

A “normatividade” na teoria jurídica de Hans Kelsen

NOTAS CRÍTICAS

Prof. DJACIR MENEZES
Diretor da Faculdade de Ciências
Econômicas do Ceará

Na fecundidade do pensamento jurídico alemão das últimas décadas, cortam-se, em variadas direções, doutrinas variadíssimas. O leitor desprevenido perde-se. E muitos outros acabam murmurando melancolicamente o boato de que “a literatura germanica é profunda e nebulosa...”

Bem sei que, principalmente em matéria jurídica, as especulações dos pensadores têm que obedecer o ritmo dos traçados políticos — e os filósofos juristas da Alemanha atual dão-nos a prova mais triste disso. Nem sempre, nas horas em que re-crudescem as ditaduras, o filósofo pode expor lucidamente suas opiniões. As imagens, a nebulosidade, o simbolismo, o disfarce, surgem sob certa pressão social, exigindo interpretação aguda. Isso torna o acesso ao pensamento do filósofo mais difícil, o pensador pensa apenas para uma elite diminuta; e o perigo de pensar é menor.

Quem já estudou as páginas de um Theodor Sternberg, em *Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*, de um Ehrlich, em *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, de Radbruch, na *Rechtsphilosophie*, sabe perfeitamente que a clareza expositiva não é privilégio único do gênio latino. Como, porém, quasi todos continuam dessedentando-se no manancial gaulez, principalmente os sábios da província, ouve-se continuamente, como verdade, incontestável, a afirmativa de que só o francês é claro e didático.

Mas meu intuito aqui é comentar um aspecto da teoria de Kelsen no que tange à natureza da norma jurídica. Cumpre-me antes responder: qual a posição de Kel-

sen no pensamento contemporâneo?

Não se poderia em poucas palavras definir a poliscópica variedade de matizes que separam os mais altos representantes da filosofia jurídica alemã e austriaca nestes últimos decênios do século XIX e começos do século XX. Em todo caso, num critério geral e um tanto vago, pode-se admitir duas direções: aquela em que dominam preocupações lógicas e gnoseológicas (a chamada “escola de Marburgo”) e aquela outra em que se acentuam as preocupações éticas ou valorativas (a chamada “Sul ocidental”).

Em ambas se pressente a influência poderosa do neo-kantismo.

Todo o rumor filosófico que porventura se ouve agora nos arraiais que falam alemão na centro-Europa (si é que ainda se ouve rumor de vozes, principalmente, de vozes filosofando), é um diálogo entre essas duas tendências, ambas reacionárias, ambas idealistas, ambas sob influxo kantiano. Perguntam-se:

— Todas as teorias jurídicas se resolvem apenas em elementos lógicos e gnoseológicos?

— Ou sobre aqueles componentes entram outros elementos éticos irredutíveis à lógica, autônomos e característicos?

A escola marburgiana afirma a primeira tese: é o “logismo formal”, onde estão Stammler, Cohen, Natorp, Liebert, Cassirer, Kelsen.

A escola sul-ocidental afirma a segunda tese: é o “eticismo jurídico”, a valorização axiológica, onde figuram Lask, Radbruch, Max Scheler, etc.

Com Kelsen e Mehl, o apriorismo lógico da escola de Marburgo vai ao mais alto grau que se poderia esperar no domínio da pura especulação jurídica.

Podemos agora tocar no ponto que motiva estas linhas.

Que diferença ha entre a norma jurídica e a lei natural? Como as distingue Hans Kelsen?

Em pequeno trabalho publicado ha mais de um ano analisamos o assunto em ponto de vista sociologico e juridico. Abordamo-lo agora á luz de criterio particular de determinada doutrina (1).

