

Aspectos da Teoria de Kelsen

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Professor e Diretor da Faculdade de Direito da UFMG

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Modelo Kelseniano de Explicação — 3. A Teoria Geral do Direito e a Teoria Pura do Direito — 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Ciência do Direito e, particularmente, a Filosofia Jurídica tiveram em Hans Kelsen um dos mais importantes especuladores. A Teoria Pura do Direito é considerada a primeira grande sistematização do conhecimento jurídico, pelo que Rolando Tamayo y Salmorán lembra a conclusão de Roscoe Pound que reconhece ser Kelsen o maior jurista de sua época, ocupando na Filosofia Jurídica relevo igual ao correspondente a Kant, na Filosofia Geral.

Rudolf Aladár Métall, em publicação dedicada à vida e obra de Hans Kelsen (Hans Kelsen. Leben und Werk, F. Deuticke Verlarg, Wien, 1969), baseia em dados autobiográficos escritos pelo fundador da Escola de Viena, muitos ainda não publicados, bem como em conversações que o biógrafo manteve com o biografado.

Nos últimos anos de estudos preparatórios, Kelsen dedicou-se à filosofia, iniciando a leitura de Kant, que sempre aparece nas análises em torno da produção do autor da Teoria Pura do Direito.

A referência à Kant é fundamental, pois como acentua Miguel Reale a orientação criticista vem do filósofo alemão,

que através dos neo-Kantianos contribuiu para a renovação da Filosofia do Direito, de maneira mais acentuada do que qualquer outra corrente, inclusive no domínio do Direito Positivo.

No prólogo da segunda edição de *Hauptprobleme*, Kelsen assinala que o método de sua construção veio do Kantismo, ou melhor, do neo-Kantismo de Marburgo.¹

Sua primeira obra foi a "Teoria do Estado de Dante Alighieri", em 1905. Mas foi com o aparecimento de "Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", onde examina problemas capitais da Teoria do Estado, que inaugurou nova era na teoria jurídica, onde a Ciência do Direito é incorporada ao conhecimento científico e passa a ser tratada como um conjunto sistemático de proposições científicas. Está presente a preocupação fundamental em distinguir o direito como é, isto é, o direito positivo, do direito que deveria ser. Naquela época, mostrava o paralelismo que tinha sua obra com a filosofia neo-Kantiana de Hermann Cohen, que influenciou na escolha da designação da "Teoria Pura do Direito". No mesmo sentido, William Ebens-tein salienta a influência de Hermann Cohen sobre Kelsen e de sua interpretação de Kant em termos de uma lógica da cognição.

Anos mais tarde, Kelsen descobriu que John Austin havia empreendido fundamentação similar na Ciência do Direito. A orientação da Teoria Pura, diria Kelsen, em 1941, é muito parecida com a Jurisprudência Analítica, que encontra sua apresentação clássica na obra de Austin. Apesar da Teoria Pura ter surgido independentemente das "Lectures on General Jurisprudence", ela corresponde com a doutrina inglesa e em pontos diferem. Pode-se concluir que a Teoria Pura continuou o método da Jurisprudência Analítica, de modo mais consistente do que Austin.²

1. REALE, Miguel. "Filosofia do Direito". Vol. I, tomo I, ed. Saraiva; São Paulo, 1953, pág. 113. VILLEY, Michel, "La Rechtslehre" de Kant dans l'histoire de la science juridique, em Archives de Philosophie du Droit, tomo XVI, Sirey, 1971, nº 16, pág. 257.

2. KELSEN, Hans. "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence"; Harvard Law Review; Vol. 55; 1941; Págs. 47-70.

A Jurisprudência Analítica é semelhante ao que no continente europeu, principalmente na Alemanha, conhece-se como Teoria Geral do Direito, que da mesma maneira do que ela, considerou que era necessário dedicar-se à análise dos conceitos jurídicos gerais, que estão nos corpos de leis de todo o sistema jurídico. Trata de alcançar seus resultados pela análise da lei positiva. Prosseguiu os métodos da Jurisprudência Analítica, além do que chegou Austin e seus discípulos.

Em 1911 surge "Os problemas capitais da Teoria do Estado desenvolvidos a partir da doutrina da proposição jurídica". Nesse mesmo ano, Kelsen habilitou-se como professor de Direito do Estado e Filosofia do Direito, na Universidade de Viena.

A pureza metódica seria seguida nas difíceis questões do Direito e do Estado. O conjunto de juristas que propunha construir uma teoria do direito sobre fundamentos científicos, tinha em Kelsen o inspirador da Escola de Viena, com o objetivo de chegar a uma exposição fora das incursões da Política e da Axiologia, com a finalidade de se chegar a uma ciência autêntica.

Diversas figuras destacaram-se no movimento: Alfred Verdross, Joseph L. Kunz, Adolf Merkl, Félix Kaufmann, Fritz Schreier, Walter Henrich, Fritz Sander, Erich Vogelin.

A importância da Escola de Viena foi interrompida durante a primeira guerra mundial, mas depois voltou a ter repercussão.

Ao lado de seu trabalho universitário, depois da guerra, solicitado pelo Chanceler Karl Renner, participou dos trabalhos preparatórios da Constituição da República Austríaca, em cuja elaboração deu destaque ao sistema de Controle da Constitucionalidade, por meio da Corte Constitucional. Do Chanceler recebeu as diretivas políticas fundamentais, ocupando-se de codificá-las, através de técnica jurídica que formulasse garantias efetivas para a constitucionalidade das funções do Estado. A Constituição entrou em vigor em 1920, permitindo a realização do Estado de Direito e a garantia efetiva da mesma. No ano de 1922, Kelsen foi nomeado membro vitalício do Tribunal Constitucional.

A publicação, em 1925, em Berlim, de obra de profunda importância para a Ciência do Direito e do Estado, a "Teoria Geral do Estado", demonstra o afastamento de uma metafísica do Estado, através da posição de uma teoria para explicar qualquer sistema positivo.

Como Juiz do Tribunal Constitucional austríaco ficou até 1930, desde que por razões políticas foi destituído desse órgão. Nessa ocasião, aceitou o convite para a Universidade de Colônia, na Alemanha.

Quando Hitler subiu ao poder, Kelsen renunciou à direção da Faculdade de Direito, para a qual havia sido eleito para o ano acadêmico de 1932-1933. Poucos dias depois, pelo jornal, tomou conhecimento de que havia sido destituído da Universidade, como Professor. Houve protesto geral dos professores perante o governo pela medida, inclusive o diretor Hans Nipperday. O único professor que não ficou solidário com a demissão foi Carl Schmitt.

Naquela ocasião, foram-lhe oferecidos três lugares para continuar sua vida acadêmica. A Escola de Economia de Londres, através de Harold Laski e Hersch Lauterpacht. Nos Estados Unidos, a "New School for Social Research". William Rappard o convidou para o "Instituto de Altos Estudos Internacionais de Genebra", oferecimento pelo qual decidiu.

Na época de sua estadia em Genebra, apareceu em Viena, em 1934, a "Teoria Pura do Direito", produto de grande sistematização do conhecimento científico. Propõe chegar-se a um entendimento do direito, com o abandono de sincretismo de métodos que obscurecem a Ciência do Direito e deixa vaga as fronteiras que permitem chegar à natureza de seu objeto. Dois discípulos surgem em Genebra, Hans Morgenthau e Ossip Flechtheim. Permaneceu até 1940, indo dois semestres de 1936, à Universidade de Praga.

Nos Estados Unidos, a convite de Roscoe Pound, fica dois anos na Escola de Direito de Harvard. Em 1942, instala-se na Universidade de Berkeley.

Suas contribuições sucedem-se na Filosofia Jurídica, na Psicologia Social, na Antropologia e na Sociologia Jurídica.

Mas a maior atenção foi com os assuntos de Teoria Geral do Direito e do Estado, do Direito Internacional, onde merecem destaque: "Teoria Geral do Direito e do Estado", "O Direito das Nações Unidas", "Os Princípios do Direito Internacional", "Teoria Pura do Direito", "Teoria Geral do Estado", "Que é a Justiça", "Sociedade e Natureza", e outras obras.³

A obra publicada por Hans Kelsen, conforme catálogo mais recente, contém 604 títulos entre originais e traduções.

A Escola Vienense da Teoria do Direito foi objeto de estudos, em 1968, por parte de Klecatsky, Marcic e Schambeck.

Rudolf A. Metáll mostra a posição de Franz Weyr como primeiro adepto da Teoria do Direito e do Estado de Hans Kelsen e das contribuições de Leónidas Pitamic e outros que participaram na fundação e desenvolvimento da Escola de Viena. Franz Weyr (*Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft*, 1921) foi, para Ebenstein, o principal representante de base filosófica da Teoria Pura do Direito.

Mostra em discurso pronunciado em Viena, em 11 de outubro de 1973, no Instituto Hans Kelsen, sob o título "Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie", o surgimento de grupos que contribuíram para o ensino da Teoria Pura do Direito. Dos alunos de Kelsen destacam-se Adolf Merkl, Alfred Verdross e Franz Weyr. Posteriormente, vieram Félix Kaufmann, Josepp L. Kunz e Fritz Schreier.

Após o Seminário de Viena, aparece o início do prestígio internacional da Teoria Pura do Direito, com: Charles Eisen-

3. TAMAYO y SALMORAN, Rolando. "Hans Kelsen. In Memoriam, em Estudos em Memória de Hans Kelsen"; Boletim Mexicano de Derecho Comparado; nº Especial; Nova Série; Ano VII; nº 19; Janeiro-Abril de 1974; Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM, Universidade Nacional Autónoma de México; págs. XIII a XV. JAVIER, Esquivel. "Datos Biográficos de Hans Kelsen". Rev. de la Facultad de Derecho de Mexico; Universidad Nacional Autónoma de Mexico; Tomo XXII; janeiro-junho, 1972; N.ºs. 85-86; Págs. 320 e ss. CAPOGRASSI, Giuseppe. "Impressioni su Kelsen Tradotto". Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico; Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1952; Ano II, nº 4; out.-dez. Págs. 767 e ss.

mann, na França, Luís Legaz y Lacambra, na Espanha, Tomoo Itaka, no Japão e Wiktor Sukiennicki, na Polônia.

A participação vienense teve maior destaque, devido os ensinamentos de Kelsen. Podemos relacionar, ainda, entre outros, Joseph Dobretsberger, Walter Henrich, Hans Aufricht, Otto Bondy, Margit Fuchs, Leo Gross, Hans Klingoffer, os irmãos Rohatyn. De outros países surgiram nomes como: Julius Fraft, da Alemanha, Julius Móor, da Hungria, M. M. Van Praag, da Holanda, Luis Recaséns Siches, da Espanha, Alf Ross, da Dinamarca e Antônio S. Bustamante y Montoro, de Cuba.

