

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”  
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**RAFAEL LEAL DE ARAUJO**

**A SEPARAÇÃO ENTRE CIÊNCIA JURÍDICA E POLÍTICA A PARTIR DO  
CONCEITO NORMATIVO DE VALIDADE NA PERSPECTIVA KELSENIANA**

**FRANCA  
2016**

**RAFAEL LEAL DE ARAUJO**

**A SEPARAÇÃO ENTRE CIÊNCIA JURÍDICA E POLÍTICA A PARTIR DO  
CONCEITO NORMATIVO DE VALIDADE NA PERSPECTIVA KELSENIANA**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Efetividade e Tutela dos Direitos Fundamentais.**

**Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault**

**FRANCA**

**2016**

Araújo, Rafael Leal.

A separação entre ciência jurídica e política a partir do conceito normativo de validade na perspectiva kelseniana / Rafael Leal Araujo. – Franca : [s.n.], 2016.

147 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Carlos Eduardo de Abreu Boucault

1. Direito - Filosofia. 2. Positivismo juridico. 3. Kelsen, Hans 1881-1973. I. Título.

CDD – 340.1

**RAFAEL LEAL DE ARAÚJO**

**A SEPARAÇÃO ENTRE CIÊNCIA JURÍDICA E POLÍTICA A PARTIR DO  
CONCEITO NORMATIVO DE VALIDADE NA PERSPECTIVA KELSENIANA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Efetividade e Tutela dos Direitos Fundamentais.

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** \_\_\_\_\_

**Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault**

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_

**Franca, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.**

**Dedico este trabalho à minha mãe,  
meu irmão e aos meus avós.**

## AGRADECIMENTOS

Sem sombra de dúvidas esta é a parte mais emotiva do trabalho, agradecer às pessoas que são especiais para cada um de nós. É um privilégio poder elencar e agradecer pelas contribuições que recebemos ao longo de nossa caminhada. Uma dissertação, por mais defeitos que contenha, não é uma obra de uma única pessoa, é um acontecimento, é produto de uma vida devotada a academia, só é possível com muita ajuda.

Mãe, obrigado por tudo. Sem o seu apoio nada disso seria possível. Você é co-autora deste trabalho. É por sua causa que eu sou quem sou, e se hoje eu apresento este texto a uma Banca de professores doutores é porque você me ensinou a estudar. A você, que me carregou tão cedo, e me carrega ainda, eu agradeço.

Meu irmão, talvez você ainda demore um pouco a entender o significado destas palavras, desse momento na minha vida. Não tem problema, há tempo. Mas eu agradeço a você por existir, por deixar que eu te guie aqui e alí, e é bom conversar com você. Eu gosto de estar com você. Aprendo com você, obrigado.

Meu avô e minha avó, vocês sabem que eu não sou de chorar, mas de pensar em agradecer a vocês meus olhos se enchem de lágrimas, e é verdade. Escrevo este parágrafo emocionado. Não sei dizer o que seria de mim e de minha mãe sem vocês. Vocês me ensinaram a ser uma pessoa, um ser humano. Se eu sei hoje o que é certo e errado é por observar o que vocês são. Meu avô eu não tenho a sua coragem, a sua disciplina, a sua fé. Eu te admiro. Não é toda pessoa que tem a sorte de conviver com um homem da sua estatura. Vó, quando se diz que amor é cuidado é de você que falam. Eu amo vocês. Minha vida, meu tudo; obrigado.

Para além da fortaleza que é o meu lar, eu tive além de tudo, sorte. Sorte sim. Amigos são sorte. Amigos que estão comigo, mesmo que eu não seja o amigo mais presente. Mas são pessoas que marcam o nosso coração. Não sei porque eu penso isso, mas eu penso: amor é unilateral, a gente ama. Eu amo ter conhecido tantas pessoas na minha vida, e amo ter participado da vida delas. Sim, sem vocês nada teria sentido, hoje não seria eu a escrever estas palavras: Fernanda Brait, Daniele Sayuri, Renato Piovesana, Thays Munhoz, Patrícia Tatiana di Franco, Carina Neves, Cátia Teixeira, Ana Cristina Gomes, Isabela Dearo, Ariane Maria de Moraes Durante, Juliana Butine, Rayanne Teixeira Estrella, Leandro Teixeira

Estrella, Natália Menderico, Camila de Paula, Giovana Frei Guardia, Thays Suzuki, Fernanda Contreras, Cristine Pivoto, Vanessa Bottura; a vocês: obrigado.

Francisca, Bárbara, Laura, Isabela e Nonoir vocês são Franca para sempre em meu coração. É bom estar em Franca, porque estarei sempre perto de vocês: obrigado.

Ao meu orientador, Professor Carlos Eduardo de Abreu Boucault, não posso deixar de dizer o que é verdade: o senhor me orienta na vida! Eu sou muito feliz e grato de ter sido seu orientando. A sua experiência, a sua dedicação, a sua visão, a sua confiança, o seu cuidado... O senhor sabe o que causa na vida das pessoas... O senhor é no extato termo da palavra: Professor. Em mim causou Kelsen na dissertação! Professor Boucault, obrigado por ter aceitado ser meu orientador. Obrigado por confiar em mim. Obrigado por me ensinar. Obrigado por ter me iniciado em Direito. Tenho paixão pelo Direito, eu amo o que faço. O Direito eu conheci por você: obrigado.

O que dizer do Professor Alfredo José dos Santos e da Sandra Pini? Eu cheguei em Franca em março de 2007. Vocês entraram na minha vida, me observaram, e me viram crescer. Tenho carinho por vocês: obrigado.

E, por fim, você, estranha. A quem me refiro? Quase todos aqueles listados acima já sabem. Você que é um capítulo estranho na minha vida. Não sei como explicar os meus sentimentos por você. Durante muito tempo foi uma raiva avassaladora. Você me provocou sentimentos tristes, apresentou-me as minhas próprias limitações, atuou em mim de uma maneira que eu ainda hoje não sei definir. Não tenho mais raiva de você, longe disso. Aprendi a te querer bem. Você cuidou de mim também, talvez não por querer, mas porque é sua função. Mas cuidou. Encontramo-nos no caminho um do outro. Durante uma parte do tempo co-existimos, um para o outro. Agora acabou. Eu sei que quando penso em você estou diante de mim mesmo, e sei também que meus sentimentos por você são os meus sobre mim. Mas é difícil pensar em você sem uma nota de tristeza. Conhece-te a ti mesmo, e talvez esse seja o seu lugar no meu coração: obrigado, UNESP.

**A história prova o contrário e mostra com bastante clareza que até pela verdade sobre o curso das estrelas uma potência terrena se sentiu ameaçada.**

**Hans Kelsen**

ARAÚJO, Rafael Leal. **A separação entre ciência jurídica e política a partir do conceito normativo de validade na perspectiva kelseniana**. 2016. 147f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

## **RESUMO**

O objetivo desta dissertação de mestrado é tratar do conceito de validade jurídica como desenvolvido por Hans Kelsen ao longo de sua trajetória acadêmica pois este conceito de teoria da norma é central para distinguir entre Direito e Política. Isto porque a fusão do argumento jurídico ao argumento político instrumentaliza a utilização do Direito como discurso para defesa de interesses particulares. A separação entre Direito e política nunca foi muito bem aceita na comunidade jurídica, e Kelsen foi e ainda é alvo de críticas em razão do seu purismo metodológico. Ocorre que a pureza metodológica proposta por Hans Kelsen permite distinguir de um argumento jurídico nuances ideológicas. Kelsen prega uma Teoria Pura como ciência jurídica, destituída de preconceitos, axiologicamente neutra. Porém trava esta batalha em um terreno onde o Direito é utilizado para justificar a opressão e a defesa de interesses espúrios, sob a roupagem de diferentes teorias jurídicas que ora pendem ao jusnaturalismo ora a uma sociologia jurídica. A perspectiva de uma validade jurídica formal que permite distinguir entre Direito e Política serve ainda hoje para distinguir entre argumentos efetivamente jurídicos e outros ideologicamente amalgamados sob as vestes de uma teoria jurídica. Muito particularmente no discurso acadêmico e também na análise de decisões do Poder Judiciário, nunca foi tão imperativo a necessidade de separar Direito e Política.

**Palavras-chave:** teoria do direito. história do direito. positivismo jurídico. Hans Kelsen.

ARAÚJO, Rafael Leal. **A separação entre ciência jurídica e política a partir do conceito normativo de validade na perspectiva kelseniana**. 2016. 147f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

### **ABSTRACT**

The purpose of this master thesis is dealing with the concept of legal validity as developed by Hans Kelsen throughout his academic career as this concept of theory of the standard is central to distinguish between law and policy. This is because the merger of the legal argument to political argument exploits the use of law as a discourse in defense of particular interests. The separation between law and politics has never been very well accepted in the legal community, and Kelsen was and still is criticized because of methodological purism. It turns out that the methodological purity proposed by Hans Kelsen distinguishes a legal argument ideological nuances. Kelsen preaches a Pure Theory as legal science, devoid of prejudice, axiologically neutral. But lock this battle in a land where the law is used to justify the oppression and the defense of spurious interests under the guise of different legal theory that now hang the jusnaturalism now a legal sociology. The prospect of a formal legal validity that allows distinguishing between law and policy still serves today to effectively distinguish between legal arguments and other ideologically amalgamated under these legal theory. Very particularly in academic discourse and also the analysis of decisions of the Judiciary, it has never been more imperative the need to separate Law and Politics.

**Keywords:** theory of law. history of law. legal positivism. Hans Kelsen.

## SUMÁRIO

|                                                                                                            |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>                                                                                    | <b>11</b> |
| <b>CAPÍTULO 1 DO PERÍODO CONSTRUTIVISTA.....</b>                                                           | <b>19</b> |
| 1.1 Da periodização da obra de Hans Kelsen e das divisões internas desta<br>dissertação .....              | 19        |
| <b>1.2 O contexto do período construtivista.....</b>                                                       | <b>36</b> |
| 1.2.1 A influência do Direito Privado sob a influência do jusracionalismo .....                            | 36        |
| 1.2.2 A incorporação do construtivismo pelo Direito Público.....                                           | 41        |
| 1.2.3 O dualismo metodológico do neokantismo de Baden .....                                                | 45        |
| <b>1.3 O conceito de validade jurídica nos “Problemas Capitais da Teoria Jurídica<br/>de Estado” .....</b> | <b>49</b> |
| 1.3.1 Lei natural, lei moral, norma jurídica .....                                                         | 49        |
| 1.3.2 Forma objetiva da norma jurídica .....                                                               | 54        |
| <b>CAPÍTULO 2 DO PERÍODO CLÁSSICO .....</b>                                                                | <b>59</b> |
| <b>2.1 A influência do neokantismo de Marburgo .....</b>                                                   | <b>59</b> |
| <b>2.2 A Estrutura Escalonada de Normas – Contribuição de Adolf Julius Merkl..</b>                         | <b>61</b> |
| <b>2.3 O conceito de validade jurídica na Teoria Geral do Estado .....</b>                                 | <b>64</b> |
| <b>2.4 O conceito de validade jurídica na primeira edição da Teoria Pura do<br/>Direito.....</b>           | <b>67</b> |
| 2.4.1 Direito e Natureza .....                                                                             | 67        |
| 2.4.2 Conceito de Direito e a reconstrução do conceito de norma .....                                      | 69        |
| 2.4.3 A Ordem Jurídica e a sua estrutura hierárquica .....                                                 | 71        |
| 2.4.4 Interpretação .....                                                                                  | 75        |
| <b>2.5 O conceito de validade jurídica na Teoria Geral do Direito e do Estado.....</b>                     | <b>77</b> |
| 2.5.1 Estática jurídica .....                                                                              | 78        |
| 2.5.2 Dinâmica jurídica .....                                                                              | 80        |
| 2.5.3 Jurisprudência normativa e sociológica.....                                                          | 83        |
| <b>2.6 O conceito de validade jurídica na segunda edição da Teoria Pura do<br/>Direito.....</b>            | <b>84</b> |
| 2.6.1 Direito, natureza, moral e ciência .....                                                             | 84        |
| 2.6.2 Dinâmica jurídica .....                                                                              | 89        |
| 2.6.3 Interpretação .....                                                                                  | 95        |

|                                                                                                                                                                         |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>CAPÍTULO 3 DO PERÍODO CÉTICO.....</b>                                                                                                                                | <b>97</b>  |
| <b>3.1 O conceito de validade jurídica na Teoria Geral das Normas .....</b>                                                                                             | <b>97</b>  |
| <b>3.2 O conceito de ficção em Hans Vaihinger .....</b>                                                                                                                 | <b>106</b> |
| <b>3.3 A validade jurídica como conceito de distinção entre Direito e Política na<br/>disputa ideológica da República de Weimar .....</b>                               | <b>109</b> |
| <i>3.3.1 A Teoria do Estado de Hermann Heller.....</i>                                                                                                                  | <i>111</i> |
| <b>3.4 O conceito de validade jurídica de Kelsen como meio de separar<br/>ciência jurídica e política – Ação de Descumprimento de Preceito<br/>Fundamental 378.....</b> | <b>115</b> |
| <b>UMA PERSPECTIVA INCONCLUSA .....</b>                                                                                                                                 | <b>124</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                                                                                                                                 | <b>126</b> |
| <b>APENDICE</b>                                                                                                                                                         |            |
| <b>APENDICE A .....</b>                                                                                                                                                 | <b>134</b> |

## INTRODUÇÃO

A pergunta que orienta esta dissertação é a seguinte: Como Hans Kelsen distinguiu a ciência jurídica da Política? É necessário atentar para algumas considerações preliminares com relação a esta pergunta.

Primeiro não se trata de uma pergunta simplória. Cada palavra que foi utilizada para formulação está aí por um motivo. *Como?* Aí já está a distinção do que se quer desenvolver nesta dissertação. O “*como?*”

Como se faz Direito? Tão simples indagação, mas capaz de chocar o coração daqueles que com sinceridade se questionam sobre a validade deste conhecimento. O “*Como?*” está definitivamente ausente dos debates que se reproduzem. Apesar de se praticar muito procedimento.

A bem da verdade as pessoas se casam, se matam, o Estado exige impostos, os países negociam e os particulares também, e o Direito parece existir no plano dos fatos sem qualquer tipo de preocupação existencial. Muito diferente de outras áreas do conhecimento que se preocupam muito de perto com o que se está fazendo/criando, como a História, que nas discussões a respeito de Historiografia pode simplesmente concluir pela necessidade de se reescrever tudo, ou como na Física, que após uma descoberta implica na adaptação de todos os modelos que já foram um dia aceitos.

Ora, que estranho é esta ciência que não se questiona “*Como?*”. Todas as ciências tem ambição de conhecer se preocupam em responder a pergunta fundamental: “*Como conhecer?*”. Apesar de o Direito não se preocupar com o método utilizado para conhecer do seu objeto, ainda sim se arroga na condição de Ciência.

Se por um lado devemos compreender que o saber científico não é sagrado, por outro devemos reconhecer que a forma científica de conhecer já trouxe à humanidade benefícios incalculáveis.

Está no centro da discussão desta valoração do conhecimento científico a emancipação da racionalidade humana empreendida ao final da Idade Média. Sim houve libertação dos dogmas religiosos. Quem ousa negar tal afirmação? Sim, houve luz. Foram lançadas luzes de racionalidade sobre a natureza humana.

Que os dogmas religiosos fiquem nas Igrejas! Que se possa sentir orgulho da razão iluminar não só a forma de conhecer, mas que a razão seja a condição da

ciência mesma. Se houve a necessidade de mártires para emancipação do pensamento religioso, porque é que o Direito escolhe se travestir de ciência para humilhar aqueles que morreram pelo sonho de liberdade?

O Direito se presta da pior forma ao que existe de mais cruel no ser humano. A dominação. E a forma que o Direito escolheu para si foi de se travestir de ciência, para universalizar as suas desculpas, que estão aí para efetivamente beneficiar uns e outros, criando a partir de um sistema normativo um suposto Ordenamento.

A ciência é uma dentre as várias formas de produzir conhecimento. O Direito é uma técnica para resolução de conflitos. Porque existe a preocupação de tornar o Direito ciência se não pela vontade mesma de criar um discurso universal que possa ser aceito por todos, como uma forma de impor a vontade de alguns sobre todos?

É imperioso reconhecer que quando se orienta a pergunta “Como?” ao Direito a zetética se materializa, a dogmática sai de campo, a o debate se torna eterno. Apesar destas percepções, a primeira pergunta ainda continua... “Como Hans Kelsen pensou uma ciência jurídica?”

O verbo é “pensar”, a ação é pensar. Quando se tem em mente que uma teoria está sendo gestada na cabeça de algum autor, determinantes motivos que orientam este autor entram em ação. O produto se apresenta, porém o caminho se perde depois de feito.

Hans Kelsen é indubitavelmente um homem peculiar quanto as suas considerações acerca do fenômeno jurídico. Neste sentido o seu pensar é muito relevante para a história do pensamento jurídico com um todo. Neste aspecto a busca por compreender quais foram os fatores históricos, filosóficos, jurídicos, políticos e sociais que o levaram a elaborar a sua Teoria Pura do Direito passam a ter valor próprio<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “A conjunção do tempo *histórico* e do tempo *lógico* na gênese e na estrutura do pensamento filosófico, manifestam-se com exemplar clareza naqueles domínios da vida e da experiência nos quais torna-se patente a urgência de se encontrar novas razões para viver e para agir. Então a Filosofia se justifica como o ‘próprio tempo apreendido no conceito’: ela não se apresenta como um jogo intelectual gratuito mas como a necessidade mais profunda da cultura.[...]. Fazer Filosofia com honestidade e lucidez, com energia e aturado esforço intelectual ‘euma exigência de justiça para conosco mesmos e para com o povo brasileiro. Assim Sócrates serviu ao povo de Atenas, embora esse mesmo povo lhe reservasse, como recompensa, a taça mortal da cicuta. Já Hegel advertia que o ‘serviço da verdade é o seerviço mais duro’. Mas ele tem em si mesmo o seu prêmio e nenhum preço pode pagá-lo.” VAZ, Henrique C. de Lima. O problema da filosofia no Brasil. **Síntese**: Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 11, n. 130, p. 15, 25, 1984. Disponível em: <<http://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/2099>>. Acesso em 10 set. 2016. (grifo do autor).

A verdade cruel que se depreende da Teoria Pura do Direito é que o Direito se faz por meio de atos de vontades de pessoas devidamente empossadas de autoridade. Esse Direito é o amplo Direito que existe desde os primórdios da humanidade. A Teoria Pura do Direito como obra de metodologia científica explica que existe uma forma de conhecer o Direito, por meio da sua descrição, que pode assim assumir a forma de uma ciência descritiva.

É importante que se faça desde já a distinção entre o Direito que é, que existe de fato e é praticado. E a descrição deste Direito que existe por meio de uma ciência descritiva. A ambas as formas chamamos Direito. Porém uma é muito diferente da outra.

As decisões jurídicas que existem no interior do sistema jurídico que são efetivamente praticadas nos Fóruns, contrastam-se com as descrições que são feitas. De um lado advogados, promotores e juízes, chegando a uma decisão. De outro um pesquisador jurídico que descreve o Direito que foi naquela situação aplicado.

