim quando aplicado aos fatos da vida social.

Ora, Kelsen, em seu *Das Problem der Gerechtigkeit*, afirma que o relativismo axiológico é o ponto de partida da Teoria Positivista do Direito: "A validade do Direito positivo não pode ser posta na dependência de sua relação com a justiça pois que esta não é um valor absoluto, mas um valor relativo"⁴. Mesmo sem ingressar na tormentosa digressão sobre o relativismo jurídico, pois o momento não é adequado, quero apenas deixar claro que é possível armar um arcabouço teórico para a Política Jurídica capaz de proporcionar demonstração de que o inegável relativismo do conceito de justiça e de utilidade social (valores fundamentais para a justificação da norma) deixa de ter sentido prático (quando se arbitra se uma norma é justa ou injusta, útil ou inútil), porque devem ser levados em conta os valores prevalentes em determinado momento e em determinado lugar, sendo tais representações detectadas na consciência jurídica da sociedade através das técnicas de análise das manifestações sociais, entre estas a opinião pública.

A partir dessa visão, não importa que uma norma seja considerada justa e útil em um momento e num determinado lugar e injusta e inútil em outra situação temporal e espacial.

As normas nascem, parecem, às vezes renascem, têm vida e morte, refletindo os dramas existenciais de seus criadores. A natureza humana é incompatível com um direito rígido, cristalizado, insuscetível de ser valorizado ou submetido a estratégias de aperfeiçoamento.

A redução científica proposta por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito e confirmada na Teoria Geral das Normas pode nos oferecer, no máximo, uma noção de justiça formal que se confundirá com um rigoroso e frio conceito de legalidade. Não parece ser resistente o argumento de uma mundividência pressuposta nos ordenamentos positivos, pois os exemplos de legislações que respaldaram execráveis agressões aos direitos humanos parecem incontáveis. É, assim, o inconformismo com o conceito formalístico da validade da norma que põe em relevo a importância e a oportunidade de se retomarem os estudos de Política Jurídica, disciplina cuja autonomia Kelsen reconheceu, em que pese a ela não haver dedicado maior atenção.

Embora os procedimentos valorativos e teleológicos inerentes à Política Jurídica se apresentem em posição dialética ao reducionismo Kelseniano e a seu agnosticismo axiológico, é importante salientar que é exatamente na lógica das proposições da Teoria Pura do Direito e da Teoria Geral das Normas que se pode buscar, com a necessária clareza, a identificação do objeto dessa disciplina.

Este trabalho é um esforço no sentido de buscar referenciais sobre a Política do Direito na obra de Hans Kelsen, fazendo uma comparação entre o que, a respeito desse tema, está disposto na Teoria Pura do Direito e na Teoria Geral das Normas.

2. A POLÍTICA JURÍDICA NA TEORIA PURA DO DIREITO

No prólogo à 2ª edição de sua *"Teoria Pura do Direito"*, datada de 1960, Kelsen expõe, de forma bastante clara e objetiva, um conceito de Ciência do Direito que seria definitivo para ele. Transcorriam já 26 anos de 1ª edição, em que o mestre vinha demonstrando ser a sua preocupação primeira desenvolver *"uma teoria de direito purificado de toda ideologia política e de todo elemento científico natural..."*⁵

Entendia Kelsen, pelos idos de 1934, que a grande oposição à sua teoria provinha daqueles que se amarravam ao estrato político onde se situa o poder, pois que tais personagens, mantendo uma coerência histórica, buscariam teorias sociais capazes de satisfazer seus desejos, ou seja, de respaldar uma oportunidade ideológica social⁶. Por isso conclui seu prólogo admitindo que esse ideal de uma ciência objetiva do Direito e do Estado somente teria *"perspectivas de um reconhecimento geral, em um período de equilíbrio social"*⁷. Em decorrência, a aceitabilidade de sua teoria somente se poderia dar num tempo em que fosse maior o número dos que *"valorizam mais o espírito que o poder"*⁸, o que *"evitaria permanência de uma ciência jurídica politizada"*⁹.

