



Algumas palavras sobre as palavras do teórico Hans Kelsen



No "Diário de Classe" desta semana, anotamos algumas explicitações, em

grande medida conceituais, acerca do positivismo normativista de Hans Kelsen, bem como a crítica, a ele dirigida, pela Crítica Hermenêutica do Direito — matriz teórica desenvolvida pelo professor Lenio Luiz Streck.

Para Kelsen, a Ciência do Direito tem caráter constitutivo, isto é, assume que seu objeto é construído pelo próprio conjunto de proposições emitidas pelo teórico. Em outras palavras, a Teoria Pura do Direito (TPD) assume de partida, como pressuposto teórico, o caos de contradição de sentidos que o Direito, enquanto elemento da realidade, representa. Trazer esse pressuposto — como ponto de partida para nossa análise conceitual — é essencial. A partir dele, podemos compreender melhor as categorias fundamentais da Teoria do Direito do teórico austríaco.

Tendo como dado a ideia de que a realidade é caótica e que a racionalidade humana deve buscar ordenar os sentidos e sensações, Kelsen conclui que, se o teórico do Direito busca delimitar seu objeto de estudos (ou constituir esse objeto), afastando-se de interpretações políticas, sociológicas, psicológicas, metafísicas do Direito, deve-se ater a um objeto específico: a *norma* jurídica. Aprender algo juridicamente, isto é, delimitar a juridicidade do fenômeno “Direito”, implica o estudo da relação entre normas jurídicas, e das relações humanas em geral, enquanto essas representarem, ao mesmo tempo, relações jurídicas, derivadas das próprias normas.

A pergunta que vem a seguir é: o que é, então, uma norma jurídica? Norma jurídica é, para o positivismo normativista, o sentido objetivo (jurídico) de atos postos pela vontade das autoridades jurídicas — tanto autoridades políticas quanto judiciárias, isto é, não há uma equivalência entre norma e lei — competentes para criar Direito. Essa juridicidade é, para Kelsen, a única dimensão do fenômeno complexo “Direito” que pode ser descrita racionalmente, o que se dá a partir de proposições com caráter estritamente lógico.

Nesse sentido, a diferença entre A esfaquear B até a morte significar um homicídio no Tennessee, e, ao mesmo tempo, agentes penitenciários tirarem a vida de um apenado na cadeira elétrica significar, no mesmo estado norte-americano, a execução de uma pena de morte, é que na primeira situação há uma norma jurídica que atribui um sentido objetivo jurídico X (homicídio) e, na segunda hipótese, há *outra* norma jurídica — mais precisamente, uma sentença judicial — que atribui sentido diverso Y (execução da pena). O sentido subjetivo do ato é o mesmo (tirar a vida de um ser humano); o que muda é a norma.



Ao *cientista* do Direito, portanto, cabe apenas uma coisa: observar o fenômeno normativo — sustentado no princípio da imputação; “se A ocorrer, B deve ser a consequência” —, e descrevê-lo, por isso a proposição e a norma por ela descritas terão o mesmo conteúdo. Em outras palavras, a tarefa da Teoria do Direito Penal, por exemplo, é analisar o conjunto de normas penais e descrevê-las, simples assim. No entanto, uma ressalva relevante: o sentido da proposição jurídica é diverso do sentido da norma jurídica; essa possui caráter imperativo, enquanto aquela é meramente propositiva. Normas operam em um sistema de validade, enquanto as proposições emitidas pelo cientista do Direito operam em um sistema lógico, àquelas podendo, apenas mediamente, serem aplicados os princípios lógicos (não contradição e conclusão do raciocínio; juízo de veracidade) que balizam o agir científico do jurista.

A questão é: se normas jurídicas são o sentido objetivo de um ato de vontade, e elas próprias na verdade são imperativos imputacionais derivados de atos de vontade, uma norma necessita, para que possa ser jurídica, ter seu sentido jurídico derivado de outra norma. Assim, Kelsen conclui que o Direito é um ordenamento hierarquicamente estruturado, no qual uma norma deriva seu sentido jurídico de uma norma imediatamente superior, de modo que a condição de pertencimento de uma norma a dado sistema jurídico é sua validação por outra norma.

Essa validação dar-se-á, para Kelsen, da seguinte forma: há uma norma particular, emitida por uma autoridade competente que determina “se A ocorrer, B deve ser”. A juridicidade da norma posta pela referida autoridade deriva de uma outra norma que determina “Se a autoridade determinar X (relação imputacional entre A e B), X deve-ser”. Ou seja, não há qualquer vinculação material, mas apenas uma ligação formal de competência a respeito do processo através do qual o Direito é posto. Isso se seguirá da sentença judicial, até a Constituição Federal (no caso do Brasil, por exemplo). No entanto, a própria Constituição — norma máxima dentre as normas postas — deve derivar sua validade de uma norma jurídica, e, ao mesmo tempo, devemos negar a ideia de regresso ao infinito. Nesse ponto entra o conceito de *Norma Pressuposta (Hipotética) Fundamental*. Aqui lembramos que, para Kelsen, o ato de conhecimento do *cientista* constitui o objeto a ser observado, de modo que a pressuposição da NHF se dá nesse plano, onde o ato do intérprete baseia-se em uma interpretação visando conhecimento objetivo, nesse sentido diz-se que a Norma Fundamental é condição lógico-transcendental do conhecimento jurídico.

