



CONTRIBUIÇÕES DE KELSEN À FILOSOFIA DO DIREITO

Gabriela Dickel das Chagas¹; Elisa Fernanda do Rosa²; Aline Lima Deicke³; Aline Antunes Gomes⁴

Palavras-chave: Direito. Filosofia. Kelsen.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho constitui-se em um estudo bibliográfico descritivo, apresentando, em linhas gerais, as ideias Kelsenianas. Hans Kelsen é natural da cidade de Praga, contudo, o advento do nazismo o fez buscar exílio nos Estados Unidos, onde exerceu a função de professor na universidade de Berkeley, razão pela qual parte significativa de sua obra foi produzida naquele país. Faleceu em 1973 prestes a completar 92 anos (VENDRUSCOLO, 2007).

O objetivo da pesquisa é analisar os elementos principais da Teoria Pura do Direito, desenvolvida por Hans Kelsen, isto é, os conceitos de ser, dever ser e nome hipotética-fundamental. De modo paralelo, menciona-se as concepções de justiça do filósofo, bem como a sua contribuição para outras áreas do Direito, vez que a importância da obra de Kelsen não se restringe ao campo da filosofia, especialmente porque entende-se sua doutrina como sendo basilar a todo o Ordenamento Jurídico.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

Por tratar-se de uma revisão de literatura, utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, tendo sido consultados materiais anteriormente publicados acerca da obra de Hans Kelsen, tais como artigo em periódico e livros acadêmicos. Deste modo, traçou-se um panorama das ideias do filósofo, abordando especialmente os conceitos de ser, dever ser e norma, com o fito de compreender a Teoria Pura do Direito.

3 TEORIA PURA DO DIREITO

A Teoria Pura do Direito foi concebida por Kelsen e publicada pela primeira vez em 1934, sob forte influência do positivismo científico do século XIX (VENDRUSCOLO,

¹ Discente do curso de Direito, da Universidade de Cruz Alta - Unicruz, Cruz Alta, Brasil. E-mail: gabidaschagas@bol.com.br

² Discente do curso de Direito, da Universidade de Cruz Alta - Unicruz, Cruz Alta, Brasil. E-mail: elisafdr97@gmail.com

³ Discente do curso de Direito, da Universidade de Cruz Alta - Unicruz, Cruz Alta, Brasil. E-mail: aline_deicke@yahoo.com.br

⁴ Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta. Doutoranda em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela UNIJUÍ. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Graduada em Direito pela Universidade Franciscana de Santa Maria. E-mail: algomes@unicruz.edu.br



2007), uma vez que a Teoria procurou, por meio do isolamento do método jurídico, conferir cientificidade e autonomia ao Direito, além de livrar a prática jurídica de servir a determinados interesses, paixões, preconceitos ou ideologias (LARENZ, 1991).

Para tanto, com fulcro no Neokantismo do século XIX, propôs-se a delimitar o campo de atuação da ciência jurídica. Entendeu Kelsen que esta deveria preocupar-se apenas com o dever ser (*sollen*), enquanto caberia as demais áreas do conhecimento, tais como a história ou a sociologia, a preocupação com a realidade fática, o ser (*sein*) (COELHO, 2012).

Nesta esteira, a norma é entendida como prescrição do dever ser, é resultado de um ato de vontade (sem com este se confundir) que permite, obriga ou proíbe determinado comportamento. Assim, Kelsen entendeu o direito como uma ordem coercitiva. Daí resulta seu conceito de ilícito, que nada tem a ver com critérios axiológicos, apenas com o fato de determinada conduta coincidir com a hipótese prevista pela ordem jurídica para um ato de coerção (LARENZ, 1991), o que atualmente, em direito penal, denomina-se “adequação típica formal”. A coerção é a consequência de um ato que se encontra ligado a uma norma proibitiva.

A ciência do direito deve relacionar-se exclusivamente com o que está prescrito juridicamente. Não se preocupando com o conteúdo que a regra positiva expressa, mas tão somente com a estrutura lógica do ordenamento, recusando-se a fazer qualquer juízo valorativo acerca do Direito (LARENZ, 1991).

Conduto, não há negação da existência dos vários aspectos que compõem e influenciam o direito. O que se opera é, dentre todos estes aspectos, eleger um que melhor se encaixe aos critérios de rigor necessários a conferir cientificidade ao direito. Kelsen temia que uma ciência que se ocupasse de tudo acabasse por perder-se em debates estéreis (COELHO, 2012).

Neste sentido, a norma é o princípio e o fim de todo ordenamento, não estando condicionada a fator algum, seja ele histórico, antropológico, cultural etc. O que confere existência à regra é a validade. Validade entendida como o preenchimento dos requisitos formais para a entrada no Sistema Jurídico. Portanto, o conceito de validade (assim como o de ilicitude) nada tem a ver com estar ou não de acordo com a moral vigente, nem com o valor justiça. Para Kelsen, no estudo dos juristas a norma deve ser tanto o objeto quanto o método (LARENZ, 1991).

