

Hans Kelsen: Algumas Reflexões Acerca de Sua Teoria Pura do Direito

Hans Kelsen: Some Reflections on His Pure Theory of Law

João Luís Lopes Cardoso

Mestrando em Direito na Sociedade da Informação pelo Centro Universitário FMU; Pós-graduando em Formação Política do Estado pela Escola de Contas do Tribunal de Contas do Município de São Paulo; Pós-graduado em Direito Civil Pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu.

São Paulo – SP, Brasil.

Joaoluiscardoso4@gmail.com

Resumo

Este artigo analisa a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, abordando pontos fulcrais em sua aplicação, trazendo diversos aspectos e pontos de vista. Esse embate traz conclusões que podem ser chamadas, inclusive, de surpreendentes, fazendo com que, o leitor possa ter seu posicionamento acerca da obra sem influências de “falácias” e do senso comum. Quiçá fará o leitor entender um pouco mais para aplicação da teoria.

Palavras-Chave: Teoria Pura do Direito; Hans Kelsen; Pirâmide de Kelsen; Justiça; Política; Democracia; Sociedade da Informação.

Abstract

This article analyzes Hans Kelsen's Pure Theory of Law, addressing key points in its application, bringing different aspects and points of view of each point presented. This clash brings conclusions that can even be called surprising, making the reader can have his position on the work without the influence of fallacies and common sense. Perhaps it will make the reader understand to apply the theory a little more.

Keywords: Pure Theory of Law; Hans Kelsen; Kelsen pyramid; Justice; Policy; Democracy; Information Society.

1.Introdução

A reflexão filosófica que tem como objeto o campo da prática (Direito, Ética e Política, por exemplo) é das mais fascinantes, perenes e complexas que já se pôde conceber, abrangendo uma infinidade de obras e autores que poderiam, podem e continuam a ser objeto de pesquisa e reflexão. O presente artigo parte da ideia que o desenrolar histórico das inúmeras doutrinas demonstra claramente que a reflexão filosófica está sempre ligada aos seus contextos históricos.

É evidente que para compreender Platão e Maquiavel, para citar dois exemplos bem conhecidos, é preciso partir de contextos históricos que possuem características muito particulares. Justamente por isso optou-se por estudar uma doutrina que está intimamente relacionada com a prática do Direito na contemporaneidade. Assim sendo, buscou-se um pensador que satisfaria dois requisitos, quais sejam: ter uma relação íntima com o Direito na contemporaneidade e que tenha forte impacto entre leitores dentro e fora da academia.

Nessa toada, ninguém melhor que Hans Kelsen para figurar nesse papel, tendo em vista que sua Teoria Pura do Direito discute a questão do Direito, da Justiça e do Estado, sempre tendo em mente a aplicação do Direito posto. Fato é que a tentativa do autor de delimitar o Direito enquanto ciência, individualizando e especificando seu objeto de pesquisa, faz com que muitos tenham a sensação de que o autor não se preocupava com questões políticas e sociais, principalmente quando se defende que o objeto que define a ciência do Direito, qual seja, a norma jurídica positivada pelo poder estatal, poderia provir de um Estado não democrático e autoritário, pois, é bom lembrar, que Kelsen pretende uma Teoria Geral do Direito que não está determinada por nenhum ordenamento jurídico em específico.

Assim sendo, o presente artigo tenta relacionar e esclarecer algumas questões, como a Teoria Pura do Direito e a justiça, Teoria Pura do Direito e a política, Teoria Pura do Direito e a democracia, tentando dar ao leitor uma visão mais clara acerca da biografia e obra do autor.

