

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL – PPGDC

PAULA CAMPOS PIMENTA VELLOSO

**CONTEXTO, EPISTEMOLOGIA E POLÍTICA:
A NORMATIVIDADE NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN
DESDE DUAS EDIÇÕES DA OBRA (1931-1960)**

Orientador: Prof. Dr. Rogerio Dutra dos Santos

NITERÓI

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

PAULA CAMPOS PIMENTA VELLOSO

**CONTEXTO, EPISTEMOLOGIA E POLÍTICA:
A NORMATIVIDADE NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN
DESDE DUAS EDIÇÕES DA OBRA (1931-1960)**

Projeto de dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Rogerio Dultra dos Santos

NITERÓI

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

PAULA CAMPOS PIMENTA VELLOSO

**CONTEXTO, EPISTEMOLOGIA E POLÍTICA:
A NORMATIVIDADE NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN
DESDE DUAS EDIÇÕES DA OBRA (1931-1960)**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rogerio Dultra dos Santos
Universidade Federal Fluminense – UFF (Orientador)

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Carlos Sprícigo Venério – UFF

NITERÓI

2014

Universidade Federal Fluminense
Superintendência de Documentação
Biblioteca da Faculdade Direito

V441 Velloso, Paula Campos Pimenta.

Contexto, epistemologia e política : a normatividade na teoria pura do direito de Hans Kelsen desde duas edições da obra (1931-1960) / Paula Campos Pimenta Velloso. – Niterói, 2014.

113 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – PPGDC, Universidade Federal Fluminense, 2014.

1. Teoria do direito. 2. Teoria de Kelsen. 3. Epistemologia. 4. Filosofia do direito. I. Universidade Federal Fluminense, Instituição responsável. II. Título.

CDD 340.1

*Ceux qui ont étudié dès le début
ne questionnent jamais rien*

RESUMO

A *Teoria Pura do Direito* é uma obra tão longeva quanto são numerosas as críticas dirigidas a ela. Desde o início de sua produção, a novidade de uma teoria do conhecimento do direito, seus limites e validade, foi recebida com entusiasmo e proporcional resistência. A escolha do autor por uma releitura da epistemologia da filosofia crítica, o contexto político conturbado e o desejo por ver realizada uma forma de vida social menos agressiva diante da pluralidade de valores são as vias de acesso à obra analisadas neste estudo. Parte-se de três hipóteses complementares: a de que a redução das ideias ao contexto fala tão pouco sobre elas quando desconsiderá-lo na análise; de que não controlar a concepção de conhecimento que subjaz a uma obra teórica compromete a sua completa apreensão; e de que, se um homem é ele e seu contexto, o que ele produz não cancela o desejo de ver aprimorada a sua realidade. O objetivo deste estudo é tratar o produto da reflexão e da vida de Hans Kelsen desde essas três dimensões, com vistas a participar dos esforços contemporâneos de torná-la inteligível, bem como de identificar as razões das permanências da primeira edição, de 1934, na segunda, de 1960.

Palavras-chave: *Teoria Pura do Direito*; normatividade; primeira edição; segunda edição

ABSTRACT

The *Pure Theory of Law* is as a long-lived work as the criticisms of it are numerous. Since the beginning of its production, the novelty of a theory of knowledge of the law, its limits and validity, was received with enthusiasm and proportional resistance. Kelsen's choice for a reading of the epistemology of critical philosophy, the political context in which he wrote both editions of the work and the desire for an institutional frame less aggressive to the necessary plurality of values that characterize social life are the ways through which this study analyses the author's work. Three are the hypothesis: that the reduction of the ideas to their context of creation speaks as little about them as the intellectual act of not considering it does; that the control over an author's concept of the possibility of knowledge is key to the understanding of his work; and that, if a man is himself and his context, his work reveals his desire to see reality improved. The goal is to treat the product of Kelsen's reflection and life through these three dimensions, aiming to participate in the contemporary efforts to make it intelligible, as well as to identify the reasons why the essence of the first edition of the *Pure Theory* (1934) rests intact in the revised and enlarged second edition (1960).

Palavras-chave: *Teoria Pura do Direito*; Epistemologia; primeira edição; segunda edição

Key Words: Pure Theory of Law; normativism; first edition; second edition

AGRADECIMENTOS

Agradeço

a CAPES, pela bolsa pesquisa,

ao Professor Rogerio Dultra, pela orientação paciente e pela generosidade,

ao Professor Leonel Severo Rocha, pela acolhida durante o período de pesquisa na UNISINOS,

aos membros da banca examinadora, Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, Prof. Dr. Adrian Sgarbi e Prof. Dr. Carlos Magno Venerio, por terem aceito ler este trabalho,

a Claudio Ribeiro e Ana Paula Arantes, pela diligência paciente,

a Vera Loebens, pela incansável ajuda,

a Janaina Silva, por ter permitido meu acesso ao arquivo controlado da UNISINOS e pela forma amiga com que conduziu nosso convívio,

a Silvana Gomes, Joana Waldburger, Rafael Afonso, Lucas Chalhoub e Youssef Rodrigues, pela amizade e pelas ideias,

a Delma Pessanha Neves, pela primeira lição,

a Gisele Araújo, por todas as lições e pela amizade,

a José Almino, pelo diálogo permanente, só interrompido pela minha incompetência,

a Cesar Kiraly, pela ajuda paciente,

a Pilar Velloso, pelo mundo,

e a Ana Cardenas, pela vida inteira.

SUMÁRIO

RESUMO	V
ABSTRACT	VI
AGRADECIMENTOS.....	VII
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – O QUE MUDA NUMA OBRA TÃO LONGEVA?.....	6
1.1. SOBRE AS IMPRESSÕES DO CONTEXTO	6
1.2. LUGAR DO TEXTO NA PERIODIZAÇÃO EM TRÊS FASES FILOSÓFICO-PRAGMÁTICAS	28
CAPÍTULO II – ESTUDO PARA A LEITURA COMPARADA DAS DUAS EDIÇÕES DA <i>TEORIA PURA DO DIREITO</i>	34
2.1. SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE EDIÇÃO E VERSÃO DE UMA OBRA E AS VERSÕES MOBILIZADAS NO TRABALHO COMPARATIVO	34
2.2. A ORIENTAÇÃO NORMATIVA NO RECURSO AO TRANSCENDENTAL DA CONCEPÇÃO DE VALIDADE NAS DUAS EDIÇÕES DA <i>TEORIA PURA DO DIREITO</i>	41
CAPÍTULO III –DIREITO NATURAL, POSITIVISMO E POLÍTICA: IMPLICAÇÕES PARA O TEMA DA VALIDADE.....	68
3.1. SOBRE O ESPECÍFICO POSITIVISMO KELSENIANO E A CONCEPÇÃO DE NORMA BÁSICA.....	68
3.2. RAZÕES NORMATIVAS E CONSEQUÊNCIAS SUBSTANTIVAS: DUAS LEITURAS DO <i>MEIO TERMO</i> DA ABORDAGEM POSITIVISTA KELSENIANA SOBRE O TEMA DA VALIDADE DO DIREITO.	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101
OBRAS DE HANS KELSEN	101
BIBLIOGRAFIA DE APOIO.....	102

INTRODUÇÃO

Kelsen foi um dos principais filósofos do direito do século XX. Foi um positivista. Empenhou-se em conduzir um projeto de ciência do direito autônoma de outras ciências e de ideologia, moral ou política. Valeu-se de uma leitura de kantiana do lugar do sujeito para pensar seu objeto. Desde que começou a publicar, seu trabalho foi tão criticado e recusado quanto foi influente sobre a reflexão e a prática do direito. Já se disse que não tinha uso e que a coerência formal da esmerada obra de Kelsen fazia pouco pelas necessidades reais do direito. Mas é inegável que poucos autores deixaram tantas marcas nos institutos e no pensamento jurídicos dos últimos cem anos. Ao mesmo tempo, poucas obras tiveram seu sucesso tão veementemente arguido.

A reflexão sobre a forma de pensar é um tema de interesse para a reflexão teórica sobre o fenômeno jurídico há muito tempo e, embora tenha gerado discussões que antecedem a obra de Kelsen, a Teoria Pura do Direito é um bom ponto de partida para introduzi-lo. Isto porque, por um lado, Kelsen atualiza a reflexão sobre a importância de estabelecer forma própria de conhecer o direito que lhe antecedeu e, por outro, o debate que lhe sucederá se realizará, de forma direta ou indireta, em diálogo quase que permanente com seu pensamento.

O ingresso na epistemologia presente no pensamento de Kelsen não é trivial. Para acessá-lo, mesmo a um investigador bem formado, serão úteis os auxílios de analistas. Felizmente, Hans Kelsen é um autor muito famoso no Brasil. Obras sobre ele são escritas em profusão e estão atualizadas e disponíveis para o consumidor brasileiro. Isto se deve à notória importância de Kelsen para o pensamento jurídico ocidental, o que torna necessários sua leitura e menção no debate qualificado da área do direito há quase um século. No Brasil, Kelsen foi influente sobre a vida jurídica e política desde os primeiros anos de sua carreira, os quais coincidiram com as primeiras e malfadas décadas republicanas do país. Entretanto, Kelsen segue sendo um autor misterioso. E isto apesar das quase 16000 páginas escritas por ele e da enorme produção analítica publicada sobre sua obra, aqui e alhures.

O futuro investigador que tem seu primeiro contato com Kelsen na graduação, frequentemente descobre a obra de Kelsen através da forma pela qual quase todo conhecimento jurídico é transmitido ao graduando em Direito, a forma doutrinária.

Afirmações categóricas sobre Kelsen e sua teoria pura são memorizadas em sala e reproduzidas em exames quase sempre acriticamente. O que é certo, já que o terreno doutrinário não é dado à reflexão. Entretanto, disto resulta que, ao estudante que intuir a complexidade de Kelsen o autor se apresentará tão-somente ingênuo ou contraditório. E apesar de todo material disponível para consumo em lojas e empréstimo em bibliotecas no país, a obra seguirá inacessível. Se tiver meios, o estudante terá o material disponível, mas não a ferramenta necessária. Porque a leitura é uma construção que o dogmatismo doutrinário não realiza.

Hans Kelsen teve uma longa vida produtiva. Sua vida foi inteira dedicada ao estudo do direito e da política e à atuação intelectual e prática em ambas as áreas¹. É improvável que um autor ingênuo ou meramente contraditório tenha sobrevivido tão influente, tão necessário e por tanto tempo. Kelsen esteve presente nos debates jurídicos ao longo do século XX e produziu livros, pareceres e artigos de 1905 até sua morte, 1973².

Ao mesmo tempo, é igualmente improvável que sua obra não tenha sofrido, como tudo, as alterações do tempo. Mesmo um de seus livros, o mais conhecido, *Teoria Pura do Direito*, teve vida longuíssima e pelo menos uma grande revisão³. Tratar da complexidade de suas teses depende de pelo menos localizar de que momento se está falando e do que ele significa à luz das alterações sofridas pela obra em geral e, pela *Teoria Pura*, em particular.

O tempo é, portanto, um ponto de interesse para a investigação da obra de Kelsen. Mas a forma com que seu pensamento se relaciona com o tempo não é relevante somente pelas alterações que o contexto imprimiu sobre ele. *A Teoria Pura* tem claras pretensões generalista e universalista, pelo que, seu caráter normativo pode não estar limitado ao fato de que a Teoria Pura estuda as normas e pretende explicar o fenômeno jurídico nos termos deste seu objeto. Seu empreendimento se vale de uma epistemologia, a kantiana, a qual desagua numa realização normativa sobre a

¹ Atente-se para o fato de que Kelsen nunca foi político. Mas sua atuação no ambiente jurídico em momentos de inflexão da vida política austríaca e alemã tiveram sobre ela importante impacto. De fato, viver a vida política através das instituições jurídicas é gesto em perfeita harmonia com a tese da identificação entre direito e Estado, uma das principais teses da *Teoria Pura*.

² A última obra publicada de Kelsen foi publicada em 1978. Entretanto, *Teoria Geral das Normas*, além de ser póstuma, não teve publicação autorizada por Kelsen.

³ A teoria pura já estava presente quase inteira em *Teoria Geral do Estado*, de 1925, mas foi publicada pela primeira vez com o título *Teoria Pura do Direito* na Alemanha, em 1934. Uma versão em francês foi publicada em 1953 com algumas alterações, mas a segunda edição alemã, amplamente revisada, foi publicada em 1960.

realidade. É fato que Kelsen pretende acolher a teoria do conhecimento transcendental da *Crítica da Razão Pura* e recusar a teoria da ação contida na *Crítica da Razão Prática* e, mais especificamente para o campo do direito, a contida na “Doutrina do Direito” da *Metafísica dos Costumes*. Kelsen insiste incansavelmente em recusá-la, mas é digno de análise o sucesso de um empreendimento teórico que acolhe premissas, mas recusa resultados.

A normatividade pode, portanto, se apresentar como um tema difícil do pensamento kelseniano. A influência kantiana sobre a epistemologia adotada por Kelsen se verifica em ambas as edições da *Teoria Pura*. Ela se torna problemática na construção de um sistema que pretende fundar-se sobre os supostos positivistas sem recorrer a fatos, ou ao *ser* da norma. E se aprofunda no recurso ao estudo de um *dever ser* que não quer produzir consequências sobre a realidade, embora mantenha um projeto de servir de ferramenta para a lida prática com o direito.

Essas questões estão evidentes no tema da validade do direito, a qual não pode ser remontada ao fato de produção do direito, que é político e, portanto, impuro, ou ao conteúdo das normas, que variam de acordo com o sistema em questão. Vista com pressa, a abordagem kelseniana da validade parece dizer pouco sobre a realidade jurídica que pretende explicar. Mas, como a empresa tem o objetivo de explicar qualquer ordem jurídica existente ou futura, a validade do sistema, que deve ser presumida para qualificar a análise, assume a forma de legitimação interna e, portanto, abstrata do sistema analisado.

É curioso que a epistemologia de matriz kantiana seja presente em uma obra cujos momentos de publicação sucedem contextos de pós-guerras mundiais. Historicamente, são momentos refratários a projetos normativos, porque desconfiados de teorias com finalidades gerais, universais. Isto porque, ao se pretenderem adequadas a quaisquer contextos, tais teorias tendem a supor que o universal tem morada em qualquer lugar. É, portanto, absoluto. Mas reagir ao absoluto, mesmo quando aparentemente benfazejo, como nas justificações da validade do direito associadas a uma concepção de justiça, típicas da jurisprudência positivista tradicional, é uma espécie de missão de Kelsen. Objetivo, aliás, associado ao desejo de realizar completamente o projeto positivista, livrando-o do resíduo de direito natural irracional que é a ideia de justo. Indicar o significado desse projeto universalista, através de uma leitura comparada do tema da validade nas duas versões da *Teoria Pura*, pode guardar uma entrada esclarecedora dos aparentes paradoxos da

obra de Kelsen.

Não obstante o caráter generalista do projeto de Kelsen, viu-se que qualquer recurso ao absoluto e, portanto, a uma consequência finalista, normativa da *Teoria Pura* é algo expressamente rechaçado pelo autor. Entretanto, legitimar um sistema depende de certo número de condições. Parte fundamental dos objetivos de Kelsen na *Teoria Pura* referem-se a neutralizar os usos políticos das formas jurídicas, bem como indicar a inviabilidade de fixar como absolutos valores que são sempre, por natureza, relativos. Legitimar teoricamente um sistema, desde uma epistemologia em cujo centro está uma discussão sobre o limite da possibilidade de conhecer sem recurso à metafísica (no caso de Kelsen, ao justo), denuncia o desejo de participar da realização de uma ordem que ponha aberto o caminho para a coexistência pacífica de valores plurais. A adoção de tal epistemologia pode indicar, portanto, o desejo pela ordem que melhor exponha suas preocupações. Por esses motivos, a presente análise pretende abordar a *Teoria Pura* a partir de três atos: a investigação dos contextos de publicação de cada edição da *Teoria Pura*; a comparação da abordagem do tema da validade contida em cada uma delas; e uma leitura de duas formas consagradas acerca da potencialidade normativa da teoria pura.

Assim, num primeiro momento, esta investigação repousa sobre a recuperação dos contextos nos quais se inscrevem a publicação de cada edição da *Teoria Pura*. Entre os numerosos comentários sobre a vida de Kelsen, escolheu-se a biografia de Métall e a *Autobiografia* de Hans Kelsen. Embora a referida biografia fosse mais relevante quando o leitor de Kelsen ainda não tinha acesso à *Autobiografia*, cuja disponibilização é relativamente recente, o texto de Métall segue revelador dada a proximidade intelectual e pessoal entre os dois autores.

Num segundo momento, pretende-se traçar uma comparação da abordagem da validade nas duas edições da *Teoria Pura*. Em primeiro lugar, para traçar as marcas do contexto sobre as escolhas de Kelsen e, em segundo, para esclarecer o tema da validade a luz de sua problematização face à persistência de um projeto universalista em contextos de pós-guerras. Esta foi uma tarefa difícil do trabalho, pois a primeira edição não está disponível em português e, mesmo se estivesse, um projeto analítico com pretensões de elucidação de significados se beneficiaria do acesso ao texto original em alemão. A estratégia para a amenização de tal deficiência foi a comparação entre as obras em suas versões em outras línguas, como o espanhol, o inglês e o francês.

Finalmente, num terceiro momento, tem lugar uma exploração de duas leituras do tema da normatividade na obra de Kelsen. A seleção dos analistas de Kelsen submete-se ao mesmo desafio diante da profusão de trabalhos disponíveis sobre a obra. Escolheram-se os de Stanley Paulson e Larz Vinx. Em primeiro lugar, porque se tratam de análises atuais de dois reconhecidos especialistas em Kelsen. Em segundo e, mais importante, porque ambos abordam o tema da validade opondo-o ao da normatividade, de formas distintas, mas complementares para os fins deste trabalho. De um lado, a leitura de Paulson, muito próxima da obra, se detém sobre a tarefa de remontar o positivismo da *Teoria Pura* à influência do kantismo a orientar. De outro, Vinx interpreta a *Teoria Pura*, vinculando-a à obra de teoria política de Kelsen, o que pode fornecer elementos para o esclarecimento de suas teses. Embora Paulson não se posicione acerca da dimensão normativa da teoria pura, esclarece, de forma talvez definitiva, os termos da presença da filosofia normativa kantiana na obra. Vinx, por seu turno, parte do mesmo ponto, mas conclui pela identificação de uma forma omissiva de normatividade na obra de Kelsen.

CAPÍTULO I – O QUE MUDA NUMA OBRA TÃO LONGEVA?

1.1. Sobre as impressões do contexto

O ambiente social e cultural em que surgiu a jurisprudência pura de Hans Kelsen contextualiza as duas edições da *Teoria Pura do Direito*. As experiências e escolhas de Kelsen nos 26 anos que transcorreram entre as publicações da primeira e da segunda edições permitem elucidar a inspiração de cada edição, bem como esclarecer o que muda, em que pese as opções epistemológicas de Kelsen, da primeira para a segunda. A contextualização é um primeiro passo na direção do objetivo de problematizar a caracterização a obra de 1960 como segunda edição, o qual se desenvolverá através da análise da epistemologia kelseniana, de suas influências e da comparação substantiva do tema da validade nas duas edições.

É conhecido o desenvolvimento social e cultural da capital do Império Austro-Húngaro: de Viena saíram orientações artísticas, filosóficas e científicas que influenciaram toda Europa. Mas a cidade também guardava o embrião das manifestações culturais resistentes aos valores da sociedade burguesa tradicional, a qual era barroca, cortesã, hipócrita, cega aos fatos da vida comunitária⁴. Também o anacronismo da burguesia da *kakania*⁵ pôs no mundo orientações influentes, inscritas numa espécie de movimento de esclarecimento da cegueira da sociedade tradicional. Na filosofia, o desenvolvimento desse movimento está representado no positivismo lógico de Moritz Schlick, Otto Neurath, Rudolf Carnap e Karl Popper. Na reflexão sobre o fenômeno jurídico, está na *jurisprudência pura*⁶ de Hans Kelsen, Adolf Mértl, Alfred Verdross⁷.

De todas as dimensões da atividade de Kelsen, suas escolhas epistemológicas são indicativas da inscrição do empreendimento kelseniano no projeto de esclarecimento – um traço do século XVII persistente no início do século XX vienense. A preocupação em livrar a ciência do direito de elementos estranhos,

⁴ MÉTALL, R. A. (1976). *Hans Kelsen, vida y obra*. México, UNAM, ZWEIG, S. ([1943] 1964). *The world of yesterday*. Nebraska, Nebraska University. MÉTALL, R. A. (1976). *Hans Kelsen: vida y obra*, UNAM, GAY, P. (2001). *Weimar culture*. Nova Iorque, WW Norton

⁵ MUSIL, Robert,. ([1930] 1989) *O homem sem qualidades: romance*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

⁶ É a expressão escolhida por Métall para se referir de forma ampla à teoria pura e aos pensamentos que a acompanharam, ou que ela influenciou. MÉTALL, R. A. (1976). *Hans Kelsen, vida y obra*. Op. cit.

⁷ MÉTALL, R. A. (1976). *Hans Kelsen, vida y obra*. Op. cit.

ideológicos, ético-políticos ou sociológicos surge, já na primeira página do primeiro capítulo da primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, como passo na direção de demover do passado a reflexão sobre o direito. O projeto de construção de um conhecimento autônomo, que reflete sobre um objeto específico se impõe pela necessidade de protegê-los, objeto e conhecimento, de apropriações estranhas. Esta necessidade é científica, como é sabido, mas é também pragmática, porque denuncia o estado da ciência do direito, então inteiramente submetida interesses políticos, ou à falta deles⁸. É como se Kelsen quisesse tornar moderno o direito. O esforço pelo qual Kelsen pretende definir a ciência do direito por oposição à jurisprudência tradicional, atrasada face às modernas ciências da natureza, indica uma evidente subscrição da ideia de progresso, a qual se esclarecerá pelo uso da noção de *atraso geral* e, sobretudo, no desejo de fazer uma teoria *geral, universal*⁹.

Tal projeto começou, como se sabe, bem antes da publicação da primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, em 1934. Em 1911, Kelsen publicara *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, que teve uma acolhida reservada, mas já continha uma problematização dos limites entre os métodos sociológico e jurídico. Também já indicava uma leitura de Kant, através do kantismo de Marburgo, sobretudo de Herman Cohen, cuja teoria do conhecimento o influenciaria por muito tempo. A filosofia dos neokantistas de Marburgo, a qual tendia a uma pureza metodológica talvez mais pura do que a do próprio Kant, tornou refinou o olhar de Kelsen sobre as impropriedades que experimentava a teoria do direito¹⁰.

Entre *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e a primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, a profusa produção reflexiva de Kelsen contou com uma conferência, a qual publicou ainda em 1911, seguida da publicação de cinco livros, um em 1912, três em 1913 e um em 1914. Neste ano, fundou a primeira publicação de direito público da Áustria, a *Revista Austríaca de Direito Público*. Sua produção científica só foi interrompida pela guerra mundial, em cujo período Kelsen, como

⁸ Kelsen é categórico no prefácio à primeira edição quanto ao fato de que o estado das ciências sociais se devia à falta de interesse em elevá-las ao patamar da objetividade, com o que se refere à conveniência de mantê-la impura, isto é, disponível às apropriações instrumentais da política.

⁹ De fato, o vocábulo alemão *Allgemeine* é frequentemente traduzido como *geral*. Mas a ideia de generalidade, como algo que reúne a variedade, depende da identificação da dimensão de universalidade a partir da qual é possível explicar, normativamente, a pluralidade.

¹⁰ KELSSEN, H. (2011). *Autobiografia de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro, Forense Universitária. Op. cit.

oficial de reserva, teve que se integrar a sua brigada¹¹. Após 1918, com o fim da primeira guerra, a revista foi refundada sob o nome *Revista de Direito Público*, de cujo cargo de editor principal Kelsen teve que renunciar, em 1934, quando da segunda.

Surpreendentemente, a experiência da primeira guerra teria impacto positivo na produção científica de Kelsen¹², motivando-o a empreender a investigação acerca do problema da soberania. Em decorrência dela, reuniu-se em torno de Kelsen o grupo de jovens que ficaria conhecido como Escola de Viena (*Wiener Schule*)¹³.

A investigação sobre a soberania, que veio a público em 1920 com o título *O Problema da Soberania*, levou Kelsen à ideia de unidade entre direito e Estado, o que o conduziu ao conhecimento de que o direito só pode ser pressuposto como direito positivo. Isto, por seu turno, recuperou a investigação sobre duas dimensões do *geral* no tema dos sistemas de normas: a possível relação entre os sistemas de normas, já enfrentado em 1914, e a necessária *unidade* sistemática de todo o direito positivo, entendido como o *todo* das normas supostamente válidas. Essas são duas teses centrais da teoria pura e, não por acaso, o livro sobre o problema da soberania trouxe, em seu subtítulo, a primeira aparição da expressão “teoria pura do direito”. Está nele também o primeiro aproveitamento kelseniano da doutrina da estrutura hierárquica de Adolf Merkl¹⁴, o qual organiza o ponto da norma fundamental.

Desse modo, a experiência da Primeira Guerra Mundial não teve sobre Kelsen o efeito de constranger seu empreendimento generalista e universalista. A teoria pura continuou a se desenvolver e já se encontra quase toda numa obra um pouco posterior, *Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre)*, de 1925. Nela, o autor concentrou esforços na exposição sistemática dos problemas de uma “teoria geral do Estado” a partir de um só princípio: a concepção de Estado como ordem normativa coativa. A crença universalista na possibilidade de produzir – ou identificar – uma teoria geral de alguma coisa é aprofundada na reunião – ou redução – de todos os problemas teóricos sobre o Estado como problemas de validade ou de criação dessa ordem.

¹¹ Ibid.

¹² MÉTALL, R. A. (1976). *Hans Kelsen, vida y obra*. México, UNAM.

¹³ A rigor, desde 1911, já frequentavam os seminários particulares de Kelsen Adolf Merkl, Leonidas Pitamic e Alfred Verdross, nos quais se discutia a teoria do direito desde a lógica transcendental kantiana MÉTALL, R. A. (1976). *Hans Kelsen, vida y obra*. Op. cit. p. 37. Depois da Guerra, o grupo se ampliou, incluindo juristas estrangeiros como Alf Ross, Luis Legaz y Lacambra e Luis Recaséns Siches.

¹⁴ MÉTALL, R. A. (1976). *Hans Kelsen, vida y obra*. Op. cit. p.46.

Em 1925, os sinais do combate à democracia na Europa já se faziam sensíveis. Até 1930, ano em que aceitou o convite para assumir uma cátedra de direito internacional em Colônia, as manifestações acadêmicas e políticas de resistência a ele e à sua obra foram muitas vezes agressivas. Este quadro se radicalizaria quando da experiência do primeiro Tribunal Constitucional.

É conhecido o fato de que, quando participou dos trabalhos preparatórios para a Constituição Federal austríaca, em 1920, Kelsen considerou que um tribunal constitucional era peça central¹⁵. A constituição federal, de cuja redação participou, previu que os membros do Tribunal Constitucional seriam eleitos, com caráter vitalício, pela Assembleia Nacional e pelo Senado Federal.

A Lei Federal sobre a Organização e Procedimento do Tribunal Constitucional, que fixou o número de membros em doze titulares e seis suplentes, determinou que, entre os membros vitalícios, o tribunal deveria eleger relatores permanentes a cada três anos, os quais não poderiam ser membros da Assembleia Nacional Federal ou de qualquer outra assembleia. Então professor da Faculdade de Direito de Viena, Kelsen passou a acumular as atividades de membro do Tribunal Constitucional da Áustria, tendo sido eleito por na Assembleia Nacional como membro vitalício do tribunal, o qual o fizera, imediatamente, relator permanente.

Entretanto, o momento da entrada em vigor da Constituição federal, em 1920, foi desfavorável à democracia. O partido social-cristão ocupava o governo federal. A burguesia politicamente frágil e a política externa orientada pelo governo facilitaram seu ataque à socialdemocracia, dirigido a duas de suas principais instituições: o partido socialdemocrata e o Tribunal Constitucional.

O primeiro passo foi investir em fortalecer o poder do presidente da República, que, embora fosse social-cristão, desde 1924, precisava da direita burguesa do partido nacionalista alemão para ter maioria parlamentar. Assim, o aumento do poder do presidente precisava se dar pela facilitação do acesso a um governo sem parlamento. Nesta mesma oportunidade, o governo federal também investiu contra o Tribunal Constitucional, o qual vinha contrariando posições do partido social-cristão.

¹⁵ Pela Constituição da Áustria foi introduzido no Direito Positivo o conceito de controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos como função de um Tribunal Constitucional. A jurisdição constitucional difusa já se caracterizara nos EUA (caso *Marbury vs. Madison*). Kelsen, autor da ideia de uma Corte com função de guarda da Constituição, compreendia que a mesma deveria ser composta exclusiva ou majoritariamente por professores universitários e não por políticos.

Argumentava-se em favor de uma suposta despolitização do Tribunal Constitucional, mas, de fato, tratava-se de reagir às sentenças no conhecido caso das dispensas matrimoniais.

O regime matrimonial durante a República era o do Código Civil de 1811, segundo o qual o matrimônio entre católicos era indissolúvel. Ao mesmo tempo, o direito austríaco permitia a estranhíssima separação “mesa e cama”, que previa a possibilidade de suspensão dos deveres impostos pelo vínculo matrimonial, sobretudo o da manutenção comum do lar, mas não o vínculo matrimonial ele mesmo. Logo, apesar da possibilidade de suspensão dos deveres matrimoniais, nenhum dos cônjuges poderia vir a contrair novo matrimônio.

Entretanto, quando essa legislação entrou em vigor, a Áustria vivia sob uma monarquia absoluta. Isto viabilizou que o mesmo Código que previa a indissolubilidade do matrimônio, contivesse também dispositivos que permitiam ao monarca outorgar dispensas dos impedimentos à dissolução e à contração de novo vínculo matrimonial.

O Código Civil continha, portanto, dois princípios contraditórios: o princípio católico da indissolubilidade do matrimônio e o princípio absolutista da ilimitabilidade das faculdades da administração. Como resultado, a outorga de dispensas dos impedimentos matrimoniais, inclusive em caso de existência de prévio matrimônio, significava a dissolução o primeiro vínculo e a extinção do que antes era indissolúvel. Do contrário, estaria a autorizar a bigamia.

Depois da queda da monarquia, a composição favorável da maioria parlamentar colocou a possibilidade de reforma do regime matrimonial. Entretanto, a oposição do partido social-cristão levou os partidos favoráveis à reforma a renunciá-la em favor de um acordo, no qual as autoridades civis fariam um uso mais liberal das dispensas. Realmente, foram outorgadas muito mais dispensas pelos representantes dos governos nas províncias. Naturalmente, nunca quando o representante era um social-cristão.