Assim é a versão de ciência explicada por Hans Kelsen. O que alguns tem dificuldade de compreender é que não se discute a tomada de decisão de mérito, essa sim no mínimo *política*, mas a ciência e as condições de análise desta decisão. Existe um objeto que impõe um método próprio e ele enxergou isso.

É dramaticamente belo perceber que Hans Kelsen explica que o Direito enquanto técnica de decisão é um ato de vontade. A todos que tentaram e ainda tentam lhe impingir as vestes de demagogo, de antemão vai a resposta: O Direito tanto é necessariamente político que a tomada de decisão é um ato de vontade, que não se liga por qualquer argumento racional a qualquer tipo de limitação. Tudo pode ser objeto de Direito. O Direito não é puro! Pura é a Teoria. Existe uma Teoria que pode ser aplicada na descrição *científica* daquele Direito *impuro*. Esta é a Teoria Pura do Direito.

Se distinguimos o objeto de análise de outras formas de visão de ciência jurídica, acabamos de acrescentar um outro elemento: “a norma”, que é um componente da visão de ciência de Hans Kelsen: o objeto da ciência jurídica é a norma. Pois a tomada de decisão a que antes nos referimos é efetivamente norma jurídica para as partes envolvidas, e com validade jurídica. Assim, tal com o *movimento* é o objeto da *cinemática*, a *norma* é o objeto da *ciência jurídica*. A ciência jurídica trata de normas, normas cuja existência é dada pelo conceito de

validade jurídica. Esse é um dos aspectos a que se quer dar relevo. O fato de que a obra de Hans Kelsen não é apenas de Teoria Jurídica, mas é também um trabalho de epistemologia. Neste aspecto epistemológico está a grandeza do trabalho de Kelsen. A reflexão sobre a obra que se vai executar. Pois conhecer as limitações do que se vai produzir é honestidade científica. Para consigo e para com o outro, pois deve partir da descrição da sua própria limitação. Que é o conhecimento básico acerca de objeto e método. Ou seja, epistemologia.

Que desencanto o Direito que se assume cientista, não o cientista humilde. Mas o arrogante, que pretende esconder as suas vontades no discurso fechado, cujo método não é claro, muito menos verificável.

Ora, aí está um ponto interessante. Conhecimento humilde ditado pela limitação do objeto e do método, cientista cômico das suas limitações. Que conhece o caminho, estando disposto a recriar todo o raciocínio se necessário. Tal qual foi imposto por Albert Einstein à toda comunidade científica. A ciência é mutável, o conhecimento avança, e as adaptações são necessárias.

Toda essa reflexão tem algum valor e sentido para uma introdução de dissertação de trabalho de mestrado?

Este trabalho está inserido dentro de um contexto que é a História da Formação do Pensamento Jurídico. De todos os pensadores jurídicos que contribuíram com reflexões, optamos por analisar o pensamento de Hans Kelsen. Sendo este tema preliminar muito vasto houve ainda uma secção, reduzindo o tema a um foco específico: a construção do conceito de validade jurídica, a fim de delimitar o percurso metodológico em direção à separação entre ciência e política..

De toda forma o que se quer expor aqui são as construções teóricas. Justamente porque já foi dito que o trabalho científico se inicia com uma reflexão epistemológica que, sobretudo indica os motivos das escolhas adotadas ao longo trabalhos. Isso porque em ciências humanas como é sabido não há espaço para fase de pesquisa em laboratório. Portanto a verificação do trabalho em ciências humanas não está na reprodução da pesquisa, mas na ponderação subjacente a cada escolha de direção do trabalho.

Há necessidade de realizar escolhas, há necessidade de explicar os caminhos que são adotados. Em ciências humanas as escolhas dos procedimentos são arbitrárias. E isto é o que se quer dar foco. Essa pesquisa é em grande parte realizada com foco em escolhas arbitrárias, porém racionalmente explicadas.

Feitas estas considerações iniciais, a saber, um pequeno ensaio sobre a natureza do trabalho que se quer desenvolver, buscando explicar a forma que o pensamento encartado nesta dissertação vai assumir.

A presente dissertação trata da separação entre direito e política a partir da construção kelseniana do conceito validade jurídica. Para consecução do objetivo será necessário adotar um caminho, um procedimento, um método. Este método antes de conter alguma identificação com a usual terminologia científica, representa uma escolha arbitrária dentre diversas outras.

A metodologia científica, justamente pela etimologia da palavra método, que significa caminho, insinua a existência de um caminho para o desenvolvimento da pesquisa científica. Nada mais tolo. Como observado, em Ciência Humanas a característica da arbitrariedade atua com muito mais intensidade do que qualquer outra. Escolher um método para tratar de um tema teórico por excelência não quer dizer aplicar este ou aquele caminho, mas sim eleger arbitrariamente o caminho e tentar explicar a racionalidade da escolha envolvida.

Partindo deste conceito que conta com alta dose de personalidade, mas não está muito longe da perspectiva científica esposada por Paul Feyerabend<sup>2</sup> quando menciona: “Descobrimos, então, que não há uma única regra, ainda que plausível e solidamente fundada na epistemologia, que não seja violada em algum momento.”

Significa, desta forma, uma certa fé na razão, mas por outro lado deixa claro ao leitor que as escolhas são feitas guiadas por uma razão prática, de tal forma que não se quer induzir no leitor a ideia de que o conhecimento aqui produzido seja universal, mas apenas contingente. Esta contingência da razão poderá ser claramente valorada justamente porque se vai expor com clareza as escolhas.

Como analisar a fundamentação epistemológica do pensamento de alguém, então? Neste caso a resposta será particularizada em razão da pessoa que é investigada, a sua vida será a guia.

Ou seja, o primeiro vetor que orienta a busca pela compreensão epistemológica é justamente o histórico biográfico do Hans Kelsen. Por esta razão segue como Apêndice a exposição biográfica do autor. É preciso conhecer a vida de Hans Kelsen para entender as escolhas de método que se segue.

---

<sup>2</sup> FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução Cezar Augusto Mortari. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011. p. 37.

De outro lado, nenhum autor, artista, intelectual nasce descolado do seu tempo. Esta é uma premissa básica deste trabalho. Todo homem é fruto de seu tempo, com essa afirmação se busca afirmar que o entorno histórico, filosófico, sociológico e político influencia em grande medida a formação do pensamento do autor.

Por fim há de se ter um fio condutor, que possa conduzir o leitor pelo desenvolvimento desta pesquisa. O fio conduto é a própria produção científica de Hans Kelsen, são seus textos, suas preocupações, seus legados. Debruçar-se sobre um aspecto específico do pensamento de Hans Kelsen, a saber a sua perspectiva de ciência, a sua visão de epistemologia, a fim de compreender o seu método de trabalho, o trabalho deve seguir três vetores: a biografia, o contexto histórico e os textos próprios do autor.

A escolha por esses fatores é uma escolha arbitrária. Poderíamos buscar compreender essa busca a partir de algum tema específico na obra de Kelsen, ou ainda por meio dos profícuos diálogos que foram estabelecidos com tantos interlocutores ao longo de tantos anos de produção acadêmica. Mas a opção pelo levantamento biográfico e levantamento de informações sobre o contexto do período em que escreveu suas primeiras obras revela uma preocupação com a necessidade de reduzir o objeto de pesquisa a um limite factível à uma dissertação, e de outro lado, representa um esforço para compreender que Hans Kelsen escreve textos que estão em aberto diálogo com correntes filosófica, jurídicas, epistemológicas de grande relevância.

Esse método busca suprir a falta de informação que torna a primeira leitura de Kelsen extremamente árdua. Hans Kelsen escreve para dialogar. Este é um fato. Ler a Teoria Pura do Direito é dialogar com todas as correntes jusnaturalistas do Direito. Ler a tese de livre-docência é dialogar com as precedentes Teoria de Estado, que ainda incorriam no *sincretismo metodológico*<sup>3</sup> ao tentar explicar teoria do Estado imiscuindo a questão jurídica com a ciência política.

Ao compreender que Kelsen emigrou de países por várias oportunidades e que pelo menos em dois momentos foi colocado diante da necessidade de alterar a

---

<sup>3</sup> “Quando a Teoria Pura do Direito empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um **sincretismo metodológico** que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.” KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (grifo nosso).

sua língua de comunicação, entendemos o motivo pelo qual suas obras estão originalmente em alemão, francês ou inglês.

A partir da biografia de Kelsen compreendemos também que foi durante a década de 20, quando ele assumiu a cadeira de Professor de Direito Público na Universidade de Viena, que Legaz y Lacambra e Recaséns Siches estiveram na capital da Áustria para estudar o seu pensamento, e que foi a partir deste momento que o pensamento de Hans Kelsen começou a ser difundido entres os latino-americanos.

Fernando Israel Espinosa Olivera<sup>4</sup> transcreveu para o espanhol entrevista radiofônica que Hans Kelsen conferiu à Rádio Brêmen em 1954, nesta transcrição antecedida de um estudo sobre a recepção de Kelsen no México, fica claro que o pensamento de Kelsen foi introduzido na América Latina<sup>5</sup> quando Legaz y Lacambra e Recaséns Siches foram obrigados a imigrar da Espanha para o México em razão da Guerra Civil Espanhola que antecedeu a 2º Guerra Mundial.

Este movimento iniciado com os autores espanhóis foi intensificado com as visitas que o próprio Kelsen teve oportunidade de realizar na América Latina<sup>6</sup> depois de ter estabelecido residência em Berkeley.

Graças a essa proximidade, nem tanto do Brasil, mas do México, grande parte da produção de Hans Kelsen foi traduzida ao espanhol. Inclusive textos de difícil acesso como a tese de livre-docência.

De outro lado, o próprio Kelsen menciona no Testemunho Radiofônico que empreender uma tarefa considerável ao verter para o inglês grande parte de sua produção originalmente lançada em alemão. Mas que no processo houve a oportunidade de depurar conceitos, de tal forma que as versões em inglês de suas obras contam com boa compreensão.

O entorno histórico e filosófico de Hans Kelsen efetivamente é de grande valia para compreensão da sua perspectiva científica. Neste sentido, particularmente a enseja uma orientação, o próprio Kelsen em resposta a uma carta de Renato

---

<sup>4</sup> ESPINOSA OLIVERA, Fernando Israel. Testimonio radiofonico de Hans Kelsen (en el 30 aniversario de su fallecimiento). **Revista de Investigaciones Jurídicas**, Ciudad del México, ano 27, p. 111-142, 2003.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignacio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. LIII - LIV.

Treves expôs em linhas gerais quais as suas principais fontes de pesquisa quanto a formação da visão de ciência<sup>7</sup>.

Na carta, Kelsen menciona expressamente a influência de Laband, Gerber, Ernst Mach, Hans Vaihinger, Herman Cohen, Ernst Cassirer. O que significa de maneira geral a preocupação entre os dois primeiros autores com a questão da Teoria Geral do Estado, já com os demais especificamente a perspectiva epistemológica.

Neste sentido o caminho a ser traçado será o que buscar compreensão nesse contexto a partir do enfoque na perspectiva filosófica de Kant e dos neokantianos, sobretudo representados pelas Escolas de Baden e de Marburgo<sup>8</sup>. Já depois da exposição acerca da filosofia Kant, o texto se volta para a análise dos principais teóricos de Direito Público que antecederam cronologicamente a Hans Kelsen: Gerber, Laband e Jellinek.

Ao final deste processo esperamos ter levantado as linhas gerais que permitam falar da caracterização científica do pensamento de Hans Kelsen, que foi chamada de perspectiva epistemológica.

Nunca é demais mencionar que a perspectiva metodológica de modo geral pode ser considerada indutiva, já que busca uma compreensão genérica partir de textos particularizados e distribuídos ao longo de uma estratégia cronológica.

---

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. Carta a Renato Treves. Tradução Leonel Severo Rocha. **Contradogmáticas:** Revista Internacional de Filosofia e de Sociologia do Direito, São Paulo, n. 9, p. 70-72, 1991.

<sup>8</sup> Conceber o direito essencialmente como norma não era novidade para a jurisprudência positivista. Inovadora era, e isto com relação ao método jurídico, a consequência extraída da posição gnoseológica da Escola Neokantina de Marburgo, segundo a qual o conhecimento determina seu objeto. Disto resulta ter a ciência do direito de adotar um método estritamente normativo, deixando de lado a ciência do 'ser' normativo. SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. p. 50.

## CAPÍTULO 1 DO PERÍODO CONSTRUTIVISTA

### 1.1 Da periodização da obra de Hans Kelsen e das divisões internas desta dissertação

A presente dissertação tem como título e objetivo verificar a separação possível entre a ciência jurídica e política a partir do conceito de validade jurídica desenvolvido na Teoria Geral do Direito<sup>1</sup> proposta por Hans Kelsen.

O tema da separação entre ciência jurídica e política é referido na crítica mencionada na Introdução<sup>2</sup> partindo de duas consequências negativas a saber: a utilização do arcabouço jurídico para defesa de posições políticas e a politização do discurso jurídico universitário em detrimento do desenvolvimento da teoria da norma.

Não é raro que o discurso jurídico seja acionado a fim de legitimar uma dada posição política, como se fosse possível ao Direito por meio de um método próprio atribuir a um fato político uma resposta por meio de uma objetividade científica, findando assim o debate. E é isso que tem ocorrido. A utilização do argumento jurídico para fazer política. A mais recente judicialização da política se deu no afastamento da Presidente da República Dilma Rousseff em 12 de maio de 2016<sup>3</sup>. O simples fato de dois profissionais de reconhecida importância acadêmica poderem

---

<sup>1</sup> A Teoria Geral do Direito mencionada como obra de Kelsen diz respeito ao tema que foi abundantemente tratado nos diversos trabalhos que são publicados entre os anos de 1911 e 1979, entre os quais Os Problemas Fundamentais do Direito Público (1911), Teoria Geral do Estado (1925), Teoria Pura do Direito (primeira edição em 1934 e segunda edição em 1960) e a Teoria Geral da Normas (1979), entre outros textos. Sobre a terminologia empregado por Kelsen, explica Javier Esquivel Perez: “*Ya en el prólogo de la primera edición de los Problemas capitales hablaba de una ‘jurisprudencia dogmática’ o ‘filosofía del derecho’.* A estas expresiones se añaden, a lo largo de toda su producción, la de ‘jurisprudencia normativa’, ‘jurisprudencia positivista’, ‘jurisprudencia analítica’; las de ‘ciencia jurídica’ y ‘ciencia del derecho’ y también las de ‘teoría del derecho’, ‘teoría general del derecho’, ‘teoría pura del derecho’, e, incluso, ‘teoría del conocimiento jurídico’. Esta desconcertante multiplicación es, en buena parte, aparente, pues desde su primer texto hablaba Kelsen de la tarea de obtener los conceptos jurídicos fundamentales.” ESQUIVEL PÉREZ, Javier. **Kelsen y Ross: formalismo y realismo en la teoría del derecho.** Ciudad de Mexico: Coyoacán, 2011. p. 15.

<sup>2</sup> Vide Introdução.

<sup>3</sup> É de conhecimento público dois pareceres antagônicos a respeito da juridicidade do *impeachment* em relação à Presidente da República Dilma Vana Rousseff, emitidos pelos eminentes professores Ives Gandra da Silva Martins e Dalmo de Abreu Dallari. O primeiro à favor do *impeachment* disponível no site pessoal do autor, o segundo contra e disponível no site oficial do Partido dos Trabalhadores. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Opinião Jurídica.** São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.pt.org.br/wp-content/uploads/2015/10/PARECER-DALMO-DALLARI.pdf>>. Acesso em 5 ago. 2016. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Responsabilidade dos agentes públicos por atos de lesão à sociedade – Inteligência dos §§ 5º e 6º do Artigo 37 da CF – Improbidade administrativa por culpa ou dolo – Disciplina jurídica do impeachment presidencial (Artigo 85 inciso V da CF – Parecer.** São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.gandramartins.adv.br/parecer/detalhe/id/0ed01f9c48ff7e2a4ba993c9dc3b9e98>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

elaborar pareceres jurídicos antagônicos a respeito de um dado fato jurídico objetivo evidencia a existência de uma situação que merece ser deselvolvida.

É importante ressaltar que as observações que são feitas seguem o modelo de teoria da norma proposto por Hans Kelsen, ou seja, todas as considerações e todos os apontamentos veiculados nesta dissertação apenas ganham relevância quando contrastados com a teoria normativa de Hans Kelsen. Este não é o único autor de teoria e de filosofia do Direito, muitos modelos existem, entretanto o pensamento de Hans Kelsen é o objeto de estudo deste texto, motivo pelo qual as ponderações e observações lançadas em diversas direções são apenas contingenciais, e não podem de forma alguma ser tomadas como universais e generalizantes. Todavia à aproximação intelectual de um determinado pensamento são possíveis observações de determinados fenômenos, e é neste âmbito que é possível e útil a uma dissertação de mestrado revolver textos antigos de um autor que para alguns sérios estudiosos<sup>4</sup> já está ultrapassado pela sua limitação temporal e/ou metodológica.

---

<sup>4</sup> Apesar de reconhecer a seriedade e a importância do trabalho acadêmico de Hans Kelsen, vasta é a lista de autores que tecem críticas ao seu modelo teórico, entre os quais se pode mencionar, sem contudo estabelecer uma lista exaustiva: Larenz, “Foi Hans Kelsen quem, com admirável energia e ímprobo rigor de pensamento, [...] a sua Teoria Pura do Direito constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do Direito como ciência – mantendo-se embora sob império do conceito positivista desta última e sofrendo das respectivas limitações – que o nosso século veio até hoje conhecer. [...] assim a Teoria Pura do Direito atinge um ato nível como teoria, mas do ponto de vista prático os seus resultados são escassos.” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 92); Reale, “Paralelamente à obra de Stammler e um pouco posteriores a ela, desenvolvem-se os trabalhos de Kelsen e de Del Vecchio, com ampla repercussão na cultura jurídica da Europa e das Américas. Esses dois neokantianos apresentaram uma contribuição magnífica para o pensamento jurídico de nosso século, embora sintamos necessidade de superar as colocações por eles oferecidas, por seu caráter formal, em contraste com as exigências sociais concretas de nosso tempo, o que, aliás, foi percebido no âmbito mesmo do neokantismo com os estudos fundamentais de Emil Lask e Gustav Radbruch.” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. Saraiva: São Paulo, 1999. p. 113-114); Wieacker, “A Teoria Pura do Direito da Hans Kelsen e a Escola de Viena por ele fundada tiram as últimas consequências do neokantismo sud-ocidental, ao renunciar - distinguindo, porém, uma ‘norma fundamental’ do direito logicamente aporética de todos os momentos reais do direito positivo – a uma qualquer determinação material das normas jurídicas possíveis. Mesmo assim, ela retorna confessadamente ao positivismo científico, cuja ingenuidade metodológica quer contudo ultrapassar por meio de uma reflexão crítica sobre as condições das proposições possíveis acerca do dever ser jurídico. Só a seriedade intelectual de Kelsen, que é firme em não dar guarida a qualquer cobertura do poder de estado ou do direito finalista por uma ideia material de direito, mantendo-se firme neste ponto mesmo depois dos terríveis compromissos do positivismo legal dos nossos dias, compensa a perplexidade em que deixa a teoria do direito perante as suas tarefas prático-morais, apesar do seu mal confessado e incondicional vigor ético.” (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 683-684).

