



Exposição

HANS KELSEN

Brasília
TSE
2017

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Presidente

Ministro Gilmar Mendes

Vice-Presidente

Ministro Luiz Fux

Ministros

Ministra Rosa Weber

Ministro Herman Benjamin

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Ministro Admar Gonzaga

Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Procuradora-Geral Eleitoral

Raquel Dodge

SUMÁRIO

Apresentação	5
Hans Kelsen (1881-1973).....	6
Trajetória de vida: pai da Galícia e mãe da Boêmia.....	14
Vestígios de vida: “Eu fui um estudante mediano”	16
Vestígios de Vida: “Declara a saída da Comunidade Religiosa Israelita”	18
Kelsen, o Einstein da ciência jurídica	20
Hans Kelsen e a Universidade de Viena	22
Wickenburggasse, nº 23: centro da Teoria Pura do Direito	24
Os projetos de Kelsen para a Constituição Federal da Áustria.....	27
O princípio fundamental republicano.....	29
O princípio fundamental democrático.....	31
O princípio fundamental federativo.....	33
O princípio fundamental do Estado de direito	35
O princípio fundamental da separação de Poderes	37
O princípio fundamental liberal.....	39
O professor Kelsen como educador	41
Você sabia?.....	44
A influência de Hans Kelsen na formação do pensamento jurídico brasileiro.....	45
Créditos	56

Exposição

HANS Kelsen

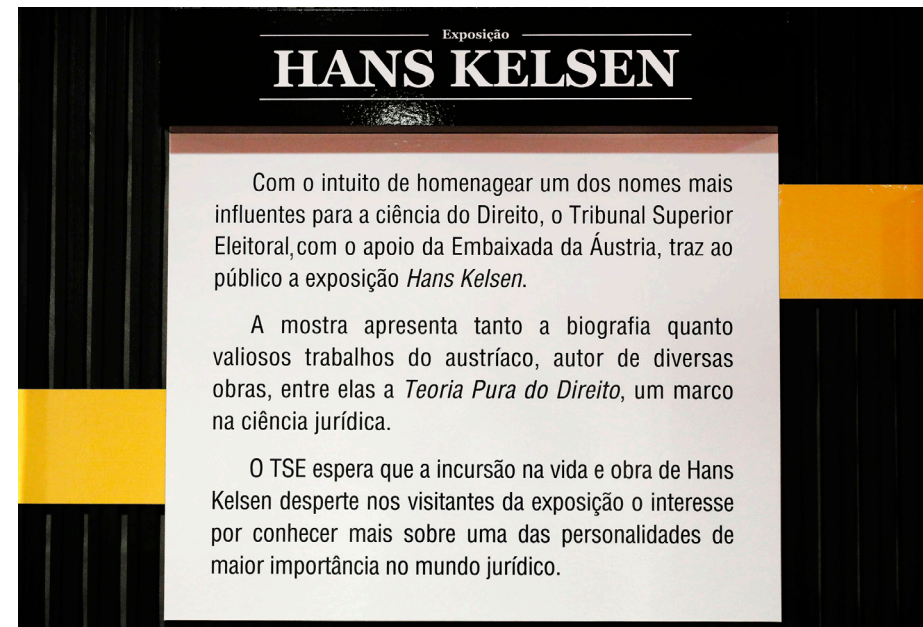


APRESENTAÇÃO

Com o intuito de homenagear um dos nomes mais influentes para a ciência do Direito, o Tribunal Superior Eleitoral, com o apoio da Embaixada da Áustria, traz ao público a exposição *Hans Kelsen*.

A mostra apresenta tanto a biografia quanto valiosos trabalhos do austríaco, autor de diversas obras, entre elas a *Teoria Pura do Direito*, um marco na ciência jurídica.

O TSE espera que a incursão na vida e obra de Hans Kelsen desperte nos visitantes da exposição o interesse por conhecer mais sobre essa que é uma das personalidades de maior importância no mundo jurídico.



HANS KELSEN (1881-1973)

- 1881** — 11 de outubro: nascimento de Hans Kelsen, filho mais velho do casal Adolf Kelsen (*1850, em Brody, Galícia – Ucrânia; †1907, em Viena, Áustria) e Auguste Löwy (*1859, em Neuhaus, Boêmia; †1950, em Bled, Eslovênia), em Praga, República Tcheca.
- 1883** — 6 de setembro: nascimento do irmão Ernst Kelsen (†1937, em Londres, Inglaterra).
- 1884** — Mudança da família para Viena.
- 1886** — 8 de janeiro: nascimento da irmã Gertrude (†1951, em Hertford, Grã-Bretanha).
- 1897** — 4 de janeiro: nascimento do irmão Paul Fritz Kelsen (†1975, em Viena, Áustria).
- 1900** — Exame final do ginásio (*Matura*) prestado por Hans no Ginásio Acadêmico em Viena.
Outubro: início do serviço militar voluntário de um ano.
- 1901** — Início do curso superior de Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Viena.
- 1905** — 10 de junho: conversão à fé católica romana; publicação da obra *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (*Teoria do Estado de Dante Alighieri*).
- 1906** — 18 de junho: obtenção do título de Doutor em Direito.
- 1907** — 12 de julho: falecimento do pai e subsequente liquidação de sua empresa; estágio profissional no Tribunal de Justiça de Viena.

1881 11 de outubro: nascimento de Hans Kelsen, filho mais velho do casal Adolf Kelsen (*1850, em Brody, Galícia – Ucrânia; †1907, em Viena, Áustria) e Auguste Löwy (*1859, em Neuhaus, Boêmia; †1950, em Bled, Eslovênia), em Praga, República Tcheca.

1883 6 de setembro: nascimento do irmão Ernst Kelsen (†1937, em Londres, Inglaterra).

1884 Mudança da família para Viena.

1886 8 de janeiro: nascimento da irmã Gertrude (†1951, em Hertford, Grã-Bretanha).

1881 - 1907

1897 4 de janeiro: nascimento do irmão Paul Fritz Kelsen (†1975, em Viena, Áustria).

1900 Exame final do ginásio (*Matura*) prestado por Hans, no Ginásio Acadêmico em Viena.
Outubro: início do serviço militar voluntário de um ano.

1901 Início do curso superior de Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Viena.

1905 10 de junho: conversão à fé católica romana; publicação da obra *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (*Teoria do Estado de Dante Alighieri*).

1906 18 de junho: obtenção do título de Doutor em Direito.

1907 12 de julho: falecimento do pai e subsequente liquidação de sua empresa; estágio profissional no Tribunal de Justiça de Viena.

1908 — Primeiro período de estudos em Heidelberg, Alemanha; frequência nos seminários de Georg Jellinek e de Gerhard Anschütz.

1910 — Segundo período de estudos em Heidelberg; período de estudos em Berlim, Alemanha.

1911 — Livre-docência em Direito do Estado e em Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Viena.

Publicação da obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze (Problemas fundamentais da Teoria do Direito do Estado: desenvolvidos a partir da Teoria das Normas Jurídicas)*.

21 de julho: docência em Teoria da Constituição e da Administração Pública, na Academia de Exportação do Real Museu do Comércio de Viena (que se tornaria, mais tarde, Escola Superior de Comércio Internacional e, em seguida, Universidade de Economia).

Publicação da obra *Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode (Sobre as fronteiras entre métodos jurídicos e sociológicos)*.

Outono: início da atividade de docência em Direito do Estado e Filosofia do Direito, na Universidade de Viena.

1912 — Conversão à fé evangélica luterana.

25 de maio: casamento com Margarete Bondi (*1890, em Viena, Áustria; †1973, em Berkeley, Estados Unidos).

1908 - 1912

1908 Primeiro período de estudos em Heidelberg, Alemanha; frequência nos seminários de Georg Jellinek e de Gerhard Anschütz.

1910 Segundo período de estudos em Heidelberg; período de estudos em Berlim, Alemanha.

Livre-docência em Direito do Estado e em Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Viena.

Publicação da obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze (Problemas fundamentais da Teoria do Direito do Estado: desenvolvidos a partir da Teoria das Normas Jurídicas)*.

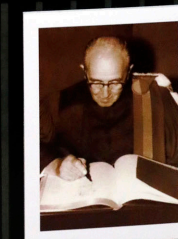
1911 21 de julho: docência em Teoria da Constituição e da Administração Pública, na Academia de Exportação do Real Museu do Comércio de Viena (que se tornaria, mais tarde, Escola Superior de Comércio Internacional e, em seguida, Universidade de Economia).

Publicação da obra *Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode (Sobre as fronteiras entre métodos jurídicos e sociológicos)*.

Outono: início da atividade de docência em Direito do Estado e Filosofia do Direito, na Universidade de Viena.

Conversão à fé evangélica luterana.

1912 25 de maio: casamento com Margarete Bondi (*1890, em Viena, Áustria; †1973, em Berkeley, Estados Unidos).



1914 – Fundação da *Österreichischen Zeitschrift für Öffentliches Recht (Revista Austríaca de Direito Público)*, em conjunto com Edmund Bernatzik, Adolf Menzel, Heinrich Lammasch e Max Hussarek.

10 de junho: exercício da atividade de professor de Direito Público e Direito Comercial e Cambiário na K.K. Exportakademie (Academia Real Imperial de Exportação).

4 de agosto: convocação para o serviço militar como segundo tenente da reserva em Innsbruck, Áustria. Devido a uma enfermidade, desempenha serviços administrativos.

Novembro: nomeação como primeiro tenente em tempo de guerra.

23 de novembro: nascimento da filha Anna Renate (sobrenome de casada: Oestreicher; †2001 em Nova Iorque, Estados Unidos).

Dezembro: transferência para o Escritório de Assuntos de Guerra em Viena.

1915 – 1º de agosto: transferência para o Tribunal de Divisão Militar de Viena como procurador militar substituto.

14 de setembro: nomeação como professor (*außerordentlichen Professor*).

5 de dezembro: nascimento da filha Maria Beatrice (sobrenome de casada: Feder; †1994, em Kensington, Estados Unidos).

1º de outubro: transferência para o Departamento de Justiça do Ministério Real da Guerra; direção da Unidade de Clemência.

1917 – Fim de julho: nomeação como professor (*außerordentlichen Professor*) de Direito do Estado e da Administração Pública na Universidade de Viena.

3 de outubro: assessoria do ministro da Guerra, general Rudolf Stöger-Steiner von Steinstätten.

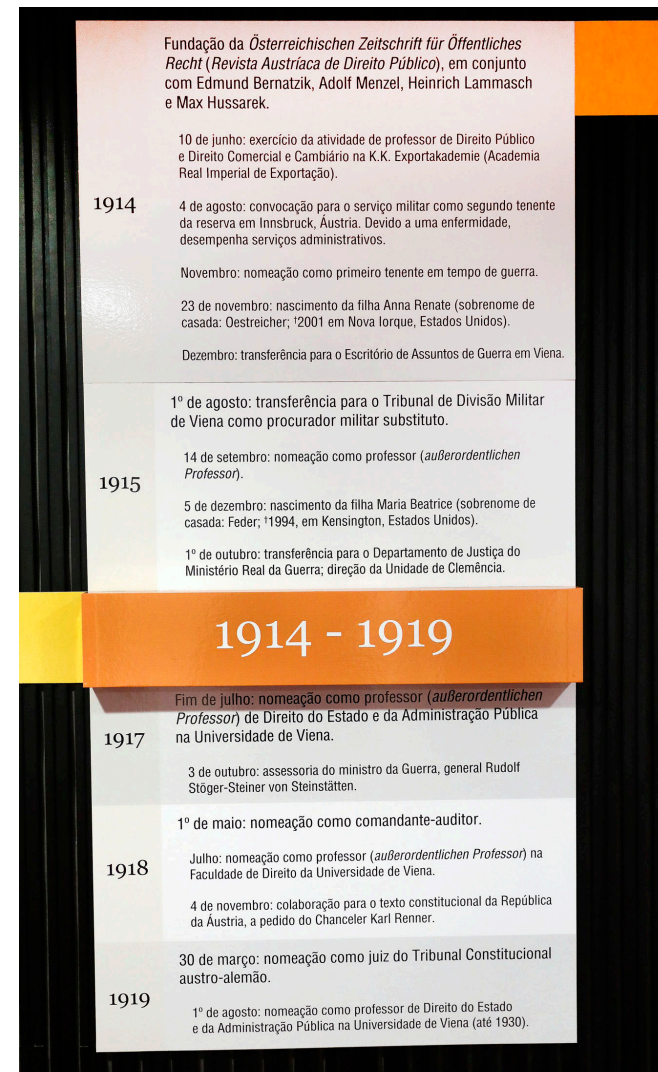
1918 – 1º de maio: nomeação como comandante-auditor.

Julho: nomeação como professor (*außerordentlichen Professor*) na Faculdade de Direito da Universidade de Viena.

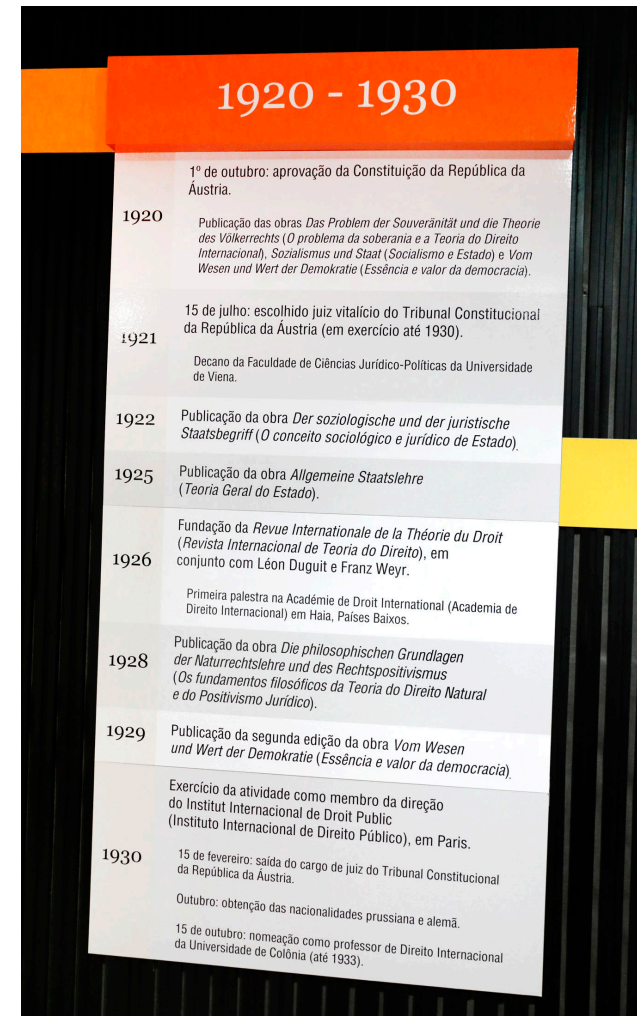
4 de novembro: colaboração para o texto constitucional da República da Áustria, a pedido do Chanceler Dr. Karl Renner.