Houve, portanto, uma solução de *política jurídica*, expressão de Kelsen para indicar o uso de argumentos de direito para sanear tensões políticas. Não tardou para que a saída contemporizadora da política fosse traída pela inversão operação. Um tribunal austríaco declarou inválida uma dispensa outorgada por autoridade

administrativa, fundando-se no fato de que o ato da administração era contrário ao direito, já que havia um impedimento legal de dispensa quando houvesse matrimônio católico. Muitas dispensas foram declaradas inválidas, embora o filho do segundo matrimônio não fosse declarado ilegítimo nem os cônjuges acusados de bigamia. O segundo matrimônio era apenas declarado inválido.

A reforma frustrada talvez tivesse evitado um dos maiores escândalos da história do direito austríaco¹⁶. O mesmo Estado que, através dos funcionários da Administração, permitia o matrimônio, declarava-o inválido, através de seus tribunais. Os tribunais eram competentes para invalidar de ofício os matrimônios dispensados existentes, o que deu início a uma vergonhosa série de extorsões.

A questão chegou ao Tribunal Constitucional através de um discípulo de Métall, o qual, orientado por ele, arguiu a incompetência do tribunal ordinário para decidir sobre o ato administrativo, para o que só era competente um tribunal especial, o Administrativo. Havia o precedente, embora em matéria distinta. Para não contradizer a posição tomada até então, o Tribunal Constitucional decidiu em favor das dispensas, isto é, do direito novo, apenas apreciando a incompetência do tribunal ordinário para decidir sobre as dispensas concedidas pela Administração. Deste momento em diante, todo defensor de um matrimônio dispensado passou, naturalmente, a recorrer à Corte. Foi precisamente esta atitude da Corte que conduziu à sua dissolução.

O Tribunal passou a ser atacado pela direita cristã e, como membro permanente, Kelsen, que desempenhava um papel importante nas decisões, foi igualmente alvo desses ataques. Não estranha que Kelsen tenha dedicado tanta atenção ao tema dos pontos de contato entre direito e política e que as soluções encontradas por ele tenham se orientado por uma rigorosa precisão, a qual se realiza na noção de pureza. Não obstante, a imprensa, que havia iniciado verdadeira campanha contra o Tribunal Constitucional, a qual se somaram professores¹⁷ colegas de Kelsen, inaugurando o clima preconceituoso que daria o tom dos próximos anos.

¹⁶ KELSEN, H. (2011). *Autobiografía de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro, Forense Universitária.

¹⁷ MÉTALL, R. A. (1976). *Hans Kelsen, vida y obra*. México, UNAM.60

Em questões religiosas, Hans Kelsen era mais agnóstico do que um judeu crente e praticante. De fato, demonstrou curiosidade científica pela teologia cristã¹⁸. Ainda assim, na questão das dispensas, foi acusado de favorecer a bigamia e apelidado de “regente de haréns”, em ataques manifestamente antisemitas¹⁹. Nesta mesma ocasião, suas filhas foram constrangidas com insultos sexuais em cartazes fixados na porta de sua casa.

Em 1929, o Partido Social-Cristão decidiu que era tempo de impor uma reforma constitucional ao Parlamento e a dissolver o Tribunal Constitucional – e, a reboque, o caráter democrático daquela jovem ordem. Os novos membros não seriam mais eleitos pelas casas parlamentares, mas nomeados pelo presidente. Com isto, o governo passaria a integrar o Tribunal, pondo fim à prática jurisdicional acerca das dispensas.

Como os membros do Tribunal a ser dissolvido eram vitalícios, a dissolução dependia de uma lei constitucional, cuja aprovação exigia uma maioria de dois terços. Os social-cristãos tinham apenas a maioria simples. Mais uma vez, era necessária a transigência dos socialdemocratas. A motivação apresentada por social-cristãos foi a ameaça de redução da autonomia de Viena, que teria por consequência a neutralização dos socialdemocratas, os quais tinham maioria no Conselho e no governo local. Em 7 de dezembro de 1929, os dirigentes do partido socialdemocrata aceitaram a proposta de reforma que determinou que, a partir de 15 de fevereiro do ano seguinte, juízes vitalícios deixariam seus postos no Tribunal Constitucional austríaco.

O governo cristão se dispusera a escolher dois dos 14 novos membros do Tribunal entre socialdemocratas. Kelsen havia conhecido o então chanceler, Karl Seitz, na Primeira Guerra e, posteriormente, trabalhara com ele na comissão constitucional da Assembleia Nacional Constituinte. Mas, quando foi convidado por Seitz para compor o Tribunal, recusou porque não queria desempenhar um cargo de confiança de um partido político, menos ainda o de juiz, já que considerava a independência judicial incompatível com a vinculação política que certamente viria com nomeação. Tampouco pretendia participar do esforço do governo por cobrir as decisões do Tribunal da falsa objetividade que a presença de socialdemocratas faria

¹⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. (1990) *El orden normativista puro: supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen*. Revista de Estudios Políticos, Madrid, Nueva Época, n. 68, p. 53.

¹⁹ MÉTALL, R. A. (1976). *Hans Kelsen, vida y obra*. México, UNAM.

na composição das decisões. Kelsen considerava a dissolução do Tribunal independente um passo perigosíssimo em tempos em que as tendências fascistas no partido social-cristão já se faziam bastante claras.

A reserva de Kelsen rapidamente se mostrou justificada. Imediatamente, o novo Tribunal passou a decidir contrariamente à orientação de seu antecessor, não considerando que os tribunais que declarassem inválida uma dispensa matrimonial excediam o limite de sua competência frente à Administração. O fato de que Kelsen foi instado, com os demais juízes, a deixar o Tribunal causou indignação, o que se fez visível através de um artigo de jornal intitulado “Um Infortúnio Austríaco”, de uma caricatura que apresentava um porteiro uniformizado que impedia a entrada de Kelsen no Tribunal com o argumento de que ele não era um homem de partido.

As condições na Faculdade de Direito também eram desfavoráveis. Entretanto, o afastamento do Tribunal Constitucional, resultado da reforma constitucional de 1929, somado ao clima acadêmico desagradável, discrepavam enormemente do tratamento recebido por Kelsen no exterior, onde era celebrado com honrarias e encontrava numerosas ofertas de trabalho. Em 1930, decidiu aceitar o convite para lecionar em Colônia.

O posto assumido em Colônia lhe permitiu adquirir a cidadania alemã. Tendo procurado combinar suas obrigações com o direito internacional, para cujo magistério foi contratado, e seu gosto pela filosofia do direito, proferiu sua aula inaugural sobre o tema da justiça platônica, e ministrou Introdução à Filosofia do Direito e Direito Internacional, no semestre de verão, em 1931, e A filosofia social de Platão e Direito Internacional, no de inverno, em 1931-32.

Por um momento, a vida de Kelsen foi estável. Em Colônia, esteve bem instalado em uma casa e nada lhe faltava na universidade, onde tinha um instituto próprio, os recursos necessários à constituição de uma biblioteca e, pela primeira vez, assistentes remunerados²⁰. As relações com professores e alunos eram excelentes; Kelsen era uma presença desejada em Colônia. Em outubro de 1931, visitou Viena por um curto período e por motivos pessoais. Lá teve seus 50 anos de vida festejados

²⁰ Entre eles Rudolf Métall, seu biógrafo, e Erich Hula, que posteriormente seria professor da New School for Social Research, em Nova Iorque, de onde viria o convite que possibilitou a saída de Kelsen da Alemanha.

por discípulos, os quais lhe entregaram publicações realizadas em sua homenagem²¹. No semestre de verão, em 1932, aceitou finalmente o convite realizado em 1930 para dar uma série de conferências como professor Visitante do Instituto de Altos Estudos Internacionais de Genebra. Ainda neste semestre em Genebra, falou na Academia de Direito Internacional de Haia. No ano acadêmico de 1932-33, foi eleito decano da Faculdade de Ciências Jurídicas de Colônia.

Nesse momento, sua produção acadêmica se ampliou para muitos campos. Sobre a Constituição de Weimar, escreveu *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, de 1930-31, e o artigo sobre a sentença do tribunal estatal de 25 de outubro de 1932, cujo objeto era uma execução do Reich contra a Prússia.

Esse é um momento de inflexão da vida constitucional europeia e gerou, talvez, o mais importante debate constitucional da história jurídica ocidental, no qual estiveram envolvidos, na discussão e nos acontecimentos, Carl Schmitt, Hans Kelsen e Hermann Heller. Esses importantes filósofos da política e do direito do final da República Weimar procuraram influenciar o destino dos acontecimentos: o existencialismo comunitarista de Schmitt foi arguido por sua antítese, o positivismo jurídico de Kelsen; a ambos, Heller opôs uma concepção ética de direito, a qual propunha a limitação do poder político, fornecendo argumentos em favor do controle formal do exercício do poder e uma concepção substantiva de direito²².

Em 1932, essas posições foram postas em contraste. Em 20 de julho, o rumo das decisões políticas do governo federal da Alemanha foi posto pelo decreto relativo à “restauração da segurança pública e da ordem na *Länd* da Prússia”. Expedido pelo Marechal de Campo von Hindenburg, então *Reichspräsident*, tal decreto representa um momento crucial na derrocada do primeiro experimento democrático da Alemanha.

A expedição de decretos foi autoridade dada ao presidente pela seção relativa aos poderes de emergência da Constituição de Weimar, em seu conhecido Art. 48. Sob o argumento de imperícia na condução dos assuntos na Prússia, o Chanceler do Reich, Franz von Papen, então interventor na Prússia, recebeu o controle maquinário político prussiano. O decreto, expedido sob o comando do gabinete de Papen,

²¹ Entre os *Festschriften* estão *Sociedade, Estado e Direito*, editado por Verdross, e um número especial da *Revista de Direito Público* (volume XI, caderno 3), editado por Métall.

²² DYZENHAUS, D. (Mar, 1997). "Legal Theory in the collapse of Weimar: Contemporary Lessons?" *The American Political Science Review* Vol. 91(No. 1): 121-134.

integrou uma clara estratégia política de ataque à social democracia, viabilizando a reação autoritária à agitação social que se verificava na Prússia, orquestrada pelo ministro da defesa, General von Schleicher. A alegação de inabilidade e relutância do governo da Prússia em lidar com a questão social prussiana, atentava ao mesmo tempo contra uma sociedade que se politizava (e, por isto, se agitava) e uma gestão composta por uma coalizão na qual dominava o principal partido socialista, o Partido Social Democrata (SPD). Remover esse decreto removeria essa coalizão, a mais importante base da resistência institucional contra a marcha Nazi em direção ao poder, seria a principal obra do decreto. Schleicher e os outros aristocratas ligados ao Gabinete de direita Papen pretenderam seguir o afastamento do SPD da política do eliminação do comunismo e da neutralização de Hitler.

No momento do golpe, o governo prussiano considerou a hipótese de resistência armada, mas os social-democratas, comprometidos com a legalidade, optaram por desafiar a validade constitucional do decreto perante o Tribunal Constitucional, criado pela Constituição Weimar (*Staatsgerichtshof*) para resolver as disputas constitucionais entre o Governo Federal e a *Länder*. O desfecho do processo é conhecido: o Tribunal Constitucional manteve o decreto, comunistas foram “eliminados”, mas Hitler não foi neutralizado.

O significado jurídico e político desse caso assumiu forma através das posições tomadas pelos teóricos do direito diante da Corte. Isto transformou o debate legal numa espécie de embate de filosofias do direito. Nele, Schmitt adotou argumentos coerentes com sua posição proeminente entre os juristas da direita, tornando-se o principal conselheiro jurídico de Schleicher; Heller defendeu a delegação parlamentar dos socialistas prussianos; e Kelsen, que não participaria dos procedimentos diante da Corte, escreveu uma análise detalhada do julgamento antes de sua publicação oficial.

Por muitos anos, Kelsen foi um dos principais alvos de Schmitt. A posição de Schmitt e a análise do julgamento elaborada por Kelsen ficaram conhecidas como o a polêmica sobre guardião da Constituição de Weimar. Uma batalha acadêmica que, nascida da lida prática com o direito, também foi resolvida na Corte, a qual decidiu pela posição de Schmitt. Nove meses depois, com Hitler no poder, Schmitt se uniu ao Partido Nazista e ofereceu-lhe seus serviços jurídicos. Kelsen, democrata e judeu, foi forçado a sair de seu posto de Decano na Universidade de Colônia em 1933. Ele

construiu seu caminho via Genebra e Praga para os Estados Unidos, onde continuou a trabalhar e publicar até a sua morte, em 1973.

Heller morreu em 1933 em Madrid. Ele tinha apenas 42 anos e estava tentando estabelecer um quadro geral ou completo da sua filosofia do direito no seu *Staatslehre*, (Teoria do Estado)²³. Foi um importante participante dos debates sobre o Direito Público e a teoria do direito na Alemanha, especialmente ao final de Weimar, mas em comparação com Schmitt ou Kelsen, ele recebe pouca atenção na Alemanha e, até muito recentemente, foi quase desconhecido do mundo anglofônico.

No fim de janeiro de 1933, quando tomaram o poder os nacional-socialistas, Hans Kelsen sabia que não permaneceria em Colônia. De fato, teve notícia de sua demissão através de uma notícia de jornal. À época, as demissões ainda não se justificavam por motivos raciais, senão por filiação política, sobretudo a marxista. Embora tenha tentado se manter neutro com relação aos partidos políticos e seu trabalho contivesse uma clara crítica à teoria marxista do direito, o fundamento formal de sua demissão a Lei de Empregados do Governo de 7 de abril de 1933, dirigida a neutralizar orientações marxistas. De modo que, já em 1933, Kelsen não foi perseguido somente por sua simpatia pela socialdemocracia, senão também por sua origem judaica, a qual lhe forçaria ao exílio.

A Faculdade de Direito de Colônia manteve unânime apoio a Kelsen, tendo seus membros produzido um documento endereçado ao comissário do Reich do Ministério Prussiano de Ciência, Arte e Educação, solicitando a permanência do professor. O único que se recusou a assinar o documento foi Carl Schmitt, conselheiro estatal nazi, embora todos soubessem, inclusive ele, que sua presença em Colônia se devia em larga medida às recomendações de Kelsen.

Surpreende que Kelsen só tenha deixado a Alemanha no final de abril de 1933, já que a perseguição aos judeus começara no dia 1º deste mês. A princípio, Kelsen pareceu descrente do iminente desenvolvimento da situação política que, a rigor, já se insinuava com custos diretos à vida dele há muitos anos. Quando regressou a Viena, no fim de abril, com o objetivo de procurar um trabalho sem o obstáculo da vigilância das correspondências que operava na Alemanha, constatou a urgência de se proteger ao ler em um periódico vienense a imposição da apreensão

²³ Gehart NieMeyer, assistente de Heller à época, trabalhou no manuscrito até que se tornasse publicável, o que ocorreu em 1934, na Holanda.

dos passaportes²⁴ de 16 professores que se encontravam licenciados²⁵, com vistas a garantir que não seguissem para outros países e “começassem campanhas “anti-alemãs”. Einstein e Kelsen são os únicos nomes citados na notícia, este último como um exemplo perigoso de professor com excelentes contatos internacionais.

Mais uma vez Kelsen tomou uma atitude aparentemente incongruente com o cenário político: voltou de Viena a Colônia, possivelmente porque sua esposa, Grete Kelsen, e as filhas ainda estavam lá. E fez questão de solicitar uma permissão legal para sair do país à mesma autoridade que confiscava passaportes de professores judeus. Mas foi ajudado por um abnegado e desconhecido empregado subalterno da universidade, cujas relações com o partido nazi o permitiam conseguir a autorização. Sem dúvida, Kelsen teve a ajuda de e de muitos amigos. O fato de ter que deixar seu cargo na universidade, perder sua aposentadoria, vender seus bens e deixar seu lar são circunstâncias tristíssimas. Mas, pelo menos na descrição biográfica de Métall²⁶, Kelsen parece suportá-las com um comportamento que aparenta mais elegância do que ingenuidade. Depois de voltar a Colônia e solicitar a autorização formal para viajar, providenciou que sua biblioteca e manuscritos fossem transportados para o novo destino.

Não havia propostas para países de língua alemã, o que para alguém cuja ferramenta de trabalho é a palavra é um problema bastante infeliz. Havia propostas para a Inglaterra, EUA e Suíça. Kelsen optou por permanecer na Europa e fixar-se em um lugar conhecido, tendo seguido para Genebra, em setembro de 1933. Isto lhe custou preparar, traduzir e treinar a pronúncia de cada aula, por cerca de um ano. Lá, a exemplo do que ocorrera em 1930, ministrou cursos de filosofia e direito internacional.

Portanto, até 1934, ano de publicação da primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, o percurso de Kelsen foi marcado por forte instabilidade profissional e enorme coerência intelectual. Os temas contidos em *Hauptprobleme*, de 1911, desenvolvidos em *Teoria Geral do Estado* (1925) encontram forma sistemática na *Teoria Pura do Direito*, publicada editora vienense F. Deuticke que, em 1905, publicara o primeiro trabalho, *A filosofia Política de Dante*. A primeira apresentação

²⁴ A motivação da medida havia sido a convocação de Einstein para trabalhar na França.

²⁵ As licenças eram medidas de afastamento que tinham, na verdade, o efeito de iniciar o processo de perseguição.

²⁶ MÉTALL, Rudolf Aladár (1976). *Hans Kelsen: vida y obra*. Op. cit. 66

completa da *Teoria Pura do Direito* foi traduzida para italiano, japonês, coreano e espanhol. Não foi, portanto, traduzida para o português²⁷.

A ausência do tema da interpretação em *Teoria Geral do Estado*, de 1925, pode indicar que este foi um dos assuntos que o impulsionaram a escrever a *Teoria Pura do Direito*. Até a publicação da *Teoria Pura*, as normas secundárias, sobre as quais incide a interpretação judicial, eram lidas como normas carentes de valor ontológico jurídico. Assim, uma norma secundária seria tão-somente um nominalismo conceitual para expressar brevemente a realidade jurídica contida em uma norma primária. Disto decorre que nada verdadeiramente jurídico se poderia extrair da norma secundária.

Mas por que a interpretação judicial incide sobre normas secundárias? Por que a norma secundária somente expressa o que uma norma primária contém? O que são normas primárias e secundárias? O que significa que normas secundárias não têm valor ontológico jurídico?

A *Teoria Pura do Direito* mostrou um novo panorama. A interpretação judicial, ainda que se desenvolva dentro da norma secundária, é parte essencial da dinâmica jurídica. A norma secundária teria, pois, adquirido valor ontológico-jurídico, o que ampliaria o campo de gravitação da pretendida pureza metodológica. E, somada ao reconhecimento da esfera de licitude enquanto exercício de liberdade, faria desaparecer a contradição entre esta e a realidade, objeção de tradicionalmente levantada pelos detratores da teoria pura. A presença do kantismo, centro da acusação de irrealismo, apenas põe a Lógica na base da matéria que o livro elabora, aliás, com originalidade. A Lógica é a ordenadora da ciência, a qual está em permanente referência com a realidade. A questão epistemológica da relação entre a Lógica e a ciência *Teoria Pura do Direito* já então não pode ser posta em termos da distância entre pensamento e realidade.

Não obstante, esse tema não parou de causar perplexidades. De fato, a publicação da *Teoria Pura* visou a tornar claros os princípios que põem em

²⁷ “Em 1933, como preparação à esta obra, havia publicado um amplo ensaio sobre o método e os conceitos fundamentais da teoria pura, o qual foi traduzido para nove idiomas (búlgaro, inglês, francês, italiano, polonês, português, sueco, espanhol e tcheco)” MÉTALL, Rudolf Aladár (1976). *Hans Kelsen: vida y obra*. Op. cit. p. 72. Existe uma publicação pela Livraria Acadêmica, de 1939, intitulada *Teoria Pura do Direito*. Mas não se trata da tradução da primeira edição da obra de 1934, senão de uma tradução do estudo preliminar elaborado por Kelsen em 1933, ao qual se refere Métall.

movimento a ciência do direito, certamente com vistas a responder de forma sistemática às acusações de irrealismo, notadamente de matriz schmittiana, seu histórico detrator. A rigor, não perceber de que formal esses princípios foram mobilizados com vistas a produzir uma ciência que justamente pudesse manter com a realidade a relação mais verdadeira possível, é reproduzir, frequentemente acriticamente, argumentos schmittianos.

No contexto da crise da República de Weimar, Schmitt se declarou adversário político de Kelsen. O que não causa espanto, uma vez que o pluralismo liberal, cujo modelo institucional seria a democracia parlamentar, advogado por Kelsen, só poderia encontrar resistência na reflexão de um teórico que se fixou na história do pensamento como um dos principais teóricos da razão de Estado. No embate teórico-político, Kelsen e Schmitt elaboraram argumentos teóricos partindo de um ponto em que teoria e prática costumam se encontrar: na relação entre ideias e tempo. No caso dos dois juristas, no embate entre normativismo e antinormativismo.

Existem concepções segundo as quais Carl Schmitt opunha o modelo de ciência jurídica válida segundo “o pensamento concreto da ordem” ao que referia, pejorativamente, como modelo normativista, ou puro. À abstração e ao suposto formalismo de Kelsen, Schmitt contrapunha uma concepção material do direito. Contra a ideia de um sistema lógico-formal, cujo rebatimento prático seria a construção lógica de uma sentença, mediante subsunção do caso particular à norma, Schmitt advogava a discricionariedade essencial do magistrado e sua independência intelectual²⁸.

Sabe-se que a questão é mais complexa do que o argumento anterior parece sugerir. Em Kelsen, o sistema lógico esbarra na discricionariedade judicial. A interpretação em Kelsen assume que a decisão tem natureza de política jurídica. Isto o distancia da jurisprudência do século XIX. Em Schmitt, ao contrário, a decisão é um ato do poder soberano e submete o poder judiciário. O juiz deve, segundo Schmitt, funcionar metodologicamente como um tipo normal, que reproduz as decisões do tribunal, reproduzindo a vida do direito. Não há aqui discricionariedade, mas apenas reprodução sistemática do judiciário. O juiz, para

²⁸ GOYARD-FABRE, S. (2006). *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. São Paulo, Martins Fontes. p. 230.

Schmitt, é a boca da lei²⁹.

Não surpreende que entendesse que não só o julgamento judicial, mas a ordem jurídica inteira “repous(asse) numa decisão e não numa norma”. Em sua posição, se condensa a famosa antítese entre decisionismo e normativismo, em que o primeiro privilegiaria o conteúdo e o segundo a forma da ordem jurídica. A rigor, Kelsen não enfrenta o problema da interpretação. Apenas aponta que a hermenêutica não é uma questão a ser elaborada pela teoria do conhecimento. Rompendo com as pretensões científicas do século XIX, Kelsen informa o caráter político e decisionista da aplicação do direito. Tal relatividade do ato de aplicar a norma era inadmissível para um autor vinculado a valores absolutos como Schmitt, como era inadmissível para os juristas fixados nos padrões de cientificidade do século XIX, positivistas no sentido pejorativo que se quer, nos dias de hoje, atribuir a Kelsen³⁰.

Schmitt viu no sistema kelseniano uma incoerência irreparável: à redução da ordem normativa a seu aspecto formal, que seria supressora da validade objetiva das normas, soma-se o fato de que do discurso de Kelsen poder-se-iam deduzir duas ideias de normatividade, ambas incoerentes. A caracterização da normatividade (ordem normativa) apenas pela forma do *Sollen* não distinguiria entre a ordem jurídica e a do saltador de estrada. E, se introduzidos na normatividade considerações de conteúdo (ou valor), a ordem de direito deixa de ser ordem de coerção.

Há muitos equívocos na apreciação que Schmitt faz de Kelsen. A razão para eles só se pode supor. Talvez porque instrumentalize sua argumentação filosófica em favor da ressonância política que dela pretende extrair³¹, ignorou completamente a inspiração criticista da problemática da teoria pura e não enxergou pontos que Kelsen insistiu exaustivamente em fazer. Confundiu, por exemplo, falar da forma como Kelsen concebe o direito e falar da forma como Kelsen concebe falar do direito. Desencadeou-se, então, uma briga de métodos que atualizou o conflito entre realismo e idealismo do século XIX, em termos segundo os quais o pensamento concreto responde ao necessário (ou a realidade) e

²⁹ SCHMITT, C. (1912) *Gezetz und Urteil.*; (1931) *O Guardião da Constituição.*

³⁰ KELSEN, H. (2006) *Teoria Pura do Direito.* Op. cit. cap. VIII; SCHMITT, C. *Teologia Política.*

³¹ GOYARD-FABRE, S. (2006). *Filosofia Crítica e Razão Jurídica.* Op. cit. p. 257 e ss.

o abstrato (como antes) responde a si mesmo. Aparentemente, é a forma segundo a qual o pensamento de Schmitt se relaciona com o tempo, que autoriza, assim como a razão de Estado, uma leitura pobre da obra de Kelsen.

Schmitt ou bem pretendeu ser adversário do logicismo sem dominar, ou pelo menos, considerar, os seus termos, ou quis fazer de Kant seu aliado contra Kelsen, pervertendo o sentido da reflexão crítica do conhecimento. Desfigurando Kant, não compreendendo Kelsen, refutando-o em termos schmittianos, afirmando simplesmente que a fundação pura do direito não é seu índice de validade, já que somente a realização do direito expressa a sua verdade. Ocorre, entretanto, que Kelsen não operou a purificação do direito esvaziando-o de substancialidade material. Não é o direito que é puro, mas a teoria por ele elaborada para apreciá-lo com base na reflexão crítica. Ao omitir a importância das questões de método para o racionalismo crítico, ignora a base filosófica da teoria pura e não logra atingi-lhe a essência. De fato, Kelsen adverte no prefácio à primeira edição da *Teoria Pura* que o “postulado metodológico fundamental” da obra estaria exposto à incompreensão de inúmeros leitores³².

Trata-se da distinção kantiana entre razão e entendimento, ou entre o ato de pensar e o de conhecer, não operada por Schmitt e por inúmeros leitores de Kelsen. Resistentes ao método crítico, não viram o que a teoria pura busca a legitimação lógica da ordem jurídica – e por vezes, identificaram o que ela não realiza, como a legitimação de conteúdos da ordem jurídica (operação eminentemente schmittiana). Não perceber essa distinção conduz ao erro comum de converter um ato de reflexão (metodologicamente vigilante) num ato de saber (que não problematiza os limites imposto ao conhecimento pela própria razão), à ocultação da especificidade do transcendental e abre caminho para supor uma concepção de direito fechada às exigências de sentido e valor, ou para a equivalência entre normativismo e formalismo – ou, pior, irrealismo³³.

Naturalmente, é possível discordar da teoria do conhecimento que orienta Kelsen. Mas, para tanto, é necessário conhecê-la. Ela já está toda na primeira edição da *Teoria Pura*. Não é absurdo que um intelectual imerso nas consequências da apropriação de argumentos jurídicos com fins políticos se preocupe com questões de

³² KELSEN, H. ([1934] 1990) Introduction to the Problems of Legal Theory. Op. cit. p. XII

³³ GOYARD-FABRE, S. (2006). *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. São Paulo, Martins Fontes.

método, com o rigoroso estabelecimento dos critérios de fundação da ciência e que repouse ambas as coisas sobre uma concepção dos limites da atividade de conhecer. Kelsen amadureceu ao longo dos anos a problemática do conhecer que já aparecia em *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911, e que se manterá na *Teoria Pura* nos termos de que a “realidade jurídica não é o que é, mas o que é cientificamente cognoscível”³⁴.

De sorte que a produção intelectual de Kelsen é intensamente ligada à preocupação com a verdade que orienta toda produção de conhecimento desde o século XVII, mas que, na reflexão sobre o direito do século, se encontrava prejudicada pela acolhida de conteúdos valorativos na definição do conceito de direito. Uma operação que, embora realizada por juristas positivistas, Kelsen remontava a uma lida jusnaturalista com a teoria do direito.

Entretanto, já foi acusado da mesmíssima maneira. A posição de Kelsen, a propósito da ideia de direito natural, levou “muitos leitores a lhe atribuir um juspositivismo que não caracteriza a sua teoria pura”³⁵. Não mais do que Kant acerca da metafísica, Kelsen não é “um empreendedor da demolição”, como pretendeu Heine: ele não intenta destruir as teorias do direito natural; pretende pura e simplesmente situá-las na ordem metafísica própria delas da qual não participa sua visão científico-crítica³⁶.

Até a publicação da segunda edição, Kelsen percorreu muitos lugares, instituições e assuntos. Em Genebra a atividade de Kelsen foi enorme, tendo se dedicado também à teoria política, sobretudo aos temas que o momento impunha, como o Estado unipartidário e a ditadura de partido. E, como membro do *Institut International de Droit Public* e do *Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, seguiu com seus estudos em direito internacional, filosofia e sociologia do direito. Deu continuidade ao trabalho sobre o direito natural, o qual começara em Viena e em Colônia e, a partir do contato com a etnografia como ferramenta de estudo da religião, deu sequência à sua reflexão sobre a alma. Desde 1936, aceitou o convite para lecionar em Praga, o que incluía um plano de aposentadoria e a cidadania tcheca, mas manteve seu posto em Genebra, onde

³⁴ ATIAS, C. (1991). *L'évolution de la philosophie du droit*, PUF. Op. cit. 261

³⁵ GOYARD-FABRE, S. (2006). *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. São Paulo, Martins Fontes.

³⁶ KELSEN, H. ([1945]1997). *Théorie générale du droit et de l'État*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. p. 435-492.

permaneceu a família. Em 1939, seu trabalho sobre a causalidade estava pronto para publicação, embora, em consequência das circunstâncias políticas, só tenha vindo a público em 1946.

Em 1939, suas filhas já haviam emigrado, uma para a Palestina, outra para os EUA. Para deixar o país, Kelsen contou com um convite da New School for Social Research, o que lhe possibilitou um visto de rápida expedição e lhe garantiu deixar com a esposa a Europa. Todos os seus bens, inclusive sua biblioteca, foram vendidos. Seus manuscritos foram armazenados, mas desapareceram. De Genebra, seguiram para Zurique para obter o visto americano. De lá, para Locarno, onde embarcaram no último avião para Barcelona, de onde seguiram viagem à Lisboa e, finalmente, para os EUA.

Em 1940, aos 60 anos, Kelsen começava mais uma vez a vida profissional em um novo lugar. Em princípio, foi lecionar em Harvard, a convite de Roscoe Pound. Os anos lá foram produtivos, apesar de mais uma vez estar publicando em um idioma que não lhe era familiar.

Interessa pensar que, nessa sua estada em contexto tão diverso, a tradição jurídica da common law e a filosofia analítica, características do mundo anglo-saxão, deixaram marcas na sua produção. Kelsen se dedicou a refletir sobre um diálogo possível entre a teoria pura e a jurisprudência analítica, o que rendeu o ensaio publicado na *Harvard Law Review*³⁷.

