

Sobre a obra de Kelsen: breves anotações críticas

NELSON SALDANHA

Do Instituto Brasileiro de Filosofia; da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Pernambuco

SUMÁRIO

- Angulações e paralelos.
- Norma, ordenamento e sistema.
- Rigorismo e terminologia.
- A sistemática do direito público.

Diz-se, às vezes, que o sinal do êxito doutrinário de uma teoria se revela precisamente pelo grau das contestações que provoca e das resistências que encontra, tanto com (o que é mais óbvio) por suas influências e desdobramentos. A observação se aplica caracteristicamente ao caso do pensamento de HANS KELSEN: conforme anotação de MICHEL VILLEY, a marca de seu sucesso se acharia na própria quantidade de ataques que recebeu. Entre o banco dos réus, por mão de adversários — marxistas, historicistas, jusnaturalistas —, e a entronização correspondente ao entusiasmo dos logicistas e de toda a sorte de juspositivistas, a estrutura do pensamento kelseniano continua a merecer respeito e estudo, embora já tenha adquirido a estas alturas, dentro do pensamento jurídico europeu, uma significação sobretudo histórica, uma vez que muitos dos problemas a que KELSEN tentou responder foram próprios de um período específico da evolução da cultura jurídica do Ocidente.

Poder-se-ia falar do “caso KELSEN”, um tanto como NIETZSCHE falou do “caso WAGNER”: uma ocorrência cultural de alta monta, que, entretanto — por isso mesmo —, tem de ser compreendida num contexto histórico. No caso de KELSEN, contexto bastante representativo, com as coordenadas do liberalismo maduro e em crise, o cosmopolitismo vienense e as sofisticações teóricas da fenomenologia, do neokantismo e do neopositivismo ⁽¹⁾. Trabalhando dentro da linha germânica que vinha de SEYDEL e de GERBER, KELSEN objetivou basicamente o propósito de dar cunho “científico” às conceituações jurídicas, e isto em suas mãos significou a escrupulosa separação do saber jurídico perante outros saberes sociais: pureza no método enquanto específico e capaz de “construir” seu objeto, no sentido kantiano, e pureza no próprio objeto enquanto isolado de outros objetos limítrofes (o que aliás contém uma espécie de petição de princípio que não sei se os críticos já analisaram adequadamente: o objeto é delimitado para que se utilize um método adequado, mas o método cria o objeto na medida em que seleciona e recorta uma porção específica do real).

(1) NELSON SALDANHA, “Situação histórica da teoria pura do direito”, em *Anuário do Mestrado em Direito*, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, número 1, Recife, 1977.

Atuando basicamente nas décadas de 10, 20 e 30 do século (o mais são as reelaborações que vieram até os anos 60), KELSEN assumiu com imensa capacidade sistematizadora temas e questões que estavam no ar desde o oitocentos. Disse VILLEY que a “teoria pura” confortava os juristas, geralmente ciosos das fronteiras epistemológicas de sua ciência, dando a essas fronteiras um delineamento fundado em sólidas formulações; era como se KELSEN tivesse vindo realmente salvar e garantir o trabalho dos juristas de “infiltrações” estranhas (2).

Evidentemente todas estas coisas comportam considerações críticas de diversas espécies, e a estimação do vasto e impressionante edifício kelseniano depende de angulações diferentes, que correspondem a implicações ideológicas, preferências doutrinárias, simpatias filosóficas. O balizamento, oferecido pela teoria pura, do espaço epistemológico correspondente à ciência do direito significou um esforço altamente meritório, mas ao mesmo tempo uma atitude artificial e sempre discutível. Sobretudo, se se têm em conta as necessidades axiológicas fortemente sentidas pela ciência jurídica europeia depois de 1945, e, também, se se considera como num paralelo o outro tipo de construção juspublicística representado na primeira metade deste século pela obra de CARL SCHMITT, comprometida em sua imagem por conta de adesões político-partidárias assumidas por SCHMITT, mas altamente valiosa como modelo de integração de temas histórico-políticos do corpo doutrinário da teoria do Estado e da Teoria da Constituição (3).