1919 – 30 de março: nomeação como juiz do Tribunal Constitucional austro-alemão.

1º de agosto: nomeação como professor de Direito do Estado e da Administração Pública na Universidade de Viena (até 1930).



- 1920** – 1º de outubro: aprovação da Constituição da República da Áustria.
Publicação das obras *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (O problema da soberania e a Teoria do Direito Internacional), *Sozialismus und Staat* (Socialismo e Estado) e *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Essência e valor da democracia).
- 1921** – 15 de julho: escolhido juiz vitalício do Tribunal Constitucional da República da Áustria (em exercício até 1930).
Decano da Faculdade de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Viena.
- 1922** – Publicação da obra *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (O conceito sociológico e jurídico de Estado).
- 1925** – Publicação da obra *Allgemeine Staatslehre* (Teoria Geral do Estado).
- 1926** – Fundação da *Revue Internationale de la Théorie du Droit* (Revista Internacional de Teoria do Direito), em conjunto com Léon Duguit e Franz Weyr.
Primeira palestra na Académie de Droit International (Academia de Direito Internacional) em Haia, Países Baixos.
- 1928** – Publicação da obra *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (Os fundamentos filosóficos da Teoria do Direito Natural e do Positivismo Jurídico).
- 1929** – Publicação da segunda edição da obra *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Essência e valor da democracia).
- 1930** – Exercício da atividade como membro da direção do Institut International de Droit Public (Instituto Internacional de Direito Público), em Paris.
15 de fevereiro: saída do cargo de juiz do Tribunal Constitucional da República da Áustria.
Outubro: obtenção das nacionalidades prussiana e alemã.
15 de outubro: nomeação como professor de Direito Internacional da Universidade de Colônia (até 1933).



- 1931** — Publicação da obra *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (Quem deve ser o guardião da Constituição?)*.
- 1932** — Segunda palestra na Académie de Droit International (Academia de Direito Internacional), em Haia, Países Baixos.
1º de novembro: decano da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade de Colônia para o ano letivo de 1932/33.
- 1933** — 12 de abril: licenciamento do cargo de professor universitário, na sequência da Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums (Lei de Restabelecimento do Serviço Público). Aposentadoria a partir de 30 de setembro.
18 de setembro: exercício da cátedra de Direito Internacional no Institut Universitaire des Hautes Études Internationales (Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais), em Genebra (até 1940).
- 1934** — Publicação da obra *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito). Perda do cargo de editor da Revista Austríaca de Direito Público (*Zeitschrift für Öffentliches Recht*).
- 1936** — 12 de fevereiro: concessão da cidadania tchecoslovaca. Perda da cidadania austríaca e da nacionalidade alemã.
20 de abril: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Utrecht.
18 de setembro: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Harvard.
Outubro: início do ordinariato em Direito Internacional na Universidade Alemã de Praga.
- 1938** — Fim do semestre de inverno de 1937/38: interrupção da atividade docente em Praga.



- 1940** — 28 de maio: emigração de Hans e Margarete Kelsen de Genebra.
10 de junho: embarque, em Lisboa, no navio SS Washington.
21 de junho: chegada a Nova Iorque.
Exercício da atividade de professor na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard (até 1942).
- 1941** — 29 de setembro: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Chicago.
Publicação da obra *Vergeltung und Kausalität (Imputação e causalidade)*.
- 1942** — Semestre de verão: exercício da atividade de professor visitante no Wellesley College, em Massachusetts.
Verão: exercício da atividade de professor visitante na Universidade da Califórnia, em Berkeley; exercício da atividade de professor de Ciência Política (até 1945).
- 1945** — 28 de julho: concessão da cidadania norte-americana.
Exercício da atividade de professor do Departamento de Ciência Política na Universidade da Califórnia, em Berkeley (até 1952).
Publicação da obra *General Theory of Law and State (Teoria Geral do Direito e do Estado)*.
- 1947** — 13 de maio: escolha de Kelsen como colaborador correspondente da Österreichischen Akademie der Wissenschaften (Academia Austríaca de Ciências).
24 de junho: exercício da atividade de professor honorário na Universidade de Viena.
- 1949** — Exercício da atividade de professor honorário na Universidade do Rio de Janeiro.
- 1950** — 2 de fevereiro: falecimento da mãe, Auguste Kelsen, em Bled, Eslovênia.
Publicação da obra *The Law of the United Nations (O Direito das Nações Unidas)*.

1940 - 1950	
1940	28 de maio: emigração de Hans e Margarete Kelsen de Genebra. 10 de junho: embarque, em Lisboa, no navio SS Washington. 21 de junho: chegada a Nova Iorque. Exercício da atividade de professor na Faculdade de Direito de Harvard (até 1942).
1941	29 de setembro: outorga do título de Doutor <i>Honoris Causa</i> pela Universidade de Chicago. Publicação da obra <i>Vergeltung und Kausalität (Imputação e causalidade)</i>.
1942	Semestre de verão: exercício da atividade de professor visitante no Wellesley College, em Massachusetts. Verão: exercício da atividade de professor visitante na Universidade da Califórnia, em Berkeley; exercício da atividade de professor de Ciência Política (até 1945).
1945	28 de julho: concessão da cidadania norte-americana. Exercício da atividade de professor do Departamento de Ciência Política na Universidade da Califórnia, em Berkeley (até 1952). Publicação da obra <i>General Theory of Law and State (Teoria Geral do Direito e do Estado)</i>.
1947	13 de maio: escolha de Kelsen como colaborador correspondente da Österreichischen Akademie der Wissenschaften (Academia Austríaca de Ciências). 24 de junho: exercício da atividade de professor honorário na Universidade de Viena.
1949	Exercício da atividade de professor honorário na Universidade do Rio de Janeiro.
1950	2 de fevereiro: falecimento da mãe, Auguste Kelsen, em Bled, Eslovênia. Publicação da obra <i>The Law of the United Nations (O Direito das Nações Unidas)</i>.

1952 — 28 de janeiro: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade da Califórnia, em Berkeley.

Visitante no Institut Universitaire des Hautes Études Internationales (Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais), em Genebra.

4 de julho: concessão do certificado de mérito da American Society of International Law (Sociedade Americana de Direito Internacional).

Publicação da obra *Principles of International Law* (*Princípios de Direito Internacional*).

1953 — Terceira palestra na Académie de Droit International (Academia de Direito Internacional), em Haia.

Exercício da atividade de professor visitante no Naval College, em Newport, Rhode Island.

1954 — Atribuição do título de membro honorário pelo Institut de Droit International (Instituto de Direito Internacional).

1960 — 5 de abril: exercício da atividade de professor honorário na Universidade Nacional Autônoma do México.

Recebimento do Premio Internazionale della Fondazione Antonio Feltrinelli (Prêmio Internacional da Fundação Antonio Feltrinelli), da Academia Nazionale dei Lincei (Academia Nacional dos Linceus), Roma.

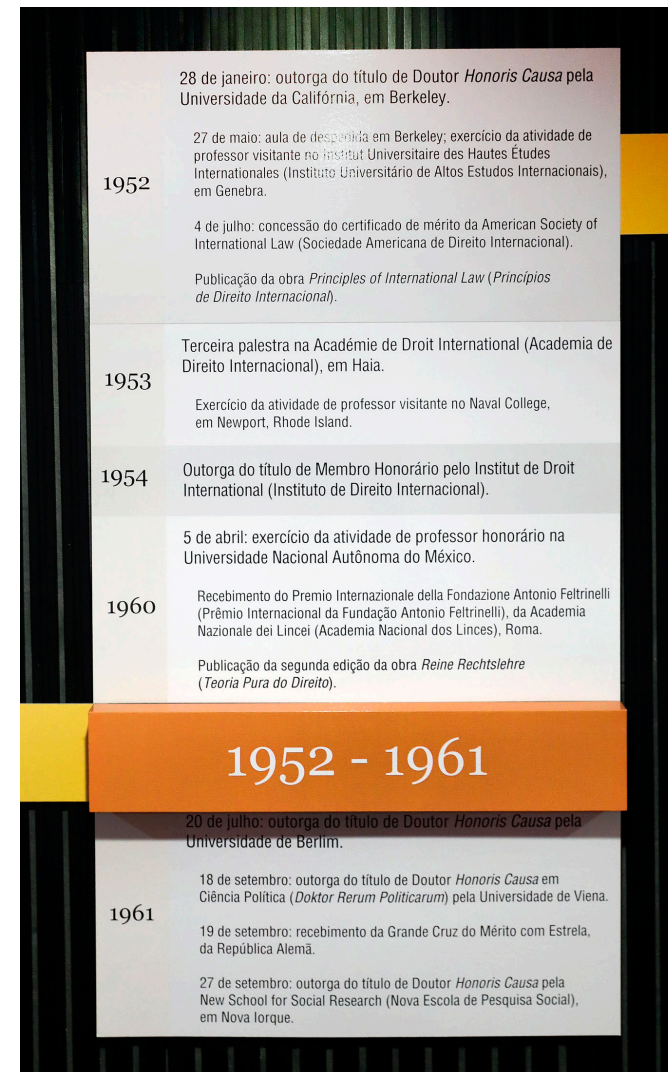
Publicação da segunda edição da obra *Reine Rechtslehre* (*Teoria Pura do Direito*).

1961 — 20 de julho: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Berlim.

18 de setembro: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* em Ciência Política (*Doktor Rerum Politicarum*) pela Universidade de Viena.

19 de setembro: recebimento da Grande Cruz do Mérito com Estrela, da República Alemã.

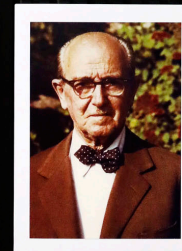
27 de setembro: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela New School for Social Research (Nova Escola de Pesquisa Social), em Nova Iorque.



- 1963** — 7 de novembro: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Sorbonne, Paris.
- 1966** — Recebimento do Anel de Honra da Cidade de Viena.
- 1967** — 23 de fevereiro: recebimento do Grande Sinal Prateado de Honra com Estrela, da República da Áustria.
1º de junho: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Salzburg.
- 1971** — 20 de junho: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Strasbourg.
30 de outubro: criação do Hans Kelsen Institut (Instituto Hans Kelsen [Fundação Federal]) pela República da Áustria, por ocasião do 90º aniversário de Hans Kelsen.
- 1973** — 5 de janeiro: falecimento de Margarete Kelsen, em Berkeley.
19 de abril: morte de Hans Kelsen aos 92 anos em Orinda, Califórnia.
- 1979** — Publicação da obra *Allgemeine Theorie der Normen* (*Teoria Geral das Normas*), póstuma.

1963 - 1979

- 1963** 7 de novembro: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Sorbonne, Paris.
- 1966** Recebimento do Anel de Honra da Cidade de Viena.
- 1967** 23 de fevereiro: recebimento do Grande Sinal Prateado de Honra com Estrela, da República da Áustria.
1º de junho: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Salzburg.
- 1971** 20 de junho: outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Strasbourg.
30 de outubro: criação do Hans Kelsen Institut (Instituto Hans Kelsen [Fundação Federal]) pela República da Áustria, por ocasião do 90º aniversário de Hans Kelsen.
- 1973** 5 de janeiro: falecimento de Margarete Kelsen em Berkeley.
19 de abril: morte de Hans Kelsen aos 92 anos em Orinda, Califórnia.
- 1979** Publicação da obra *Allgemeine Theorie der Normen* (*Teoria Geral das Normas*), póstuma.



TRAJETÓRIA DE VIDA: PAI DA GALÍCIA E MÃE DA BOÊMIA

Os antepassados paternos de Hans Kelsen são originários da Galícia. O pai, Abraham Littman (Adolf) Kelsen nasceu em 6 de junho de 1850, na pequena cidade galícia de Brody. Na virada do século XVIII para o século XIX, Brody era um dos mais significativos centros de comércio do leste do Reino. Além do comércio, destacavam-se a diversidade cultural e a tolerância esclarecida. Isso corroborou a convivência próxima e ampla entre judeus e cristãos. Brody era um dos pontos centrais da vida intelectual, econômica e religiosa dos judeus no nordeste da Monarquia. Em razão da clara orientação do comércio para o oeste, a cultura esclarecida também circulava na direção da Galícia. Brody tornou-se a capital galícia do Haskalá, tradição judaica que buscava conciliar o judaísmo com as ideias mais modernas. Assim, ao tempo de Adolf Kelsen, existia em Brody uma escola israelense, um ginásio conduzido por judeus e escolas cristãs – vizinhas umas das outras –, as quais eram frequentadas por diversos credos. Também o poder estatal era paritário: os cargos eram igualmente ocupados por judeus e cristãos. Esse foi o mundo em que Adolf Kelsen cresceu: provavelmente, ele frequentou a escola israelense, talvez algumas séries do ginásio, antes de mudar-se para Viena e, depois, para Praga, movido pelo desejo de independência. Em Brody,

Em 1880, Adolf Kelsen casou-se com Auguste Löwy, em cerimônia judaica, no templo israelita do distrito vienense de Leopoldstadt. Nascida em 29 de dezembro de 1859, ela era originária da província boêmia de Neuhaus (Jindřichův Hradec) e cresceu em uma família de língua alemã, que viveu em uma Neuhaus sob dominação tcheca. Por isso, é bastante provável que Auguste Löwy também dominasse muito bem a língua tcheca antes de mudar-se para a casa de parentes em Viena, onde conheceu Adolf Kelsen.

Em seguida, o casal mudou-se para Praga, onde Adolf Kelsen passou a conduzir um negócio de gerenciamento de gás e de água. Poucos anos após o nascimento do filho Hans, a família retornou para Viena. Lá, até sua morte em 1907, Adolf administrou uma fábrica de candelabros de bronze, na Goldengasse (4º distrito). Em 1939, sua viúva, Auguste Kelsen, fugindo do nazismo, refugiou-se na Iugoslávia, onde faleceu em 1950.





Imagem 1: casa onde nasceu Hans Kelsen, em Praga, na Brenntegasse, nº 46.

Crédito da imagem: Arquiv Hlavního Města Prahy.



Imagem 2: Adolf e Auguste Kelsen (nome de casada, em 1880; nome de solteira: Auguste Löwy).

Crédito da imagem: Arquiv Hlavního Města Prahy.



Imagem 3: extrato do registro do casamento em arquivo da Comunidade Religiosa Israelita de Viena.

Crédito da imagem: registro de casamento, Israelitische Kultusgemeinde (IKG – Comunidade Religiosa Israelita), Viena.



Imagem 4: Adolf Kelsen, fabricante de candelabros de bronze.

Crédito da imagem: fornecida e usada com a permissão da Ph.D. Anne Feder Lee.



Imagem 5: Hans Kelsen com cinco anos de idade.

Crédito da imagem: fornecidas e usadas com a permissão da Ph.D. Anne Feder Lee.