Para acentuar a divisoria entre a lei e a norma, Kelsen aviva muito a diferença entre uma e outra. O ser (*Sein*) e o que deve ser (*Sollen*) são dois mundos irreductíveis, que se não interpenetram. Já Windelband preparara o terreno ideologico dessas especulações, escrevendo:

"Sollen und Sein, Wert und Wirklichkeit muessen verschieden sein. Fielen Norm und Realitat zusammen, so hörte alles Werten auf, dessen alternativer Charakter in Bejahung und Verneinung jene Verschiedenheit voraussetzt", (2)

O que se pode traduzir: "Dever e Ser, Valor e Realidade, devem ser diferentes. Confundindo-se Norma e Realidade, desfizeram-se todos os valores cujo carater alternativo de afirmação e negação pressupõe aquela diferença".

O que é, investigado pela sociologia, não se confunde com o que *deve ser*. O *Seinenden* e o *Seinsollenden*, segundo Radbruch. Esta segunda categoria é privativa e primordial da ciencia juridica.

Por isso, no dominio juridico, não se pesquisa a *causa*, mas o fim (*Zweck*), não a *realidade*, mas o *valor* (*Wert*). Pode-se dizer: não se pesquisa o "direito positivo", que é, mas o direito justo" (que *deve ser*). Compreende-se como, seguindo essa marcha, Stammler foi cair nas especulações jusnaturalisticas e semi-escolasticas de um Direito natural de conteúdo variavel...

Mas o *ser* e o *dever ser* são, como disse, irreductíveis. Portanto, não se podem derivar um do outro. Ha entre eles uma antitesse logico-formal intransponivel e inabluivel.

Qual o mundo do "ser?" a realidade, a natureza, no seu largo e inabarcavel processus fenomênico universal. E o mundo do "dever ser"? o mundo da cultura, com toda a fenomenologia estudada por Max Weber (3).

Enquanto na Realidade se buscam leis que exprimem relações causais, no mundo

do Valor se investigam *normas* que exprimem relações teleologicas (... *Soll-Sätzen, den Charakter einer gewissen Idealität*, segundo os proprios dizeres de Kelsen).

A necessariedade das leis naturais não existe na norma, conjectura Kelsen. Si existisse, tirava-lhe sua especificidade: uma e outra eram aspectos da mesma relação.

Foi justamente o contrario que sustentei no meu trabalho *Naturgesetzlichkeit und soziales Leben*, em 1936. (4).

Escrevi a pagina 8: "Zusammenfassend bemerke ick, dass die heutigen Soziologen die Einheit der Gesellschaft nicht in der normativen Sphäre, sondern in Bereiche der Naturgesetzlichkeit suchen" — Em vernaculo: — "Observo, de modo geral, que os sociologos atuais pesquisem a unidade de sociedade no dominio das leis naturais, não na esfera normativa".

Para Kelsen, a norma não é explicativa dos fatos, como a lei natural, — mas motivadora dos fatos. Sua eficacia está no estatuir o que *deve ser*, não no traçar o regramento dos fatos. Si o regramento, que estabelece, fosse *necessario*, ela perderia seu carater de "norma", seria identica á "lei natural", seria explicativa.

A Ciencia do Direito, para o professor de Viena, tem como objeto primacial o estudo dessas normas, *com exclusão absoluta de qualquer elemento estranho ao que deve ser*. Cumpre-lhe explanar os conceitos, as ficções juridicas, segundo as puras exigencias da normatividade. Nesse caminho de plena logica juriforme, Kelsen pretende uma ciencia juridica expurgada de qualquer eiva sociologica ou meta-juridica. Um reino puro do Direito, com metodos peculiarissimos.

Enquanto Sternberg no-lo assegura que só a sociologia nos dará a garantia objetiva do Direito, Kelsen assevera o oposto: a necessidade da metodologia juridica estreme de tecnicas psicologicas ou sociologicas. E explica-nos: a geometria não

(1) — Djacir Menezes, *A Regra Juridica*. A indicatividade e a imperatividade na epistemologia juridica. 1935.

(2) — Windelband, *Einleitung in die Philosophie*, 1923, p. 425, passim.

(3) — *Wirtschaftsgeschichte*, 2 ed., 1924.