Como todos sabem, um dos núcleos do pensamento de KELSEN consistiu no entendimento do direito como **norma**. Descartado o direito natural, KELSEN entendeu todo direito como direito positivo e conceituou-o como um sistema de normas. A análise da norma (e das “proposições” jurídicas) se tornou, sobretudo nos seguidores mais fascinados pelo lado logicista da teoria pura, ocupação teórica absorvente. O desdém, talvez um tanto arrogante, pela perspectiva histórica (como pelo jusnaturalismo) omitiu nas análises kelsenianas o problema das relações entre o conceito de norma e o movimento legalista (4). Aqui se estadeou o normativismo, posição não exclusiva de KELSEN, mas incluído em seu pensamento como peça essencial: reduzido o direito a um sistema de normas positivas, corrobora-se a pureza metodológica e alicerça-se a configuração do jurídico como “forma”.

Ao conceito de norma se conjuga ou se acrescenta, na teoria kelseniana, o conceito de **ordenamento**. Pouco preocupado com as trajetórias históricas do problema, KELSEN coloca a idéia de ordem jurídica (dentro da “Dinâmica Jurídica”) como estrutura escalonada (**Stufenbau**). Em KELSEN, as cono-

(2) MICHEL VILLEY, *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit* (Paris, ed. Dalloz, 1957), cap. XIX — “Lectures critiques”, pág. 339.

(3) Sobre SCHMITT, e sobre o significado de sua obra como resposta ao formalismo, ver KURT SONTHEIMER, *Ciencia política y Teoria Jurídica del Estado*, trad. L. G. VILLAGRA, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1971, cap. IV. — Poder-se-ia talvez dizer, copiando uma metáfora que ORTEGA utilizou (em seu *La Idea de Principio en Leibniz*, § 3) ao falar do ser e do pensar, que KELSEN e SCHMITT foram “dióscuros”: como CASTOR e PÓLUX, adversários mas reciprocamente ligados, sempre referidos em conjunto quando se pretende aludir aos dois aspectos principais da teoria do Estado no século XX.

(4) NELSON SALDANHA, *Legalismo e Ciência do Direito*, S. Paulo, Ed. Atlas, 1977.

tações, por assim dizer, existenciais da noção de ordenamento, constantes da obra de SANTI-ROMANO (e que por sua vez provinham parcialmente de MAURICE HAURIOU e que foram magistralmente assimiladas por CARL SCHMITT), são implicitamente postas de lado. A idéia de KELSEN, segundo a qual o direito regula sua própria criação, foi instalada em seu sistema a troco de reforçar a especiosa consequência de destinar ao jurista um papel meramente técnico e "intra-sistemático", renunciando a toda atitude crítica em relação à ordem jurídica (5).

Outro aspecto muito relevante do pensamento kelseniano foi, por outro lado, a implantação de uma série de monismos. Ou, por outra, uma série de refutações de dualismos. A repulsa de KELSEN aos dualismos provinha basicamente de uma atitude filosófica, afim ao monismo e exibida, inclusive, em ensaios sobre temas não jurídicos. Ensaios nos quais os dualismos se apresentam como cúmplices dos totalitarismos, enquanto o monismo embasaria a democracia. Aliás a valorização do monismo, como se sabe, estava, em KELSEN, associada à valorização do relativismo (6).