Quando Kelsen deixou Viena, em 1930, a Escola Vienense da Teoria do Direito perdeu o seu ponto central geográfico. O número de discípulos diminuiu em certo período, mas Kelsen continuou a trabalhar pelo aprimoramento da Teoria Pura do Direito e seus efeitos nas diferentes disciplinas do direito, principalmente, no que toca ao Direito Internacional. A "Revista Internacional para a Teoria do Direito", dirigida por Jaromir Sedláček e depois por Rudolf A. Metáll, propiciou novo estímulo ao ensino da Teoria Pura do Direito.

Nos Estados Unidos, em Berkeley, Kelsen formou um grupo de alunos que tinha como objetivo o aperfeiçoamento de uma Ciência Jurídica livre de ideologias. Na Argentina, Brasil, Colômbia e México, houve repercussão dos estudos ali efetuados, sendo que na Ásia Ocidental, Indonésia, Coréia e Japão os seus estudos foram examinados.

Houve época em que a Escola de Viena foi abandonada, no local de origem, devido o regime político surgido de 1929 a 1943, e pela derrota da Áustria. Mas com a libertação, em Viena teve início o renascimento de Kelsen, pelo que volta a ser centro de curiosidade pela Teoria Pura do Direito.

Em Bruenn, nas proximidades de Viena, com Franz Weyr, autor de "Principais problemas da Teoria do Direito e do Estado de Kelsen", surge outro centro de estudos dessa teoria.

A respeito da influência atual de Kelsen, as correntes da Filosofia do Direito, principalmente a Jurisprudência Analítica da H.L.A. Hart e a Escola Realista Escandinava, de Alf Ross puseram dúvidas quanto ao pensamento Kelseniano.

9. MODELO KELSENIANO DE EXPLICAÇÃO

Javier Esquivel, em exposição da Teoria Pura do Direito, conclui que a Filosofia do Direito contemporânea não é senão um diálogo permanente com Kelsen.

As análises dessa teoria, modelo ou paradigma, levam necessariamente à Teoria Geral do Direito e, em especial à Teoria Pura do Direito. Certas indagações partem de questões como: em que consiste a Teoria Geral do Direito? É direito? Ciência? Filosofia? Ideologia? Metafísica?

Não é uma Ciência, no sentido de uma descrição e explicação dos fenômenos, como ocorre com as ciências empíricas. Atende, entretanto, a existência de uma separação, mais ou menos clara, nos níveis: da realidade (ações humanas, conduta); direito positivo (conjunto de normas que regulam as ações, ordenam, proíbem, facultam); Ciência jurídica ou dogmática (que descreve e sistematiza as normas, mediante um conjunto de enunciados descritivos).

A Teoria Geral do Direito e em particular a Teoria Pura do Direito propõem expor e explicar os termos e conceitos necessários para que se possa formar uma Ciência do Direito, que se ocupe em descrever o direito positivo. A Teoria Pura do Direito aceita que os conceitos jurídicos fundamentais como “norma”, “sanção”, “dever jurídico”, “responsabilidade”, “ilícito”, são indispensáveis para descrever o direito positivo.

O modelo de Kelsen tem como objetivo ordenar e esclarecer expressões com as quais labutam os juristas, com indicação dos requisitos que pressupõem em suas exposições dogmáticas, novos conceitos gerais. Para Kelsen esta tarefa requer alguns princípios e categorias como: imputação, dever ser ou norma fundamental hipotética, sem as quais não é possível elaborar uma Ciência Jurídica, nem conhecer o seu objeto, que é o direito positivo.

Dentro dessa formulação metodológica e conceitual, o direito é uma ordem do dever ser, no sentido de que não é algo que de fato acontece, é um sistema de normas. Kelsen não persegue a interseção do Direito na realidade, mas como a caracterização conjunta e articulada das normas. A signifi-

cação formal das normas separa-se da significação justa das mesmas. Com tal objetivo, a Teoria Geral ou Fundamental do Direito tem mais em mira as formas jurídicas, não se ocupando das contendas concretas das regras.⁴

Este modelo refuga vários conceitos tradicionais, qualificando-os de metafísicos, como ocorre com os de Direito Natural e Justiça, ou como pertencentes à Sociologia Jurídica, à Ética, à Psicologia e à História, a proporção que trata de resolver os problemas que enfrenta, mediante a exclusão da realidade social.

O desenvolvimento do paradigma foi feito por Kelsen e completado por Merkl e Verdross. Este tipo sofreu influência do positivismo jurídico do século XIX e depois da filosofia neo-Kantiana, particularmente da Escola de Marburgo. Trata-se de uma revolução teórica, a respeito dos modelos de Jellinek e Stammler. O modelo de Kelsen considera a necessidade de um aparato conceitual que torna possível a descrição do direito positivo: "O que confere homogeneidade a todas as regras de Direito Positivo é a sua normatividade. O ponto de partida é normativo: a norma fundamental, para tomarmos o modelo Kelseniano de explicação. Consiste na homogeneidade estrutural, no modo constante de relacionar os dados ou elementos (fatos e condutas) da experiência."⁵

Partindo do esquema da Ciência Jurídica, segundo Kelsen, Bobbio apresenta quatro modelos ideais de Ciência Jurídica:

- a) normativo-descritivo (modelo Kelseniano);
- b) normativo-prescritivo;
- c) explicativo-prescritivo;
- d) explicativo-descritivo.

4. LISSARRAGUE, Salvador. "Introducción a los Temas Centrales de la Filosofía del Derecho"; Bosch, Casa Editorial; Barcelona; 1948; pág. 15 e ss.; SICHES, Luis Recasens. "Nueva filosofía de la interpretación del Derecho"; Fondo de Cultura Económica; México; 1958; págs. 35 e 36.

5. VILANOVA, Lourival. "As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo." Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1977; pág. 110.

Norberto Bobbio, que em 1955 publicou um trabalho sobre a Teoria Geral do Direito, desenvolveu uma Teoria Formal do Direito, em confronto com outras teorias que prevaleciam, sobretudo com a Teoria Pura de Kelsen e com as de Paul Roubier, Jean Dabin e Jean Haesaert, desde que Ross e Hart não tinham ainda posição de destaque.

A Teoria Geral do Sistema, a Semiótica e a Lógica Deontica, são expressões que surgem nesse autor, que afirma não ter exaurido o período Kelseniano.

Em "Studi Per Una Teoria Generale Del Diritto", por diversas vezes, vai a Kelsen, para examinar aspectos fundamentais dos temas que desenvolve. No que toca à relação entre direito e força, afirma que na definição tradicional, a força é considerada como um meio para realizar o direito. Mas na teoria que expõe, a força é considerada como "contendo" da norma jurídica; "Anche questa teoria, como molte altre diventate patrimonio comune della filosofia del diritto contemporaneo, è stata formulata da Hans Kelsen si dalla apparizione della Allgemeine Staatslehre (1925). Eppure lo stesso Kelsen non ha attribuito ad essa molta importanza e non l'ha sottoposta a particolare esame: nella General Theory of Law and State (1945) la teoria è formulata en passant; non se ne trova particolareggiata menzione nella Reine Rechtslehre, neppure nell'ultima edizione, completamente rielaborata ed accresciuta (1960). Sarebbe quindi passata, forse, inosservata se non fosse stata accolta, precisata e rimessa in circolazione autorevolmente da Alf Ross, che pur è, nell'indirizzo generale del suo pensiero, non Kelseniano, nell'opera On Law and Justice (1958).

"Nella General Theory, a proposito della teoria che considera la coazione elemento essenziale del diritto, per difenderla dalle critiche che provengono dalla correnti sociologiche, Kelsen fa questa osservazione: "Thei doctrine does not refer to the actual motives of the behaviour of the individuals subjected to the legal order, but to its content".⁶

6. BOBBIO, Norberto. "Studi Per Una Teoria Generale del Diritto". G. Giappichelli-Editore; Turim; 1970; págs. 119 a 120.

A Ciência Jurídica de Kelsen é normativa e descritiva, assentando-se na distinção do ser e dever ser. Na Teoria Normativa do Direito, a palavra normativa é usada em sentido próprio, que difere daquele da teoria tradicional. Normativo contrapõe-se não a “descritivo”, mas a “explicativo”, ao passo que “descritivo” se contrapõe a “prescritivo”: “Por via de consequência, Kelsen é realista quando faz Teoria Pura do Direito, Teoria Geral ou Fundamental do Direito ou, ainda Teoria Normativa do Direito. Não justifica nem condena o Direito Positivo, que busca descrever em sua estrutura”.⁷

Considerando o normativo como método e como função, podemos, conforme conclui Bobbio, conceber quatro modelos de Ciência Jurídica, como Ciência Normativa:

- a) normativa no método e não na função (modelo Kelseniano);
- b) normativa no método e na função;
- c) normativa não no método, mas na função;
- d) normativa nem no método, nem na função.

A Teoria Pura do Direito é tida como a única Teoria Geral da Lógica Jurídica, digna deste nome.

O vocábulo “Teoria” serve para indicar a unidade dos fundamentos de certos conhecimentos sistematizados, conforme Husserl. Pode-se aceitar que Kelsen foi, no dizer de Enrique R. Aftalión, o primeiro a construir uma Teoria Geral do Direito com coerência total, que funciona em todas as suas partes com precisão. Os contraditores de Kelsen, ainda, não foram capazes de construir e formular nada que ofereça uma elaboração semelhante.

A Teoria Pura do Direito é o primeiro passo para a constituição definitiva de uma Ciência Jurídica.⁸

7. MATTA, Emmanuel. “O Realismo da Teoria Pura do Direito”. Tópicos Capitais do Pensamento Kelseniano; Tese de Doutorado, Salvador; 1978; pág. 18.

8. KELSEN, Hans. “La Idea del Derecho Natural y Otros Ensayos”. Editorial Losada; S.A.; Buenos Aires; 1946; pág. 8.

Para análise da Teoria Pura do Direito é de grande importância a precisão terminológica, desde que as propriedades semânticas das expressões jurídicas decorrem do significado imperativo e um juízo descritivo. A preposição normativa no significado lingüístico habitual de uma norma é o que em uma direção indica o que se deve ou pode fazer ou não fazer. A preposição estimativa é o juízo de valor, indaga-se se uma ação é boa, má ou indiferente.⁹

A ordenação, elemento fundamental da teoria em questão, repousa em sua função imperativa (befehlende) e não em sua função indicativa (anzeigende).