O filósofo separou completamente a norma da vontade do legislador, argumentando que a norma existe porque tem validade e tem validade porque emana de poder competente, poder este derivado de outra norma e assim sucessivamente, sendo, nesse aspecto, a vontade de seu criador apenas uma condição, mas não a razão principal.

Deste modo, a norma enquanto ainda não codificada, quando existente apenas no íntimo, no intelecto do legislador, qualifica-se como um querer, logo, pertencendo a esfera do ser. Quando, porém, tal norma é exteriorizada, promulgada, passa a pertencer a esfera do dever ser.



4 NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL

O Ordenamento Jurídico consiste em um sistema hierarquizado, fechado e completo em si mesmo, cujas normas de hierarquia inferior devem ser harmônicas com as de hierarquia superior, para que assim obtenham validade. É do fato de todas as normas conduzirem a uma única norma que resulta a unidade e a coerência do ordenamento (LARENZ, 1991).

Neste ponto, surge a questão: de onde a norma de maior grau hierárquico obtém seu fundamento de validade? Mediante este problema, Kelsen cria o conceito de Norma Fundamental Hipotética, concebida como o fundamento último de validade de todo o Ordenamento, o ponto de apoio do Sistema Jurídico. Trata-se de um pressuposto lógico, axiologicamente neutro e sem existência material (VENDRUSCOLO, 2007).

Um bom ilustrativo para a Norma Hipotética Fundamental encontra-se na obra “Para Entender Kelsen” de Fábio Ulhoa Coelho. Imagina-se que um comerciante instale sua loja em um local controlado por traficantes que o exigem determinada quantia para que o trabalhador possa manter-se instalado no local. Da mesma forma, o agente fiscal do governo, legalmente constituído, também exige do comerciante um valor em dinheiro, sob pena de ser lavrado um auto de infração pelo não pagamento de impostos governamentais. O que diferencia a conduta do traficante da conduta do fiscal é que esta, por meio de uma complexa cadeia de normas, liga-se ao fundamento total de validade do ordenamento jurídico, a Norma Hipotética Fundamental. Ao passo que aquela, sequer indiretamente relaciona-se com a mesma norma (COELHO, 2012).

É neste ponto que se revela a contribuição de Kelsen para o Direito Constitucional, sendo o autor um dos principais representantes do sentido jurídico de Constituição. Para esta definição, o Documento Jurídico maior de um país pode ser entendido em dois planos, o lógico e o positivo. No primeiro plano a Constituição consiste em Norma Fundamental Hipotética transcendental, aquela que dá validade ao documento escrito e coerência ao sistema como um todo. No plano positivo jurídico, por seu turno, encontra-se a Carta propriamente dita, de existência material (LENZA, 2015). Deste modo, Estado se confunde com direito, sendo o Estado uma ordem jurídica e não se admitindo a existência de direito fora desta ordem.

Portanto, o filósofo concebe justiça e direito como unidades totalmente distintas, razão pela qual, a discussão acerca do valor justiça não encontra espaço em sua Teoria Pura do Direito. Isso não significa, contudo, que o pensador tenha se abstraído de tão relevante tema (COELHO, 2012).

Kelsen entendia a justiça não como objeto da ciência do direito, mas da ética como ciência autônoma. Portanto, no campo da ética, é vasta a obra Kelseniana que trata de mencionado valor. Kelsen faz análise de várias escolas que procuraram definir justiça, encontrando ambiguidades e contradições em todas elas. O filósofo conclui então, que se trata de um valor mutável cujo ápice não pode ser alcançado pela espécie humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS OU CONCLUSÃO

Nota-se que, embora repetidas vezes acusada de reducionista, a Teoria Pura do Direito jamais teve o condão de negar a complexidade que envolve o fenômeno jurídico,



objetivando tão só que o direito não fosse usado como escudo para determinadas ideologias e paixões, assim como evitar que a ciência jurídica perdesse o foco de estudo em debates por demais amplos.

Embora atualmente ultrapassada em alguns pontos, a Teoria de Kelsen ainda encontra respaldo prático, a exemplo da aplicabilidade constante dos conceitos de “ser e dever ser”. Na seara do Direito Constitucional, outrossim, são as concepções Kelsineanas que respaldam o sistema de controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Lisboa.: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VENDRUSCOLO, Weslei. **Considerações sobre a vida e obra de Hans Kelsen**. Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama. v. 10, n. 1, p. 199-218, 2007. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/648>>. Acesso em 09 set. 2019.