Para dar a conhecer suas ideias fundamentais nesse novo meio, publicou em língua inglesa seus trabalhos sobre o direito como técnica social e sobre os juízos de valor na ciência jurídica³⁸. Seus trabalhos sobre retribuição e causalidade tiveram uma versão resumida publicada em 1941. Seguiu dedicando-se ao direito internacional, com ensaios sobre o reconhecimento, problemas do pós-guerra e a revisão do pacto da Liga das Nações. Neste momento, algumas traduções em espanhol de seus trabalhos começaram a aparecer na Argentina. De fato, a versão argentina da Primeira Edição da *Teoria Pura do Direito* data de 1941.

³⁷ KELSEN, H. (1941). "Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence." *Harvard Law Review* **40**(44).

³⁸ Um recenseamento completo da bibliografia publicada em língua inglesa se encontra ao final desse trabalho.

Também por indicação de Roscoe Pound, Kelsen recebeu, em 1942, uma indicação para ser professor visitante no departamento de ciência política de Berkeley, onde viria a ter a estabilidade que não encontrara em Harvard. Na Califórnia, Kelsen começou a desenvolver uma atividade intelectual nova³⁹. Seria “a última morada do cansado peregrino”, como afirmou, curiosamente citando um dos mais virulentos detratores de Kant, Heirich Heine⁴⁰.

De início, quando se mudou para Berkeley, a atividade intelectual de Kelsen foi inteiramente dedicada à docência e à assessoria técnica do governo norte-americano nos processos do pós-guerra. Nos semestres de outono e primavera, 1942-43 e de verão e outono, 1943-44, ministrou uma cátedra e um seminário de direito internacional. Nos seus cursos, advogou a criação de um Tribunal Penal Internacional e de uma Organização Jurídica Internacional, compostas por Estados-membro. Em 1944, não ministrou cursos, pois foi chamado a Washington como assessor técnico do Bureau of Areas, Liberated Areas Branch, Economic Institutions Staff, onde colaborou nos preparativos para a administração dos territórios que os aliados liberariam dos alemães, sobretudo a Áustria. No semestre de outono e primavera de 1944-45, ministrou a cátedra intitulada “Origins of Legal Institutions”. Licenciou-se no semestre de primavera e verão de 1945 para atuar em Washington como assessor técnico da War Crimes Comission, quando se ocupou com os preparativos técnico-jurídicos dos processos de Nüremberg contra os criminosos de guerra nazi, embora sem tomar parte no julgamento. Ainda em 1945, tornou-se full professor na Universidade da Califórnia e adquiriu a cidadania norte-americana.

Entretanto, o fato de que nem a atividade docente nem a de assessor eram demasiado absorventes, esse foi um período em que Kelsen publicou muito. A tradução para o inglês de *Platonisch Liebe*⁴¹ e um artigo sobre as constituições norte-americana e austríaca data de 1942. *Society and Nature*⁴² saiu em 1943, recebeu uma versão inglesa em 1946 e logo foi traduzido para o espanhol. Mais profusa foi a publicação sobre temas do direito internacional, como o livro *Peace Through Law*⁴³ e muitos ensaios. Em 1945 foi lançada a edição americana de *Teoria Geral do Direito e*

³⁹ MÉTALL, Rudolf Aladár (1976). *Hans Kelsen: vida y obra*. Op. cit. p. 85

⁴⁰ HEINE, H. (2010). *História da Religião e da Filosofia na Alemanha*. São Paulo, Madras. p. 131.

⁴¹ *Amor Platônico*, sem tradução para o português.

⁴² *Sociedade e Natureza*, sem tradução para o português.

⁴³ *Paz através do Direito*, sem tradução para o português.

do Estado, fruto de muitos anos de trabalho e revisões e traduzido do manuscrito original por Anders Wedberg.

Os anos seguintes foram dedicados à docência. Tendo reduzido a produção em teoria do direito, publicou, não obstante, alguns ensaios e uma significativa contribuição ao *Festschrift*⁴⁴ em honra de Roscoe Pound, intitulado *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, onde reflete sobre as transformações da ideia de justiça. Mas envolveu-se com verdadeira intensidade aos problemas jurídico-positivos surgidos da Carta das Nações Unidas, órgão nascido de suas proposições teóricas. A eles dedicou uma série de estudos especializados, posteriormente reunidos em um livro sob o título *Law of United Nations*⁴⁵, publicado em 1950 e com reimpressões até 1966, o qual foi citado inúmeras vezes nos debates dos órgãos das Nações Unidas.

Durante os meses de julho e agosto de 1949, esteve na América do Sul para uma série de cursos na Universidad de Buenos Aires. Esta visita teria como fruto o famosíssimo volume Kelsen-Cossio, do qual constam as conferências proferidas por Kelsen na Argentina, bem como as opiniões de Cossio acerca da teoria pura desde sua teoria egológica e suas conversas privadas com Kelsen⁴⁶.

Também as questões relativas à teoria política atraíram Kelsen mais do que as de teoria do direito. Datam desse período os textos sobre a teoria do direito comunista (1948) e a teoria política do bolchevismo (1950). Esses renderam a Kelsen o título de burguês e imperialista, possivelmente pelos mesmos nacional-socialistas que antes o acusaram de ser comunista. Entre 1956 e 1959, tomou parte em conferências em Amsterdã, Nova Iorque, Roma e Genebra, onde tratou de temas de teoria política.

Em Genebra, permaneceu por um tempo mais longo, com o objetivo de terminar o manuscrito da nova edição da *Teoria Pura do Direito*, que representava uma versão “totalmente modificada e consideravelmente ampliada”⁴⁷ da de 1934. Ela sairia em 1960, mais uma vez pela Franz Deuticke, de Viena e posteriormente traduzida para o inglês por Max Knight e pelo próprio Kelsen.

⁴⁴ Publicação acadêmica apresentada em vida em honra a um scholar.

⁴⁵ Direito das Nações Unidas, sem tradução para o português.

⁴⁶ Essa publicação, realizada sem a autorização de Kelsen, aumentou a tensão do debate entre ele e Cossio e levou-o a tomar contra o editor “medidas enérgicas” MÉTALL, Rudolf Aladár (1976). *Hans Kelsen: vida y obra*. Op. cit. p. 94.

⁴⁷ É como, no prefácio, Kelsen se refere à segunda edição.

Em que foi modificada a *Teoria Pura do Direito*? De 1934 até 1960, Kelsen ou esteve às voltas com proteger-se de perseguições raciais e políticas, providenciar seu deslocamento e de sua família, trabalho e moradia em lugares sempre novos e nem sempre amistosos; ou esteve mais dedicado à teoria política e ao direito internacional do que à teoria do direito. De fato, Kelsen tinha o hábito de trabalhar com muitas frentes abertas e, depois de um longo tempo de elaboração silenciosa, lançar estudos enormes. E pode muito bem ter realizado alterações consideráveis no conteúdo ampliado e modificado da segunda edição. Não há, em princípio, motivos para desconfiar da profundidade dessas alterações, embora elas mereçam ser esclarecidas. Mas a opção epistemológica, a qual assinala o objetivo generalista e universalista não parece ser uma delas. De fato, tudo na segunda edição foi revisto, ampliado, mas a forma como Kelsen concebe a possibilidade de conhecer o direito permanece; e aprofundada.

Nem a desconfiança em relação ao que antes pareciam definições certas do que é o ser humano, sujeito racional e espiritualmente superior, prejudicaram o programa kelseniano. A suspeita, inaugurada com os resultados da Segunda Guerra Mundial, de que a auto-referência humana pode estar mais próxima da animalidade selvagem, que problematizaram a lida humana com o tempo que vinha das filosofias da história do século XVII, não abalou o projeto de Kelsen, de fato, uma das mais famosas vítimas do processo.

Entretanto, a uma diferença entre o universalismo de Kelsen e os argumentos que pretendem encontrar no tempo um fio condutor, um sentido. Na forma do argumento histórico filosófico, parte-se do suposto de que existe um processo temporal que envolve toda a humanidade, é universal; e representam-se os eventos históricos de maneira a despi-los de autonomia. Eles “perdem sua dignidade própria, seu valor intrínseco, para serem apreciados apenas na medida em que fazem mover a cadeia de causalidades que produz o futuro do presente”.⁴⁸ Trata-se de forma reflexiva e discursiva que realiza a história que pretende descrever. Em uma linha, ela é normativa.

Kelsen também tem uma teoria universalista. Mas não pretende com ela gerar efeitos para o real. Quer descrevê-lo. Sim, o faz desde a normatividade, mas

⁴⁸ ARENDT, H. (1972). *Entre o passado e o futuro*. São Paulo, Perspectiva.

normatividade na jurisprudência pura kelseniana é outra coisa. É uma nota da epistemologia que ele constrói justamente para que o conhecimento produzido não seja mobilizado para realizar nada que não seja conhecer e operar juridicamente com o direito.

Assim, porque se inscreve no esclarecimento e tem uma teoria universal, Kelsen esteve afinado com seu contexto. Mas o geral e o universal de Kelsen são uma construção consciente, da qual depende a possibilidade de conhecer. Não correspondem ao real, diriam seus detratores. Mas nada pode corresponder à variedade do real. Corre-se o risco de representar um aspecto da variedade como o todo. Esse é o problema kelseniano por excelência, o da incancelável pluralidade de valores. De sorte que os que repousaram no recurso à forma a crítica de inutilidade do pensamento de Kelsen tinham razão: fixar particulares como absolutos é algo que a *Teoria Pura* realmente não faz.

1.2. Lugar do texto na periodização em três fases filosófico-pragmáticas

Na introdução à segunda edição de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* já está esboçada a problemática normativa. Não obstante, seu desenvolvimento encontra nova inspiração ao longo dos anos. Trata-se de um pensamento dilatadíssimo no tempo e que, naturalmente, sofreu suas impressões, embora tenha pretendido atravessá-lo mantendo-se vinculado às perguntas iniciais da obra acerca das condições necessárias à cognição do direito como objeto da ciência do direito: como é possível responder às perguntas *o que* (é o direito – como objeto da ciência do direito) e *como* (o direito, enquanto objeto da ciência do direito, é produzido)? Não há um estudo que forneça um mapa exaustivo do pensamento de Kelsen. Mas é possível falar em fases, definidas desde a comparação das escolhas do texto com os momentos em que a presença de Immanuel Kant é mais pronunciada. Três dessas fases seriam o *construtivismo crítico* (1911-1921), a *fase clássica* (1921-1960) e a *fase cética* (1960-1973)⁴⁹.

A primeira fase se inicia em 1911, com a produção de sua *Habilitationsschrift*, tese oferecida como requisito para a aquisição da permissão para o exercício do magistério. O *construtivismo crítico* tem duração até 1921. A escolha do termo “construtivismo” para referir-se ao pensamento produzido nesse período tem razão na “construção” que, na tradição de pensamento jurídico alemão, significa formação⁵⁰. Nesta fase, um dos principais alvos de Kelsen – claros na *Habilitationsschrift* – é o de estabelecer a ciência do direito como uma disciplina normativa.

Definir a ciência do direito como disciplina normativa significa dizer que ela é dirigida às normas e formulada em uma linguagem normativa. Uma linguagem normativa é feita de conceitos normativos, o que é o mesmo que dizer que os conceitos fundamentais do direito devem ser entendidos como conceitos propriamente normativos. O significado disto é que tais conceitos são tidos indisponíveis à reformulação de termos factuais. O esforço empregado na formulação desses conceitos é a empreendimento do construtivismo crítico.

O que é crítico nesse construtivismo já insinua a influência kantiana, que se tornará evidente na fase clássica, mas é presente em alguns pontos da produção inicial

⁴⁹ PAULSON, S. *Normativity and Norms*. Op. cit. p. 153-166.

⁵⁰ *Ibidem*.

de Kelsen. Ela é bem clara em seu empreendimento de purificação de alguns temas da ciência do direito tradicional alemã.

Um período de transição se inicia em 1913 e se estende até o início dos anos 1920. Aqui Kelsen avança temas que desenvolverá na segunda fase, como o da norma básica – ainda que sem o aporte transcendental da influência que a marcará – e a problemática da normatividade – em *O Problema da Soberania*.

Stanley Paulson se refere à segunda fase como *fase clássica*⁵¹. Ela se inicia em 1921 e se encerra em 1960, com a segunda edição da *Teoria Pura do Direito*. Neste momento, Kelsen aduz um argumento neokantiano, não só para reler algumas construções já presentes em *Hauptprobleme*, mas, e sobretudo, como meio de resolver a problemática normativa⁵². Kelsen também adota na íntegra a doutrina da estrutura hierarquizada de Adolf Julius Merkl, que oferece uma caracterização dinâmica do direito, o direito em movimento em seu constante e regenerativo processo de autocriação.

De fato, por volta de 1930, Kelsen introduz, ou pelo menos torna bem mais evidentes, perspectivas empiristas e analíticas em seu pensamento. Há um flerte com a causalidade em Hume⁵³, uma introdução e uma defesa da doutrina das proposições normativas⁵⁴ e a atenção e crescente interesse na lógica formal aplicada à reflexão sobre o direito.

Entretanto, essas e outras perspectivas não suplantam as doutrinas kantianas anteriores⁵⁵. Em diversos de seus trabalhos em história e filosofia, Kelsen subscreve a doutrina da causalidade de Hume, uma subscrição que, em seus trabalhos de teoria do direito, segue ao lado da doutrina da imputação, cuja inspiração é a doutrina kantiana da causalidade⁵⁶.

⁵¹ Idem. p. 157.

⁵² Ibidem.

⁵³ A causalidade, ou numa tradução mais literal, a causação, é a mais forte relação associativa e também a mais importante já que “by means of that relation alone we can go beyond the evidence of our memory and senses.” A causação é a base de todas as reflexes sobre matérias de fato (matters of fact), e em nossos “reasonings ... it is constantly supposed that there is a connexion between the present fact and that which is inferred from it” (HUME, 1975, 26-7).

⁵⁴ Resulta a diferença entre normas e proposições normativas, as quais referem-se ao resultado da reflexão propriamente jurídica – científica – sobre o fenômeno jurídico.

⁵⁵ PAULSON, S. *Normativity and Norms*. Op. cit. p. 22

⁵⁶ Ibidem.

Fase Clássica. É útil pensar a fase clássica como dividida em dois períodos. Um período neokantiano (1921-35), seguido de por um período híbrido, com influências neokantianas e elementos analíticos (1935-60). Ainda assim, ambos são parte de um mesmo todo, a fase clássica, cuja dimensão neokantiana é predominante do início ao fim (Idem).

Fase Cética. A fase cética corresponde ao período em que Kelsen revisa temas centrais presentes nos argumentos advogados na fase clássica. Ela vai de 1960, até pouco antes da morte do autor, em 1973, quando havia deixado a atividade reflexiva profissional. Esta fase é marcada inicialmente por doutrinas contidas na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* e de ideias cuja expressão foi dada pela correspondência entre Kelsen e Klug. Não há consenso acerca do quanto Kelsen se distancia das ideias da fase clássica, mas, segundo Paulson, é nítido que Kelsen abandona todas as doutrinas kantianas da fase anterior. Igualmente nítido é que ele passa a defender uma teoria voluntarista (ou da vontade) do direito, a teoria mesma que ele com tanta veemência combateu nas fases anteriores. A expressão mais acabada deste momento está contida na *Teoria Geral das Normas*, obra publicada sem autorização de Kelsen, postumamente, em 1978.

Como é na chamada fase clássica que estão localizadas as duas edições da *Teoria Pura*, onde as questões relativas à validade são enfrentadas com todo fôlego por Kelsen, é sobre ela que esta reflexão se deterá. Em ambas as edições, a *Teoria Pura* contém a expressão mais acabada da abordagem kelseniana da validade. Há uma profusão de temas contidos na obra, mas todos dependem da leitura kelseniana da validade desde a ferramenta intelectual da normatividade. Isto porque a normatividade é o pilar do conhecimento do direito tal como advogado na obra que, em alguns momentos, remonta a uma espécie de libelo da ciência do direito.

A chegada de Kelsen à normatividade depende da distinção entre *ser* e *dever ser*. Um aviso faz-se imediatamente necessário. O *dever ser* não é para o conhecimento a forma prescritiva que é para o direito. Se fosse, contradiria a separação entre direito e moral que caracteriza o positivismo legal e que orienta o pensamento de Kelsen. De fato, a tradição de análise da teoria do direito caracteriza os tipos competidores de teorias em termos desse único par: *separação vs. moralidade*. Há, entretanto, um outro par de teses, que opõe *facticidade* e *normatividade*. Os dois pares podem ser lidos pela distinção entre *ser* e *dever ser* da

seguinte forma: no campo do *ser*, opera-se pelas teses da *separação* e da *facticidade*; e no do *dever ser*, pela *moralidade* e pela *normatividade*⁵⁷. Mas como Kelsen harmoniza o reconhecimento de a normatividade como operadora necessária da ciência do direito com a separação que é o núcleo duro do positivismo legal? A distinção *ser vs. dever ser* parece ambígua, pois Kelsen parece dizer que *ser* e *dever ser* extraem seus valores do par *separação vs. moralidade* e, ao mesmo tempo, do par *facticidade vs. normatividade*. A harmonização dessas formas que tradicionalmente rivalizariam ocorre na medida em que do ponto de vista do par separação vs. moralidade, normas de direito pertencem ao ser e normas de moralidade ao dever ser. Do ponto de vista do par facticidade vs. normatividade, normas legais pertencem ao dever ser e concatenações de fatos, que contrastam com normas de direito, ao ser.

Ao contrário de abordar o direito como se a distinção entre direito natural e o positivismo com base em fatos encerrasse todas as possibilidades, Kelsen extrai o segundo par de teses, *facticidade vs. normatividade*, da distinção entre fato e valor operada pelos neokantianos de Heidelberg, que introduziram e defenderam a distinção em nome do *dualismo metodológico*⁵⁸. Kelsen segue a estratégia, localizando sua própria teoria no quadro como um novo tipo, representando um *meio termo* entre as teorias da tradição. Sua teoria inova ao aproximar a teoria da separação e a da normatividade, extraíndo de cada uma o que é possível e deixando de lado o que não é, isto é, preservando a separação, mas dispensando a facticidade do positivismo, e preservando a normatividade, mas dispensando a moralidade do direito natural.

Kelsen se localiza no quadro de pares teóricos da seguinte forma:

	moralidade	separação
facticidade	-----	positivismo

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

normatividade	direito natural	Kelsen

Assim, ao defender uma versão da tese da separação, Kelsen fala como um positivista. Entretanto, postula que, embora a ciência do direito deva fundar-se na separação (preservando a distinção entre direito e moral do par separação vs. moralidade), não deve apelar aos fatos como recurso explicativo (preservando a normatividade do par que esta compõe com a facticidade) para, com isto, não permitir que a reflexão fixe, ou generalize, uma concepção particular de moralidade. Note-se que, desta forma, a normatividade kelseniana que blindar a teoria pura de um resultado normativo. Mas de que maneira Kelsen instrumentaliza a explicação do direito e da obrigação legal rejeitando o apelo explicativo ao fato e à moralidade?

A *Teoria Pura do Direito*, tal como é desenvolvida na fase clássica, responde a uma questão familiar aos leitores de teoria política e do direito: por que devo obedecer à lei? A ela, Kelsen oferece respostas de inspiração normativa. Contra a teoria imperativa, que postula que a lei deve ser obedecida porque foi emitida por uma autoridade, Kelsen argumenta que cláusulas “porque” apenas reiteram fatos e fatos não podem responder a perguntas justificatórias. O comando não deve ser obedecido porque foi emitido por um soberano dotado de autoridade, ou por Deus, mas, antes, porque deve ser obedecido. Inicialmente, antes da fase clássica, esta é a forma pela qual Kelsen põe a problemática normativa. O caráter irreduzivelmente normativo dos conceitos jurídicos, seu caráter *sui generis*, encontra sua expressão mais instrutiva na primeira edição da *Teoria Pura*:

“If one deprives the norm of the “ought” of meaning, then there will be no meaning in the assertions (...), all the thousands of statements in which the life of the law is manifest daily will have lost their significance. For it is one thing to say that A is obligated to (...), and quite another to say that there is a certain chance (...).”⁵⁹

⁵⁹ KELSEN, Hans (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Op. cit. p. 22.

De sorte que o núcleo da distinção entre o pensamento de Kelsen e o positivismo tradicional é a tese da normatividade. Ela corresponde à noção de que conceitos como o de norma legal, *dever ser* e obrigação devem ser explicados independentemente de qualquer apelo aos fatos – no que contrasta, por exemplo, com o recurso de Herbert Hart aos fatos sociais⁶⁰.

A tese da normatividade não pode ser completamente apreciada, entretanto, sem a tese da separação. Nas versões da tese da normatividade presentes nas orientações do direito natural, a normatividade é corolário da moralidade. Na teoria de Kelsen, a teoria da separação cancela qualquer apelo à moralidade. Sua tarefa é a de explicar e advogar a normatividade sem o recurso à moralidade. É esta especificidade, a defesa da normatividade conciliada à separação, que leva Paulson a referir-se à normatividade em Kelsen como a *problemática da normatividade*.

⁶⁰ HART, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press. p. 22.

CAPÍTULO II – ESTUDO PARA A LEITURA COMPARADA DAS DUAS EDIÇÕES DA *TEORIA PURA DO DIREITO*

2.1. Sobre a distinção entre edição e versão de uma obra e as versões mobilizadas no trabalho comparativo

A caracterização do momento editorial de um livro varia enormemente de acordo com o lugar e quando em que ele foi editado. Uma *primeira edição* francesa do oitocentos pode ser identificada a partir de características completamente distintas daquelas de uma *primeira edição* americana do mesmo período, ou de uma francesa de alguns anos depois. Entretanto, se as variações se restringissem ao lugar e ao ano em que o livro foi publicado, a tarefa de identificar sua edição seria muito mais fácil do que de fato é. Há muita liberdade na caracterização que o editor faz do momento editorial do livro. É muito comum, por exemplo, que o termo “reimpressão” seja substituído por “edição”. Assim, a expressão *primeira edição* pode referir-se ao texto original ou à 1ª reimpressão da versão revista do texto. Naturalmente, todas as caracterizações tem suas razões, mas o fato de que não há padrão torna a identificação de uma *primeira edição* especialmente problemática.

Nos termos técnicos pertinentes à atividade de publicar livros, uma *primeira edição* corresponde a todas as cópias de um livro que foi impresso desde a mesma configuração de tipos⁶¹. Esta é uma maneira de se referir à forma para falar do conteúdo. Isto é, as reimpressões de um livro que observam a mesma configuração tipográfica, não apresentariam alterações substanciais e seriam, portanto, apenas a 2ª, 3ª etc. reimpressões de uma mesma edição.

Dessa maneira, ainda que um livro seja apresentado de forma significativamente distinta da original, só seria descrito como segunda edição, se fossem feitas alterações substanciais. Por exemplo, a cada vez que um editor lança um mesmo título, mas sob um formato diferente - como um livro originalmente lançado

⁶¹ Todas as informações acerca dos modos de identificar as edições de um livro foram extraídas de AHEARN, Patricia. (2011) *Collected Books: The guide to identification and values*. Maryland: Quill & Brush.

com capa dura e, posteriormente, disponibilizado como brochura - poderá ainda descrevê-lo como *primeira edição*⁶².

O editor pode incluir a informação *primeira edição* na página de direitos autorais, o que facilita a identificação. Também pode escolher identificar a *primeira edição* inserindo na mesma página uma sequência de números. Normalmente, se o número 1 começa a sequência, trata-se de uma *primeira edição*. Há vezes em que uma sequência numérica, da qual não consta o número 1, é acompanhada da expressão “primeira edição”. Trata-se de uma *primeira edição* que já não se encontra na sua primeira impressão. Neste caso, o primeiro número da sequência corresponde ao momento das reimpressões. Por outro lado, se a data constante da página de direitos autorais for a mesma da que consta da página do título do livro – prática comum no século XIX – provavelmente se trata de uma *primeira edição*.

Muitos elementos podem se somar na identificação de uma *primeira edição*. Os mencionados indícios formais podem ser confirmados por relatos e citações dos leitores, que tornariam possível estimar o momento em que o livro tornou-se acessível. Não por acaso, para um colecionador, a *primeira edição* de uma obra corresponde à sua *primeira aparição*. Por este mesmo motivo, é possível falar – coloquialmente – em “primeira edição brasileira”, por exemplo.

Para os fins desse trabalho, seria pertinente, portanto, conhecer as ocorrências do livro de Kelsen nos discursos de brasileiros desde a sua publicação, embora, a menos que a citação refira-se explicitamente à *primeira edição* da *Teoria Pura do Direito*, de 1934, poder-se-ia estar a referir-se a obras anteriores, em que a teoria pura já estava em desenvolvimento e já tinha nome. Optamos, pois, por partir da primeira impressão da *primeira edição* realizada por um editor alocado no Brasil. Trata-se da versão brasileira de 1939, que compõe a portuguesa Coleção Studium e que representa um dos primeiros investimentos editoriais da Livraria Acadêmica, fundada pelo “Conselheiro” Saraiva, em 1914.

Desde 1917, a famosa livraria do Largo do Ouvidor havia estendido suas atividades comerciais, passando a editar livros jurídicos sob os auspícios de sua vizinha, a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, na cidade de São Paulo. A versão de 1939 é uma impressão em solo pátrio da versão portuguesa da *primeira*

⁶² Como ocorre, por exemplo, com a coleção Penguin Classics, cuja versão em brochura (*first paperback edition*) é descrita como *first edition thus*.

edição da Teoria Pura do Direito. A tradução é de Fernando de Miranda, e o longo prefácio é de Fernando Pinto Loureiro, ambos da Universidade de Coimbra.

Comparada à versão argentina, publicada dois anos depois, em 1941, a versão luso-brasileira põe mais problemas. Não há referência acerca do texto traduzido, isto é, se o ponto de partida do tradutor foi ou não o original em alemão. Tampouco há indícios de que se trata da primeira versão, pois não há página de direitos autorais, tornando também impossível compará-la com a página do título. Da mesma forma não se encontra qualquer pista no texto do prefaciador, a exceção da sua extensão, que pode indicar o esforço de tornar clara uma obra densa que estaria sendo disponibilizada pela primeira vez para o público de língua portuguesa. O prefácio desse livro tem setenta e uma páginas.

Ao contrário, a versão de 1941 é claramente a primeira versão argentina do livro de Kelsen. Isto porque, embora esteja na página do título a expressão “segunda edição”, consta desta versão a menção expressa de que o texto de 1946 é reimpressão do de 1941, cuja tradução do original em alemão se evidencia pelo uso da expressão “Traducción directa por Jorge Tejerina”. Esta é também, muito provavelmente, a primeira versão em língua espanhola do livro, já que está indicado nela que se trata de uma reimpressão da *primeira edição* “castellana” e porque consta dela um prólogo de autoria de Carlos Cossio, que manteve com o autor da Teoria Pura do Direito uma interação alongada, polêmica e cortês, tendo seu prólogo sido autorizado próprio Kelsen em 1940.

Não surpreende que a versão brasileira deixe a desejar quando comparada à argentina. Já vimos que o livro que, em 1939, levou o nome de *Teoria Pura do Direito*, não continha o texto de 1934, mas um estudo preliminar, elaborado em 1933⁶³.

Além disso, o editor da versão argentina foi Gonzalo Losada, espanhol que chegou a Buenos Aires nos anos 1920, antes mesmo do estabelecimento na cidade de refugiados espanhóis, cuja experiência em diferentes áreas da atividade editorial impulsionou ainda mais a indústria que vinha florescendo no país. Portanto, antes da Guerra Civil, Losada já participava do desenvolvimento da atividade editorial na Argentina, onde chegou como representante da editora espanhola Espasa Calpe.

⁶³ Ver nota 29 deste estudo. MÉTALL, Rudolf Aladár (1976). *Hans Kelsen: vida y obra*. Op. cit. p. 72.

Talvez seja pertinente uma nota sobre Gonzalo Losada. Quando, em 1936, a editora espanhola anunciou sua simpatia por Franco, Losada não hesitou em abandonar seu posto. Em 1938 fundou uma editora própria, dirigida por ele e outros intelectuais de projeção.

De fato, das editoras fundadas na Argentina por espanhóis ligados à causa republicana, a Editorial Losada foi a que mais claramente imprimiu em seu catálogo as marcas dessa convicção política, tornando-se a grande editora dos exilados. Aí se publicaram obras censuradas pelo regime franquista de autores como Rafael Alberti, Federico García Lorca e León Felipe, as quais haviam penetrado e passaram a circular clandestinamente. Parece-nos que esta é uma notícia interessante: Hans Kelsen já foi objeto de associações infelizes com a possibilidade de justificação teórica de formas autocráticas de Estado; entretanto, desde as primeiras versões latinas da Teoria Pura do Direito, foi publicado por uma editora cuja orientação republicana se evidencia, inclusive, no fato de que seu fundador havia tornado a editora uma espécie de trincheira editorial do exílio, onde tinham casa os autores malditos de Franco.

A versão americana da primeira edição é ultra tardia. É traduzida e organizada por Bonnie e Stanley Paulson e publicada em 1992. Os organizadores afirmam que o trabalho se inscreve na segunda fase, neo-kantiana, e que esta representa a *Teoria Pura* em sua forma mais característica. Por isso, este tratado é seu texto central. Além disso, indicam que, de todas as afirmações de Kelsen acerca da teoria pura, a primeira edição é a mais acessível.

Como mencionado anteriormente, os organizadores chamam atenção para o fato de que houve traduções anteriores do tratado de 1934 para o japonês, búlgaro, português e espanhol, apareceram poucos anos depois da versão original em alemão. Isto é, incluem a tradução do estudo preliminar elaborado por Kelsen no rol de traduções da primeira edição. Viu-se que, na primeira década após a segunda guerra, também fora traduzida para o chinês, o coreano, o italiano e o francês. Os organizadores indicam que a *Théorie Pure du Droit*, traduzida para o francês por Henri Thévenaz e publicada, em 1953, pela Éditions de la Baconnière, Neuchâtel – reimpressa com apêndices em 1988 – conta com algumas alterações de Kelsen. Por esta razão, a quem se refira à versão francesa, como a segunda edição francesa, o que parece impróprio, já que nem as alterações são suficientemente significativas para caracterizar uma segunda edição, nem se verifica a falta de uma segunda edição

pronunciada que justificasse a tomada da versão francesa como segunda edição. Houvesse reconhecimento do próprio Kelsen de que a versão francesa equivalia à segunda edição, e considerando que a teoria pura é uma só, a publicação de 1960 sairia como terceira edição e não como segunda.

A tradução de Bonnie Paulson, de 1992, é, portanto, a primeira tradução completa do tratado para a língua inglesa. A segunda completamente revista e ampliada edição é um trabalho muito mais longo que esse. Surgiu ao final da terceira fase, refletindo alteração doutrinárias em seu pensamento,. As diferenças entre as duas edições são geralmente tratadas pela bibliografia secundária como responsáveis por trabalhos separados e distintos, razão pela qual a tradutora optou por manter apenas o subtítulo, Introdução aos problemas da teoria do direito, reservando a referência ao título Teoria Pura do Direito a indicação de que se trata da segunda edição.

