

O Positivismo Jurídico de Hans Kelsen e o Profeta-Filósofo

Habacuque

Segundo Kelsen, a ilusão de um direito natural deve-se a uma objetivação de interesses subjetivos. Donde se segue que “A fonte extrema do Direito Natural é, pois, a vontade de Deus. As normas de Direito natural são o sentido de seus atos de vontade.”¹

A bem da verdade, houve sempre, uma profunda identificação entre “leis” do Estado e da natureza, o que por gerações a fio vem sustentando opiniões sobre dedução de princípios básicos de justiça emanando de Deus, da razão ou da própria natureza, e que, por isso mesmo, são princípios absolutamente bons, certos e justos.

Por outro lado, dizem outros, as leis humanas (o direito positivo) são imperfeitas, requerem muito esforço para ser apreendidas como reais, não são imediatamente evidentes, mesmo porque emanam de uma ordem coercitiva e de autoridades muitas vezes arbitrárias.

Nesse sentido, o direito seria um fato social que, imposto às pessoas como algo externo, ou melhor, como tendências que só se tornam parte do ser humano se forem impingidas, adquire significação e se reproduz nas ações

¹ Hans KELSEN, *Teoria Geral das Normas*, p.8

individuais, transformando-se em padrões de comportamento e condutas regulares.

Por sua vez, a idéia de leis naturais, eternas e imutáveis, dirigindo tanto o universo quanto às relações humanas, desponta como algo inerente à própria natureza dos seres humanos.

Corresponde à noção de um direito derivado da dignidade própria do ser humano beneficiário de uma ordenação divina, perfeita, anterior e superior ao poder temporal e suas leis arbitrárias. Vale dizer: um direito nascente e já determinado, cuja responsabilidade humana é posta em discussão.

Na verdade, cria condições para abstrair da vontade dos indivíduos a noção de responsabilidade. Desligada do direito, a decisão jurídica opera no vácuo, e a própria relação da liberdade humana e da confrontação política por garantias perde o sentido de conquista.

Essa incoerência é particularmente evidente em vários documentos históricos. A Magna Carta outorgada na Inglaterra por João Sem Terra, em 1215², determinava a liberdade como um bem material transmissível aos descendentes. A conotação é, portanto, no sentido de algo determinado e perene, não sujeito a mudanças.

² Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra, em Runnymede, perto de Windsor, em 15 de junho de 1215, sob pressão da nobreza feudal. Fábio Konder COMPARATO, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*.

O padre Antonio Vieira e a Declaração de Direitos dos Estados Unidos (1776) foram até mais além, afirmando o primeiro que “a natureza, como mãe, desde o rei até o escravo, a todos nos fez iguais, a todos livres”, enquanto para a famosa Constituição (art.1º) “todos os homens nascem igualmente livres e independentes”.

Mais realista, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)³ admitia que “os homens nascem e ficam livres e iguais em direitos”, mas na realidade a “utilidade comum” justifica as “distinções sociais”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) não desmentiu a tradição jusnaturalista; viu direitos de nascença em praticamente todas as esferas de atividade, até mesmo direito de “igual remuneração por igual trabalho”, descartando desempenho e qualificação⁴.

Na realidade, é impossível definir relações biológicas fixas do ser humano com a liberdade e a igualdade, mesmo porque as relações do homem com o meio ambiente, natural ou social, são basicamente inadaptadas, imperfeitamente estruturadas, devido à sua própria constituição biológica e por força da grande variabilidade dos sistemas de ação social.

³ Art. 1º DDHC – *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo*.

⁴ Art. 23, *ibidem*.

Ao pretenderem confundir-se com leis naturais, as históricas declarações mencionadas, quiseram tornar-se substantivas, virtualmente incontestáveis, enquanto, na verdade, moviam-se rigorosamente dentro do quadro tradicional de certas instituições fundamentais da civilização ocidental, como a herança, o contrato e a propriedade privada.

No oriente, Habacuque (cerca de 600 a.C.), o profeta-filósofo, que viveu num dos mais críticos períodos por que passava seu país, indignado, perturbou-se com a gravíssima iniquidade de Judá e pediu, desesperadamente, a intervenção de Deus em razão da destruição, da violência desenfreada, ruína do sistema legal pela falta de consideração pelas leis, assim:

Até quando, Senhor, clamarei eu, e tu não me escutarás? Gritar-te-ei: Violência! E não salvarás? Por que me mostras a iniquidade e me fazes ver a opressão? Pois a destruição e a violência estão diante de mim; há contendas, e o litígio se suscita. Por esta causa, a lei se afrouxa, e a justiça nunca se manifesta, porque o perverso cerca o justo, a justiça é torcida⁵.