2. Contexto e Objetivo da Teoria Pura do Direito

Para abordarmos a Teoria Pura do Direito, devemos, ainda que de forma breve, refletir sobre um aspecto bastante marcante da transição da Idade Média para a Idade Moderna: o surgimento e consolidação dos Estados nacionais, que levará paulatinamente a uma concentração das fontes

normativas. Na Idade Média havia a fragmentação da legitimidade para a produção de normas: a Igreja criava e editava normas, os senhores feudais criavam normas específicas para seus territórios e os reis editavam e criavam normas. A transição para a Idade Moderna, por sua vez, é marcada pela centralização do poder pelo Estado, inicialmente sob a forma das monarquias nacionais apenas relativamente limitadas: inicialmente a soberania é frequentemente identificada ao Monarca enquanto fonte última de poder sobre determinado povo e território, levando a uma concentração da legitimidade para a criação das leis, execução das leis e do enquadramento do caso concreto pelas leis:

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado (BOBBIO, 1999, p.27)

Desta forma, a fonte de direito que antes é fragmentada por diversos sujeitos tende a uma concentração progressiva. É preciso destacar que este processo de monopolização da produção normativa na modernidade esteve, inicialmente, intimamente ligado às teses Jus naturalistas que visavam definir direitos naturais por vias racionais mediante argumentação filosófica. O desenvolvimento do ideal jus naturalista acabou por espelhar e influenciar decisivamente o processo de centralização política e jurídica e, posteriormente, o processo de limitação do poder jurídico e político, argumentando, inclusive, pela necessidade de se deslocar a titularidade da soberania do monarca para o povo:

Encontramos um reflexo desse estado de coisas na concepção dos jusnaturalistas que admitiam a existência de um estado de natureza, isto é, uma sociedade em que existiam apenas relações intersubjetivas entre os homens, sem um poder político organizado. Nesse estado, que teria precedido a instauração da sociedade política (ou Estado), admitiam a existência de um direito que era, exatamente, o direito natural (...) Segundo os jusnaturalistas a intervenção do Estado limita-se a tornar estáveis tais relações jurídicas (BOBBIO, 1999, p.29).

Paulatinamente, principalmente a partir do século XIX, se tornam cada vez mais comuns, difundidas e populares as teses Jus positivistas, que propõem a validade de somente um Direito, tão somente aquele criado e que tem como fonte o Estado:

Se definimos, então, o ordenamento jurídico como o conjunto de regras acolhidas (ou que têm a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz, e mantemos presente este esquema conceitual, compreendemos por que em certa época se falava de direito natural e de direito

positivo, enquanto agora se fala apenas de direito positivo (...). Todavia, com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich em sua obra *La logica dei giuristi*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural, possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado. As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis por que, com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível; eis por que sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais (BOBBIO, *idem*, p.28-29).

No mesmo sentido:

A origem da expressão positivismo jurídico está na ideia de que somente ao Estado pertence o poder de estabelecer Direito. O Direito Positivo- as normas jurídicas- seria o instrumento que o Estado tem para dar ordem à realidade social (HERRERA; RAMIRO, 2015, P. 236-237)

Hans Kelsen nasce no final do século XIX, logo, em um contexto em que o Estado Moderno como fonte “única” do Direito é pressuposto já estabelecido. Esse contexto também é marcado pela desconfiança ante a possibilidade em definir Direitos Naturais universalmente válidos para todos os contextos. A principal preocupação de Kelsen, neste sentido, não é com a necessidade da justificação da concentração da fonte de produção do Direito que, aliás, já se desenvolveu em favor do Estado, tampouco com a crítica do conteúdo material de normas particulares pela reflexão filosófica, mas sim com a delimitação da cientificidade do direito enquanto disciplina específica em face de uma série de outras disciplinas: por exemplo, a Sociologia, a História, a Antropologia, a Filosofia, dentre outras. Sobre isso, vejamos.

Por ora, cabe reiterar que o principal objetivo da Teoria Pura do Direito é constituir uma ciência jurídica que estuda e descreve o Direito positivo, sem interferências externas e com maior objetividade possível, sob pena que não haver ciência, mas mera opinião (doxa) (VIANNA, 2016, p.91)

No mesmo sentido:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica, e não política do direito (KELSEN, 1999, P.1)

