

## 1. INTRODUÇÃO

O estudante de Direito costuma se deparar com uma situação curiosa nos primeiros dias de aula: o estudo de Teoria do Direito. Acostumado com apostilas de cursinho, de repente parte para uma jornada filosófica. Passado o assombro inicial e a cada dia em contato com o Direito, percebe sentido e uma importância cada vez maior nessa disciplina. Afinal, ela é dedicada a estudar o que é o Direito, quais são os seus objetivos, como ele é pensado, o que envolve, entre outros pontos fundamentais para qualquer operador do Direito.

Em cada professor, o estudante encontra uma Teoria do Direito nova: textos-base diversos, referências e correntes que muitas vezes se contrapõem. Surgem então alguns questionamentos: qual é a Teoria do Direito correta? Qual é a referência certa? Que autor(es) devo ler? Onde encontro uma linha do tempo entre as teorias? Após alguns anos, se o estudante – que, às vezes, neste momento já é operador – continua preocupado em compreender esse debate e persevera na busca de respostas para os questionamentos supramencionados, descobre então que não há exatamente uma teoria correta, não há uma teoria única do Direito.

Embora a disciplina normalmente se denomine “Teoria do Direito”, nela se estudam teorias do Direito, o que vem implicando a alteração da denominação da disciplina pelas Universidades para “Teorias do Direito”. São múltiplas e diversificadas teorias a respeito do Direito, que o veem com objetivos e premissas e a partir de métodos diferentes. Em síntese, não há uma teoria do Direito, há teorias do Direito. Elas não são lineares, não partem de um único local global e muitas vezes não partilham das mesmas premissas, métodos e objetivos.

Quando compreende isso, o estudante muito provavelmente sentirá a necessidade de se filiar a alguma corrente – se já não o fez, mesmo sem perceber. Olhando para sua trajetória, talvez perceba que naturalmente – por seus sistemas de crenças, referências, história e cultura – se sente mais confortável com determinada doutrina. Essa escolha pode não ser racional, mas é certamente embasada por alguma coisa<sup>1</sup>.

De todo modo, é preciso optar. Em dado momento, será necessário posicionar-se. Quando não explícita, essa posição fica clara nos detalhes, nas entrelinhas. Afinal, pode-se olhar um mesmo objeto com diferentes olhares, e o resultado poderá ser (e comumente será) diferente. Uma mínima exposição já trai o ser humano: denota suas bases. É bastante difícil (e muitas vezes desnecessário) esconder do que se parte.

---

<sup>1</sup> A Psicologia e, no campo do Direito, a hermenêutica jurídica explicam isso. Exemplificativamente, ver KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

Esse introito serve para explicar uma premissa deste trabalho: a de que não há uma Teoria do Direito, mas teorias do Direito com objetivos e métodos diferentes, o que certamente não retira do Direito seu caráter científico. Partindo dessa premissa, neste trabalho optou-se por estudar uma dentre as várias correntes ou doutrinas das teorias do Direito: o positivismo kelseniano, cujo objetivo foi justamente conferir bases objetivas para o Direito enquanto ciência. A importância do positivismo kelseniano fala por si: Kelsen é certamente um dos maiores juristas do Século XX.

Para além de outras que se tem conhecimento, duas grandes críticas têm sido feitas à teoria de Kelsen: a de que se trata de uma teoria vazia, passível de acomodar qualquer coisa, e a de que se trata de uma teoria antidemocrática ou autoritária. O presente trabalho tem por objetivo traçar as linhas gerais e principais pontos do positivismo metodológico kelseniano, a fim de contrapor a teoria de Kelsen a tais críticas e investigar se estão corretas, bem como averiguar duas outras oposições feitas a Kelsen: a respeito da divisão entre Direito e moral e sobre o método de descrição do direito positivo.

## **2. SOBRE KELSEN**

### **2.1 A vida de Kelsen<sup>2</sup>**

Hans Kelsen nasceu em Praga, em 11/10/1881, filho de Adolfo Kelsen (1850-1907) e Auguste Löwy (1860-1950), ele de Brody e ela da Bohemia. Kelsen teve três irmãos mais novos: Ernesto (1883-1936), Gertrud (1886-1948) e Paul Fritz (1897). Embora tenha nascido em Praga, quando Kelsen tinha 3 anos de idade a família mudou-se para Viena, onde Kelsen cresceu e estudou ao longo da juventude e na universidade. A família de Kelsen falava alemão e apresentava indiferença religiosa (MÉTALL, 1976, p. 9-10).

Apesar da propensão para as ciências exatas, Kelsen dedicou-se à literatura e à poesia. Queria cursar filosofia, mas não conseguiu inscrever-se e acabou ingressando na Faculdade de Direito da Universidade de Viena. Inicialmente, decepcionou-se com o curso, pois se incomodava com a falta de fundamentação sistemática do Direito e de distinção com outras ciências, mas a decepção foi superada nos estudos do aspecto judicial do direito austríaco. Formou-se doutor em Direito em 18/06/1906 e se dedicou ao trabalho científico por seu interesse filosófico e por influência do amigo Otto Weininger (MÉTALL, 1976, p. 11-15).

