

# HANS KELSEN, O POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO ALTERNATIVO

LORENA PRISCILA MILAGRES VELOZO

*Aluna do 6º período do Curso de Direito da  
Faculdade de Direito do Alto Paranaíba*

*Estagiária do Poder Judiciário - Juiz Daniel César Botto Collaço  
2ª Vara da Comarca de Araxá-MG.*

---

*“O juiz é um homem que se move dentro do Direito como o prisioneiro dentro do seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisto exerce sua vontade; o Direito, porém, lhe fixa limites, que ele não pode ultrapassar.”*

*(Couture)*

Pode-se notar que não só acadêmicos como operadores do Direito de todas as áreas nutrem uma impressão equivocada da teoria kelseniana julgando-a codicista, ou seja, dogmática, fundada na Escola Exegética, segundo a qual as leis são perfeitas e devem ser aplicadas inquestionavelmente, mesmo que injustas.

O objetivo do presente ensaio é desmistificar todo esse hermetismo em torno da *Teoria Pura da Hans Kelsen*, única doutrina realmente científica do Direito.

Assim como o Direito Natural possui várias correntes, como, por exemplo, o Jusnaturalismo racionalista dos iluministas, que teve como precursor Hugo Grócio, seguido por John Locke, Rousseau e T. Hobbes, ou o teocrático de São Tomás de Aquino, o Positivismo também se subdivide segundo concepções distintas de ordem jurídica e valores de interpretação. Encontramos neste, desde escolas defensoras do Estrito Legalismo, como a Escola da Exegese e a Escola Analítica de Jurisprudência de John Austin, a qual preconiza a total

separação entre Direito e Ética, assim como as escolas que se abrem a uma interpretação mais livre, conferindo papel importante na aplicação do Direito aos costumes, à jurisprudência, à conduta humana; sem, contudo, abandonar as normas vigentes.

O Normativismo de Kelsen, inserido no âmbito do Direito Positivo, deve ser analisado conforme o contexto histórico em que a Teoria Pura foi inicialmente apresentada, bem como a respectiva evolução e amadurecimento das proposições nela contidas.

A 1ª edição (1934), de *Reine Rechtslehre*, veio à luz quando os humanistas, sobretudo Kirchmann, negavam ao Direito a condição de Ciência, pois esta pressupõe objeto constante; o Direito, ao contrário, se transforma continuamente, ao sabor dos governantes. Diante disso, Kelsen vem, então, visando conferir autonomia à Ciência Jurídica, atribuir à mesma um método e objeto próprios, desvinculado de quaisquer elementos metajurídicos, alheio, em suas próprias palavras, a “toda ideologia política e a todos os elementos da ciência natural” (daí sua “pureza”).

Diferentemente da Teoria Tridimensional do Direito, de *Miguel Reale*, segundo a qual o fenômeno jurídico requer a participação dialética dos fatos sociais, dos valores e das normas, Kelsen defende, como objeto da Ciência do Direito, apenas a norma. Não que os dois primeiros não tivessem importância – tanto que foram abordados pelo autor em outras obras -, e sim que deveriam ser estudados por outras ciências, que não a jurídica.

Passada a fase de afirmação do Direito como Ciência, influenciada pelo sistema do Direito romano-germânico (também denominado continental ou europeu, caracterizado pelo apego aos códigos escritos como garantia da segurança jurídica) e com a mudança de Kelsen para os Estados Unidos, pautado pelo *Common Law* (ou direito anglo-americano, cuja forma mais comum de expressão são os costumes concretizados pelos precedentes judiciais), Kelsen vai aos poucos reelaborando sua teoria de forma a conciliá-la com os dois sistemas. Já na 2ª edição de sua mais importante obra, em 1960, o Autor já admitia, por exemplo, competência mais ampla aos tribunais, que não se restringiam a declarar o direito, como escravos da lei, mas também possuíam função criadora, não só de normas individualiza-

das, no caso *sub judice*, como também normas gerais, através das decisões vinculantes para casos idênticos ao julgado (influência clara do *Common Law* no pensamento do Mestre de Viena).

Para espanto daqueles que se dizem opositores ferrenhos a Kelsen, combatendo seu suposto “Estrito Legalismo”, com a “reelaboração dos assuntos versados na 1ª edição e com um substancial alargamento das matérias tratadas”, como o próprio Autor analisou sua segunda edição, podemos encontrar em Kelsen todos os fundamentos, não só da Teoria Geral do Direito Moderno, como também subsídios para justificar o Direito Alternativo.

Como pressuposto para o estudo do Direito Alternativo, analisemos, antes, as considerações do Autor quanto ao conceito de Justiça. Para Kelsen, este é cheio de fórmulas vazias, porque envolve juízo de valores, que mudam conforme a época e os povos, ou seja, se os valores são relativos, a justiça absoluta seria um ideal irracional, “eterna ilusão”. Em seu livro “*O que é Justiça*”, Kelsen corrobora a necessidade de exclusão de tal conceito como objeto de estudo jurídico (e não da Ética, da Filosofia, Sociologia, etc.) pela seguinte razão: se todas as definições clássicas de Justiça são verdadeiras, nenhuma será absoluta.