Na tipologia Kelseniana ocorreu a intenção de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los coerentemente. Essa perspectiva leva a uma Ciência Jurídica preocupada em ver, nos diferentes conceitos, o seu aspecto normativo, reduzindo-os a normas ou relações entre elas. O princípio desta proposta está na distinção entre duas categorias básicas de todo o conhecimento humano; ser e dever ser, a partir das quais se distinguem o mundo da natureza e o universo das normas, pertencem a dois mundos diferentes do discurso.

Dentro dessa elaboração, um dos conceitos que merece tratamento especial é o da vontade.

Para Kelsen, a vontade é o resultado de uma operação lógica fundamental, para a compreensão da normatividade do direito: a imputação. Esta constitui o modo como os fatos se entrelaçam dentro de uma conexão normativa, de uma estrutura escalonada em pirâmide.¹⁰

9. KALINOWSKI, Georges. "Propriedades Semióticas del Derecho". Revista de la Universidad Externado de Colômbia; vol. IX; nº 1, maio de 1968; Bogotá; D.E.; Colômbia.

10. FERRAZ, Júnior, Tércio Sampaio; "A Ciência do Direito". Editora Atlas S.A.; São Paulo; 1977; 1ª ed.; SALDANHA, Néson Nogueira; "Velha e Nova Ciência do Direito (e outros estudos de teoria jurídica)", Universidade Federal de Pernambuco; Editora Universitária; Recife; 1974; pág. 142.

A Teoria do Direito da Escola Vienense foi, originariamente, descrita como Teoria Normativa do Direito, com a finalidade de distingui-la da jurisprudência sociológica, para depois chamar-se Teoria Pura do Direito, que incluiu as características essenciais de sua estrutura filosófica. Passou a ser considerada como a verdadeira Teoria Científica do Direito. Enquanto que a ciência tradicional do direito baseava-se em distinções e particularismos, a Teoria Pura do Direito parte para estabelecer o geral e o universal no direito. Além de acabar com todas as distinções tradicionais do raciocínio jurídico, esta preocupação com o geral e o universal no direito, por parte da Teoria Pura do Direito, reflete a tendência Kantiana para uma filosofia jurídica formal:

“La teoría pura del derecho, como teoría universal y formal, no sólo se distingue de todas las teorías particulares al tratar con sistemas concretos, positivos, sino que también se distingue de cualquier filosofía material del derecho que busca un derecho justo; y así llega a ser, según sus propias palabras, una teoría del derecho posible. La filosofía trascendental de Kant había dejado a las ciencias especiales la interminable tarea de conocer el mundo y se había limitado a investigar, en las condiciones de la experiencia, el problema de cómo es posible la ciencia. De la misma manera, Kelsen no realiza ningún intento para incluir en la ciencia del derecho el logro del conocimiento de los sistemas jurídicos concretos y positivos, sino que primero trata de establecer las condiciones generales del conocimiento jurídico, las posibilidades de una ciencia del derecho, a base de una filosofía jurídica trascendental, descrita claramente como una teoría pura del derecho”.¹¹

A Teoria Pura do Direito tem caráter de uma teoria da essência do direito, do direito possível, distinto das ciências do direito real ou direito justo. Não se dirige ao conhecimento

11. EBENSTEIN, William. “La Teoría Pura del Derecho”. Fondo de Cultura Económica; México; trad. J. Malagón e A. Pereña; 1ª ed.; esp. 1947; pág. 31.

de nenhum direito particular, nem a nenhum sistema jurídico completo e concreto.

Para Nelson Saldanha, a Teoria Pura do Direito é a mais coerente formulação de uma análise geral da problemática jurídica. Este escritor procura uma linha de autores, principalmente germânicos, como precursores de Kelsen, que aprovavam a orientação de jurisdicizar formalisticamente o exame do Direito e do Estado: "Trata-se desde logo da obra de Gerber, que em 1865 lançava seus *Grudzuege eines Systems des deutschen Staatsrechts*, em que se propunha expor o Direito Público" de um ponto de vista exclusivamente jurídico", e não do filosófico nem do político. A este esforço de Gerber, que procurou impor à problemática do Estado conceitos estritamente jurídicos, inclusive no tocante à idéia de poder estatal e de personalidade do Estado, seguiu-se o de Max Seydel. Se bem negando ao Estado personalidade jurídica, atributo que só reconhecia nos indivíduos, Seydel se preocupou essencialmente com a conceituação, na teoria do Estado; e, se seus conceitos eram quase sempre calcados no Direito Civil, esta espécie de privatização terminológica não impediu que seu ensaio fosse altamente influente. Também devemos mencionar Van Krieken, especialmente ocupado com a refutação do organicismo, ao qual nomes ilustres como o de Gierke se achavam ligados. No fim do século dezenove, ao surgirem as obras principais de Jellinek, a teoria geral ainda se interessava vivamente por problemas como o da relação entre direito e ética. De certa forma, a concepção de Jellinek sobre a relação entre direito e ética (e sobre o direito como "mínimo ético") seria correlata de seu entendimento dos dois aspectos do Estado: o aspecto social, globalizante, e o aspecto jurídico, voltado aos conceitos do direito público. Vale notar, porém, que para Jellinek o Direito e o Estado eram coisas bastante distintas, e ele mesmo denunciava, como "falta grave", em que muitos incorriam em seus dias (sua *Allgemeine Staatslehre*

foi de 1900), a identificação da doutrina do Estado com a doutrina jurídica do Estado, esta tão só uma parte daquela.¹²

A teoria unívoca de Kelsen, como explicação unidimensional de caráter lógico-jurídico, filia-se declaradamente a Gerber, Laband e Jellinek. A eles atribui o mérito de afastar a mentalidade científica dominante na Alemanha das influências da filosofia jusnaturalista, da política e das ciências auxiliares. O valor reconhecido da obra de Kelsen consiste sobretudo na análise dos conceitos tradicionais da ciência jurídica à luz desse critério fecundo, de onde freqüentemente surgem surpreendentes relações. Ao procurar um objeto unitário para a Teoria Geral do Estado, a fim de que também ela possa apresentar-se como disciplina unitária, mostra que, no estudo da natureza do Estado deve-se considerar sempre a antítese tradicional entre o Estado e a Sociedade e entre o Estado e o Direito.

Com Kelsen, alargou-se a concepção da realidade jurídica, com o "sistema escalonado de normas", passou-se a considerá-las desde as legais até os judiciais e negociais:

"À essa luz, todo "sistema de normas" obedece a uma ordem lógica e coerente, subordinando-se as regras umas às outras, gradativamente, como a estrutura de uma pirâmide: na base estão inúmeras regras ou normas individualizadas, seguindo-se, em ordem de subordinação crescente, as particulares ou judiciais, as normas legais de Direito Privado e as de Direito Público, até se atingir, no âmbito deste, o plano normativo supremo que é o constitucional, plano originário das competências, do qual se originam todas as expressões normativas, que dele recebeu a sua validade.

A validade de todo o ordenamento depende, segundo Kelsen, do disposto na "primeira Constituição", devendo-se, porém,

12. SALDANHA, Nélon. "Situação Histórica da Teoria Pura do Direito". *Estudios de Derecho; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia*; Ano XXXV, 2ª Época; março de 1974; vol. XXXIII; nº 85, p. 5 e ss.

notar que o adjetivo “primeira” não indica uma precedência cronológica, mas sim uma prioridade lógica”.¹³

Kelsen coloca o direito na categoria das Ciências Normativas, isto é, aquelas que compõem o conjunto de regras de conduta humana, indicando o que deve ser. A Escola Normativa vê na Teoria do Direito uma espécie de geometria das regras jurídicas, fundada sobre noções apriorísticas e formais: “L’idée qui sert de base à cette Ecole est qu’on ne peut constituer une science du droit, c’est-à dire une théorie pure du droit (reine Rechtslehre) qu’en faisant abstraction des éléments empruntés a des disciplines voisines, notamment des principes de la morale ou des postulats de la politique, éléments considérés comme “métajurídiques”. Le juriste pur n’a pas à se préoccuper de morale ni de politique: il doit se borner à reconnaître le droit tel qu’il est, à rechercher si ses règles ont été ou non observées, telles qu’elles ont été fixées par l’autorité compétente. La théorie du droit doit être en quelque sorte une géométrie des règles juridiques: elle est une oeuvre de la raison pure, elle est fondée sur des notions a priori et formelles, que éliminent les données de l’expérience”.¹⁴

A Teoria Pura do Direito é assim chamada, no sentido de que trata só com os elementos “a priori” do conhecimento. O dever ser é uma categoria pura, “a priori”, para compreensão do material jurídico empírico. É uma categoria epistemológico-transcendental no sentido da filosofia Kantiana e não na metafísico-transcendental.

É pura porque suas proposições estão livres de qualquer conexão intrínseca com a justiça ou a realidade social.

Kelsen apresenta a primeira noção de pureza formal, isto é, a noção da prioridade lógica do direito puro, no que diz respeito aos conteúdos empíricos dos sistemas existentes de direito positivo. A Ciência do Direito pura, no sentido de que seu desen-

13. REALE, Miguel. “Estrutura e Fundamento da Ordem Jurídica”. Arquivos do Ministério da Justiça; Ano XXX; março de 1973; nº 125; págs. 18 e 19.

14. ROUBIER, Paul, “Théorie Générale du Droit”. Recueil Sirey; Paris; 1951; 2ª ed., pág. 61.

volvimento não depende de elementos ideológicos. A Teoria Pura do Direito conseguiu o máximo de esforço em uma metodologia jurídica lógico-formal ao elaborar a teoria do direito positivo.¹⁵

3. A TEORIA GERAL DO DIREITO E A TEORIA PURA DO DIREITO

A preocupação com uma teoria jurídica pura, desprovida de toda ideologia política e dos elementos de ciência natural, assentada na legalidade específica do seu objeto, é uma constante em Kelsen. Nesse seu intento elevou a Jurisprudência a uma ciência genuína, com explicações não das tendências necessárias à formação do direito, mas aquelas dirigidas exclusivamente ao seu conhecimento, com objetividade e exatidão. Sua teoria é tida como desenvolvimento de aspectos já examinados pela ciência jurídica positivista do século XIX. Kelsen marca o apogeu da corrente do positivismo jurídico, que como mostra Miguel Reale originou-se da orientação da Escola Histórica, para continuar com o Kantismo e depois com Gerber, Laband, Jellinek, Roguin e Orlando: "Posta esta distinção, Kelsen declara que o Direito, entendido sempre só como Direito Positivo, pertence todo ao domínio do dever ser como produto normativo. O Direito exprime, assim, um dever ser que vale por si, não envolvendo nenhuma forma concreta de comportamento, nenhuma orientação prática de conduta. É, em suma, lógica, mas não eticamente finalista.