---

<sup>2</sup> Este tópico foi escrito com base nas informações sobre a vida e as obras de Kelsen obtidas em MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

Com a morte de seu pai em 1907, a fábrica de iluminação da família faliu, prejudicando os planos de concluir seu livro e de se candidatar à vaga de professor na Faculdade de Direito da Universidade de Viena – por sua origem judia, não teve apoio dos professores para seguir a carreira acadêmica. Foi a Heidelberg para concluir seu livro – onde conheceu Jellinek – mas teve de retornar à Viena para sustentar a família. Em 1912, casou-se com Margarethe (1890) e teve duas filhas, Anna (1914) e María (1915) (MÉTALL, 1976, p. 16-19).

Após lecionar em instituições privadas, concluiu seu livro (Problemas de capital) e assumiu o cargo de professor na Faculdade de Direito da Universidade de Viena, lecionando direito constitucional e filosofia do direito a partir do verão de 1911. Em 1919, foi nomeado professor ordinário de direito constitucional e administrativo da Universidade de Viena. Kelsen era muito respeitado e admirado na Universidade: era exigente com trabalhos científicos, mas paciente e considerado com os alunos, a quem aconselhava, estimulava e ajudava, inclusive materialmente; não se furtava a discussões, praticava a tolerância e incitava a oposição; mantinha relações amigáveis com pessoas de esquerda e de direita e nunca se filiou a partidos (MÉTALL, 1976, p. 20-24).

Em 1918, foi chamado por Karl Renner para elaborar a Constituição Federal da Áustria a partir de 2 princípios fundamentais: a democracia parlamentarista e a descentralização governamental em regiões. Quando elaborou a constituição, considerou o Tribunal Constitucional peça central: fez o primeiro tribunal constitucional verdadeiro da história do direito constitucional. Kelsen nunca se filiou a partidos políticos, sempre defendeu a democracia, uma técnica jurídica depurada e que fosse assegurada a paz. Em 1921, foi eleito membro vitalício e relator permanente do tribunal, mantendo a cadeira na universidade. Todavia, em 1930, o Partido Social-cristão – que apoiava o fascismo italiano e estava no poder – logrou êxito em um golpe para enfraquecer o tribunal e dissolver o parlamento, o que resultou na saída de Kelsen do Tribunal (MÉTALL, 1976, p. 37-61).

Com as ameaças e os regimes fascistas, Kelsen circulou pela Europa ao longo de 9 anos, até mudar-se definitivamente para os Estados Unidos em 1939: (i) de 1930 a 1933, lecionou na Universidade de Colônia; tornou-se decano da universidade, mas foi destituído em 1933, quando os nacional-socialistas tomaram o poder na Alemanha; (ii) de 1933 a 1936, lecionou no Instituto Universitário de Altos Estudos em Direito Internacional de Genebra; (iii) de 1936 a 1938, lecionou na Universidade Alemã de Praga, onde sofreu diversos boicotes e ofensas de estudantes nazistas. Com o início da 2ª Guerra Mundial em 1939 e após uma turbulenta viagem, Kelsen chega aos Estados Unidos com sua esposa, aos 60 anos de idade, para recomeçar sua vida pela quarta vez (MÉTALL, 1976, p. 64-82).

Nos Estados Unidos, Kelsen lecionou por 2 anos em Harvard a convite de Roscoe Pound e, por indicação deste, ocupou a vaga de professor visitante na Universidade de Berkeley. Tornou-se professor pleno em 1945. Sempre preocupado com questões financeiras, pôde se acalmar com (i) a extensão até os 70 anos do contrato com a Universidade de Berkeley; (ii) a indenização recebida do governo alemão em 1951; (iii) o reconhecimento do direito à aposentadoria pelos anos de atuação em Berkeley; (iv) uma indenização recebida do governo austríaco em 1961. Renomado e reconhecido no mundo inteiro, atuou como assessor técnico do governo norteamericano em projetos importantes. Adquiriu a cidadania americana e viveu na Califórnia até falecer em 11/04/1973 (MÉTALL, 1976, p. 83-99).

Ao longo de sua vida acadêmica, Kelsen recebeu inúmeras homenagens, foi eleito membro honorário e membro correspondente de várias universidades, foi eleito membro de academias e sociedades científicas, recebeu ordens e condecorações ao mérito, atuou como editor de revistas – em 1914, fundou a Revista Austríaca de Direito Público – e como consultor e recebeu prêmios internacionais.