(5) Em SANTI-ROMANO, as normas se compreendiam em função do ordenamento e não vice-versa (*El ordenamiento jurídico*, trad. esp., ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963). O acento dado ao todo evitava a excessiva valorização dos componentes formais, enquanto permitia a inclusão, na noção de direito, de outros componentes como princípios e valores, componentes revalorizados, aliás, na importante obra de JOSEF ESSER, *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. esp., Ed. Bosch, Barcelona, 1961. Também o tridimensionalismo, como se sabe, tem procurado manter uma visão complexa e plurilateral do direito, adicionando ao aspecto normativo uma dimensão fática e outra axiológica (cf. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 1965, *passim*, e, com uma versão pessoal, BENIGNO MANTILLA PINEDA, *Filosofia del Derecho*, Ed. Universidade de Antioquia, Medellín, Colômbia, 1961). — KELSEN tratou especificamente do problema da ordem jurídica em um ensaio de 1958, incluído no volume *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, ed. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969. *Todavía, o livro mais influente sobre o assunto, nas últimas duas décadas, vem sendo o de NORBERTO BOBBIO, Teoría dell'Ordinamento Giuridico*, Ed. Giappichelli, Turim, 1960. Quanto ao problema da "intra-sistematicidade" do trabalho do jurista, com sua decorrente condenação ao silêncio, *en juriste*, sobre os méritos ou deméritos do sistema, *af se encontra uma das bases para os que acham que a teoria pura se presta à defesa (implícita, ao menos) de qualquer regime*. MICHEL VILLEY chega a dizer: "en fait la doctrine de la Philosophie du Droit, cit., pág. 345). — Num livro bastante sugestivo sobre o Direito Natural, ERNST BLOCH criticou acerbamente o formalismo da concepção kelseniana, observando que "nenhuma norma fundamental impedirá que, em lugar da representação popular, um ditador constitua a origem da qual decorre o sistema jurídico" (*Droit Naturel et Dignité Humaine*, trad. D. AUTHIER e J. LA-COSTE, Paris, Payot, 1976, cap. 18, pág. 153).

(6) Por isso mesmo não me parece inteiramente exata, se bem, certamente, digna de atenção, a opinião de RECASÉNS SICHES, segundo a qual não existe maior conexão entre o "relativismo axiológico" de KELSEN e o conteúdo da teoria pura (*Panorama del Pensamiento Jurídico del Siglo XX*, Ed. Porrúa, México, 1963, volume I, pág. 189). A predileção pelos monismos penetrou em vários pontos da teoria pura, e o próprio receio de interferências políticas era um modo de evitar opções materiais. E bem verdade, por outro lado, que o absentismo recomendado pela teoria pura ao jurista (e mencionada à nota anterior) não se compadece bastante com a valorização do liberalismo e da democracia parlamentar, contida em certos ensaios filosófico-políticos — aliás, muito importantes — que KELSEN publicou. A coexistência dos dois aspectos (o KELSEN formalista e o KELSEN democrata) foi advertida, em termos críticos, por ERNST BLOCH, *Droit Naturel*, cit., pág. 154.

Entre os dualismos rejeitados por KELSEN figuram o dualismo entre o direito e o Estado, o dualismo entre direito público e direito privado e o dualismo entre direito objetivo e direito subjetivo — além do dualismo entre o direito nacional e o internacional, “resolvido” em função do primado lógico do segundo (não discutirei aqui o problema, mas cabe anotar no internacionalismo kelseniano uma ponta de utopia). Dando coerência à sua tentativa de “superar” o dualismo entre o direito e o Estado, KELSEN chegou a afirmar que o Estado, enquanto organização, é uma ordem jurídica: despolitizando a figura do Estado, inclusive ao pôr de lado a idéia de coação (7), o autor da teoria pura operou mais uma redução: redução da idéia de ordem aos componentes normativos do próprio (e prévio) conceito de direito. Desfazer-se dos dualismos pareceu a KELSEN necessário para desvencilhar a teoria jurídica de “infiltrações” metafísicas e ideológicas, senão mesmo místicas, e esta preocupação pesou demais em suas conceituações: pesou mais do que certas evidências objetivas, pois a realidade histórica pode mostrar em vários casos a irredutibilidade recíproca dos conceitos de direito e Estado.

Tanto o normativismo quanto a despolitização da idéia de Estado se relacionaram, no sistema kelseniano, com o formalismo. Ou seja, com a fundamental identificação do “jurídico” com o “formal”, que já estava nos *Hauptprobleme* de 1911 e na *Staatslehre* de 1933 (8). Este ponto atraiu algumas das investidas mais ásperas de seus críticos, inclusive de HEINRICH TRIEPEL. Este, além de vislumbrar em KELSEN “hostilidade” para os problemas políticos, encontrava na teoria pura um “intencional” esvaziamento de todo tipo de conteúdo, no concernente ao direito, além de referir-se a “unilateralidade” e a “empobrecimento” (9).