À primeira vista, pode parecer estranhável o fato de se considerar eticamente finalista uma teoria jurídica como a de Kelsen, toda levantada sobre a distinção entre *Sein* e o *Sollen*. Entretanto, o dever ser de Kelsen, que é o pensador mais

15. COWAN, Thomas A., "La Teoría Pura del Derecho y la Teoría Jurídica Experimental", Boletín Mexicano de Derecho Comparado; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad Nacional Autónoma de México; Nova Série; Ano VII; nº 21; set./dez. de 1974; págs. 39 e ss.; GASSET, Ramon Badenes, "Metodología del Derecho"; Bosch, Barcelona, 1959, págs. 131 e ss.

apurado no rigorismo metodológico, não só não se refere a uma ordem de realidades como não se refere a uma ordem de valores concretos. Como as figuras geométricas, são concebidas sem ser preciso haver exata correspondência no plano físico, as regras de Direito são figuras geométricas postas no âmbito da pura idealidade normativa, sem correspondência, ponto por ponto, com os atos e as atitudes dos homens".¹⁶

As características de uma Teoria Pura do Direito, que procura resolver as questões de uma Teoria Geral do Direito, de acordo com a pureza metodológica do conhecimento científico jurídico, levam, também à colocação da ciência jurídica no sistema das ciências.

Esboçada no "Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", sofreu modificações em obras como "Teoria Geral do Direito e do Estado", bem como na "Teoria Pura do Direito", através de edições posteriores. Na "Teoria Geral do Direito e do Estado", afirma Kelsen que o livro tinha por objeto formular, novamente, pensamentos e idéias expostos em alemão e francês nos livros: (Allgemeine Staatslehre, 1925; Théorie Générale du Droit International Public, 1928; Reine Rechtslehre, 1934).

Kelsen, para Luis Recaséns Siches, produziu o mais completo estudo do direito, sob o ponto de vista da normatividade jurídica, pelo que sua Teoria Pura do Direito afetou todas as estruturas lógicas e reais do direito. Vê-se a normatividade do direito tão só como a dimensão formal do jurídico. Além de explicar a essência formal da norma jurídica, conseguiu pôr em destaque que a maior parte dos conceitos jurídicos formais, isto é, as noções puras, constituem o "a priori" de todo o direito. Isto levou Recaséns Siches a dizer que as teses da Teoria Pura do Direito devem ser incorporadas à teoria fundamental ou geral do jurídico.

Dentre as teses da Teoria Pura do Direito mereceram destaque: conceito de dever jurídico, de direito subjetivo, impu-

16. REALE, Miguel, "Fundamentos do Direito", Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1972, 2ª ed., págs. 153 e 154, idem, "Teoria Tridimensional do Direito", Edição Saraiva, São Paulo, 1968, pág. 34.

tação normativa, personalidade, sistema escalonado de ordem jurídica positiva, norma fundamental, estrutura lógica do preceito jurídico e função criadora das decisões jurisdicionais

Como Teoria Geral ou Fundamental do Direito, os estudos de Kelsen esclareceram os componentes essenciais do jurídico, que estão presentes na realidade jurídica. Ao demarcar os limites da Teoria Pura do Direito, reconhece a legitimidade de uma Sociologia do Direito, no mesmo instante em que não fixou o caminho da preocupação axiológica, da problemática política e das idéias jurídicas.

Seu conceito formal ou universal do direito permite à distinção de regulação jurídica e de outras normas, como as religiosas, as morais, as regras de trato social e os mandatos arbitrários.

O conceito formal de Direito oferece características essenciais do jurídico, que permite distinguir o direito de todos os outros aspectos da vida humana. O direito, de acordo com o entendimento que daí se depreende, deve ser definido em função desses elementos: é um conjunto de normas; tais normas são heteronomas; não postulam um dever ser no sentido ético; mas se limita a vincular um fato condicionante, uma consequência condicional; pode ser coativamente imposto; sua observância deve ser garantida por um poder capaz de aplicá-lo, normalmente, ainda contra a vontade dos obrigados.

A validade do direito não pode consistir no que se chama vigência ou validade formal, desde que a eficácia da ordem jurídica, considerada como um todo, é condição de validade, mesmo que não possa ser visto como seu fundamento.

Os atributos teoricamente essenciais, de acordo com esta teoria, são a validade formal e a positividade, não a validade intrínseca. A tese de Kelsen é oposta à de Leibniz, quando este afirma que a Justiça é da essência do Direito, desde que a expressão direito injusto é contradição, pois só é autêntico aquele que realiza a justiça.¹⁷

17. MAYNEZ, Eduardo Garcia, "El Problema de la Definicion del Derecho", Revista de la Universidad Externado da Colômbia", vol. XVI; nº 1; maio de 1975; Bogotá; págs.9 e ss.

O normativismo distingue vigência de eficácia. A vigência da norma, que está ligada à ordem do dever ser e não à ordem do ser, significa a existência específica da norma, ao passo que eficácia é o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida.¹⁸

Kelsen acentua que devido à multiplicidade de conteúdos dos ordenamentos jurídicos positivos, uma Teoria Geral do Direito pode não abranger todos os fenômenos jurídicos, nem os pontos essenciais por ela definidos.

Mas essa Ciência Jurídica objetiva, ao realizar essas indagações, foge dos levantamentos em torno do direito justo, que procura um critério de valor para o direito positivo. Assim afasta esta teoria do que afirma ser metafísica do Direito natural. O problema da Justiça, enquanto valorativa, foge das especulações de uma teoria do Direito, que tem como limite a análise do Direito positivo, como sendo a realidade jurídica: "Hans Kelsen irrumpio en este pantano intelectual con un valiente esfuerzo a través de su Teoría Pura del Derecho, para hacer de la filosofía del derecho una "ciência".¹⁹

A Teoria Pura do Direito é uma Teoria do Direito Positivo em geral, que não está presa a uma ordem jurídica especial ou de um direito particular. É uma Teoria Geral do Direito e não uma interpretação de determinada ordem jurídica nacional ou internacional. Mantém-se como teoria a limitar-se exclusivamente a seu objeto. Procura determinar o que é e como se forma o direito, sem questionar como deveria ser ou como deveria formar-se:

"Reagindo contra as influências sócio-culturais na ontogênese do Direito, Kelsen — ainda que vinculado ao neo-racionalismo Kantiano — construiu a sua "reine Rechtslehre", procurando expungir a Jurisprudência "de todos os elementos estranhos", porque, "a teoria pura do Direito é uma teoria do

18. SILVA, José Afonso da, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1968; pág. 56.

19. BENTEL, Frederik K., "Kelsen y la Filosofía del Derecho". Boletín Mexicano de Derecho Comparado; nº 21; ob. cit.; pág. 12.

Direito positivo”, onde descabiam indagações de outra natureza que não a da normatividade.

Daí porque considerava “o problema do Direito como um problema científico, de técnica social, e não um problema de moral”, tanto mais quanto “Direito e Justiça são dois conceitos diferentes”, e “uma ciência do direito positivo deve claramente distinguir-se de uma filosofia da justiça”. Nada tinha a ver Direito com Moral e, conseqüentemente, Ciência do Direito com Filosofia da Justiça — o que vale dizer, Direito com Justiça”.²⁰

Sendo assim, é uma Ciência do Direito e não uma Política Jurídica. Sua meta é construir uma ciência que tenha como único objeto o direito, ignorando tudo que não responda esta definição. O princípio fundamental do método é eliminar da Ciência do Direito todos os elementos que lhe são estranhos. Mostra Kelsen que o desenvolvimento da Ciência Jurídica tradicional no curso dos séculos XIX e XX comprova como a metodologia empregada era outra.

A sua metodologia fundamental visa conhecer o seu próprio objeto, que visa saber sobre o que é o Direito, mas não como deve ser. Exclui de seu conhecimento tudo que não compreende seu objeto, com a finalidade de libertar a Ciência Jurídica dos elementos que não lhe são pertinentes. Para Kelsen, a Ciência Jurídica tradicional está longe dessa pureza que apresenta seu processo de conhecimento, pelo que a Jurisprudência confunde-se com a Psicologia, a Sociologia, a Ética e a Teoria Política, pelo fato desses ramos do conhecimento abordarem objetos que têm estreita conexão com o Direito: “La Théorie pure du droit est une théorie du droit positif, du droit positif en général et non d’un droit particulier. Elle est une théorie générale du droit et non une interprétation de tel ou tel ordre juridique, national ou international.

Elle vent rester une théorie et se borner à connaître son objet à l’exclusion de tout autre. Elle cherche à déterminer ce qu’est le droit et comment il se forme, sans se demander

20. JACQUES, Paulino; “Do Conceito do Direito (Essência e Existência”. Forense; Rio; 1964; 1ª ed. pág. 121 e 122.

ce qu'il devrait être ou comment il devrait se former. Elle n'est pas une politique juridique, mais une science du droit.

En se donnant le qualificatif de théorie "pure", elle indique qu'elle entend constituer une science ayant le droit pour seul objet et ignorant tout ce qui ne répond pas strictement à sa définition. Le principe fondamental de sa méthode est donc d'éliminer de la science du droit tous les éléments qui lui sont étrangers".²¹

A distinção entre ciências da natureza e ciências sociais, que parte do dualismo natureza e sociedade, com objetos específicos para cada um dos dois tipos de ciências, leva à indagação se a Ciência Jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social, pois parte de uma conclusão se o Direito é um fenômeno natural ou social.