3. Da Delimitação do Objeto de Estudo do Direito, da Validade das Normas Jurídicas e da Norma Hipotética Fundamental

Como afirmando anteriormente, a Teoria Pura do Direito pretende fundamentar a cientificidade do Direito enquanto campo autônomo de investigação, delimitado seu objeto frente a uma série de outras disciplinas. De fato, intenção de Kelsen em traçar limites epistêmicos e metodológicos frente a outras ciências humanas e sociais, é uma expressamente declarada por Kelsen:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quando não pertençam ao seu objeto, tudo quanto não possa, rigorosamente, determinar como Direito (...) isto parece-nos algo de per si evidente. Porém um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência de pureza (KELSEN, 1999, p.1)

Prossegue o austríaco:

De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. esta confusão tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito (Idem, ibidem)

É certo que a intenção expressa de Kelsen em delimitar a ciência do Direito frente a outros campos autônomos que compõe as ciências humanas e sociais - Sociologia, História, Ética, Antropologia, por exemplo – são sempre destacadas. Nem sempre destacado, mas tão importante quanto, porém, é a pretensão do austríaco em delimitar a ciência do Direito frente às Ciências da Natureza. Está pretensão, a luz do contexto histórico, é de suma importância, visto que havia muitos projetos que propunham que os métodos e procedimentos das ciências da natureza deveriam ser emulados pelas ciências Humanas e Sociais, na maior medida possível (Comte e Stuart Mill, por exemplo). A delimitação de Kelsen é fundamentada, em última instância, na distinção entre os princípios da causalidade e o da imputação, que seriam os pressupostos mais básicos das ciências da Natureza e do Direito, respectivamente:

A natureza é, segundo uma das muitas definições deste objeto, uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade. As chamadas leis naturais, com as quais a ciência descreve este objeto – como, v.g., esta proposição: quando um metal é aquecido, dilata-se – são aplicações desse princípio. A relação que intercede entre o calor e a dilatação é a de causa e efeito (KELSEN, 1999, p.54)

Ainda neste sentido:

Na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre ser aplicado outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como *imputação* (...) na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferentemente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto, - enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie (Idem, p.54-55)

Para Kelsen, a norma jurídica é caracterizada pela imputação de um dever ser para determinado ato ou fato, ou seja, a norma jurídica permite, proíbe ou faculta uma determinada conduta. Note-se que o ordenamento jurídico pressupõe a possibilidade de atos que vão de encontro com estatuído: não pretende, por exemplo, eliminar a possibilidade de que determinado sujeito roube outrem, por exemplo, mas tão somente imputar uma norma que prevê uma sanção a este ato (ilicitude). A imputação, portanto, está intimamente ligada à noção de uma sanção, que delimita determinada conduta enquanto lícita ou ilícita:

Se o Direito é concebido como uma ordem de correção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado. Atos de coerção são atos a executar mesmo contra a vontade de quem por eles é atingido e, em caso de resistência, com o emprego da força física (Idem, p. 76)

No mesmo sentido

As normas jurídicas são comandos dirigidos à conduta humana que permitem, proíbem, comandam e definem competências, apresentando sanções socialmente organizadas e imanentes, no que se diferenciam, respectivamente, das normas sociais e das normas religiosas (COSTA MATOS, 2011, p.47)

A última citação traz mais um elemento relevante para a teoria de Kelsen, qual seja, que as normas morais e religiosas não são imputadas, já que o estado moderno detém o monopólio da violência legítima e da resolução de conflitos em determinada comunidade. Enquanto normas e sanções são uma atividade legitimada pela autoridade estatal, portanto. Delimitando mais ainda o campo de atuação da ciência jurídica, o autor afirmará que não há uma variedade de fontes para a produção do direito, dentro do próprio Estado, ou seja, as normas jurídicas novas, surgem da forma que são previstas em outras normas jurídicas, de hierarquia superior no ordenamento:

Ao argumentar que as coletâneas jurídicas, de lei ou precedentes judiciais, funcionam como um esquema de interpretação, Kelsen situa as normas jurídicas no contexto de uma teoria de validade jurídica que é uma teoria hierárquica, ou de busca das origens. As normas jurídicas recebem sua validade de normas mais elevadas e gerais, até que chaga a um ponto que nos detemos : nesse ponto nos deparamos com o que Kelsen chama de norma básica, ou Grundnorm, que confere validade a toda a ordem jurídica (MORRISON, 2006, P.397)