VESTÍGIOS DE VIDA: “EU FUI UM ESTUDANTE MEDIANO”

O período estudantil começou para Hans Kelsen na Escola Popular Evangélica de Viena, especialmente conhecida como uma escola privada de qualidade. Na época, a diversidade religiosa entre os estudantes não era nada incomum.

Eram devidas taxas escolares, das quais apenas os melhores estudantes podiam ser dispensados. Hans Kelsen, no entanto, por causa de seu desempenho mediano, não estava isento do pagamento das taxas escolares, o que fez com que seu pai, em dificuldade financeira, o matriculasse em uma escola pública do bairro (que ficava na Alleegasse – renomeada para Argentinierstraße em 1921). Não obstante, Hans Kelsen foi aprovado no exame de admissão do respeitável Ginásio Acadêmico de Viena e pôde iniciar, no semestre de inverno de 1892/93, seu estudo ginasial. Anos depois, ele mesmo registrou: “Eu fui um estudante mediano. Meus professores também não me ajudaram a aumentar o meu interesse pela escola”.

O estudante Hans Kelsen se interessava por matemática, filosofia e literatura. Nas séries superiores, os primeiros ensaios poéticos foram até mesmo publicados no *Wiener Hausfrauen-Zeitung* (Jornal das Donas de Casa de Viena), “logo após a página de receitas”, relembrou sorridente o professor Kelsen muitas décadas depois.

Para os juristas mais recentes, foi essencial o contato intensivo com textos filosóficos, especialmente o profundo estudo de Immanuel Kant. A veneração a esse pensador acompanhou Hans Kelsen por toda a vida, assim como uma velha gravura de um conhecido retrato de Kant, que sempre se encontrava na escrivaninha de Kelsen.

Também duradoura foi a amizade com Ludwig von Mises, que seria, no futuro, um conhecido professor de Economia Nacional. Hans Kelsen o conheceu e aprendeu a admirá-lo como colega de ginásio.

No verão de 1900, Hans Kelsen chegou à maturidade. Sua classificação no exame de conclusão do ginásio confirmou suas preferências: o desempenho foi mediano, mas as disciplinas de matemática e ciências naturais foram avaliadas com mérito.

Após o exame de conclusão, Hans Kelsen prestou voluntariamente o serviço militar por um ano. Em 5 de outubro de 1901, matriculou-se, na graduação, em Ciências Jurídico-Políticas, na Universidade de Viena.





Imagem 1: Ginásio Acadêmico de Viena, em 1890.

Crédito da imagem: Österreichische Nationalbibliothek/Bildarchiv (Arquivo da Biblioteca Nacional Austríaca), 449.607-B.

Imagem 2: boletim de Kelsen no primeiro ano do ginásio, de 1892/93.

Crédito da imagem: Archiv des Akademischen Gymnasiums, Wien (Arquivo do Ginásio Acadêmico de Viena).



Imagem 3: turma concluinte de 1900 – Hans Kelsen (segunda fila, segundo da esquerda para a direita).

Crédito da imagem: fornecida e usada com a permissão da Ph.D. Anne Feder Lee.

Imagem 4: trecho do protocolo do exame de conclusão do ginásio, com as classificações de Kelsen.

Crédito da imagem: Archiv des Akademischen Gymnasiums, Wien (Arquivo do Ginásio Acadêmico de Viena).

VESTÍGIOS DE VIDA: “DECLARA A SAÍDA DA COMUNIDADE RELIGIOSA ISRAELITICA”

Em 10 de junho de 1905, o padre jesuíta Karl Leifert selou com o sacramento do batismo o acolhimento de Hans Kelsen pela Igreja Católica Romana, na Igreja Paroquial Santa Maria Rotunda (igreja dominicana).

O jurista de 24 anos de idade, matriculado em todos os anos da graduação como “judeu”, estava próximo de seu doutoramento em Direito. A iminente conclusão representou para Kelsen a marca biográfica que, para outros convertidos, era trazida pelo exame de conclusão do ginásio, por um novo emprego ou por um casamento planejado.

Hans Kelsen declarou por escrito a sua saída da comunidade religiosa israelita à autoridade distrital da 6ª Comuna Distrital de Viena. Na repartição, foi gerado protocolo em que o convertido manifestou seu desejo de ser acolhido pela Igreja Católica. A autoridade, por sua vez, comunicou aos chefes de registro das comunidades religiosas. O nome do convertido foi então registrado no protocolo de saída. Seguiu, assim, o caminho para a pia batismal.

Esse modo de transferência foi possibilitado pela Interkonfessionengesetz (Lei Inter-Religiões), de 25 de março de 1868 (*Reichsgesetzblatt 49 – Diário do Reino*), e Hans Kelsen a utilizou mais uma vez. Em 11 de maio de 1912, ele registrou perante a autoridade distrital de Landstraße a sua saída da Igreja Católica e, em 20 de maio de 1912, deu entrada nos registros da paróquia evangélica da cidade. No mesmo dia, uma jovem mulher também recebeu o sacramento do batismo da Igreja Evangélica: Margarete Bondi, advinda do judaísmo e noiva de Hans Kelsen. Ao mesmo tempo, o noivo *in spe* também se tornou padrinho de sua futura noiva.

Kelsen nunca falou sobre os motivos de suas duas conversões. São feitas apenas suposições. As causas vão de questões pessoais e jurídicas (indissolubilidade do casamento católico) à esperança de ganho de prestígio social. Na virada do século XIX para o XX, o credo evangélico em Viena ainda tinha *habitus* intelectual e elitista. Motivos religiosos são, assim, realmente improváveis.

O que preocupava no movimento de conversão judaico-cristão era a importância da assimilação, dos esforços de aproximação da vida civil do mundo não judeu. Os convertidos esperavam, por esse intermédio, alcançar melhor situação civil e profissional.

Hans foi o primeiro da família Kelsen a abandonar o judaísmo: seguiram-se a ele sua irmã, Gertrude, e seu irmão mais novo, Paul Fritz. Por fim, em 1939, sua mãe, Auguste, foi batizada aos 80 anos, presumivelmente na esperança de melhor proteger-se da perseguição.





Imagem 1: padre Karl Leifert, Societas Jesu – SJ (Companhia de Jesus – *1865-†1925).

Crédito da imagem: Archiv der Jesuiten Wien I (Arquivo dos Jesuítas de Viena I), Processo Pessoal nº 713.

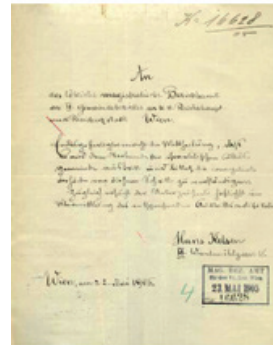


Imagem 2: manuscrito de solicitação de saída de Kelsen.

Crédito da imagem: Wiener Stadt- und Landesarchiv (Arquivo da Cidade e do Estado de Viena), mba06:16628/1905.

Tradução da imagem 2:

À louvável autoridade distrital da 6ª Comuna Distrital da Capital imperial e real e cidade-sede de Viena.

O requerente comunica sua desvinculação da Comunidade Religiosa Israelita e requer sejam os competentes órgãos informados acerca do presente escrito.

Ademais, requer a transmissão do correspondente certificado de saída.

Hans Kelsen

Viena, VI. Windmühlgasse, nº 18, em 22 de maio de 1905.



Imagem 3: registro de batismo de Kelsen na Santa Maria Rotunda.

Crédito da imagem: Diözesanarchiv Wien (Arquivo da Diocese de Viena), segunda via do registro da Igreja Santa Maria Rotunda.



Imagem 4: registro no protocolo de saída da Comunidade Religiosa Israelita.

Crédito da imagem: Israelitische Kultusgemeinde Wien (IKG – Comunidade Religiosa Israelita de Viena), protocolo de saída.

KELSEN, O EINSTEIN DA CIÊNCIA JURÍDICA

Um dos mais populares gênios da ciência do século XX é, sem dúvida, Albert Einstein (*1879-†1955). Com seu trabalho sobre a Teoria da Relatividade, geral e restrita, o físico originário de Ulm, Alemanha, conseguiu um dos mais revolucionários avanços científicos desde Newton.

No campo da ciência jurídica, Hans Kelsen ocupa essa posição. Kelsen e Einstein pertencem à mesma geração de intelectuais, advindos de um judaísmo assimilado e racionalista. O que Einstein fez com sua Teoria da Relatividade para a física moderna, Hans Kelsen empreendeu para a área jurídica com sua Teoria Pura do Direito.

O objetivo do jurista Kelsen era alçar a erudição jurídica de seu tempo, cuja cientificidade já havia sido contestada pelo Kelsen estudante, ao patamar de verdadeira ciência. Uma tal jurisprudência deve ser concebida de modo crítico-ideológico, antimetafísico e racional-cético. O discurso da Teoria Pura do Direito tanto estabelece o fundamento metodológico da ciência jurídica – Kelsen atestou na sua época uma confusão metodológica – quanto exige abordagens metodológicas que sejam livres (“puras”) de influências psicológicas, jusnaturalistas ou sociológicas. O objetivo da Teoria Pura do Direito na acepção de Kelsen é, portanto, retirar da ciência jurídica camadas de padrões de pensamento impregnadas de ideologia.

Segundo Kelsen, a Teoria Pura do Direito apresenta uma resposta crítica às posições extremas do positivismo jurídico e da Teoria do Direito Natural: pretende-se normativa, sem cair no moralismo jurídico do Direito Natural. Mas pretende-se também positivista, no entanto, não do modo do positivismo jurídico-sociológico ou psicológico, que se inclina para o naturalismo jurídico.

Categorias fundamentais da ciência jurídica, como o justo, o injusto, o Estado, a pessoa etc. perdem, de acordo com o criticismo ideológico da Teoria Pura do Direito de Kelsen, seu caráter absoluto. Assim como o espaço e o tempo, conceitos fundamentais da física, segundo Einstein, eram relativos a determinada dimensão, também os referidos conceitos jurídicos fazem parte de um sistema de referência mais amplo e relativo.

A abordagem radical de Kelsen, como ele a expõe na Teoria Pura do Direito, foi duramente atacada. A crítica que se inflamou contra ele na jurisprudência pode ser entendida como um “insulto fundamental”, como consignou Sigmund Freud (*1856-†1939) em justificativa aos ataques à sua psicanálise.



Exposição

HANS Kelsen



Imagem 1: Kelsen em
Genebra, 1935.

Crédito da imagem: fornecida e
usada com permissão da Ph.D. Anne
Feder Lee.



Imagem 2: Kelsen deixa a Europa a
bordo do SS Washington.

Crédito da imagem: Wikipedia.

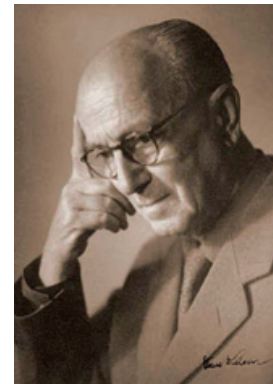


Imagem 3: em Nova
Iorque, 1940.

Crédito da imagem: fornecida e
usada com permissão da Ph.D. Anne
Feder Lee.

HANS KELSEN E A UNIVERSIDADE DE VIENA

Na época em que Hans Kelsen era estudante de ciências jurídicas em Viena, a graduação, em oito semestres, estruturava-se em duas partes: os primeiros três semestres compunham-se principalmente de disciplinas de história do Direito. Em seguida, os estudantes debruçavam-se sobre as partes específicas do Direito austríaco. A graduação encerrava-se com três exames finais; quem desejasse obter o título de doutor em Direito tinha de superar mais três exames orais. Não havia trabalhos científicos escritos ou dissertações, o que atribuía ao curso a fama de faltar-lhe cientificidade.

Segundo alguns depoimentos, o tempo de estudo de Kelsen foi marcado por aulas monótonas e ruins. Apesar disso, ele tornou-se cientista ativo: ainda antes de ser aprovado em um exame oral, Kelsen publicou a sua primeira obra, *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (*Teoria do Estado de Dante Alighieri*), com notável sucesso. Nas demais provas até o doutoramento, em 1906, Kelsen obteve apenas um desempenho mediano.

Após o doutoramento, o jovem jurista desenvolveu sua tese na livre docência. Ele assumiu a ambiciosa meta de realizar uma análise crítica acerca dos problemas da Teoria do Estado. Em fevereiro de 1911, solicitou o exame de livre-docência. Após a aprovação da sua tese e a realização de um colóquio e de uma palestra, Hans Kelsen foi habilitado a atuar como professor, em julho de 1911. Não tendo sido contratado pela universidade, Kelsen trabalhou, de 1908 a 1918, na K.K. Exportakademie (Academia Real Imperial de Exportação – antecessora da atual Universidade de Economia).

A serviço do Ministério da Guerra durante a Primeira Guerra Mundial, Kelsen foi nomeado professor substituto (*außerordentlichen Professor*), em julho de 1918. Um ano depois, tornou-se professor titular da Universidade de Viena. Como tal, lecionou na Faculdade de Ciências Jurídico-Políticas e atraiu inúmeros ouvintes, nacionais e estrangeiros, entre os quais também havia alguns livres docentes. No entanto, Hans Kelsen sofreu ataques racistas dentro da faculdade. Em 1930, depois de deixar o cargo de juiz do Tribunal Constitucional da Áustria, ele recebeu um chamado da Universidade de Colônia. Somente em 1947, Kelsen – nesse interim professor da Universidade da Califórnia, em Berkeley, – conciliou-se com a Universidade de Viena e foi nomeado professor honorário.



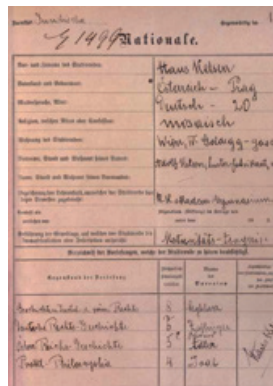


Imagem 1: trecho do formulário de juristas da Universidade de Viena.

Crédito da imagem: Archiv der Universität Wien (Arquivo da Universidade de Viena).



Imagem 2: com Grete Kelsen e as filhas, Anna e Maria Beatrice, em 1916.

Crédito da imagem: fornecida e usada com permissão da Ph.D. Anne Feder Lee.



Imagem 3: Ministro da Guerra Rudolf Stöger-Steiner von Steinstätten.

Crédito da imagem: fornecida e usada com permissão da Ph.D. Anne Feder Lee.



Imagem 4: Hans Kelsen, 1925.

Crédito da imagem: fornecida e usada com permissão da Ph.D. Anne Feder Lee.

WICKENBURGGASSE, Nº 23: CENTRO DA TEORIA PURA DO DIREITO

De 25 de setembro de 1912 a 3 de fevereiro de 1931, Hans Kelsen residiu na Wickenburggasse, nº 23, entrada 2, porta 15, no 8º Distrito de Viena. A residência – onde desde 1971 encontra-se uma placa de indicação histórica – foi tanto o lar de Kelsen e sua família quanto o centro da Escola de Teoria do Direito de Viena.