O exame de fatos tidos como jurídicos têm conexão com o Direito. Uma resolução parlamentar, um ato administrativo, uma sentença judicial ou um negócio jurídico são formados por elementos que ocorrem no espaço e no tempo. A sua significação jurídica é o exame dos mesmos sob o ponto de vista do Direito. O conhecimento jurídico visa às normas que possuem o caráter de jurídicas. O Direito que é objeto desse conhecimento é uma ordem normativa da conduta humana, que constitui um sistema de normas que regulam o comportamento. Nesse sentido, o objeto é o Direito, através das normas que constituem sua preocupação. A própria conduta humana interessa na medida em que é determinada pelas normas jurídicas, como pressuposto ou consequência: "Cette indépendance du juridique comme objet de connaissance scientifique, il la défend contre deux tendances. D'une part, contre la conception sociologique, qui prétend étudier le droit, suivant les règles de la méthode causale, comme une donnée naturelle; d'autre part, contre le droit naturel, qui entend soumettre le droit à des postulats moraux et politiques. La première position est sur-

21. KELSEN, Hans. "Théorie Pure du Droit". Introduction a la Science du Droit; Éditions de la Baconnière; Nauchatel; 1953; pág. 17.

tout adoptée dans les Hauptprobleme; la seconde, dans l'étude intitulée: "Zur Lehre Vom öffentlichen Rechtsgeschäft, parue em 1913 dans l'Archiv der öffentlichen Rechts".²²

O normativismo positivo de Kelsen, dotado de absoluta lógica, como depõe Haesaert, é um sistema de julgamentos que a ciência jurídica formula: "La norme juridique, selon Kelsen, ne tient pas sa validité de son contenu; elle ne vaut — le droit ne vaut, en effet, qu'eu tant que droit positif — que parce qu'elle est née d'une façon particulière, que parce qu'elle a été engendrée suivant une règle déterminée, que parce qu'elle a été posée selon une méthode spécifique. Dès lors, elle ne recevra son fondement — non pas son contenu que d'une norme supérieure; il est, en effet, impossible de passer de la conve-nance à la réalité et inversement; chaque norme ne vaut que par subsumption sous une norme qui la valide comme norme. De degré eu degré, — par exemple, du contrat ou décision à la loi, de celle-ci à la Constitution, — nous devons aboutir à une norme ultime, la norme fondamentale ou originelle, la Consti-tution dans le sens juridique: elle institue l'organe producteur du droit".²³

A ciência descreve seu objeto tal como realmente é, não como deve ser ou não deveria ser, tendo em vista juízos esti-mativos, que são vinculados a problemas políticos, concernentes à arte de governar, procedimento dirigido para os valores, o que contraria um caminho que estuda as realidades jurídicas.

A realidade que a Ciência do Direito toma, não é aquela que constitui objeto da ciência natural. É preciso separar a ciência jurídica da Política, como é necessário distingui-la da ciência natural. Nesse sentido, a Teoria Geral do Direito deve determinar a realidade específica de seu objeto, mostrando a diferença que existe entre realidade jurídica e realidade natu-ral. A realidade específica do direito não se manifesta na conduta real dos indivíduos submetidos à ordem jurídica, pois

22. HAESAERT, J.; "Théorie Générale Du Droit". Établissements E'mile Bruylant; Bruxelas; 1948; págs. 48 e 49.

23. HAESAERT, J.; *ob. cit.*, p. 109.

a ordem jurídica determina como deve ser a conduta dos homens. É um sistema de normas, ou ordem normativa. O objeto específico da Ciência Jurídica é o direito real ou positivo, em oposição a um direito ideal, meta da Política. Como a conduta real dos indivíduos pode corresponder ou não às normas do direito positivo que a regula, este pode estar ou não de acordo com o direito ideal, que se apresenta como encarnação da Justiça ou do Direito Natural.

A Teoria Pura do Direito não considera seu objeto como cópia de uma idéia transcendente. Não pretende conhecer o direito como criação da Justiça ou inspiração de uma entidade divina. Por isso, insiste na distinção entre direito empírico e justiça transcendental, excluindo esta última de seu objeto específico. Não vê no direito manifestação de autoridade sobre-humana, mas uma técnica social específica, baseada na experiência humana, pelo que nega ser metafísica jurídica. Não busca a base do direito ou sua razão de validade em princípio metajurídico, mas é uma hipótese jurídica que se constitui na norma básica que deve estabelecer-se por meio de uma análise lógica do pensamento jurídico real.

Para Kelsen, a Ciência Jurídica tradicional caracteriza-se pela tendência em confundir a teoria do direito positivo com ideologias políticas, que se apresentam com a roupagem de especulação metafísica acerca da Justiça ou da doutrina do Direito Natural. É por isso, que a Ciência Jurídica Tradicional confunde o problema da essência do direito, isto é, a questão acerca do que o direito realmente é, com a indagação sobre o que deveria ser, com isso pretende identificar Direito com Justiça. Para Kelsen, existem teorias jurídicas que ignoram a linha divisória que separa a teoria das normas jurídicas que regulam a conduta humana, da ciência que explica em forma causal o comportamento dos homens, tendência que implica na confusão do problema de como devem as pessoas conduzirem-se juridicamente. Com a separação da Teoria do Direito da Filosofia da Justiça e da Sociologia, torna-se possível estabelecer-se uma Ciência Jurídica específica.

Além de apresentar os elementos essenciais da Teoria Pura do Direito, mais acessível aos que se educam na tradição da

“common law”, em certa fase, Kelsen deu à sua teoria uma formulação capaz de abranger os problemas e instituições dos Direitos inglês e norte-americano.

A doutrina exposta na parte principal do “Teoria Geral do Direito e do Estado”, é uma Teoria Geral do Direito Positivo, como sendo de uma comunidade determinada. A exposição científica de ordens jurídicas particulares, através da análise comparativa dos distintos ordenamentos jurídicos positivos, oferece conceitos fundamentais que permitem descobrir o direito positivo de uma comunidade jurídica determinada. É assim que a Teoria Geral do Direito aprecia as normas jurídicas, seus elementos e sua interpretação: “El objeto de estudio de una teoría general del derecho consiste en las normas jurídicas, sus elementos, su interpretación, el orden jurídico como totalidad, su estructura, la relación entre los diferentes ordenamientos jurídicos y, por último, la unidad del derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos.

Como el objeto de esta teoría general del derecho es permitir al jurista que se ocupa de una orden jurídico particular — ya se trate del abogado, del juez, del legislador o del profesor de derecho — entender y describir en la forma más exacta posible su propio derecho positivo, tal teoría tiene que derivar sus conceptos exclusivamente del contenido de las normas jurídicas positivas. No debe hallarse influenciada por los motivos o intenciones del legislador o por los deseos o intereses de los individuos con respecto a la formación del derecho a que se encuentran sujetos, excepto en la medida en que esos motivos o intenciones, es os deseos o intereses, se manifiestan en el material producido por el proceso de la legislación. Lo que no logre encontrarse en el contenido de las normas jurídicas positivas, no puede formar parte de un concepto jurídico. La teoría general, tal como es presentada en este libro, se dirige a una análisis estructural del derecho positivo, más que a una explicación psicológica o económica de sus condiciones, o a una estimación moral o política de sus fines.

Cuando esta doctrina es denominada “teoría pura del derecho” se quiere expresar con ello que se la ha mantenido

libre de todos los elementos extraños al método específico de una ciência cuyo exclusivo propósito es el conocimiento del derecho, no la formación del mismo".²⁴

Até o surgimento da Teoria Pura do Direito, a Ciência Jurídica, no dizer de Miguel Reale era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. O movimento de "purificação" do Direito tinha como mira livrá-lo de elementos meta-jurídicos, com exclusão do campo próprio e específico do jurista de vários problemas que não deveriam influenciar as suas indagações. Contribuição fundamental de Kelsen foi colocar o problema da natureza lógica da norma jurídica: "Para Kelsen, a norma jurídica deve ser concebida primordialmente como entidade lógico-transcendental capaz de qualificar ou constituir juridicamente a experiência social, abrangendo desde as normas fundamentais das Constituições até os preceitos dos contratos e das sentenças. O Direito é visto como um sistema escalonado e gradativo das normas, ou "proposições normativas", que se apóiam umas nas outras, formando um todo coerente: recebem uma das outras a sua vigência e todas de uma norma fundamental, suporte lógico da integralidade do sistema. As normas jurídicas não são comandos ou imperativos no sentido psicológico do termo, como se atrás de cada preceito houvesse alguém a dar ordens, mas sim enunciados lógicos que se situam no plano do dever ser".²⁵

Para Kelsen, a Filosofia do Direito não é senão a Teoria da Ciência Jurídica, à qual denomina Teoria Pura do Direito, no sentido de que ela compreende as questões de lógica do direito. Para ele e os neokantianos, a Ciência Normativa equivale à ciência teorética ou fundamental.

A Teoria Pura do Direito reduziu a área da Filosofia do Direito a limites objetivos. Faz ver que a questão da Justiça

24. KELSEN, Hans. "Teoria General del Derecho y del Estado". Imprenta Universitária; México; 1950; trad. de Eduardo Garcia Maynez; págs. V a X.

25. REALE, Miguel. "Filosofia do Direito". Edição Saraiva; São Paulo; 1953; vol. I; Tomo II; p. 410.

não é problema jurídico, mas metajurídico. A missão do jurista é manejar o mecanismo jurídico positivo".²⁶

Para a filosofia jurídica neokantiana, o objeto de uma ciência constitui-se pelo seu método. Larenz concebe a doutrina de Kelsen como um nominalismo jurídico. Mas Luis Legaz Lacambra conclui que a doutrina de Kelsen é mais do que nominalismo, pois pode orientar-se para uma ontologia anti-nominalista.

Quando Kelsen, em 1911, escreveu sua primeira obra de Teoria Jurídica Pura veio com críticas às concepções dominantes naquele momento, quando ventilou problemas capitais do Direito Público e da Teoria do Estado. Apesar de colocar-se na mesma linha do formalismo, situa-se em uma teoria do conhecimento, que procura a separação do ser e do dever ser, da realidade natural e da norma. O Direito é uma ordem normativa que pertence como tal, à categoria ontológica do dever ser, idéia que com todas as conseqüências chega ao postulado da pureza metódica: "De esa idea llevada a todas sus consecuencias, deriva el postulado de la pureza metódica. La pureza metódica significa que la ciencia del Derecho tiene que someterse ascéticamente a una depuración de todos aquellos elementos — históricos, sociológicos, políticos, yusnaturalistas, metafísicos que pertencem a otros órdenes del conocimiento. El Derecho es una técnica social que está al servicio de determinadas finalidades humanas y sociales. Perso su ser no consiste en su finalidad, pues está es "metajurídica", se halla más alla del Derecho; éste sólo existe como medio, como instrumento de esos fines que están fuera de él y que, por consiguiente, ni integran su ser ni pueden ser tenidos en cuenta por el conocimiento jurídico.