Apesar de respeitar as posições que em contrário se levantam contra o pensamento de Hans Kelsen ainda no Século XXI, este trabalho se volta para os textos desse autor vienense visto que se parte da premissa de que nem todas as consequências de seu pensamento foram absorvidas pelos seus contemporâneos. Longe de buscar encontrar resultados não vislumbrados por pesquisadores já consagrados aos estudos de Hans Kelsen, como Stanley L. Paulson<sup>5</sup>, Mário Losano<sup>6</sup>, Ulises Schmill Ordóñez<sup>7</sup> ou o próprio Norberto Bobbio<sup>8</sup>, a presente dissertação apenas reflete sobre algumas considerações que ainda podem ser extraídas do conjunto teórico legado por Hans Kelsen. De tal forma que ainda pode ser relevante retomar o seu ponto de vista positivista do Direito para explicar fenômenos jurídicos que nos dias correntes produzem consequências.

Importa ressaltar a contingencialidade do conhecimento científico que é falível. Neste sentido a análise do conceito de validade jurídica de Hans Kelsen e a sua aplicação à separação entre ciência jurídica e política só faz sentido quando considerada por este prisma. É mister se permitir compreender a lógica interna desta argumentação buscando as premissas que dão suporte a esta análise e por fim valora-se o resultado (se há algum) está efetivamente limitado pelas condições em que foi auferido, nada além. Daí porque não existe a pretensão de universalização do discurso, apenas de produzir um discurso que seja coerente com as premissas lançadas.

---

<sup>5</sup> Stanley L. Paulson é professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de Washington, Saint Louis no estado americano de Missouri. Renomado especialista na obra de Hans Kelsen, tendo publicado diversos trabalhos na área, entre os quais: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Ed.). **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. New York: Oxford University Press, 1998. Disponível em: <<https://www.questia.com/read/99718072/normativity-and-norms-critical-perspectives-on-kelsenian>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

<sup>6</sup> Mario Losano é professor emérito da *Università degli studi di Torino*. Renomado especialista na obra de Hans Kelsen, tendo publicado diversos trabalhos na área, entre os quais: LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 3 v.

<sup>7</sup> Ulises Schmill Ordóñez é professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México (UNAM), ex-ministro da Suprema Corte de Justiça da Nação (tribunal mexicano responsável pela guarda da Constituição, análogo ao Supremo Tribunal Federal do Brasil). Renomado especialista na obra de Hans Kelsen, tendo publicado diversos trabalhos na área: entre os quais: SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. El positivismo jurídico. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 240, p. 133-146, 2003. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/240/art/art7.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2016. Além de ter elaborado estudo introdutório sobre a vida e obra de Hans Kelsen para a tradução espanhola publicada no México de: MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen: vida y obra**. Ciudad do México: Coyoacán, 2009.

<sup>8</sup> Norberto Bobbio (1909-2004) foi professor da Universidade de Turim, tendo publicado diversas obras sobre filosofia do Direito em especial sobre o pensamento de Hans Kelsen.

Um dos mais gravosos problemas envolvidos na utilização política do Direito diz respeito à falta de clareza quanto aos limites. O Direito é limitado. A limitação do Direito decorre da sua própria natureza. Direito é norma, e a ciência jurídica é a descrição da norma. É possível verificar, partindo de uma perspectiva kelseniana de norma, que ao Direito cabe apenas uma decisão que é uma escolha arbitrária de uma autoridade investida de competência. Autoridade que é apenas um ser humano falível, limitado por suas experiências e na melhor das hipóteses um juiz honesto. Identificar no Direito a possibilidade de resolução de questões materiais é uma fábula, pois Kelsen expõe o sistema normativo de forma detalhada, mostrando que a única resposta jurídica possível é uma resposta formal, procedimental.

Dissertar sobre a separação entre política e ciência jurídica se torna relevante, quando a política se traveste de argumentação jurídica, é preciso saber estabelecer limites, revolver os textos de Kelsen permite instrumentalizar essa crítica muito a propósito nos dias correntes.

Em outra direção está a politização do discurso jurídico na universidade. Esta politização acontece de forma mais refinada, e traz consequências aos estudos do Direito. A politização do discurso jurídico da universidade ocorre por meio do esvaziamento do conteúdo jurídico científico, passando a uma teorização que não guarda relação com os princípios da teoria do conhecimento, dando lugar a uma série de citações que reproduzem a discurso científico por meio da justaposição de argumentos de autoridade.

O mesmo contexto de reflexão acerca da natureza da Teoria da Norma em Hans Kelsen permite endereçar uma crítica a uma série de textos ditos *jurídicos* que que são tratados na academia como se fossem obras de ciência jurídica, mas quando no muito são compilações de diversos argumentos de autoridade. Argumento de autoridade que em Direito insiste em se fazer respeitado, em lugar de dar espaço ao argumento logicamente construído. Essa utilização do argumento de autoridade como *método científico* transborda dos livros.

A proposta desta dissertação é ressaltar o conceito de validade jurídica construído ao longo a teorização de Hans Kelsen para proceder a uma distinção entre o que pode ser utilizado como argumento jurídico e o que é argumento político, entendendo como argumento político aquele que não é dotado de carga coercitiva, tampouco de obrigatoriedade e que se impõem a terceiros não por força do Judiciário, mas por meio da luta política em seus canais adequados.

O conceito de política é polissêmico<sup>9</sup>, mas nesta dissertação ele se opõe ao conceito de ciência jurídica. Desta feita a ideia de política que se quer evitar diz

<sup>9</sup> **POLÍTICA. O SIGNIFICADO CLÁSSICO E MODERNO DE POLÍTICA.** — Derivado do adjetivo originado de *pólis* (*politikós*), que significa tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, e até mesmo sociável e social, o termo Política se expandiu graças à influência da grande obra de Aristóteles, intitulada Política, que deve ser considerada como o primeiro tratado sobre a natureza, funções e divisão do Estado, e sobre as várias formas de Governo, com a significação mais comum de arte ou ciência do Governo, isto é, de reflexão, não importa se com intenções meramente descritivas ou também normativas, dois aspectos dificilmente discrimináveis, sobre as coisas da cidade. Ocorreu assim desde a origem uma transposição de significado, do conjunto das coisas qualificadas de um certo modo pelo adjetivo "político", para a forma de saber mais ou menos organizado sobre esse mesmo conjunto de coisas: uma transposição não diversa daquela que deu origem a termos como física, estética, ética e, por último, cibernética. O termo Política foi usado durante séculos para designar principalmente obras dedicadas ao estudo daquela esfera de atividades humanas que se refere de algum modo às coisas do Estado: *Política methodice digesta*, só para apresentar um exemplo célebre, é o título da obra com que Johannes Althusius (1603) expôs uma das teorias da *consociatio publica* (o Estado no sentido moderno da palavra), abrangente em seu seio várias formas de *consociationes* menores. Na época moderna, o termo perdeu seu significado original, substituído pouco a pouco por outras expressões como "ciência do Estado", "doutrina do Estado", "ciência política", "filosofia política", etc, passando a ser comumente usado para indicar a atividade ou conjunto de atividades que, de alguma maneira, têm como termo de referência a *pólis*, ou seja, o Estado. Dessa atividade a *pólis* é, por vezes, o sujeito, quando referidos à esfera da Política atos como o ordenar ou proibir alguma coisa com efeitos vinculadores para todos os membros de um determinado grupo social, o exercício de um domínio exclusivo sobre um determinado território, o legislar através de normas válidas *erga omnes*, o tirar e transferir recursos de um setor da sociedade para outros, etc; outras vezes ela é objeto, quando são referidas à esfera da Política ações como a conquista, a manutenção, a defesa, a ampliação, o robustecimento, a derrubada, a destruição do poder estatal, etc. Prova disso é que obras que continuam a tradição do tratado aristotélico se intitulam no século XIX *Filosofia do direito* (Hegel, 1821), *Sistema da ciência do Estado* (Lorenz von Stein, 1852-1856), *Elementos de ciência política* (Mosca, 1896), *Doutrina geral do Estado* (Georg Jellinek, 1900). Conserva parcialmente a significação tradicional a pequena obra de Croce, *Elementos de política* (1925), onde Política mantém o significado de reflexão sobre a atividade política, equivalendo, por isso, a "elementos de filosofia política". Uma prova mais recente é a que se pode deduzir do uso enraizado nas línguas mais difundidas de chamar história das doutrinas ou das ideias políticas ou, mais genericamente, história do pensamento político à história que, se houvesse permanecido invariável o significado transmitido pelos clássicos, teria de se chamar história da Política, por analogia com outras expressões, como história da física, ou da estética, ou da ética: uso também aceito por Croce que, na pequena obra citada, intitula *Para a história da filosofia da política* o capítulo dedicado a um breve *excursus* histórico pelas políticas modernas. II. A TIPOLOGIA CLÁSSICA DAS FORMAS DE PODER.— O conceito de Política, entendida como forma de atividade ou de práxis humana, está estreitamente ligado ao de poder. Este tem sido tradicionalmente definido como "consistente nos meios adequados à obtenção de qualquer vantagem" (Hobbes) ou, analogamente, como "conjunto dos meios que permitem alcançar os efeitos desejados" (Russell). Sendo um destes meios, além do domínio da natureza, o domínio sobre os outros homens, o poder é definido por vezes como uma relação entre dois sujeitos, dos quais um impõe ao outro a própria vontade e lhe determina, malgrado seu, o comportamento. Mas, como o domínio sobre os homens não é geralmente fim em si mesmo, mas um meio para obter "qualquer vantagem" ou, mais exatamente, "os efeitos desejados", como acontece com o domínio da natureza, a definição do poder como tipo de relação entre sujeitos tem de ser completada com a definição do poder como posse dos meios (entre os quais se contam como principais o domínio sobre os outros e sobre a natureza) que permitem alcançar justamente uma "vantagem qualquer" ou os "efeitos desejados". O poder político pertence à categoria do poder do homem sobre outro homem, não à do poder do homem sobre a natureza. Esta relação de poder é expressa de mil maneiras, onde se reconhecem fórmulas típicas da linguagem política: como relação entre governantes e governados, entre soberano e súditos, entre Estado e cidadãos, entre autoridade e obediência, etc. Há várias formas de poder do homem sobre o homem; o poder político é apenas uma delas. Na tradição clássica que remonta especificamente a Aristóteles, eram consideradas três formas principais de poder: o poder paterno, o poder despótico e o poder político. Os critérios de distinção têm sido vários com o variar dos tempos. Em Aristóteles se entrevê a distinção baseada no

---

interesse daquele em benefício de quem se exerce o poder: o paterno se exerce pelo interesse dos filhos; o despótico, pelo interesse do senhor; o político, pelo interesse de quem governa e de quem é governado, o que ocorre apenas nas formas corretas de Governo, pois, nas viciadas, o característico é que o poder seja exercido em benefício dos governantes. Mas o critério que acabou por prevalecer nos tratados jusnaturalistas foi o do fundamento ou do princípio de legitimação, que encontramos claramente formulado no cap. XV do *Segundo tratado sobre o governo* de Locke: o fundamento do poder paterno é a natureza, do poder despótico o castigo por um delito cometido (a única hipótese neste caso é a do prisioneiro de guerra que perdeu uma guerra injusta), do poder civil o consenso. A estes três motivos de justificação do poder correspondem as três fórmulas clássicas do fundamento da obrigação: *ex natura*, *ex delicto*, *ex contractu*. Nenhum dos dois critérios permite, não obstante, distinguir o caráter específico do poder político. Na verdade, o fato de o poder político se diferenciar do poder paterno e do poder despótico por estar voltado para o interesse dos governantes ou por se basear no consenso, não constitui caráter distintivo de qualquer Governo, mas só do bom Governo: não é uma conotação da relação política como tal, mas da relação política referente ao Governo tal qual deveria ser. Na realidade, os escritores políticos não cessaram nunca de identificar seja Governos paternalistas, seja Governos despóticos, ou então Governos em que a relação entre Governo e súditos se assemelhava ora à relação entre pai e filhos, ora à entre senhor e escravos, os quais nem por isso deixavam de ser Governos tanto quanto os que agiam pelo bem público e se fundavam no consenso.

III. A TIPOLOGIA MODERNA DAS FORMAS DE PODER.— Para acharmos o elemento específico do poder político, parece mais apropriado o critério de classificação das várias formas de poder que se baseia nos meios de que se serve o sujeito ativo da relação para determinar o comportamento do sujeito passivo. Com base neste critério, podemos distinguir três grandes classes no âmbito de um conceito amplíssimo do poder. Estas classes são: o poder econômico, o poder ideológico e o poder político. O primeiro é o que se vale da posse de certos bens, necessários ou considerados como tais, numa situação de escassez, para induzir aqueles que não os possuem a manter um certo comportamento, consistente sobretudo na realização de um certo tipo de trabalho. Na posse dos meios de produção reside uma enorme fonte de poder para aqueles que os têm em relação àqueles que os não têm: o poder do chefe de uma empresa deriva da possibilidade que a posse ou disponibilidade dos meios de produção lhe oferece de poder vender a força de trabalho a troco de um salário. Em geral, todo aquele que possui abundância de bens é capaz de determinar o comportamento de quem se encontra em condições de penúria, mediante a promessa e concessão de vantagens. O poder ideológico se baseia na influência que as ideias formuladas de um certo modo, expressas em certas circunstâncias, por uma pessoa investida de certa autoridade e difundidas mediante certos processos, exercem sobre a conduta dos consociados: deste tipo de condicionamento nasce a importância social que atinge, nos grupos organizados, aqueles que sabem, os sábios, sejam eles os sacerdotes das sociedades arcaicas, sejam os intelectuais ou cientistas das sociedades evoluídas, pois é por eles, pelos valores que difundem ou pelos conhecimentos que comunicam, que se consoma o processo de socialização necessário à coesão e integração do grupo. Finalmente, o poder político se baseia na posse dos instrumentos mediante os quais se exerce a força física (as armas de toda a espécie e potência): é o poder coator no sentido mais estrito da palavra. Todas estas três formas de poder fundamentam e mantêm uma sociedade de desiguais, isto é, dividida em ricos e pobres com base no primeiro, em sábios e ignorantes com base no segundo, em fortes e fracos, com base no terceiro: genericamente, em superiores e inferiores. Como poder cujo meio específico é a força, de longe o meio mais eficaz para condicionar os comportamentos, o poder político é, em toda a sociedade de desiguais, o poder supremo, ou seja, o poder ao qual todos os demais estão de algum modo subordinados: o poder coativo é, de fato, aquele a que recorrem todos os grupos sociais (a classe dominante), em última instância, ou como extrema *ratio*, para se defenderem dos ataques externos, ou para impedirem, com a desagregação do grupo, de ser eliminados. Nas relações entre os membros de um mesmo grupo social, não obstante o estado de subordinação que a expropriação dos meios de produção cria nos expropriados para com os expropriadores, não obstante a adesão passiva aos valores do grupo por parte da maioria dos destinatários das mensagens ideológicas emitidas pela classe dominante, só o uso da força física serve, pelo menos em casos extremos, para impedir a insubordinação ou a desobediência dos subordinados, como o demonstra à sociedade a experiência histórica. Nas relações entre grupos sociais diversos, malgrado a importância que possam ter a ameaça ou a execução de sanções econômicas para levar o grupo hostil a desistir de um determinado comportamento (nas relações entre grupos é de somenos importância o condicionamento de natureza ideológica), o instrumento decisivo para impor a própria vontade é o uso da força, a guerra. Esta distinção entre três tipos principais de poder social se encontra, se bem que expressa de diferentes maneiras, na maior parte das teorias

sociais contemporâneas, onde o sistema social global aparece direta ou indiretamente articulado em três subsistemas fundamentais, que são a organização das forças produtivas, a organização do consenso e a organização da coação. A teoria marxista também pode ser interpretada do mesmo modo: a base real, ou estrutura, compreende o sistema econômico; a supra-estrutura, cindindo-se em dois momentos distintos, compreende o sistema ideológico e aquele que é mais propriamente jurídico-político. Gramsci distingue claramente na esfera supra-estrutural o momento do consenso (que chama sociedade civil) e o momento do domínio (que chama sociedade política ou Estado). Os escritores políticos distinguiram durante séculos o poder espiritual (que hoje chamaríamos ideológico) do poder temporal, havendo sempre interpretado este como união do *dominium* (que hoje chamaríamos poder econômico) e do *imperium* (que hoje designaríamos mais propriamente como poder político). Tanto na dicotomia tradicional (poder espiritual e poder temporal) quanto na marxista (estrutura e supra-estrutura), se encontram as três formas de poder, desde que se entenda corretamente o segundo termo em um e outro caso como composto de dois momentos. A diferença está no fato de que, na teoria tradicional, o momento principal é o ideológico, já que o econômico-política é concebido como direta ou indiretamente dependente do espiritual, enquanto que, na teoria marxista, o momento principal é o econômico, pois o poder ideológico e o político refletem, mais ou menos imediatamente, a estrutura das relações de produção.