Juntamente com sua atividade universitária, Hans Kelsen ministrava, em seu apartamento, um seminário privado no qual eram promovidas discussões de natureza teórico-jurídica. Inicialmente, os participantes eram alunos vienenses; mais tarde, porém, o ciclo se estendeu a participantes da França, da Dinamarca, da Espanha, da Polônia, da Holanda e do Japão.

O grupo fechado reunia-se nas tardes de domingo na Wickenburggasse. Os debates, por trás de portas fechadas, eram tão intensos que Margarete Kelsen proibia a entrada de mais pessoas, depois que eles começavam, com uma placa luminosa na porta, para não atrapalhar. No entanto, os cafés por ela servidos eram uma interrupção convidativa.

Kelsen manteve esses encontros apenas enquanto permaneceu o viés acadêmico, uma vez que “aqui cada um tenta aprender com o outro, sem renunciar ao seu próprio caminho”. Nesse ciclo, diversas ideias foram desenvolvidas em diferentes sentidos, pois havia intercâmbio de pensamentos em clima de liberdade intelectual.

Dois dos mais significativos participantes do seminário privado foram Adolf J. Merkl e Alfred Verdroß.

Adolf J. Merkl (*1890-†1970) – que frequentou o Ginásio Escolápio em Josefstadt e viveu por diversos anos na Stolzenthalgasse (8º Distrito de Viena) –, após a graduação e diversas atividades no Ministério Social e do Comércio, passou a trabalhar mais proximamente ao Chanceler Karl Renner, no *Verfassungsdienst* (Serviço Constitucional). Foi fundamental a participação de Merkl na elaboração da Constituição da Áustria. Ele foi um dos alunos mais importantes de Kelsen, considerado cofundador da Teoria Pura do Direito.

Alfred Verdroß (*1890-†1980), natural de Innsbruck, cursou Ciências Jurídico-Políticas em Viena, Munique e Lausanne. Paralelamente às suas atividades no Ministério das Relações Exteriores, ele também atuou na educação popular e ministrou aulas na filial da Volkshochschule* em Josefstadt. Apesar de inicialmente incluir o Direito Internacional na análise do ciclo de Kelsen, ele logo se inclinou para os fundamentos metodológicos da Teoria Pura do Direito e para a posição jusnaturalista.

* NT: Trata-se de instituição de educação técnica de grande prestígio na Áustria, com proposta de formação popular bem diversificada e voltada para adultos, com filiais espalhadas pelo país.



Exposição

HANS KELSEN



Imagem 1: edifício da Wickenburggasse, nº 23, onde Kelsen residiu entre 1912 e 1930.

Crédito da imagem: Archiv der Universität Wien (Arquivo da Universidade de Viena).



Imagem 2: placa de indicação histórica em homenagem a Hans Kelsen na fachada do edifício da Wickenburggasse, nº 23.

Crédito da imagem: fornecida e usada com permissão da Ph.D. Anne Feder Lee.

Tradução da placa na imagem 2:

Hans Kelsen, autor da Constituição Federal austríaca e fundador da Teoria Pura do Direito, residiu neste edifício de 1912 a 1930.

Exposição

HANS Kelsen



OS PROJETOS DE KELSEN PARA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA ÁUSTRIA

Entre maio e outubro de 1919, Kelsen elaborou, a pedido do Chanceler Karl Renner, uma série de projetos para uma Constituição Federal da Áustria, que serviram de base para as deliberações seguintes. “A orientação era manter tudo que fosse útil das constituições anteriores, de modo a preservar, tanto quanto possível, a continuidade das instituições jurídico-constitucionais e o princípio federativo já existente, espelhando-se na Constituição suíça e principalmente na nova Constituição do Império Alemão – na medida do possível –, considerando a diversidade das condições histórico-políticas”, relatou Kelsen sobre o seu trabalho.

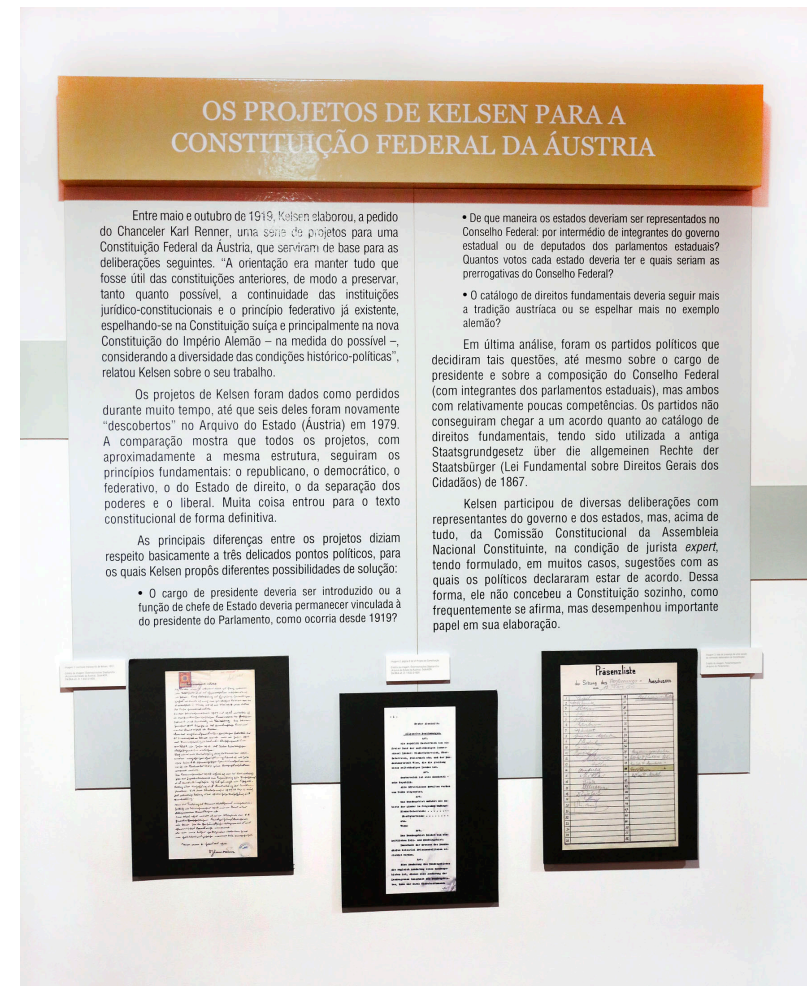
Os projetos de Kelsen foram dados como perdidos durante muito tempo, até que seis deles foram novamente “descobertos” no Arquivo do Estado (Áustria) em 1979. A comparação mostra que todos os projetos, com aproximadamente a mesma estrutura, seguiram os princípios fundamentais: o republicano, o democrático, o federativo, o do Estado de direito, o da separação dos poderes e o liberal. Muita coisa entrou para o texto constitucional de forma definitiva.

As principais diferenças entre os projetos diziam respeito basicamente a três delicados pontos políticos, para os quais Kelsen propôs diferentes possibilidades de solução:

- O cargo de presidente deveria ser introduzido ou a função de chefe de Estado deveria permanecer vinculada à do presidente do Parlamento, como ocorria desde 1919?
- De que maneira os estados deveriam ser representados no Conselho Federal: por intermédio de integrantes do governo estadual ou de deputados dos parlamentos estaduais? Quantos votos cada estado deveria ter e quais seriam as prerrogativas do Conselho Federal?
- O catálogo de direitos fundamentais deveria seguir mais a tradição austríaca ou se espelhar mais no exemplo alemão?

Em última análise, foram os partidos políticos que decidiram tais questões, até mesmo sobre o cargo de presidente e sobre a composição do Conselho Federal (com integrantes dos parlamentos estaduais), mas ambos com relativamente poucas competências. Os partidos não conseguiram chegar a um acordo quanto ao catálogo de direitos fundamentais, tendo sido utilizada a antiga Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (Lei Fundamental sobre Direitos Gerais dos Cidadãos) de 1867.

Kelsen participou de diversas deliberações com representantes do governo e dos estados, mas, acima de tudo, da Comissão Constitucional da Assembleia Nacional Constituinte, na condição de jurista *expert*, tendo formulado, em muitos casos, sugestões com as quais os políticos declararam estar de acordo. Dessa forma, ele não concebeu a Constituição sozinho, como frequentemente se afirma, mas desempenhou importante papel em sua elaboração.



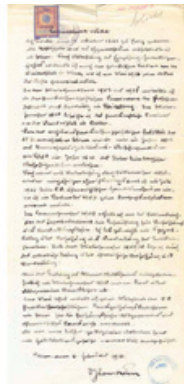


Imagem 1: currículo manuscrito de Kelsen, 1911.

Crédito da imagem: Österreichisches Staatsarchiv (Arquivo de Estado da Áustria), ÖstA/ADR, Stk/BKA-alt, ZI. 1.632-2/1920.



Imagem 2: página 2 do VI Projeto de Constituição.

Crédito da imagem: Österreichisches Staatsarchiv (Arquivo de Estado da Áustria), ÖstA/ADR, Stk/BKA-alt, ZI. 1.632-2/1920.

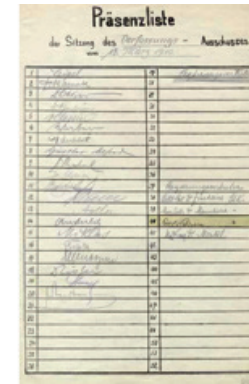


Imagem 3: lista de presença de uma sessão da comissão elaboradora da Constituição.

Crédito da imagem: Parlamentsarchiv (Arquivo do Parlamento).

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL REPUBLICANO

A Constituição austríaca reconhece seis princípios fundamentais: o republicano, o democrático, o federativo, o da separação de poderes, o do Estado de direito e o liberal. A eliminação ou a mudança substancial de apenas um desses princípios significaria uma completa reforma da Constituição e só poderia ocorrer por intermédio de referendo.

O princípio fundamental republicano foi programaticamente anunciado já no art. 1º do texto constitucional, que dispõe: “A Áustria é uma república democrática. O seu Direito emana do povo”.

Democracia e república não são a mesma coisa, também não aparecem sempre juntas: a Suécia, por exemplo, apesar de ser uma democracia, não é uma república, mas uma monarquia. A diferença entre república e monarquia está unicamente na posição do chefe de Estado, que

- detém o seu cargo apenas por tempo determinado;
- é responsável jurídica e politicamente por sua atuação.

Na Áustria, o chefe de Estado é o presidente, que, de acordo com a concepção original da Constituição de 1920, tem, acima de tudo, funções representativas; no entanto, com a reforma constitucional de 1929, esse cargo foi significativamente valorizado (nomeação do governo, comando sobre as Forças Armadas, entre outras mudanças). Essa reforma também instituiu o voto popular direto – até então o presidente era eleito em assembleia geral composta de todos os membros do Conselho Nacional e do Conselho Federal.

O mandato do presidente dura seis anos, com direito a uma reeleição para o período subsequente.

O presidente é juridicamente responsável, podendo ser processado perante o Tribunal Constitucional por violação da Constituição Federal. Nunca foi necessária uma decisão como essa, que deve ser demandada pela Assembleia Federal; uma condenação pode levar à perda do mandato, sem prejuízo de sanções penais.

O presidente também é politicamente responsável por seus atos, podendo ser destituído do cargo por voto popular mesmo antes do término do mandato. Não existem precedentes desse caso, para o qual também é necessária a demanda da Assembleia Federal.



Artikel 1. Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus.

Imagem 1: art. 1º da Constituição Federal austríaca (1920).

Crédito da imagem: *Diário Oficial* de 5 de outubro de 1920.



Imagem 2: concessão do título de Doutor *Honoris Causa* da Universidade da Califórnia (Berkeley), 1952.

Crédito da imagem: fornecida e usada com permissão da Ph.D. Anne Feder Lee.

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DEMOCRÁTICO

O princípio fundamental democrático é anunciado logo no art. 1º da Constituição Federal austríaca, juntamente com o republicano. Kelsen considerou tal disposição programática como mera declaração solene, sem conteúdo jurídico. Ser uma constituição considerada democrática não depende de sua autodesignação, mas de suas disposições a respeito da organização jurídica acerca da formação do poder estatal.

Por diversas vezes, Hans Kelsen tratou intensivamente sobre a ideia de democracia e a designou como aquela forma de Estado “em que a ordem social a que está submetida é gerada pelo povo”. Assim estabelece o referido art. 1º, 2ª parte: “o seu Direito emana do povo”. No entanto, a Constituição Federal permite uma participação direta do povo bastante restrita no estabelecimento de normas jurídicas (plebiscitos, referendos, consultas populares). Substancialmente mais importantes são os parlamentos – legitimados por votações democráticas: o Conselho Nacional, os parlamentos estaduais e o Conselho Federal. Assim, a Constituição Federal segue o princípio da democracia indireta ou representativa, que, segundo Kelsen, era uma exigência da sociedade baseada na divisão do trabalho – não sem lamentar, já que ele mesmo desejava mais elementos de democracia direta.

Da mesma forma, de grande significado é a questão do sufrágio. Desde 1918 vigora o princípio do voto proporcional, segundo o qual cada partido envia ao Parlamento o número de deputados correspondente à parcela de votos que obteve. Assim, o Parlamento seria um reflexo da proporção social; no entanto, a democracia parlamentar é “necessária e inevitavelmente um Estado de partidos” (Kelsen).

Segundo Kelsen, a democracia é a forma de Estado que mais se aproxima do ideal de liberdade, apesar de não a promover completamente. Nesse sistema de governo, ninguém é condenado permanentemente à impotência: na eleição seguinte, pode haver uma reviravolta na relação de maioria, fazendo com que a oposição venha a ser alçada ao poder. Por isso, a aprovação de leis (mais simples) requer apenas maioria simples, de modo que seja relativamente descomplicado alterá-las. Apenas os direitos das minorias não podem ser submetidos constantemente a transformações; é preciso que a Constituição estabeleça que essas alterações dependam de maioria qualificada. Essa é a missão da Constituição, que contém “as regras do jogo da democracia”.