Ora, ao apresentar a 2ª edição, bem mais elaborada, com quase o dobro de páginas da 1ª, a posição de Kelsen revelava menor preocupação em justificar-se e era mais convidativa a uma reflexão ampla. Kelsen afirmava que já não se contentava em *"formular os resultados especialmente característicos de uma doutrina jurídica pura"* e procurava *"dar solução aos problemas mais importantes de uma teoria geral do direito"* propugnando preferencialmente e com redo-

brado rigor, o lugar da ciência jurídica no sistema das ciências¹⁰. Também nesse prólogo Kelsen nos oferece uma apresentação mais comedida da abrangência de sua Teoria Pura do Direito, cujo ecumenismo pretendido na 1ª edição dava-lhe um certo ar de infalibilidade. Já agora, na 2ª edição, Kelsen admitia a possibilidade de algumas ameaças à rigidez daquela arquitetura intelectual, quando reconheceu, por exemplo, que sua doutrina, "como qualquer outra teoria geral do direito, corria o perigo de não abarcar, com seus específicos conceitos fundamentais, todos os fenômenos jurídicos", "pois alguns desses conceitos podem revelar-se muito estreitos, enquanto outros aparecem como muito amplos"¹¹. E mais, embora mencionasse que os ambientes sócio-políticos em que foram concebidos os prólogos da 1ª e 2ª edições fossem assemelhados, admitia agora que os verdadeiros opositores de uma "ciência objetiva do direito, que se limita a descrever seu objeto, seriam aqueles que crêem poder estabelecer o direito justo e assim o padrão axiológico para o direito positivo"¹². O desvendado adversário do positivismo jurídico seria uma renovada metafísica da doutrina do direito natural e não mais uma ideologia política.

Pois bem. Nesse encadeamento de idéias, não nos pode causar surpresa que o prólogo à 2ª edição da Teoria Pura do Direito vá conter observações de enorme significação no campo epistemológico, cuja importância curiosamente não tem sido objeto de merecida análise.

O autor entende preliminarmente que o problema da busca de um padrão axiológico "como problema valorativo, escapa a uma teoria jurídica que se limita a uma análise do direito positivo como uma realidade jurídica" e, sem estabelecer juízo crítico a respeito,

admite que o mesmo seja "de decisiva significação para a Política Jurídica"¹³.

Ora, isso merece uma séria reflexão. Nos escritos anteriores, desde que começara a arquitetar sua principal doutrina, Kelsen sempre evitou definir o objeto das disciplinas que pretendiam tratar da matéria jurídica, as quais parecia considerar, em face da T.P.D., verdadeiros resíduos epistemológicos. No mais das vezes, as referências e essas disciplinas são irônicas e desprestigiadas. Quando constrói um quadro dialético, contrapondo Direito Positivo e Direito Natural, ele o faz também com a preocupação de demonstrar a precariedade deste último conceito; quando se torna maniqueísta na questão dos fins de uma ciência jurídica, vê, na outra ponta, ideologias sociais patrocinadas pelos detentores do poder; aos métodos para a construção jurídica, ele via contrapostos os métodos sociológicos aos quais negava maior importância para a compreensão de um sistema de normas. Dentro dessa visão unilateral, principalmente Ciência e Política seriam termos antitéticos, considerada a Política, com suas preocupações axiológicas e teleológicas, área marginal e perturbadora da ciência jurídica.

Dentro dessa linha de reflexões sobre questões que formam parte da matéria-prima da dogmática Kelseniana, não deixa de ser surpreendente observar que, sem emitir qualquer observação capaz de arbitrar valor ou desvalor, Kelsen admite a autoridade e autonomia de uma disciplina que se deve preocupar com o que naturalmente deveria ser expurgado das preocupações da Ciência Jurídica.