IV. O PODER POLÍTICO. — Embora a possibilidade de recorrer à força seja o elemento que distingue o poder político das outras formas de poder, isso não significa que ele se resolva no uso da força; tal uso é uma condição necessária, mas não suficiente para a existência do poder político. Não é qualquer grupo social, em condições de usar a força, mesmo com certa continuidade (uma associação de delinquência, uma chusma de piratas, um grupo subversivo, etc), que exerce um poder político. O que caracteriza o poder político é a exclusividade do uso da força em relação à totalidade dos grupos que atuam num determinado contexto social, exclusividade que é o resultado de um processo que se desenvolve em toda a sociedade organizada, no sentido da monopolização da posse e uso dos meios com que se pode exercer a coação física. Este processo de monopolização acompanha pari passu o processo de incriminação e punição de todos os atos de violência que não sejam executados por pessoas autorizadas pelos detentores e beneficiários de tal monopólio. Na hipótese hobbesiana que serve de fundamento à teoria moderna do Estado, a passagem do Estado de natureza ao Estado civil, ou da *anarchia* à *archia*, do Estado apolítico ao Estado político, ocorre quando os indivíduos renunciam ao direito de usar cada um a própria força, que os tornava iguais no estado de natureza, para o confiar a uma única pessoa, ou a um único corpo, que doravante será o único autorizado a usar a força contra eles. Esta hipótese abstrata adquire profundidade histórica na teoria do Estado de Marx e de Engels, segundo a qual, numa sociedade dividida em classes antagônicas, as instituições políticas têm a função primordial de permitir à classe dominante manter seu domínio, alvo que não pode ser alcançado, por via do antagonismo de classes, senão mediante a organização sistemática e eficaz do monopólio da força; é por isso que cada Estado é, e não pode deixar de ser, uma ditadura. Neste sentido tornou-se já clássica a definição de Max Weber: "Por Estado se há de entender uma empresa institucional de caráter político onde o aparelho administrativo leva avante, em certa medida e com êxito, a pretensão do monopólio da legítima coerção física, com vistas ao cumprimento das leis" (I, 53). Esta definição tornou-se quase um lugar-comum da ciência política contemporânea. Escreveram G. A. Almond e G. B. Powell num dos manuais de ciência política mais acreditados: "Estamos de acordo com Max Weber em que é a força física legítima que constitui o fio condutor da ação do sistema político, ou seja, lhe confere sua particular qualidade e importância, assim como sua coerência como sistema. As autoridades políticas, e somente elas, possuem o direito, tido como predominante, de usar a coerção e de impor a obediência apoiados nela... Quando falamos de sistema político, referimo-nos também a todas as interações respeitantes ao uso ou à ameaça de uso de coerção física legítima" (p. 55). A supremacia da força física como instrumento de poder em relação a todas as outras formas (das quais as mais importantes, afora a força física, são o domínio dos bens, que dá lugar ao poder econômico, e o domínio das ideias, que dá lugar ao poder ideológico) fica demonstrada ao considerarmos que, embora na maior parte dos Estados históricos o monopólio do poder coativo tenha buscado e encontrado seu apoio na imposição das ideias ("as ideias dominantes", segundo a bem conhecida afirmação de Marx, "são as ideias da classe dominante"), dos deuses pátrios à religião civil, do Estado confessional à religião de Estado, e na concentração e na direção das atividades econômicas principais, há todavia grupos políticos organizados que consentiram a desmonopolização do poder ideológico e do poder econômico; um exemplo disso está no Estado liberal-democrático, caracterizado pela liberdade de opinião, se bem que dentro de certos limites, e pela pluralidade dos centros de poder econômico. Não há grupo social organizado que tenha podido até hoje consentir a desmonopolização do poder coativo, o que significaria nada mais nada menos que o fim do Estado e

que, como tal, constituiria um verdadeiro e autêntico salto qualitativo, à margem da história, para o reino sem tempo da utopia. Consequência direta da monopolização da força no âmbito de um determinado território e relativas a um determinado grupo social, assim hão de ser consideradas algumas características comumente atribuídas ao poder político e que o diferenciam de toda e qualquer outra forma de poder: a exclusividade, a universalidade e a inclusividade. Por exclusividade se entende a tendência revelada pelos detentores do poder político ao não permitirem, no âmbito de seu domínio, a formação de grupos armados independentes e ao debelarem ou dispersarem os que porventura se vierem formando, assim como ao iludirem as infiltrações, as ingerências ou as agressões de grupos políticos do exterior. Esta característica distingue um grupo político organizado da "*societas*" de "*latrones*" (o "*latrocinium*" de que falava Agostinho). Por universalidade se entende a capacidade que têm os detentores do poder político, e eles sós, de tomar decisões legítimas e verdadeiramente eficazes para toda a coletividade, no concernente à distribuição e destinação dos recursos (não apenas econômicos). Por inclusividade se entende a possibilidade de intervir, de modo imperativo, em todas as esferas possíveis da atividade dos membros do grupo e de encaminhar tal atividade ao fim desejado ou de a desviar de um fim não desejado, por meio de instrumentos de ordenamento jurídico, isto é, de um conjunto de normas primárias destinadas aos membros do grupo e de normas secundárias destinadas a funcionários especializados, com autoridade para intervir em caso de violação daquelas. Isto não quer dizer que o poder político não se imponha limites. Mas são limites que variam de uma formação política para outra: um Estado autocrático estende o seu poder até à própria esfera religiosa, enquanto que o Estado laico para diante dela; um Estado coletivista estenderá o próprio poder à esfera econômica, enquanto que o Estado liberal clássico dela se retrairá. O Estado todo-abrangente, ou seja, o Estado a que nenhuma esfera da atividade humana escapa, é o Estado totalitário, que constitui, na sua natureza de caso-limite, a sublimação da Política, a politização integral das relações sociais. V. O FIM DA POLÍTICA. — Uma vez identificado o elemento específico da Política no meio de que se serve, caem as definições teleológicas tradicionais que tentam definir a Política pelo fim ou fins que ela persegue. A respeito do fim da Política, a única coisa que se pode dizer é que, se o poder político, justamente em virtude do monopólio da força, constitui o poder supremo num determinado grupo social, os fins que se pretende alcançar pela ação dos políticos são aqueles que, em cada situação, são considerados prioritários para o grupo (ou para a classe nele dominante): em épocas de lutas sociais e civis, por exemplo, será a unidade do Estado, a concórdia, a paz, a ordem pública, etc; em tempos de paz interna e externa, será o bem-estar, a prosperidade ou a potência; em tempos de opressão por parte de um Governo despótico, será a conquista dos direitos civis e políticos; em tempos de dependência de uma potência estrangeira, a independência nacional. Isto quer dizer que a Política não tem fins perpetuamente estabelecidos, e muito menos um fim que os compreenda a todos e que possa ser considerado como o seu verdadeiro fim: os fins da Política são tantos quantas são as metas que um grupo organizado se propõe, de acordo com os tempos e circunstâncias. Esta insistência sobre o meio, e não sobre o fim, corresponde, aliás, à *communis opinio* dos teóricos do Estado, que excluem o fim dos chamados elementos constitutivos do mesmo. Fale mais uma vez por todos Max Weber: "Não é possível definir um grupo político, nem tampouco o Estado, indicando o alvo da sua ação de grupo. Não há nenhum escopo que os grupos políticos não se hajam alguma vez proposto. . . . Só se pode, portanto, definir o caráter político de um grupo social pelo meio... que não lhe é certamente exclusivo, mas é, em todo o caso, específico e indispensável à sua essência: o uso da força" (I, 54). Esta rejeição do critério teleológico não impede, contudo, que se possa falar corretamente, quando menos, de um fim mínimo na Política: a ordem pública nas relações internas e a defesa da integridade nacional nas relações de um Estado com os outros Estados. Este fim é o mínimo, porque é a *conditio sitie qua non* para a consecução de todos os demais fins, conciliável, portanto, com eles. Até mesmo o partido que quer a desordem, a deseja, não como objetivo final, mas como fator necessário para a mudança da ordem existente e criação de uma nova ordem. Além disso, é lícito falar da ordem como fim mínimo da Política, porque ela é, ou deveria ser, o resultado imediato da organização do poder coativo, porque, por outras palavras, esse fim, a ordem, está totalmente unido ao meio, o monopólio da força: numa sociedade complexa, fundamentada na divisão do trabalho, na estratificação de categorias e classes, e em alguns casos também na justaposição de gentes e raças diversas, só o recurso à força impede, em última instância, a desagregação do grupo, o regresso, como diriam os antigos, ao Estado de natureza. Tanto é assim que, no dia em que fosse possível uma ordem espontânea, como a imaginaram várias escolas econômicas e políticas, dos fisiocratas aos anarquistas, ou os próprios Marx e Engels na fase do comunismo plenamente realizado, não haveria mais política propriamente falando. Quem examinar as definições teleológicas tradicionais de Política, não tardará a observar que algumas delas não são definições descritivas, mas prescritivas, pois não definem o que é concreta e normalmente a Política,

mas indicam como é que ela deveria ser para ser uma boa Política; outras diferem apenas nas palavras (as palavras da linguagem filosófica são não raro intencionalmente obscuras) da definição aqui apresentada. Toda história da filosofia política está repleta de definições normativas, a começar pela aristotélica: como é bem conhecido, Aristóteles afirma que o fim da Política não é viver, mas viver bem (Política, 1278b). Mas em que consiste uma vida boa? Como é que ela se distingue de uma vida má? E, se uma classe política oprime os seus súditos, condenando-os a uma vida sofrida e infeliz, será que não faz Política, será que o poder que ela exerce não é um poder político? O próprio Aristóteles distingue as formas puras de Governo das formas deturpadas, coisa que já antes dele fizera Platão e haviam de fazer, durante vinte séculos, muitos outros escritores políticos: conquanto o que distingue as formas deturpadas das formas puras, seja que nestas a vida não é boa, nem Aristóteles, nem todos os escritores que lhe sucederam, lhes negaram nunca o caráter de constituições políticas. Não nos iludam outras teorias tradicionais que atribuem à Política fins diversos do da ordem, como o bem comum (o mesmo Aristóteles e, depois dele, o aristotelismo medieval) ou a justiça (Platão): um conceito como o de bem comum, quando o quisermos desembaraçar da sua extrema generalidade, pela qual pode significar tudo ou nada, e lhe quisermos atribuir um significado plausível, ele nada mais poderá designar senão aquele bem que todos os membros de um grupo partilham e que não é mais que a convivência ordenada, numa palavra, a ordem; pelo que toca à justiça platônica, se a entendermos, desvanecidos todos os fumos retóricos, como o princípio segundo o qual é bom que cada um faça o que lhe incumbe dentro da sociedade como um todo (República, 433a), justiça e ordem são a mesma coisa. Outras noções de fim, como felicidade, liberdade, igualdade, são demasiado controversas e interpretáveis dos modos mais díspares, para delas se poderem tirar indicações úteis para a identificação do fim específico da política. Outro modo de fugir às dificuldades de uma definição teleológica de Política é o de a definir como uma forma de poder que não tem outro fim senão o próprio poder (onde o poder é, ao mesmo tempo, meio e fim, ou, como se diz, fim em si mesmo). "O caráter político da ação humana, escreve Mário Albertini, torna-se patente, quando o poder se converte em fim, é buscado, em certo sentido, por si mesmo, e constitui o objeto de uma atividade específica" (p. 9), diversamente do que acontece com o médico, que exerce o próprio poder sobre o doente para o curar, ou com o rapaz que impõe seu jogo preferido aos companheiros, não pelo prazer de exercer o poder, mas de jogar. A este modo de definir a Política se poderá objetar que ele não define tanto uma forma específica de poder quanto uma maneira específica de o exercer, ajustando-se, por isso, igualmente bem a qualquer forma de poder, seja o poder econômico, seja o poder ideológico, seja qualquer outro poder. O poder pelo poder é um modo deturpado do exercício de qualquer forma de poder, que pode ter como sujeito tanto quem exerce o grande poder, qual o político, quanto quem exerce o pequeno, como o do pai de família ou o do chefe de seção que supervisiona uma dezena de operários. A razão pela qual pode parecer que o poder como fim em si mesmo seja característico da Política (mas seria mais exato dizer de um certo homem político, do homem maquiavélico), reside no fato de que não existe um fim tão específico na Política como o que existe no poder que o médico exerce sobre o doente ou no do rapaz que impõe o jogo aos seus companheiros. Se o fim da Política, e não do homem político maquiavélico, fosse realmente o poder pelo poder, a Política não serviria para nada. É provável que a definição da Política como poder pelo poder derive da confusão entre o conceito de poder e o de potência: não há dúvida de que entre os fins da Política está também o da potência do Estado, quando se considera a relação do próprio Estado com os outros Estados. Mas uma coisa é uma Política de potência e outra o poder pelo poder. Além disso, a potência não é senão um dos fins possíveis da Política, um fim que só alguns Estados podem razoavelmente perseguir. VI. A POLÍTICA COMO RELAÇÃO AMIGO-INIMIGO. — Entre as mais conhecidas e discutidas definições de Política, conta-se a de Carl Schmitt (retomada e desenvolvida por Julien Freund), segundo a qual a esfera da Política coincide com a da relação amigo-inimigo. Com base nesta definição, o campo de origem e de aplicação da Política seria o antagonismo e a sua função consistiria na atividade de associar e defender os amigos e de desagregar e combater os inimigos. Para dar maior força à sua definição, baseada numa oposição fundamental, amigo-inimigo, Schmitt a compara às definições de moral, de arte, etc., fundadas também em oposições fundamentais, como bom-mau, belo-feio, etc. "A distinção política específica a que é possível referir as ações e os motivos políticos, é a distinção de amigo e inimigo... Na medida em que não for derivável de outros critérios, ela corresponderá, para a Política, aos critérios relativamente autônomos das demais oposições: bom e mau para a moral, belo e feio para a estética, e por aí afora" (p. 105). Freund se expressa enfaticamente nestes termos: "Enquanto houver política, ela dividirá a coletividade em amigos e inimigos" (p. 448). E explica: "Quanto mais uma oposição se desenvolver no sentido da distinção amigo-inimigo, tanto mais ela se tornará política. É característico do Estado eliminar, dentro dos limites da sua competência, a divisão dos seus membros ou grupos internos em

amigos e inimigos, não tolerando senão as simples rivalidades agonísticas ou as lutas dos partidos, e reservando ao Governo o direito de indicar o inimigo externo... É, pois, claro que a oposição amigo-inimigo é politicamente fundamental" (p. 445). Não obstante pretender servir de definição global do fenômeno político, a definição de Schmitt considera a Política de uma perspectiva unilateral, se bem que importante, que é a daquele tipo particular de conflito que caracterizaria a esfera das ações políticas. Por outras palavras, Schmitt e Freund parecem estar de acordo nestes pontos: a Política tem que avir-se com os conflitos humanos; há vários tipos de conflitos, há principalmente conflitos agonísticos e antagonísticos; a Política cobre a área em que se desenrolam os conflitos antagonísticos. Que esta seja a perspectiva dos autores citados parece não caber dúvida. Escreve Schmitt: "A oposição política é a mais intensa e extrema de todas e qualquer outra oposição concreta será tanto mais política quanto mais se aproximar do ponto extremo, o do agrupamento baseado nos conceitos, amigo-inimigo" (p. 112). De igual modo Freund: "Todo o desencontro de interesses... pode, em qualquer momento, transformar-se em rivalidade ou em conflito, e tal conflito, desde o momento que assumo o aspecto de uma prova de força entre os grupos que representam esses interesses, ou seja, desde o momento que se afirma como uma luta de poder, tornar-se-á político" (p. 479). Como se vê pelas passagens citadas, o que têm em mente estes autores, quando definem a Política baseados na dicotomia amigo-inimigo, é que existem conflitos entre os homens e entre os grupos sociais, e que entre esses conflitos há alguns diferentes de todos os outros pela sua particular intensidade; é a esses que eles dão o nome de conflitos políticos. Mas, quando se procura compreender em que é que consiste essa particular intensidade e, por conseguinte, em que é que a relação amigo-inimigo se distingue de todas as outras relações conflitantes de intensidade não igual, logo se nota que o elemento distintivo está em que se trata de conflitos que, em última instância, só podem ser resolvidos pela força ou justificam, pelo menos, o uso da força pelos contendores para pôr fim à luta. O conflito por excelência de que tanto Schmitt como Freund extrapolaram sua definição de Política, é a guerra, cujo conceito compreende tanto a guerra externa quanto a interna. Ora, se uma coisa é certa, é que a guerra constitui uma espécie de conflito eminentemente caracterizado pelo uso da força. Mas, se isso é verdade, a definição de Política em termos de amigo-inimigo não é de modo algum incompatível com a definição antes apresentada, que se refere ao monopólio da força. Não só não é incompatível, como é uma especificação da mesma e, em última análise, sua confirmação. É justamente na medida em que o poder político se distingue do instrumento de que se serve para atingir os próprios fins e em que tal instrumento é a força física, que ele é o poder a que se recorre para resolver os conflitos cuja não solução acarretaria a decomposição do Estado e da ordem internacional: são os conflitos em que, confrontados os contendores como inimigos, a *vita mea* é a *mors tua*. VII. O POLÍTICO E O SOCIAL.

— Contrastando com a tradição clássica, segundo a qual a esfera da Política, entendida como esfera do que diz respeito à vida da *pólis*, compreende toda a sorte de relações sociais, tanto que o "político" vem a coincidir com o "social", a doutrina exposta sobre a categoria da Política é certamente limitativa: reduzir, como se fez, a categoria da Política à atividade direta ou indiretamente relacionada com a organização do poder coativo é restringir o âmbito do "político" quanto ao "social", é rejeitar a plena coincidência de um com o outro. Esta limitação baseia-se numa razão histórica bem definida. De um lado, o cristianismo subtraiu à esfera da Política o domínio da vida religiosa, dando origem à contraposição do poder espiritual ao poder temporal, o que era desconhecido do mundo antigo. De outro, com o surgir da economia mercantil burguesa, foi subtraído à esfera da Política o domínio das relações econômicas, originando-se a contraposição (para usarmos a terminologia hegeliana, herdada de Marx e hoje de uso comum) da sociedade civil à sociedade política, da esfera privada ou do burguês à esfera pública ou do cidadão, coisa que também era ignorada do mundo antigo. Enquanto a filosofia política clássica se baseia no estudo da estrutura da *pólis* e das suas variadas formas históricas ou ideais, a filosofia política pós-clássica se caracteriza pela contínua busca de uma delimitação do que é político (o reino de César) do que não é político (quer seja o reino de Deus, quer seja o de *Mammona*), por uma contínua reflexão sobre o que distingue a esfera da Política da esfera da não Política. O Estado do não-Estado, onde por esfera da não-Política ou do não-Estado se entende, conforme as circunstâncias, ora a sociedade religiosa (a *ecclesia* contraposta à *civitas*), ora a sociedade natural (o mercado como lugar em que os indivíduos se encontram independentemente de qualquer imposição, contraposto ao ordenamento coativo do Estado). O tema fundamental da filosofia política moderna é o tema dos limites, umas vezes mais restritos, outras vezes mais amplos conforme os autores e as escolas, do Estado como organização da esfera política, seja em relação à sociedade religiosa, seja em relação à sociedade civil (entendida como sociedade burguesa ou dos privados). É exemplar também sob este aspecto a teoria política de Hobbes, articulada em torno de três conceitos fundamentais que constituem as três partes em que se divide a matéria do *De Cive*. Estas partes são assim denominadas: *libertas*, *potestas*, *religio*. O problema fundamental do Estado e, por conseguinte,

da Política é, para Hobbes, o problema das relações entre a *potestas* simbolizada no grande Leviatã, por um lado, e a *libertas* e a *religio*, por outro: a *libertas* designa o espaço das relações naturais, onde se desenvolve a atividade econômica dos indivíduos, estimulada pela incessante disputa pela posse dos bens materiais, o Estado de natureza (interpretado recentemente como prefiguração da sociedade de mercado); a *religio* indica o espaço reservado à formação e expansão da vida espiritual, cuja concretização histórica se dá na instituição da Igreja, isto é, duma sociedade que, por sua natureza, se distingue da sociedade política e não pode ser com ela confundida. Relacionados com esta dupla delimitação dos confins da Política, surgem na filosofia política moderna dois tipos ideais de Estado: o Estado absoluto e o Estado liberal, aquele com tendência a estender, este com tendência a limitar a própria ingerência em relação à sociedade econômica e à sociedade religiosa. Na filosofia política do século passado, o processo de emancipação da sociedade quanto ao Estado avançou tanto que, por primeira vez, foi por muitos aventada a hipótese da desapareição do Estado num futuro mais ou menos remoto e da consequente absorção do político pelo social, ou seja, do fim da Política. Conforme o que se disse até aqui sobre o significado restritivo de Política (restritivo em relação ao conceito mais amplo de "social"), fim da Política significa exatamente fim de uma sociedade para cuja coesão sejam indispensáveis as relações de poder político, isto é, relações de domínio fundadas, em última instância, no uso da força. Fim da Política não significa, bem entendido, fim de toda a forma de organização social. Significa, pura e simplesmente, fim daquela forma de organização social que se rege pelo uso exclusivo do poder coativo.