Como se vê, Kelsen iniciou sua carreira de professor em 1909 e lecionou ao longo de toda a sua vida em diferentes universidades: Universidade de Viena, Universidade de Colônia, Instituto Universitário de Altos Estudos em Direito Internacional de Genebra, Universidade de Alemã de Praga, Harvard e Berkeley. Produziu várias obras que foram frutos de uma vida inteira de estudos. Sempre foi um jurista aberto ao debate e dotado de honestidade acadêmica, o que permitiu que dialogasse com diferentes autores e de outros ramos do conhecimento, como, por exemplo, Weber, Freud e os autores marxistas e bolcheviques. Kelsen estudou não apenas Teoria do Direito, mas Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito Eleitoral, Direito Administrativo, Filosofia do Direito, Sociologia, Teoria Política, Direito Comercial, Teoria do Estado, Metodologia da Ciência, entre outras.

Os fundamentos da obra Teoria Pura do Direito – maior mérito e reconhecimento de Kelsen – foram criados em 1911. Seus fundamentos metodológicos foram revistos continuamente, mas o objetivo de criar uma Teoria Pura do Direito como teoria do direito positivo permaneceu: buscou delimitar o direito positivo frente ao método sociológico e o direito natural, reconhecendo a legalidade a partir da oposição entre ser e dever ser; abordou o vínculo entre delito e pena; tratou do problema do direito subjetivo; opôs-se ao dualismo tradicional entre direito público e privado; ampliou a teoria das proposições jurídicas primárias e secundárias; afirmou a unidade entre estado e ordem jurídica; propôs norma básica como regra suprema de criação, que fundava a unidade do sistema; entre outras ideias que foram desenvolvidas em escritos publicados ao longo de sua vida (MÉTALL, 1976, p. 110-111).

## 2.2 Kelsen, o ser humano

Os primeiros anos de estudo a partir da pré-adolescência de Kelsen, nos quais é retratado por Métall (1976, p. 11) como um jovem não brilhante, não causa perplexidade. Kelsen era brilhante, mas talvez, à época, não naquilo que se costumava valorizar no sistema educacional infantil via de regra. Atualmente, há inúmeros estudos científicos (normalmente da Psicologia e da Neurologia) que comprovam como a inteligência tradicional humana reportada ao Q.I. é limitada em descrever a capacidade intelectual do ser humano. Na Administração e na Psicologia, tal limitação já não é hoje incentivada; é plenamente reconhecido e aceito que há diferentes formas de inteligência e que é plenamente recomendado desenvolver todas elas – o que Kelsen certamente fez.

Com autoconhecimento, pode o ser humano estrategicamente e racionalmente escolher desenvolver ou não determinados aspectos de si – é claro que essa escolha não é plenamente livre, como sabemos. Disso exsurge também os diferentes perfis psicológicos humanos e como a Psicologia se dedica a fomentar e desenvolver esses diferentes perfis e o intercâmbio (comunicação) entre eles para o desenvolvimento pessoal e profissional.

Identificar potenciais pesquisadores e teóricos, infelizmente, pode não ser o foco do sistema educacional. Com isso, perde-se a oportunidade de identificação de pessoas com perfil para a pesquisa, que tenham autoconhecimento de suas propensões e optem, racional e deliberadamente, por seguir ou não esse rumo doravante, bem como que as pessoas munidas desse perfil recebam condições materiais para desenvolvê-lo. Não foi o caso de Kelsen, que teve acesso à educação, dedicou à vida a lecionar e enfrentou regimes ditatoriais para desenvolver sua teoria e seguir seus propósitos.

O acesso à educação por Kelsen – a literatura, a filosofia, a retórica nos seminários, a história de colegas na pesquisa, os exemplos de professores, etc. – parece ter sido essencial para que desenvolvesse esse aspecto de si. Apesar da possibilidade de contato com outras visões e escolas de pensamento em Heidelberg, fechou-se em si após vislumbrar – sob seu ponto de vista – uma dificuldade de diálogo na disciplina de Jellinek. Perdeu a oportunidade de cursar outras. Esses pontos ressaltam a importância de uma abertura no ensino do Direito à multidisciplinariedade e aos estudos da Comunicação, da Psicologia e da Educação. O ensino do Direito não é o Direito e, às vezes, parece o ensino do Direito esquecer-se disso. Sem um ambiente onde todas as pessoas se sintam seguras e recepcionadas para serem quem são e comunicar-se aberta e livremente, perde a ciência – principalmente a do Direito, que envolve retórica, interpretação e argumentação e, por isso mesmo, não pode fugir da comunicação.

Kelsen a todo momento mostrou-se uma pessoa segura de si, e certamente o ambiente familiar acolhedor, que o motivou a ter uma relação próxima e amorosa com os pais, contribuiu muito para isso. Apesar das respostas negativas ao longo da vida, por parte de colegas e professores, acreditou no próprio desenvolvimento e persistiu em sua pesquisa e objetivo. Seus projetos também foram implicados pela questão financeira, mas Kelsen adaptou-se e persistiu. Foram inúmeras barreiras aos projetos acadêmico e de vida de Kelsen, que poderiam ter impedido um dos maiores juristas do Século XX de ser quem foi – e é. Não apenas sua capacidade técnica, mas os diferenciais de Kelsen também foram a confiança, a honestidade acadêmica, a coragem, o esforço empreendido ao longo de anos de dedicação à pesquisa e ao ensino, o foco em seu objetivo e condições materiais suficientes.