Habacuque, que tinha a visão nos céus, e fazia imediata conexão com a terra, em virtude de sua fé, ainda que abalada momentaneamente, jamais concordaria com Kelsen e sua teoria de positivismo jurídico. A recíproca é verdadeira: Kelsen diria a Habacuque que não misturasse as coisas e que depurasse, purificasse, decantasse de seu Direito as contaminações ideológicas de valor moral ou político, social ou filosófico, e, sobretudo, religioso.

⁵ Livro de Habacuque - Capítulo 1, 2-4 – Antigo Testamento.

Kelsen diria a Habacuque que o raciocínio jurídico não tem nada que ver com certo ou errado, perverso ou bom, justo ou injusto, mas sobre licitude ou ilicitude, válido ou inválido, legal ou ilegal. Estes, sim, podem ser discutidos depois de formulada a lei, não se ela é justa ou injusta, boa ou má. Pressupõe-se, pois, para Kelsen, que tudo isto já se verificara no momento e no bojo da formulação da lei⁶.

Parece que, pela teoria kelseniana, Habacuque deveria ter se preocupado não em orar a Deus, reclamando as mudanças necessárias para a sua Judá, mas criticado, nos moldes de Jeremy Bentham⁷, o seu sistema legal vigente e buscado transforma-lo, por que direito posto pela autoridade do legislador, e não invocado a Justiça divina para a solução dos problemas morais então vivenciados pela sua gente.

Kelsen, ainda demonstrando o seu positivismo em forma integral, separando Direito e Moral, Direito e Justiça, na pretensão de sua Teoria Pura do Direito, argumenta:

A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o

⁶ Kelsen faz importante observação sobre o que teria sido a real apologia no *Críton* de Platão: “O *Críton* é, pois, uma apologia do direito positivo e, assim, ao mesmo tempo, a mais verdadeira – porque a mais pessoal – apologia de Sócrates escrita por Platão”, Hans KELSEN, *A Ilusão da Justiça*, p. 519.

⁷ “Bentham parece ter sido o Utilitarista Clássico que expressou o caráter mais marcante dessa escola de pensamento ao tentar, de maneira sistemática, propor a reforma do sistema legal da Gran-Bretanha entre os séculos XVIII a XIX. Contrariamente aos juristas mais destacados desse período, Bentham defendeu a idéia de que as leis são revogáveis e aperfeiçoáveis”. Luis Alberto Peluso – “Utilitarismo e Ação Social” in “Ética & Utilitarismo”, página 19.

Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema Moral entre vários sistemas morais possíveis.⁸

Kelsen, a despeito de todas as críticas que recebeu⁹ e recebe¹⁰, foi direto ao ponto e não titubeou no sentido de que, no concernente à Teoria do Direito, não há falar em justiça, moral, certo, errado, justo ou injusto, isto é, não fundamenta a sua doutrina na discussão do conteúdo depois da existência da lei, porquanto, em momento anterior ao positivado, tarefa da Ética¹¹.

A sua teoria, portanto, se fundamenta na estrutura lógica das normas jurídicas, as suas possibilidades, o seu enunciado jurídico de forma global. É a absoluta disparidade entre o ser o dever ser. Fala-se, na esteira de Kelsen, e semelhantemente ao que foi descrito por Beccaria¹², que o julgamento é um silogismo cuja premissa maior está na lei, a menor na espécie de fato e a conclusão na sentença.

⁸ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 104.

⁹ “A mais importante objecção que tem de consentir a “teoria pura do Direito” é a de que Kelsen não consegue manter “a disparidade absoluta entre ser e dever ser” que toma como ponto de partida”. Karl Lorenz – “Metodologia da Ciência do Direito” – 2ª edição – Tradução de José Lamego – Fundação Calouste Gulbenkian / Lisboa – pág. 87.