El Derecho sólo puede ser considerado como un deber ser; su estructura es la de la normatividad lógica. El Derecho

26. LACAMBRA, Luis Legaz Y. "Horizontes del Pensamiento Jurídico (Estudios de Filosofía del Derecho)". Bosch; Casa Editorial; Barcelona; 1947; págs. 297 e ss.; PAUPERIO, A. Machado. "Introdução Axio-lógica ao Direito (Apêndice à Introdução à Ciência do Direito)". Forense; Rio de Janeiro; 1977; 1ª ed.

es norma. Pero en las primeras obras Kelsenianas la norma no es un imperativo de la voluntad, sino un juicio hipotético: si es A, debe ser B. Este "debe ser" no implica ningún juicio ético o valorativo: sólo es una forma de imputación de ciertas consecuencias a ciertos supuestos de hecho".²⁷

A reação purista de Kelsen visou o que afirma A. L. Machado Neto o sociologismo eclético que se instalou na ciência jurídica. Nesse sentido é que a ciência particular do direito, disciplina que é chamada de Jurisprudência, deve ser distinguida da filosofia da justiça e da sociologia, como conhecimento da realidade social.

É uma ciência cujo objeto é conhecer normas, não prescrevê-las. A Ciência do Direito, como ciência normativa e não ciência da natureza, tem objeto particular, ao estudar o direito no seu aspecto estático e dinâmico, visto em seu estado de repouso, como sistema estabelecido e em seu movimento, nas condições em que é criado e aplicado.

Kelsen reduz ao monismo os dualismos clássicos da ciência tradicional do direito: direito natural e direito positivo, direito objetivo e direito subjetivo, pessoas naturais e pessoas jurídicas, direito público e direito privado, Estado e Direito, Direito interno e Direito Internacional.

No combate ao caráter ideológico do dualismo de direito público e direito privado, a Teoria Pura do Direito relativiza esta oposição, concebida de maneira quase absoluta pela ciência jurídica tradicional. Kelsen vê nesta dicotomia uma forma de intromissão da Política na teoria do Direito. Constitui um dos princípios fundamentais da ciência jurídica. Esta antítese, embora básica na sistemática técnico-jurídica, é considerada como impossível de ser determinada com alguma fixidez.

Outro dualismo clássico, o de Estado e Direito, que os contrapõe, foi negado pela Teoria Pura do Direito: "A teoria de Kelsen, como já tivemos oportunidade de expor, elimina o pro-

27. LACAMBRA, Luis Legaz. "Filosofia del Derecho". Bosch; Barcelona; 1953; p. 95.

blema Estado-Direito, fundindo-os, de sorte que o Estado é o Direito (Direito Positivo) e o Direito é o Estado".²⁸

Kelsen realça, também, a função ideológica do dualismo. Para esse jurista, a doutrina tradicional do Estado e do Direito não pode renunciar a esta teoria, não fugindo a esse dualismo. De acordo com este entendimento, o Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito, para que o Direito possa justificar o Estado, que cria este Direito e a ele submete.

A identidade do Estado e do Direito é outro aspecto fundamental da Teoria Pura do Direito. Partindo do conhecimento do Estado, isento de elementos ideológicos, livre de toda metafísica, é considerado como uma ordem jurídica.

A evolução técnico-jurídica da teoria de Kelsen visa, também, fazer desaparecer a linha divisória entre Direito Internacional e Ordem Jurídica do Estado singular. Esse entendimento, coloca-se em oposição à concepção tradicional, que vê no Direito Internacional e no Direito de cada Estado dois sistemas de normas diferentes, independentes um do outro, isolados, apoiados em duas normas fundamentais diferentes.

A Teoria Pura do Direito faz apelo ao postulado gnoseológico do conhecimento jurídico, que assenta na norma fundamental hipotética. Com ela completa a pirâmide do ordenamento jurídico. Acima do ordenamento jurídico nacional, está o ordenamento internacional, quando ela aceita a sua superioridade. O Direito Internacional é visto através de ordenamento jurídico, configurado pelas sentenças dos tribunais internacionais, com aplicações dos tratados e das regras de Direito Internacional".²⁹

Em obra que é em parte um estudo sistemático da idéia de Justiça, Kelsen afirma que a discussão em torno do dualismo

28. RAO, Vicente. "O Direito e a Vida dos Direitos", 1º vol.; Tomo II; Editora Resenha Universitária; São Paulo; 1976; pág. 189; nº 152; REALE, Miguel, "Teoria do Direito e do Estado". Martins, São Paulo; 1972; 3ª ed.; p. 228.

29. MACHADO NETO, A. L., "O Problema da Ciência do Direito (Ensaio de Epistemologia Jurídica)"; Progresso Editora; Salvador; 1958; págs. 105 e ss.

fundamental e a tendência a superá-lo, com uma visão monista do mundo, caracteriza o seu pensamento.³⁰

A Teoria Fundamental do Direito propõe chegar à essência do jurídico, em termos universais. Com isso, Recaséns Siches diz que o tema da Teoria Fundamental ou Geral do Direito é o estudo "a priori" ou formal do jurídico. Dentro da Teoria Geral do Direito, vista nessa perspectiva, não se estuda os conteúdos concretos das normas jurídicas, conforme os desenvolvimentos mais importantes no século XX: Stammler, Del Vecchio, Kelsen, Schreier, Radbruch, García Maynez, Legaz, Galán, Corsio e o próprio Recaséns Siches.³¹

Para Kelsen existe na Ciência do Direito a distinção entre causalidade e imputação, ser e dever ser. A Ciência do Direito, no plano do dever ser lógico, é uma ciência de objetos ideais que visa o conhecimento das normas que dão sentido jurídico à conduta humana:

"Bem certo, quando Kelsen contrapõe o dever-ser (imputabilidade) à causalidade está tomando o dever-ser como forma de síntese, o dever-ser em sua função epistemológica: uma forma gnoseológica de relacionar os dados da experiência. Tanto que esse dever-ser coloca-se no nível da proposição com que a Ciência do Direito descreve o dever-ser no nível da norma jurídica, cuja expressão lingüística é a proposição normativa, onde se preceituam o proibido, o obrigatório e o permitido".³²

A ordem normativa da conduta humana está assentada em outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que é a imputação, ligação de pressuposto e consequência, expressa na proposição jurídica com a palavra "dever ser".

30. KELSEN, Hans. "Sociedad y Naturaleza. Una Investigacion Sociologica". Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945; pág. VII e I; KELSEN, Hans. "La Paz por medio del Derecho"; Editorial Lousada S.A.; Buenos Aires; 1946.

31. SICHES, Luis Recaséns. "Nueva filosofia de la interpretación del Derecho". Fondo de Cultura Económica; México; 1956; págs. 35 e 36.

32. VILANOVA, Lourival. "As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo". Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1977; págs. 35 e 36.

Existem diferenças entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação, sendo que há um ponto terminal da imputação, mas não existe um da causalidade.

A ciência normativa descreve o direito como um sistema de normas, partindo da visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser. Mais uma vez, a Teoria Pura do Direito contraria a ciência jurídica tradicional, que tem caráter ideológico. Além de superar os dualismos existentes, realiza críticas aos conceitos que dominam a teoria tradicional.

Nesse sentido, chega a dizer que supera a posição subjetivista, em face do direito em sentido subjetivo, concepção forense ou advocatícia, que apenas considera o direito do ponto de vista dos interesses das partes. Atitude essa que vem da jurisprudência romana, proveniente da prática consultiva dos juristas que exerciam o "jus respondendi".

A Teoria Pura do Direito é inteiramente objetivista e universalista, desde que se dirige fundamentalmente ao todo do Direito, na sua objetiva validade, pelo que é uma concepção verdadeiramente orgânica do Direito. Esta teoria jurídica transforma-se numa análise estrutural do direito positivo a mais exata possível, livre de juízos de valor e ético-políticos.

A norma fundamental determinada pela Teoria Pura do Direito não visa qualquer justificação, no que toca à vigência do direito positivo. Não é necessário indagar por que as normas de uma ordem coercitiva eficaz dependem de uma justificação ético-política: "Con la teoria normativa (interpretata ed esposta, come abbiamo detto liberamente), noi intendiamo per "esser valido" l'essere regolato de una norma che, direttamente o indirettamente, rientra in un determinato ordinamento che fa capo ad una norma unica fondamentale (detta *Grundnorm*): questa norma unica fondamentale costituisce il principio di validità del sistema".³³

33. BOBBIO, Norberto. "Teoria della Scienza Giuridica". G. Giapichelli-Editore; Turim; 1950; pág. 196.

A norma fundamental não é uma norma do direito positivo criada ou posta por uma autoridade jurídica. É pressuposta pela Ciência do Direito. É norma desde que é a resposta à questão de por que devemos comportar-nos como a Constituição prescreve e constitui a razão de validade da mesma. A norma suprema tem sua validade, que não é derivada de outra norma superior.

Esta norma fundamental, sendo condição de vigência jurídica objetiva, dá suporte a qualquer ordem jurídica positiva. Como teoria jurídica positivista, a Teoria Pura do Direito parte do pressuposto de que nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à norma fundamental, isto é, como não válida. Toda ordem de coerção globalmente eficaz, é uma ordem normativa objetivamente válida, na qual a interpretação só é possível sob a condição de se pressupor uma norma fundamental por força da qual o sentido subjetivo dos atos criadores de Direito o são também seu sentido objetivo.

A validade do direito positivo que se apóia na norma fundamental, compreende que esta não é senão uma norma posta, mas pressuposta, para a Teoria Pura do Direito que é a doutrina mais firme entre os que desenvolveram posições básicas no positivismo.

A Teoria Pura do Direito, como teoria jurídica positivista, não dá à norma fundamental do Direito positivo por ela definida, qualquer critério de apreciação da justiça ou injustiça daquele direito.

Mostra Kelsen a particularidade que tem o sistema jurídico de regular a sua própria criação, nos termos em que uma norma determina o processo de produção das normas. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenados no mesmo plano, umas ao lado das outras. É uma construção escalonada de diferentes níveis de normas. A unidade do sistema é resultado da conexão de dependência, que provém da circunstância de que a validade de uma norma, que foi criada de acordo com outra, sucessivamente, até chegar à norma fundamental, que é o requisito último de validade. Lourival Vilanova traduz o sistema em termos de sintaxe: "o sistema

de proposições normativas contém, como parte integrante de si mesmo, as regras (proposições) de formação e de transformação de suas proposições".³⁴

A Constituição representa o escalão de Direito Positivo mais elevado, podendo ser examinada em seu sentido material ou formal.

No que toca à alteração constitucional, Kelsen focaliza dois casos. Um previsto pela própria Constituição, que dispõe qual o órgão habilitado para criar o direito constitucional e o método a seguir. Outro, não previsto normativamente.

