



Hans Kelsen e o tema do caráter transcendental da Justiça divina



Arnaldo Godoy

Livre-docente pela USP

Hans Kelsen nasceu em Praga, em 1891, quando as margens do Moldava

ainda pertenciam ao Império Austro-Húngaro. Kelsen foi o autor intelectual da Constituição republicana austríaca. Lecionou na Universidade de Viena de 1919 a 1929. Foi juiz na Áustria por nove anos, de 1921 a 1930. Em 1934, publicou sua Teoria Pura do Direito. Fugiu do nazismo e foi recebido nos Estados Unidos, em Berkeley, onde lecionou até 1952. Em outubro de 1973, aos 92 anos, morreu na Califórnia[1].

Kelsen foi injustamente acusado de reducionista por ter defendido alguma pureza científica no que se refere ao Direito. A ciência jurídica seria ciência pura, preocupada com normas. Retomou kantianamente a teoria da norma fundamental, radicada na primeira norma posta, de feição constitucional. A norma posta deve-se a uma norma suposta; a norma hipotética fundamental viria solucionar a questão do fundamento último da validade das normas jurídicas. Afinal, o que legitimaria o Direito? E quais as relações, por exemplo, entre a legitimidade normativa e a legitimidade especulativa, entre elas, alguma concepção decorrente da inspiração teológica?

Estado e Direito se confundiriam em Kelsen. Não haveria leis inconstitucionais ou decisões ilegais. Para o mestre de Viena, o cientista do Direito deve se preocupar com a lei e com problemas de aplicabilidade desta, tão somente. Kelsen nos deu conta de que o conhecimento jurídico só seria científico se buscasse a neutralidade. A pureza do Direito decorreria de corte epistemológico que definiria o objeto e de um corte axiológico que afirmaria a sua neutralidade. Para Kelsen, autêntica seria a interpretação do Direito pelos órgãos competentes: a decisão judicial qualificaria uma norma jurídica individual. Mas o pensamento de Kelsen não se esgota nas primeiras dez páginas de seu famoso livro. Há muito mais a ser explorado.

Há um aspecto da imensa produção intelectual de Kelsen que não pode ser negligenciado. Ainda que conhecido (e por isso elogiado ou criticado) pela *Teoria Pura do Direito*, não se pode deixar de ler um ensaio publicado originalmente em uma revista porto-riquenha, em 1953, traduzido e divulgado no Brasil; trata-se do instigante artigo *A ideia de justiça nas Sagradas Escrituras*[2]. Exploro agora apenas



os três primeiros parágrafos desse ensaio, que anunciam uma das mais belas e profundas discussões sobre a legitimidade do Direito, com foco nas Sagradas Escrituras. Registro que a preocupação de minhas observações não é de ordem metafísica ou teológica, não tenho competência e treinamento para isso: pretendo apenas insistir na importância de um autor, muitas vezes negligenciado por preconceitos reducionistas. Kelsen é também autor de texto seminal que cuida das relações entre Direito e religião. Desse texto, colho apenas um pequeno fragmento introdutório, na expectativa de estimular o leitor.

Principia Kelsen enfatizando que “um dos elementos mais importantes da religião cristã é a ideia de que a justiça é uma qualidade essencial de Deus (...) como Deus é o absoluto, sua justiça deve ser justiça absoluta, isto é, eterna e imutável”[3]. Percebe-se aqui alguma convergência com as doutrinas jusnaturalistas clássicas, a exemplo da insurgência de Antígona, filha de Édipo e de Jocasta, e antagonista de Creonte, na trilogia de Sófocles, em extraordinária passagem do teatro grego, recorrentemente citada. A Justiça, nesse sentido jusnaturalista original, centrado na insurgência de Antígona pela negativa de poder enterrar seu irmão, transcenderia no tempo, na topografia e na experiência histórica.

Kelsen também parte da premissa de que “apenas uma religião cuja divindade é tida como justa pode desempenhar um papel na vida social”[4]. A atribuição da Justiça a uma concepção de divindade, conceito em seguida aplicável às relações humanas, observou Kelsen, implicaria “(...) certa tendência para racionalizar algo que por sua própria natureza é irracional — o ser transcendental, a autoridade religiosa e suas qualidades absolutas”[5]. Trata-se de um problema, ou de um falso problema, que afasta tentativas de aproximação conceituais entre o tema do justo e o tema do válido.

Refutando as conclusões que seguiriam do argumento, a exemplo do fato de que a própria injustiça existe, Kelsen ponderou que “os fatos da fé estão além da cognição racional”, arrematando que “a natureza transcendental de Deus, em geral, e sua justiça absoluta, em particular, são inacessíveis ao conhecimento humano, baseado na experiência dos sentidos controlada pela razão e, portanto, sujeita aos princípios da lógica”[6]; para Kelsen, “o que é incompatível com a cognição racional não é, de maneira alguma, incompatível com a fé religiosa”.

Acomodando a cognição racional com a fé, essa última também enquanto instância constitutiva da experiência individual[7], Kelsen explorou nesse ensaio um argumento afeto à transcendência, a exemplo da Justiça, revelando que não se preocupava apenas com os problemas da imanência, a exemplo da validade da regra jurídica coercível. É um Kelsen que revigora as indagações de um problema essencial da convivência humana, relativo aos porquês dos regramentos instituídos, e que se mostrou como demasiadamente humano[8] e, por isso, tão importante para aqueles que pensamos que tudo que é humano não nos é estranho[9]. Para Kelsen, “a justiça é um mistério — um dos muitos mistérios — da fé”[10].

[1] Kelsen, Hans, *Autobiografia de Hans Kelsen*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Estudo introdutório de Otavio Luiz Rodrigues Junior e José Antonio Dias Toffoli. Dedico esse ensaio a Otavio Luiz Rodrigues Junior, jurista preparadíssimo e sensível, intelectual integrante de uma espécie em extinção, para a qual a



cultura, a reflexão e o elevamento espiritual consistem nos verdadeiros instrumentos de libertação.

[2] Kelsen, Hans, *O que é Justiça?*, São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 27-80. Tradução de Luis Carlos Borges, diretamente da edição inglesa, *What is Justice?*, Berkeley and Los Angeles: University of California, 1957.

[3] Kelsen, Hans, cit., p. 27.

[4] Kelsen, Hans, cit, loc. cit.

[5] Kelsen, Hans, cit, loc. cit

[6] Kelsen, Hans, cit., pp. 27-28.

[7] Conceito colhido em D. M. Mackinnon, *Faith*, in Macquarrie, John, *Dictionary of Christian Ethics*, Philadelphia: The Westminster Press, 1967, p. 125.

[8] Inegável aqui a referência a ensaio de [Friedrich Nietzsche](#), “*Menschliches, Allzumenschliches*”, publicado em 1878.

[9] “*Homo sum, humani nihil a me alienum puto*”, Terêncio.

[10] Kelsen, Hans, cit., p. 28.

Date Created

28/08/2016