Kelsen era tão inteligente – inclusive e talvez principalmente, emocionalmente – que se tornou conhecido não só por sua teoria e pesquisa, mas também pelo professor, líder e acadêmico com perfil inclusivo, dialógico e não agressivo que foi. A abertura de Kelsen ao debate permitiu não só *insights* que foram desenvolvidos ao longo de sua vida em sua pesquisa, mas também a formação de sua escola e de uma série de outros juristas que com ele aprenderam. Permitiu que o autor deixasse uma trilha de ensino e um verdadeiro legado.

Essa mesma honestidade científica foi motivo – dentre outros – para a sua retirada do Tribunal Constitucional em 1929: unindo-se religião e política, buscou-se um golpe para dar fim à “neutralidade” estatal e do direito; sob designações morais e religiosas, buscava-se o poder arbitrário. Kelsen, denotando sua reconhecida honestidade científica e agindo de forma coerente com sua teoria pura, negou-se a atuar sob desígnios políticos e religiosos. Isso gerou percalços que o autor conseguiu superar e que não foram capazes de impedir que deixasse sua marca na história. A história de vida de Kelsen – o ser humano por trás das obras – o torna ainda mais admirável.

### **3. DUAS CRÍTICAS EQUIVOCADAS**

Kelsen dedicou sua vida ao estudo e à construção de sua Teoria Pura do Direito, embora também tenha se dedicado a elaborar uma Teoria do Estado – que não é objeto específico deste estudo. O autor (2007, p. 52) se propôs à construção de uma teoria geral do Direito tendo por objeto responder “o que é” e “como é” o Direito por meio de uma metodologia orientada ao conhecimento do Direito, expurgando dele elementos estranhos ao objeto jurídico.

Kelsen defende que o Direito é uma ciência e como tal não deve e não pode ser utilizado para justificar escolhas políticas, as quais devem ser feitas democraticamente pelo

povo no âmbito da Teoria Política. A todo momento em seus escritos, Kelsen (2007, p. 1) relembra o objetivo de sua teoria do Direito – separar o Direito de ideologias:

Há mais de duas dezenas de anos comecei a elaborar uma Teoria Pura do Direito, isto é, depurada de toda ideologia política e de todo elemento científico-cultural, teoria jurídica presa à sua especialidade em razão da legalidade inerente a seu objeto. Desde o início, foi intenção minha alçar à altura de uma autêntica ciência, de uma ciência do espírito, a Jurisprudência ou Ciência do Direito, que, aberta ou veladamente, se exauria quase que por completo em raciocínio jurídico-político. Tratava-se de explicar não suas tendências, dirigidas à criação do direito, mas as investigações dirigidas, tão-só, ao conhecimento do direito, abstração feita a seus diversos aspectos, aproximando, tanto quanto possível, os resultados obtidos, do ideal de toda ciência, ou seja, a objetividade e a exatidão.

As propensões de Kelsen às ciências exatas não passaram longe de sua Teoria Pura do Direito: ficam evidenciados os intuítos de objetividade e exatidão afirmados pelo próprio Kelsen. O trecho acima deixa claro 3 pontos centrais da Teoria Pura do Direito: (i) a autonomia do Direito em relação a outras ciências; (ii) a separação entre Direito e ideologias políticas; e (iii) o objeto de estudo do Direito: o direito positivo.

Em seus escritos – que foram construídos e revistos sempre em diálogo com seus críticos – Kelsen reforça a todo tempo os objetivos e o método de sua Teoria Pura do Direito: a separação rigorosa entre a ciência jurídica e a ciência política; a impossibilidade de defender axiomas políticos subjetivos com base no Direito; a autolimitação da ciência jurídica neste ponto; a pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico; uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever seu objeto.

Claramente, o objetivo de Kelsen é propor uma Teoria do Direito objetiva e pura, que se limite à descrição do direito positivo e não permita ao Direito ser utilizado como ferramenta política de dominação por ideologias – algo que o perseguiu durante toda a sua vida –, que situe o conteúdo da norma no âmbito da política democrática e o insira na Ciência Política.

Kelsen (2007, p. 12) afirma que “o problema da Justiça, enquanto problema de valor, fica fora de uma Teoria do Direito que se circunscreve à análise do Direito positivo, como realidade jurídica”. Tais objetivos e métodos denotam o positivismo (que se limita a descrever o direito positivo) metodológico (desenvolvido a partir da teoria separatista e da pureza metodológica da teoria) kelseniano.

Walter (2007, p. 28) explica que a Teoria Pura do Direito “é um programa para consideração científica, isto é, objetiva-intersubjetivamente comprovável – do objeto ‘direito positivo’. Pode-se qualificá-la como uma teoria geral da dogmática do direito positivo”. Para o autor (2007, p. 29, 32-33 e 35), a Teoria Pura do Direito é uma teoria geral, dogmática, realista,

crítica e estatal, ligada “ao empirismo lógico, no empenho pelo conhecimento racional e a ética da pureza metódica”.