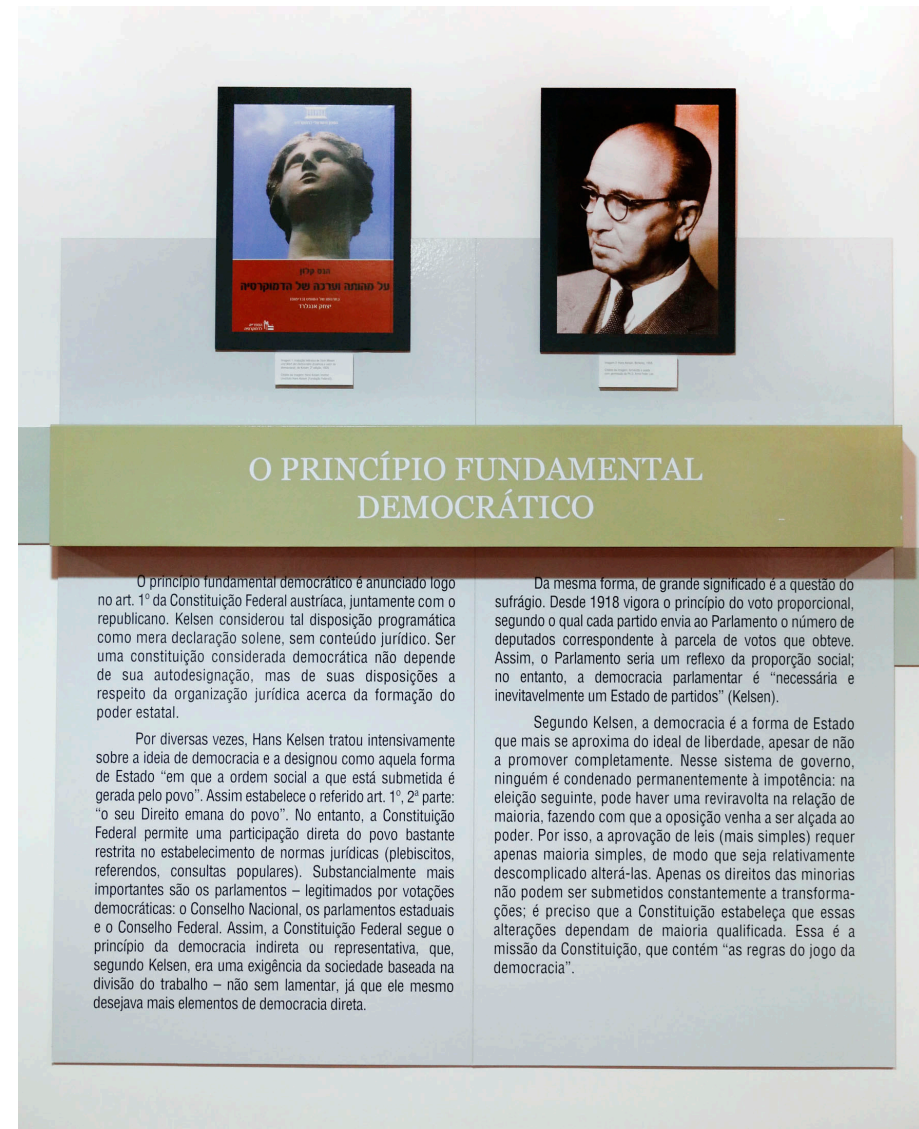




Imagem 1: tradução hebraica de *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (*Essência e valor da democracia*), de Kelsen, 2ª edição, 1929.

Crédito da imagem: Hans Kelsen Institut (Instituto Hans Kelsen [Fundação Federal]).



Imagem 2: Hans Kelsen, Berkeley, 1958.

Crédito da imagem: fornecida e usada com permissão da Ph.D. Anne Feder Lee.

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL FEDERATIVO

Entre os referidos nove estados, dois (Burgenland e Wien) surgiram apenas no século XX; os demais têm tradição que remonta à Baixa Idade Média. Inicialmente, em virtude da integração cada vez mais estreita entre tais territórios, surgiu, no século XVIII, o Estado austríaco.

A luta entre o federalismo e o centralismo sempre foi um elemento fundamental na história constitucional austríaca. No entanto, foi somente com a Constituição Federal (nome completo original: “Lei pela qual a República Austríaca é criada como Estado Federal”) que essa questão foi resolvida em favor do princípio do Estado Federal.

Assim como o art. 1º, o art. 2º tem natureza essencialmente programática. Se a Áustria é um Estado Federal ou não, não decorre da citada disposição, mas da incidência de características tipicamente federativas:

- Os estados dispõem de competência legislativa própria, até mesmo para aprovar uma Constituição própria (mas que não pode contrariar a Constituição Federal).
- Os estados dispõem de administração própria e participam também da administração federal (chamada *administração federal indireta*).
- Por intermédio do Conselho Federal, os estados também participam do processo legislativo da República e controlam o governo federal.
- Desde 1974 os estados têm o direito de contratar entre si e com a União; e desde 1988 também têm o direito de contratar com estados estrangeiros.

A União e os estados juntos, não a União sozinha, formam o Estado, a República da Áustria. A União também não é controlada pelos estados, como talvez se possa pensar, encontrando-se no mesmo nível deles. A relação entre Estado, União e estados foi descrita por Kelsen em sua Teoria dos Três Círculos: a Constituição Federal contém dispositivos que dizem respeito não apenas à União, mas à relação entre a União e os estados, bem como com o Estado. Assim decidiu o Tribunal Constitucional sobre conflitos de competência entre a União e os estados, segundo o art. 138 da Constituição Federal.



Artikel 2. (1) Österreich ist ein Bundesstaat.
(2) Der Bundesstaat wird gebildet aus den selbständigen Ländern: Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg, Wien.

Imagem 1: art. 2º da Constituição Federal austríaca.

Crédito da imagem: *Diário Oficial* de 5 de outubro de 1920.



Imagem 2: em Berkeley, 1965.

Crédito da imagem: fornecida e usada com permissão da Ph.D. Anne Feder Lee.

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ESTADO DE DIREITO

É possível haver injustiça em um Estado de direito? Quem busca responder a essa pergunta precisa antes fazer uma segunda indagação: o que, afinal, é justiça? Kelsen ocupou-se dessa problemática durante toda sua vida; ele teve de afirmar que cada pessoa tem um conceito diverso de justiça, considerando-se sempre uma percepção subjetiva, nunca objetiva.

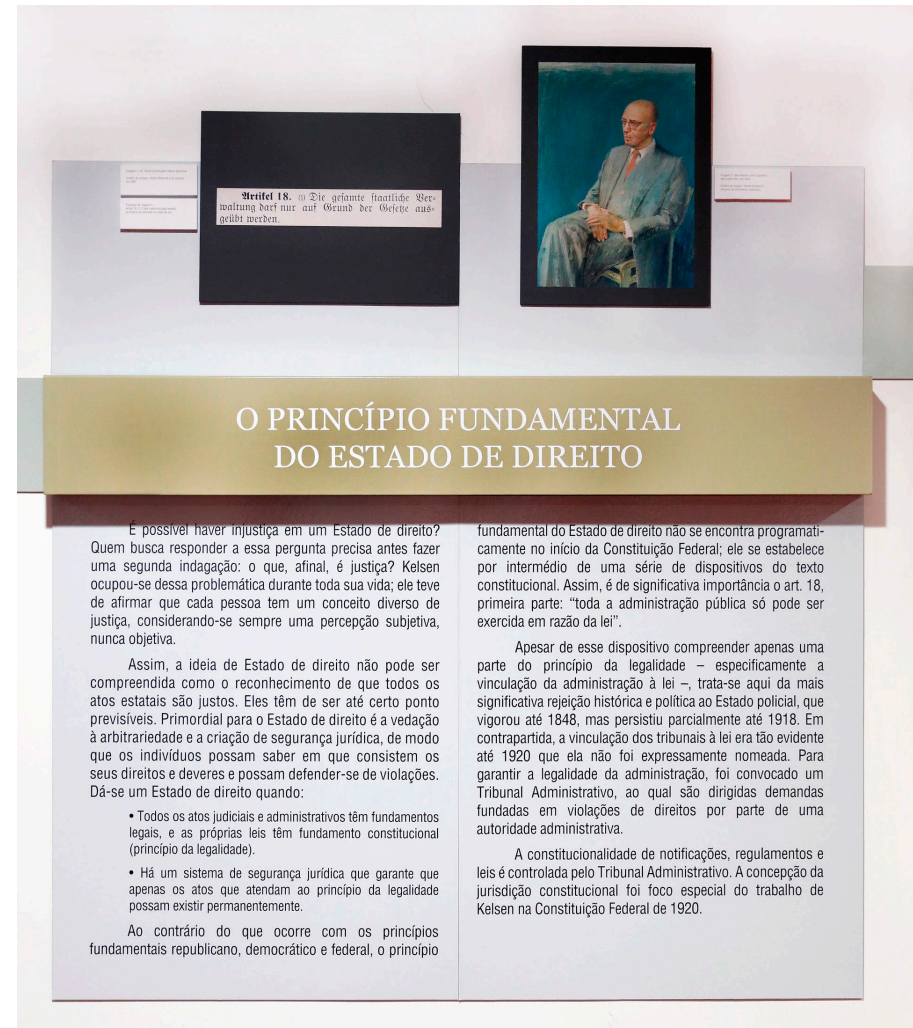
Assim, a ideia de Estado de direito não pode ser compreendida como o reconhecimento de que todos os atos estatais são justos. Eles têm de ser, até certo ponto, previsíveis. Primordial para o Estado de direito é a vedação à arbitrariedade e a criação de segurança jurídica, de modo que os indivíduos possam saber em que consistem os seus direitos e deveres e possam defender-se de violações. Dá-se um Estado de direito quando:

- Todos os atos judiciais e administrativos têm fundamentos legais, e as próprias leis têm fundamento constitucional (princípio da legalidade).
- Há um sistema de segurança jurídica que garante que apenas os atos que atendam ao princípio da legalidade possam existir permanentemente.

Ao contrário do que ocorre com os princípios fundamentais republicano, democrático e federal, o princípio fundamental do Estado de direito não se encontra programaticamente no início da Constituição Federal; ele se estabelece por intermédio de uma série de dispositivos do texto constitucional. Assim, é de significativa importância o art. 18, primeira parte: “toda a administração pública só pode ser exercida em razão da lei”.

Apesar de esse dispositivo compreender apenas uma parte do princípio da legalidade – especificamente a vinculação da administração à lei –, trata-se aqui da mais significativa rejeição histórica e política ao Estado policial, que vigorou até 1848, mas persistiu parcialmente até 1918. Em contrapartida, a vinculação dos tribunais à lei era tão evidente até 1920 que ela não foi expressamente nomeada. Para garantir a legalidade da administração, foi convocado um Tribunal Administrativo, ao qual são dirigidas demandas fundadas em violações de direitos por parte de uma autoridade administrativa.

A constitucionalidade de notificações, regulamentos e leis é controlada pelo Tribunal Administrativo. A concepção da jurisdição constitucional foi foco especial do trabalho de Kelsen na Constituição Federal de 1920.



Artikel 18. (1) Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.

Imagem 1: art. 18 da Constituição Federal austríaca.

Crédito da imagem: *Diário Oficial* de 5 de outubro de 1920.

Tradução da imagem 1:

Artigo 18. (1) Toda a administração estatal só poderá ser exercida em razão da Lei.



Imagem 2: *Hans Kelsen*, Ulrich Gansert, óleo sobre tela, sem data.

Crédito da imagem: Parlamentsarchiv (Arquivo do Parlamento austríaco).

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A Teoria da Separação de Poderes foi desenvolvida nos séculos XVII e XVIII como reação à então predominante forma de Estado absolutista, em que os monarcas detinham todo o poder em suas mãos. O princípio fundamental da separação de poderes realizou-se no século XIX, na forma de Estado da monarquia constitucional, em que os poderes eram divididos entre o monarca e o povo (Parlamento). Essa teoria clássica distingue três poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

No começo, Kelsen era bastante cético de que o princípio fundamental da separação de poderes tivesse também sua aplicabilidade em uma democracia. Como na democracia todo o poder (segundo Kelsen, melhor: todo o Direito) emana do povo, ele preferia uma organização estatal que concentrasse todo o poder na representação do povo, o Parlamento. Finalmente, ele chegou à conclusão de que também em uma democracia a separação de poderes era meio eficaz de evitar o abuso de poder.

Ao contrário dos princípios fundamentais democrático, republicano e federal, o princípio fundamental da separação de poderes não foi programaticamente anunciado logo no início da Constituição Federal austríaca. Mesmo assim, ele foi reconhecido pela teoria constitucional moderna como princípio fundamental das constituições federais, tendo como fundamento diversos dispositivos da Constituição austríaca. Mais evidentemente, manifesta-se no seguinte dispositivo:

Artigo 94. O Judiciário é separado da Administração
em todas as instâncias.

A independência do Judiciário em relação à Administração (e também em relação ao Legislativo) é necessária para evitar influências políticas na jurisdição. Por esse motivo, juízes também são independentes no exercício de sua atividade jurisdicional. Um problema discutido ainda hoje é a independência do Ministério Público.

A separação entre o Legislativo e o Executivo não é tão nítida quanto a separação entre eles e o Judiciário. Ainda hoje os integrantes dos governos estaduais são eleitos pelos respectivos parlamentos, de modo que sejam vistos – principalmente naqueles estados em que vigora um sistema proporcional – como uma espécie de “Comissão Estadual” (como se designava até 1918).

De 1920 a 1929, o governo federal também foi eleito pelo Conselho Nacional, aparecendo, da mesma forma, como comissão. A reforma constitucional de 1929, que introduziu a nomeação do governo federal pelo presidente, fortaleceu o elemento da separação de poderes na Constituição austríaca.



Artifel 94. Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.

Imagem 1: art. 94 da Constituição Federal austríaca.

Crédito da imagem: *Diário Oficial* de 5 de outubro de 1920.



Imagem 2: no Tribunal Constitucional austríaco, 1925. O Presidente Paul Vitorelli, ao centro; Hans Kelsen, segundo da direita para a esquerda.

Crédito da imagem: fornecida e usada com permissão da Ph.D. Anne Feder Lee.