Assim sendo, podemos dizer que o ordenamento jurídico pode ser concebido como um sistema normativo cuja unidade interna é garantida por normas mais gerais que fundamentam e garantem a validade das normas mais específicas. De fato, logicamente, a Constituição Material opera como fundamento último de validade de todo o sistema normativo:

Se se pergunta pelo fundamento da validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental (KELSEN, 1999, P.139)

Porém, pode se questionar: Qual a justificação da constituição ela mesma enquanto carta normativa? Kelsen não se omite sobre a questão: ele responde a constituição particular ela mesma é fundamentada pela Norma Hipotética Fundamental:

Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediadamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com esta Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva criada de acordo com ela criada (KELSEN,1999, P.141)

Prossegue Kelsen:

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar per analogiam um conceito da teoria do conhecimento de Kant -, ser designada como a condição lógico transcendental desta interpretação (KELSEN,1999, P.141)

A norma hipotética fundamental trata-se de um pressuposto lógico, que confere validade à constituição historicamente determinada e, conseqüentemente, a todo o ordenamento jurídico. É norma que afirma simplesmente: a constituição historicamente determinada é válida. Na realidade trata-se de uma premissa, é o pressuposto lógico que garante a validade das normas. Deve-se perceber que o formalismo de Kelsen pretende concretizar dois objetivos: na medida em que sua teoria não se compromete com nenhum conteúdo material específico das normas, sua teoria pretende ser de aplicação universal, ou seja, independente de contextos sócio históricos particulares; e, ainda, seu normativismo garantiria a delimitação do Direito frente às outras ciências humanas, dado que o conteúdo das normas e sua origem podem ser investigado pela História, Psicologia, Sociologia, por exemplo, sem comprometer a especificidade da ciência do direito, que opera no plano da pura validade, ou seja, da justificação:

Kelsen colocou como último fundamento de regresso – ad infinitum – uma norma hipotética fundamental – fundamento último de validade. Caso contrário, inexistente a norma fundamental (um subterfúgio lógico-argumentativo; um argumento transcendental), admitir-se-iam pressupostos metafísicos para a fundamentação da ordem jurídica (HERRERA; RAMIRO,2015, P.239)

4. A Moldura, a Pirâmide e as Lacunas Para Kelsen

Primordialmente, devemos ter em mente que a Teoria Pura, não foi pensada somente para a legislação alemã, ou americana, ou até brasileira, na verdade ela é uma teoria universal, válida para todos os estados modernos, que são a única fonte do Direito em um determinado território, acerca deste tema, podemos ver as próprias palavras de autor, ora em análise.

A Teoria Pura do Direito é uma teoria de Direito positivo- do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral de Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação (KELSEN,1999, P.1)

É certo que, para Kelsen, o objeto da ciência do direito é a lei posta pelo estado, entretanto é evidente que, dentre todas as normas provindas do estado, existem algumas que são mais valorosas do que outras. Assim surge a chamada pirâmide de Kelsen, que organiza o ‘ordenamento’ jurídico interno de um país. Ou seja, na base temos um campo mais largo, onde ficam os Decretos, especificadores das leis ordinárias, acima deles, as próprias Leis Ordinárias, usadas para matérias mais amplas e que não demandam uma reflexão tão grande do legislador para serem feitas. Já, imediatamente acima, vem as Leis Complementares, tais leis demandam uma atenção maior do legislador, vez que, a matéria a elas atinente, embutida pela constituição federal são de maior relevância, necessitando de maior quórum para sua aprovação. Por fim, no topo da pirâmide, encontra-se a Constituição, fundamento material último de um ordenamento dentro de um país, pedra fundante de todas as demais leis, o que significa que tanto materialmente, quanto formalmente, deve ser observada para a confecção de todas as demais regras que vimos até agora, inferiormente localizadas na pirâmide.

Alguns outros autores, contestarão, mas aonde se funda a Constituição? O que dá validade as disposições constitucionais? Ora, para Hans é fácil, seria a já referida, Norma Hipotética Fundamental. Que, por sua vez, é o pressuposto lógico de que todas as normas são feitas para serem cumpridas.