VIII. POLÍTICA E MORAL. — Ao problema da relação entre Política e não-Política, está vincula do um dos problemas fundamentais da filosofia política, o problema da relação entre Política e moral. A Política e a moral estendem-se pelo mesmo domínio comum, o da ação ou da práxis humana. Pensa-se que se distinguem entre si em virtude de um princípio ou critério diverso de justificação e avaliação das respectivas ações, e que, em consequência disso, o que é obrigatório em moral, não se pode dizer que o seja em Política, e o que é lícito em Política, não se pode dizer que o seja em moral; pode haver ações morais que são impolíticas (ou apolíticas) e ações políticas que são imorais (ou amorais). A descoberta da distinção que é atribuída, injustificada ou justificadamente a Maquiavel (daí o nome de maquiavelismo dado a toda a teoria política que sustenta e defende a separação da Política da moral), é geralmente apresentada como problema da autonomia da Política. Este problema acompanha *pari passu* a formação do Estado moderno e sua gradual emancipação da Igreja, que chegou até, em casos extremos, à subordinação desta ao Estado e, conseqüentemente, à absoluta supremacia da Política. Na realidade, o que se chama autonomia da Política não é outra coisa senão o reconhecimento de que o critério segundo o qual se julga boa ou má uma ação política (não se esqueça que, por ação política, se entende, em concordância com o que se disse até aqui, uma ação que tem por sujeito ou objeto a *pólis*) é diferente do critério segundo o qual se considera boa ou má uma ação moral. Enquanto o critério segundo o qual se julga uma ação moralmente boa ou má é o do respeito a uma norma cuja preceituação é tida por categórica, independentemente do resultado da ação ("faz o que deves, aconteça o que acontecer"), o critério segundo o qual se julga uma ação politicamente boa ou má é pura e simplesmente o do resultado ("faz o que deves, a fim de que aconteça o que desejas"). Ambos os critérios são incomensuráveis. Esta incomensurabilidade está expressa na afirmação de que, em Política, o que vale é a máxima de que "o fim justifica os meios", máxima que encontrou em Maquiavel uma das suas mais fortes expressões: "... e nas ações de todos os homens, e máxime dos príncipes, quando não há indicação à qual apelar, se olha ao fim. Faça, pois, o príncipe por vencer e defender o Estado: os meios serão sempre considerados honrosos e por todos louvados" (Príncipe, X V III). Mas, em moral, a máxima maquiavélica não vale, já que uma ação, para ser julgada moralmente boa, há de ser praticada não com outro fim senão o de cumprir o próprio dever. Uma das mais convincentes interpretações desta oposição é a distinção weberiana entre ética da convicção e ética da responsabilidade: "... há uma diferença insuperável entre o agir segundo a máxima da ética da convicção, que em termos religiosos soa assim: 'O cristão age como justo e deixa o resultado nas mãos de Deus', e o agir segundo a máxima da ética da responsabilidade, conforme a qual é preciso responder pelas consequências previsíveis das próprias ações" (*La política come professione, in Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1948, p. 142). O universo da moral e o da Política movem-se no âmbito de dois sistemas éticos diferentes e até mesmo contrapostos. Mais que de imoralidade da Política e de impoliticidade da moral se deveria mais corretamente falar de dois universos éticos que se movem segundo princípios diversos, de acordo com as diversas situações em que os homens se encontram e agem. Destes dois universos éticos são representantes outros tantos personagens diferentes que atuam no mundo seguindo caminhos quase sempre destinados a não se encontrarem: de um lado está o homem de fé, o profeta, o pedagogo, o sábio que tem os olhos postos na cidade celeste, do outro, o homem de Estado, o condutor de homens, o criador da cidade terrena.

respeito justamente à noção de política como jogo subjetivo entre pessoas, de tal

---

O que conta para o primeiro é a pureza de intenções e a coerência da ação com a intenção; para o segundo o que importa é a certeza e fecundidade dos resultados. A chamada imoralidade da Política assenta, bem vistas as coisas, numa moral diferente da do dever pelo dever: é a moral pela qual devemos fazer tudo o que está ao nosso alcance para realizar o fim que nos propusemos, pois sabemos, desde início, que seremos julgados com base no sucesso. Entram aqui dois conceitos de virtude, o clássico, para o qual "virtude" significa disposição para o bem moral (contraposto ao útil), e o maquiavélico, para o qual a virtude é a capacidade do príncipe forte e sagaz que, usando conjuntamente das artes da raposa e do leão, triunfa no intento de manter e consolidar o próprio domínio. IX. A POLÍTICA COMO ÉTICA DO GRUPO. — Quem não quiser ficar apenas na constatação da incomensurabilidade destas duas éticas e queira procurar entender a razão pela qual o que é justificado num certo contexto não o é em outro, deve perguntar ainda onde é que reside a diferença entre esses dois contextos. A resposta é a seguinte: o critério da ética da convicção é geralmente usado para julgar as ações individuais, enquanto o critério da ética da responsabilidade se usa ordinariamente para julgar ações de grupo, ou praticadas por um indivíduo, mas em nome e por conta do próprio grupo, seja ele o povo, a nação, a Igreja, a classe, o partido, etc. Poder-se-á também dizer, por outras palavras, que, à diferença entre moral e Política, ou entre ética da convicção e ética da responsabilidade, corresponde também a diferença entre ética individual e ética de grupo. A proposição de que o que é obrigatório em moral não se pode dizer que o seja em Política, poderá ser traduzida por esta outra fórmula: o que é obrigatório para o indivíduo não se pode dizer que o seja para o grupo de que o indivíduo faz parte. Pensemos quão profunda é a diferença de juízo dos filósofos, teólogos e moralistas acerca da violência, quando o ato violento é praticado só pelo indivíduo ou pelo grupo social de que ele faz parte, ou, por outras palavras, quando se trata de violência pessoal que, afora os casos excepcionais, é geralmente condenada, e quando se trata de violência das instituições que, afora os casos excepcionais, é geralmente justificada. Esta diferença tem a sua explicação no fato de que, no caso de violência individual, não se pode recorrer quase nunca ao critério de justificação da extrema *ratio* (salvo quando em legítima defesa), ao passo que, nas relações entre grupos, o recurso à justificação da violência como extrema *ratio* é usual. Ora, a razão por que a violência individual não se justifica funda-se precisamente no fato de que ela está, por assim dizer, protegida pela violência coletiva, tanto que é cada vez mais raro, quase impossível, que o indivíduo se venha a encontrar na situação de ter de recorrer à violência como extrema *ratio*. Se isto é verdadeiro, resultará daqui uma consequência importante: a não justificação da violência individual assenta, em última instância, no fato de ser aceita, porque justificada, a violência coletiva. Por outras palavras, não há necessidade da violência individual, porque basta a violência coletiva: a moral pode resolver ser tão severa com a violência individual, porque se fundamenta na aceitação de uma convivência que se rege pela prática contínua da violência coletiva. O contraste entre moral e Política, entendido como contraste entre ética individual e ética de grupo, serve também para ilustrar e explicar a secular disputa existente em torno à "razão de Estado". Por "razão de Estado" se entende aquele conjunto de princípios e máximas segundo os quais ações que não seriam justificadas, se praticadas só pelo indivíduo, são não só justificadas como também por vezes exaltadas e glorificadas se praticadas pelo príncipe ou por quem quer que exerça o poder em nome do Estado. Que o Estado tenha razões que o indivíduo não tem ou não pode fazer valer é outro dos modos de evidenciar a diferença entre Política e moral, quando tal diferença se refere aos diversos critérios segundo os quais se consideram boas ou más as ações desses dois campos. A afirmação de que a Política é a razão do Estado encontra perfeita correspondência na afirmação de que a moral é a razão do indivíduo. São duas razões que quase nunca se encontram: é até desse contraste que se tem valido a história secular do conflito entre moral e Política. O que ainda é necessário acrescentar é que a razão de Estado não é senão um aspecto da ética de grupo, conquanto o mais evidente, quando menos porque o Estado é a coletividade em seu mais alto grau de expressão e de potência. Sempre que um grupo social age em própria defesa contra outro grupo; se apela a uma ética diversa da geralmente válida para os indivíduos, uma ética que responde à mesma lógica da razão de Estado. Assim, ao lado da razão de Estado, a história nos aponta, consoante as circunstâncias de tempo e lugar, ora uma razão de partido, ora uma razão de classe ou de nação, que representam, sob outro nome, mas com a mesma força e as mesmas consequências, o princípio da autonomia da Política, entendida como autonomia dos princípios e regras de ação que valem para o grupo como totalidade, em confronto com as que valem para o indivíduo dentro do grupo. BOBBIO, Norberto. Política In: \_\_\_\_\_.; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. coord. e trad. João Ferreira. 11. ed. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1998. p. 954-962.

forma que um consiga curvar os demais ante as suas premissas. Essa ideia subjetiva sobretudo vai influenciar o debate jurídico.

A validade jurídica como categoria própria do pensamento de Hans Kelsen será detalhadamente abordada nas páginas que seguem, de tal forma que a própria teorização de Hans Kelsen se torna o centro do debate, a discussão que se propõe está calcada no conceito de validade jurídica que é desenvolvido por Kelsen em seus textos que tratam sobretudo de Teoria da Norma. A ideia é extrair da teoria da norma as consequências relativas à separação do Discurso Jurídico e do Discurso Político.

Desta forma existe um fio condutor que permeia todo o trabalho do início ao fim, que é a construção do conceito de validade jurídica em cada fase da obra de Hans Kelsen. A monumental obra de Hans Kelsen já foi objeto de diversas formas de segmentação, conforme se considere este ou aquele aspecto<sup>10</sup>, mas nesta dissertação será adotada a segmentação proposta por Stanley L. Paulson em dois artigos: Reflexões sobre a periodização da Teoria de Hans Kelsen<sup>11</sup> e Primeira Teoria Legal de Hans Kelsen: construtivismo crítico<sup>12</sup>. Isto porque Stanley L. Paulson propõe uma periodização com base em no aspecto filosófico e as consequências para a teorização jurídica.

Propõe Stanley L. Paulson a denominação de fase construtivista em razão do intenso debate que se segue no início do século XXI em decorrência das diversas

---

<sup>10</sup> Além da periodização proposta por Stanley L. Paulson, existem ainda as propostas de Carsten Heidemann que foi originalmente publicada em alemão (HEIDEMANN, Carsten. **Die Norm als Tatsache: Zur Normentheorie Hans Kelsens**. Baden-Baden: Nomos, 1997) e também a periodização proposta por Gabriel Nogueira Dias (DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010). Na primeira periodização, muito próxima daquela proposta por Stanley L. Paulson, Heidemann divide a obra de Hans Kelsen em cinco períodos de acordo com o que julga ser a base filosófica dominante: Fase Construtiva (1911-1915), Período de Transição (1915-1922), Fase Transcendental (1922-1935), Fase Realista (1935-1962) e Fase Analítico-Linguística (após 1962). Cf. PAULSON, Stanley L. Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen: com pós escrito inédito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. (Org.). **Hans Kelsen**: teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 3-37). Já Gabriel Nogueira Dias propõe a periodização da obra de Hans Kelsen em períodos que levem em consideração o desenvolvimento da Teoria Pura do Direito, a saber: Uma Teoria Geral do Direito Concebida de Início Apenas Estaticamente (1911-1913), Tempo de Rearmamento Teórico (1913-1920) e A Fase Clássica – A Teoria Pura do Direito (1920-1961), A Continuação Crítica da Teoria Pura do Direito (1962-1973). (DIAS, op. cit., p. 162-324).

<sup>11</sup> PAULSON, 2010, op. cit., p. 3-37.

<sup>12</sup> Id. Hans Kelsen's earliest legal theory: critical constructivism. In: \_\_\_\_\_.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms**: critical perspectives on kelsenian themes. Oxford University Press: New York, 1998. Disponível em: <<https://www.questia.com/read/99718072/normativity-and-norms-critical-perspectives-on-kelsenian>>. Acesso em: 5 ago. 2016. Não há tradução deste texto para língua portuguesa, desta forma o título do texto mencionado foi feito pelo autor em tradução nossa.

correntes de positivismo jurídico, sendo que a perspectiva de Hans Kelsen é diferenciarse das demais pela característica do normativismo, distanciando-se das visões positivistas que se explicam pelo princípio da causalidade, inovando e criando um caminho alternativo entre o jusnaturalismo metafísico e o positivismo causal. Ainda em relação a esta condição da primeira fase do desenvolvimento do pensamento de Hans Kelsen baseada no desenvolvimento do positivismo normativo observa Paulson<sup>13</sup>:

Estes desenvolvimentos – Os primeiros esforços de Kelsen contra a tese da causalidade e a sua introdução do conceito de normatividade – são partes da sua primeira fase, construtivismo crítico, que quase não recebeu atenção na literatura de língua inglesa sobre Kelsen no pós Segunda Guerra. A literatura especializada em inglês recepcionou, com razão suficiente, a Teoria Geral do Direito e do Estado, que veio a público em 1945, enquanto boa parte das recepções recentes tem como foco a última fase de Kelsen, a fase cética. Em outras línguas, também, há poucos trabalhos recentes, sobre a fase construtivista.

Paulson ainda comenta adiante que a fase clássica de Kelsen que leva em consideração o argumento neokantiano para construção da norma fundamental é difícil de compreender sem conhecer as raízes do pensamento que se encontram na fase construtivista: “[...] seus esforços durante a fase clássica [...] em particular o argumento neokantiano, do comportamento da tese normativa são difíceis de apreciar sem um senso geral do período construtivista.”<sup>14</sup>

Por estas razões mencionadas por Stanley L. Paulson é que a busca pela compreensão do conceito de validade jurídica na obra de Hans Kelsen parte do primeiro livro de Teoria Geral do Direito a sua tese de livre-docência apresentada à Universidade de Viena e publicada em 1911 *Problemas Capitais da Teoria Jurídica de Estado*<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> PAULSON, Stanley L. Hans Kelsen's earliest legal theory: critical constructivism. In: \_\_\_\_\_.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Ed.). **Normativity and Norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford University Press: New York, 1998. Disponível em: <<https://www.questia.com/read/99718072/normativity-and-norms-critical-perspectives-on-kelsenian>>. Acesso em: 5 ago. 2016. Tradução nossa do seguinte trecho *“These developments – Kelsen's early case against the facticity thesis and his introduction of the normativity thesis – are a part of his earliest phase, critical constructivism, which has received almost no attention at all in the post War-English-language literature on Kelsen. The early post-War reception focused, understandably enough, on the General Law and State, which appeared in 1945, while a good part of recent reception has focused on Kelsen's late, sceptical phase. In other languages, too, there is little recent work on Kelsen's earliest, constructivist phase.”*

<sup>14</sup> Ibid. - Tradução nossa do seguinte trecho: *“His efforts at the beginning of his middle, classical phase and, in particular, the factors that let him to adumbrate a neo-Kantian argument on behalf of the normativity thesis are hard to appreciate without some general sense of their roots in his early, constructivist phase.”*

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987.

É desta fase que vem o nome do primeiro Capítulo da dissertação, Período Construtivista, em que se analisa os aspectos relevantes da construção teórica de Kelsen no entorno da sua tese de livre-docência: a saber os problemas relacionados a ideia de um construtivismo normativo em oposição à tese corrente de causalidade, o próprio dualismo de *ser* e *dever ser* e a noção de imputação que vai permitir construir a noção jurídica de pessoa sem se deter em ficções, apenas criando um centro de imputação normativa que deve responder pelas obrigações e ser titular de direitos.

A noção de normatividade é essencial para o conceito de validade jurídica, já que a validade jurídica que se está buscando compreender depende essencialmente deste conceito. Muitas das críticas que são veiculadas à Kelsen não levam em consideração este aspecto normativo como respostas a uma rejeição à tese de causalidade que é ainda hoje muito questionável, a exemplificar essa necessidade da cultura jurídica de ressuscitar a tese da causalidade tem-se, entre outras, a tese da tridimensionalidade de Miguel Reale<sup>16</sup>:

O mesmo se deve dizer da Ciência do Direito, a qual não pode se propor apenas o estudo abstrato das normas, sem suas correlações com o mundo da experiência social e dos valores, embora seja necessário o estudo da norma jurídica *enquanto proposição lógica*, tal como é feito pela Lógica Jurídica formal, que é, porém, apenas uma das partes da Lógica Jurídica.

Com efeito, qualquer norma *jurídica*, privada de sua condicionalidade *fática* e do *sentido axiológico* que lhe é próprio, passaria a ser mera proposição normativa, reduzir-se-ia ao seu *suporte ideal*, que é, no fundo, o objeto próprio de um estudo de natureza lógica. À Ciência do Direito, ao contrário, não interessa só a forma, mas também e principalmente o conteúdo das normas, em sua *positividade*, como os parágrafos anteriores esclareceram, numa correlação essencial entre *vigência* e *eficácia* dos preceitos.

Abrir mão do aspecto da causalidade em nome de uma cientificidade gera uma preocupação existencial pelo produto que é possível daí advir. Não é simples escolha metodológica, tampouco ingenuidade. É consciência da limitação do objeto. Essa situação efetivamente deixa em relevo a opção pela ciência que foi feita por Hans Kelsen e é sem sombra de dúvidas fonte de variadas críticas. Mas o fato é que Kelsen faz esta escolha conscientemente, apesar de ser existencialmente angustiante. Essa percepção da angustia que a exclusão do aspecto causal impõe

---

<sup>16</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 612. (grifo do autor).

ao cientista do Direito não é palavra vazia e Stanley L. Paulson<sup>17</sup> reconhece quando comenta:

Isto, entretanto, revela-se ser uma coisa muito boa, pois, como ele comenta, a distinção entre *Ser* e *Dever Ser* implica na negação de qualquer possibilidade de conexão teórica entre causalidade e normatividade, entre a ação humana e a relação de 'imputação' legal. **A 'antinomia' que se seguiu, nos termos observados por Kelsen, é o preço que tem que ser pago pela 'pureza' da teoria do Direito.**

O preço a ser pago, conforme comentário de Stanley L. Paulson outra coisa não é do que a dureza que está subjacente a escolha de repudiar do ponto de vista teórico o aspecto da causalidade, tão romanticamente definido acima por Miguel Reale nos termos da sua teoria tridimensional, ou ainda em outros grandes autores, que de uma forma ou de outra não conseguem abrir mão desse aspecto. Acusar Kelsen de ignorar o aspecto da causalidade não é cientificamente honesto, justamente porque esta escolha é intencional.

Já no segundo Capítulo denominado de Período Clássico, conforme segmentação proposta por Stanley L. Paulson, houve a aglutinação dos textos relacionados sobretudo ao desenvolvimento da Teoria Pura do Direito que está associada fundamentação do sistema normativo por meio da criação da norma fundamental de fundo neokantiano bem como pela apresentação de um sistema jurídico dinâmico<sup>18</sup>, que cria as condições e regulamenta a própria criação legislativa, legitimado que está pelo procedimento<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> PAULSON, Stanley L. Hans Kelsen's earliest legal theory: critical constructivism. In: \_\_\_\_\_.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Ed.). **Normativity and Norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford University Press: New York, 1998. (grifo nosso). Disponível em: <<https://www.questia.com/read/99718072/normativity-and-norms-critical-perspectives-on-kelsenian>>. Acesso em: 5 ago. 2016. Tradução nossa do seguinte trecho: *"This, however, proves to be too much of a good thing, for, as himself argues, the Sein/Sollen distinction commits him to a denial of the very possibility of any theoretical connection between facticity and normativity, between human being and 'imputative' legal relation. The ensuing 'antinomy', as Kelsen terms it, is the price to be paid for a 'pure' theory of law."*

<sup>18</sup> A partir da teoria da estrutura escalonada de Adolf Julius Merkl, conforme salienta Paulson. PAULSON, Stanley L. Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen: com pós escrito inédito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. (Org.). **Hans Kelsen: teoria jurídica e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 21).