Como Kelsen tinha o que pode ser chamado de estilo parentético, às vezes qualifica uma ideia várias vezes no curso de uma mesma frase, seja repetindo as frases chave, seja, mais frequente, combinando trechos de ideias. O alemão estimula essa prática, através de sua capacidade para formulações com adjetivação estendida e cláusulas relativas. Essa característica foi objeto de visível atenção dos tradutores do texto, que foi produzido por Kelsen sem recurso a quaisquer notas.

A edição é aberta por uma introdução de Stanley Paulson, o qual parte de uma tentativa de localizar Kelsen na tradição da jurisprudência. Em seguida, Paulson examina o argumento kantiano ou neo-kantiano do meio termo de Kelsen na jurisprudência, reconhecendo que, embora haja outras influências sobre Kelsen, entre as quais está o publicista Georg Jellinek, o filósofo Ernst Mach e o teórico do direito Adolf Julius Merkl, a maior parte dos scholars de Kelsen concordam que é a dimensão kantiana ou neo-kantiana que é o traço distintivo de Kelsen no positivismo legal.

Para uma análise da segunda edição, foram mobilizadas as versões americana e a brasileira. Aquele, como se viu, saiu em 1960 e teve tradução de Max Knight, a qual foi acompanhada e chancelada pelo próprio Kelsen.

A versão americana da TPD, de 1967, é a tradução para o inglês da segunda edição alemã da obra, publicada, em 1960, pela Deuticke, a mesma editora que publicara, vinte e seis anos antes, a primeira edição. O tradutor reitera as palavras de Kelsen ao afirmar que trata-se de uma versão completamente revista da edição de 1934. O que justifica com a afirmação de que, em 1934, Kelsen teria se limitado a

formular os resultados característicos da Teoria Pura. Na segunda edição, ele teria tentado resolver os problemas fundamentais de uma teoria geral do direito de acordo com os princípios de pureza metodológica da cognição jurisprudencial, bem como determinar com mais extensão que antes a posição da ciência do direito no sistema das ciências.

Algumas alterações, presentes na *Teoria Geral do Direito do Estado*, de 1945 (Cambridge) e na tradução da Primeira edição para o francês, de 1953 (Paris) estão desenvolvidas na segunda edição alemã. Nesta, as mudanças mais importantes são apontadas nas notas de rodapé e pretendem uma exposição mais rigorosa dos princípios da Teoria Pura, a qual “permaneceu essencialmente a mesma”.

O aumento da diversidade de conteúdos das ordens de direito positivo pôs para uma teoria geral o perigo de perder de vista partes do fenômeno legal na definição de seus conceitos fundamentais. Alguns deles podem ser demasiado estreitos, outros muito amplos. Mas Kelsen está ciente desse perigo. De fato, estar ciente desse problema pode ser o que levou o autor a incorporar no texto da segunda edição reflexões que são respostas às críticas dirigidas à Teoria Pura, o que pode mesmo ser uma das razões da publicação de sua segunda edição. Uma teoria elaborada nos moldes generalista e universalista da *Teoria Pura do Direito*, bem como o comportamento insistente do autor em sustenta-la no tempo, pode pretender substituir todas as outras. A *Teoria Pura do Direito* poria os termos para toda a teoria do direito futura. Absorver as críticas na reelaboração do texto é uma estratégia astuta para lograr tal objetivo.

A tradução para o inglês representa um meio termo entre sua natural atenção ao conteúdo e as preocupações formais do tradutor. A imensa experiência de Kelsen com interpretações equivocadas da obra com traduções que operaram sobre ela alterações demais foram decisivas na escolha pela manutenção do estilo aparentemente repetitivo próprio do alemão e de traduções que preferem correr o risco de espelhar muito literalmente o texto original.

Comparada à tradução para o português, a edição americana oferece uma série de vantagens. Sem incorrer no recurso à simplificação, do que os americanos são frequentemente acusados e ao qual a língua inglesa convida, a tradução é claríssima e, porque está disponível na versão fac-símile, é encontrada a preços muito acessíveis – embora seja rara a disponibilidade em uma biblioteca do Brasil.

A tradução para o português, de 1985, não mudou ao longo dos anos, apesar da obra já se encontrar na segunda tiragem da 11^a reimpressão. A escolha dos termos dificulta a leitura, sobretudo quando diversas vezes uma mesma palavra é usada com significados distintos. De fato, o uso do termo significado frequentemente se confunde com sentido, o que impõe sérios desafios num texto em que o normativo é uma noção recorrente. O resultado é um texto que exaure o leitor muito além do que o estilo repetitivo de Kelsen impõe.

2.2. A orientação normativa no recurso ao transcendental da concepção de validade nas duas edições da *Teoria Pura do Direito*

As teses contidas na Teoria Pura do Direito são conhecidas: a identificação do Estado com o direito (ou a dissolução daquele neste), a exclusão da noção de direito (e, portanto, de Estado) de qualquer referência a valores, em especial aos de justiça, porque irracionais, a impossibilidade de que o direito sirva de instrumento de fixação ideológica ou política, a substituição do princípio da causalidade que orienta as ciências pelo da imputação, que orienta especificamente a ciência do direito e a elaboração de um modelo normativo geral (e de submodelos) válido para todas (ou quase todas) as ordenações jurídicas. Seu método, o da colocação entre parêntesis dos conteúdos “nominais” desta ou daquela ordenação e estudo das estruturas formais das ordenações. Tais são as condições mínimas necessárias à elaboração de uma teoria científica do direito.

A apreciação de todas essas teses depende da investigação da normatividade. Neste caso, o termo normatividade quer dizer o reconhecimento da especificidade do direito enquanto objeto de uma ciência especificamente dedicada ao estudo da norma. Isto não inviabiliza a apreciação do direito por outras ciências, mas aponta a exclusividade da capacidade da ciência do direito de estudá-lo juridicamente. O termo também é usado por Kelsen para se referir a uma imposição decorrente da teoria do conhecimento que subscreve: de que conhecer um objeto depende de sua reconstrução científica. Essa reconstrução necessária é consequência da constatação de que a capacidade de conhecer do homem é limitada, pois, no mesmo ato em que observa e descreve alguma coisa, ele a constrói. A reconstrução acolhe o limite do conhecimento, mas não é paralisada por ele. Reconhece o limite e impõe ao ato de conhecer os meios seguros que o aproximem, tanto quanto possível, da realidade. Para tanto, a leitura do objeto reconstruído deve obedecer a logicidade que é própria ao objeto: o objeto da ciência do direito é a norma, conhecê-la depende da adoção de meios normativos. Também por esse motivo, a ciência do direito não é regida pela causalidade, princípio que ciências naturais e que supõe a acolhida da tese de que é possível ver e descrever fatos, remontando-os a fatos anteriores com os quais guardariam relações de causa e efeito. A norma reconstruída não será conhecida através da recuperação de suas causas, isto é, pela causalidade, mas pelo reconhecimento de sua natureza deôntica, o qual denuncia o princípio que rege a

ciência do direito, o da imputação, pelo qual a norma guarda relações de condição e consequência com outras normas.

Portanto, as teses da *Teoria Pura* repousam sobre os meios da normatividade. A identificação entre direito e Estado, impedir que o direito seja conhecido através de noções que lhe são estranhas, como a de justo e a necessidade de impedir que o direito operacionalize a defesa de valores ou interesses tem que ver com o reconhecimento de que não é dado ao sujeito conhecer o que é absolutamente verdadeiro – embora essa seja talvez uma verdade tratada como absoluta. Determinar a especificidade do direito enquanto objeto de uma ciência especificamente dedicada ao estudo jurídico da norma é uma boa estratégia para obter esse fim.

A ciência do direito está fundada, portanto, na teoria do conhecimento que torna possível lidar com a constatação de que homens creem no que sentem como verdadeiro, advogando crenças como se fossem verdades, e de que se movem de forma interessada, adotando meios de ter seus interesses contemplados. Todos têm crenças e interesses. Importa, portanto, saber que tudo quanto for conhecido passará pelos filtros impuros dessas duas dimensões da experiência humana. Conhecer um objeto, portanto, depende do reconhecimento de que ele será reconstruídos, ou pelas crenças e interesses do sujeito, ou reconstrução científica. Ela deve ser normativa, porque é essa a lógica de seu objeto. E porque é essa sua logicidade, o princípio que move a ciência que descreve tal objeto não é o mesmo das ciências que descrevem fatos empíricos. Não se verificam relações naturais de causa efeito, mas relações normativas de condição e consequência. Não se pode operar pela causalidade, mas pela imputação.

Parte da missão da *Teoria Pura* é tornar claro o ponto de que uma ciência assim é necessária. A outra parte, é a demonstração de que é possível fazer ciência uma ciência geral desde esses preceitos. E isso é possível porque o recurso à lógica permite falar sobre a circunstância mais pura de um objeto. E extrapolá-la para quaisquer outras circunstâncias ulteriores.

Kelsen instrui essas teses e propõe os meios de sustenta-las formulando um sistema de pensamento que oferece um modelo normativo que se explica logicamente. De todos os pontos através dos quais coloca ergue esse objetivo, o que mais gerou resistência talvez tenha sido o de uma imagem de um sistema de normas formando

uma pirâmide fundada sobre uma *norma básica*⁶⁴. Talvez porque tudo está exposto na Teoria Pura como se suas teses já estivessem no mundo, obviedade cujo pronunciamento prescindia somente de um arauto. Há muita repetição dos argumentos, mas não tanta explicação. Mas não colabora em nada para a clareza da inspiração e dos objetivos à obscuridade com que recorre a um autor que sozinho já é complicadíssimo como Immanuel Kant.

A influência de Immanuel Kant é muito mais pronunciada na primeira edição da *Teoria Pura* do que na segunda. Não tanto porque Kant seja mais presente naquela do que nesta, mas porque sua presença é tornada clara por Kelsen. No Capítulo III da primeira edição, intitulado “O Conceito de Direito e a Doutrina da Norma Legal Reconstruída”, o §10 (“Teoria do Direito Natural e Positivismo Legal”), traz o caráter ideológico da teoria do direito como consequência do fracasso da teoria tradicional em concluir sua pretensão positivista – a qual se realiza em Kelsen através de ferramentas extraídas da teoria do conhecimento de Kant. Assim, embora se pretendesse positivista, o traço ideológico, evidenciado na definição do conceito de direito que lhe é familiar, era influenciado pela teoria do direito natural conservadora e seu conceito transcendente de direito.

Com o emprego do termo transcendente, Kelsen quer opô-lo ao conceito de transcendental kantiano, o qual esclarece as condições da experiência possível e, por isto, as condições de qualquer conhecimento, inclusive as da investigação científica. A filosofia crítica parte de uma pergunta radical: como pode haver verdade? A atitude epistemológica crítica parte de um fato considerado como um dado. Seu trabalho é não considera-lo como um dogma. Importa criticá-lo para determinar as condições de possibilidade desse dado, isto, que condições fazem esse dado dessa e não de outra maneira. Kant toma como ponto de partida o fato de o pensamento ter elaborado a matemática, a física e a metafísica.

Segundo Kelsen, o conceito de direito da teoria tradicional corresponde ao caráter metafísico da filosofia durante o período em que a teoria do direito natural

⁶⁴ tal imagem “já foi cercada da sombra de comentários desatentos ou resistentes à matriz kantiana do desígnio de pureza da *Teoria Pura do Direito*”. GOYARD-FABRE, S. (2006). *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. São Paulo, Martins Fontes. Existe uma discussão consolidada acerca da chegada de Kant na obra de Kelsen através dos debates travados pelos chamados neokantianos. A proposta de Simone Goyard-Fabre é estudar Kelsen desde a leitura direta de Kant e da tradição de filosofia crítica que ele inaugura, a qual é subscrita neste trabalho. Para a discussão sobre a reflexão desenvolvida pelos neokantianos alemães, ver STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. v. 1. São Paulo: EPU, 1977.

prevalecia, o qual coincidiu politicamente com a emergência do estado de polícia da monarquia absoluta. Embora a vitória liberal-burguesa do século XIX, que contém uma reação à metafísica e as teorias do direito natural, acompanhado o desenvolvimento das ciências naturais empíricas, tenha rompido com a religiosidade ideológica e feito a passagem do direito natural para o positivismo, desprezou os meios teóricos⁶⁵ de concluí-lo. Apesar da norma não ser mais extraída de uma categoria absoluta e eterna, e apesar de seu conteúdo ser reconhecido como submetido às mudanças históricas, a noção de valor legal absoluto não foi abandonada; ao contrário, foi preservada numa ideia mantida pela jurisprudência positivista, a ideia ética de justiça⁶⁶.

Para ser direito, o sistema estatal positivo deve⁶⁷ ter alguma preocupação com a justiça, ainda que apenas assegurando um mínimo ético. Há aqui uma alusão a Georg Jellinek, cuja doutrina reduz a norma ao mínimo ético, e ao qual Kelsen reage ao longo de todo o texto, além de a outros teóricos tradicionais – apesar de, em mais de uma oportunidade, ter reconhecido sua dívida com o pensamento de Jellinek especificamente e com o positivismo tradicional em geral. No presente caso, Kelsen pretende reagir ao fato de que sustentar a associação entre o direito e o justo na definição do conceito de direito corresponde a manter o positivismo imprecado de uma dimensão perigosa do direito natural. Segundo a tradição, para ser direito o direito positivo precisa corresponder a sua *ideia*. Na literatura de língua alemã, a noção de ideia tem diversas ocorrências, as quais podem ser reunidas numa forma de rótulo de justiça, entendida como um valor peculiarmente legal. Corresponder à ideia de direito seria o mesmo, portanto, que corresponder ao justo tornado direito⁶⁸.

A ideia de justo, tomada como auto-evidente, torna prescindível enfrentar o problema da legitimação do sistema jurídico estatal. Ele se resolve através da teoria

⁶⁵ Na *Crítica da Razão Pura*, a expressão teoria é adotada por Kant para designar conhecimento que não recorre à metafísica. FERRY, L. (1993). Kant. *Dicionários de Obras Políticas*. Rio de Janeiro, Civilização brasileira.

⁶⁶ É Kelsen quem chama a justiça de uma *ideia*, certamente, menos para indicar o que nela há de ideal do que para sublinhar sua dimensão de transcendência. Note-se que afirmar algo como ideal deixando claro que esse algo não corresponde ao real, não é o mesmo que afirmar uma ideia como algo necessário, ocultando seu caráter contingente, de escolha, para normativamente realizá-lo no mundo.

⁶⁷ Esse dever não é pretendido pela jurisprudência tradicional como *dever-ser*, ou *ought*; ele é devido, necessário, e por isso é traduzido para o inglês como *must*.

⁶⁸ PAULSON, S. "Introduction" in. *Introduction to the problems of Legal Theory*. Op. cit.

do mínimo ético⁶⁹. Para Kelsen, ela corresponde a uma teoria do direito natural rebaixada⁷⁰. Disso resulta que a ciência do direito reconhecida positivista não é completamente positivista em sua orientação.

Seria de estranhar que alguém que harmoniza o recurso à normatividade, comumente associada à tradição do direito natural, e a tese da separação entre direito e moral, essência do positivismo jurídico, se constranja com essa posição do positivismo tradicional, mas não se constranja de afirmar que a *Teoria Pura* é a teoria do positivismo legal. Ocorre, entretanto, que, para Kelsen, o erro da tradição não foi harmonizar direito natural e positivismo legal. Foi não perceber que há algo que se associa à tradição do direito natural (a normatividade e o método transcendental) que pode ser a chave para terminar de realizar o positivismo, deixado incompleto por seus antecessores.

A analítica transcendental da *Critica da Razão Pura* é uma descrição daquilo que devem ser sujeito cognoscente e objeto conhecido para que haja conhecimento. Nesse aspecto, Kant repousa a reflexão sobre uma intuição humeana, o que lhe permitiu evitar as armadilhas da metafísica (ou, em Hume, do dogmatismo) tradicional⁷¹. O sujeito é inicialmente passivo, exposto ao conhecimento sensível, o qual organiza no espaço e no tempo, mas de maneira inconsciente. Tudo acontece transcendentalmente. Ocorre que, por causa disso, tudo que existe ou acontece é acessível aos sujeitos pela sensibilidade, a qual faz a mediação entre o sujeito e a coisa, distanciando aquele, portanto, da coisa ela mesma – ou, no vocabulário de Kant, da coisa em si.

Essa primeira etapa, de passividade conformadora, é seguida de uma outra, mas ativa. Nela, o eu cognoscente aplica as regras do entendimento ao material dado na sensibilidade. Tais regras são chamadas por Kant de categorias. A terceira etapa, a da razão é aquela em que o sujeito não se limita a conhecer através das categorias do entendimento, mas pretende, com elas, recuperar a causalidade dos fenômenos, submetendo a recuperação ao limite metafísico das causas primeiras, ou,

⁶⁹ KELSEN, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford, Clarendon. §10, p. 22. “Since the legal character of the legal system is presupposed as self-evident, no more is required to legitimize the system than this legal theory or the moral minimum...”

⁷⁰ idem. “natural law theory writ small” é a tradução da expressão escolhida por Kelsen.

⁷¹ “Confesso francamente: foi a advertência de David Hume que interrompeu, há muitos anos, o meu sono dogmático e deu às minhas pesquisas na filosofia especulativa uma direção completamente diferente”. KANT, I. (1959). *Prolegômenos a toda metafísica futura que possa apresentar-se como ciência*. São Paulo, Comp. Ed. Nacional, SEVERO ROCHA, L. (1984). “O sentido político da Teoria Pura do Direito.” *Sequência* 1(9): 57-75. p. 62.

humeamente, das crenças. Entretanto, embora reconheça que a razão não permite alcançar a causa primeira, pelo que a coisa em si resta inacessível, muito se pode falar sobre ela, a razão. É deste ponto, da acolhida de uma dimensão produtiva da razão, sobretudo para o campo da ação, que Kant se distancia de Hume. E, embora não se esteja aqui a afirmar um ceticismo de Kelsen, ou uma influência direta de Hume, essa a razão produtiva, que é a essência da razão prática de Kant e de sua reflexão sobre a moral e, logo, sobre o direito, que representa tudo que no corpus kantiano é descartado por Kelsen.

Kelsen afirma que a distinção e, logo, a não identidade entre direito e moral é sublinhada repetidas vezes pela jurisprudência. Seu ponto é de que há um valor moral absoluto que não é, entretanto, objeto de questionamento dessa orientação teórica que se quer, não obstante, positivista. Naturalmente, isso traz consequências para o conceito tradicional de direito. A jurisprudência tradicional produz teoria do direito subsumida ao direito positivo, isto é, à norma posta e, logo, ao *dever ser*. Mas, na mesma operação, define o direito sem questionar a relatividade de um valor moral, o qual é tomado como absoluto. O resultado é que algo dele passa a acompanhar a norma positiva e, por consequência, o *dever ser*. O fato de que a jurisprudência do século XIX caracteriza o direito, no limite, como bom, certo ou justo faz com que essa caracterização guarde um elemento ideológico (e, porque desatento ao limite do conhecimento, metafísico).

Assim como a jurisprudência tradicional, Kelsen também repousa sua teoria do direito sobre o estudo da norma posta, do *dever ser*. Mas o fato de que pretende não incluir na análise tal elemento ideológico, leva-o a distinguir entre o *dever ser* como uma *ideia* transcendente (normativa), característico da jurisprudência tradicional, e o *dever ser* como *categoria* transcendental (normatividade), com a qual opera a teoria pura. No que ele parece associar, acertadamente, o termo *ideia*, tal como apresentado nas filosofia prática e nos escritos políticos de Kant⁷², ao transcendente, e o termo categoria, indicativo da teoria do conhecimento deste autor, ao transcendental, o qual, ao contrário, Kelsen acolhe em diversos momentos.

De fato, para Kelsen, a norma moral precede a norma jurídica. É a sua fonte. Mas, na medida em que essa assume características específicas no direito, pode ser apreciada livre do referido elemento ideológico. E fazê-lo é concluir a expectativa

⁷² Se tomarmos a filosofia da história kantiana como componente de sua filosofia política, do que seria um exemplo a obra “Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita”.

positivista de autonomia da norma jurídica face à norma moral. O que não é o mesmo que tomar a norma jurídica como imperativo, como fizera John Austin⁷³ – o que inviabiliza uma simplificação de Kelsen como mais um positivista. Kelsen entende a norma jurídica como um juízo hipotético, o qual expressa uma ligação específica entre um fato material *condicionante* e uma consequência *condicionada*. Entendida assim, a norma jurídica é reconstruída como categoria, cuja forma básica é composta de condição e consequência, e viabiliza o conhecimento puro do direito.

Embora muito menos pronunciada, a presença de Kant se verifica na seção dedicada às normas da segunda edição. No capítulo III, intitulado “Direito e Ciência”, Kelsen instrui de argumentos kantianos a adoção da norma jurídica como objeto da ciência do direito. O conceito de norma e a competência da ciência do direito se desenvolvem por caminhos novos, mas seu núcleo é o mesmo da primeira edição.

Logo ao abrir a seção, Kelsen afirma que “o objeto da ciência do direito é o direito”, mas essa é uma afirmação que não torna evidente o que ela quer dizer. Em seguida afirma que o objeto é “o comportamento humano”, o que poderia sugerir uma inscrição behaviourista da teoria pura que, entretanto, não é expressa e não encontra respaldo em citações dos autores dessa orientação teórica. O comportamento humano a que se refere Kelsen é objeto da ciência do direito “apenas na medida em que ele é determinado por normas jurídicas como condição ou consequência”, isto é, somente “enquanto é conteúdo de normas jurídicas”⁷⁴.

As relações humanas só são objeto da ciência do direito enquanto relações jurídicas, constituídas por normas jurídicas. A ciência do direito, cujo objeto é o comportamento humano, empreende conhecê-lo juridicamente, desde o ponto de vista do direito, como direito, como norma, como algo determinado por uma norma jurídica.

Uma distinção de orientações torna mais clara a empresa da teoria pura. A diferença entre *teoria do direito estática* e *dinâmica* depende da ênfase teórica dada, no primeiro caso, ao comportamento regulado por normas e, no segundo, às normas que regulam o comportamento. Isto é, se diferem na medida em que a cognição é dirigida às normas criadas aplicadas e obedecidas por atos do comportamento

⁷³ AUSTIN, J. ([1832] 1998). *The Province of Jurisprudence Determined. and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianápolis/Cambridge, Hackett Publishing Company, Inc.

⁷⁴ Mais adiante, (cap. III, seção 3 da versão brasileira da segunda edição e16, na versão americana) Kelsen explicará que a ciência se dirige ao conteúdo das normas porque também ele é determinado por normas jurídicas.

humano, ou aos atos de criação, aplicação e obediência determinados pelas normas. O objeto da ciência compreendido como um sistema de normas válidas corresponde ao direito em estado estático. Quando o objeto é determinado como o processo de criação e aplicação das normas, o direito está em movimento e a teoria que orienta sua apreciação científica é dinâmica. Como esse processo também é regulado por normas, a teoria dinâmica também se dirige a elas, que passam a ser o objeto da ciência do direito⁷⁵.

O comportamento humano, isto é, o conteúdo das normas e os processos de criação e aplicação do direito, serão estudados na medida em que são determinações normativas. Tudo isso pode receber uma leitura da ciência do direito, que estuda normas, porque a ciência interpretará tudo a partir delas. De maneira que uma teoria geral sobre normas, que opera desde um ponto de vista formal, fornece a ferramenta de lida científica não só com as normas, mas com as demais dimensões do fenômeno jurídico, pois, se estas escapassem ao status de determinações normativas, não seriam parte do fenômeno, já que é a juridicidade a sua especificidade.

A interpretação normativa da ciência do direito descreve normas criadas por atos do comportamento humano, o qual as aplicará e obedecerá. Por esse motivo, descreve também as relações constituídas entre os fatos. As sentenças descritivas produzidas pela ciência do direito são proposições jurídicas (*rules of law*), distintas das normas jurídicas criadas e aplicadas pela autoridade jurídica e obedecidas pelos sujeitos jurídicos. Proposições jurídicas, no sentido descritivo, são juízos hipotéticos através dos quais afirma-se que, de acordo com uma ordem jurídica, certas consequências *devem* (*ought, dever-ser*) ocorrer. Normas jurídicas não são juízos, no sentido de que não são afirmações sobre um objeto da cognição. São formas do *dever-ser*, o que inclui permissões e autorizações, mas não instruções. “O direito comanda, permite, autoriza, mas não ensina”.

O ponto aqui é o mesmo elaborado na primeira edição. O material disponível à ciência é dado aos sentidos, mas o conhecimento sobre eles parte de uma incancelável construção: a norma jurídica reconstruída na proposição normativa. Ciente disso, compete ao cientista conter a atividade produtiva do conhecimento de maneira a

⁷⁵ A distinção entre estática e dinâmica será retomada nos próximos capítulos da segunda edição. Neles se desenvolverá o estudo da normatividade jurídica, o qual implica ontologicamente a distinção entre ser e dever ser (*sein e sollen*) – já elaborada nos capítulos anteriores – e acarreta epistemologicamente o dualismo entre os princípios da causalidade e da imputação – o quais serão esclarecidos então.

mantê-lo tão fiel quanto possível àquilo que conhece e descreve. O limite do que é possível conhecer deve orientar o cientista e a ciência com vistas a impedir que ambos alterem a realidade descrita. Mas, mais do que isso, o objetivo é não incorrer no equívoco perigoso de transformá-la afirmando-se estar a descrevê-la. O interesse de Kelsen com a verdade tem origem empírica, parte dos problemas produzidos pela confusão entre ciência do direito e política jurídica. Há uma ocultação que nem sempre é resultado de uma ciência inconclusa, como a conduzida pelo positivismo tradicional. Frequentemente ela é política; e é, possivelmente, uma das principais preocupações de Kelsen.

As normas podem, quando assumem forma linguística, parecer estar afirmando fatos. Aqui não importa a forma, mas o significado. “O roubo é punido com prisão”, por exemplo, não é uma afirmação de que o roubo é sempre punido com prisão, mas deve sê-lo, segundo uma norma que regula o comportamento. O significado do fato é diferente do significado das proposições jurídicas descritiva. Assim como a função da cognição jurídica é diferente daquela da autoridade jurídica que põe e aplica as leis. O conhecimento do direito, no segundo caso, existe, mas não é o elemento essencial da função da autoridade. Mas é essencial à ciência.

Na segunda edição, Kelsen cita Kant expressamente para afirmar a acolhida de sua teoria do conhecimento. Segundo sua epistemologia kantiana, a ciência do direito, enquanto cognição do direito, como qualquer atividade cognitiva, tem caráter constitutivo. Ela cria seu objeto na medida em que o compreende como um todo dotado de significado. Assim como o caos de percepções sensíveis se torna um cosmos, isto é, a natureza como um sistema unificado, a multiplicidade de normas gerais e individuais se torna uma ordem jurídica através da ciência do direito. Mas, para Kelsen, essa dimensão criativa não tem consequência – senão epistemológica⁷⁶.

O ponto aqui é distinguir entre o trabalho criativo da autoridade jurídica, que é ortopédico (normativo), e o do cientista do direito, que é cognitivo, (científico). O que o primeiro põe no mundo pretende mudar a realidade, ao passo que a atividade do segundo pretende descrevê-la. Aos poucos se esclarece a distinção entre a dimensão do transcendente, da qual Kelsen quer purificar a ciência do direito, e o transcendental, através do qual conduzirá tal empresa. Isso não é trivial e os nomes

⁷⁶ Não é, como se sabe, o caso de Kant, filósofo normativo cujo argumento histórico-filosófico, epistemologicamente orientado, põe para a ação um sentido. KANT, I. (1986). *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. São Paulo, Editora Brasiliense.

não ajudam. Note-se que é porque sublinha a imanência que caracteriza a ordem jurídica, que Kelsen descreve a unidade elaborada da ciência como uma construção. Ela apenas reúne (interpretando) a variedade da experiência, que resta preservada. Seria falso de interpretá-la desde um único valor que, neste caso, imprecaria a interpretação de uma dimensão transcendente. A unificação, operada pela cognição, deve prescindir do transcendente. Mas recorrer ao transcendental.

Kelsen volta diversas vezes à matéria, sublinhando a natureza descritiva, e não prescritiva, da atividade científica⁷⁷. A forma adotada pela ciência, que viabiliza a interpretação de todas as dimensões possíveis do fenômeno jurídico, não é normativa porque prescreve, como a autoridade jurídica, uma forma para a ação. Ela é normativa porque descreve o que foi determinado por normas jurídicas. Quando analisa uma ordem jurídica e afirma que algo *deve ser* desta ou daquela maneira, a ciência do direito não impõe obrigações ou confere direitos a ninguém. Apenas possibilita concluir que, de acordo com determinada ordem, dada certa condição, determinada consequência deve ocorrer.

As naturezas de cada operação são distintas. Uma afirmação científica pode ser verdadeira ou falsa. Ela se refere a fatos e só afirmações dessa natureza podem ser verdadeiras ou falsas. Normas, que não atestam fatos, mas põem diretrizes para o comportamento, só podem ser válidas ou inválidas. Para ser verdadeira, a proposição jurídica deve ser produzida mediante as orientações científicas pertinentes e corresponder à realidade descrita. Para ser válida, uma norma deve ter sido criada pela autoridade cuja competência foi posta por outra norma. Os resultados de um ato legislativo e de um ato cognitivo são logicamente diferentes, pelo que recebem também os nomes distintos de *norma jurídica* e proposição jurídica, respectivamente.

A acolhida da lógica como ponto de partida para a cognição também é kantiana. Segundo Kant, tudo na natureza, no mundo animado ou inanimado, acontece segundo regras, nem sempre conhecidas. Em nenhuma parte há irregularidade alguma. “Se pudermos encontrar tal coisa, só poderemos dizer neste caso o seguinte: que as regras nos são desconhecidas”⁷⁸. O exercício de nossas faculdades acontece segundo regras que seguimos sem consciência (de forma transcendental), até chegarmos ao conhecimento delas mediante diversas tentativas e

⁷⁷ KELSEN, H. ([1967]2009). *Pure Theory of Law*. Op. cit. p. 73 “A ciência do direito só pode descrever..., não pode prescrever”

⁷⁸ KANT, Immanuel. (2011). *Lógica*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro. p. 10.

um uso prolongado dessas mesmas faculdades, “tornando-as por fim tão familiares que muito esforço nos custa pensa-las *in abstracto*”⁷⁹.

Ocorre que, como todas as faculdades, o entendimento em suas operações está ligado a regras. Essas regras do entendimento e, portanto, ele mesmo deve ser considerado como a fonte e a faculdade de pensar as regras em geral: “... assim como a sensibilidade é a faculdade das intuições, o entendimento é a faculdade de pensar, ..., de submeter a regras as representações dos sentidos”.⁸⁰ Assim, enquanto a faculdade da sensibilidade gera intuição, a faculdade do entendimento gera pensamento, isto é, o ato de submeter a regras as representações do sentidos.