Maior atenção deve ser dada pelos exegetas da obra Kelseniana a um detalhe contido na 2ª edição do Capítulo Primeiro (Direito e

Natureza) da Teoria Pura do Direito, pois é nesse passo que a objetividade e a coerência do renomado pensador mais se ressaltam. Quero dizer que, embora seja habitual a citação desse parágrafo para dele extrair-se uma preciosa síntese do objeto da Ciência do Direito (tratar do "*Direito que é*"), poucos atentam que nele se encontra anunciado, com a mesma clareza e concisão, o objeto de outra disciplina (Política Jurídica), o qual seria "*o direito que deve ser e de como deva ser feito*"¹⁴. A posição de Kelsen quanto à Política Jurídica é mais que simples constatação científica. O autor foi além, fez uma feliz incursão didática e conceituou, através da caracterização de seu objeto, o que seria essa outra disciplina colocada em paralelo e sem hierarquia com a ciência jurídica, cada uma delas tratando de um fundamental aspecto do Direito, convivendo, mas sem se confundirem, pois que seria preciso evitar "um sincretismo metódico que obscurece a essência da ciência jurídica e suja os limites que lhe desenha a natureza de seu objeto"¹⁵. Assim, se na concepção de Kelsen, existem as possibilidades de examinar o "*Direito que é*", (Ciência Jurídica) e o "*Direito que deve ser*" (Política Jurídica), entende-se ser sua expectativa que o pesquisador, inclinado ao estudo pertinente de uma dessas áreas autônomas, terá que buscar métodos próprios visando a ocupação do respectivo espaço metodológico. Qualquer confusão comprometeria os resultados e a perturbação na definição do objeto impediria a consecução de algo sério. Para mim, essa é uma das mais coerentes e intocáveis posições assumidas por Hans Kelsen em sua copiosa produção jusfilosófica. Em vez de simplesmente alijar a Política Jurídica como elemento poluidor do ambiente epistemológico da Ciência do Direito, o Mestre, definindo-a através da caracterização do ob-

jeto próprio e legítimo, também a "justificou", localizando-a no espaço próprio ou seja, deixando-a livre das preocupações formais rígidas, anaxiológicas, positivistas, inerentes à morfologia e à sintaxe da norma posta num sistema fechado.

Na sua Teoria Pura do Direito, Kelsen, a partir daí, não faria mais nenhuma referência à Política Jurídica. Talvez até por uma questão de coerência e objetividade pois, definida esta como a disciplina que visa estudar o direito que deva ser ou de como deva ser feito, nada mais haveria a dizer a respeito, considerando-se que tal estudo escapava integralmente aos objetivos de sua proposta científica, que era buscar "*uma teoria sobre o Direito Positivo*".

É oportuno considerar que ao caracterizar o objeto da Política Jurídica, Kelsen fez depender o âmbito dessa disciplina do ideal de justiça, assunto sobre o qual dedicou o apêndice da 2ª edição de sua Teoria Pura do Direito. Nesse apêndice, que foi publicado como obra autônoma em várias línguas, Kelsen não se desvencilha de seu confesso agnosticismo axiológico, nem supera sua intransigência contra o Direito Natural, possivelmente ainda pela fidelidade à lógica de seu raciocínio, conduzido no sentido de que, buscado o caminho reto, não se admitiriam nem escapadas metafísicas, nem afirmações a gosto do sociologismo jurídico, como a de que só haja verdades empíricas e verdades de definição. Kelsen se propunha superar essas dificuldades com a construção de um sistema de proposições analíticas, numa perspectiva lógico-objetivante e assim manteve-se fiel e irreduzivelmente no caminho do positivismo jurídico, apenas acrescentando às correntes anteriores, a legitimidade de tratamento das questões axiológicas, desde que essas formassem área especial fora da Ciência Pura do Direito. Creio aplicar-se

aqui a feliz observação de Miguel Reale a respeito do reducionismo Kelseniano: "Esta sua posição radical fez com que surgisse uma posição intermedia permitindo que a antiga e esquecida Teoria da Legislação de Bentham ou Filangieri ressurgisse com sentido e roupagens novas, ou seja, como Política do Direito, ou ciência da mediação Política e Direito. Ia-se além de Kelsen, mas graças a ele..."¹⁶.