¹⁰ “Apesar da importância, desde há cerca de um século, das novas tendências doutrinárias, o positivismo legalista continua ainda muito vivaz, tanto no ensino do direito como na jurisprudência. Os juizes, sob o constrangimento moral dos supremos tribunais, procuram ainda basear sempre as suas decisões num texto legal, como condição essencial para a segurança jurídica. Para o eminente jurista austríaco, Hans Kelsen (1881-1973), a ciência do direito deve permanecer puramente jurídica (Reine Rechtslehre, 1927; 2ª ed. 1960), depurada de influências sociológicas, políticas ou éticas; o direito é um conjunto de normas estabelecidas pelo Estado, deduzido de uma norma fundamental (Grundnorm) que implica a submissão à Constituição.” – John Gilissen – Introdução Histórica ao Direito – Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros - Fundação Calouste Gulbenkian / Lisboa – pág. 518/519.

¹¹ “É impossível deduzir uma conclusão ética de premissas inteiramente não-éticas” – Arthur N. Prior, *Logic and the Basis of Ethics*, p. 18 – Nota de rodapé do tradutor de *Teoria Pura do Direito*, João Baptista Machado, p. 23.

¹² Cesare BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, p.17

As teorias de Kelsen foram, evidentemente, influenciadas pelo *Círculo de Viena* do qual participou, inicialmente, e foi seu jurista¹³. O *Círculo de Viena* (Neurath, Hahn e Carnap), que teve a sua gênese em 1929, com a publicação do “manifesto”, *A concepção científica do mundo*, destacou-se pela ênfase no princípio da verificação.

Consoante este princípio, a que se opôs Karl Popper¹⁴ radicalmente, só faz sentido aquelas proposições que possam ser verificadas empiricamente. E isto só é possível, se se levar em conta os fatos da experiência.

¹³ Rudolf CARNAP, ao argumentar sobre a questão “Does Casuality Imply Necessity?”, demonstra seu apreço e consideração pelos ensinamentos de Hans Kelsen: “To understand causality from this modern point of view, it is instructive to consider the the concept’s historical origin. I have made no studies of my own in this direction, but I have read with interest what Hans Kelsen has written about it.”, in *Philosophical Foundations of Physics*, p. 204.

¹⁴ Popper contempla três elementos que os separa do *Círculo de Viena*, quais sejam: a) Popper nega a indução como método científico; b) a linguagem para o *Círculo de Viena* é a principal função da filosofia; c) para o *Círculo de Viena*, a filosofia há de ser uma atividade crítica e antimetafísica. Para Popper, os enunciados metafísicos também são úteis para a formulação de hipóteses que posteriormente (ou não) podem ser falseadas.

Em sumário do capítulo 11 de *Conjectures and Refutations*, escreve Popper: “PUT in a nut-shell, my thesis amounts to this. The repeated attempts made by Rudolf Carnap to show that demarcation between science and metaphysics coincides with that between sense and nonsense have failed. The reason is that the positivistic concept of ‘meaning’ or ‘sense’ (or of verifiability, or of inductive confirmability, etc.) is inappropriate for achieving this demarcation – simply because metaphysics need not be meaningless has tended to be *at the same time too narrow and too wide*: as against all intentions and claims, it has tended to exclude even that part of metaphysics which is known as ‘rational theology’.” *C.R.*, p. 253. (Cf. *Objective Knowledge*, p. 40, note 9, no mesmo sentido).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. **BECCARIA**, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Hemus Editora, 1995.
02. **BÍBLIA APOLOGÉTICA**, *Livro de Habacuque*. (Tradução João Ferreira de Almeida). São Paulo: ICP Editora, 2000.
03. **CARNAP**, Rudolf. *Philosophical Foundations of Physics*. Basic Books, Inc. Publishers New York, London: Edited by Martin Gardner, 1966.
04. **COMPARATO**, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
05. **DIREITOS HUMANOS**, *Biblioteca Virtual*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003 (<http://www.direitoshumanos.usp.br/principal.html>).
06. **KELSEN**, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986.
07. _____. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado – Editora, 1984.
08. **OLIVEIRA**, José Carlos P. de. *Apontamentos de aula: primeiro semestre de 2004*.
09. **PELUSO**, Luis Alberto (Organizador). *Ética & Utilitarismo*. Campinas: Papyrus, 1995.

10. **POPPER**, Karl R. *Conjectures and Refutations*, 3th. Ed. London: Routledge and Kegan Paul, 1969.
11. _____. *Objective Knowledge – an evolutionary approach*. London: Oxford at the Clarendon Press, 1972.