A missão do entendimento é buscar as regras segundo as quais ele próprio procede. Kant combina à necessidade aristotélica a generalidade iluminista. Disso deriva o vínculo entre a contingência e particularidade para distinguir entre os dois tipos de regras do entendimento. Elas são ou gerais (e, portanto, necessárias) ou contingentes (particulares). As primeiras são aquelas sem as quais nenhum uso do entendimento seria possível; as últimas aquelas sem as quais um certo uso do entendimento não poderia ter lugar. Regras contingentes dependem de um objeto determinado do conhecimento e, por isto, são tão diversas quanto esses objetos. E são contingentes porque não é necessário que se pense este ou aquele objeto a que se referem estas regras particulares.

O motivo dessa operação é tornar possível um conhecimento sobre objetos, mas não a partir deles, de sorte que um conhecimento particular possa ser elaborado em termos gerais. Como as regras do entendimento são absolutamente necessárias para todas as operações feitas sobre os objetos particulares do pensamento, porque sem eles não poderíamos pensar de modo algum, tais regras também podem ser discernidas *a priori*, isto é, independentemente de toda experiência, “porque elas contêm, sem distinção dos objetos, as meras condições do uso do entendimento em geral, quer puro, quer empírico”⁸¹. Segue-se então que as regras universais e necessárias do pensamento em geral só podem concernir à forma, de modo nenhum à matéria do pensamento. Por conseguinte, a ciência que contém essas regras universais e necessárias é meramente uma ciência da forma do nosso conhecimento intelectual ou do pensamento. É possível, portanto, fazer uma ideia da possibilidade de uma tal

⁷⁹ Idem. p. 11

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

ciência como a de uma Gramática geral – que contém a forma da língua, sem palavras. Esta ciência das leis necessárias do entendimento, da mera forma do pensamento em geral, é a Lógica.

O problema é que a necessidade das proposições jurídicas não é evidente. As proposições acerca da natureza tem sua necessidade atestada no fato de que os fenômenos naturais não se encontram expressos na natureza através da palavra escrita, como ocorre com as normas⁸². Para justificar as proposições da ciência do direito, Kelsen conduz o leitor através de uma pergunta: se normas jurídicas não podem ser verdadeiras ou falsas, mas apenas válidas ou inválidas, como é possível que os princípios lógicos, especialmente o da não contradição e as regras de inferência, sejam aplicados às relações que se estabelecem entre elas? A resposta de Kelsen é de que os princípios da lógica são aplicáveis indiretamente às normas, através das proposições normativas que as descrevem e que podem ser verdadeiras ou falsas. Duas normas serão contraditórias se duas proposições que as descrevem o forem. Da mesma forma, uma norma pode ser deduzida de outra se as proposições que as descrevem puderem formar um silogismo lógico⁸³.

Também o princípio orientador da ciência do direito, como específica ciência social, é distinto daquele que conduz a produção de conhecimento sobre a natureza. Na primeira edição, o princípio que orienta o conhecimento na ciência do direito é apresentado como análogo àquele das ciências naturais, a causalidade. Mas não idêntico. Um fato material é causa e outro efeito, as normas positivas, em sua forma básica (primária ou conceitual), ligam condição jurídica e consequência jurídica – consequência de um fato “contrário” ao direito⁸⁴. O modo de ligação em um caso é a causalidade e, no outro, a imputação, a qual é reconhecida na *Teoria Pura* como a específica juridicidade – a especificidade que impõe como necessária a autonomia do direito como campo científico.

O efeito é recuperado desde a causa, enquanto a consequência é recuperada desde a condição. Mas a condição não é considerada a causa da consequência, pois não estão ligadas, condição e consequência, por um nexo de causalidade. Seu vínculo é outro, é jurídico, é a imputação. Isto se expressa de forma definitiva na distinção

⁸² KELSEN, H. ([1967]2009). *Pure Theory of Law*. Op. cit. p. 74

⁸³ É nesse sentido, e não noutro, que a reflexão de Kelsen é formal. Ibid.

⁸⁴ Sabe-se que, para Kelsen, todos os fatos/atos compõem o direito porque todos são interpretáveis objetivamente, isto, é desde um ponto de vista legal. A expressão “contrário” tem, neste caso, o significado de designar o ato/fato que acionar a consequência da condição contidas na norma.

entre o que *deve ser* desde que ocorra a condição para a consequência e o que acontecerá como efeito *necessário* da causa⁸⁵. Trata-se, no primeiro caso, de uma conexão necessária (da natureza) e, no outro, de uma *conexão funcional*, a forma específica com que o direito positivo conecta fatos materiais. A categoria *dever ser* que compões a norma jurídica reconstruída é distinta, desde o seu princípio operado, a imputação, de uma ideia transcendente de direito, a qual o associaria ao justo. O *dever ser* do direito se mantém aplicável de forma independente do conteúdo material dos fatos materiais ligados pela norma, não importando os tipos de atos compreendidos como direito. Isto porque nenhuma realidade social pode ser excluída da análise da ciência do direito em virtude de seu conteúdo, em virtude do fato de que o *dever ser* é, em termos da teoria do conhecimento kantiano, uma categoria teórico-transcendental e não metafísico-transcendente. Seu caráter transcendental serve precisamente ao objetivo de tornar a ciência autônoma de um elemento ideológico que, porque tomado como absoluto, necessário, é metafísico e não teórico, ou científico.

Ao termo do §11, Kelsen faz uma interessante análise circunstanciada das razões políticas de suas escolhas epistemológicas, embora, infelizmente, não a desenvolva. Segundo ele, as comoções sociais causadas pela Primeira Guerra Mundial conduziram a teoria do direito a um regresso ao direito natural, na esteira, aliás, da adoção de uma postura pré-kantiana da metafísica pela filosofia tradicional. O pós-primeira não teria a consequência, portanto, de constranger uma crença universal como a do justo. A burguesia, ao se aproximar de meados do século XX, na mesma situação política do senhor feudal do começo do XIX, busca no passado as mesmas ideologias políticas por ele na resistência contra a burguesia de seu tempo. Precisamente porque as conclusões da *Teoria Pura* se originam da filosofia positivista anti-ideológica, se opõe de forma metálica à renúncia da filosofia transcendente kantiana e ao positivismo jurídico tradicional.

No §16, Kelsen desenvolve um ponto importante acerca da natureza ideológica da esfera social, tratando-o com o emprego tradicional da expressão normatividade para reconhecer os desafios impostos por tal natureza à análise científica. Seu ponto é de que se não for possível distinguir entre a ideologia e sua presença na vida social, não é possível contrastar sociedade e natureza e, portanto, entre as ciências naturais e nenhuma outra ciência social. O que é certo, ele afirma, é

⁸⁵ A versão americana do ponto, através da distinção entre *ought* e *must*, talvez ofereça mais clareza, a qual é viabilizada pela virtude sintética da língua.

que o significado específico do direito seria perdido e todas as afirmações que partem da legalidade ou ilegalidade dos atos se perderiam com ele. O significado imanente atribuído pelo legislador à norma, significado normativo, de realizar sobre a realidade, moldá-la não responde à questão especificamente jurídica do que é legal ou não. Apenas esclarece a dimensão transcendente da normatividade que se espera do direito. A imanência, isto é, a probabilidade do comportamento futuro, ou o que pode presumivelmente acontecer no futuro, só é esclarecida pela categoria *dever ser*.

Ao despir o *dever ser* do direito positivo de seu caráter de valor metafísico absoluto, isto é, deixa-lo simplesmente como o vínculo que, na norma jurídica reconstruída, conecta condição e consequência, a *Teoria Pura* esclarece, inclusive, o caráter ideológico do direito. A *Teoria Pura* está ciente de que significado *especificamente* normativo (neste caso, jurídico) de certos fatos materiais, não é o resultado de uma interpretação necessária, mas de uma entre muitas interpretações possíveis. Uma decisão que, na *Teoria Pura*, depende de uma pressuposição, desenvolvida nos parágrafos seguintes: a norma básica. Fica claro que a existência do direito não é comprovável como a das leis naturais que governam os fenômenos da natureza. Mas tampouco Kelsen considera que isto seja suficiente para dispensar a categoria do *dever ser* ou a teoria normativa do direito como a exploração epistemológica e o tratamento sistemático da substância intelectual nascida através dos atos naturais aos quais são dados significado jurídico. A razão provida por Kelsen, entretanto, parece fraca, porque externa à teoria pura. E é mais estratégica do que analítica: a necessidade de uma teoria do direito normativa se comprova do fato de que a “ciência do direito” é milenar, tendo sempre servido àqueles preocupados ou que lidam com o direito. Não haveria razão, portanto, para desprezar essas necessidades que são, afinal, legítimas e dispensar a “ciência do direito”. Uma razão melhor, mais ainda exterior, é de que substituí-la pela sociologia do direito seria impossível, pois tratam-se de ciências preocupadas com problemas absolutamente distintos. Neste momento, Kelsen levanta a questão do lugar da ciência do direito entre as demais ciências cognitivas e afirma que seu eventual lugar rebaixado não vem ao caso⁸⁶, com o que, infelizmente, parece reconhece-lo. E repete que o que importa à *Teoria Pura* é restringir a ciência do direito a seu objeto de cognição e esclarecer os seus métodos.

⁸⁶ §16. “Its rank in the overall scheme of the cognitive sciences is a secondary question”

O tema da distinção entre ciências naturais e sociais e da especificidade da ciência do direito é recuperado na seção 17 da versão americana da segunda edição – a seção 4 da brasileira. Kelsen definiu o direito como norma, ou um sistema de normas ou uma ordem normativa e limitou a ciência do direito a cognição e descrição das normas jurídicas e das relações constituídas por normas entre fatos determinados por normas. Ao fazê-lo, pretendeu definir o direito face à natureza, e a ciência do direito, como ciência das normas, face todas as demais ciências. Para tanto, definiu um critério de acordo com o qual a sociedade é diferida da natureza e a ciência social da ciência natural: a conexão e a cognição causal dos acontecimentos.

A definição de natureza como sistema de elementos conectados como causa e efeito, isto é, pelo princípio da causalidade, não se aplica, para Kelsen, à sociedade ou à ciência social que a conhece e descreve. O princípio adequado é o da imputação. Entre a introdução da ideia da natureza distinta do princípio que orienta a ciência do direito e a revelação de seu nome, imputação, transcorrem-se cindo páginas de explicações e exemplos das conexões esclarecidas por ele.

A razão do novo princípio é de que, diferentemente das ciências da natureza, o objeto dessa ciência é uma ordem normativa do comportamento humano. Mas Kelsen reconhece que é possível, “até certo ponto”, descrevê-lo pelos meios das ciências naturais. O problema é que a ciência social que operar pelo princípio da causalidade não será essencialmente diferente das ciências naturais.

Kelsen nota que, além da causalidade, é possível notar que os atos do comportamento humano se conectam uns com os outros e com outros fatos através de um princípio diferente. Esse princípio não está no mundo, está no pensamento, e é aplicado pelas ciências que tem como objeto o comportamento humano determinado por normas. Entendida como ordem normativa do comportamento humano, a sociedade é um objeto distinto da ordem causal da natureza.

Kelsen afirma que a análise – que ele, aliás, não realiza – da atividade do pensamento jurídico indica que na formulação de proposições normativas um princípio análogo e com uma função similar ao da causalidade é aplicado. A forma básica da proposição normativa é: sob condições determinadas pela ordem jurídica terá lugar um ato coercitivo determinado pela mesma ordem. O significado da conexão expressa pela proposição jurídica não corresponde a uma relação de causa e efeito, a qual independe da interferência humana, mas de condição e consequência, determinada pela autoridade jurídica. O dever ser jurídico, que conecta uma condição

a uma consequência, abarca os três significados possíveis da norma jurídica, suas três funções normativas: ser comando, autorização ou permissão positiva.

A conexão entre condição e consequência expressa pela proposição jurídica através do termo *dever-ser*, isto é, a imputação, é uma palavra introduzida por Kelsen em termos científicos. Segundo ele, não se trata de uma elaboração nova da ciência do direito, mas do ao de dar nome a uma ideia antiga. Ela está implícita no conceito de responsabilidade, segundo o qual um indivíduo é responsável por seu comportamento, porque poderá ser punido por ele. A imputação é a conexão entre o comportamento (condição) e uma sanção (consequência). Trata-se de um princípio amplamente mobilizado em outras ciências sociais, como a psicologia, a etnologia, a história e a sociologia e que passou a ter o nome dado pela teoria pura. Ciências sociais que não interpretam comportamentos mútuos de acordo com o princípio da causalidade, mas com o da imputação, não descrevem o comportamento humano *é* segundo leis da causalidade encontradas na natureza, mas como ele *deve ser* segundo normas positivas feitas pelo homem. Isso não é o mesmo que dizer que tais ciências são prescritivas. Sua tarefa é descrever o comportamento desde sua afinidade ou contrariedade face as normas sociais. Neste sentido, são ciências normativas como a ciência do direito.

Tais ciências podem apenas determinar a probabilidade de um comportamento. Mas não podem nem prescreve-lo nem prevê-lo. Dessa ideia Kelsen extrai seu argumento contra a posição da escola americana de jurisprudência realista de que o direito nada mais é do que uma predição do que as Côrtes decidirão, com o qual reitera sua posição desde *Teoria Geral do Direito e do Estado*⁸⁷, de 1945. A afirmação de normas jurídicas são, como as leis da natureza, predições sobre o futuro não pode referir-se a normas postas pela autoridade jurídica, mas às proposições normativas formuladas pela ciência que descreve o direito. Proposições normativas são, de fato, afirmações não de que algo ocorrerá, mas que *deve* ocorrer mediante a presença de condições estabelecidas pela norma descrita pela ciência.

Por esse motivo, Kelsen afirma não ser correto afirmar que a validade das normas jurídicas depende de sua efetividade. Validade e efetividade não são idênticos. Uma norma será válida mesmo se não for completamente efetiva, isto é, completamente observada e aplicada. A expressão escolhida por Kelsen é que ela

⁸⁷ KELSEN, H. (2011). *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo, Martins Fontes. p. 53.

deverá sê-lo, entretanto, *em certo grau*⁸⁸. A ineficácia das normas, assim como sua eficácia (os termos efetividade e eficácia são intercambiáveis aqui e significam obediência e aplicação), deve ser sempre presente. Uma norma que nunca é observada é tão inútil quanto uma norma que sempre é. Em todo caso, as predições da jurisprudência realista se diferem das proposições da jurisprudência normativa porque são afirmações do ser e não do *dever-ser* e, por isto, não contemplam o significado específico do direito.

A forma linguística dos princípios da causalidade e da imputação é a mesma: uma conexão entre uma coisa e outra. Mas o significado da conexão pertinente a cada princípio é diferente. O primeiro está referido a leis da natureza, leis que transcendem os homens, ao passo que o segundo se refere a normas criadas por ele. No primeiro, a conexão é, no segundo, deve ser. Nas relações causais, cada causa deve ser tomada como efeito de uma causa anterior, assim como cada efeito é a causa de um efeito posterior, de sorte de a cadeia de causalidade é infinita em ambos os sentidos (para trás e para frente). Condições, ao contrário, não são consequências a serem imputadas a condições futuras. A cadeia de imputação não é ilimitada. Há um ponto final que não se verifica na causalidade, como uma prima causa concreta, só identificável numa reflexão que recorre à metafísica, ou à outra forma de crença – o que Kelsen, kantianamente, reconhece como um limite do conhecimento⁸⁹.

A diferença fundamental entre imputação e causalidade repousa sobre a dimensão necessária que prevalece na natureza e a liberdade que existe na vida social, essencial às relações normativas entre os homens. O homem, como pessoa moral ou jurídica, é livre e, portanto, responsável. Deverá, assim, ser punido ou recompensado por seu comportamento de acordo com a afinidade ou distância que ele guarda da norma moral ou jurídica.

O problema da responsabilidade moral ou jurídica é fundamentalmente conexo ao da retribuição. O verdadeiro significado da ideia de os homens, como sujeitos a ordem moral ou legal, isto é, como membros de uma sociedade e como uma pessoa moral ou jurídica, é livre. Essa liberdade é compreendida como o oposto de uma determinação causal. Seu comportamento, assim como a consequência dele, deve ser apreciado desde a norma que os regulam. Naturalmente, uma norma formata, isto é, se

⁸⁸ a seguir, a expressão adotada será, na versão inglesa *by and large* e, na tradução para o português, “eficaz em termos globais”.

⁸⁹ KELEN, H. (1992) *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Op. cit. p. 91.

torna causa de um comportamento, é assim que uma ordem moral ou jurídica atingem sua função social. Entretanto, é somente com base em uma ordem que pressupõe essa (e não outra) dimensão causal e respeita o livre arbítrio humano que a imputação é possível.

A possibilidade de uma ciência normativa do direito é por vezes questionada com o argumento de que o conceito de dever ser é uma falácia ideológica sem sentido. Neste sentido, a ciência do direito é impossível, reduzindo-se a uma sociologia jurídica. Mas a sociologia jurídica relaciona fatos não a normas, mas a outros fatos como causas e efeitos. Que causas movem um legislador a promulgar uma norma e não outra seria uma questão sociológica. É claro que, neste caso, não é a norma o objeto da cognição, mas fenômenos paralelos encontrados na natureza social. A ciência do direito se dirige a normas e não a fatos. Se o conceito de dever ser for recusado, então atos de criação do direito serão percebidos meramente como meios de produzir certos comportamentos dos homens a quem se dirigem. Como causas e efeitos. A ordem jurídica seria apenas a regularidade do curso do comportamento humano.

Tal falácia é realmente presente no conceito de dever ser se ele for tomado como o que constitui um valor absoluto. Mas não se pode falar em ideologia numa prescrição normativa que tem o significado específico de uma conexão funcional, em que dois fatos são conectados pela imputação jurídica, não como um ato de criação e outro de obediência, mas o fato determinado pela ordem jurídica como condição com uma consequência determinada por esta ordem. É possível arguir que a imputação é uma construção. Mas também é possível, como Hume e, depois Kant⁹⁰, afirmar que é, como a causalidade, um princípio de ordem do pensamento da mesma forma que ilusão ou ideologia, lidas como causalidade, são apenas hábitos do pensamento uma categoria do pensar.

Ao final do capítulo IV, Kelsen introduz, através do caráter universalista da teoria pura, o tema do capítulo V, centro da comparação que aqui se pretende esboçar. A postura da *Teoria Pura* é objetivista e universalista, ele afirma; ela olha, por princípio, para o todo do direito e procura compreender cada fenômeno em conexão sistemática com todos outros fenômenos, pois em cada componente legal está a

⁹⁰ KELSEN, H. ([1967]2009). *Pure Theory of Law*. Op. cit. .p. 103

função do todo jurídico⁹¹. O tema do capítulo que dedicará à norma básica, o qual segue o seu título, é a ideia de sistema e a de estrutura hierárquica que a viabiliza.

O direito enquanto sistema, sistema jurídico, é um sistema de normas. Mas o que lhe atribui sistematicidade? Isto é, o que dá unidade à pluralidade de normas? A unidade se verifica se a validade de cada norma puder ser remontada a uma única norma, a base última de validade de todas as norma, a norma básica.

Mas há diferentes sistemas de normas, o que não compromete o sistema generalista porque a norma básica não é, como a razão kantiana, uma só. O que faz surgirem sistemas de normas diferentes são as diferentes naturezas das normas básicas que lhes conferem sistematicidade e, por consequência, a validade de cada uma das normas que o compõem. Neste sentido, as diferentes naturezas dos princípios de validade de um sistema fazem sistemas de normas diferentes.

Segundo Kelsen, sempre foi assim. Aliás, a teoria pura frequentemente se blinda de críticas com o argumento fortíssimo de que ela apenas sistematiza e aprimora o que a ciência do direito já vinha fazendo, ou tentando fazer. Desde sempre, haveria duas formas de apreciar a questão da validade. O princípio de validade de um sistema pode ser a virtude de sua substância. O comportamento humano especificado nas normas desse sistema será obrigatório porque o conteúdo das normas tem uma qualidade evidente, direta, o qual confere validade ao sistema. Por seu turno, o conteúdo das normas de tal sistema é qualificado como evidente porque as normas podem ser remontadas a uma norma básica a cujo conteúdo as normas do sistema se submetem. Normas desse tipo são normas morais.

A norma básica de um sistema de normas morais tem um caráter substantivo, estático. Ao contrário, o sistema no qual as normas não válidas pela virtude de seu conteúdo tem um caráter formal, dinâmico. O sistema de normas cuja validade não pode ser questionada de acordo com a virtude do conteúdo de suas normas tem, entretanto, a virtuosa característica de não corresponder a algum valor substantivo absoluto. Uma norma será válida porque posta⁹² segundo um método, ou, mais propriamente, um procedimento determinado por uma regra. Essa necessidade de correspondência ao procedimento que põe a norma torna sua validade independente da moralidade. Localiza-se aí a positividade do direito. E, por consequência, a

⁹¹ KELSEN, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Op. cit. §26.

⁹² “Issued or set” correspondem às escolhas de ambas as versões em língua inglesa. Ibid, KELSEN, H. ([1967]2009). *Pure Theory of Law*. Op. cit.

diferença entre o direito positivo e o direito natural. Pois as normas do direito natural, como as normas da moralidade, são deduzidas de uma norma básica que, pela virtude de seu conteúdo, como a vontade divina, a natureza ou a razão, é tida como diretamente evidente. A norma básica de um sistema de direito positivo é simplesmente a regra básica de acordo com a qual as normas do sistema são criadas; ela apenas põe o fato material básico da criação do direito. Ela é, assim, o ponto de partida para um processo, pelo que tem um caráter formal dinâmico. Remontar uma norma do sistema de direito positivo à norma básica é mostrar que a norma foi criada de acordo com ela.

A verificação da validade de uma norma acaba, no plano do direito positivo, na Constituição. Essa recuperação pode exceder a Constituição vigente e atingir sua história, isto é, a Constituição anterior e, depois, o primeiro ato de usurpação do poder de uma determinada organização social que, através do tempo, sofreria as alterações político-jurídicas que teriam resultado no sistema de normas positivas composto pela norma cuja validade se pretende verificar. Mas a *Teoria Pura* opera com a norma básica como uma fundamento hipotético, cuja validade é uma pressuposição; ela é dada, não é posta. E isto é assim porque todo dado disponível à interpretação como direito só o será se a validade da norma básica for pressuposta. De sorte que sua validade não é a mesma das normas do direito positivo, já que ela não é criada (posta) pelo processo legislativo. Ela é a condição pressuposta de todo o processo de criação do direito.

Ao formular a hipótese da norma básica, e afirmar que a *Teoria Pura* não pretendeu inaugurar um método novo para a jurisprudência, mas apenas elevar ao nível da consciência o que todos os juristas já fazem quando, Kelsen deu ares de evidência não a um valor, mas ao tratamento conceitual dado ao objeto de investigação, o qual rejeitam o direito natural como base da validade do direito positivo. A pretensão da *Teoria Pura* seria apenas a de tornar clara a condição lógico-transcendental desse método.

A essência do direito e da comunidade constituída por ele é mais claramente revelada quando a existência do direito é questionada. No mesmo sentido, o significado da norma básica se torna claro quando um sistema de normas positivas é alterado por meios políticos, isto é, por um golpe ou por uma revolução. Se os revolucionários obtêm sucesso, a efetividade do sistema antigo cessa e é substituída pelo sistema novo, em virtude do fato de que os comportamentos humanos passam a

corresponder, a certo grau, ao sistema novo. Isso se deve ao fato de que uma nova norma básica passa a ser pressuposta, a que delega ao governo revolucionário a autoridade legiferante. Não fosse assim, o ato revolucionário não seria revolução, mas traição.

Isso põe a questão do conteúdo da norma básica. Este depende de certo fato material, o fato material de criação do sistema positivo, cuja existência depende de atos posteriores que confirmem a efetividade, em certo grau, do sistema de direito positivo cuja validade depende da pressuposição da norma básica. A correspondência completa ao sistema de direito não é necessária. De fato, ela é impossível pois, se for completa, torna desnecessário e sem sentido o sistema, o qual passará a determinar comportamentos que já ocorrem – e, ao contrário, se for insuficiente, descaracteriza a validade da norma básica e, portanto, de todo o sistema. Por esse motivo, associar validade e eficácia de um sistema de normas positivas é incorreto.

Os atos que criam o *dever-ser* são comandos, imperativos dotados portanto de significado⁹³ subjetivo⁹⁴. Se a teoria pura definisse as normas assim, Kelsen seria mais um positivista austiniano⁹⁵. Não é o caso em nenhuma aversão da teoria pura. Segundo Kelsen, o *dever-ser* pode ser interpretado como o significado objetivo do comando, como uma norma objetivamente válida que impõe obrigações e confere direitos a indivíduos. A condição para que essa diferenciação seja possível é a pressuposição de uma norma básica.

De fato, se todo significado fosse negado à norma ao compreendê-la como objetivamente válida através da conexão da imputação, afirmações através das quais a lei é expressa seriam sem sentido⁹⁶. O significado imanente dos atos dirigidos pelo legislador aos órgãos de aplicação e, por estes órgãos, aos sujeitos não é compreensível pela afirmação do curso provável (*dever-ser*) de um comportamento futuro. A lei é afirmada desde um ponto de vista que transcende o direito. Não responde à pergunta especificamente jurídica do que deve acontecer de acordo com o direito, mas à pergunta meta-jurídica do que de fato acontece e provavelmente

⁹³ Todas as traduções de significado adotam o termo sentido, o que torna o texto confuso, já que o tema que atravessa a obra é o da normatividade.

⁹⁴ KELSEN, H. ([1967]2009). *Pure Theory of Law*. Op. cit.

⁹⁵ O qual define, na Província da Jurisprudência Determinada, que leis são comandos fundados em ameaças, emitidos por uma autoridade reconhecida, obedecida com habitualidade por uma sociedade política autônoma. AUSTIN, J. ([1832] 1998). *The Province of Jurisprudence Determined*. and The Uses of the Study of Jurisprudence. Indianápolis/Cambridge, Hackett Publishing Company, Inc.

⁹⁶ KELSEN, H. ([1967]2009). *Pure Theory of Law*. Op. cit. p. 104.

acontecerá. As afirmações jurídicas sobre o dever do comportamento não podem ser reduzidas a afirmações sobre fatos presentes ou futuros, porque não se referem a esses fatos. Os juízos jurídicos se referem ao significado específico que os atos de vontade que põem o direito têm. o *dever-ser* da norma é precisamente esse significado⁹⁷.

Kelsen reitera o argumento constante da primeira edição em favor da ciência do direito quase que nas mesmas palavras⁹⁸. Assim como enquanto houve religião haverá teologia dogmática, “enquanto houver direito, haverá (como sempre houve) uma ciência normativa do direito”. Ela não pode ser substituída por outra ciência com preocupações inteiramente distintas. Ela apenas “deve ser submetida ao esclarecimento crítico (e rigoroso) de seus métodos. Kelsen afirma e reafirma a teoria pura como algo que não funda, senão sistematiza a ciência do direito como algo cuja necessidade sempre impôs tal ciência como realidade. Realidade que, através da teoria pura encontra sua sistematicidade.

Ao definir ideologia, Kelsen esquece de uma das questões kelsenianas por excelência. A Ideologia desfigura o objeto da cognição⁹⁹, porque aprecia um objeto sob a influência de um juízo de valor subjetivo. Mas Kelsen sabe, porque está preocupado com a confusão entre ciência do direito e política jurídica, que o problema é que uma apresentação ideológica oculta a dimensão de subjetividade e apresenta o juízo como resultado verdadeiro de uma apreciação objetiva. Se o direito positivo for entendido desde sua relação com uma ordem superior, única, ideal, certa ou justa, e se for demandada sua conformidade com ela, tal compreensão será ideológica. A teoria pura é expressamente anti-ideológica e absolutamente vinculada ao que está disponível à apreciação no real, não no ideal. E, neste sentido, ela “a teoria pura é uma teoria realista radical do direito”.

Em “O aspecto dinâmico do direito” (ou “A dinâmica jurídica”, na tradução para o português), a validade da ordem jurídica encontra sua razão na norma básica. A

⁹⁷ Idem, p. 104

⁹⁸ Idem. p. 105 “The possibility and necessity of such a discipline directed toward the law as a normative meaning is proved by the fact that the science of law has been in existence for a millennia – a science which, as dogmatic jurisprudence, serves the intellectual needs of those who deal with the law. There is no need to leave these entirely legitimate needs unsatisfied...”

(A possibilidade e necessidade de tal disciplina dirigida ao direito como significado normativo é provada pelo fato de que a ciência do direito existe a um milênio – uma ciência que, como jurisprudência dogmática, serve às necessidades intelectuais daqueles que lidam com o direito. Não há necessidade de deixar insatisfeitos essas necessidades inteiramente legítimas...)

⁹⁹ Idem. p. 105 “...nonobjective presentation of the subject influenced by subjective value judgments and glorifying or disfiguration the subject of cognition...”

(...apresentação não objetiva de um assunto submetido à influência de um juízo de valor subjetivo, o qual glorifica ou desfigura o objeto da cognição...)

significado da busca por uma razão jurídica para a validade se desenvolve em substituição da razão política que subjaz à materialidade de um sistema de normas: a legitimidade da ordem jurídica, o que pode ser substituído pela pergunta: por que devemos obedecer à ordem jurídica? Por que tomamos como válida uma ordem jurídica e nos submetemos a ela?¹⁰⁰

Todo o empreendimento da teoria pura repousa sobre a especificidade jurídica do objeto direito. Logo apreciar um sistema de normas depende, primeiro, de encontrar o sistema como válido. Materialmente, um sistema é válido se é legítimo. Juridicamente não. A pergunta de Kelsen é, então: O que torna válida (juridicamente legítima) uma norma e qual é a razão de sua validade (legitimidade jurídica)?

Kelsen define a validade como vinculação. Uma norma é válida porque vincula, obriga, mesmo restando prevista (e necessária!) a possibilidade de sua não observação. Isto é, a validade é a razão pela qual um indivíduo submetido à determinada ordem será responsabilizado por seu comportamento de acordo com o que ela determina. A razão disso não pode ser um fato, um *é*. Não pode ser um fato, ou, por exemplo, a circunstância de que ela foi emitida por uma autoridade, um soberano, como na formulação austiniana. Deve ser um *dever*. Uma outra norma, portanto.

Uma suposição como a austiniana é equivocada pela mesma razão segundo a qual a teoria pura é verdadeira. O comando do soberano só é razão de validade porque é acolhida a pressuposição tácita de que o comando do soberano põe normas válidas que devem ser observadas. Um silogismo atestando a validade de uma norma teria como premissa maior a de que deve-se obedecer o comando do soberano, cuja conclusão seria de que a norma porta por ele é válida e deve ser obedecida.

A competência não é, portanto, a razão da validade. Mesmo quando não se está a falar no soberano de Austin, a competência jurídica, que foi posta por uma norma, encontrará um limite. Esse limite é uma norma superior que deve ser pressuposta (os comandos da ordem jurídica devem ser obedecidos) porque não foi nenhuma autoridade competente que a pôs. Na teoria pura, seu nome é norma básica. Ela é a fonte comum de validade de todo ordenamento jurídico e, por isso, é também o que lhe confere unidade.