A Política Jurídica, no contexto Kelseniano, é considerada disciplinária autônoma, mas de cientificidade descartada, pois várias vezes Kelsen tomou posição extremada contra a pretensão científica daqueles que "creem poder estabelecer o direito justo e assim o padrão axiológico para o direito positivo"¹⁷, embora admitisse que o legislador pudesse ter sido justo ou injusto no momento de propor a norma. Esta, porém, posta no sistema jurídico e sendo válida, não guardaria mais nenhum nexu axiológico com o ato da criação.

As normas de justiça se diferenciariam das normas do direito, pertenceriam a universos diferentes, ou seja "dois fenômenos diferentes que devem manter-se distintamente separados"¹⁸.

3. A POLÍTICA JURÍDICA NA TEORIA GERAL DAS NORMAS

A Teoria Geral das Normas, obra póstuma através da qual o mestre do Normativismo Lógico assegura sua presença obrigatória nas discussões jurídicas deste resto do século, surgiu em meio a grandes expectativas. Sabia-se que Hans Kelsen trabalhava, nos seus últimos anos de vida, numa obra que seria simultaneamente de confirmação e de revisão. O que não se sabia era o que das idéias já

conhecidas seria retificado.

Passada a fase das inquietações, bem conhecida já a obra, pode-se constatar que, salvo raros pontos em que o autor retificou posições anteriores, a estrutura do pensamento Kelseniano permanece. Mas essa re colocação de algumas pedras nos alicerces de sua construção teórica precisa ser bem analisada e assimilada, pois se trata da palavra final, inexoravelmente definitiva. E esse cuidado na busca de alterações no pensamento de Kelsen não pode exaurir-se nas questões mais contundentes como as ligadas à norma fundamental, à classificação das normas primárias e secundárias, e outras assim. Em várias questões menos evidentes, notam-se pormenores cuja sutileza desafia nossa percepção e pede nossa cuidadosa análise.

No que concerne à Política do Direito, a visão geral do autor permanece a mesma exposta na Teoria Pura do Direito e que foi objeto de nosso comentário anterior. Mas há uma nuance que não deve escapar ao analista debruçado sobre essa temática. Assim, ao fazer à p.410¹⁹ um longo e perspicaz comentário sobre a obra de Yntema (The Rational Basis of Legal Science), Kelsen reputa algumas colocações daquele autor que lhe parecem fruto de confusões conceituais. Contesta a posição de Yntema quando este recusava a concepção de uma ciência normativa com o fundamento de que esta confundiria Direito e Ética. Kelsen primeiramente nega a possibilidade de uma concepção normativa da Ciência do Direito provocar tal confusão e a seguir comenta que a filosofia etocrática "dificilmente disfarça em dialética o impulso intuitivo de reformar" e prossegue "Isto é exato apenas se, por uma ciência 'normativa' é entendida uma disciplina que põe normas, não porém uma ciência que tem normas

por objeto e outra coisa não pretende senão descrever essas normas e suas relações recíprocas, sem valorar seu objeto ou querer reformar". E conclui: "Se este é o caso.. então não existe nenhuma ciência, mas sim Política e na verdade Política do Direito".

Até aqui, Kelsen reafirma o que, a respeito, manifestou em obras anteriores, especialmente na Teoria Pura do Direito. Mas acompanhemos o texto até seu final.