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL LIBERAL

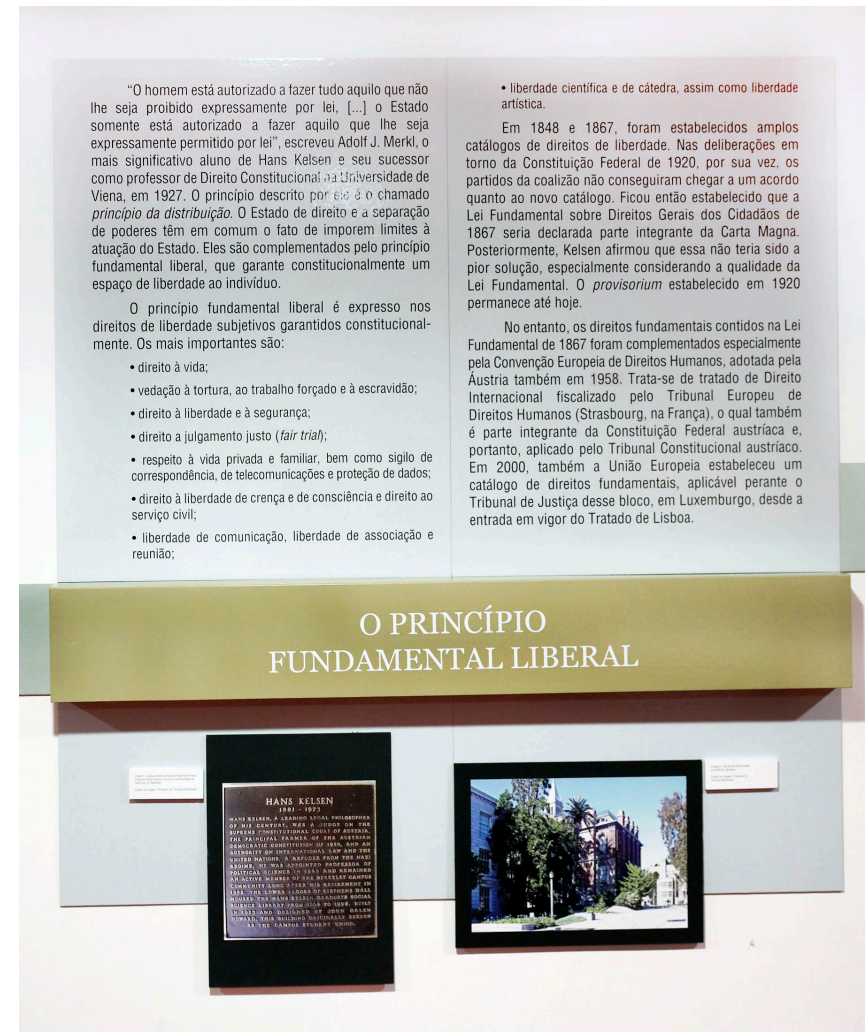
“O homem está autorizado a fazer tudo aquilo que não lhe seja proibido expressamente por lei, [...] o Estado somente está autorizado a fazer aquilo que lhe seja expressamente permitido por lei”, escreveu Adolf J. Merkl, o mais significativo aluno de Hans Kelsen e seu sucessor como professor de Direito Constitucional na Universidade de Viena, em 1927. O princípio descrito por ele é o chamado *princípio da distribuição*. O Estado de direito e a separação de poderes têm em comum o fato de imporem limites à atuação do Estado. Eles são complementados pelo princípio fundamental liberal, que garante constitucionalmente um espaço de liberdade ao indivíduo.

O princípio fundamental liberal é expresso nos direitos de liberdade subjetivos garantidos constitucionalmente. Os mais importantes são:

- direito à vida;
- vedação à tortura, ao trabalho forçado e à escravidão;
- direito à liberdade e à segurança;
- direito a julgamento justo (*fair trial*);
- respeito à vida privada e familiar, bem como sigilo de correspondência, de telecomunicações e proteção de dados;
- direito à liberdade de crença e de consciência e direito ao serviço civil;
- liberdade de comunicação, liberdade de associação e reunião;
- liberdade científica e de cátedra, assim como liberdade artística.

Em 1848 e 1867, foram estabelecidos amplos catálogos de direitos de liberdade. Nas deliberações em torno da Constituição Federal de 1920, por sua vez, os partidos da coalizão não conseguiram chegar a um acordo quanto ao novo catálogo. Ficou então estabelecido que a Lei Fundamental sobre Direitos Gerais dos Cidadãos de 1867 seria declarada parte integrante da Carta Magna. Posteriormente, Kelsen afirmou que essa não teria sido a pior solução, especialmente considerando a qualidade da Lei Fundamental. O *provisorium* estabelecido em 1920 permanece até hoje.

No entanto, os direitos fundamentais contidos na Lei Fundamental de 1867 foram complementados especialmente pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada pela Áustria também em 1958. Trata-se de tratado de Direito Internacional fiscalizado pelo Tribunal



Exposição

HANS KELSEN

Europeu de Direitos Humanos (Strasbourg, na França), o qual também é parte integrante da Constituição Federal austríaca e, portanto, aplicado pelo Tribunal Constitucional austríaco. Em 2000, também a União Europeia estabeleceu um catálogo de direitos fundamentais, aplicável perante o Tribunal de Justiça desse bloco, em Luxemburgo, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa.



Imagem 1: placa comemorativa da antiga Hans Kelsen Graduate Social Science Library, na Universidade da Califórnia, em Berkeley.

Crédito da imagem: Professor Dr. Thomas Olechowski.



Imagem 2: Ala Sul da Universidade da Califórnia, Berkeley.

Crédito da imagem: Professor Dr. Thomas Olechowski.

O PROFESSOR KELSEN COMO EDUCADOR

Nos textos de filosofia jurídica de Hans Kelsen, o significado de democracia, direito e justiça é foco sempre presente. Ele também se debruça sobre a questão pedagógica, entre outras, assim como sobre o papel exercido pelos estabelecimentos de ensino no contexto da educação pública: “a educação para a democracia é um dos principais requisitos da própria democracia”.

Hans Kelsen e alguns de seus mais importantes alunos, nomeadamente Adolf Julius Merkl, Alfred Verdroß e seu futuro biógrafo Rudolf Aladár Métall, aplicaram essa máxima não apenas ao público acadêmico especializado, mas também ao público em geral para transmitir-lhes conhecimento teórico.

Em alguns estabelecimentos do Wiener Volksheim – um dos mais importantes estabelecimentos de educação popular de Viena –, determinados grupos de Ciência Política receberam cursos com conteúdo jurídico e político. Na sede, em Koflerpark, em Ottakring, Viena – onde o grupo de Ciência Política mantinha a sua própria biblioteca especializada –, Hans Kelsen ministrou, no semestre de inverno de 1910, um curso sobre Teoria Geral do Estado. Uma passagem do seu currículo, redigido em 1911, contém estas informações:

Convidado pela direção da Wiener Volksheim, ministrei, no semestre de inverno de 1910, um curso sobre Teoria Geral do Estado.

Adolf Julius Merkl também atuou como professor do grupo de Ciência Política. Alfred Verdroß, que se inclinou para o Direito Internacional, ministrou a disciplina Introdução ao Direito Internacional, na sucursal da Volkshochschule em Josefstadt. Rudolf Aladár Métall ministrou cursos em Leopoldstadt.

Hans Kelsen também foi professor dos chamados *cursos universitários populares*, ministrando diversos cursos e organizando palestras.



Exposição

HANS KELSEN



Imagem 1: programação de cursos do Volksheim de Ottakringer.

Crédito da imagem: Österreichisches Volkshochschularchiv Wien (Arquivo Austríaco da Volkshochschule de Viena).



Imagem 2: sede do Wiener Volksheim, no Koflerpark, 16º Distrito de Viena.

Crédito da imagem: Österreichisches Volkshochschularchiv Wien (Arquivo Austríaco da Volkshochschule de Viena).



Imagem 3: auditório da sede, 16º Distrito de Viena.

Crédito da imagem: Österreichisches Staatsarchiv (Arquivo Público Austríaco).

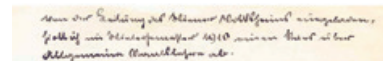


Imagem 4: trecho do currículo de Kelsen, 1911.

Crédito da imagem: Österreichisches Volkshochschularchiv Wien (Arquivo Austríaco da Volkshochschule de Viena).



Imagem 5: Wiener Urania, 1910.

Exposição

HANS Kelsen



VOCÊ SABIA?

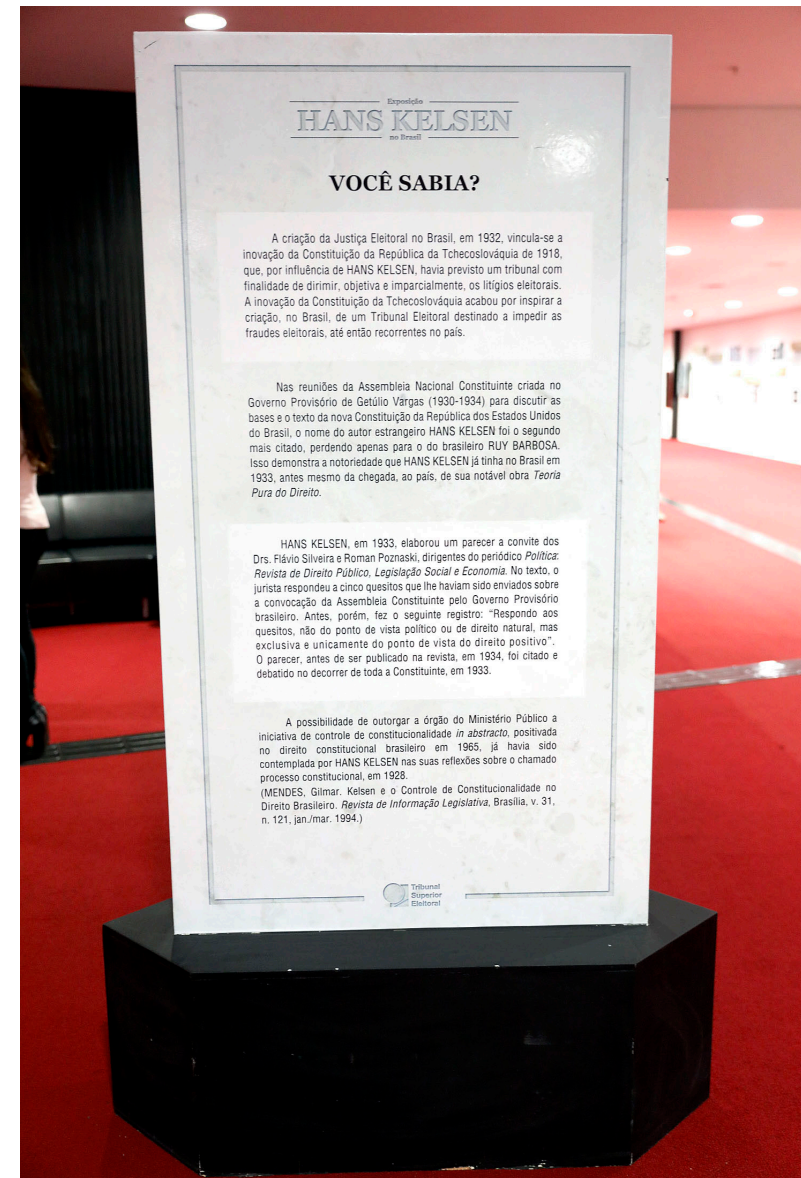
A criação da Justiça Eleitoral no Brasil, em 1932, vincula-se à inovação da Constituição da República da Tchecoslováquia de 1918, que, por influência de HANS KELSEN, havia previsto um tribunal com finalidade de dirimir, objetiva e imparcialmente, os litígios eleitorais. A inovação da Constituição da Tchecoslováquia acabou por inspirar a criação, no Brasil, de um Tribunal Eleitoral destinado a impedir as fraudes eleitorais, até então recorrentes no país.

Nas reuniões da Assembleia Nacional Constituinte criada no Governo Provisório de Getúlio Vargas (1930-1934) para discutir as bases e o texto da nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, o nome do autor estrangeiro HANS KELSEN foi o segundo mais citado, perdendo apenas para o do brasileiro RUY BARBOSA. Isso demonstra a notoriedade que HANS KELSEN já tinha no Brasil em 1933, antes mesmo da chegada, ao país, de sua notável obra *Teoria Pura do Direito*.

HANS KELSEN, em 1933, elaborou um parecer a convite dos Drs. Flávio Silveira e Roman Poznanski, dirigentes do periódico *Política: Revista de Direito Público, Legislação Social e Economia*. No texto, o jurista respondeu a cinco quesitos que lhe haviam sido enviados sobre a convocação da Assembleia Constituinte pelo Governo Provisório brasileiro. Antes, porém, fez o seguinte registro: “Respondo aos quesitos, não do ponto de vista político ou de direito natural, mas exclusiva e unicamente do ponto de vista do direito positivo”. O parecer, antes de ser publicado na revista, em 1934, foi citado e debatido no decorrer de toda a Constituinte, em 1933.

A possibilidade de outorgar a órgão do Ministério Público a iniciativa de controle de constitucionalidade *in abstracto*, positivada no direito constitucional brasileiro em 1965, já havia sido contemplada por HANS KELSEN nas suas reflexões sobre o chamado processo constitucional, em 1928.

(MENDES, Gilmar. Kelsen e o Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 121, jan./mar. 1994).



A INFLUÊNCIA DE HANS KELSEN NA FORMAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

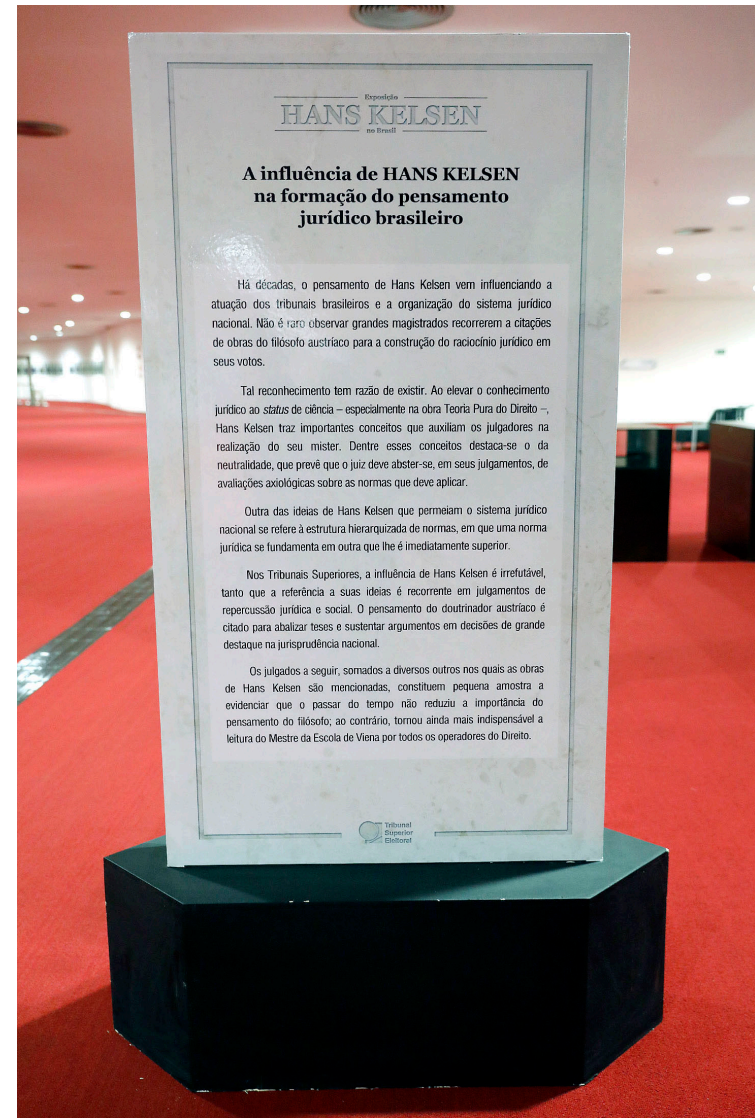
Há décadas, o pensamento de Hans Kelsen vem influenciando a atuação dos tribunais brasileiros e a organização do sistema jurídico nacional. Não é raro observar grandes magistrados recorrerem a citações de obras do filósofo austríaco para a construção do raciocínio jurídico em seus votos.