¹⁰⁰ Idem. p. 193

Há, segundo Kelsen, duas naturezas de normas básicas que, por seu turno, dão origem a dois tipos de sistemas de normas. Um obedece ao princípio estático e outra ao dinâmico. No primeiro caso, a validade do sistema pode ser remontada à força do conteúdo da norma básica. A regra não mentir seria válida pela força da presunção que deve-se ser verdadeiro. A dedução de validade do sistema que se orienta pelo princípio estático é lógica, como ocorre no dinâmico, a diferença é que a validade é remontada ao conteúdo da norma básica. A norma que dá validade a tal sistema tem que ser assumida como diretamente evidente. Mas essa é uma escolha que emana da razão, é uma presunção contingente. E a razão da validade tem que ser necessária.

Se uma norma é criada por um ato da vontade, não há falar-se em auto-evidência. Por este motivo, a norma que confere validade a um sistema jurídico tem que ser pressuposta. Os sistemas cuja validade repousa em uma norma pressuposta se orientam pelo princípio dinâmico. A norma básica desse sistema deve, entretanto, limitar-se a autorizar os atos de criação do direito. Ela só fornece a razão da validade, não o conteúdo das normas do sistema que torna válido. E, mesmo que uma norma básica ponha, além da razão da validade, uma competência, a distinção ainda assim permanece, pois os princípios que orientam a validade são diferentes.

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem caráter essencialmente dinâmico¹⁰¹. Por este motivo, porque são criadas da forma que a norma básica indica, qualquer conteúdo pode ser direito. Assim, a validade de uma norma jurídica não pode ser negada pelo fato de que seu conteúdo conflita com o de outra norma, pois a validade das normas não advém da concordância de seus conteúdos com a norma básica que, afinal, segundo o princípio dinâmico, não é uma norma material, é pressuposta como a norma superior da qual as normas para o comportamento humanos são logicamente deduzidas.

De a constituição de uma comunidade jurídica é compreendida como a norma que determina como as normas gerais devem ser criadas, a norma básica é aquela pressuposta através da qual a constituição passou a existir, isto é, o ato de criação da constituição¹⁰². Mas no o ato material; o ato objetivamente interpretado como um ato de criação da norma. Kelsen nos diz que, neste sentido, a norma básica pode ser compreendida como a “constituição em sentido lógico”.

¹⁰¹ Idem. p. 198

¹⁰² Idem. p. 199.

A razão da validade de uma norma jurídica consiste na sua *redução* à norma básica da ordem jurídica, isto é, na identificação de que a norma foi criada de acordo com a norma básica.

A qualidade da pressuposição da norma básica é lógica e transcendental¹⁰³. Ela se refere *diretamente* a uma específica constituição, de origem costumeira ou estatutária, “eficaz em termos globais¹⁰⁴” (by and large effective) e, *indiretamente*, à ordem coercitiva criada de acordo com essa constituição e eficaz em termos globais. A norma básica fornece a razão da validade dessa constituição e da ordem coercitiva criada de acordo com ela. Ela é um produto de uma invenção livre. Entretanto, não é pressuposta arbitrariamente. Existe uma escolha entre diferentes normas básicas quando o *significado subjetivo* do ato de criação de uma constituição e dos atos criados de acordo com ela são interpretados em seu *significado objetivo*. Somente se a norma básica, referida a uma determinada constituição, é pressuposta, é devida a obediência à constituição. Só então o significado subjetivo do ato criador de uma constituição e dos atos criados de acordo com ela podem ser interpretados como seus respectivos significados objetivos. Somente aí as normas serão objetivamente válidas e as relações estabelecidas entre elas serão jurídicas.

Na pressuposição de que a norma básica se refere diretamente a uma constituição, o conteúdo dela é irrelevante. A pressuposição da norma básica não aprova ou desaprova nenhum valor que transcenda o direito positivo. Como somente a pressuposição da norma básica torna possível interpretar objetivamente o significado subjetivo do ato de criação da constituição, a norma básica pode ser caracterizada como a condição lógico-transcendental dessa interpretação, com o que Kelsen lança mão analogicamente, mas expressamente, de um conceito da epistemologia ou da teoria do conhecimento kantiana.

Kelsen percorre, portanto, em ambas as edições da Teoria Pura, duas etapas da teoria do conhecimento de Kant. Assumida como incancelável a dimensão produtiva da atividade cognitiva, passa suas produções pelo crivo da reflexão e pergunta: como se deve conceber o status do sujeito cognoscente para que haja conhecimento? E como se deve conceber o objeto conhecido para que haja física ou matemática? As duas etapas estão presentes na reflexão kelseniana, seja na lida com dados, as normas,

¹⁰³ Idem. p. 201

¹⁰⁴ KELSEN, H. (2011). *Teoria Pura do Direito*. p. 224; KELSEN, H. ([1967]2009). *Pure Theory of Law*. Op. cit. p. 201

seja no reconhecimento da dimensão construtiva da atividade cognitiva, a reconstrução da norma e sua tradução científica nas proposições jurídicas e na localização da dimensão transcendental das categorias do pensamento, na norma básica.

O que o moveu foi a pergunta: “como é possível interpretar sem uma hipótese metafísica, os fatos percebidos pelos sentidos?”¹⁰⁵ A pergunta de Kelsen é análoga: “Como é possível interpretar sem recurso a autoridade meta-jurídica, como deus ou a natureza, o significado subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descrito nas proposições jurídicas?”¹⁰⁶ A resposta epistemológica da teoria pura é: pressupondo a norma básica que se deve comportar de acordo com o prescrito na constituição, de acordo com o significado subjetivo do ato de vontade criador da constituição. A função dessa norma básica é encontrar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, interpretar objetivamente o significado subjetivo dos atos do comportamento humano pelos quais as normas de sistema jurídico coercitivo efetivo são criadas. A norma cuja validade é extraída da premissa maior é uma norma básica se sua validade objetiva não é questionada.

Se a questão da razão da validade do direito positivo, a questão de por que as normas de uma ordem coercitiva efetiva devem ser aplicadas e obedecidas, visa a uma justificação ético-política, um padrão de acordo com o qual o direito positivo pode ser julgado como justo ou injusto e, portanto, válido ou inválido, a norma básica não tem qualquer serventia¹⁰⁷. Isto porque uma ordem jurídica positiva só pode ser justificada em termos da reflexão que opera segundo o princípio dinâmico dinâmicos por uma norma que pode ou não estar em acordo com tais padrões de justiça. Qualquer ordem jurídica, com qualquer conteúdo, pode ser válida ou inválida, desde que seja em termos globais efetiva¹⁰⁸.

Esse é um elemento essencial do positivismo jurídico. E é precisamente neste ponto que a teoria Pura do Direito se mostra como uma teoria jurídica positivista. Ela descreve o direito positivo como uma ordem jurídica objetivamente válida e afirmam que essa interpretação só é possível sob a condição de que a norma básica é pressuposta de acordo com o significado subjetivo dos atos criadores do direito são também seus significados objetivos. Uma teoria consistente do direito natural difere

¹⁰⁵ KELSEN, H. ([1967]2009). *Pure Theory of Law*. Op. cit. p. 202

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Idem. p. 217.

¹⁰⁸ Ibidem.

de uma teoria positivista do direito porque aquela busca a razão da validade do direito positivo no direito natural, de acordo com o conteúdo do direito positivo. O direito, não qualquer ordem jurídica globalmente efetiva, será interpretada como válido se estiver de acordo com o direito natural. De fato, é precisamente a função do direito natural determinar a invalidade do direito positivo segundo padrões de concordância de seu conteúdo com o direito natural. Uma teoria assim é, de fato, uma teoria da justiça.

CAPÍTULO III –DIREITO NATURAL, POSITIVISMO E POLÍTICA: IMPLICAÇÕES PARA O TEMA DA VALIDADE

3.1. Sobre o específico positivismo kelseniano e a concepção de norma básica

Os supostos metodológicos da *Teoria Pura* referem-se ao objetivo de estabelecer as condições para uma ciência jurídica em sentido estrito, apta a conhecer seu objeto, a norma, numa abordagem puramente jurídica, isolada da influência das demais ciências, como a psicologia, a sociologia, a ética, a história etc. A delimitação da ciência do direito face às das demais disciplinas realiza-se através da identificação de um objeto que lhe é próprio: a norma. A partir de sua reconstrução, cabe ao cientista do direito operar segundo o postulado teórico-metodológico descritivista para conhecer e descrever o objeto da ciência jurídica sem adentrar o campo da política. Esse esforço de constituição da ciência do direito pelo isolamento face à política se deve ao objetivo de impedir que o direito vista de objetividade jurídica a prescrição de condutas politicamente interessadas.

Viu-se que somente a primeira operação pode ser remontada a Immanuel Kant. A preocupação com o que é aparente assume, em Kant, forma de que o que é sentido como absoluto, mas é relativo, não pode assumir forma de absoluto. Kelsen atualiza Kant no reconhecimento da pluralidade de valores, os quais são, entretanto, sentidos como absolutos. Separar o objeto da apreciação dessa impressão depende de uma série de gestos intelectuais. Um deles é a necessidade de adequação lógica entre o conhecimento e o objeto. Essa escolha se evidencia no afastamento da causalidade da apreciação do objeto e no privilégio de sua estrutura deôntica.

Kelsen recusou expressamente a dimensão normativa da filosofia kantiana. Diversas vezes, foi categórico ao afirmar que a ciência do direito não pretende produzir efeitos na vida prática, senão os de fornecer àqueles que lidam ordinariamente com o direito uma ferramenta segura de interpretação. E associou essa expectativa aqueles objetivos de autonomia da ciência direito das demais ciências e da política como a força de seu positivismo. Não obstante, os caminhos adotados por Kelsen na identificação da norma jurídica reconstruída em proposições normativas e, talvez principalmente, na forma hipotética da qual deduz a validade do ordenamento jurídico, são pouco ortodoxos, se comparados ao positivismo tradicional. No mesmo sentido, e o fato de que procurou estabelecer a coerência de sua obra desde a teoria

pura, inspiram a hipótese a posição adotada em sua reflexão e atuação políticas, a democracia liberal, é uma expectativa da teoria pura. Nos dois casos, é possível posicionar a reflexão de Kelsen num meio termo, entre o direito natural e o positivismo jurídico.

A leitura de Kelsen como um herdeiro da filosofia crítica inaugurada por Immanuel Kant¹⁰⁹, por oposição à escolha de remonta-la aos debates do neokantismo alemão do início do século XX, se deve ao paradoxo apresentado pela interpretação de dois autores contemporâneos: Stanley Paulson e Lars Vinx. Ambos sugerem que a teoria pura representa o referido meio termo entre Direito Natural e positivismo Jurídico. O primeiro, vincula-o a opções epistemológicas kantianas. O segundo, indica que tal meio termo guarda um resultado de crítica social que guardaria um efeito não desejado pela teoria pura. No presente estudo, trata-se de esclarecer o positivismo kelseniano desde a teoria do conhecimento que lhe dá suporte, bem como investigar a hipótese de Vinx de que a dimensão normativa da obra de Kant, recusada por Kelsen, é substituída pela neutralidade que visa, afinal, a dar passagem a uma concepção substantiva de vida social. Tal tarefa não se realiza através do controle sobre o quanto da filosofia kantiana chega até Kelsen pelo filtro dos filósofos de Marburgo.

Kelsen foi um filósofo com profícua produção intelectual no século XX, em cuja obra, acentuou uma específica orientação positivista. Ela partilha dos pressupostos do positivismo filosófico que ordenam que só é possível conhecer o que a ciência permite conhecer. E os adequa ao campo do direito nas teses de que o estudo do direito se dá pelo direito posto, de que o direito é um fenômeno a ser distinguido da moral e de que o estudo científico da sociedade se move pelos mesmos anseios, embora por caminhos distintos, daqueles das ciências naturais. A forma peculiar assumida pelo positivismo de Kelsen se pronuncia no trato transcendental conferido pelo autor ao tema da validade do direito.

A rigor, a guinada positivista que vinha em curso desde o século XIX é radicalizada por Kelsen em *Teoria Pura do Direito*, seu livro mais conhecido, publicado pela primeira vez com esse título na Alemanha, em 1934. A *Teoria Pura* assinala da forma mais nítida a originalidade de Kelsen. Nessa obra, o autor distingue

¹⁰⁹ Como se viu, é desde a leitura direta de Kant que a obra de Kelsen é analisada por Simone Goyard-Fabre. GOYARD-FABRE, S. (2006). *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. Op. cit.

o direito de forma ampla, autonomizando o Direito dos elementos que lhe são estranhos, os quais Kelsen identifica como aspectos residuais do Direito Natural, como a moral, os juízos valorativos de justiça e a política. O que atribui ao autor o qualificativo de positivista está plenamente sistematizado nesta obra: a tarefa da ciência é a descrição do Direito, tomado como padrão de interpretação do comportamento. A elaboração de juízos de valor acerca dos conteúdos do Direito é tarefa da Filosofia. O cientista do Direito não ignora, portanto, que o Direito tem conteúdos valorativos. Mas a ele cabe somente descrever o que foi objetivado por meio da positivação do Direito. O resultado é uma descrição do que o Direito é sem considerações acerca do que ele deve ser.

Ao negar à ciência do direito a realização de juízos valorativos, Kelsen teria logrado estudar o direito em sua pureza¹¹⁰, livrando-o de elementos externos. Postos os termos da ciência do direito, Kelsen precisou dar contornos mais definidos ao objeto desta ciência. Para fazê-lo, operou nova distinção, desta vez entre a natureza e o direito. No vocabulário kelseniano, esta distinção está posta em termos da ruptura entre o mundo do ser do mundo do dever ser, que pode ser remontada a Kant e a qual somente a fenomenologia de Husserl reaproximará. Para Kelsen, entretanto, o que acontece no mundo social é inconstante. E o que é inconstante impõe dificuldades à apreciação científica.

A norma não, a norma é constante. A existência objetiva da norma não depende de qualquer causalidade. Isto quer dizer que, a despeito do que aconteça, a norma não deixa de existir. É isto que lhe atribui aptidão para ser objeto da ciência do direito. Esta ideia pode ser representada por “Se A é, deve ser B”, ou, quando alguém pratica um crime, por exemplo mata outrem, mas não é punido, o Direito nem por isto perde sua normatividade. Matar alguém é o pressuposto de aplicação da norma que prescreve para aquela conduta uma sanção. Houve o fato e a expectativa punitiva contida no *dever ser* da norma foi frustrada. Mas matar alguém continua a ser crime. Não ocorre o mesmo com as leis naturais. Por exemplo, se eu jogar para o alto uma moeda, ela necessariamente cairá, senão imediatamente, tão logo deixe de subir. Via de regra, uma lei natural é apresentada na estrutura “se A, é ou será B”. E, se não for, a lei da gravidade terá deixado de existir.

¹¹⁰ Tal como proposta na obra clássica de Luis Alberto Warat, trata-se da purificação de quinto nível. WARAT, L. A. W. (1983). *A pureza do poder*. Florianópolis, Editora da UFSC

Definida a norma como objeto e a ciência como incompetente para realizar juízos de valor, colocou-se o problema da acepção científica da natureza de sua validade. Isto quer dizer que uma norma não é válida simplesmente porque ela é, por exemplo, justa. Justiça é um valor, varia, é algo que cuja subjetividade impede a apreciação científica. Para resolver a questão, Kelsen elaborou um sistema de autorizações delegativas, que chamou de construção escalonada de normas, em que uma norma é validada por uma outra hierarquicamente superior. Uma norma põe a autoridade competente para por uma, a qual, por seu turno, atribui autoridade para que outra norma seja posta. De fato, apresentada assim a construção de Kelsen parece um desenvolvimento, quando, a rigor, trata-se de uma forma regressiva de identificação da validade das normas. Por exemplo, um homem exige que lhe seja entregue uma soma em dinheiro. Se este homem é um gangster, embora esteja impondo um *dever ser*, sua ordem não é norma. Se o homem é um funcionário da Fazenda, sua competência para cobrar lhe foi conferida por uma outra norma, uma norma fiscal, pelo que o *dever ser* que ele impõe tem sentido objetivo. Visualiza-se, assim, a construção escalonada, em que a norma é válida quando dotada de sentido objetivo, o qual decorre de outra norma hierarquicamente superior, posta pela autoridade competente, sucessivamente, até a Constituição.

Coloca-se então um problema. Na lógica da forma escalonada, que norma validaria a Constituição? Para garantir sua coerência e respeito à Constituição (como norma válida) e ao ordenamento (cuja objetividade dela decorre), Kelsen desenvolveu a ideia de norma básica¹¹¹. Trata-se de uma hipótese, algo que não está no mundo. Em termos kantianos, um pressuposto lógico-transcendental. É tempo de uma menção a Kant. Esta menção interessa aos objetivos deste trabalho por diversos motivos. Trata-se de um autor que informa o pensamento de Kelsen que, como este, se dedicou a delimitar o âmbito de reflexão sobre o direito.

O projeto kelseniano de positivismo segue a descrição de modernidade weberiana. A influência de Max Weber é imensa e é objeto de uma vasta bibliografia¹¹². Importa, entretanto, notar que o objetivo de diferenciação da ciência do direito como campo autônomo pretendida por Hans Kelsen se inscreve na maneira

¹¹¹ Embora não seja a expressão adotada no espanhol da tradução argentina da primeira edição, ou no português da segunda, as quais traduzem *Grundnorm* por “norma fundamental”, norma básica é a expressão escolhida pela tradução mais atual da primeira edição. KELSEN, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford, Clarendon.

¹¹² BOBBIO, N. “Max Weber e Hans Kelsen” in *Sociologia del diritto*. 1 1981.

segundo a qual o sociólogo caracteriza modernidade. Para Weber, o processo de modernização na cultura se dá pela diferenciação das esferas de valor, as quais passam a ter legalidade própria. A modernidade quebra a articulação que havia entre o saber, a ética, o direito, a arte, a teologia e a metafísica, quando uma esfera interferia na outra.

As inflexões operadas no curso da modernização se deram de forma conflitiva. A busca por um método próprio da ciência, livre da ingerência da teologia e da autoridade eclesiástica, afirma uma esfera cultural de valor que passa a não estar mais submetida a essa autoridade. O mesmo é possível afirmar da moral, ou dos costumes, cujos princípios de conduta, morais ou jurídicos, se consolidam de forma independente da Igreja e, por razões políticas, em virtude da separação dos poderes, da expressão executiva das organizações sociais.

A inscrição da *Teoria Pura do Direito* no desenvolvimento do desejo moderno de tratar as disciplinas como campos distintos, autônomos se opera através de ferramentas fornecidas pela filosofia kantiana. O que é coerente, já que a obra de Kant reflete esse desejo moderno. Um dos objetivos centrais de sua obra crítica, composta de três livros, dedicados, respectivamente, ao campo do conhecimento, na *Crítica da Razão Pura*, da moral - ou como escolhe chamar, dos costumes - na *Crítica da Razão Prática*, e da arte, na *Crítica do Juízo*, é justamente o de indicar a autonomia de que devem gozar as esferas diversas da vida intelectual. O direito, entretanto, não recebe um tratamento próprio na obra de Kant. Ele não é um campo autônomo, estando submetido à moral. De fato, a “Doutrina do Direito” é uma seção da *Metafísica dos Costumes*.

Kant elaborou sua obra crítica reagindo à autoridade de argumentos metafísicos. Ao fazê-lo, quis interpretar os fatos dados aos *sentidos* nas leis naturais, formuladas pela ciência da natureza, sem recorrer à metafísica. Kelsen, quis interpretar o sentido *subjetivo* de um sistema de normas jurídicas *objetivas*, sem reconduzir a interpretação a argumentos de autoridade metajurídicos, como Deus ou a natureza. O meio escolhido foi a hipótese da norma básica.

A norma básica é, portanto, uma construção, um artifício criativo ou, no vocabulário kelseniano, um *instrumento auxiliar do conhecimento* do objeto, que é a norma. Este instrumento resolve o impasse teórico da validade das normas jurídicas através da hipótese de uma norma que pressuponha o acordo de que todos atos de

produção do direito devem se conduzir por ela. Este acordo, por seu turno, lhe confere status objetivo, servindo de fundamento de validade para a Constituição e para as demais normas hierarquicamente inferiores. Com isto, Kelsen soluciona o paradoxo de ser a Constituição o fundamento de validade das demais normas e não possuir, ela mesma, fundamento; isto sem recorrer a elementos externos ao Direito para justificá-lo.

Não obstante ser justamente esta a crítica que se faz ao alcance positivista de sua opção epistemológica, ela não a explica. De fato, o ponto de partida da observação não é factual. Mas, se isto pode ser uma crítica dirigida ao positivismo de Kelsen, pode ser dirigida ao positivismo de maneira mais ampla, isto é, à pretensão científica de obtenção de verdade em geral. É possível que a reflexão científica dependa de escolhas fracas em objetividade. Escolhas que contém uma concepção prévia do objeto de estudo e, provavelmente, uma concepção já formada da realidade que se pretende “com isenção” observar. É o que leva alguns autores a questionar a objetividade do observador. O argumento é de que há certa auto implicação cognitiva que faz com que a realidade seja apreendida mediante uma construção e onde o observador não será capaz de enxergar a si mesmo.

Ao contrário, o recurso ao transcendental pode mesmo ser a escolha de Kelsen para realizar o que faltava do projeto positivista¹¹³. E esse é um recurso a Kant. Não obstante, a leitura rápida dos dois autores pode gerar confusões desnecessárias. Isto porque as soluções encontradas pela filosofia kantiana pretendem lograr resultados para o campo da ação moral, o que para Kelsen é impensável. Faz-se necessário o acesso mínimo ao que distingue esses autores.

A obra de Immanuel Kant é imensa e importa aqui esclarecer apenas uma de suas dimensões, embora uma das mais importante, o *imperativo categórico*. Porque versa sobre o âmbito a ação, ele informa as concepções kantianas de moral, de ética e de direito. De fato, o imperativo categórico pode ser compreendido como resposta à pergunta, tipicamente moderna, de *como fundamentar de maneira independente a moral* – e, logo, a ética e o direito? Um desdobramento especificamente kantiano da pergunta é *como a moral* – que engloba a ética e o direito – *pode valer universalmente?* Das perguntas já resultam a autonomia dos campos, pois a moral não

¹¹³ PAULSON, S. “Introduction” in. KELSEN, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford, Clarendon.

pode depender da religião, porque seu fundamento estaria em Deus e não nela mesma; e não pode se fundar na tradição, pois esta varia, não é universalizável.

Em Kelsen a moral jamais poderia ser pensada desde o universal. Nem por isso, entretanto, o projeto kelseniano não tem uma pretensão universalista. Ao contrário, Kelsen pretende produzir uma teoria do direito capaz de fornecer ferramentas de análise para quaisquer sistemas de direito positivo. No que conta com o percurso de complexificação que se verifica sobre mesmos sistemas e, logo, sua teoria pretende se adequar aos processos de transformação, sendo, portanto, pertinente aos sistemas de seu tempo e os por vir. Tal universalidade, entretanto, se logra pela recusa de uma medida central à filosofia kantiana.

A solução encontrada por Kant para a reflexão livre da autoridade metafísica parte da distinção entre autonomia e heteronomia. É heterônoma uma lei de conduta que se fundamenta em algo externo. Estes podem compor a tradição, mandamentos divinos ou concepções particulares do que venha a ser o bem. A autonomia da vontade, por seu turno, amplia a concepção democrática de liberdade rousseauiana, no qual se articula com a ideia de um contrato como procedimento em que os contratantes se tornam súditos de leis de cuja formulação participaram. A autonomia é posta pelo imperativo categórico é mais exigente e se pretende maior do que a liberdade do imperativo hipotético do contrato, na medida em que além de participar da elaboração das leis, os homens experimentam-nas internamente. Um imperativo hipotético põe a possibilidade de atingir um fim segundo certos meios. Tais fins são postos de forma heterônoma, são da ordem da variedade. O imperativo categórico, ao contrário, comanda absolutamente. Numa de suas formulações, talvez a mais famosa, presente na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant o explica na sentença “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne universal”. A máxima seria a lei que elaboramos para nós mesmos ao agir. Ela será moral se for universalizável. O imperativo é uma espécie de teste da universalidade das máximas subjetivas. Por isto a moral kantiana é procedimental, é formal, não material. Kant não fornece um alista de mandamentos, mas uma forma, um procedimento capaz de testar qualquer princípio moral.

O imperativo categórico garante que a moral tenha leis próprias, independentes das de outras esferas culturais e que os submetidos às leis tenham, como seres racionais, participado de sua elaboração. A dimensão universalista

garantiria a prevalência do justo, comum a todos, sobre o bem, lido como concepção particular sobre a vida boa ou a felicidade.

Já se insinuou que moral e ética não são a mesma coisa nesse pensamento. Mas a polissemia do termo moral com frequência prejudica a compreensão da obra kantiana. A distinção entre as leis da natureza das leis da liberdade, operada por Kant na esteira daquela orientação moderna, atribui sentido amplo ao termo moral. Tal amplitude refere-se ao fato de que a moral passa a acomodar leis éticas e leis jurídicas. Ambas dizem respeito às ações exteriores, embora apenas as leis jurídicas tenham necessariamente essa característica. Mas as leis éticas exigem que as próprias leis sejam princípios de determinação das ações. Isto quer dizer que um homem quando age de acordo com a lei ética, essa adequação se verifica exteriormente, mas não se completa a menos que sua obediência resulte da coerção interna de determinação de que ele deve obedecer às leis. Ao contrário, a obediência às leis jurídicas se verifica externamente, mas o que a move pode bem ser os meios escolhidos pela ordem jurídica com vistas a força a ação daquele que não guarda, internamente, respeito pela lei. Assim, uma ação ética pode ser conforme ao direito, mas ela não possui um modo de obrigação exterior ao comportamento virtuoso do agente que, por uma operação interna, reconhece e tem respeito pela lei ética. Uma ação em acordo com uma lei jurídica pode prescindir da dimensão virtuosa, podendo acontecer pelo constrangimento causado pelos meios jurídicos de imposição de uma obrigação exterior.

As leis jurídicas dizem respeito à liberdade em seu uso externo e a ética tanto em seu uso externo quanto interno. Tais são deveres diretamente éticos, ao passo que os deveres jurídicos, porque dizem respeito também à legislação interior, são indiretamente éticos. Isto quer dizer que a legislação atrai conjuntos de leis exteriores, fazendo-os seus. De sorte de que todos os deveres pertencem à ética. Por exemplo, quando a motivação externa que obrigaria o cumprimento de um contrato, por algum motivo, não é acionada, ainda assim subsiste a obrigação moral de cumprir os seus termos. O dever ético, que põe a ação virtuosa, ou o dever jurídico, que põe a ação de acordo com o direito se articulam, diferindo-se no fato de que o primeiro não conta com um meio exterior de obrigação de cumprimento, ao passo que o segundo está, como o primeiro, submetido aos deveres éticos gerais, isto é, morais, dos costumes.

O critério de universalização que a razão prática impõe a uma legislação ética não faz a distinção entre ética pessoal e social. O fundamento da ética pessoal, ao

exigir a ação segundo o imperativo categórico, localiza no agente a realização do universal. As ações devem se dar pelo dever e não somente conforme o dever.

A definição do direito e seu princípio universal são compostos dos mesmos elementos básicos. O direito é definido por Kant como “o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser unido ao arbítrio de outro segundo uma lei universal de liberdade”. Sua lei universal é formulada como “age exteriormente de tal maneira que o livre uso do seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal”. O tema aqui são as relações externas, a despeito das intenções ou motivações, a matéria do arbítrio, isto é, a o fim visado pela ação. Os elementos que compõem sua definição e princípio universal são a relação mútua dos arbítrio e a universalidade da lei.

A relação mútua de arbítrios ilustra uma especificidade do direito, a relação externa entre as pessoas, e caracteriza a liberdade como a coexistência ou limitação mútua da liberdade, “O direito é a limitação mútua da liberdade de cada um como condição de seu acordo com a liberdade de todos, enquanto esta é possível segundo uma lei universal”. A concepção de liberdade como limitação recíproca condiz com a defesa da liberdade individual. A lei universal inscreve o direito na doutrina dos costumes, onde as leis são dadas a priori e fundadas na liberdade. A liberdade como fundamento universal de todas as leis é um dado a priori¹¹⁴.

O que é dado a priori não pode participar do objetivo científico de observação e descrição, já que determinará a legitimidade dos ordenamentos segundo sua aproximação ou distanciamento da liberdade.

O direito racional é um padrão de medida que permite avaliar o direito positivo. Somente as determinações do direito compatíveis com a liberdade de todos segundo leis universais são legítimas e, por isso, produzem um padrão de medida que forma a contrapartida jurídica do imperativo categórico. Direito e ética tem em comum o projeto universalista da moral, da razão prática.

Como só diz respeito às relações exteriores, não pode ter como motivação o próprio dever, ou a própria lei, faz-se necessária uma motivação coercitiva, isto, também exterior. Isto é dispensável no plano da virtude, já que o vínculo da pessoa é com a própria lei; é ela que, como ser racional, se coage. Mas como conciliar com a liberdade a coerção que a restringe? A resposta de Kant é de que todo uso da

¹¹⁴ KANT, I. (2010). *Crítica da Razão Pura*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

liberdade realizado de maneira a representar um obstáculo à liberdade é injusto, sendo justa a coerção que o impeça.

O direito é, concebido, portanto, como composto pela ideia de liberdade como limitação recíproca, a qual põe a necessidade de uma medida especificamente jurídica, a motivação coercitiva. Ele também é regido por uma lei universal da liberdade; a liberdade como autonomia.

O vínculo da liberdade como a lei, isto é, com a obediência, segue o caminho aberto por Rousseau na afirmação de que “a obediência à lei que o homem prescreveu a si mesmo é liberdade¹¹⁵”. A obediência à lei e a espontaneidade da liberdade se vinculam na identificação entre autor e súdito da lei. Kant amplia o tema da relação entre obediência à lei e espontaneidade da liberdade no plano moral situando a autonomia da vontade como o princípio da moralidade, combinando a teoria política democrática de Rousseau os elementos liberais e conquistas da liberdade jurídica em uma filosofia da história. O princípio da autonomia é o de escolher de modo que as máximas que regem a escolha estejam incluídas no querer como lei universal. Em sentido estrito, a autonomia exige que a lei não seja dada pelo objeto e que a vontade não seja determinada por inclinações sensíveis, mas pela razão – do contrário ela seria exterior, heterônoma, não autônoma. A vontade, para ser autônoma, só pode ser determinada objetivamente pela lei moral e subjetivamente pelo respeito a esta lei. No plano do direito, a lei visa a regular as ações não virtuosas, ações que não reconhecem o dever, pelo que as leis jurídicas guardam a especificidade da coerção.