Imaginemos uma questão de múltipla escolha em que haja as seguintes alternativas: *Justiça é: ( ) “Dar a cada um o que é seu” - Justiniano; ( ) Não fazer aos outros o que não queres que façam a ti; ( ) “Agir sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como universal” - Kant; ( ) “Fazer o bem e evitar o mal” - Tomás de Aquino; ( ) “A maior das virtudes”; é o meio-termo entre dois extremos que se contrapõem: o que é demais e o que é de menos - Teoria dos Mesotes, de Aristóteles; ( ) “Retribuir o bem com o bem e o mal com o mal” - Princípio da Retribuição; ( ) “Dê cada um segundo sua capacidade e a cada um conforme sua necessidade” - Karl Marx; ( ) “Amor ao próximo”; ( ) “A aplicação do Contrato Social” - Rousseau; ( ) “Tratar todos os homens por igual” - Justiça da Igualdade; ( ) “O bem absoluto” - Platão; ( ) Princípio do amor: “retribuir o mal com o bem” - Jesus Cristo.*

Certamente, nenhuma alternativa pode ser excluída. Portanto, como marcar uma só? Até porque, como apurar o valor (bem) e o

desvalor (mal) ou avaliar a necessidade ou a medida de igualdade entre os homens, ou conforme a natureza humana, amarmos nossos inimigos ou adivinharmos as expectativas de nossos semelhantes?

Provada, então, a relatividade do valor “Justiça”, passemos à análise da relação entre o Direito Alternativo e o Normativismo kelseniano: o cerne da teoria de Kelsen está na assertiva de que “uma norma, para ser válida, é preciso que busque seu fundamento de validade numa norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade possa ser reconduzida a uma mesma norma fundamental – também denominada grande norma ou, como na primeira edição norma hipotética, posteriormente renomeada fictícia –, formam um sistema de normas, uma ordem normativa”.

Quanto à interpretação dessas normas, tratada no último capítulo da Teoria de 1960, Kelsen afirma que a “norma de escalão superior não pode vincular em todas as direções o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem de livre apreciação”. Assim, todo ato jurídico, intencionalmente ou não, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado, sendo o Direito uma “moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme o Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível”. Portanto, a interpretação das leis pode conduzir a várias soluções; não há uma única sentença correta.

Ora, podemos perceber acima, fundamentos condizentes com os novos rumos do Direito Alternativo, quais sejam: considerar – e não ignorar, como pregam os fundadores da Escola do Direito Livre – as normas injustas para aplicar a justiça, ou seja, preencher de alguma forma a moldura apontada pelo insigne jurista austro-húngaro, se limitando, todavia, à advertência do autor: “o Princípio da Flexibilidade do Direito está na razão inversa do Princípio da Segurança Jurídica”.

Não estaríamos incorrendo em erro ao relacionar o Normativismo com o Direito Alternativo, sendo que aquele não atribui importância à presença da justiça no Direito e este a considera essencial para sua aplicação? Lembremos o que disse Sartre: “É preferível uma norma injusta que a ausência de normas”, porque tal condição provoca impasse nas pessoas. Para a Teoria Pura, deve-se estudar o Direito pela sua

forma (norma) e não pelo seu conteúdo, pelos motivos já colocados. Sendo assim, a norma suporta qualquer conteúdo. Seguindo tal raciocínio, opositores do Autor apontam que sua obra legitimaria atrocidades cometidas por governos ditatoriais e justificaria, por exemplo, o extermínio dos milhares de judeus nos campos de concentração nazistas, uma vez que tal procedimento, apesar de arbitrário e injusto, era conforme as normas de Direito vigentes. De lado diametralmente oposto, estão aqueles que argumentam que, justamente por ser Pura, suportaria conteúdo do Estado mais democrático possível.

O que se tem por certo é que, como bem observou Miguel Reale, “a tridimensionalidade em Kelsen se acha apenas implícita”. Por mais que ele tente divorciar a forma (normas) do conteúdo (fatos e valores), tanto não é possível. Nem por isso sua contribuição à ciência jurídica deve ser minimizada. *Kirchmann*, a quem nos reportamos no início, desconsiderou que mesmo as ciências naturais não são eternas. As leis da física, por exemplo, são verdadeiras até que se prove o contrário. Já o Direito, como ciência social, que tem o homem, ser racional, como elemento, tem por variante a cultura expressa em cada ordenamento. Daí a função do Direito Alternativo de obedecer ao Princípio da Razoabilidade, expresso em nosso País, pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Àqueles que se dizem anti-kelsenianos, sem nunca terem lido um só de seus livros, difundindo e tomando por certa uma “visão panfletária de seu pensamento”, como disse Dalmo de Abreu Dallari, ou que até tentaram, mas, não prosseguiram na leitura da *Teoria*, alegando complexidade e nebulosidade de idéias, devido ao tecnicismo e formalismo linguístico empregado por Kelsen em suas obras, fica uma observação de Norberto Bobbio, seu adepto italiano: “só quando se consegue construir uma linguagem rigorosa, e só naqueles limites em que tal linguagem se constrói, pode falar-se em investigação científica da ciência”.

**BIBLIOGRAFIA**

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*, São Paulo: Abril Cultural - Coleção Os Pensadores, 1988.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1996.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Para Entender Kelsen*. 2ª ed. Max Limonad: 1997
- CRETELLA JR., José. *Curso de Filosofia do Direito*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- \_\_\_\_\_. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- KIRCHMANN, Júlio. *La Jurisprudencia no es Ciencia*. Madrid: Instituto de Estudios políticos, 1961.
- MACHADO, Edgar de Godoi da Mata. *Elementos da Teoria Geral do Direito*. Belo Horizonte, 1962.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A Legitimidade do Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. *Unidade e Diferença – Kelsen e Luhmann a partir de Hobbes (Ensaio de Hermenêutica Filosófico-Jurídica)*. Araxá: Revista da Faculdade de Direito do Alto Paranaíba, 2000.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SARTRE, Jean Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. Abril Cultural. Coleção Os Pensadores, 1988.