Tal reconhecimento tem razão de existir. Ao elevar o conhecimento jurídico ao *status* de ciência – especialmente na obra *Teoria Pura do Direito* –, Hans Kelsen traz importantes conceitos que auxiliam os julgadores na realização do seu mister. Dentre esses conceitos destaca-se o da neutralidade, que prevê que o juiz deve abster-se, em seus julgamentos, de avaliações axiológicas sobre as normas que deve aplicar.

Outra das ideias de Hans Kelsen que permeiam o sistema jurídico nacional se refere à estrutura hierarquizada de normas, em que uma norma jurídica se fundamenta em outra que lhe é imediatamente superior.

Nos Tribunais Superiores, a influência de Hans Kelsen é irrefutável, tanto que a referência a suas ideias é recorrente em julgamentos de repercussão jurídica e social. O pensamento do doutrinador austríaco é citado para abalizar teses e sustentar argumentos em decisões de grande destaque na jurisprudência nacional.

Os julgados a seguir, somados a diversos outros nos quais as obras de Hans Kelsen são mencionadas, constituem pequena amostra a evidenciar que o passar do tempo não reduziu a importância do pensamento do filósofo; ao contrário, tornou ainda mais indispensável a leitura do mestre da Escola de Viena por todos os operadores do Direito.



O pensamento de Hans Kelsen está presente em acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral. Em um deles, em que a Corte examinou se houve ilegalidade na divulgação de propaganda institucional em período vedado pela lei eleitoral, o Ministro Gilmar Mendes mencionou o mestre da Escola de Viena, ao abordar a relação entre princípio da maioria absoluta, democracia e intervenção da Justiça Eleitoral:

[...] se não é correta essa divinização do poder popular, não menos certo é que a eventual relativização do princípio da maioria, após a realização de um pleito eleitoral complexo, não pode ser tomada como algo ordinário. [...]

Sem dúvida, nas palavras de Kelsen, “*o princípio da maioria absoluta (e não qualificada) representa a aproximação relativamente maior da ideia de liberdade*”.

Ainda em Kelsen, encontra-se o seguinte pensamento acerca do princípio majoritário, *verbis*:

“*Há apenas uma ideia que leva, por um caminho racional, ao princípio majoritário: a ideia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles. Certamente esse raciocínio pressupõe a igualdade como postulado fundamental da democracia: de fato está claro que se procura assegurar a liberdade não deste ou daquele indivíduo porque este vale mais que aquele, mas do maior número possível de indivíduos. [...]*” (A Democracia, São Paulo, Martins Fontes, 1993, p. 32)

Com tudo isso, gostaria apenas de enfatizar a inadmissibilidade, em um autêntico regime democrático, de uma rotineira e excessiva relativização do princípio majoritário.

(AgRgAg 5.282/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 16/12/2004, DJ de 3/6/2005).



Igualmente, em decisões do Supremo Tribunal Federal, Hans Kelsen costuma ser mencionado. Em uma dessas decisões, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade em que se analisava ato estatal editado anteriormente à Constituição Federal de 1988, o Ministro Celso de Mello, ao defender o não conhecimento da ação, citou a consagrada teoria de Hans Kelsen sobre a estrutura hierarquizada de normas:

Registre-se que, para KELSEN, sequer existe possibilidade de conflito entre normas revestidas de graus desiguais de positividade jurídica, pois um dos elementos caracterizadores da antinomia em sentido jurídico é, precisamente, a validade das normas em conflito. Assim expõe o Mestre da Escola de Viena o seu pensamento:

“Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma de escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando de harmonia com uma norma do escalão superior.” (v. “Teoria Pura do Direito”, vol. II, p. 33/34, 2ª ed., Coimbra).

(ADI 74 MC/RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 7/2/1992, DJ de 25/9/1992).

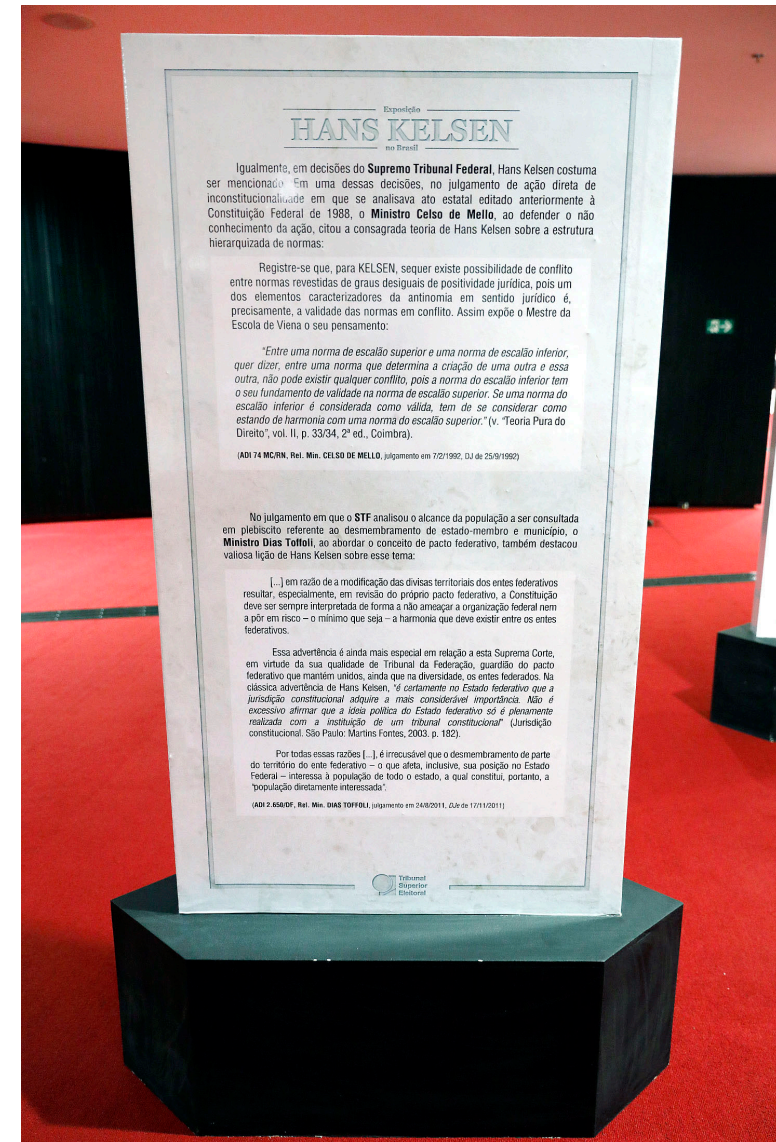
No julgamento em que o STF analisou o alcance da população a ser consultada em plebiscito referente ao desmembramento de estado-membro e município, o Ministro Dias Toffoli, ao abordar o conceito de pacto federativo, também destacou valiosa lição de Hans Kelsen sobre esse tema:

[...] em razão de a modificação das divisas territoriais dos entes federativos resultar, especialmente, em revisão do próprio pacto federativo, a Constituição deve ser sempre interpretada de forma a não ameaçar a organização federal nem a pôr em risco – o mínimo que seja – a harmonia que deve existir entre os entes federativos.

Essa advertência é ainda mais especial em relação a esta Suprema Corte, em virtude da sua qualidade de Tribunal da Federação, guardião do pacto federativo que mantém unidos, ainda que na diversidade, os entes federados. Na clássica advertência de Hans Kelsen, “é certamente no Estado federativo que a jurisdição constitucional adquire a mais considerável importância. Não é excessivo afirmar que a ideia política do Estado federativo só é plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional” (*Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 182).

Por todas essas razões [...], é irrecusável que o desmembramento de parte do território do ente federativo – o que afeta, inclusive, sua posição no Estado Federal – interessa à população de todo o estado, a qual constitui, portanto, a “população diretamente interessada”.

(ADI 2.650/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgamento em 24/8/2011, DJe de 17/11/2011).



O Ministro Gilmar Mendes, por seu turno, no voto-vista que proferiu na Suprema Corte quando se discutia, entre outros, tema relacionado às contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, resgatou lição de Hans Kelsen, ao tratar da função institucional da jurisdição constitucional. Na oportunidade, o Ministro deu centralidade à teoria do doutrinador austríaco, fazendo-o nos seguintes termos:

As lições de Kelsen, a respeito da função institucional da jurisdição constitucional, parecem escritas para esse caso. A proposta do jurista austríaco, que associava a jurisdição constitucional à democracia, assentava exatamente na situação em que a atividade jurisdicional atua na defesa ou na proteção das minorias representativas.

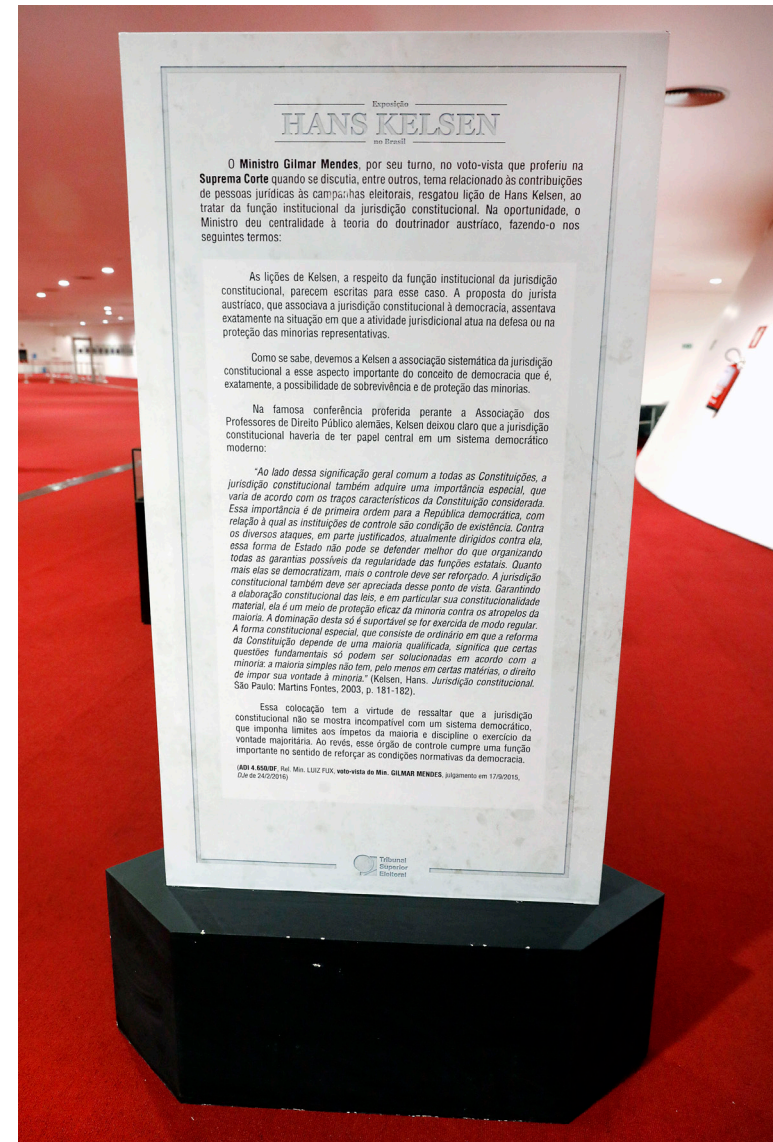
Como se sabe, devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição constitucional a esse aspecto importante do conceito de democracia que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias.

Na famosa conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães, Kelsen deixou claro que a jurisdição constitucional haveria de ter papel central em um sistema democrático moderno:

“Ao lado dessa significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria.” (Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 181-182).

Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático, que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia.

(ADI 4.650/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, voto-vista do Min. GILMAR MENDES, julgamento em 17/9/2015, DJe de 24/2/2016).



Hans Kelsen também foi citado pelo Ministro Luiz Fux em acórdão do STF sobre a escolha de magistrados para composição do Superior Tribunal de Justiça. Ao abordar tema relativo à interpretação de normas, o Ministro lembrou consagrada teoria do doutrinador, assim se posicionando:

A lei impugnada deve, assim, receber uma interpretação que se adéque a sua ratio essendi, e isso pode ser extraído diante da sua leitura compromissada em cotejo com o texto maior. E, segundo as valiosas lições de Hans Kelsen, em seu clássico Teoria Pura do Direito, *verbis*:

“a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já desta apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 364).

(ADI 4.078/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Red. p/ o ac. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgamento em 10/11/2011, DJe de 13/4/2012).

As lições de Hans Kelsen também foram destacadas em julgamento do STF sobre o processo de criação, fusão e incorporação de partidos políticos. A Ministra Cármen Lúcia, ao abordar o conceito de democracia e de representação política, citou a obra do jurista austríaco, na seguinte passagem:

Em ensaio intitulado “Essência e valor da democracia”, Hans Kelsen critica:

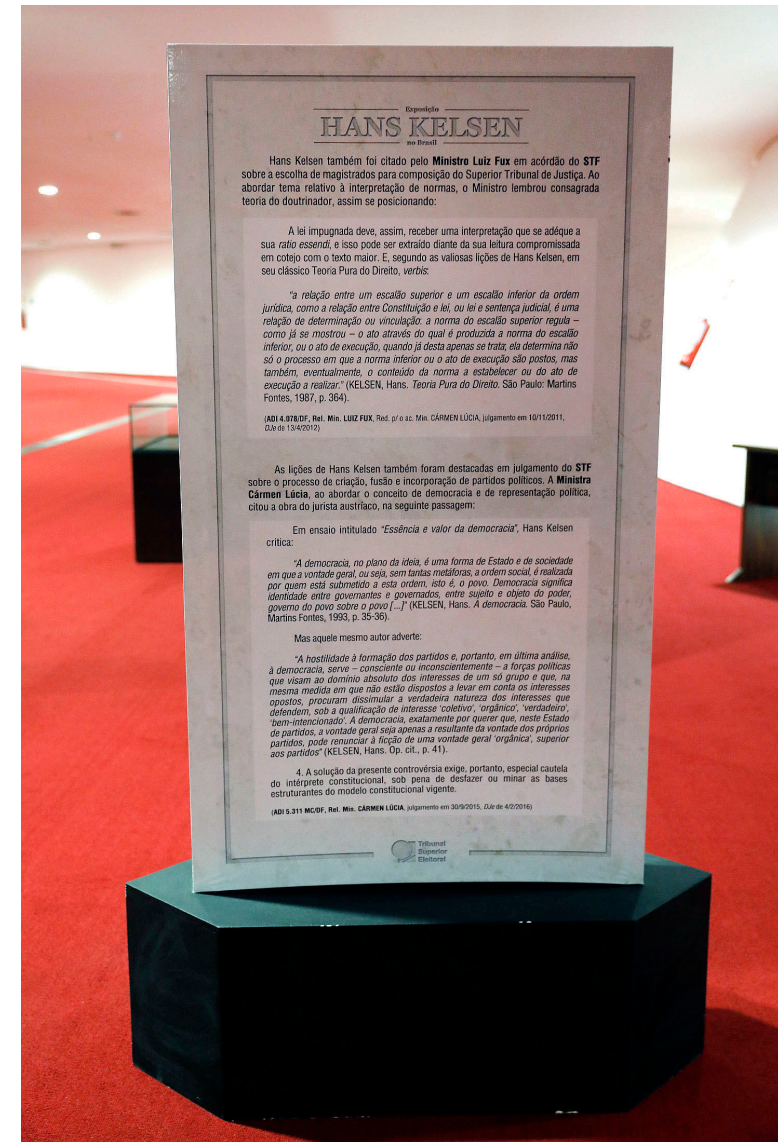
“A democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou seja, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a esta ordem, isto é, o povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo [...]” (KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo, Martins Fontes, 1993, p. 35-36).