Deixando de fora questões mais complexas sobre a relação entre validade e eficácia, por exemplo, o que foi até aqui exposto é suficiente para adentrarmos na fatídica cisão, feita por Kelsen, entre interpretações enquanto *atos de conhecimento* (das quais resultam as proposições jurídicas dos cientistas do Direito) e interpretações enquanto *atos de vontade* (das quais resultam normas jurídicas) — criticada por teóricos como (por todos) Lenio Luiz Streck. Streck defende, há anos, a importância da (devida) compreensão da TPD para o entendimento da relação entre o Positivismo Jurídico e a discricionariedade judicial^[1].



Pois bem; vimos, então, que o objeto da ciência do Direito é o Direito enquanto conjunto de normas encadeadas em um sistema de mútua validação, isto é, atribuição de juridicidade entre normas superiores e inferiores. Do mesmo modo, vimos que a tarefa do cientista do Direito é conhecer essa relação entre normas, constituindo um sistema de proposições guiadas pelo princípio da não contradição, sendo essas proposições falsas ou verdadeiras. Nesse sentido, o que nós, cientistas do Direito, temos como tarefa quando um juiz (autoridade competente para criar Direito), prolatar uma sentença materialmente contrária a uma lei, ou, mesmo à CF? Kelsen dirá: absolutamente nada! Ou melhor, descrever! Afinal, a racionalidade aplicada ao processo de interpretação do juiz é diverso do aplicado à interpretação do cientista, àquele sequer faz-se necessária a pressuposição da NHF, por exemplo, uma vez que não opera em um plano lógico, mas de “razão prática”.

Em síntese: a única coisa que poderá, para Kelsen, retirar uma decisão judicial (norma jurídica) da ordem Constitucional é outro ato de vontade positivo que assim determine, ou seja, uma decisão de um tribunal superior, de modo que não existe uma invalidade apriorística — toda lei é válida. Por isso, para Kelsen, a diferenciação em ato nulo e ato anulável carece de sentido, ou, em outras palavras, trata-se, para o autor, de uma contradição em termos. Se assim não for feito, temos, em todo caso, o conhecido instituto da coisa julgada que, por sua vez, é justamente uma determinação do próprio ordenamento jurídico (em outras palavras, de uma norma superior à própria sentença em questão) que reforça a juridicidade da decisão não reformada, o que faz com que, mesmo que contrária materialmente ao texto Constitucional, sua validade permaneça intacta, derivada da norma que autoriza o juiz enquanto autoridade competente para criar Direito.

Vejam, portanto, que Kelsen — embora o elemento relativístico com relação à moralidade seja imanente à sua Teoria Pura do Direito — não vem a negar a possibilidade, em qualquer plano, de que possamos (e devamos), enquanto agentes políticos, por exemplo, lutar pelo constrangimento de nossos magistrados para que esses decidam conforme a lei posta, uma vez que isso é o que se deve fazer em uma democracia (e Kelsen, diga-se, era um liberal ferrenho de raiz). A imposição de Kelsen é com relação à Ciência do Direito; à Teoria *do Direito*, propriamente dita. E é aqui que reside a fundamental divergência entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a Teoria Pura do Direito. Para nós, hermenêutas, a tarefa de constranger o agir dos magistrados é, sim, uma tarefa política, mas, também, e fundamentalmente, uma tarefa do jurista *enquanto teórico*. Em outras palavras, acreditamos ser de fundamental importância para a própria República que entreguemos à Teoria do Direito a tarefa de comprometer-se com uma Teoria da Decisão; sem essa, não há o porquê daquela^[2].



Enfim, resta a pergunta: por que optamos por realizar essa breve abordagem conceitual da proposta teórica de Kelsen no "Diário de Classe" desta semana? A resposta é simples: porque, seguindo os passos de teóricos como Lenio Streck, Leonel Severo Rocha (e, com eles, o saudoso Luis Alberto Warat), Tércio Sampaio Ferraz Junior, e tantos outros juristas brasileiros, acreditamos ser de extrema importância, se desejamos trabalhar com seriedade a Teoria do Direito, buscar compreender e, na medida do possível, esclarecer "*O que é isto – o Positivismo Jurídico?*", espantando alguns corvos que persistem em atacar os milharais das Escolas de Direito Brasil afora (e fora do Brasil, inclusive); corvos tais como "*Kelsen era um exegeta*", ou "*devemos retornar ao positivismo para lutar contra a discricionariedade*". De todo modo, Kelsen é destino de um necessário e eterno retorno, o que faz com que essa coluna seja, não uma tentativa analítica completa de expor a TPD, mas um lembrete da importância do seu aprofundado estudo se nosso objetivo é levar a Teoria do Direito tupiniquim a novos mares.

[1] STRECK, LENIO LUIZ. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito a luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 1. ed. 1. v. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 18-19 (Verbete "A pureza do direito kelseniana").

[2] STRECK, L.L.. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito a luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 1. ed. 1. v. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 251-268 (Verbete "Resposta adequada à Constituição – resposta correta.).

Date Created

04/05/2019