Uma vez escolhida qual a norma que será aplicada no caso concreto, dentro das normas postas pelo estado, e dentro da pirâmide apresentada, passa-se a moldura, a moldura de Kelsen, o que significa o rol de interpretações semânticas que pode ser dado a um determinado texto legal, é um genuíno limite interpretativo que se pode dar a uma disposição, torna-se perceptível que, para Kelsen, o operador não pode sair fora da moldura.

Por fim, vem as lacunas, trata-se de conceito jurídico para definir uma determinada situação da vida, que não encontra regramento na legislação. Uma vez analisadas todas as normas, e dadas todas as interpretações possíveis, é passível de acontecer a ausência de regramento, por diversos motivos, desde a baixa reincidência da situação, bem como a ineficiência do estado, fato é que, para Kelsen, não existem lacunas, ora, o autor trabalha com a lógica da legalidade geral, ou seja, quando uma conduta não é proibida, a contrário senso, ela é permitida pela legislação, que não se preocupa com a repressão da conduta.

Como, porém, o Direito vigente é sempre aplicável, pois não há “lacunas” neste sentido, esta fórmula, quando se penetra o seu caráter fictício, não opera a pretendida limitação do poder atribuído ao tribunal, mas a auto anulação da mesma. Se, porém, o tribunal também aceita a ideia de que há lacunas no Direito, então esta ficção teoreticamente inaceitável realiza o efeito pretendido. Com efeito, o juiz – e especialmente o juiz de carreira que está sob o controle de um tribunal superior –, que não se sente facilmente inclinado a tomar sobre si a responsabilidade de uma criação do Direito ex novo, só muito excepcionalmente aceitará a existência de uma lacuna no Direito e, por isso, só raramente fará uso do poder, que lhe é conferido, de assumir o lugar do legislador (KELSEN, 1999, P. 173).

Desse modo, até aqui, podemos concluir que Hans acredita que o Direito é um só, aquele proveniente do Estado, e dentro deste, temos uma hierarquia entre as normas, para sabermos qual aplicar, uma vez que sabermos qual aplicar, temos as possíveis interpretações que se podem dar a aquele texto legal, e, por ventura, o seu caso concreto não seja regrado, Kelsen encontra uma saída para suprir a lacuna. Aqui, de fato, é perceptível que internamente ao modelo de estudo e aplicação de Hans, não cabem discussões sociais, morais, filosóficas e sociológicas, que são prontamente repelidas do modelo proposto pelo austríaco, o que patentemente é objeto de crítica dos demais pensadores. Entretanto, percebe-se que o autor é, inclusive, um pouco metódico, direcionando o profissional do direito a extrair um regramento o mais limpo e íntegro, da norma posta pelo estado, o que contribui para formação do direito enquanto ciência humana, no contexto da contemporaneidade.

5. O Direito Posto em Conflito com a Justiça

O Direito resultante da lei posta pelo Estado, extraída pelo operador do direito nos conformes ensinados por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, nem sempre atenderá a nossos ideais de uma aplicação justa. Inclusive porque, nossos ideais de justiça mudam, de acordo com o tempo, espaço, situação socioeconômica, dentre outros fatores, do local onde vivemos. As críticas a teoria Kelseniana não são casos isolados, constituindo inúmeras vozes. Vejamos o que fala o autor José Ricardo Alvares Vianna.

Um dos pontos de maior crítica em relação a Teoria Pura de Kelsen diz respeito à sua radical cisão entre Justiça e Direito. Em decorrência dessas críticas, por vezes chega-se ao extremo de atribuir a Kelsen a responsabilidade por haver legitimado juridicamente as mazelas do nazismo (VIANNA, 2016, p.93)

Apesar do caráter eminentemente mutável de justiça, que não é nosso objeto de discussão neste artigo, é incontestável que a justiça é uma das finalidades do Direito. Sendo que, diversos autores, ao analisar a obra de Kelsen, reconhecem o caráter flexível do conceito de justiça.