Mas aquele mesmo autor adverte:

“A hostilidade à formação dos partidos e, portanto, em última análise, à democracia, serve – consciente ou inconscientemente – a forças políticas que visam ao domínio absoluto dos interesses de um só grupo e que, na mesma medida em que não estão dispostos a levar em conta os interesses opostos, procuram dissimular a verdadeira natureza dos interesses que defendem, sob a qualificação de interesse ‘coletivo’, ‘orgânico’, ‘verdadeiro’, ‘bem-intencionado’. A democracia, exatamente por querer que, neste Estado de partidos, a vontade geral seja apenas a resultante da vontade dos próprios partidos, pode renunciar à ficção de uma vontade geral ‘orgânica’, superior aos partidos” (KELSEN, Hans. Op. cit., p. 41).

4. A solução da presente controvérsia exige, portanto, especial cautela do intérprete constitucional, sob pena de desfazer ou minar as bases estruturantes do modelo constitucional vigente.

(ADI 5.311 MC/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgamento em 30/9/2015, DJe de 4/2/2016).

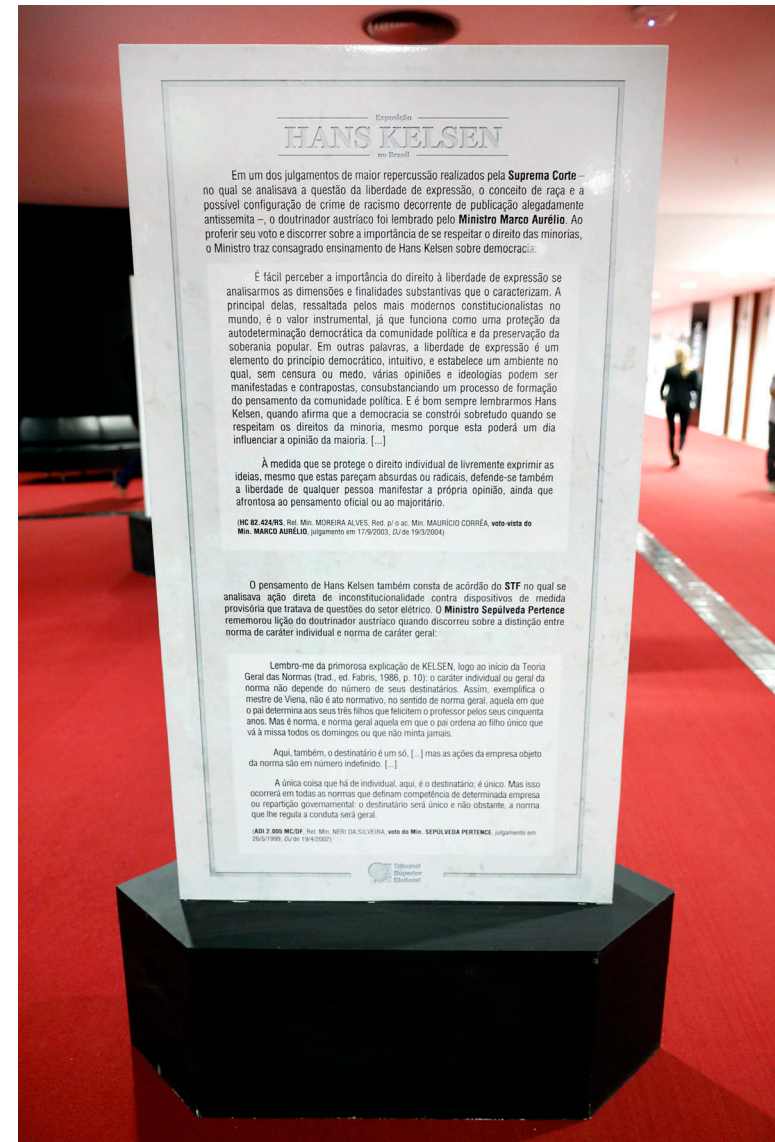


Em um dos julgamentos de maior repercussão realizados pela Suprema Corte – no qual se analisava a questão da liberdade de expressão, o conceito de raça e a possível configuração de crime de racismo decorrente de publicação alegadamente antisemita –, o doutrinador austríaco foi lembrado pelo Ministro Marco Aurélio. Ao proferir seu voto e discorrer sobre a importância de se respeitar o direito das minorias, o Ministro traz consagrado ensinamento de Hans Kelsen sobre democracia:

É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas no mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular. Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política. E é bom sempre lembrarmos Hans Kelsen, quando afirma que a democracia se constrói sobretudo quando se respeitam os direitos da minoria, mesmo porque esta poderá um dia influenciar a opinião da maioria. [...]

À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário.

(HC 82.424/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Red. p/ o ac. Min. MAURÍCIO CORRÊA, voto-vista do Min. MARCO AURÉLIO, julgamento em 17/9/2003, DJ de 19/3/2004).



O pensamento de Hans Kelsen também consta de acórdão do STF no qual se analisava ação direta de inconstitucionalidade contra dispositivos de medida provisória que tratava de questões do setor elétrico. O Ministro Sepúlveda Pertence rememorou lição do doutrinador austríaco quando discorreu sobre a distinção entre norma de caráter individual e norma de caráter geral:

Lembro-me da primorosa explicação de KELSEN, logo ao início da Teoria Geral das Normas (trad., ed. Fabris, 1986, p. 10): o caráter individual ou geral da norma não depende do número de seus destinatários. Assim, exemplifica o mestre de Viena, não é ato normativo, no sentido de norma geral, aquela em que o pai determina aos seus três filhos que felicitem o professor pelos seus cinquenta anos. Mas é norma, e norma geral aquela em que o pai ordena ao filho único que vá à missa todos os domingos ou que não minta jamais.

Aqui, também, o destinatário é um só, [...] mas as ações da empresa objeto da norma são em número indefinido. [...]

A única coisa que há de individual, aqui, é o destinatário; é único. Mas isso ocorrerá em todas as normas que definam competência de determinada empresa ou repartição governamental: o destinatário será único e não obstante, a norma que lhe regula a conduta será geral.

(ADI 2.005 MC/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgamento em 26/5/1999, DJ de 19/4/2002).

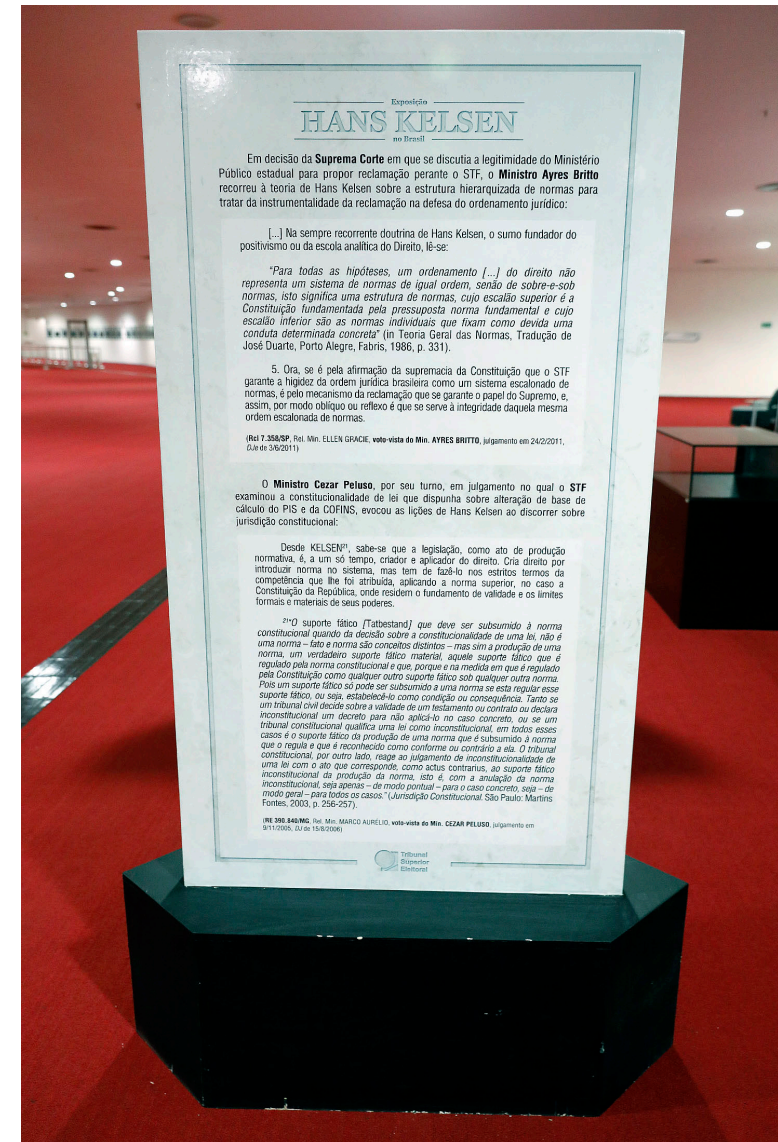
Em decisão da Suprema Corte em que se discutia a legitimidade do Ministério Público estadual para propor reclamação perante o STF, o Ministro Ayres Britto recorreu à teoria de Hans Kelsen sobre a estrutura hierarquizada de normas para tratar da instrumentalidade da reclamação na defesa do ordenamento jurídico:

[...] Na sempre recorrente doutrina de Hans Kelsen, o sumo fundador do positivismo ou da escola analítica do Direito, lê-se:

“Para todas as hipóteses, um ordenamento [...] do direito não representa um sistema de normas de igual ordem, senão de sobre-e-sob normas, isto significa uma estrutura de normas, cujo escalão superior é a Constituição fundamentada pela pressuposta norma fundamental e cujo escalão inferior são as normas individuais que fixam como devida uma conduta determinada concreta” (in Teoria Geral das Normas, Tradução de José Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1986, p. 331).

5. Ora, se é pela afirmação da supremacia da Constituição que o STF garante a higidez da ordem jurídica brasileira como um sistema escalonado de normas, é pelo mecanismo da reclamação que se garante o papel do Supremo, e, assim, por modo oblíquo ou reflexo é que se serve à integridade daquela mesma ordem escalonada de normas.

(Rcl 7.358/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, voto-vista do Min. AYRES BRITTO, julgamento em 24/2/2011, DJe de 3/6/2011).



O Ministro Cezar Peluso, por seu turno, em julgamento no qual o STF examinou a constitucionalidade de lei que dispunha sobre alteração de base de cálculo do PIS e da COFINS, evocou as lições de Hans Kelsen ao discorrer sobre jurisdição constitucional:

Desde Kelsen²¹, sabe-se que a legislação, como ato de produção normativa, é, a um só tempo, criador e aplicador do direito. Cria direito por introduzir norma no sistema, mas tem de fazê-lo nos estritos termos da competência que lhe foi atribuída, aplicando a norma superior, no caso a Constituição da República, onde residem o fundamento de validade e os limites formais e materiais de seus poderes.

²¹ “O suporte fático [Tatbestand] que deve ser subsumido à norma constitucional quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, não é uma norma – fato e norma são conceitos distintos – mas sim a produção de uma norma, um verdadeiro suporte fático material, aquele suporte fático que é regulado pela norma constitucional e que, porque e na medida em que é regulado pela Constituição como qualquer outro suporte fático sob qualquer outra norma. Pois um suporte fático só pode ser subsumido a uma norma se esta regular esse suporte fático, ou seja, estabelecê-lo como condição ou consequência. Tanto se um tribunal civil decide sobre a validade de um testamento ou contrato ou declara inconstitucional um decreto para não aplicá-lo no caso concreto, ou se um tribunal constitucional qualifica uma lei como inconstitucional, em todos esses casos é o suporte fático da produção de uma norma que é subsumido à norma que o regula e que é reconhecido como conforme ou contrário a ela. O tribunal constitucional, por outro lado, reage ao julgamento de inconstitucionalidade de uma lei com o ato que corresponde, como *actus contrarius*, ao suporte fático inconstitucional da produção da norma, isto é, com a anulação da norma inconstitucional, seja apenas – de modo pontual – para o caso concreto, seja – de modo geral – para todos os casos.” (Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 256-257).

(RE 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, voto-vista do Min. CEZAR PELUSO, julgamento em 9/11/2005, DJ de 15/8/2006).

No Superior Tribunal de Justiça, as ideias de Hans Kelsen também norteiam a formação do pensamento jurídico de seus magistrados. Em importante julgamento daquela Corte, no qual se discutia a constitucionalidade de portaria do Ministério do Trabalho e Emprego que havia determinado a inclusão do nome de empresa em cadastro próprio por manter trabalhadores em condição análoga à de escravo, o Ministro Herman Benjamin citou o filósofo ao tratar dos efeitos da norma constitucional:

O caso dos autos, antes de retratar malferimento ao Princípio da Legalidade, evidencia que as normas constitucionais estão produzindo efeitos no mundo dos fatos, ou seja, alcançando a efetividade descrita por Kelsen como “*o facto real de ela (a norma) ser efectivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos factos*”. (Hans Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 5 ed., Ceira, Coimbra, A. Amado, 1979, p. 29-30).

Isso porque a edição da Portaria MTE 540/2004 concretiza os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF), da Valorização do Trabalho (art. 1º, IV, CF), bem como prestigia os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza, de reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos (art. 3º, I, III e IV, CF).

(MS 14.017/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgamento em 27/5/2009, DJe de 1º/7/2009)



Exposição

HANS KELSEN



CRÉDITOS

HANS Kelsen

Realização

Secretaria de Gestão da Informação

Curadoria

Gerhard Murauer

Tradução

Adisson Taveira Rocha Leal

Revisão

Manuela Marla, Patrícia Jacob, Vanda Tourinho

Projeto Gráfico

Ralf Batista Soares

Agradecimento

Embaixada da Áustria

HANS Kelsen NO BRASIL

Realização e Curadoria

Secretaria de Gestão da Informação

Textos

Alexandre Gomes Machado, Cleber Schumann,

Janeth Dias de Melo, Rochelle Quito, Viviane Monici

Equipe de Pesquisa de Jurisprudência

Leonardo del Menezzi, Maria Fernanda Coelho,

Gabriel Menezes Figueiredo

Projeto Gráfico

Ralf Batista Soares

Agradecimento

Servidores e colaboradores que contribuíram para a realização da exposição



Esta obra foi composta na fonte Helvetice Narrow,
corpo 10 e entrelinhas de 12 pontos.