Kelsen foi acusado por muitos de elaborar uma teoria vazia ou autoritária, mas tais críticas não procedem. Como se vê, da forma como construída a Teoria Pura do Direito kelseniana, com seus objetivos e conforme o que Kelsen se propôs a fazer, não se pode defender que esteja equivocada com base em tais críticas. Sob o ponto de vista da lógica, não há erro em, com o objetivo determinado de propor uma teoria ideológica, defender que Direito é norma e dever ser.

No momento em que Kelsen coloca o ser para fora do Direito, como algo externo, extrínseco ao Direito e que deve ser trabalhado em outras ciências que não o Direito – este preocupado com o dever ser – ele busca cumprir construir uma Teoria do Direito purificada de ideologias. Seguindo o objeto e a metodologia escolhidos, sua conclusão não é logicamente incompatível com suas premissas e com o desenvolvimento da sua teoria.

Kelsen não retira a importância do conteúdo da norma e nem deixa de se preocupar com ele, mas delimita o campo de atuação do Direito para acomodar a atuação política – fora dele. O que Kelsen faz é redistribuir a linha divisória entre Direito e Ciência Política de modo a limitar atuações ideológicas em nome do Direito, que, segundo ele, não são objeto do Direito, mas da Ciência Política. A teoria de Kelsen considera a importância de outras ciências na definição do conteúdo das normas: cabe à Psicologia, à Sociologia, à História, à Ciência Política, entre outras, influir e determinar os conteúdos das normas e preocupar-se com o ser. A Ciência do Direito deve se ocupar da descrição das normas, justamente para que não seja utilizado como arma para imposição de determinada ideologia de forma antidemocrática.

Ele não propõe que o Direito não precisa de outras ciências ou que o Direito pode acomodar qualquer coisa: essas são leituras equivocadas e incompletas de sua teoria e de suas obras. O que Kelsen sempre se propôs a fazer – e deixa claro já na primeira página de Teoria Pura do Direito – foi construir uma Teoria do Direito ideológica, uma teoria científica e objetiva do Direito que não propusesse e não se ocupasse de um conteúdo específico (ser) das normas, mas da descrição do direito positivo. Kelsen se propôs a criar uma Teoria do Direito que relegasse ao campo político as discussões a respeito dos conteúdos das normas.

Não se pode acusar Kelsen de propor uma teoria vazia e que alberga qualquer coisa como objeto do Direito: essa acusação não considera os escritos de Kelsen sobre Teoria Política. Se o Direito é norma e o conteúdo desta é definido democraticamente no palco político – que é trabalhado por Kelsen na obra “Teoria do Estado” –, então é nesta arena e com suas próprias regras que diferentes conteúdos para as normas serão definidos. Isso não é autoritário, muito

pelo contrário: considerando as diversas ideologias que perpassam o campo político, a proposta de Kelsen é a mais democrática possível para o Direito, que respeita as normas formuladas democraticamente no campo político.

Óscar Correias (1989) dedica-se a demonstrar, por meio de vários trechos das obras de Kelsen, que este sempre foi um filósofo político. O autor explica como Kelsen combateu totalitarismos por meio de uma construção filosófico-política sólida sobre a sua Teoria Pura do Direito, limitando o exercício do poder estatal no âmbito político à democracia e buscando impedir que a ciência fosse utilizada para justificar decisões políticas.

O autor enfrenta a notória crítica do formalismo de Kelsen – cuja teoria supostamente poderia acomodar qualquer coisa como Direito e, com isso, justificar totalitarismos. Parece-nos que, evidenciados os motivos e premissas de Kelsen ao criar a Teoria Pura do Direito e seus posicionamentos enquanto defensor da democracia, resta impossível defender que sua teoria acomodaria ou justificaria totalitarismos. Como exalta Correias, só poderia fazer defesa nesse sentido alguém que desconheça a Teoria Pura do Direito – como necessita ser conhecida, de forma completa – ou munido de má-fé. Para que se possa concluir que a Teoria Pura do Direito de Kelsen é uma concha vazia capaz de comportar totalitarismos é preciso desconhecer o fato – e é impossível desconhecer tal fato sem admitir que não compreendeu as próprias premissas e justificativas da teoria, ou seja, sem alegar desconhecimento do próprio objeto da crítica – de que a Teoria Pura do Direito não pode ser lida em separado da Teoria do Estado adotada por Kelsen – e esta é democrática e oposta a totalitarismos.

Em síntese, acredita-se que a teoria kelseniana é logicamente estruturada e democrática, e que as duas críticas supramencionadas não atentam para os escritos de Kelsen sobre Teoria de Estado. Se o Direito é ordenamento normativo, não há como tecer essa crítica à teoria kelseniana sem antes averiguar como as instituições democráticas atuam na estrutura estatal segundo o autor.