Para Kelsen não existe uma Justiça absoluta. Toda visão de Justiça é relativa, porquanto está imbuída de um olhar dotado de valores pessoais, contingenciais, circunstanciais. O que é justo para uns, não é justo para outros e assim sucessivamente, de maneira que é impossível firmar um consenso absoluto de Justiça (Idem, p.94)

Enfim, muitos contestarão a teoria de Kelsen, por, reiteradamente, não dar uma solução “justa” ao problema. E por “justa”, entenda-se, dando soluções as mazelas sociais. Um exemplo disso, seria os regramentos trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que, após sua promulgação, fez com que o absolutamente incapaz fosse única e tão somente, o menor de 16 (dezesesseis) anos. Vejamos.

São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos (BRASIL, LEI 10.406 de 2002, art.3º)

Logo, uma pessoa acometida com uma doença como o Mal de Alzheimer, pode ser no máximo um relativamente incapaz, conseqüentemente, ele não é representado pelo seu curador, mas tão somente assistido por ele. Veja, a nova lei civil, é “injusta” com relação a pessoa acometida pela enfermidade, pois talvez, ela merecesse uma proteção maior do estado.

Enfim, na pratica, sabemos que o judiciário usará um “jeitinho brasileiro” para colocar o enfermo em uma situação de incapacidade absoluta, afim de solucionar um problema criado pela lei, mas é perceptível que a forma adotada pelos nossos tribunais não encontra amparo na teoria proposta pelo austríaco.

Outra “injustiça” criada pela legislação, que pode ser dita como exemplo, é o registro do bem imóvel. Para a aquisição da propriedade imóvel no brasil, se faz necessário levar o instrumento negocial a registro no cartório, que é aquilo que de fato dará a segurança ao comprador. Observemos.

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (art. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código (BRASIL, LEI 10.406 de 2002, art.1.227)

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis (BRASIL, LEI 10.406 de 2002, art.1.245)

Entretanto, em nosso país esbarramos em dois problemas, primeiro é o desconhecimento da população acerca disso, que uma vez quitado o pagamento do bem, acredita já ser efetivamente proprietário, como acontece nos bens móveis; e o segundo problema é o custo do registro, enfim, sabemos que os cartórios não trabalham de graça, e também sabemos que, muitas vezes, alguém que fez um grande esforço para quitar sua casa própria, não tem dinheiro para registrá-la ou fará esforço considerável para fazê-lo.

Nessa toada, é perceptível que se fomos aplicar a letra fria da lei, colocando imediatamente, uma pessoa para fora de sua casa, porque ela não tem o registro do bem, podemos incorrer em uma grande injustiça, pois, talvez, esta pessoa tenha deferido grande esforço para “adquirir” o bem. Ato contínuo, podemos concluir que, por diversos motivos, a aplicação da lei, em muitas vezes não satisfaz nossos ideais de “justiça”, talvez, pois a relação no mundo do direito, é a relação de imputação, não relação de causa e efeito, como é no mundo natural, ou seja, a lei prevê uma conduta que deve ser realizada, e caso ela não seja realizada, imputa-se uma sanção, proveniente da própria legislação. Sobre isso, vamos conhecer a visão de um outro teórico.

Para finalizar este tópico, cumpre averbar que a ciência jurídica é uma ciência do dever ser, e não do ser. Kelsen realiza, assim, a ruptura entre causalidade e imputação, e confere autonomia à ciência jurídica frente às ciências naturais (VIANNA, 2016, p. 93)

Todavia, por outro lado, podemos dizer que a Teoria Pura, faz “justiça” à medida que traz em importante conceito em direito, que é o de segurança jurídica, quiçá o elemento do Direito que os operadores mais querem alcançar. Vejamos um exemplo, de responsabilidade civil, mais precisamente um acidente de carro, em que um sujeito bate na traseira de outro veículo, hoje a vítima está estável financeiramente e acorda com o causador do dano que ficará com seu prejuízo, imaginem só, que daqui 6 (seis) anos essa vítima pretenda a reparação, caso os prazos de prescrição ficassem a critério de cada julgador, perceba, a insegurança jurídica existiria a torto e a direito, desta forma, o Código Civil é contundente, e imputa em 3 (três) anos a pretensão de reparação civil, na inteligência no inc.V, § 3º, do art. 206.