São dois tipos de alteração constitucional, com procedimentos diferentes. No primeiro caso existe o processo normativamente regrado. Ao passo que no outro, a situação fáctica de poder triunfante, sem limitação normativa anterior e sem órgão habilitado juridicamente que imponha normas. Geralmente, as alterações (reforma, revisão, poder de emenda) move-se nos quadros traçados pela Constituição.

Para Lourival Vilanova desde que a Teoria Geral do Estado seja vista como investigação do Direito do Estado ou da Teoria Geral do Direito Público, a revolução passa a ser considerada em seu aspecto jurídico.

Em um processo revolucionário pode haver continuidade política, social ou cultural, mas descontinuidade normativa constitucional. Pode ocorrer que a Constituição vigente ao advento da revolução continua intacta, a revolução juridicamente não ocorreu. Na hipótese de revezamento dos titulares no poder, a Constituição pode continuar em vigor e os órgãos constitucionais não sofrem modificações. Para Kelsen o meio para juridicizar a revolução é a pressuposição da norma fundamental. A revolução leva à ruptura da continuidade constitucional, ao ser instituída Constituição por processos não previstos pelas normas de mutação Constitucional.³⁵

34. VILANOVA, Lourival. "As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo". *ob. cit.*, pág. 109.

35. VILANOVA, Lourival. "Teoria Jurídica da Revolução (Anotações à margem de Kelsen)", em *As Tendências Atuais do Direito Público. Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*; Forense, Rio de Janeiro, 1976; 1ª ed., pág. 453 e ss.

Kelsen recorre à hipótese da norma fundamental, que serve para demonstrar quais são as normas que vinculam ou são válidas.³⁶

A criação de normas jurídicas gerais, nos termos da Constituição em sentido material, tem dentro da ordem jurídica o caráter de legislação. A própria Constituição, dentro desse mecanismo, estabelece os órgãos que são dotados de competência para a produção de normas jurídicas gerais.

A força obrigatória da norma deriva das condições sob as quais é formulada. Desde que as regras jurídicas constituem mandatos obrigatórios, só têm força obrigatória quando são expedidas por autoridades competentes.

Para compreensão da imperatividade da norma é preciso examinar a teoria da gradação. A norma básica do ordenamento jurídico é pressuposto.³⁷

Dentro da gradação formulada pela teoria de Kelsen, após a Constituição vêm as normas criadas pela legislação ou pelo costume.

A ordem jurídica é um sistema de normas que estão ligadas entre si, pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por outra norma do mesmo sistema, e, em última etapa, pela norma fundamental.

A teoria da construção escalonada da ordem jurídica toma o direito em seu movimento, no seu processo de autocriação, pelo que é uma Teoria Dinâmica do Direito, oposta à Teoria Estática do Direito, que procura conhecer apenas como ordem criada, o domínio de sua validade.

A teoria de Kelsen é considerada a forma mais acabada do positivismo jurídico: "É verdade que toda e qualquer norma tira, em última instância, sua validade normativa de uma norma

36. FERRAZ, JR., Tércio Sampaio. "Teoria da Norma Jurídica". Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa; Forense; Rio de Janeiro; 1978; 1ª ed.

37. LIMA, Iran de. "A Imperatividade da Norma em Kelsen", em Estudos Jurídicos; São Leopoldo; Rio Grande do Sul; vol. VII; nº 18; 1977; págs. 129 e ss.

fundamental que se pressupõe para que se constitua normativamente a ordem jurídica. A função dessa *Grundnorm* é tão só fundamentar a validade objetiva da ordem jurídica positiva. Em última análise, tal norma fundamental prescreve o nosso comportamento de acordo com as prescrições do autor da ordem jurídica. No fundo, na exegese da norma fundamental, não se encontra nenhuma afirmação de qualquer valor que transcende o direito positivo. Isto e tão somente isto é o que se depreende da cuidadosa análise da teoria pura do direito”.³⁸

A tese Kelseniana da unicidade do sistema, recolhe duas considerações para o seu entendimento: a teoria do pluralismo dos sistemas normativos (estatais) e a teoria da unicidade de um sistema global. Existe daí uma unicidade cognoscitiva, desde que concebemos as normas jurídicas positivas como um sistema unitário de normas, como um sistema único, como um todo fechado em si: “A unidade de um sistema de normas é decorrente de um superior fundamento-de-validade desse sistema — a Constituição positiva, ou, em nível epistemológico, a Constituição em sentido lógico-jurídico, ou seja, a norma fundamental. A unicidade decorre da possibilidade também gnoseológica de se poder conceber todo o material jurídico dado um só sistema. No pluralismo dos sistemas (estatais), cada sistema é sistema porque repousa num único fundamento-de-validade”.³⁹

Kelsen relativiza a diferença entre criação e aplicação do Direito. A lei e a sentença integram o conceito de norma, com diferença puramente quantitativa, de ser norma geral a primeira e particular a segunda.

Entre a criação do direito (*Rechtserzeugung*) pela lei e a aplicação do direito (*Rechtsanwendung*), por um ato jurídico, não há senão uma diferença de degrau e não de natureza. A Escola de Viena proclama que o direito se forma por degraus,

38. PAUPÉRIO, A. Machado. “Ascensão e Decadência do Positivismo Jurídico”. *Veritas*. Revista da PUC do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; dezembro de 1978; Ano XXIII; nº 92; p. 351. Tomo XXIII.

39. VILANOVA, Lourival. “As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo”, *ob. cit.*; págs. 122 e 123.

pois as fontes de criação jurídica comportam vários níveis, dos mais gerais, aos mais individuais, ao superior que é a Constituição, em seguida a lei, as decisões administrativas e os atos jurídicos.⁴⁰

A melhor doutrina sobre a natureza da Norma Jurídica surge com a Teoria Pura do Direito, com a fixação das premissas lógico formais: “Para Kelsen, pois, a norma jurídica é um juízo hipotético, pelo qual se figuram determinadas situações fáticas e as conseqüências que se esperam delas advenham. Em termos mais concretos: um simples instrumento para descrição do Direito Positivo, tal como estabelecido pelas autoridades competentes”.⁴¹

A respeito da norma jurídica como juízo hipotético, acrescenta Bobbio:

“La tesi della norma giuridica come giudizio ipotético è stata accolta, se pur con diversi argomenti, dal Kelsen ed ora la dottrina antimperativistica si identifica di solito con la dottrina Kelseniana. Contro l'imperativismo il Kelsen svolse alcuni argomenti critici, che ad alcuni parvero decisivi, sin dalla sua prima opera importante, gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (42). (1911) (v. II ediz., 1923, p. 189 e ss.).⁴²

4. CONCLUSÃO

A importância da Teoria Pura do Direito pode ser percebida, mesmo através dos autores que apontam aspectos discutíveis de suas conclusões. Entretanto, a sua riqueza é imensa, quando atentamos para a circunstância de que os temas analisados por esta teoria estão presentes em quase todas as reflexões jurí-

40. PASQUIER, Claude Du. “Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit”. Delachaux & Niestlé; Neuchatel; 1948; 3ª ed.; pág. 100.

41. VASCONCELOS, Arnaldo. “Teoria da Norma Jurídica”. Forense; Rio de Janeiro; 1978; p. 100.

42. BOBBIO, Norberto. “Teoria della Norma Giuridica”. G. Giappichelli. Editore, Turim, 1958; pág. 164.

dicas. Mesmo que se possa concluir pelas sensíveis atenções de sua exposição, as conclusões de Kelsen não estão ultrapassadas:

“Se ha pretendido constituir la Teoría general del Derecho como una pura Teoría de la forma del Derecho, excluyendo de ella todo contenido jurídico. Por forma del Derecho se entiende aquí la figura externa del Derecho, sua estructura o, como también se puede decir, la técnica del Derecho. El contenido del Derecho consiste, por el contrario, en su objeto real, en materia jurídica. Este es el punto crucial de la Teoría pura del Derecho fundada por Kelsen, que a lo largo del tiempo ha experimentado, desde luego, sensibles atenuaciones”.⁴³

Os temas fundamentais da Teoria Geral do Direito foram objeto de indagação da teoria de Kelsen. Luis Recaséns Siches, que conclui que a Teoria Pura do Direito necessita de retificações, apesar de afirmar que ela contém pontos certos, acen-tua que um dos pontos mais desenvolvidos por esta teoria foi o que se refere à personalidade.

Para compreender a doutrina de Kelsen sobre a personalidade, parte Recaséns Siches de um dos conceitos fundamentais que é o de imputação normativa. A estrutura lógica denominada imputação é o modo de vinculação dos fatos com a norma.

Para Kelsen a pessoa jurídica individual não é o homem como realidade biológica ou psicológica, mas uma construção jurídica de sua conduta, enquanto esta constitui o conteúdo de normas jurídicas.

O conceito de personalidade jurídica não é uma qualidade real, que possui as coletividades, mas um meio de que se vale a Ciência do Direito para expor as relações jurídicas que integram os entes sociais.⁴⁴

Kelsen reconheceu que a Ciência Jurídica pode formular teoricamente juízos de valor, que não se fundam em valor

43. NAWIASKY, Hans. “Teoría General del Derecho”, Ediciones Rialp, S.A.; Madrid; 1962; trad. de dr. José Jafra Valverde, p. 24.

44. SICHES, Luiz Recaséns. “Vida Humana, Sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho”. Editorial Porrúa; México; 1952; 3ª ed.; pág. 263 e ss.

absoluto ou supremo, mas em norma produzida pela vontade dos homens. As doutrinas que aceitam a existência de valores como entidades supremas, absolutas ou evidentes apóiam em idéias de caráter metafísico, cuja compreensão é impossível, através de métodos e provas objetivas. O valor, para Kelsen, não pode converter-se em objeto do conhecimento racional. Entende que quando os doutrinadores expressam a exigência de que o direito deve ser justo, esta conclusão vai além dos limites da demonstração objetiva e racional, porque a justiça, como valor supremo, é aceita pelo entendimento humano como validade absoluta e categórica.

Várias especulações em torno da Ciência Jurídica, mesmo aquelas que apresentam divergências, partem do exame de Kelsen.