(4) — Djacir Menezes, *Naturgesetzlichkeit und soziales Leben*, 1925.

se interessa pela materialidade dos corpos, mas somente por suas relações de posição; a ciência pura do Direito não perquire a natureza das relações sociais, é uma espécie de geometria dos fenômenos jurídicos...

Essa oposição cinde os dois reinos: o da "natureza" e o da "sociedade", como antinômicos. Outros autores falam na "natureza" e no "espírito", onde surgem os fenômenos sociológicos e onde Kelsen mesmo supõe o Estado. E' o que se lê aqui:

"Nicht im Reiche der Natur — der physisch psychischen Beziehungen — sondern im Reiche des Geistes steht der Staat". (5).

Depois dessa digressão, é natural que me perguntem: e que conclusão tirar?

Respondo sucintamente.

Afirmar que a sociedade *continúa* a natureza pouco adianta. Na sociedade vigem leis específicas á materia social, que não são assimiláveis, pura e simplesmente, ás leis da natureza física. Mas isso não importa aceitar a negação de que as leis da sociedade sejam parenteses excepcionais ás leis universais da física, que elas não contrariam. Será uma contradição? si nos mantivermos dentro da logica do determinismo unilinear e da causalidade mecanicista, não haverá saída: é uma redonda contradição. Mas se tivermos no espírito a noção moderna e opulentíssima do determinismo descontinuista e estatístico, admitindo áreas e ciclos de causalidade, em sistemas relativamente fechados de causação, compreendemos logo a especificidade das leis nos diversos planos da fenomenalidade universal. Foi esse grande problema da moderna epistemologia científica que estudei no meu ultimo livro *O Principio de Simetria* (6). Não posso volver aqui ao ponto.

Quanto á norma jurídica: Não se nega que ela se elabore no ambiente cultural de cada grupo social. Não se desconhece sua função de regramento da conduta humana. Antes de ser conciente, porem, já existe como expressão do equilibrio dos interesses das unidades do grupo considerado. Nasce de necessidades da vida em comum, continuando processus biológicos de acomodação á *con-vivencia*. São determinadas

causalmente. A repetição de praticas favoráveis á vida grupal, em fases mais avançadas, leva os individuos á percepção mais clara da necessidade dos atos, harmonizando-se em pouco um corpo mais coerente de normas reguladoras.

Em primeiro lugar, está a vida pratica, a ação humana, da qual se desprendem indicatividade e imperatividade, isto é, a lei e a regra, o que *é* e o que *deve ser*. O espírito reflete os fatos e reflete-se nos fatos, porque percebe-os e reage sobre eles. Nos fenômenos mais elementares já vislumbramos os lineamentos do problema.

Eie se prende á questão da "teoria" e da "pratica", sobre que se tem gasto tanta tinta.

Essa orientação parece solucionar o impasse levantado entre a norma e a lei. Porque não se elimina a explicatividade da norma e seu carater de necessidade: assimila-se, consequentemente, á lei natural, embora conservando, no plano social, certa especificidade: regra ações futuras, pode ser conteúdo da vontade. Mas também o conhecimento de uma lei natural não pode ser conteúdo da vontade, modificando formas de comportamento?

Kelsen, como tantos, outros argutissimos raciocinadores na esfera da filosofia jurídica, deixou se levar por sutilezas excessivas. Refinou e depurou afiadissimo, as mais delicadas noções de logismo juridico. E ficou, de posse de conceitos tão admiráveis, longe da realidade social onde está palpitando o direito, que está continuamente se realizando, pois —

Was sich nicht realisiert, ist kein Recht, und umgekehrt was disse Funktion ausubt, ist Recht, auch wenn es noch nicht als solches anerkennt ist". (7)

(5) — Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925.

(6) — Djacir Menezes, *O Principio de Simetria e os Fenômenos Economicos*. Pongetti. Rio, 1939.

(7) — Em vernaculo, exprime-se: "O que não é realizavel, jamais pode ser direito, e, ao contrario, tudo que desempenha essa função, é direito, mesmo antes de ser como tal reconhecido."

Jhering, *Geist des roemischen Rechts*, vol. p. 49, edição de 1924, Leipzig.