<sup>19</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição Côrte. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1980. p. 122. "Desde o Século XVIII foi se tornando vez mais evidente que se deve distinguir entre direito e moral. A distinção fundamentava-se e fundamenta-se, predominantemente, por referência a mecanismos especiais de sanção do Direito; contudo ela reflete, simultaneamente, a forma especial da origem do Direito e que consiste em que mesmo as expectativas para alcançar a validade do Direito tem de ser filtradas e legalizadas através dum processo de decisão."

O período clássico tem como partida a publicação da Teoria Pura do Direito em 1934<sup>20</sup>, pois é nesta obra que Hans Kelsen se preocupa com a fundamentação do sistema normativo construído ao longo da fase anterior. Inclusive Stanley L. Paulson comenta que Carsten Heidemann<sup>21</sup> denomina este período de Transcendental dada a força da influência neokantiana sobre a composição de Kelsen.

É de ressaltar a ligação do conceito de validade jurídica com a ulterior definição da norma fundamental. A norma fundamental como fundamento do sistema jurídico de fato descreve a condição própria da validade jurídica. É em suma o coração da teoria jurídica de Hans Kelsen e é partir daí que se vai buscar extrair as consequências que ensejam as ponderações que abrem a dissertação.

A terceira de última fase da construção de Hans Kelsen é assim apresentada por Stanley L. Paulson<sup>22</sup>:

Aí, Kelsen elimina, e faz isso enfaticamente, as fundamentações da Teoria Pura do Direito, o suporte kantiano ou neokantiano de sua teoria. Ele já não se encontra mais convencido de que um suporte desse tipo seja viável. O resultado é uma nova teoria, rica em detalhes sobre o caráter jurídico das normas, mas filosoficamente empobrecida. Em resumo, o caminho do meio – isto é, o caminho entre o tradicional positivismo baseado em fatos, de um lado, e a teoria do direito natural, de outro – que Kelsen buscou em seu período clássico, ou neokantiano, se rende, em sua última fase, a uma teoria das normas jurídicas.

Em base nessas considerações de Stanley L. Paulson é que se identifica a terceira fase a construção normativa de Kelsen com a publicação de Teoria Geral das Normas<sup>23</sup>, obra que é essencialmente diferente das demais, notadamente justo pelo aspecto filosoficamente empobrecido, ao passo que a riqueza nas definições normativas são levadas ao extremo.

---

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the reine rechtslehre or pure theory of law. Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. New York: Oxford University Press, 1992.

<sup>21</sup> PAULSON, Stanley L. Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen: com pós escrito inédito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. (Org.). **Hans Kelsen**: teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 5.

<sup>22</sup> Ibid., p. 28.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.

A opção de substituir o fundamento epistemológico da norma fundamental de base neokantiana do período Clássico para o da ficção jurídica necessária<sup>24</sup> torna o conceito de validade jurídica ainda mais contingente, mais específico. Esta condição torna as ponderações, sobretudo aquelas que dizem a respeito da impossibilidade de uma resposta do Judiciário que seja material, ou seja, que tenha conteúdo material, nada mais do que uma triste ilusão.

Já que o fundamento de validade de todo o ordenamento venha a ser uma mera ficção totalmente desconstituído de conteúdo, a única resposta que pode sair desta condição é uma resposta de conformidade à forma. E neste sentido é que são feitas considerações.

Em suma, a presente dissertação está dividida em três partes como foi sublinhado acima, de tal forma que segue a orientação pedagógica de Stanley L. Paulson por esta permite discutir a construção do conceito de validade jurídica na obra de Hans Kelsen enquanto se analisam os textos originais na medida do possível. Uma vez que a percepção da validade jurídica nos termos da teoria da norma proposta por Hans Kelsen seja compreendida tanto possível na sua totalidade, as ponderações poderão ser traçadas com fulcro neste entendimento.

## 1.2 O contexto do período construtivista

### 1.2.1 A influência do Direito Privado sob a influência do jusracionalismo

Construtivismo, assinala Stanley L. Paulson<sup>25</sup>, na tradição germânica significa formação. Este é o mote da *Dos Problemas Capitais da Teoria Jurídica de Estado* (1911) e de outros escritos do mesmo período. Esta noção de construtivismo

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 328. “A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas – como evidente do que precedeu – não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou ‘verdadeira’ ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória a si mesma.”

<sup>25</sup> PAULSON, Stanley L. Hans Kelsen’s earliest legal theory: critical constructivism. In: \_\_\_\_\_.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Ed.). **Normativity and Norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford University Press: New York, 1998. Disponível em: <<https://www.questia.com/read/99718072/normativity-and-norms-critical-perspectives-on-kelsenian>>. Acesso em: 5 ago. 2016. Tradução nossa do seguinte trecho: “*In German legal science, ‘construction’ stands for concept formation.*”

Kelsen herdou de seus predecessores da área de Direito Público alemão, Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband e Georg Jellinek<sup>26</sup>.

Existe toda uma tradição jurídica germânica herdada por Hans Kelsen que remonta sem dúvida até os trabalhos de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), maior representante da Escola Histórica do Direito Alemão. Existe uma etiologia do construtivismo em Kelsen que em realidade se evidencia como consequência da academia germânica de Direito.

A Escola Histórica de Direito aponta Franz Wieacker<sup>27</sup> é um acontecimento da academia germânica de reação aos movimentos revolucionários oriundos da França napoleônica, que espalharam pela Europa as orientações do Código Civil Napoleônico, que representa uma das primeiras faces de um racionalismo jurídico, porém ingênuo em relação às limitações da razão enquanto objeto de investigação.

Compete a Savigny propor, a partir da Escola Histórica, um revisionismo no sentido inserir no seio da tradição jurídica a possibilidade de se livrar das amarras da impossibilidade interpretativa imposta pelos códigos jusnaturalistas<sup>28</sup>. Dada a revolucionária implantação dos códigos de origem jusnaturalistas, ou seja, impostos de cima para baixo, desconsiderando as tradições locais, houve a partir do movimento de Restauração das monarquias europeias, após a queda de Napoleão, a ascensão da Escola Histórica.

A novidade deste movimento jurídico consiste na “[...] exploração da dimensão histórica do Direito.”<sup>29</sup> A Escola Histórica consiste em um movimento de

<sup>26</sup> PAULSON, Stanley L. Hans Kelsen's earliest legal theory: critical constructivism. In: \_\_\_\_\_.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Ed.). **Normativity and Norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford University Press: New York, 1998. Disponível em: <<https://www.questia.com/read/99718072/normativity-and-norms-critical-perspectives-on-kelsenian>>. Acesso em: 5 ago. 2016. “*The machanics of Kelsen's constructivism bear witness not only the work of Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband and Georg Jellinek, his nineteenth-century predecessors in the Staatsrechtslehre or the theory of public law in Germany, but also to their ancestry in earlier nineteenthcentury Pandectism, whose methode gerber transferred over to the public law.*”

<sup>27</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 430-454

<sup>28</sup> Ibid., p. 366 – “Os códigos jusracionais eram preparados para conter toda uma planificação, excluindo o jurista, de modo geral, de qualquer necessidade de interpretação, bastando aplicar, sobre esta tema WIEACKER explica “Distinguem-se de todas as anteriores redações de direitos logo pelo fato de que eles não fixam, ordenam ou melhoram (‘reformam’) direito já existente, nem pretendem completa-lo (como, por exemplo, as *Ordennances* francesas e as *Reformationen* alemãs do Século XVI); eles dirigem-se antes a uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora de matéria jurídica. O pressuposto interno mais geral deste empreendimento é constituído pela convicção, própria do Iluminismo, de que a atuação morigeradora e racional dos governantes ou da vontade comunitária geral criaria por si só uma sociedade melhor. [...]”

<sup>29</sup> Ibid., p. 403.

ciência jurídica e neste sentido é que surge o conceito construtivista primitivo, o *espírito do povo*<sup>30</sup>. O espírito do povo é um elemento de ciência jurídica, e a partir deste Conceito de espírito do povo que a Escola Histórica constrói a sua teorização.

Karl Larenz<sup>31</sup> define em linhas gerais a teoria jurídica construída por Savigny e desdobra e evidencia o que se quer traduzir sob o argumento construtivista:

Esta concepção sofre uma profunda alteração no momento em que Savigny passou a considerar como fonte originária do Direito já não a lei, mas a comum convicção jurídica do povo, o 'espírito do povo' – [...] A única forma em que uma tal convicção logra constituir-se não é, manifestamente, a de uma dedução lógica, mas a de um sentimento de intuição imediatos. [...] Estas relações da vida (como, por exemplo, o matrimônio, a *patria postestas*, a propriedade imobiliária, e a compra e venda), na medida em que pensam e organizam como uma ordem juridicamente vinculante, constituem os '*institutos jurídicos*' – que assim se convertem para Savigny na origem e no fundamento de toda a evolução do Direito. Coerentemente arranca Savigny do *Sistema* também do conceito de instituto jurídico, que ostenta, como ele diz, uma '*natureza orgânica*'.

É perceptível na exposição de Karl Larenz o que é efetivamente a noção de construtivismo na teoria germânica, esta construção nasce da análise do direito privado, como se observa. A noção de espírito do povo como fundamento último de validade e a construção científica buscando a construção dos institutos jurídicos forjados da história do povo. Estes institutos ainda considerados de um ponto de vista orgânico, ou seja, unidos intrinsecamente de alguma maneira, tornando-se unidade, antevendo a noção de sistema.

Larenz observa que a noção de sistema em Direito é resultado pela busca de um fundamento último capaz de unificar toda a teorização, argumento que indubitavelmente repousa no Direito Natural, daí porque o grande contributo do jusnaturalismo para ciência jurídica, na visão daquele autor<sup>32</sup> é a noção de sistema:

<sup>30</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 428. "Tudo isso ponderado, a herança jusracionalista da Escola Histórica não representa o resíduo indomável de uma época passada, mas a espinha dorsal da renovação por ela empreendida: a organização metodológica dos conteúdos jurídicos da tradição no sentido de uma ciência jurídica autônoma e crítica."

<sup>31</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 13. (grifo do autor).

<sup>32</sup> Ibid., p. 23.

O 'sistema' significa aqui, portanto, muito mais do que mera clareza e facilidade do domínio de uma certa matéria; significa a única maneira possível porque o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade: o critério da 'racionalidade' intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade.

É com o trabalho de Georg Friedrich Puchta que a Escola Histórica dá lugar à Jurisprudência dos Conceitos como nova escola de ciência jurídica, na linha do desenvolvimento de um construtivismo científico jurídico próprio da academia alemã. A contribuição de Pucht, anota Larenz<sup>33</sup>, esta em buscar a construção de um sistema hierarquicamente organizado em forma de pirâmide de conceitos. Evoluindo ao que se denomina de Jurisprudência dos Conceitos:

As proposições jurídicas singulares que constituem o Direito de um povo [...] encontram-se, umas em relações às outras, num nexó orgânico que se esclarece, antes de tudo, através da sua decorrência do espírito do povo, na medida em que a unidade desta fonte se estende a tudo aquilo que por ela foi produzido.

As proposições jurídicas assim, uma vez estabelecidas, mantem entre si um nexó lógico racional<sup>34</sup>:

É missão agora da ciência reconhecer as proposições jurídicas no seu nexó sistemático, como sendo entre si condicionantes e derivantes, a fim de poder seguir-se a sua genealogia desde cada uma delas até o princípio comum e, do mesmo modo, descer do princípio até ao mais baixo dos escalões.

Para Puchta, assim, a genealogia dos conceitos é a capacidade de operar com proposições jurídicas por meio de nexos lógicos de uma parte a outra da pirâmide de conceitos. É até possível entender que o movimento iniciado com Pucht leve a teorização jurídica ao formalismo da lógica e à alienação do jurista da realidade, como observa Karl Larenz<sup>35</sup>, o formalismo, operando pelo contrário vai dar lugar ao surgimento da escola positivista que vai buscar na realidade o fundamento

---

<sup>33</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 23.

<sup>34</sup> Ibid., p. 24.

<sup>35</sup> Ibid., p. 29 - "[...] o processo lógico-dedutivo da 'Jurisprudência dos Conceitos', preparando o terreno ao 'formalismo' jurídico que viria a prevalecer durante mais de um século [...] Formalismo que, como acentua Wieacker, constituiu a 'definitiva alienação da ciência jurídica e face da realidade social, política e moral do Direito'."

de validade das normas, abrindo espaço para o nascimento das diversas correntes de positivismo jurídico.

A partir deste ponto da teorização jurídica temos o desenvolvimento das primeiras escolas juspositivistas, ou seja, o abandono ao jusracionalismo e a introdução de novas premissas, calcadas desta forma não mais nos padrões da racionalidade última, mas nas noções de causalidade, diversas são as teorizações neste sentido<sup>36</sup>, mas a título de ilustração será adotado o movimento proposto por Rudolph von Jhering.

Em que pese a teorização de Rudolph von Jhering ser dividida em duas partes, uma ligada à depuração da Jurisprudência dos Conceitos<sup>37</sup> e outra ao desenvolvimento da Jurisprudência dos Interesses, é nesta última que ocorre um desenvolvimento teórico que representa um caminhar em direção ao construtivismo que vai levar a Kelsen.

Larenz<sup>38</sup> reduz a proposição da jurisprudência dos Interesses conforme expressa o resumo do pensamento de Jhering:

E daí que Jhering conclua que ‘todas as proposições jurídicas tem por fim a segurança das condições de existência da sociedade’ e que a ‘sociedade é o sujeito do fim de todas as proposições jurídicas’. [...] a par da qualidade formal de ser uma norma coercitiva posta pelo Estado, Jhering atribui para cada norma jurídica uma relação de conteúdo com um fim determinado, benéfico para a sociedade, e por causa do qual a norma existe. [...] o Direito é para ele a norma coercitiva do Estado posta ao serviço de um fim social.

A viragem de Jhering em direção à Jurisprudência dos Interesses, abrindo caminho para a busca de uma finalidade no Direito como fundamento de validade jurídica da existência normativa não é outra coisa do que um dos postulados mais bem analisados de Hans Kelsen. A noção de sistema que Jhering lega aos seus discípulos atinge Kelsen. A visão de uma teoria sistêmica, ora repleta de conteúdo,

---

<sup>36</sup> “O positivismo científico do Século XIX deve distinguir-se de outras espécies de positivismo: a um lado, do positivismo *legalista* – a concepção, continuamente combatida, mas apesar de tudo dominante na prática jurídica, de que todo direito é criado pelo legislador estadual e consiste nos seus comandos; a um outro, do positivismo científico em geral, elevado nos meados do Século por Comte a uma filosofia geral, ou mesmo a uma religião, positivismo de limita as possibilidades de explicações do mundo á observação e organização científica – e mesmo este apenas no seu [ultimo estágio – só tem de comum com os outros dois a recusa de uma fundamentação metafísica do direito e o reconhecimento da autonomia absoluta da ciência especializada.” WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 493. (grifo do autor).

<sup>37</sup> Ibid., p. 29-33.

<sup>38</sup> Ibid., p. 60-61.

preenchida pela razão jusracionalista que a tudo preenche e depende apenas de raciocínio lógico dedutivo, posteriormente se torna um positivismo finalista, que vai buscar a fundamentação da validade jurídica já na finalidade útil da norma positiva. Este é o ambiente intelectual do Direito privado. Porém são fontes mediatas da tradição construtivista de Kelsen, compete aos mestres de Direito Público transpor essa teorização do Direito Privado, e neste particular é que a tese de livre-docência ganha relevo, como uma das obras que vai enriquecer o debate de Direito Público após a incorporação do legado privatista pela teoria de Direito Público.

### *1.2.2 A incorporação do construtivismo pelo Direito Público*

Hans Kelsen é legatário de uma teoria de direito público que se inicia com Karl Friedrich Gerber (1823-1891), passa por Paul Laband (1838-1918) e finaliza com Georg Jellinek (1851-1911), formando uma quadra de notáveis publicistas de Heidelberg, como observa Stanley L. Paulson<sup>39</sup>.

Além de uma estreita comunhão entre o desenvolvimento teórico destes quatro autores existe um pano de fundo que obriga ao desenvolvimento da própria teoria de Direito Público neste período, que é a unificação da própria Alemanha, não que Kelsen tenha pessoalmente laborado para esta realização, mas de alguma forma os dois primeiros membros da notável quadra de Heidelberg sim contribuíram para a unificação e sistematização do Direito Público alemão em meio à unificação promovida por meio das três guerras de unificação promovidas pelo Ministro Otto von Bismarck (1815-1898): Guerra dos Ducados da Prússia contra Dinamarca (1864), Guerra da Prússia contra Áustria (1866) e, por fim, a Guerra Franco-Prussiana (1871) que culminou com a criação do Estado Alemão na Sala dos Espelhos de Versalhes.

---

<sup>39</sup> PAULSON, Stanley L. Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism. In: \_\_\_\_\_.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Ed.). **Normativity and Norms**: critical perspectives on kelsenian themes. Oxford University Press: New York, 1998. Disponível em: <<https://www.questia.com/read/99718072/normativity-and-norms-critical-perspectives-on-kelsenian>>. Acesso em: 5 ago. 2016. "Kelsen is properly considered, for some purposes, the fourth and the last figure in Gerber-Laband-Jellinek School."

No que concerne ao desenvolvimento da teoria de Direito Público de nota a responsabilidade de Gerber por introduzir a sistemática das *pandectas*<sup>4041</sup> nesta seara do Direito, conforme explica Mario Losano<sup>42</sup>: “Com Gerber, a rigorosa metodologia construtivista passa do direito privado ao direito público.”

O ambiente de produção intelectual de Gerber era o mais diversificado possível, não havia uma nação, as vários estados em que havia para cada um o seu próprio direito público, enquanto que no âmbito do direito privado, ao lado das legislações locais havia o unificar comum que era o Direito Romano, ou a *pandectas*, com seu forte apelo sistemático, daí porque a Jurisprudência dos Conceitos de Puchta vai de encontro ao desenvolvimento de conceitos capazes de unificar o direito privado, buscando uma lógica sistemática e dedutiva a partir de um princípio comum o que é no caso do direito privado a vontade individual.