A fenomenologia e a filosofia existencial tiveram melhor aplicação no campo do Direito na Teoria Ecológica do Direito de Carlos Cossio, que constitui um desenvolvimento particular da Teoria Pura do Direito. Representa modificação no sistema da ciência jurídica. Para esse autor a Teoria Pura do Direito transforma-se em lógica do direito ou lógica jurídica formal. Cossio afirma a liberdade como ser do homem. O direito é um objeto ecológico ou a conduta da liberdade metafísica fenomenalizada. Rompe com o normativismo, afirmando que o direito é conduta: "Contra la tesis de que el objeto de la ciencia del Derecho sean las normas, la Teoría Ecológica levanta la objeción que las normas jurídicas no pueden ser el objeto de la ciencia del Derecho porque estas normas jurídicas son el instrumento por medio del cual la ciencia del Derecho concibe y describe su objeto, el que es la conducta humana, de la misma manera que la ciencia natural concibe y describe su objeto — la Naturaleza —, mediante las leyes causales".⁴⁵

A teoria de Hart intentou reformular o problema da norma fundamental de um sistema jurídico, dentro dos limites

45. KELSEN-CÓSSIO. "Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura". Editorial Guillermo Kraft; Buenos Aires; 1952; págs. 40 e 41.

do empirismo, sem recorrer à noção de categoria lógico-transcendental, nem da suposta validade.

A amplitude da Teoria Pura do Direito vai além de uma Teoria do Direito, desde que os seus pressupostos filosóficos conduzem a pronunciamentos variados, que chega-se a considerá-la como filosófica.

Ainda dentro das investigações da Teoria do Direito, o modelo de Ross coincide com o de Kelsen, no que toca a irracionalidade da justiça e do direito natural. O direito natural é para Kelsen uma fachada ideológica para a ordem legal vigente ou uma fachada ideológica para sua crítica.⁴⁶

Hart toma posição menos radical, quando diz que uma teoria completa sobre o Direito tem que dar conta de que, empiricamente, existe um mínimo de exigências que devem ser contidas em um sistema jurídico que deve ser viável. Chamando este mínimo de direito natural, contraria a afirmativa de Kelsen de que o direito pode ter qualquer conteúdo.

Na construção de seu modelo, Kelsen considera como problema especialmente importante, separar o direito positivo do direito natural, devido a confusão de métodos e as irrupções ideológicas na Ciência Jurisprudencial.

A noção de norma jurídica em Kelsen é entendida como composta de um ato ilícito e de uma sanção coativa, unida pelo dever ser.

As normas jurídicas que não contêm sanção, como as Leis Constitucionais, são consideradas por Kelsen como "normas dependentes", que formam parte do suporte das normas sancionadas.

No modelo alternativo de Hart distinguem-se dois tipos de normas jurídicas, primárias e secundárias. No que toca à validade, distingue um sentido descritivo, pertencente ao sistema e um sentido prescritivo, obrigatoriedade.

A Jurisprudência Analítica limita-se a assinalar um método que procura precisar o significado dos termos e expressões

46. FRIEDRICH, Carl Joachin. "La Filosofía del Derecho". Fondo de Cultura Económica; México; 1964; 1ª ed.; pág. 238 e ss.

lingüísticas dos juristas, aclarando o significado e a relação lógica que guardam entre si.

Alf Ross chega a um modelo em que a Ciência Jurídica tem função descritiva e predicativa, pelo que deve ajustar-se aos padrões de explicação, observação e verificação de outra ciência, enfoque que coloca a Teoria Geral do Direito dentro do âmbito da Teoria Geral da Ciência.

Os modelos alternativos, as teorias de Alf Ross (*On Law and Justice*) e de H. Hart (*The Concept of Law*) orientam-se filosoficamente na direção do positivismo ou empirismo lógico e da filosofia analítica.

Kelsen contesta a norma no sentido de Binding, que a apresenta como concepção e figura mental representativa duma regra jurídica, mas fica com o caráter obrigatório do direito e a existência dos deveres jurídicos. Sendo o homem obrigado a assumir determinado comportamento, sempre que a norma jurídica faça do comportamento contrário um pressuposto duma conduta injurídica.

Felix Kaufmann modificou as idéias de Kelsen, valendo-se dos estudos de Husserl, onde repele a concepção Kelseniana da norma jurídica como norma construtiva.

Com Nowakowski, que acompanha Kelsen, Felix Kaufmann e Cóssio, a Teoria Pura do Direito passou por alterações. Para ele as regras de direito compreendem juízos sobre a distribuição e a delimitação adequada das esferas de atuação e de poder, sobre a conduta em determinadas condições.

Para Armin Kaufmann, a teoria de Nowakowski seria o final do desenvolvimento da Teoria Pura do Direito. Nowakowski é contra a idéia da necessidade do efeito construtivo da configuração do conceito de norma.⁴⁷

O Estado, como sistema de normas, merece destaque nas questões ventiladas pela Teoria Pura do Direito, desde que ele identifica-se necessariamente com o Direito sem uma ordem

47. KAUFMANN, Armin. "Teoria da Norma Jurídica". Editora Rio; 1976; págs. 66 e ss.

jurídica específica, relativamente centralizada, que é a ordem jurídica nacional, em oposição à ordem jurídica internacional, que é altamente descentralizada.

Dentro dessa metodologia, faz da Teoria do Estado parte integrante da Teoria do Direito, postulando a unidade do Direito Nacional e do Direito Internacional, dentro de um sistema jurídico que abrange todos os ordenamentos jurídicos. A idéia de uma ciência objetiva do Direito e do Estado, livre de todas as ideologias políticas, tem maiores probabilidades de ser aceita em período de equilíbrio social.

Todas as normas válidas formam um sistema único, desde que não podem estar em conflito. A teoria do Direito Internacional e dos Direitos nacionais formam um sistema homogêneo. Este monismo contrapõe-se ao ponto de vista tradicional, que sustenta os sistemas independentes, com as teorias "pluralistas".

Para a doutrina, Kelsen levou longe a estatabilidade do direito, quando proclamou a identidade dos dois elementos fundamentais de uma Teoria Geral do Direito, onde o Estado é considerado não como realidade natural, mas ordem coativa, que representa o direito totalmente unificado".⁴⁸

Kelsen demonstra que o específico desse objeto que chamam Estado, consiste em ser um sistema de normas, em que o específico está na ordenação normativa da conduta humana.

A identidade entre o Estado e o Direito constitui um dos mais originais aspectos de tal doutrina: "A conclusão a que se chega, após o exame do pensamento de Kelsen, é a de que o grande jurista de Viena conseguiu abalar os alicerces da

48. HART, H.L.A., "Teoría de Kelsen sobre la Unidad del Derecho". Boletín Mexicano de Derecho Comparado; nº 21; *ob. cit.*; págs. 105 e ss.; KELSEN, Hans. "Teoría General del Estado". Editora Nacional; S.A.; México; 1951; trad. de Luis Legaz Lacambra; p. 18; DANTAS, Santiago, "Programa de Direito Civil". Parte Geral. Editora Rio, 1977; pág. 40; ASCHER, Camillo. "Estado e Direito", em Ensaio de Filosofia do Direito; Edição Saraiva; São Paulo; 1952; pág. 189.

ciência tradicional, obrigando os cultores da Teoria Geral do Estado à retomada de posições".⁴⁹

A depuração e autolimitação da ciência jurídica, preconizada por Kelsen, levaram à Teoria Pura do Direito a sofrer críticas contraditórias. No mesmo sentido, afirma-se que ao estabelecer o primado da forma sobre a matéria, mesmo dentro do positivismo jurídico, a teoria criou um sistema metafísico formal, conclusão que merece reparos.⁵⁰

A Teoria Pura do Direito não deixou de fora a teoria jurídica soviética, que para Kelsen está dominada quase, exclusivamente, por fatores políticos. Concebida nos termos da teoria marxista sobre a superestrutura ideológica, adapta-se a todas as mudanças políticas do governo soviético.⁵¹

O exame da Teoria Pura do Direito constitui dado essencial para qualquer investigação da ordem jurídica. Apesar das ressalvas possíveis à criação de Kelsen, dificilmente encontraremos na evolução do pensamento jurídico, doutrina tão bem sistematizada e coerente, o que tem determinado várias dificuldades a seus críticos, que não são capazes de oferecer sistema que tenha as mesmas qualificações.

A atualidade da obra de Kelsen pode ser percebida nos mais diversos estudos, que procuram examinar a sua posição na evolução das teorias jurídicas. Nesse sentido, Michel Troper realiza detida análise em que tem como ponto de partida o artigo do Professor Paul Amselek, sob o título "Réflexions

49. CARVALHO, Orlando M. "Caracterização da Teoria Geral do Estado". *Kriterion*, Belo Horizonte, 1951, p. 85; VILANOVA, Lourival. "O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado", Recife, 1953; CAVALCANTI FILHO, Theófilo. "O Problema da Segurança no Direito". Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1964; pág. 41.

50. MACHADO, Edgard de Godoi da Mata. "Contribuição ao Personalismo Jurídico". Edição Revista Forense, 1954; pág. 11; idem, "Direito e Coerção". Belo Horizonte; 1956; CAMPOS, Carlos. "Ensaio Sobre a Teoria do Conhecimento", Editora Cardal Ltda.; Belo Horizonte; 1959; pág. 224.

51. KELSEN, Hans. "Teoría Comunista del Derecho Y del Estado". Emecé Editores; S.A.; Buenos Aires; 1957; trad. de Alfredo J. Weiss.

critiques autour de la Conception Kelsénienne de l'ordre juridique", publicado na "Revue du Droit Public et de la Science Politique", em 1978, nº I, p. 5.

Para Michel Troper as críticas ao criador da Teoria Pura do Direito demonstram desconhecimento profundo da doutrina de Hans Kelsen.

Partindo da estrutura da ordem jurídica, nos termos em que foi postulada pela concepção Kelseniana, efetiva análise interna da Teoria Pura do Direito e uma crítica dos argumentos de Paul Amselek.

Reconhece a exposição a impossibilidade de expor, com brevidade, sistema teórico tão rico e complexo como o de Kelsen, sem escolher os temas ou principais linhas de sua doutrinação. Mostra que Paul Amselek limitou-se a o que denomina aspecto central da teoria, isto é, a estrutura da ordem jurídica, subestimando o que é fundamental no conjunto da teoria: a tentativa de construir uma ciência positiva do direito: "Or, la démarche de Kelsen est rigoureusement inverse: l'ordre juridique ne se définit pas par ses éléments; ce sont au contraire les normes qui se définissent par leur relation à un ordre normatif: il est impossible de définir ou d'identifier isolément une norme juridique, soit par l'existence d'une sanction, soit par la forme de la proposition qui l'exprime. Parmi les différents énonces verbaux, Kelsen distingue en effet des jugements de réalité et des propositions ayant la signification des normes".⁵²

52. TROPER, Michel, "La Pyramide est toujours debout: Réponse a Paul Amselek", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*; Paris; nº 6; Nov./Dez. de 1978; pág. 1525.