#### **4. UMA DIVERGÊNCIA E UMA CRÍTICA POSSÍVEIS**

De outro lado, há duas críticas que são a priori defensáveis em face da Teoria Pura do Direito de Kelsen – há outras, tais como a impossibilidade de separação entre ser e dever ser, mas que não serão objeto deste estudo. Não são propriamente críticas a essa teoria, mas divergências com relação ao seu objetivo e método. A primeira delas consiste na separação entre Direito e moral e a segunda atine ao positivismo inerente à teoria kelseniana (a descrição do direito positivo).

Pode-se discordar – em termos ideológicos – da proposta de Kelsen de purificar o Direito de ideologias. Podemos discordar da ideia de que o Direito deva ser a ideológico, da ideia de que o Direito não deve se preocupar com conteúdos específicos para as normas e que essa preocupação não cabe exclusivamente à política. Podemos defender que o Direito deve sim se preocupar com o conteúdo das normas e que não é papel exclusivo da Ciência Política a definição desses conteúdos. Podemos defender que Direito e moral não se separam ou não devem se separar, que a moral também faz parte do Direito e que este deve lidar com ela de alguma forma – que não a relegar à Ciência Política.

Embora não desconstrua a lógica interna da teoria kelseniana, essa é uma divergência possível. Ela nega o próprio objetivo de Kelsen. Provavelmente, Kelsen responderia a essa divergência dizendo que essa ideologia retiraria o caráter científico e objetivo do Direito, ou seja, que a divergência está fora da incidência de sua teoria. Essa divergência impõe uma teoria com objetivo diverso da teoria kelseniana, algo que Kelsen nunca se propôs a fazer; Kelsen sempre deixou claro o objetivo por trás da construção de sua teoria – e essa junção sempre foi a antítese de seu objetivo. Não poderíamos criticar a teoria kelseniana com base em um objetivo diametralmente oposto ao que se propôs o autor quando a construiu. Por isso, podemos chamar isso de divergência, mas não de crítica.

A segunda divergência consistiria na adoção do positivismo (descrição do direito positivo) por Kelsen. Embora a teoria kelseniana parta do positivismo enquanto premissa para a cientificidade do Direito – a descrição do direito positivo – é justamente aqui que a segunda divergência encontra um ponto fértil de desenvolvimento.

Quando Kelsen fala em “normas”, ele confere ao termo um determinado significado. Nesse sentido, ao tratar das críticas de Kelsen às teorias jurídicas marxistas, Guastini (1989, p. 80-81) explica que Kelsen define os termos conforme a própria teoria. Considerando que Guastini pertence à escola da filosofia analítica genovesa, não é de surpreender que toda a sua análise de Kelsen e de suas críticas ao marxismo partam da linguagem e da interpretação dos textos para atribuir-lhes sentidos. É que a escola genovesa não vê sentido a priori nos textos (GUASTINI, 2005).

Kelsen não desconhecia a virada linguística que afetou definitivamente as teorias do Direito. Na obra *Teoria Pura do Direito*, quando trata da interpretação, Kelsen (2007, p. 114-115) inicia o capítulo destacando três espécies de indeterminação das normas: (i) indeterminação relativa do grau inferior em relação ao grau superior; (ii) indeterminação intencional dos graus inferiores e (iii) indeterminação não intencional dos graus inferiores.

Na indeterminação do grau inferior em relação ao mais alto, explica que nos processos de produção da norma inferior e de seu conteúdo não há uma determinação completa, há um espaço de livre estimativa para o executor/intérprete da norma. Na indeterminação intencional, há um espaço de liberdade proposital, a norma geral oferece opção ao executor/intérprete. Na indeterminação não intencional, encontra-se a pluralidade de significados de um texto (KELSEN, 2007, p. 114).

Então Kelsen (2007, p. 115) expressamente reconhece a possibilidade de multiplicidade de sentidos: “o sentido linguístico da norma não é unívoco; quem tiver de executá-la, encontra-se diante de vários sentidos”. Ele compreende a norma como uma moldura dentro da qual se apresentam várias possibilidades, desde que o sentido dado seja *possível*. Acredita-se que, por possível, quis ele referir-se a um sentido que não conflitasse, não ultrapassasse a moldura em termos lógicos.

Para Kelsen (2007, p. 106), a jurisdição não consiste em atividade declaratória da norma geral – o juiz, portanto, não se limita a declarar a vontade do legislador –, mas em função criativa do Direito pelo julgador, por meio da sentença judicial, entendida como “uma norma jurídica individual, uma individualização ou concretização da norma geral ou abstrata, a continuação do processo de produção do direito, do geral para o individual”. É por meio da sentença, portanto, que o juiz concretiza uma norma geral, criando uma norma individual. Kelsen (2007, p. 117) então discorda da ideia de uma única resposta correta:

O fato de que uma sentença judicial seja baseada numa lei nada mais significa, na verdade, senão que se encontra no interior da moldura e que a lei não significa que é uma das normas individuais possíveis dentro da moldura da norma geral.

[...]