É inegável que o formalismo foi cultivado em larga escala por KELSEN e por seus companheiros de escola, e que funcionou como uma espécie de assepsia para a elaboração dos conceitos, que no pensamento kelseniano se articularam com admirável estruturação. A questão posta por seus críticos se relaciona com a precariedade das relações entre aquela estruturação e os problemas vivos e efetivos que o direito coloca, ou que assume, como regulação da vida social de homens de carne e osso.

* * *

Construído em uma conjuntura cultural característica, o pensamento jurídico de KELSEN assimilou, de algumas das coordenadas que compuse-

(7) HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, trad. de JOAO BATISTA MACHADO (segundo a edição vienense de 1960), Ed. Arménio Amado, Coimbra, 1962, vol. II, pág. 175.

(8) *Teoría General del Estado*, trad. LUIS LEGAZ LACAMBRA, Ed. Labor, 1934, Barcelona (cap. II, § 8, pág. 53). Sobre o tema, LOURIVAL VILANOVA, *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo* (S. Paulo, RT, 1971, *passim*).

(9) HEINRICH TRIEPEL, *Derecho Público y Política*, trad. J. LUIS CARRO, Ediciones Civitas (Rev. de Occidente), Madrid, 1974, págs. 49 e segs. Cf. também SONTHEIMER, *op. cit.*, pág. 26.

ram aquela conjuntura, a tendência a evitar a metafísica e o substancialismo. Com isso consolidou o cunho formalista de seu sistema, e também o logicismo, mas, por outro lado, utilizou conceituações que freqüentemente superaram o pesado ontologismo (implícito, às vezes) das gerações anteriores. Assim encontramos, por exemplo, a idéia segundo a qual toda a problemática do jurídico se delimita em torno da noção do dever-ser (**Sollen**), considerado como esfera inteiramente distinta da do ser (**Sein**). Parece-me exagerada a afirmação rotunda e inapelável desta separação, como também, correlativamente, a redução da problemática jurídica ao **Sollen** ⁽¹⁰⁾. Encontramos, porém, por outro lado, idéias muito sugestivas, como aquela que menciona a norma como “esquema de interpretação”. **KELSEN** não chegou a vincular a idéia de interpretação à idéia de ordem, nem a relacionar as diversas formas culturais de interpretação (como fez **EMILIO BETTI**), mas a consideração da norma como esquema é realmente fecunda.

Conceitos como **esquema**, **processo**, **método** e **relação** entram largamente na terminologia kelseniana. Os conceitos de “órgão” e de “competência”, que no direito público kelseniano assumem um relevo muito grande, dependem de certo modo daqueles outros conceitos para serem entendidos. A constante remissão dos problemas ao ordenamento, de cujas indicações normativas dependem, oferece ao sistema um caráter muito nítido de coerência (confortável coerência formal que se ampara em certa medida na ausência de opções materiais). O Estado, sem ser uma substância, e sem ter uma **qüididade** metafísica — nem mesmo uma concretude histórico-política —, se apresenta como um sistema formal que se identifica com o direito, e tudo se reduz, então, a uma série de esquemas e de métodos ordenadores. O lado positivo deste estilo de pensar, que torna talvez mais “leve” e mais lógica a construção, tem seu contraponto naquilo que certos adversários mais aze-dos chamaram de “escamoteação” da realidade.

O direito constitucional, sobretudo o do século XIX (penso particularmente nos autores ingleses e franceses, não tanto nos publicistas alemães da linha de **GERBER**), se compunha de dois núcleos temáticos fundamentais: a questão dos poderes e a questão dos direitos. Este binômio provinha da época de **SIEYÈS** e das declarações francesas. A questão dos poderes revelava