Já no âmbito do direito público não existe uma força sistemática unificadora, daí porque cabe a Gerber promover a introdução das *pandectas* no âmbito do direito público. “Para construir de modo novo o direito público, Gerber não se separa do direito privado, mas recebe sua técnica construtiva, aplicando-a de modo apropriado ao direito público alemão para construí-lo em sistema.”<sup>43</sup>

<sup>40</sup> “Nesse período, pela ausência do gênio criativo, sentiu-se a necessidade da fixação definitiva das regras de vigentes, por meio de uma codificação que os romanos em princípio desprezavam. [...] Foi Justiniano (527 a 565 d.C) quem empreendeu a grandiosa obra legislativa, mandando colecionar oficialmente as regras de direito em vigor na época. [...] A comissão conseguiu no prazo surpreendente de três anos confeccionar o Digesto (ou Pandectas), composto de 50 livros, no qual foram recolhidos trechos escolhidos de 2.000 livros (com três milhões de linhas) de jurisconsultos clássicos.” MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 9. (grifo nosso). Desta forma a pandectística mencionada como produção de Puchta e Jhering se refere à tentativa destes privatistas de promover uma sistematização do direito civil alemão a partir da tradição romanística representada pelo estudo das *pandectas* ou do *codex* de Justiniano.

<sup>41</sup> “Apesar da aparência externa do seu programa e apesar de muitas contribuições individuais de natureza histórico-jurídica, a Escola Histórica do Direito aplicou a maior parte do seu vigor espiritual à construção de uma civilística *sistemática*; ela tornou-se - de acordo com o título dos seus manuais mais característicos – numa ‘pandectística’ ou ‘ciência das pandectas’. Prosseguiu, assim, a orientação formalista, aberta por Anselm Feuerbach e pela teoria metodológica de Savigny, e que transportou para a matéria do direito comum a construção sistemática e conceitual do anterior jusracionalismo. A justificação programática para esta missão deu-a Puchta quando (na sequência de Savigny) atribuiu à ‘cientificidade’ da ciência jurídica a atualidade e ao jurista por ela formado um monopólio da aplicação e desenvolvimento do direito. Para Puchta, era também correto deduzir novas normas a partir do ‘desenvolvimento’ dos conceitos lógicos e legitimar assim o processo ‘de construção do direito’ da jurisprudência construtiva. Seguidamente, sobretudo Jhering, Gerber e Laband prosseguiram na elaboração do método construtivo da pandectística e transportaram-no para outras disciplinas, sobretudo para o direito público.” WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 491-493. (grifo nosso).

<sup>42</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Carlos Aberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 385. (das origens à escola histórica, v. 1).

<sup>43</sup> Ibid., p. 386.

O sistema é construído a partir do instrumento da abstração<sup>44</sup>:

No estudo do direito alemão, ao contrário, 'a abstração de cada instituto existente é o escopo principal e último, em relação ao qual adquire um certo significado não cada fenômeno jurídico como tal, mas apenas sua totalidade em sua inteireza' [...] 'A coerência de um sistema a ser configurado segundo o conteúdo do direito exige o mais severo exame da natureza jurídica de cada instituto e do seu nexos com a ideia global, que gradualmente leva até o vértice da construção.

Mario Losano<sup>45</sup> ainda explica o que Gerber entende por sistema e qual a sua contribuição para a formação do construtivismo de sua teorização:

A estrutura piramidal descrita por Gerber coincide com a ilustrada por Jhering no *Espírito do Direito Romano*. A contribuição de Gerber se percebe, porém, em dois elementos: por um lado, a concretude da tarefa (a definição de Gerber fala de um sistema de Direitos, e não do Direito, **fala de um sistema que parece nascer do interior dos direitos**, e não de um sistema que gera conceitos); por outro lado, a **depuração do direito de qualquer elemento estranho a ele**. [...] 'Porém, tão logo esses motivos cumprem sua tarefa de forças criadoras do direito, retiram-se do âmbito das considerações jurídicas. **Estas últimas devem se ocupar apenas em compreender os institutos e as normas assim criadas não com base em sua relação causal, com cada caso da vida, mas com base em sua posição no sistema dos direitos, cuja ideia-guia se encontra, exclusivamente, confrontando as diretrizes principais da vontade**. [...] A reorganização do material é, para Gerber, o 'aspecto externo' da atividade sistemática, e o aspecto interno [...] é constituído pela identificação de um princípio unificador de todas as normas. [...] O direito público de Gerber repropõe a mesma noção de sistema já aplicada ao direito privado alemão: muda apenas o princípio científico a que é reconduzido todo o sistema publicista. [...] **e entra em seu lugar a vontade geral**.<sup>46</sup>

Assim as contribuições de Gerber ao construtivismo passam para adoção do método das *pandectas* ao direito público com paralelo ao direito privado de origem em Puchta e Jhering, sendo que a noção de sistema hermético está garantida por meio de um princípio unificador, que é para Gerber a vontade geral do Estado.

À vista da construção legada por Gerber, tem-se a sucessiva produção teórico de Paul Laband, se o primeiro foi responsável por introduzir no direito público

<sup>44</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Carlos Aberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 389. (das origens à escola histórica, v. 1).

<sup>45</sup> Ibid., p. 390-400.

<sup>46</sup> Ibid., (grifo nosso) - A simples menção destes princípios básicos de Gerber já dão mostras claras de como essa teorização impactou na produção de Hans Kelsen: sistema unificado por um único princípio e depurado de elementos estranhos a ele.

a sistemática das *pandectas*, o segundo buscou compreender os conceitos envolvidos no direito público, o que gerou, segundo Stanley L. Paulson<sup>47</sup>, a possibilidade de afirmar que Laband é responsável por iniciar um Jurisprudência dos Conceitos na versão publicista:

Dogmática não é a única dimensão mas é certamente uma das dimensões da ciência jurídica. A tarefa da ciência dogmática de um certo corpo de leis positivas está na construção de institutos legais (*Rechtsinstitute*), em traçar uma norma individual em relação a um conceito mais geral, e de outro modo, de derivar destes conceitos gerais as consequências que se seguem. Exceto em pesquisas de predominância de normas positivas, isto é, de conhecimento profundo do material normativo, a tarefa da dogmática é puramente lógica e de atividade intelectual. Para cumprir a sua tarefa, não há outro meio que não a lógica, nada pode substituir a lógica até o fim. Valiosas considerações históricas, políticas, filosóficas podem ainda sim ser insignificantes diante do material dogmático, servindo apenas para encobrir o valioso trabalho construtivista.<sup>48</sup>

Combinando desde já as construções teóricas de Gerber e Laband temos uma busca por uma cientificidade que se confunde com a ideia de sistema organizado a partir de um princípio de lógica, que permite abstrair conceitos, e que possibilita operar com tais conceitos de maneira genérica.

Daí porque alguns autores acusam o próprio Kelsen de ser um “labandista” no sentido de promover novas versões da jurisprudência dos conceitos em meio ao direito público. Em carta dirigida a Renato Treves<sup>49</sup> Kelsen explica ao seu tradutor na Itália qual a natureza de oposição da sua Teoria em relação aos postulados de

<sup>47</sup> “His well-known lines in the Foreword to his great treatise, *Public Law of German Reich*, count as an unqualified endorsement of Begriffsjurisprudenz or the ‘jurisprudence of concepts’.” PAULSON, Stanley L. The theory of public law in Germany 1914-1945. *Oxford Journal of Legal Studies*. vol. 25 (3), 2005, pp. 525-545. Disponível em: <[https://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/the-theory-of-public-law-in-germany-1914-1945-mBLx065TVg?impressionId=57a69279d92fb&i\\_medium=mydeepdyve&i\\_campaign=archive&i\\_source=archive](https://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/the-theory-of-public-law-in-germany-1914-1945-mBLx065TVg?impressionId=57a69279d92fb&i_medium=mydeepdyve&i_campaign=archive&i_source=archive)>. Acesso em: 7 ago. 2016.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> “ad 1) A afirmação segundo a qual a teoria Pura do Direito não seria anda mais que ‘labandismo’ é sem sentido. Se é provavelmente verdade que Laband tentou separar o direito positivo da política, também é verdade que ele não conseguiu. A doutrina de Estado de Laband é na realidade uma ideologia do princípio monárquico que ele estudou de uma maneira completamente inadmissível e em oposição ao direito positivo. Frente às aspirações conhecidas de Laband de distinguir entre a doutrina de Direito positivo do Estado de uma parte e a política de outra, **a Teoria Pura se inscreve certamente no prolongamento de uma tradição que, na Alemanha, começa com Gerber.** A diferença fundamental entre a Teoria Pura do Direito e a doutrina de Laband reside no fato de que esta não enunciou os princípios de um teoria jurídica, mas se dirigiu a uma interpretação da Constituição.” KELSEN, Hans. Carta a Renato Treves. Tradução Leonel Severo Rocha. **Contradogmáticas**: Revista Internacional de Filosofia e de Sociologia do Direito, São Paulo, n. 9, p. 70-72, 1991. (grifo nosso).

Laband – que repousa essencialmente no fato de que Laband não obteve êxito em separar a ciência jurídica da política.

Tampouco obteve êxito nesta separação entre ciência jurídica e política Georg Jellinek que acreditava que o seu objeto de estudo poderia ser observado de dois primas distintos, o político e o jurídico, assevera Stanley L. Paulson<sup>50</sup>:

A mesma linguagem reaparece em Kelsen, mas com diferenças. Gerber, Jellinek, e outros, preocupados em prover a purificação do método, estão ao mesmo tempo estão perfeitamente contentes com a ideia de que um mesmo objeto pode ser estudado por diferentes métodos. De fato, isto se torna um princípio central da teoria de dois lados de Jellinek, em que de um lado há investigação jurídica científica, e de outro uma investigação sociológica. Kelsen, como seus predecessores, está comprometido com a pureza do método mas, diferentemente dos demais, não se compromete com a ideia de que duas ciências podem compartilhar um mesmo objeto. E as suas críticas ao labandismo são intensas.

Desta forma está delineada a contribuição dos publicistas ao modelo construtivista de teoria jurídica de Hans Kelsen na primeira fase, sendo que Laband e Jellinek não conseguem encontrar uma forma de purificar o método jurídico.

### 1.2.3 O dualismo metodológico do neokantismo de Baden

O título desta seção apresenta o resultado da aplicação de uma corrente filosófica – que foi o neokantismo da Escola da Baden ou de Heidelberg – sobre a obra de Hans Kelsen, mas para entender como se produziu tal situação é necessário antes averiguar em que consistiu o neokantismo. Outra informação que deve ser considerada já na partida deste assunto é que o neokantismo enquanto movimento

---

<sup>50</sup> PAULSON, Stanley L. The theory of public law in Germany 1914-1945. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 25, n. 3, p. 525-545, 2005. Disponível em: <[https://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/the-theory-of-public-law-in-germany-1914-1945-mBLx065TVg?impressionId=57a69279d92fb&i\\_medium=mydeepdyve&i\\_campaign=archive&i\\_source=archive](https://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/the-theory-of-public-law-in-germany-1914-1945-mBLx065TVg?impressionId=57a69279d92fb&i_medium=mydeepdyve&i_campaign=archive&i_source=archive)>. Acesso em: 7 ago. 2016. Tradução nossa do seguinte trecho: “*The same language reappears in Kelsen, but with difference. Gerber, Jellinek and others, concerned with promoting the purity of method, are at the same time perfectly content with the idea that the same object may well be the focus or subject-matter of different methods. Indeed, juridically or legally, the other sociologically. Kelsen, like his predecessors, is committed to the purity of method but, unlike them, he has no truck with the idea that one of the same object might be focus or subject-matter of different methods. And his critique of Jellinek’s ‘two-side’ theory of law is scathing. A substratum holding the two sides together, Kelsen argues, is required by Jellinek’s theory, but not explication of the notion is possible within the confines of the theory.*”

filosófico se dividiu em duas escolas Baden e Marburgo, sendo que ambas influenciaram a produção de Hans Kelsen, cada uma a sua maneira.

No primeiro momento as atenções se voltam para a Escola de Heidelberg: para Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert e Emil Lask, para compreender como as reflexões destes filósofos contribuíram para produzir em Kelsen o dualismo básico e intransponível entre *ser* e *dever ser* como formas autônomas e distintas de conhecimento, o que já aparece na tese de livre-docência e justifica a inserção desta seção neste primeiro Capítulo.

No segundo Capítulo, em um segundo momento, as atenções se voltam para Marburgo, e para a fundamentação do sistema normativo kelseniano, para a reflexão a respeito da criação de um objeto próprio de investigação por meio de metodologia própria. As reflexões de Marburgo vão influenciar a criação da norma fundamental por meio da aplicação do método normativo, criação *sui generis* de Kelsen. Esta é inclusive a característica distintiva do período Clássico, a criação de um método que elimina o sincretismo jurídico-metodológico, a norma fundamental como fundamento do sistema jurídico e a *pureza* como resultado de uma ciência jurídica.

O neokantismo é um movimento amplo da filosofia de fins do Século XIX e início do Século XX que se desenvolve de diferentes maneiras e pela pena de variados autores, são dois os principais problemas: a exacerbação do Idealismo Alemão que representa o ápice do desenvolvimento da filosofia de Hegel e a crítica ao positivismo científico que busca reduzir todo o método científico ao princípio da causalidade. José Resende Júnior<sup>51</sup> descreve o ambiente filosófico em que se desenvolveu a filosofia neokantiana:

Por um lado, a filosofia encontra-se fragilizada pela herança especulativa do idealismo alemão e pelo romantismo historicista, de tal modo que se mostrava incompatível com todas as descobertas e avanços científicos. Por outro lado, se consolidava dentro das universidades uma ideologia fundada num positivismo cientificista, que permitia às próprias ciências particulares elaborarem suas “teorias da ciência” de modo independente da filosofia.

É neste ambiente que os cursos superiores vão se formando, com base na causalidade, levando ao desenvolvimento científico por meio da aplicação dos

---

<sup>51</sup> RESENDE JÚNIOR, José. A crítica metodológica das ciências de Wilhelm Windelband. **Problemata**: Revista Internacional de Filosofia, João Pessoa, v. 6, n. 2, p. 381-404, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problemata/article/view/25096/14021>>. Acesso em: 9 ago. 2016.

postulados do positivismo científico, ao passo que as ciências humanas estão longe de um entendimento eficaz diante do romantismo e do idealismo alemão que inviabilizam qualquer objetividade científica nesta área<sup>52</sup>.

A volta a Kant significa neste sentido uma tentativa de objetivação das ciências humanas diante do paradoxo que se estabeleceu na universidade diante do qual as ciências do espírito estavam praticamente isoladas das ciências em razão do idealismo alemão, enquanto que os princípios da causalidade que moldavam as ciências positivistas não tinham como ser transportado para as ciências humanas. Mais ainda, a própria crença na capacidade do positivismo científico estava em crise, daí porque a necessidade de investigar as categorias do conhecimento a partir de uma perspectiva kantiana, ou melhor, neokantiana. Existe até uma semelhança entre o Idealismo Alemão e o Positivismo Científico, a crença na capacidade absoluta da razão de resolver problemas. Essa crítica da razão é o tema do neokantismo.

A fulcral distinção entre *ser* e *dever ser* como boa parte de toda a pesquisa científica, até mesmo das sérias, repousa em um bom e roto argumento de autoridade: Immanuel Kant na sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*<sup>53</sup>:

Por isso a liberdade é apenas uma *ideia* da razão cuja realidade objetiva é em si duvidosa; a natureza, porém, é um *conceito do entendimento* que demonstra, e tem necessariamente de demonstrar, a sua realidade por exemplos da experiência. [...] Para que um ser, ao mesmo tempo racional e afetado pelos sentidos, queira aquilo que só a razão lhe prescreve como dever, é preciso sem dúvida que só a razão lhe prescreve como dever, é preciso sem dúvida uma faculdade da razão que *inspire* um *sentimento de prazer* ou de satisfação no cumprimento do dever, e, por conseguinte, que haja uma causalidade da razão que termine a sensibilidade conforme aos seus princípios. Mas é totalmente impossível compreender, isto é tornar concebível *a priori*, como é que um simples pensamento, que

<sup>52</sup> RESENDE JÚNIOR, José. A crítica metodológica das ciências de Wilhelm Windelband. **Problemata**: Revista Internacional de Filosofia, João Pessoa, v. 6, n. 2, p. 383, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problemata/article/view/25096/14021>>. Acesso em: 9 ago. 2016. "A universidade se torna a partir de então a casa das ciências, o que coloca a filosofia acadêmica contra a parede: se a universidade é o lugar das ciências e toda ciência tem um campo próprio de estudo, do que trata a filosofia? Tem ela um objeto de pesquisa próprio? Qual é a sua função dentro da universidade e na esfera do conhecimento? Em boa medida, foi procurando responder a estas perguntas que se desenvolveram as escolas neokantianas. Visando estabelecer um diálogo produtivo com as ciências, os primeiros pensadores neokantianos buscavam na filosofia crítica de Kant um porto seguro que os permitisse escapar dos exageros especulativos do idealismo alemão e, ao mesmo tempo, fornecer reflexões sobre problemas científicos, dos quais o positivismo cientificista não dava conta, redundando sempre em alguma forma de ceticismo ou de metafísica."

<sup>53</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Ed. 70, 2007. p. 106, 113. (grifo do autor).

não contém em si nada de sensível, pode produzir uma sensação de prazer ou de dor; pois isto é uma espécie particular de causalidade, da qual, com toda a causalidade, absolutamente nada podemos determinar *a priori*, mas a respeito da qual temos de consultar só a experiência.

É evidente desta passagem da Fundamentação da Metafísica dos Costumes que Kant discorre de forma muito firme entre o que denomina de razão e experiência. As ideias ligadas à razão, às categorias do entendimento estão para Kelsen como o *dever ser*, enquanto que a experiência de Kant está para Kelsen como o *ser*. Kant aborda cada um dos núcleos em bases específicas, busca compreender a causalidade de cada uma das esferas enquanto condicionadas pela sua natureza. Causalidade aí está em analogia a uma ideia de lei, de causa e efeito. Portanto uma causalidade no âmbito da razão seria a forma de ligação entre os atos antecedentes e os consequentes. Essa forma de tratar e distinguir se aproxima em tudo da visão de Kelsen sobre a separação do *ser* e *dever ser* e da ideia de imputação princípio básico da normatividade, em oposição à causalidade naturalística do *ser*.

E é justamente com base nessa distinção entre *ser* e *dever ser* como ordens distintas de investigação que Paulson<sup>54</sup> descreve a relação de Kelsen com a Escola da Baden:

O 'insuperável abismo' entre o mundo da causalidade e o da normatividade decorre exatamente da oposição entre Ser e Dever-Ser, o que são, desta forma, 'últimas e definitivas categorias'. Usados fundamentalmente para a explicação de tudo, porém estes conceitos já não podem ser explicados. Da mesma forma que ninguém pode descrever o que 'É'... da mesma forma, não há definição do que 'Deve-Ser'. O dualismo metodológico representa mais para Kelsen, mais do que a simples 'ser/dever-ser' ou Sein/Sollen distinção utilizada como defesa contra as ilegítimas fusões praticadas nos diferentes métodos de cognição. Além do que, para Kelsen, Sein e

<sup>54</sup> PAULSON, Stanley L. Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism. In: \_\_\_\_\_.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (Ed.). **Normativity and Norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford University Press: New York, 1998. Disponível em: <<https://www.questia.com/read/99718072/normativity-and-norms-critical-perspectives-on-kelsenian>>. Acesso em: 5 ago. 2016. "*The 'insuperable abyss' between the world of facticity and that of normativity follows straightaway from the opposition of Sein and Sollen, which are, for their part, 'ultimate categories'. Fundamental to the explication of everything else, they cannot themselves be explicated. '[J]ust as one cannot describe what [. . .]. Sein is, so likewise, there is no definition of Sollen. 'Methodological dualism represents more for Kelsen, however, than simply the 'is/'ought' or Sein/Sollen distinction employed by others as a defence against the illegitimate fusion of different methods of cognition. Rather, for Kelsen, Sein and Sollen also mark two completely independent spheres that are epistemologically unbridgeable--the external, physical world and a normative or ideal sphere.*" (tradução nossa).