A legitimidade tem em Kelsen a pretensão de ter uma natureza completamente distinta. Ela não pode repousar sobre um valor como a liberdade, porque, para Kelsen, nenhum valor pode ser universalizável. A legitimidade dos sistemas de normas positivas não pode ter como ponto de partida um conteúdo. O mesmo acontece com a análise das normas, ou a Teoria Pura tampouco seria útil a quaisquer sistemas de direito positivo. De que forma, então, a presença de Kant participa do objetivo de realizar o positivismo? A resposta a essa pergunta depende do ingresso no campo das definições do positivismo, as especificidades surgidas de seu contato com o direito e as variações que sofreu no corpo deste último.

O positivismo jurídico recebe o seu conteúdo da capacidade que os positivistas filosóficos tiveram de colocar a lei enquanto fenômeno positivo. A sociologia

¹¹⁵ Idem. Prefácio. p. 11.

desenvolve uma teoria da sociedade neste mesmo ambiente, em que se trabalha a lei e os negócios humanos como circunscritos à temática do tempo, isto é, das relações sociais. Mas o positivismo jurídico e o positivismo sociológico são tradições intelectuais paralelas. A característica própria do positivismo sociológico é uma espécie de reatividade à filosofia, a qual não teoria uma teoria da sociedade à altura desses objetos postos. Neste ponto, Kelsen se aproxima mais daquela do que desta. Entretanto, a sociologia pretende, através do pensamento orientado segundo esses pressupostos de rigorosidade, ordenar a sociedade. Em Kelsen, a preocupação é encontrar ordem dentro do pensamento.

O positivismo é uma espécie de assinatura do pensamento de Kelsen, algo que o inscreve num movimento de ideias que é maior que ele e que, ao mesmo tempo, assume uma forma absolutamente específica em seu pensamento¹¹⁶. Kelsen foi um positivista. É ele mesmo quem nos diz, já na abertura da *Teoria Pura do Direito*¹¹⁷. Mas essa afirmação não diz muito. Saber o seu real significado depende de um exercício de diferenciação entre orientações que são frequentemente confundidas numa definição rápida, porque geral, do positivismo.

A orientação positivista é alguma coisa que surge como nome no século XIX com uma forma determinada, moldada pela autoridade epistemológica do século XVI, que é possível traduzir na busca por verdade, certeza, retidão. As premissas positivistas por excelência são de que positivos são os fatos e que a interpretação da realidade deve se dar desde o que se pode medir e definir pelo experimento. Reflete uma concepção do mundo segundo a qual apenas o que a ciência faz é conhecimento. Conhecimento seria o resultado da observação e da descrição do mundo. Cientista seria aquele que o observa e descreve de forma imparcial, objetiva e distante. O vocabulário da objetividade, dessa forma de conhecer o mundo, nasce dentro do ambiente filosófico, que se inicia na modernidade. Se inicia com René Descartes, tem clara presença em Thomas Hobbes, segue presente nas filosofias da consciência e se atualiza, de forma incompleta no tema do direito, no pensamento de Immanuel Kant.

No campo do Direito, essa forma de produção de conhecimento recebeu o nome de positivismo jurídico ou jurídico. E tem como pressuposto fundamental a ideia de que o fenômeno da lei deve ser estudado como algo distinto do fenômeno da

¹¹⁶ PAULSON, S. (2007). *Normativity and Norms*. Oxford, Clarendon Press.p. 23

¹¹⁷ KELSEN, H. ([1934] 1994) *Introductions to the Problems of Legal Theory*. Oxford: Clarendon. p. viii.

moral e que o Direito deve ser estudado a partir da norma posta. Há manifestações diversas desta orientação. As mais conhecidas e influentes são as tradições alemã e inglesa. A par das diferenças, aquele pressuposto filosófico primordial lhes é comum e localiza-se em Thomas Hobbes.

Em que pese a reflexão sobre o direito, a filosofia hobbesiana, encarna seu século menos para explicar o fim do direito do que a sua gênese. Deduz o direito da origem do Estado e de suas causas eficientes, as quais respondem à vontade de conservação dos indivíduos¹¹⁸. É possível afirmar que Hobbes foi um filósofo inscrito na tradição do Direito Natural. E que a intenção de objetividade, logicidade e decritividade, própria das tradições positivistas reagem justamente à tradição jusnaturalista. Não obstante, parte da originalidade de Hobbes reside no fato de que ele pode ter sido o primeiro a elaborar uma teoria do direito (como resultado de sua filosofia política – Hobbes não foi um teórico do direito) que repousa sobre a ideia de que o fenômeno da lei deve ser distinguido do fenômeno da moral¹¹⁹.

No positivismo inglês, a distinção entre direito e moral recebe tratamento semântico, dado por John Austin. Na tradição que dará origem ao positivismo alemão, que passa por Kant e chega a Kelsen, vigora a ideia de que há elementos de distinção entre o direito e a moral pelo fato de que a norma, em seu sentido amplo, começa rigorosa na moralidade, mas assume elementos específicos de trato social dentro do fenômeno jurídico. O que, em Kant, faz com que a metafísica moral possa ser ligada a imperativos racionais, fora do tempo, enquanto que a regulação jurídica deve estar ligada a circunstâncias de cumprimento de ordens.

Já se argumentou que o positivismo jurídico é melhor compreendido como uma tradição política que rejeita a tese da separação – de que não há conexão necessária entre direito e moral¹²⁰. Essa tradição sofreu, durante algum tempo, da atitude de eliminar o espaço conceitual em que operam a tradição do *common law* e seu estilo de raciocínio. A reconstrução genealógica mostra que, quando juízes positivistas são forçados a operar nesse espaço, têm que adaptar seu estilo de raciocínio aos constrangimentos que ele impõe. O fato de que muitos dos positivistas

¹¹⁸ VILLEY, M. (2003). *Filosofia do Direito*. São Paulo, Martins Fontes. p. 182-6

¹¹⁹ BOBBIO, N. (1991). *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro, Campus.

¹²⁰ A afirmação de que não há conexão necessária faz justiça ao autor da expressão tese da separação, Herbert Hart, que, no original em inglês é *separability thesis*, tese da separabilidade, não da separação necessária. HART, Lionel Adolphos Herbert. (2006) *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

contemporâneos procuram desqualificar tais juízes é sintomático de problemas profundos no positivismo contemporâneo, problemas que advêm da tentativa de desconectar o positivismo de sua tradição política. Por isso, uma recente recuperação neo-bentamista na teoria do direito é benfazeja. Não só ela reúne o positivismo jurídico com sua tradição política, como também abre o caminho para um debate produtivo entre o positivismo e seus críticos. A abordagem filosófica, antes tão vivamente dominante, não pode deixar de cumprir seu papel de flertar com o absurdo, com a abstração, com o ato de *negar os fatos* para produzir o novo. Os problemas da teoria do direito mantêm-se fascinantes como sempre, de sorte que um estudo contextualizado do pensamento e das instituições jurídicas talvez tenham o que oferecer¹²¹.

Os pressupostos de rigorosidade científica, a impessoalidade, a descritividade, a logicidade são da autoridade geral da epistemologia que nasce no século XVI. Há reflexos dessa orientação, portanto, em diversos lugares e em mais de um campo do conhecimento¹²². O momento da chegada do positivismo científico ao pensamento jurídico passou pela fase em que o positivismo jurídico era o mesmo que uma doutrina das fontes do direito. Mas, tendo August Comte dado ao termo nova carga, positivismo passou a significar o propósito de aplicar a todas as questões, inclusive às humanas, morais, sociais, os métodos científicos modernos desde o estudo dos fatos. No direito, o positivismo científico levou a restrição do direito aos textos legais. Mais tarde, esse legalismo foi deixado em favor da extensão do escopo da ciência do direito a outras espécie de fatos jurídicos. Ainda, entretanto, sem considerar os fins do direito¹²³.

Kelsen escolhe abrir a *Teoria Pura do Direito* explicando que “*desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência*”¹²⁴. Portanto, contrariando o que considerava uma espécie de esgarçamento do rigor em favor de interesses revestidos velados de cientificidade, e que estabeleciam a ciência do direito sobre argumentos psicológicos, políticos e

¹²¹ DYZENHAUS, D. (2004). "The Genealogy of Legal Positivism." *Oxford J Legal Studies*(24): 39-67.

¹²² Não vai ser sempre assim. Isso será relativizado, quando começarem a surgir traços de irracionalismo dentro de conhecimento sociológico, do que Habermas é um exemplo.

¹²³ VILLEY, M. (2003). *Filosofia do Direito*. São Paulo, Martins Fontes. Op. cit. p. 186.

¹²⁴ KELSEN, H. ([1960] 2006). *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. p. vii

ideológicos, Kelsen procurou reforçar o modelo analítico. Para tornar o Direito mais puro, isto é, mais fiel ao desejo propriamente positivista de ligar a lida com o Direito a meios rigorosos, que partem de algo que é dado, ou posto, ou positivo, que se pode medir, Kelsen precisou reconhecer que há, de fato, duas formas necessárias de interpretação deste mesmo fenômeno, que operam segundo meios próprios e produzem resultados distintos. Cada uma se refere ao direito segundo os caminhos adequados para o resultado que pretende produzir. Assim, a interpretação realizada pela *ciência do direito* é um ato de conhecimento que produz proposições normativas¹²⁵. A interpretação realizada no momento de aplicação das normas é um ato de vontade que, de forma análoga ao ato de vontade do legislador, produz direito e não conhecimento.

O conhecimento não seria, portanto, reconhecido com um ato produtor, construtor do direito. Isto é apresentado por Kelsen de forma muito convincente, *as a matter of fact*. Mas parte de suas escolhas epistemológicas contradizem essa conclusão. De fato, parte do problema posto pelo desejo de fazer ciência sobre um objeto social como o direito, depende do reconhecimento de um obstáculo, o de que quem produz conhecimento formata a leitura do fenômeno descrito. Numa linha, aquele que observa e descreve, produz o fenômeno descrito. Kelsen protegerá a Teoria Pura de tais descaminhos de diversas formas. Todas elas vinculadas à objetividade; uma virtude posta por seu objeto, a norma, instrumento de leitura objetiva de tudo que se faz e que acontece nas ordens sociais reguladas pelo direito.

A *Teoria Pura do Direito* tem um significado especial na bibliografia kelseniana, que excede o caráter de exposição sistemática da teoria. Desde sua primeira edição, essa obra acrescenta desenvolvimentos que superam importantes pontos da *Teoria Geral do Estado*. Um desses desenvolvimentos é justamente o tópico da interpretação judicial da lei, que aparece pela primeira vez analisado sistematicamente nas obras de Kelsen.

O autor opera, portanto, uma cisão entre direito e ciência do direito, a partir do que determina a interpretação do cientista como um ato de conhecimento. Através dela, se dá a descrição objetiva e neutra do direito, cujo resultado são proposições normativas. Estas se relacionam de maneira lógico-formal, sintática. Ao contrário

¹²⁵ Rules of Law, no inglês, proposições jurídicas ou normativas, no português.

delas, a interpretação como ato de vontade, ou a aplicação e subsequente produção de normas, mantém entre as normas uma relação que é semântica.

Mas o problema da discricionariedade do intérprete, presente na metáfora da moldura da norma, amplia o problema semântico da interpretação que foi parte da razão pela qual Kelsen foi movido a escrever a *Teoria Pura do Direito*. Kelsen aceita que a interpretação como ato de vontade é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática. O problema aqui é justamente o de que não está dado na norma o seu sentido. E, neste sentido, a norma não é normativa. E porque não quer nos fornecer uma filosofia que dê a norma o sentido que lhe falta, Kelsen também não é.

O modo escolhido para corrigir a indeterminação do sentido do direito foi lançar sobre a norma o olhar da lógica, da ordem do *a priori*, que garantisse a descrição do movimento do direito em solo lógico rigoroso. Kelsen nos diz que não quer propor uma forma de lidar com o direito, mas de conhecê-lo. Apesar disso, a ciência do direito guarda o objetivo de fornecer àqueles que lidam com o direito na prática, uma ferramenta segura. Seções inteiras da Teoria Pura são dedicadas a isso. Fornecer-se-á adiante um interessante exemplo da decantação prática de seus preceitos. De forma coerente, Kelsen também afirma que o tratamento lógico diria menos respeito ao direito do que à postura do cientista e ao seu método. Nisso Kelsen está com o Kant da *Crítica da Razão Pura*, que nos diz, de certa forma, que o pouco que se pode dizer sobre as coisas é proporcional ao muito que é possível dizer sobre a razão. Entretanto, Kelsen recusará expressamente a consequência normativa da obra kantiana, isto é, a possibilidade contida na *Metafísica dos Costumes*, mas já presente em seus escritos sobre política, de alçar racionalmente uma concepção de bem capaz de instruir a ação.

O suposto de adequação lógica entre a forma descritiva e o objeto a ser descrito seria um exemplo desse esforço. Mas não parece haver nisso a pretensão de não lidar com o espaço de realização concreta do direito. Kelsen não quer ser normativo, isto é, não quer sanear a indeterminação de sentido que deixa livre a interpretação como ato de vontade. Mas talvez apenas despreze as consequências materiais do ato de conhecer.

Ao cindir a interpretação em duas formas, Kelsen definiu a atividade científica como a *interpretação como ato de conhecimento*, isto é, esvaziando teoricamente este ato de seu resultado produtivo. Entretanto, porque desprezou a dimensão produtiva da atividade científica, diferenciando-a, assim, da interpretação como ato de vontade,

pôde perceber que o juiz não é boca da lei - já que na atividade de aplicação do direito se realiza uma interpretação própria da pragmática, que não pode ser científica, porque a razão nem é e nem deve ser capaz de tornar absoluto o que é relativo. Do contrário, a ciência do direito seria indistinguível da ideologia. Disso resulta seu reconhecimento de que sempre haverá um espaço de mobilidade do intérprete face ao texto normativo, já que neste momento, o recurso a argumentos psicológicos, políticos e ideológicos é incancelável.

Desde o início do século XX, a filosofia da linguagem e o neopositivismo lógico do círculo de Viena já haviam apontado para a possibilidade de produzir uma filosofia a partir do problema da polissemia das palavras. De fato, o que, para um cético, seria um problema de limite do conhecimento, para a filosofia da linguagem é o problema de que não há a possibilidade de cobrir completamente o sentido das afirmações contidas em um texto. Isto é, já se havia constatado que a literalidade da lei não está à disposição do intérprete. Nem do intérprete que lida com o direito na prática, que precisa de discricionariedade, nem do cientista, que não pode fixar um único sentido para o conteúdo da norma. A literalidade, a qual podemos hoje seguir invocando ou contra a qual podemos nos insurgir como se com isso estivéssemos sendo originais, é uma questão de compreensão e inserção do intérprete no mundo. Em todo caso, está nele – por mais que Kelsen resista, valendo-se de uma epistemologia transcendental - não no texto.

A interpretação compõe o quadro contextual que moveu Kelsen a elaborar a teoria pura. Por um lado, para tornar mais rigoroso o edifício começado pela formalismo conceitual. Por outro, para impedir que o direito fosse interpretado cientificamente como ocorre no momento da aplicação, isto é, com recurso a argumentos psicológicos, políticos e ideológicos. Neste sentido, na teoria pura, o objetivo não é de pureza, mas de mais pureza.

A teoria pura não foi meramente uma nova teoria, isto é, não criou nada que mantivesse os fundamentos geralmente admitidos para tratar do direito. Ao contrário, na teoria pura de Kelsen, esses fundamentos foram atacados em sua própria razão de ser. Através dela, evidenciou-se, pela primeira vez, a esfera da lógica jurídica independente, até então inédita do campo do direito¹²⁶.

¹²⁶ Kant, por exemplo, na *Doutrina do Direito*, busca logicidade, mas de modo subordinado à moralidade.

Para Kelsen, o conhecimento se estrutura logicamente. Isto não quer dizer que ele quer que o conhecimento se estruture logicamente, ou que vai defender isto na sua teoria pura. O componente lógico acompanha, ainda que não nos demos conta, todas as proposições cujo conteúdo afirmamos como verdadeiro. Isto se impõe, é um dado. No vocabulário kelseniano, pode-se dizer que *é* assim, não *deve ser* assim. Por outro lado, por este motivo, é necessário que a estrutura lógica do conhecimento seja adequada ao objeto que será conhecido, caso contrário, Kelsen seguiria produzindo o tipo de conhecimento que se esforçou imenso para substituir, a saber, um conhecimento falso com aparência de verdadeiro.

Mas que a logicidade é conveniente ao Direito? A resposta a essa pergunta depende do estabelecimento do objeto da ciência do direito, a cuja lógica o conhecimento deverá se adequar. O objeto do direito é o direito posto, a norma. E a norma não põe o que é, mas o que deve ser. É essa a sua lógica. Não fosse assim, isto é, se ela refletisse o que já é, ela seria inteiramente supérflua.

O conhecimento da norma deve acompanhar a sua lógica. Até Kelsen, os juristas operavam com a lógica do ser e o conhecimento que produziam explicava os objetos por suas relações causais. A ela, Kelsen contrapõe uma lógica do dever ser, que acompanha a lógica do objeto da ciência do direito, a norma, explicada nela mesma, pela imputação. A ciência do direito deverá operar, portanto, sob a lógica da normatividade.

Com essa distinção entre as lógicas do ser e do dever ser, o rigorosíssimo pensamento de Kelsen identificou uma outra, entre o dever ser lógico (relação imputativa) e o dever ser axiológico (valor).

Lógica do ser	relação de causalidade
Lógica do dever ser	dever ser lógico – relação imputativa dever ser axiológico – valor.

De fato, é possível que os mal-entendidos que envolvem a obra de Kelsen não resultem propriamente da forma escolhida para a exposição dos pontos, a qual mudou muito ao longo dos anos. Tampouco se devem necessariamente a más leituras da obra,

dado o fato de que Kelsen não era tão lido quanto deveria. Entretanto, ocorre que mesmo quem lê a *Teoria Pura do Direito* pode terminar tendo entendido pouca coisa, ou, pior, com a falsa impressão que entendeu tudo. E isso pode se dever à falta de consciência com relação aos planos filosóficos da obra. Esclarecê-los não depende só de erudição, de controlar os autores que Kelsen leu, ou seus interlocutores. Faz-se necessário também tomar alguma consciência do sentido do pensamento de Kelsen desde dentro da obra, desde seu centro, que é a norma básica.

Kelsen observa que qualquer ordem jurídica deve obedecer ao Legislador Originário, que pode ser consuetudinário ou revolucionário. Uma norma positiva só vale como tal (como *dever ser*) na medida em que é a execução de uma norma hierarquicamente superior¹²⁷.

Sucessivamente, as normas se agrupam como uma pirâmide, em cujo cume estão as normas constitucionais, mas, sobre estas, está a norma que “obedece ao Legislador Originário”. E isto é assim por uma razão que se apresenta como uma conclusão lógica que suscita no interlocutor a impressão de estar diante de uma conclusão *óbvia*: se não fosse obrigatório ao Legislador Originário, tudo o que diz um jurista em qualquer ramo do Direito se desfaria em nada.

Isso é completamente diferente de pretender sustentar que a Constituição positiva vale porque o povo assim o quer. A vontade do povo importa à sua existência, dimensão fática, mas não a sua validade, que é determinada pelo fato de que a Constituição executa uma norma que lhe é hierarquicamente superior; é isto, afinal, que a torna obrigatória. A vontade popular é um fato e um fato sozinho não é nunca o que vale. O ponto aqui volta à adequação lógica da ciência do direito à logicidade de seu objeto. Nada *deve ser* simplesmente porque *é*. A Constituição não obriga porque a vontade popular é um fato. Ao contrário, a Constituição obriga porque não pode ser diferente, isto é, porque *deve ser*.

É claro que esse problema assume sua forma crítica na Constituição, pois trata-se da norma mais elevada hierarquicamente. Mas o fato é de que o problema é pertinente a todo direito positivo. Um juiz não rechaça uma demanda de divórcio porque este repugna à consciência coletiva. Ele invoca uma norma que prescreve o que deve ser nesse caso. Por isso todo o ordenamento toma sua validade da obediência ao Legislador Originário.

¹²⁷ COSSIO, Carlos. ([1934] [1941] 1946). “Introducción”. in. *Teoria Pura del Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Lousada.

A norma fundamental é uma exigência normativa de obediência ao Legislador Originário. Como dever ser lógico, caracteriza-se por ser uma norma que, entretanto, não é nem pode ser positiva, pelo que sua necessidade só é demonstrável. Desta forma, porque é uma norma, o fundamento lógico de sua descrição deve acompanhar a natureza do objeto, isto é, deve estruturar-se pelo dever ser. Porque não é, nem pode ser positiva, não está formulada por nenhum costume ou lei. Assim, qualquer tentativa de positivação seria inútil, pois toda tentativa já suporia a norma fundamental, pelo fato de se assumir que o produto da atividade legislativa tem que ser obedecido e a obrigatoriedade é dada pela presunção de existência da norma fundamental. Sua necessidade é, portanto, apodítica. O objeto desse ramo da lógica é a demonstração, a qual, como se sabe, prescinde de provas. Sobre a norma fundamental, pode-se dizer, pois, que é necessária, já que nenhuma ordem positiva pode ser pensada sem sua validade, isto é, sem a obrigatoriedade. E esta é posta pela obediência ao Legislador Originário.

Resulta do argumento lógico-filosófico de Kelsen que as normas jurídicas positivas estão condicionadas por uma norma que não é positiva. Isto representa uma dificuldade insolúvel para a tradição positivista, em que pese sua pretensão de não transcender os fatos, neste caso, as normas positivas. Se a norma fundamental se explica por seu caráter apodítico, não é uma verdade de fato, mas de razão. Enquanto as verdades de fato são meramente assertóricas, as verdades de razão são apodíticas e prescindem de prova porque são demonstráveis. Como uma engrenagem lógica do direito, a norma fundamental é uma estrutura lógica para pensar jurídico-cientificamente. Em termos kantiano, é uma condição, isto é, o que põe o sujeito cognoscente em condições de fazer possível o conhecimento.

De fato, há muito kantismo no problema da norma fundamental. A questão da aparência, em termos da afirmação de conteúdos falsos com forma verdadeira, razão da tese da adequação lógica, é um problema plenamente kantiano. Kant o encontrou no ceticismo de David Hume. Como é sabido, o ceticismo produz formas de discurso sobre as coisas sem enfrentar necessariamente o conteúdo delas. A manobra kantiana foi superar o ceticismo organizando o conhecimento a partir do que pode ser dito sobre conteúdos a partir da razão. O problema da aparência em matéria de conhecimento está em Kelsen, mas o de identificar racionalmente conteúdos não. Neste ponto, em que Kelsen sai expressamente de Kant, recorre à lógica, a qual tem a sua própria maneira não cética de estabelecer meios de conhecer sem enfrentar

conteúdos. A norma fundamental constitui o ponto de vista necessário para organizar as relações as quais chamamos de direito positivo. Ela é só a estrutura lógica específica da noção de ordem jurídica. Junto a ela (isto é, a partir da aceitação da norma fundamental como ponto de vista), outras estruturas lógicas se evidenciam.

Isso é suficiente para se perceber o plano gnosiológico (o pressuposto lógico do conhecimento, ou a condição lógico-transcendental que torna possível o conhecimento jurídico-científico) em que se desenvolve a teoria kelseniana. Por esse motivo, Carlos Cossio¹²⁸ já havia qualificado de radical a localização do direito no mundo normativo que ela opera¹²⁹. É dele o ponto de que a teoria não é mais uma teoria, pois as teorias nunca haviam revisto seus supostos lógicos. Mas, além disso, a normatividade do direito não é aceita como um simples fato; ao contrário, é explicada em seu fundamento.

Tudo isso é o que justifica a pureza metodológica que Kelsen reclama como primeira exigência. Isto é, a teoria do direito, para ser científica, deve prescindir dos conceitos sociológicos, psicológicos, biológicos etc. (deve deixar a estrutura do ser, para repousar-se sobre a do dever ser) e dos conceitos éticos, políticos etc. (donde a distinção entre o dever ser axiológico e o dever ser lógico).

¹²⁸ Carlos Cossio foi um jurista argentino de conhecida importância, cuja discussão com Kelsen deu origem a um dos debates jurídicos mais relevantes do século XX. Foi ele o prefaciador da versão argentina da primeira edição da Teoria Pura. NETO, A. L. M. (1970). "A lógica deontica de Kelsen e Cossio." *Scientia Iuridica* XIX(107): 3-12.

¹²⁹ Idem.

3.2. Razões normativas e consequências substantivas: duas leituras do *meio termo* da abordagem positivista kelseniana sobre o tema da validade do direito.

O teórico americano Roscoe Pound escreveu, em 1934, que Hans Kelsen era, inquestionavelmente, o mais importante jurista daquele tempo¹³⁰. Vinte e cinco anos depois, H. L. A. Hart descreveria Kelsen como “o mais estimulante escritor de jurisprudência analítica do momento”¹³¹. Outro quarto de século depois, o filósofo e lógico finlandês Georg Henrik von Wright comparava Kelsen a Max Weber, como “os dois pensadores que mais profundamente influenciaram ... as ciências sociais”. Outros autores se referiram ao trabalho de Kelsen em termos cáusticos. Muitos nos EUA e na Inglaterra desfizeram-se de sua Teoria Pura como “estéril”, “infértil”, um “exercício de lógica e não de vida”. Durante o período de Weimar na Alemanha, o ponto alto do papel de Kelsen nos debates de política e direito no mundo de língua alemã, escritores através do espectro político definiriam a Teoria Pura como um fracasso¹³².

Todos, entretanto, concordariam acerca da importância de Kelsen. Para conhecê-lo, é necessário considerar sua teoria no contexto da tradição a qual ele se dirige. Kelsen se põe em agudo contraste com a teoria do direito natural tradicional. Mas a mais sobre a relação da teoria de Kelsen e o direito natural do que a afirmação de que Kelsen foi um positivista parece sugerir. De fato, a questão da relação de Kelsen com o positivismo é ainda mais complexa. Com frequência, Kelsen recebe o rótulo de mais um autor do positivismo jurídico. Uma definição rápida, que desconsidera a importante dimensão normativa de sua teoria. É ela que separa a Teoria Pura de inclinações puramente naturalistas ou positivistas. Seria mesmo possível arguir que é essa dimensão que explica o extraordinário interesse que sempre foi e ainda é dirigido à obra de Kelsen.

¹³⁰ POUND, Roscoe. “Law and Science os Law in Recent Theories”, *Yele Law Journal*, 43 (1933-4), 525-36, at 532.

¹³¹ HART, H. L. A., “Kelsen Visited”, *UCLA LAW Review*, 10 (1962-3), 709-28, at 728, reimpresso in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 283-308, at 308. (Neste ensaio, Hart desenvolve temas tratados durante seu debate com Kelsen na Universidade da Califórnia, em 1961).

¹³² À direito, Carl Schmitt escreveu que na teoria de Kelsen, as noções de dever ser e normatividade são “tomadas por uma tautologia de crua facticidade... isso, é o positivismo”. SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitucion*. Madrid : Alianza, [1928] 1982. p. 8-9. À esquerda, Herman Heller Arguiu que “de acordo com Kelsen, o estado se reduz completamente ao direito, e o estado, como disciplina do direito, não é nada além do direito como disciplina”. HELLER, Hermann. *Teoria del estado*. Granada: Editorial Comares, 2004. p. 198.

A chave para a dimensão normativa da Teoria Pura, particularmente nos escritos das décadas de 20 e 30, é um argumento kantiano. Kelsen identifica, ou desenvolve, o que pode ser caracterizado como uma *antinomia jurisprudencial*, para cuja solução se vale de uma versão regressiva do argumento transcendental kantiano. A antinomia jurisprudencial é oferecida nesta introdução como meio de sublinhar as teses da Teoria Pura que a distinguem da tradicional teoria do direito natural e do positivismo jurídico tradicional. E como um meio de pontuar o que Kelsen traz de ostensivamente novo, um meio termo entre as teorias tradicionais. Tais teses repousam sobre um argumento neo-kantiano, uma versão “regressiva” do argumento transcendental de Kant.

Kelsen afirma que a Teoria Pura do Direito é uma teoria da cognição jurídica, do conhecimento do direito. Ele reafirma inúmeras vezes que o único objetivo da Teoria Pura é a cognição ou o conhecimento de seu objeto. Construir uma teoria da cognição especificamente jurídica, sua tarefa foi a de separar do direito elementos estrangeiros, responsáveis por muitos dos equívocos da teoria do direito do passado. Mas por que? A disciplina da teoria do direito, compreendida como a específica ciência do direito, deve ser distinta da filosofia da justiça e da sociologia. Kelsen alude às mais importantes visões na jurisprudência ocidental tradicional, as quais Kelsen compreende em dois grandes grupos: a teoria do direito natural e uma abordagem empírica, sociológica ou positivista do direito¹³³. Nas teorias do direito natural, o direito é visto como necessariamente submetido à moral. As teorias empírico-positivistas, ele é visto como do mundo dos fatos ou da natureza.

Há também um ponto de natureza filosófica na posição de Kelsen face à tradição. Existe uma compreensão, ligada à tradição, que compreende as duas orientações, a jusnaturalista e a empiricista como mutuamente excludentes e, ao mesmo tempo, exaustivas das possibilidades teóricas. Restaria excluída, portanto, qualquer possibilidade de um terceira opção, que seria sempre uma versão disfarçada

¹³³ “the purity of the theory... is to be secured in two directions. It is to be secured against the claim of the so-called ‘sociological’ point of view, which uses the methods of the causal sciences to appropriate the law as part of nature. And the purity of the theory is to be secured from the claims of the natural law theory, which... takes the theory out of the realm of positive legal norms and into the realm of ethico-political postulates”. *HP*, “Foreword to the Second Printing”, p. v. apud. PAULSON, S. “Introduction”, in *Introduction to Problems of Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1992, p. xxi.

“a pureza da teoria... será assegurada em duas direções. Será assegurada contra a alegação do dito ponto-de-vista sociológico, o qual se utiliza dos métodos das ciências causais para se apropriar do direito como parte da natureza. E a pureza da teoria será protegida das alegações da teoria do direito natural que... retira a teoria do reino das normas de direito positivo e as coloca no reino dos postulados ético-políticos.”

de uma ou outra orientação. A rejeição operada por Kelsen de ambas as orientações, repousa sobre o argumento de que nenhuma das duas é defensável. Proponentes confundem o direito com a moralidade ou com os fatos, fracassando em ver que o direito tem um significado específico. E, se nenhuma delas é defensável, não é possível que sejam abordagens exaustivas das possibilidades teóricas. A isto se chamou antinomia jurisprudencial¹³⁴.

A alternativa kelseniana é a Teoria Pura do Direito. Nela, o autor resolve a antinomia ao mostrar que as teorias tradicionais não são exaustivas, introduzindo a ideia de que a pureza que dá nome à obra refere-se à atitude de livrar a teoria do direito de elementos estrangeiros, a saber, considerações de moralidade ou de matérias de fato.