(10) **NELSON SALDANHA**, *Sociologia do Direito* (2.ª edição, Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1980, cap. III, pág. 43). Em 1970, o *Archiv Fuer Rechts-und Sozialphilosophie* (Wiesbaden) dedicou um volume especial aos trabalhos que, no Congresso Mundial de Filosofia do Direito, mantido em Gardone Riviera, em 1967, se referiram ao tema. Destacaria, do volume, o artigo de **N. BOBBIO** e o de **ILMAR TAMMELO**. — Um aspecto interessante foi observado por **BLOCH** (op. cit., pp. 152-153), ao anotar que o racionalismo kelseniano, todo voltado para a eliminação dos componentes empíricos, termina por colocar fora do sistema especificamente jurídico (formal) os atos legislativos, que são atos de vontade e se caracterizam empiricamente; de modo que, raciocina **BLOCH**, a fonte do direito passa a ser algo meta-jurídico. A nosso ver a observação é válida na medida em que aponta para uma possível petição de princípio e para a falta de consideração da política, ocorrente na teoria pura; é discutível, porém, como acusação de incoerência, se se recorda que para **KELSEN** o Direito “regula sua própria criação”, isto é: enquanto atos formalmente situados ou situáveis dentro do sistema, os atos legislativos não são “meta-jurídicos”.

um tema de suma relevância: no Estado constitucional, o poder se transfigurava, se juridicizava, se dividia. A questão dos direitos correspondia à regulamentação de uma convivência necessária e difícil: a convivência entre o Estado, com seus poderes, e os indivíduos, com suas pretensões, suas prerrogativas e sua dimensão existencial. Na geração de HAURIUO ainda se dizia que o próprio Direito Constitucional tinha por finalidade organizar as garantias, isto é, os asseguramentos daquela convivência, e isto envolvia implicações de ordem política (basicamente política), filosófica e ética, além, evidentemente, dos aspectos técnico-jurídicos específicos.

A tendência da linha kelseniana veio, no entanto, no sentido de eliminar as conotações filosófico-políticas e toda a sorte de questões materiais. Com isso se cancelariam os conteúdos mais concretos (e mais humanos) da questão dos **poderes**. Um kelseniano nãoalaria facilmente em poderes. Como não o fez CARRÉ DE MALBERG, não propriamente um kelseniano, mas igualmente formalista, que preferiu falar em funções do Estado⁽¹¹⁾. No caso dos **direitos**, o tema foi de certo modo descartado pela negação kelseniana dos direitos subjetivos (feita em termos tão diferentes dos de DUGUIT), além de atingido pela radical negação dos direitos naturais. No lugar do tema dos poderes, veio a tendência — nos discípulos mais rigorosos — a enfatizar o tema dos órgãos de Estado, sobre o qual KELSEN deixou extensas (e inegavelmente brilhantes) páginas. O tema dos órgãos e o das competências, estas consideradas como fundadoras da própria existência formal daqueles.

Ao concentrar-se a visão do direito público sobre o problema dos órgãos, afastando-se o elenco de problemas carregado pelos constitucionalistas tradicionais, correr-se-ia, porém, o risco de apagar o próprio conceito do Direito Constitucional. A preocupação de KELSEN com o conceito de constituição não se alimentou da problemática específica da ciência constitucional: ele se preocupou em situá-lo em relação com o conceito de “norma fundamental” e em relação, também, com o do ordenamento. Os problemas existenciais carregados pelo pensamento constitucional desde os séculos XVIII e XIX se esvaziaram, na teoria pura e na teoria kelseniana do Estado, em prol de conceituações preferentemente formais. O risco, mencionado acima, seria, então, o de uma transformação do Direito Constitucional em Direito **Administrativo**, dada a centralidade assumida pela teoria dos órgãos, sem embargo do interesse basilar de KELSEN pela **norma** e de seus importantes trechos sobre a **aplicação** do direito⁽¹²⁾.

(11) R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, 2 volumes, Ed. Sirey, Paris, 1922 (reimpressão fotomecânica pelo CNRS, 1962).

(12) Na ênfase kelseniana sobre a noção de órgão, não se dá, evidentemente, o sentido dinâmico que tal noção teve em JELLINEK e em ORLANDO, apesar de haver na teoria pura uma “dinâmica do direito”. O problema dos órgãos se valoriza nela por facultar um tratamento formal. Numa teoria constitucional elaborada em sentido formalista não terão lugar, ou não se acharão plenamente desdobrados, temas como o dos direitos humanos, que entretanto se encontram vivamente em pauta em nossos dias, e que na Constituição alemã figuram, como se sabe, em lugar primacial.