A interpretação deve desenvolver um método que possibilite preencher acertadamente a moldura verificada. A teoria da interpretação comum fará crer que a lei, aplicada ao caso concreto, só pode fornecer uma decisão correta e que a ‘correção’ juspositivista dessa decisão acha-se baseada na própria lei. Apresenta, assim, o processo dessa interpretação de maneira tal que parece tratar-se de um ato intelectual que a esclarece e compreende, como se o intérprete só pusesse em ação sua compreensão e não sua vontade, e como se através de uma compreensão pura se pudesse ter, entre as possibilidades existentes, uma correspondente ao direito positivo, no sentido de que se pudesse encontrar uma escolha certa de acordo com o direito positivo.

Ele afirma que a interpretação gera “um marco dentro do qual são racionalmente de igual valor diferentes soluções”, o que exige do intérprete “o emprego de métodos racionais, cujos resultados objetivos (inter-subjetivos) sejam verificáveis” (WALTER, 2007, p. 40). A escola analítica genovesa vai expor uma série de outras possibilidades interpretativas, como, por exemplo, os argumentos analógico, a fortiori, psicológico, histórico, apagógico, teleológico,

econômico, autoritativo, sistemático, da completude, da coerência, entre outros (TARELLO, 2013, p. 313-339).

Como se vê, Kelsen tanto compreende quanto considera em sua teoria a indeterminação do Direito e a textura aberta da linguagem. O que Kelsen não faz é se preocupar em encontrar um método ou forma para definir a “resposta correta” – que ele nem acredita ser possível – ou a mais adequada possível. Kelsen (2007, p. 117-118) limita-se a afirmar que a norma gera múltiplas possibilidades e que cabe aos estudiosos da interpretação a busca de um método para lidar com isso:

Sob a ótica do direito positivo não existe critério pelo qual uma das dadas possibilidades da aplicação da norma possa ser preferida à outra. Simplesmente não existe – caracterizável como juspositivo – um método, relativamente ao qual, dentre os vários significados linguísticos de uma norma, só se possa salientar um como ‘correto’; naturalmente se se tratar de muitas interpretações possíveis, isto é, em concordância com todas as outras normas da lei ou do ordenamento jurídico. Apesar de todos os esforços da doutrina jurídica tradicional, até hoje não se conseguiu resolver o conflito entre vontade e expressão de maneira objetivamente válida a favor de uma ou de outra. Todos os métodos de interpretação desenvolvidos até agora só conduzem a um possível, jamais a um único resultado justo.

Para Kelsen (2007, p. 118), as múltiplas interpretações possíveis são equivalentes porque o direito positivo não fornece um critério objetivo para escolha:

Não fornece a medida objetiva em relação à qual interesses contrários possam ser comparados entre si, e por conseguinte, poderem ser resolvidos os conflitos de interesse. Essa medida objetiva não leva à comparação de interesses opostos e, assim, a poder resolver conflitos de interesses. Essa medida não pode ser extraída da norma a ser interpretada ou da lei que a contém, ou ser procurada em todo o ordenamento jurídico, como ensina a denominada teoria do equilíbrio de interesses. Pois a necessidade de uma interpretação acontece exatamente porque a norma a ser aplicada ou o sistema de normas deixa abertas inúmeras possibilidades, o que quer dizer que não contém nenhuma resolução sobre qual dos interesses em jogo é o mais alto; essa decisão, essa determinação de hierarquia dos interesses é muito mais um ato de produção normativa – permite, por exemplo, uma sentença judicial justa.

Diante da abertura da linguagem e da multiplicidade de sentidos possíveis da norma, é uma ilusão acreditar que dela se pode extrair uma resposta mais adequada que outra em um determinado caso. Kelsen (2007, p. 119) compara o juiz com o legislador nessa atividade criativa do direito ao afirmar que, como o legislador, o juiz “também é um criador do direito e é também relativamente livre nessa função”.

Para ele, encontrar a interpretação mais justa da norma é uma tarefa político-jurídica e não dirigida ao conhecimento do direito positivo, de modo que não se trata de atividade científica afeita à Teoria Pura do Direito, que tem por mote a descrição do direito positivo. A

interpretação do conteúdo das normas na jurisdição é atividade criativa do Direito, assim como a elaboração das leis pelo legislador, e portanto não é revestida da mesma cientificidade que a descrição do direito positivo:

Os comentários “científicos” em que deve apoiar-se a atividade de execução da lei têm caráter absolutamente jurídico-políticos, são propostas para igualar a feitura das leis e são experiências para influenciar a função da criação jurídica dos tribunais e autoridades administrativas.

Quando Kelsen não consegue encaixar a interpretação jurídica na exigência de racionalidade, objetividade e cientificidade de uma descrição do direito positivo, acaba por conferir a ela a característica “política” que a exclui de sua Teoria Pura do Direito. Kelsen entende que o objeto do Direito deve ser a descrição do direito positivo, das normas. Se a interpretação é permeada por uma subjetividade incompatível com a objetivação do conhecimento proposta por Kelsen, a única saída – para não relegar a própria base de sua teoria, que é o método descritivo – é tratar a interpretação como política.