Talvez seja possível referir-se a uma dimensão da orientação de direito natural como tese da moralidade¹³⁵, a ideia de que a natureza do direito é explicada em termos morais. Sua antítese, a tese da separação não desconsidera que hajam ligações entre o direito e a moralidade, mas rejeita que tais ligações sejam conceituais, ou tenham um caráter *a priori*. A validade do direito não dependeria de sua conformidade com preceitos morais, mas da satisfação de condições associadas ao processo de produção do direito.

Tampouco a antinomia jurisprudência advém da justaposição das teses da moralidade ou da separação. Ela advém de uma presunção em duas partes: de que a tese da moralidade instrui a teoria do direito natural e de que a da separação a empírico-positivista; e de que a justaposição das teses dá expressão à correspondente justaposição das teorias tradicionais.

Ao resolver a antinomia, Kelsen desenvolve o ponto de que tais relações não são necessárias. Numa linha, ele, que se afirma positivista, não o seria menos porque acolhe teses que foram comumente associadas a uma outra tradição, somente porque ela foi advogada como oposto do positivismo. A tradição teria fracassado ao ler as relações do direito estritamente em termos de direito e moralidade e direito e fatos.

A relação entre direito e fato, expressa na tese da redutividade, pretende que o direito seja expresso exclusivamente em termos factuais – uma forma de tese da inseparabilidade entre lei e fato, na mesma forma da tese da inseparabilidade entre

¹³⁴ Idem. p. xxi

¹³⁵ É a expressão escolhida por Paulson, numa declarada alusão ao termo cunhado por Hart para referir-se a seu oposto, a tese da separação. HART. L.A.H., “Positivism and the Separation of Law and Morals” *Harvard Law Review*, 71 (1957-8), 593-629.

direito e moralidade. Sua antítese, a tese da normatividade, pretende a separação entre direito e fato. Trata-se de uma separação epistemológica. Nem ela é factual. A tese redutividade seria um aspecto da teoria empírico-positivista, ao passo que a tese da normatividade, reflete uma parte da teoria do direito natural¹³⁶. A teoria do direito natural reúne as teses da moralidade e da normatividade. A teoria empírico-positivista reúne as teses da separação e a da redução. A Teoria Pura do Direito pretende reunir as teses da separação e a da normatividade. Ela introduz uma alternativa ou uma escolha à antinomia.

A má interpretação do esquema Kelseniano foi imensa. Kelsen se considera o autor do positivismo jurídico. Defende a tese da separação com voracidade e reconhece seu débito com a tradição positivista¹³⁷. Seu positivismo, entretanto, é diferente. Em vez da tese da redução, Kelsen postula a tese da normatividade, embora sem recorrer à tese da moralidade do direito natural. Seu positivismo repousa sobre na defesa da combinação da tese da separação entre direito e moralidade com a da normatividade. Para ele, embora a tese da normatividade derive da tese da moralidade, esta não deriva daquela. E embora a tese da separação derive da tese da redução, o oposto não é verdadeiro. De sorte que, normatividade e separação se harmonizam. Ao mesmo tempo, ao recusar as teses da moralidade e da redução, precisou desenvolver um argumento que o auxiliasse na defesa da concepção nova proposta na Teoria Pura.

A alternativa proposta por Kelsen representa um meio termo kantiano, ou neo-kantiano. Não se trata de uma reflexo da filosofia moral ou do direito kantiana, a qual Kelsen atribui os mesmos erros da teoria do direito natural clássica. De fato, o centro do que Kelsen acolhe do pensamento de Kant, além de passagens da teoria de sua teoria do conhecimento, é o que chamou de “método transcendental”, do qual Kant teria se afastado em sua filosofia prática. Ela representaria a expressão do direito natural nos séculos dezessete e dezoito, isto é, uma forma de atualização do dualismo jusnaturalista em seu desenvolvimento protestante. Kant abandonou o método transcendental de sua filosofia teórica de Kant (como este autor faz questão de dizer, como forma de definir seu pensamento por oposição à filosofia metafísica) quando

¹³⁶ Em *HP*, p. 7, Kelsen assume, ainda que tacitamente, a ligação entre a tese da normatividade e a tradição das teorias do direito natural. Por este motivo, Raz já afirmara que Kelsen, embora constantemente recusando as teorias de direito natural, “usa o conceito do direito natural de normatividade como um conceito de normatividade justificada”. RAZ. J. *The Authority of the Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979, 144.

¹³⁷ Como no prefácio à primeira edição alemã da *Teoria Pura*.

desenvolveu sua filosofia prática. Ao fazê-lo, restabeleceu os preceitos do direito natural que sua filosofia teria, através do método transcendental, o necessário para superar. Quando Kelsen faz um argumento transcendental, pretende continuar de onde Kant teria parado, desenvolvendo aquilo que cria ser o terreno sobre o qual o positivismo como teoria jurídica e política poderia se desenvolver¹³⁸.

O paralelo entre as teorias de Kelsen e Kant é evidente. Kant resolve a primeira das antinomias matemáticas, posta pelo confronto entre racionalismo dogmático e empirismo cético, arguindo que a noção de um mundo dos sentidos com existência absoluta é uma autocontradição e deve ser substituída pela noção de que o mundo não existe nele mesmo, mas somente em relação à mente¹³⁹. O meio termo kantiano se desenvolve através da analítica transcendental da Crítica da Razão Pura. Kelsen, também propondo um meio termo, mas na filosofia do direito, resolve a antinomia jurisprudencial através do argumento transcendental. De sorte que o argumento kantiano em favor do meio termo entre dogmática e empirismo pode guardar a interpretação do pensamento de Kelsen.

Em Kant, o uso da expressão transcendental se difere do uso original, medieval, para fala da cognição do conhecimento, que se preocupa menos com os objetos da cognição do que com a forma de conhecê-los, *desde que* isso seja possível

¹³⁸ “A complete emancipation from metaphysics was no doubt impossible for a personality as deeply rooted in Christianity as Kants. This is more evident in his practical philosophy; for it is precisely here, where the emphasis of the Christian doctrine lies, that the metaphysical dualism of that doctrine invades Kant’s entire system, the same dualism he had fought so vehemently in his theoretical philosophy. At this point, Kant has abandoned his transcendental method, a contradiction in critical idealism that has been noted often enough. And so it is that Kant, whose transcendental philosophy was destined to provide, in particular, the foundation for a positivist legal and political theory, remained, as a legal philosopher, in the rut of natural law theory. Indeed, his *Foundations of Metaphysics of Morals* can be regarded as the most nearly perfect expression of natural law theory as it developed out of Protestant Christianity during the seventeenth and eighteenth centuries.” KELSEN, H. ([1928] 1945) “Philosophical Foundations of Natural Law Theory and Legal Positivism” [1928] in. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press. Apêndice. p. 389-445.

“Uma completa emancipação da metafísica seria sem dúvida impossível para uma personalidade não profundamente enraizada no cristianismo como a de Kant. Isso é mais evidente na sua filosofia prática; já que é especificamente aqui, onde repousa a ênfase do cristianismo, que o dualismo metafísico da doutrina invade o sistema inteiro de Kant, o mesmo dualismo contra o qual ele lutara tão veementemente na teoria do conhecimento. Nesse ponto, Kant abandonou seu método transcendental, uma contradição no idealismo crítico que já notada suficientemente notada. E é assim que Kant, cuja filosofia transcendental foi desenhada para proporcionar, em particular, o fundamento para uma teoria positivista do direito e da política, permaneceu, como filósofo do direito, no marasmo da teoria do direito natural. De fato, sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* pode ser tomada como a mais próxima da perfeição expressão da teoria do direito natural como desenvolvida do Cristianismo Protestante durante os séculos dezessete e dezoito”

¹³⁹ KANT, I. (2010). *Crítica da Razão Pura*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian. A426-38/B454-66, A490-567/B518-95.

*a priori*¹⁴⁰. A pergunta kantiana refere-se a como esse conhecimento é possível. Kelsen, seguindo Kant conscientemente¹⁴¹, se pergunta sobre as condições de possibilidade do direito, enquanto objeto da cognição, da ciência cognitiva do direito. Ele precisa de um argumento em favor da função constitutiva da ciência cognitiva do direito. Kelsen afirma e reafirma que a ciência não é produtiva, isto é, que não resulta dela qualquer produção não seja conhecimento, descrição. A que se refere, portanto, a função constitutiva da ciência cognitiva do direito?

A ciência do direito dispõe de dados de certa qualidade. Não são dados quaisquer, são atos de vontade cujo conhecimento depende de certo número de operações intelectuais. Conhecê-los depende de uma interpretação objetiva, que reconstitua a norma desde a matéria prima legal. Esses dados interpretados objetivamente assumem a forma de normas hipoteticamente formuladas, ou reconstruídas¹⁴², objetos próprios para a cognição da ciência do direito.

Não se trata de determinar se conhecer o material legal nos é dado ou não. De fato, esse é um ponto que poderia impedir a classificação da Teoria Pura como uma teoria do conhecimento. Isto porque Kelsen assume como verdadeiro que a cognição sobre a matéria prima legal é possível; e parte dessa presunção para definir de que maneira ela é possível. Mas aqui entra o ponto transcendental que restabelece a teoria Pura: se é possível reconhecer a verdade de algo como dada – como possibilidade sentida, mas infundada – de conhecer a matéria prima do direito, uma pressuposição foi acionada. Que pressuposição é essa, sem a qual a verdade da possibilidade de conhecer o direito seria falsa? A resposta é a norma básica¹⁴³.

Kelsen operou a distinção entre “ser” e “dever ser”, como antes fizera Kant e a qual fora atualizada pelos neo-kantianos de Heidelberg¹⁴⁴, com vistas a elaborar sua versão da normatividade, na Teoria Pura. A distinção implica a o estabelecimento, respectivamente, a verdade de alegações empíricas (ser) e a validade das normas (dever ser). Ao associar a tese da normatividade à distinção entre “ser” e “dever ser”, Kelsen não nega a conexão da distinção com a tese da separação; ao contrário, apenas posiciona Kelsen no âmbito da oposição entre facticidade e moralidade. Em que pese

¹⁴⁰ *Ibid.*, at B25.

¹⁴¹ PAULSON, S. *Normativity and Norms* Op. cit. p. xxxi.

¹⁴² KELSEN, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford, Clarendon., § 11. O dever ser como categoria designante do direito.

¹⁴³ *Idem* p. 437 e §§ 27-31.

¹⁴⁴ RADBRUCH, Gustav. ([1932] 1950) “Legal Philosophy” in. *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*. Cambridge: Harvard University Press. p. 53-9.

a tese da normatividade, o “dever ser” aponta as normas jurídicas ao passo que o “ser” aponta os fatos. defende ao mesmo tempo ambas as teses. Na da tese da separação, o “dever ser” indica as normas da moralidade e o “ser” dá expressão às normas jurídicas válidas. Kelsen se ocupa da primeira. A validade das normas jurídicas é estabelecida através do recurso à norma superior apropriada, até o mais alto nível das normas jurídicas, a constituição. O nível último precisa ser estabelecido hipoteticamente, pois o recurso aos fatos é excluído pela tese da normatividade e o recurso à moralidade é excluído pela tese da separação.

Como se estabelece a hipótese de validade da constituição? Ela é simplesmente presumida, o que se realiza através da norma básica. Essa leitura da intuição que põe a norma básica já é evidente em um dos primeiros trabalhos de Kelsen, de 1914, como a norma hierarquicamente mais alta, ou a norma última, como a chamava então¹⁴⁵. Durante a segunda e terceira fases do pensamento kelseniano, quando são publicadas a primeira e a segunda edições da *Teoria Pura*, e quando a influência de Kant informa sua compreensão da norma básica, ele ainda não oferecia seu esclarecimento completo. Mas a presença de Kant no argumento transcendental, implícito na noção de norma básica, pode ser uma abordagem útil para explicá-la, já que ela é oferecida como resposta à pergunta transcendental¹⁴⁶

Essa abordagem introduziria a noção de imputação normativa como sua categoria fundamental e aduziria o argumento transcendental para demonstrá-la como pressuposição da verdade da possibilidade de conhecer como dado. Kelsen introduz a categoria da imputação como análogo, mas substituto, da causalidade¹⁴⁷.

Lars Vinx parte do mesmo ponto. De fato, se inicia pela afirmação de que se trata de uma tentativa de mostrar que a *Teoria Pura* ocupa um meio termo entre o direito natural e o positivismo jurídico. Mas por outros meios. Vinx afirma que a força da *Teoria Pura* não pode ser notada completamente a menos que seja lida à luz da teoria política de Kelsen.

A teoria da norma básica, se interpretada no contexto da teoria política de

¹⁴⁵ PAULSON, S. *Normativity and Norms*. Op. cit. p. xxxiii.

¹⁴⁶ se é possível reconhecer a verdade de algo como dada – como possibilidade sentida, mas infundada – de conhecer a matéria prima do direito, uma pressuposição foi acionada. Que pressuposição é essa, sem a qual a verdade da possibilidade de conhecer o direito seria falsa? A resposta é a norma básica.

¹⁴⁷ “Just as laws of nature link a material fact as cause with another as effect, so positive laws (in its basic form) link legal condition with legal consequence (the consequence of a so-called unlawful act. If the mode of linking material facts is causality in the one case, it is imputation in the other...)”. PAULSON, S. in. KELSEN, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford, Clarendon., § 11.

Kelsen, se relaciona como um ideal constitucional presente na obra, o qual Vinx denomina “utopia da legalidade”. Ele se baseia na expectativa de que a conformidade completa do exercício do poder político com padrões de legalidade positiva podem potencialmente se condição suficiente de legitimidade desse poder. Trata-se de um atraente é estável ideal constitucional, porque independente de uma concepção espessa de comunidade e compatível com a persistência de um alto grau de desacordo moral substantivo.

Ler a Teoria Pura na relação que a obra guarda com a teoria política de Kelsen não é um empreendimento original. Tampouco é original, embora muito interessante, a conclusão proposta pela tese de Lars Vinx. Segundo o autor, há um desejo político de ver realizado o Estado de Direito que subjaz a empresa de pureza da Teoria Pura. Um desejo substantivo, portanto. Este argumento, assim como o gesto de ler a *Teoria Pura* à luz da teoria política de Kelsen, fora avançado, embora segundo um percurso distinto, em 1834, em artigo de Leonel Severo Rocha¹⁴⁸. Valendo-se dos meios da semiótica, Severo Rocha alça o argumento de que a *Teoria Pura* guardaria uma dimensão prescritiva, de o monismo Estado-Direito realiza alguma coisa, isto é, o Estado tal como estruturado pelo direito se realiza através dele. Ocorre que, porque o faz através do desígnio de pureza, opera pelo inconveniente meio de não ser explícita na indicação dos aspectos políticos do Direito.

Ao tempo em que escreveu Severo Rocha, a “teoria jurídica” ainda não havia logrado “vencer a dicotomia ser/dever ser”¹⁴⁹. Talvez, no esforço de Vinx esteja um encaminhamento proveitoso, na medida em que a tese realiza uma leitura atenta da obra de Kelsen, bem como fornece um caminho para compreender seus resultados.

Segundo a argumentação de Vinx, a *Teoria Pura* fornece os contornos do entendimento da Estado de Direito, da legislação democrática e do constitucionalismo formal que perpassa a presunção comum de inevitável tensão entre esses três elementos da política ocidental moderna. Para ele, não apreciar a obra kelseniana à luz de sua teoria política seria fracassar na compreensão de seu potencial e incorrer num agnosticismo estreito acerca das funções do direito. A *Teoria Pura*, conclui, pode oferecer um paradigma de jurisprudência que pode reconecta-la com a teoria política como uma reflexão sobre a melhor constituição e sobre a contribuição de

¹⁴⁸ SEVERO ROCHA, L. (1984). "O sentido político da Teoria Pura do Direito." *Sequência* 1(9): 57-75.

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 69.

atores e instituições jurídicas para sua realização.

Seu ponto de partida, o qual julga ser pouco ortodoxo, é, em vez de ler a obra de Kelsen como uma contribuição para a jurisprudência analítica positivista, tratar de desenvolver uma teoria do direito comprometida com a realização total da ideia de Estado de Direito. Ele pretende explorar a questão de se faz sentido tomar todo o edifício da *Teoria Pura* como o desempenho da tarefa teórico-jurídica que o jovem Kelsen, em 1913 entendia como desejável, a saber, desenvolver o quadro do pensamento jurídico que se adequa à ideia de “Rechtsstaat” (Estado de Direito). Kelsen supõe, em ‘Rechtsstaat und Staatsrecht’, in WRT II, 1532, que uma sistemática adequada à ideia de Estado de Direito não foi desenvolvida, o que não significa que ela seja obsoleta, mas que a tarefa de fazê-lo permanece.

A tese de Vinx parte, como seu título esclarece, de dois temas que julga serem chave do trabalho de Kelsen, cuja relação será esclarecida pela abordagem composta pelas teorias política e jurídica do autor: sua conhecida tentativa de autonomizar a ciência do direito, separando-a da ciência social empírica e da filosofia moral e sua tentativa, menos conhecida, de empregar a teoria pura em defesa da democracia liberal e da liberdade individual.

Interpretar Kelsen como teórico do direito, como se viu, é um equívoco, Segundo Vinx¹⁵⁰. Mas interpretar sua teoria política separada de sua teoria do direito também compromete a análise. A força inteira da teoria do direito de Kelsen, assim como suas posições políticas não podem ser compreendidas adequadamente sem que a relação entre elas seja tornado explícita. Entretanto, afirma-lo e, ainda, que o correto é fazê-lo à luz do objetivo de desenvolver uma teoria do direito adequada a um ideal, o do Estado de Direito, se opõe diametralmente ao projeto teórico-jurídico que Kelsen afirma reiteradas vezes ao longo da *Teoria Pura*. A estratégia de Vinx é mais ambiciosa do que seria um exercício exegético. A tensão entre seus objetivos científico e político de Kelsen são, para Vinx, o que caracteriza seu positivismo jurídico. Esse é o centro da tese: a *Teoria Pura*, além de um projeto de positivismo jurídico de descrição axiologicamente neutra, uma forma de crítica social. Mais do que uma tese, seria a forma com que Kelsen mesmo relaciona teoria do direito e teoria política que estaria a indicar que ele entende o positivismo jurídico como uma forma de crítica social. O que faria com que, segundo Vinx, sua teoria pura não fosse

¹⁵⁰ VINX, L. (2006). *Legality and Legitimacy in Hans Kelsen's Pure Theory of Law*. PhD, University of Toronto. p. 4.

positivista no sentido contemporâneo do termo.

A teoria pura empreende criar um espaço conceitual desde o qual seja possível entender os atos do Estado como legítimos desde que estejam de acordo com o direito positivo, ainda que não sejam considerados perfeitamente justos. Essa legitimidade não será suficiente para obrigar o cumprimento das leis. Mas Kelsen acredita, segundo Vinx, que a força legitimadora do direito positivo pode ser incrementada pela introdução do tipo certo de estruturas constitucionais. Ao ponto em que funcionam como pontes entre os grupos diferente de uma sociedade moderna e pluralista, caracterizada por um profundo desacordo moral. A ênfase na autonomia e pureza da normatividade jurídica intenta preparar o caminho para a realização de condições constitucionais capazes de tornar possível esse objetivo.

Vinx sustenta essa afirmação propondo uma outra e, talvez, mais profunda contradição com os propósitos afirmados na *Teoria Pura*. Segundo ele, a teoria pura carrega “compromissos normativos”, que não devem figurar na escolha de um conceito de direito tipicamente positivista. Para Vinx, problema é que, tal como compreendido contemporaneamente, as presunções fundamentais da teoria pura sobre a natureza da normatividade jurídica só podem fazer sentido se ela compuser um projeto teórico-político cujo objetivo é desenvolver o conceito de legitimidade em termos jurídicos.

Os trabalhos políticos de Kelsen mostram-no como um apaixonado defensor da democracia e do liberalismo constitucional. Não se limitaram a tratados, já que Kelsen tomou parte em esforços de construção de instituições democráticas, como o Tribunal Constitucional, e intervindo na crise da República de Weimar, defendendo o sistema parlamentar contra o autoritarismo, antes do exílio imposto pela tomada Nazi do poder, e, no plano internacional, como representante da contemporização política entre Estados.

Em todas essas expressões de sua vida pública, Kelsen pôs a teoria pura a serviço dos ataques que tentou perpetrar contra as posições políticas que rejeitava. Sua crítica política foi, portanto, corolário da teoria pura. Ele deve ter, portanto, alguma relação entre a teoria pura e seus valores políticos.

A natureza exata dessa relação não é, no entanto, de fácil identificação. Mas ele fornece uma pista, a de que deseja desenvolver uma teoria do direito adequada ao Estado de Direito. Um desejo positivista de chegar a tal resultado se opera por uma teoria que, embora guarde uma expectativa política e social, mantém-se pura, na

medida em que se restringe a não impor obstáculos a sua realização. Esse foi o erro da teoria positivista tradicional, que sempre sugeriu, equivocadamente, que a realização completa de um ideal não é empiricamente viável. Kelsen, de fato, sempre afirmou que teorias impuras colocam obstáculos ideológicos injustificáveis no percurso de realização do Estado de Direito. A teoria pura, ao contrário, mesmo quando não se compromete normativamente (positivamente) com a realização do ideal do Estado de Direito, restringindo-se a não impedi-lo (negativamente), remove esses obstáculos. Mas visando, no horizonte, a um fim. Reside neste ponto o meio termo entre o positivismo kelseniano e o direito natural.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa investigação procurou interpelar o seguinte problema: Kelsen reclamou para si a conclusão de uma orientação intelectual, o positivismo, através da acolhida de influências desprezadas pela tradição da jurisprudência positivista, a teoria do conhecimento kantiana; tendo recusado o recurso ideológico tradicional, procurou desprezar a consequência da filosofia kantiana para a ação, visando a impedir o conhecimento finalista do direito; mas logrou um sistema que concebe o direito que, embora não seja substantivo, dá passagem a realização de uma ordem social que reflete uma concepção de bem. Trata-se de um problema bem enfrentado pela bibliografia especializada, mas ainda pouco difundido entre os estudantes de direito.

Tampouco é usual o caminho escolhido na investigação. Os trabalhos acadêmicos tradicionalmente adotam uma postura descritiva que espelha a organização das peças processuais. É comum que os produtos da reflexão em âmbito de pós-graduação se iniciem com uma etapa factual, isto é, um capítulo histórico. Esta etapa costuma ser seguida por um capítulo em que são expostos os argumentos deste ou daquele autor acerca do tema em questão, como na vida forense se instruem de dispositivos legais ou de jurisprudência os argumentos cuja defesa é pretendida. Finalmente, o trabalho atinge uma etapa de desenvolvimento em que a desejável lida reflexiva e crítica é substituída pela opinião ou pela reprodução da tradição.

Escolheu-se aqui entender a necessidade da contextualização histórica da obra e do autor, em que pese sua necessidade para o esclarecimento de sua própria obra e dos argumentos que o trabalho pretendeu elaborar. O contexto de produção da Teoria Pura foi tratado como instrumento de introdução para o tema da normatividade e como meio de problematização do surgimento e, posteriormente, insistência de uma teoria normativa em contextos de pós-guerra, notadamente refratários a empresas intelectuais dessa natureza.

Em seguida, procurou-se aprofundar a investigação do problema, esclarecer o tema da normatividade e aventar hipóteses acerca de ambos, através da exploração do caráter normativo e do significado de normatividade presente nas duas edições alemãs da *Teoria Pura*. Escolheu-se o tema da validade, por tratar-se de um dos pontos mais polêmicos da obra, bem como porque talvez nele com mais intensidade a presença da filosofia kantiana, assim como o núcleo da abordagem normativa de Kelsen.

Por fim, a bibliografia especializada foi mobilizada para esclarecer o ponto da validade através de duas autoridades contemporâneas na obra de Kelsen. Stanley Paulson e Lars Vinx enfrentam a abordagem normativa e o tema da normatividade por meios distintos, mas igualmente esclarecedores. Concluiu-se por subscrever a leitura de Paulson em que pese a presença kantiana na obra de Kelsen. No mesmo sentido, a obra de Vinx oferece uma leitura que põe em diálogo as teorias política e jurídica de Kelsen para trazer à luz o problema de recepcionar uma filosofia normativa sem pretender dela extrair um conceito de direito que esclareça sua finalidade.

Visou-se a contribuir para ampliar as possibilidades de leitura da obra de Kelsen, bem como problematizar a comuníssima leitura da abordagem formalista do autor como sinônimo de teórico de quaisquer formas de Estado e de subsunção de fatos a normas. Mais do isto, o objetivo desse estudo foi o de chamar à atenção dos leitores de Kelsen o que há de original neste autor, bem como o de qualificar a discussão sobre aquilo que, acerca de suas escolhas epistemológicas kantianas, viabiliza seus objetivos de positivista, mas compromete seus desejos de objetividade e isenção ideológica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras de Hans Kelsen

1) Versões da *Teoria Pura do Direito*

KELSEN, Hans. ([1934] 1939) *Teoria Pura do Direito*. Coleção Studium, n° 7. São Paulo: Saraiva e C.^A Editores.

_____. ([1934] [1941] 1946). *Teoría Pura del Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Lousada

_____. ([1934] 1992) *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Clarendon Press: Oxford.

_____. ([1960] 1976). *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado,.

_____. [(1960] 1997). *Teoria Pura del Derecho*. 9 ed. México: Porruá.

_____. ([1960] 1987). *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Armênio Amado,.

_____. ([1960] [1985] 2011). *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes.

_____. ([1967] 1970). *Pure Theory of Law*. Berkeley: University of California Press.

2) Outras obras

KELSEN, H. ([1928] 1945) “Philosophical Foundations of Natural Law Theory and Legal Positivism” [1928] in. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press. Apêndice. p. 389-445.

_____. ([1925]) *Teoria Geral do Estado*. Coleção Studium, n° 8. São Paulo: Saraiva e C.^A Editores.

_____. (1997) *Il concetto sociológico e il concetto giuridico dello Stato*. Trad. Agostino Carrino. Nápoli: ESI.

Bibliografia de Apoio

AHEARN, Patricia. (2011) *Collected Books: The guide to identification and values*. Maryland: Quill & Brush.

ATIAS, Christian. (1991) *L'evolució de la filosofia del dret*. PUF.

DYZENHAUS, David. *Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?* *The American Political Science Review*, Vol. 91, No. 1 (Mar, 1997), 121-134.

GAY, Peter. (2001). *Weimar culture*. Nova Iorque, WW Norton.

GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HART, Lionel Adolphos Herbert. (2006) *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

_____. "Kelsen Visited", *UCLA LAW Review*, 10 (1962-3), 709-28, at 728, reimpresso in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 283-308, at 308.

_____. "Positivism and the Separation of Law and Morals" *Harvard Law Review*, 71 (1957-8), 593-629.

HELLER, Hermann. *Teoria del estado*. Granada: Editorial Comares, 2004. p. 198.

HUME, David. *Enquiry concerning Human Understanding*, in *Enquiries concerning Human Understanding and concerning the Principles of Morals*, edited by L. A. Selby-Bigge, 3rd edition revised by P. H. Nidditch, Oxford: Clarendon Press, 1975.

- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Albatrós, 1943.
- KANT, Immanuel. *O Conflito das Faculdades*. Lisboa: Edições 70, 1993
- _____. (2010). *Crítica da Razão Pura*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- _____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Coimbra : Atlantida, 1960
- _____. *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. São Paulo: Editora Brasiliense 1986.
- _____. (1995) *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Ed. 70.
- _____. (1959). *Prolegômenos a toda metafísica futura que possa apresentar-se como ciência*. São Paulo, Comp. Ed. Nacional.
- KAUFMANN, Arthur. ([1997] 2004) *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LARENZ, Karl,. (1989) *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LEBRUN, Gerard. “Uma escatologia para a moral”. *A Filosofia e sua história*. São Paulo: Cosac Naify, 2006.
- LEGAZ Y LACAMBRA. (1933) *Kelsen, estudio critico de la Teoria pura del Derecho de la Escuela de Viena*. Barcelona.
- LOUREIRO, Fernando Pinto. (1939). “Prefácio”. In. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Saraiva.
- MÉTALL, Rudolf Aladár (1976). *Hans Kelsen: vida y obra*. México: UNAM.
- MONCADA, L. Cabral de. ([1934] 1997). Prefácio à 1ª Edição. In. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor.

- MUSIL, Robert,. ([1930] 1989)) *O homem sem qualidades: romance*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- NETO, A. L. M. (1970). " A lógica deôntica de Kelsen e Cossio." *Scientia Iuridica* XIX(107): 3-12.
- PAULSON, Stanley. (1993) *Continental Normativism and Its British Counterpart: How Different Are They?*, *Ratio Juris* Vol. 6:3, p. 240
- _____. ([1997] 2007). *Normativity and Norms*.
- _____. (2011) "The very idea of legal positivism". In. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: nº 102, pp. 101-137, jan./jun.
- _____. (2011) "The End of the Pure Theory of Law? Factors leading to Kelsen's 'Late Period' with its Will Theory of Law", organizado pelo Grup de Recerca de Filosofia del Dret, ministrado em 28 de novembro de 2011 na Facultat de Dret da Universitat de Girona.
- _____. (2012) "A 'Justified Normativity' Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz", in: *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt (Oxford: Oxford University Press), 61-111.
- POUND, Roscoe. "Law and Science or Law in Recent Theories", *Yale Law Journal*, 43 (1933-4), 525-36, at 532.
- RADBRUCH, Gustav. ([1932] 1997) *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor.
- _____. (1934) "Le relativisme dans la philosophie da droit". in: *Archives de Philosophie du Droit e de Sociologie Juridique*.
- RAZ, Joseph. (1979) *The Authority of the Law*. Oxford: Clarendon Press, , 144.
- _____. (1994) *Ethics in the public domain*. Oxford: Clarendon.
- RECASÉNS SICHES. *Los temas de la Filosofía del Derecho, en perspectiva histórica y visión de futuro*. Barcelona: Bosh, 1934.

- STAMMLER, Rudolf. *Tratado de Filosofía del Derecho*. trad. W. Rocés. Madrid: Reus, 1930.
- STAROBINSKI, Jean. (1991) *Jean-Jacques Rousseau: a transparência e o obstáculo*. São Paulo: Companhia das Letras.
- VENERIO, Carlos Magno Spricigo. (2010) *A Concepção de Democracia de Hans Kelsen: Relativismo Ético, Positivismo Jurídico, Reforma Política*. Santa Catarina: Ed. UNESC.
- VERDÚ, Pablo Lucas. (1990) *El orden normativista puro: supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen*. Revista de Estudios Políticos, Madrid, Nueva Época, n. 68, p. 53, abr/jun.
- VERNENGO, Roberto José. (1976) *Curso de Teoría General del Derecho*. 2. Ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- VINX, L. (2006). *Legality and Legitimacy in Hans Kelsen's Pure Theory of Law*. PhD, University of Toronto.
- WARAT, Luis Alberto Warat. (1983) *A pureza do poder*. Florianópolis: Editora da UFSC.