Na mesma página, Kelsen comenta a seguir afirmações de Morris Cohen inseridas em sua "Law and Social Order". Primeiramente ressalta a identificação entre sua crítica às idéias de Yntema e a de Cohen, mas prosseguindo seu comentário identifica um ponto de discordância com o pensamento de Cohen quando este Autor faz referência ao objeto do Direito e ao objeto da Ciência do Direito. Assim contesta que a regulação da conduta dos indivíduos seja o objeto do Direito: "Isto não é o objeto do Direito senão é o Direito o qual é o objeto da Ciência do Direito". A partir daí Kelsen minuciosamente expõe o que seria o objeto da Ciência do Direito e escreve: "Ele (Cohen) nos mostra que a ciência do que deve ser, do direito desejável ou justo, pode ser logicamente tão rigorosa como a matemática". Se com isso é considerado que pode haver uma ciência que define o que é Direito justo, não apenas o que é Direito, então é para assinalar que uma tal ciência não pode existir. Para definir "o que e como o Direito deve ser existe a Política do Direito e não Ciência do Direito".

Ora, na sua Teoria Pura do Direito, segundo já comentamos, Kelsen definiu como objeto da Política Jurídica: "tratar do direito que deve ser e de como deva ser feito". Nessa definição tinha-

mos um aspecto de Política propriamente dita (buscar o direito que deve ser) e outro de tecnologia jurídica (como deve ser feito o Direito). Na Teoria Geral das Normas, embora mantivesse a Política Jurídica no mesmo lugar epistemológico em que a colocara anteriormente, avançou quanto à caracterização de seu objeto. Por duas vezes, no mesmo trecho, descreve-o como sendo "*tratar do direito que deve ser e de como deva ser*". Ora, **como deva ser o Direito** remete o problema para o campo da deontologia e da teleologia. **Como deva ser feito** é mero problema de técnica de legislação, assunto do cotidiano artesanato das casas legislativas. O objeto da Política Jurídica deve então ser considerado, segundo Kelsen, no universo das grandes reflexões e das grandes decisões: Como deve ser o Direito? Fruto retórico das classes dominantes ou instrumento estratégico das mudanças sociais? Deverá ser ele descompromissado com a degradação do meio ambiente, mantendo-se como ineficaz remédio para os delitos contra a natureza ou como poderoso mecanismo da prevenção desses males? O Direito deve ter compromisso apenas com o presente ou deverá estar empenhado na construção do futuro?

Eis algumas questões que exemplificam a importância da ampla área em que vai trabalhar o político do Direito, claramente concebida na última definição de Kelsen sobre o assunto.

A diferença entre a formulação do objeto da Política do Direito na Teoria Pura do Direito e na Teoria Geral das Normas é sutil mas de enorme significação. E, como nas páginas seguintes da Teoria Geral das Normas o Autor não retorna ao assunto, temos, nos trechos citados e comentados, a última e definitiva posição de Hans Kelsen sobre o objeto da Política Jurídica.

NOTIAS

- 1 - A Justiça e o Direito Natural, Tradução de João Batista Machado, 2.ed., Armênio Amado Editor, Coimbra, 1979, p.89.
- 2 - Idem, p.90.
- 3 - Idem, p.7.
- 4 - Idem, p.91.
- 5 - Prólogo da 1.ed. 1ª parágrafo.
- 6 - Prólogo da 1.ed. 6ª parágrafo.
- 7 - Prólogo da 1.ed. 6ª parágrafo.
- 8 - Prólogo da 1.ed. 7ª parágrafo.
- 9 - Prólogo da 1.ed. 7ª parágrafo.
- 10 - Prólogo da 2.ed. 2ª parágrafo.
- 11 - Prólogo da 2.ed. 3ª parágrafo.
- 12 - Prólogo da 2.ed. 4ª parágrafo.
- 13 - Prólogo da 2.ed. 5ª parágrafo.
- 14 - Prólogo da 2.ed. 2ª parágrafo.
- 15 - Abertura do 1ª cap. da T.P.D., último parágrafo.
- 16 - Miguel Reale, A visão Integral do Direito em Kelsen, in Estudos de Filosofia do Direito. Editora Revista dos Tribunais, 1985, p.21.

- 17 - Teoria Pura do Direito, 4º parágrafo do Prólogo à 2.ed.
- 18 - A justiça e o Direito Natural, ed. citada, p.136.
- 19 - Teoria Geral das Normas, Tradução de José Florentino Duarte,
Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986.