Fatalmente, é inevitável concluir que apesar de possuir algumas dissonâncias práticas, do conceito de “justiça”, a teoria Kelseniana em tela ainda é de fundamental importância para a previsibilidade ao Direito, e para dar mais certeza aos operadores e sujeitos de direito, transformando-o em ciência. Ser ciência, é perceptível que, pode ser o caminho mais fácil para alcançar os fins de “justiça”.

6. O Direito Posto e a Democracia

Inúmeros são os pensadores, que irão dizer que Kelsen seria um apoiador de ditaduras e regimes autoritários, entre elas, o próprio regime Nazista, visto que, a princípio a Teoria Pura do Direito, parece não se importar com “justiça” e os Direitos Humanos, vistos que se estiver escrito que, por exemplo, o “Fuher” governará vitaliciamente, de fato, para essa teoria, ele governará vitaliciamente.

Kelsen normalmente não é visto como um democrata, talvez em virtude do rigor e estreitamento que sua teoria impõe na aplicação do Direito, entretanto, tal posicionamento, não passa de um equívoco. Pois o autor apesar de concentrar seus esforços em tornar o Direito ciência, ele não esquece da democracia.

O autor, é com certeza um democrata, pois para ele, quanto mais democrático for o campo da política, que não se confunde, porém determina o direito; mais o direito ficará próximo da “justiça”, ainda que aplicado sobre a ótica da Teoria Pura.

Em outras palavras, significa dizer que quanto mais os representantes ouvirem os anseios populares, verificando o que eles desejam, poderão fazer leis em maior conformidade com a vontade popular, desse modo quando nós aplicarmos o Direito teremos uma sensação de maior realização de “justiça”, pois, em tese, será “nossa” vontade que estará lá exarada.

Já na ditadura, evidentemente, não é assim, pois os governantes farão leis que atendam os seus anseios, dificultando ao operador do direito aplica-la justamente. Entretanto, evidentemente, a questão de haver ou não um regime autoritário, não é problema que pode ser imputado a Teoria Pura do Direito, pois, foge de sua alçada, não se podendo atribuir a teoria a culpa por regimes antidemocráticos.

Conclusão

O intuito primordial deste artigo foi atingido, após analisar mais profundamente a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, passando por elementos fulcrais da obra, como a pirâmide, a moldura, a justiça e a democracia; estabelecemos aquilo que era de fato, item integrante da obra e do que o autor propunha para a ciência, bem como, conseguimos identificar ideias reiteradas que os operadores do direito normalmente tem sobre o autor.

Posto frente a frente os elementos teóricos com as ideias que vemos ser difundidas sobre o teórico, identificamos aquilo que se pensava sobre a teoria e não é verdade; e aquilo que, de fato, possuía amparo nas concepções do autor.

Nessa toada, conclui-se que o leitor possui uma gama de elementos para encontrar boas soluções e explicações, desmitificando Kelsen, e provando a adequação de sua teoria com a contemporaneidade. Assim sendo, o operador do direito e os amantes da filosofia jurídica, não verão as leis e sua aplicação da mesma forma que antes.

Referências

Bobbio, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora Ltda. 1ª edição. 1999.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de jan. 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 30 de set.2020.

Costa Matos, Andityas Soares de Moura. **A Norma Fundamental de Hans Kelsen como Postulado Científico**. Belo Horizonte, p.41/84, mai. 2011

Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1999

Morrison, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1ª Ed. 2006.

Ramiro, Carlos Henrique Lopes; Herrera, Luiz Henrique Martim. **Hans Kelsen: Filosofia Jurídica e Democracia**. Londrina. Revista de Informação Legislativa, Ano 52 Número 205 jan/mar. 2015 p.235/260

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **A ciência (pura) do direito em Hans Kelsen**. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 2, p.82-108, ago. 2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n2p82. ISSN: 1980-511X Acesso em: 27 de jul. 2020