Ora, se Kelsen (2007, p. 12) sustenta que “o problema da Justiça, enquanto problema de valor, fica fora de uma Teoria do Direito que se circunscreve à análise do Direito positivo, como realidade jurídica”, é evidente que o “problema” ocasionado pela subjetividade da interpretação só pode situar-se, para ele, fora dessa teoria, no campo da política.

Alf Ross (1963, p. 105-151) – expoente do realismo jurídico dinamarquês – foi aluno de Kelsen e divergiu de sua teoria quanto ao conceito de Direito e o dever ser da Ciência Jurídica. Para ele, (i) a ciência jurídica e a política jurídica não podem ser separadas; (ii) a doutrina do método tem que ser descritiva e não normativa; (iii) não há ideologia de método com regras fixas, mas estilos de interpretação; (iv) não há um método universal, assim como não há uma ideologia universal das fontes do Direito; (v) o estudo do método tem caráter diferente em diferentes sistemas. Todavia, Alf Ross concordou com Kelsen ao defender que as propostas de como deveria ser interpretado o Direito são ideológicas, partem de pressupostos quanto à natureza e ao conceito do Direito e por isso são sugestões de política jurídica. Por isso, não tem valor para compreender o direito positivo e predizer decisões futuras.

Em brevíssima síntese, pode-se dizer que, dentro de uma proposta positivista, o positivismo kelseniano sobrevive às duas críticas mencionadas no item anterior deste estudo, pois consiste em teoria logicamente estruturada e defensável. Todavia, se questionarmos as premissas do positivismo sobre o qual é construída a teoria kelseniana, veremos que ela não responde às implicações da textura aberta da linguagem na atividade interpretativa. Tal questão

foi trabalhada por Hart, mas não solucionada por Kelsen, que, ao relegá-la ao campo da política, a excluiu de sua teoria.

## 5. CONCLUSÕES

Não há uma Teoria do Direito una e linear ao longo da história, mas diferentes teorias do Direito que propõem papéis e objetivos diferentes ao Direito e métodos diversos para analisá-lo. Exemplificativamente, podemos citar aqui o jusnaturalismo, o positivismo, o realismo, o ceticismo, entre outras doutrinas ou correntes filosóficas (COELHO, 2006).

Hans Kelsen foi o expoente do positivismo jurídico e um dos maiores juristas do Século XX. Kelsen tinha alta propensão às disciplinas exatas, mas acabou se dedicando ao estudo e ensino do Direito. Ao longo de toda a sua vida, lecionou em universidades e dedicou-se à construção de sua Teoria Pura do Direito, pela qual propôs que o Direito não pudesse ser utilizado como arma para uma ideologia específica, suplantando a democracia e os embates na arena política. Perseguido pelo fascismo, teve que reiniciar sua vida por quatro vezes em países diferentes, o que também explica a importância dada à separação entre Direito e Política.

Kelsen foi muito criticado e sempre se manteve aberto ao diálogo com seus interlocutores críticos. Duas críticas muito conhecidas – dentre outras – referem-se à abertura de sua teoria para acomodação de qualquer coisa enquanto conteúdo do Direito e da possibilidade de que sua teoria explicasse e resguardasse pretensões totalitárias.

Neste trabalho, demonstramos que tais críticas improcedem, pois demonstram desconhecimento da Teoria do Estado desenvolvida por Kelsen e que não pode ser vista em apartado de sua Teoria Pura do Direito, uma vez que, para Kelsen, Estado e Direito coincidem e não é papel do Direito – que deve descrever o direito positivo – mas sim da Ciência Política, mediante processos democráticos, preocupar-se com o conteúdo das normas.

De outro lado, analisamos duas outras críticas: (i) a ideia de que o Direito não deve ser ideológico e (ii) a ideia de que o método descritivo do positivismo não responde às implicações da textura aberta da linguagem na atividade interpretativa. Quanto à primeira, concluímos que não se trata propriamente de uma crítica, mas sim de uma divergência com relação aos objetivos da teoria kelseniana – e que, portanto, não a invalida. Quanto à segunda, concluímos que se trata de uma crítica possível, pois Kelsen transferiu a interpretação jurídica ao campo da política por entender que se tratava de atividade externa ao Direito. Todavia, trata-se de atividade necessária e inserta nos objetivos e deveres do Direito enquanto ciência, mesmo que não se possa objetivar completamente a atividade interpretativa.

## REFERÊNCIAS

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Interpretação jurídica: algumas teorias, segundo Riccardo Guastini, e sua aplicação a um caso concreto. **RPGE**, Porto Alegre, v. 30, n. 64, p. 95-114, jul./dez. 2006.

CORREAS, Óscar. El otro Kelsen. In: CORREAS, Óscar (comp.). **El otro Kelsen**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 27-55.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. Kelsen y Marx. In: CORREAS, Óscar (comp.). **El otro Kelsen**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 79-98.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la ley**. Lima: Palestra Editores, 2013.

WALTER, Robert. A “**Teoria Pura do Direito**”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.