Sollen também significa duas esferas completamente diferentes que são epistemologicamente impenetráveis – a externa, do mundo físico e a normativa, da esfera do ideal.

Desta forma o contexto do ambiente em que Kelsen produziu sua tese de livre-docência está de alguma forma delineada. E é possível partir para uma análise da sua teoria normativa efetivamente exposta a fim de buscar delinear os conceitos necessários para compreender o seu conceito de validade jurídica.

### 1.3 O conceito de validade jurídica nos “Problemas Capitais da Teoria Jurídica de Estado”<sup>55</sup>

A tese de livre-docência, ou Problemas Capitais da Teoria Jurídica de Estado é um texto difícil. Isto porque representa uma etapa para ascensão ao cargo de docente na Universidade de Viena. Esta característica se percebe ao longo de todo o livro. De maneira geral a postura acadêmica é levada com seriedade, pois na construção de cada argumento são gastas páginas e mais páginas a fim de iniciar a discussão, verificar o estado da discussão nos autores que trataram do tema, invariavelmente Kelsen elege um defensor de uma corrente para expor trechos do seu raciocínio com o escopo de ao final contradizer a teorização precedente expondo definitivamente o seu pensamento.

#### 1.3.1 *Lei natural, lei moral, norma jurídica*

A tese de livre-docência inicial expondo o conceito de norma jurídica, distinguindo-o de conceitos análogos, tais como lei natural e lei moral.

A palavra lei é polissêmica, possuindo um conteúdo diferente quando se trata de lei moral, lei natural ou lei jurídica. Ainda sobre a nomenclatura utilizada, existe a distinção de lei e norma. Kelsen emprega a palavra lei para se referir a lei natural, que expressa uma realidade existente, lei como sendo a descrição de um fenômeno que necessariamente acontece. Já o conceito de norma está, para Kelsen, relacionado ao *dever ser*; sendo assim, a norma não descreve um fenômeno que de fato se realiza, mas descreve um juízo de *dever ser*. Descreve um juízo

---

<sup>55</sup> KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987.

meramente *normativo*. Exemplos são as normas jurídicas, normas da lógica, da gramática.

De toda forma a ideia<sup>56</sup> de explicar os fenômenos da natureza por meio de uma *lei* guardava relação com a crença de que uma autoridade superior inspirava uma racionalidade. Essa analogia foi tirada do conceito mais antigo de lei, construído para a teoria política, onde havia sempre um soberano que ordenava a vida humana. A alteração do paradigma de ciência natural, com o abandono da crença de uma razão universal também influenciou o conceito de lei jurídica, que neste ponto se distingue pelo critério de causalidade. A lei natural se explica com base nesse critério, e a norma jurídica já não está presa a este princípio, mas sim a ideia de *dever ser*.

Kelsen menciona, assim, dois pontos de vistas distintos. Um a que chama de explicativo, que tem por finalidade observar e explicar fatos da natureza com a ambição de compreender o que é, e outro ponto de vista é o que prescreve uma conduta, já não se trata de saber o que é, mas sim o que *deve ser*. Este sendo o ponto de vista normativo.

Essa preocupação se dá para distinguir dois universos de acontecimentos, um que se preocupa em explicar o que é, e outro que tem por objetivo descrever o que *deve ser*. A lei da causalidade como chave para leitura das leis, já a ideia de imputação como a chave de leitura para fenômenos normativos.

Kelsen menciona<sup>57</sup> que a jurisprudência ou “ciência do direito” é uma ciência normativa, essa observação é muito importante pois consiste numa definição de jurisprudência como ciência que tem por missão extrair de normas o que deve acontecer, emprestando conteúdo mais preciso às normas. Mas não de um ponto de vista descritivo, e sim normativo.

A partir destas observações temos a cisão entre o *ser* e *dever ser*. Ainda Kelsen explicita<sup>58</sup> que o *dever ser* consiste em uma categoria lógico-formal independente de o *ser*, de vontade ou de qualquer outra acepção, possuindo um conteúdo objetivo específico para o universo jurídico.

---

<sup>56</sup> KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987. p. 4-5.

<sup>57</sup> Ibid., p. 6.

<sup>58</sup> Ibid., p. 10.

Ao tratar um dos conceitos de norma, Kelsen comenta no conceito de validade jurídica “Com efeito, não é por surtir efeitos que a norma vale, sua validade não consiste em eficácia ou na sua efetiva observância, não consiste em um *ser*, mas em um *dever ser*. A norma vale enquanto *deve ser* acatada.”<sup>59</sup> Decorre desse primeiro conceito de validade jurídica que a norma vale independentemente de possuir eficácia, sua validade consiste em uma obrigação de obediência.

A distinção entre *ser* e *dever ser* é o cerne da teoria de Kelsen, desde o princípio, pois esses dois núcleos implicam pontos de vistas distintos que condicionam todo o método de análise, no que concerne ao método da jurisprudência o método normativo calcado no *dever ser*. Novamente, Kelsen se utiliza do termo jurisprudência como sinônimo de ciência jurídica.<sup>60</sup>

Neste Capítulo III da tese de livre-docência, Kelsen se preocupa com a perspectiva finalística teleológica quando integrada no método da jurisprudência, ciência jurídica, que busca explicar as normas em razão dos fins a que ela almeja, o que segundo explica é tão característico das disciplinas de ordem social.

O conceito psicológico de fim tem origem na consciência humana, que tem sua própria conduta voluntária. A meta da vontade humana, essa representação de um resultado futuro, é o fim, que condiciona o corpo, as decisões e as atitudes por meio de uma cadeia de circunstâncias causais. Vislumbrar em ações estranhas aos seres humanos essa relação de finalidade nada mais é do que atribuir essa característica humana ao mundo, num certo antropomorfismo.

Kelsen menciona que essa perspectiva teleológica se choca com a perspectiva causal, produzindo inclusive dois métodos de conhecimento distintos, e necessariamente excludentes entre si. Kelsen, neste ponto chama atenção à obra de Stammler<sup>61</sup>, que busca distinguir entre ciências naturais causais e ciência teleológicas sociais, entre as quais inclui a jurisprudência. Neste particular Kelsen expõe a doutrina de Stammler quanto a distinção entre acontecimentos de atos que

---

<sup>59</sup> KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987., p. 12. (grifo do autor). Tradução nossa o seguinte trecho: “*Sin embargo, tampoco la norma ‘rige’ porque ‘surta efectos’ y en la medida en que los surta; su validez no consiste precisamente en su eficacia, en su efectiva observancia [...] La norma ‘rige’ en cuanto que debe ser acatada.*”

<sup>60</sup> Ibid., p.49.

<sup>61</sup> Kelsen está se referindo especificamente a obra STAMMLER, Rudolf. *Wirtschaft und Recht*, 2. ed. 1906, que possui tradução ao espanhol: STAMMLER, Rudolf. **Economía y derecho**. Traduzida por W. Roces. Madrid: Reus, 1929.

podem ser compreendidos a partir do ponto de vista causal ou do ponto de vista teleológico.

Kelsen, no entanto, discorda do ponto de vista de Stammler pois explica que uma ação voluntariamente querida e provocada também pode ser explicada a partir do ponto de vista meramente causal. Não existe, diferente do que aponta Stammler, antinomia entre os acontecimentos quando observados seja do ponto de vista teleológico, seja do ponto de vista causal. Além do que explica que o ponto de vista teleológico só faz sentido se observado justamente a cadeia causal que leva a atividade do início ao fim, pois se não houvesse uma linha causal que conduzisse a ação, meta perseguida seria impossível de se alcançar, e a razão de nada adiantaria. Justamente o processo psicológico por trás deste raciocínio é que a mente humana observa a cadeia causal e induz a realização da mesma.

Segue Kelsen expondo o princípio normativo-formal, que se opõe a visão teleológica de Stammler. Kelsen expõe o princípio da imputação.<sup>62</sup> O princípio da imputação consiste em ligar a um *dever ser* uma consequência. De forma geral temos uma previsão em sentido amplo, que prevê uma situação hipotética, a qual está ligada o acontecimento de uma reação ou sanção. Assim, caso o fato hipotética descrito na norma seja verificado, à pessoa que praticou o ato *deve ser* imposta a sanção. Essa ideia de um juízo de imputação simplesmente liga uma situação hipotética por meio de um *dever ser* a um ato sancionador.

O Capítulo II dos Problemas Capitais está intitulado como Lei Moral e Norma Jurídica. É muito característico dos textos de Kelsen iniciar tratando da distinção entre *ser* e *dever ser*, explicar a distinção entre o princípio da causalidade e da imputação e a partir daí direcionar o desenvolvimento do argumento.

Neste capítulo em especial, tendo em vista o pano de fundo da tese de livre-docência, ou seja, o contexto de que era o texto de estréia com o qual esperava poder ter acesso a uma das vagas de docente da Universidade de Viena, tem-se claro que o livro está redigido com todas as formalidade acadêmicas uma vez que seria avaliado quando do exame ingresso à carreira docente. De tal forma que inspira um temor reverencial ou no mínimo maior cuidado. Mas esse cuidado

---

<sup>62</sup> KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987. p. 61-62.

acadêmico de fato não foi entrave ao desenvolvimento da sua personalidade e do seu pensamento.

Lei Moral e Norma Jurídica, segundo capítulo da tese de livre-docência, é um ataque, um de muitos que se seguiriam contra as correntes jusnaturalistas, e neste embate as reflexões são intensas. A certo ponto da argumentação Kelsen menciona uma ideia recorrente sem citar a fonte das ponderações, quando observa que para alguns historiadores do Direito, ou seja, em última medida adeptos da Escola Histórica do Direito, sabidamente encabeçada por Friedrich Carl von Savigny, que “[...] se há chegado a afirmar que o direito ao entrar na órbita da legislação consciente, não perde sua qualidade prístina de direito consuetudinário.”<sup>63</sup>

Efetivamente essa vertente dos historicistas entrou na mira de Kelsen que inicia a sua Teoria Pura do Direito mencionando toda e qualquer conduta humana pode ser objeto de norma jurídica. A imagem de um teórico que reconhece no processo legislativo a ação de uma certa consuetudinarietà representa um anseio de ver no processo legislativo uma racionalidade que está ligada ao idealismo filosófico. Na prática são românticos. Kelsen, como positivista rechaça essa visão romântica da teoria jurídica. Kelsen põe em relevo o fato de que qualquer conduta pode ser objeto de direito, e não há ligação entre a atividade legislativa e a autonomia da perspectiva moral ligada a heteronomia da norma positiva.

Alguém que busca uma consuetudinarietà no processo legislativo a fim de legitimá-lo está buscando uma racionalidade no processo político. O processo político não é racional, é a busca humana por poder. O processo legislativo revela, pelo contrário, não a racionalidade humana, mas sim a animalidade mais selvagem intrínseca ao homem que almeja ordenar segundo a sua vontade o universo. Desconhecer que toda conduta humana pode ser objeto de norma jurídica significa ignorar a animalidade humana. A separação entre lei moral e norma jurídica contém essa medida essencial.

Convém observar que essa reflexão respeitosa ao jusnaturalismo ainda estava no início (da teorização de Kelsen) imiscuída em desejo de ascensão ao cargo de professor universitário. A publicação da tese de livre-docência se deu em

---

<sup>63</sup> KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987. p. 34 (tradução nossa): “*Más aún, se ha llegado incluso, a afirmar que el derecho, al entrar en la órbita de la legislación consciente, no pierde su cualidad prístina de derecho consuetudinario.*”

1911, as Leis de Nuremberg<sup>64</sup> foram publicadas em 1935. A História inexoravelmente deu razão ao argumento teórico de Kelsen.

Ao longe, Kelsen estava dialogando com Savigny, no particular anteviu a maior calamidade que já se abateu sobre a humanidade.

### *1.3.2 Forma objetiva da norma jurídica*

Kelsen parte do princípio de que o direito objetivo é a vontade do Estado.<sup>65</sup> Esta perspectiva não é unívoca, mas é a única que explica a natureza formal do Direito. Isto porque menciona que existem outras formas de compreender o Estado, inclusive as mais antigas que ligam ao Estado e ao direito objetivo o dever de tutela do direito subjetivo natural inato e justo dos homens, por exemplo. O próprio Direito na concepção tradicional seria efetivamente dado pelo costume, ao Estado caberia a manutenção da ordem e das regras impostas por uma autoridade superior e sobrenatural.

Com o desenvolvimento do Estado Moderno, o princípio da legislação consciente emergindo, e o modelo consuetudinário saindo de cena, ganha espaço a teoria jurídica que explica que o direito objetivo é a própria vontade do Estado. Questões como a do processo legislativo, a separação entre legislação e os costumes exacerbam a posição do Estado como criador e detentor do direito.

Kelsen explica que conceitos de Estado como os oferecidos por Jellinek<sup>66</sup> têm problemas teóricos na sua gênese por misturam conceitos jurídicos com sociológicos, exemplifica mencionando a tese de Jellinek de que o povo se manifesta por meio do direito consuetudinário e o Estado por meio do direito objetivo. Kelsen refuta tal concepção de Estado e de direito, e explica que as teorias surgem pois tentam responder perguntas que já não interessam a natureza do direito, tais como: “como nasce o direito?” Kelsen explica que tal pergunta pertence a um campo metajurídico. A pergunta seria melhor formulada assim: “quem é o portador do Direito?”

---

<sup>64</sup> Leis de Nuremberg, 1935, Adolf Hitler.

<sup>65</sup> Kelsen, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987. p. 83.

<sup>66</sup> Ibid., p.85-86.

A partir deste contexto Kelsen explica que as normas objetivas expressam a vontade do Estado, e esta vontade não se confunde com a vontade popular, de Estados estrangeiros ou da Igreja. Sendo a vontade dada e reconhecível a partir das normas objetivas e aplicadas por cada um dos órgãos estatais, que só serão estatais na medida em que apliquem tal vontade por meio de seus atos.

Kelsen atribui à vontade do Estado importância central na teoria do Direito, seja para conhecer a norma jurídica, seja para o Direito público. Essa importância está ligada ao conceito de validade jurídica, que neste momento da obra de Hans Kelsen está justamente ligado a esse conceito de vontade do Estado, que neste momento é concebido por personalizado juridicamente. Kelsen se detém investigando o conceito de vontade, de modo mais amplo, inclusive psicologicamente, a fim de verificar e existe alguma utilidade na definição psicológica para utilização jurídica.<sup>67</sup>

Seja para representantes da concepção orgânica do Estado, para quem a personalidade do Estado é real, seja para os seus opositores com consideram a personalidade uma ficção jurídica, ambos os teóricos concordam que o conceito de vontade do Estado é ponto central. É a partir do conceito de vontade do ente personalizado que as diversas teorias iniciam suas reflexões.<sup>68</sup>

Kelsen, ao iniciar sua análise do conceito de vontade do Estado rechaça de plano a posição organicista, sendo Otto Friedrich von Gierke um de seus defensores, pois esta concepção considera que a vontade do Estado se confunde com a vontade coletiva do povo. Kelsen nega a possibilidade de a vontade coletiva ser um critério considerado no momento da formulação do conceito jurídico de personalidade. Considera uma forma de sincretismo metodológico, justamente porque busca explicar o fenômeno jurídico a partir de um conceito essencialmente sociológico.

Já para os adeptos da teoria inorgânica do Estado, que afirmam que a vontade do Estado existe em razão da unidade, sem reconhecer uma personalidade orgânica. Kelsen explica que a vontade do Estado se identifica com a unidade da pluralidade de vontades dos órgãos do Estado.<sup>69</sup> Georg Jellinek, o mais festejados

---

<sup>67</sup> Kelsen, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987. p. 92-94.

<sup>68</sup> Ibid., p. 139.

<sup>69</sup> Ibid., p. 147-148.

dos autores da teoria inorgânica de Estado, escreve inclusive sobre uma personalidade de Estado diferente da sua vontade, explica Kelsen.<sup>70</sup>

Kelsen critica ambas correntes de teoria de Estado, considerando a vontade psiquicamente, pois não reconhece as ficções que de uma forma de ou de outra buscam enxergar dos atos do Estado a vontade coletiva dos súditos.

Assim, passa Kelsen a oferecer sua definição de vontade do Estado:

O que se quer dizer com certos atos realizados por determinadas pessoas físicas que se considerem, a partir do ponto de vista jurídico, não como atos destas mesmas pessoas, mas de outra, distinta delas?<sup>71</sup>

Trata-se de um caso de imputação, responde Kelsen. Os substratos formados por atos destas pessoas não se imputam a elas, mas a outra. Mas não uma pessoa física, diferente da imputação que recebe o pai pelas faltas dos filhos, neste caso todas as linhas de imputação de pessoas consideradas como órgãos do estado formam o que se chama de vontade do Estado.

Essa teoria tem como vantagem conseguir discernir o que são atos de Estado. O princípio que permite discernir tais atos é o da norma jurídica. Assim para saber qual a vontade do Estado é necessário conhecer a lei. Quando a lei prescreve uma sanção mediante a realização de um crime, ou ainda quando prescreve que será dada uma quantia para uma pessoa sem recursos, tal situação legal permite concluir pela vontade do Estado, que não se confunde com a vontade particular do agente que por ventura realiza a ação.

A ideia de imputação define a vontade do Estado. Assim, desvelar a vontade do Estado é conhecer a norma jurídica, e os atos que são imputados ao Estado e não às pessoas físicas que compõem o Estado. Kelsen constrói o conceito de vontade do Estado a partir da consideração normativa, com o princípio da imputação, sendo fiel ao seu postulado normativo, sem imiscuir a vontade psicológica de eventual servidor nesta seara, como de uma maneira ou de outra fazem as teorias orgânicas e inorgânicas.

<sup>70</sup> KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987. p. 148.

<sup>71</sup> Ibid., p. 156. (tradução nossa): “¿Qué quiere decir el que ciertos actos realizados por determinadas personas físicas hayan de considerarse, desde el punto de vista jurídico, no como actos de estas mismas personas, sino de otra, distinta de ellas?”

Por consequência, Kelsen caracteriza a personalidade jurídica do Estado, como sendo a responsável pelas imputações. E neste sentido, criando uma personalidade que é apenas jurídica, sem a necessidade de lançar mão de qualquer recurso de ficção para tanto.

É imprescindível à compreensão da teoria jurídica ora em comento perceber que o conceito de vontade de Kelsen contém uma ideia genial, *vontade* é um atributo intransferível. Não se poder querer por terceiros. A vontade do Estado, portanto, não é a vontade dos súditos. Indo além, vontade ou querer dizem respeito ao sujeito que tem vontade ou que quer. Logo, a norma que expressa a vontade do Estado que revela o querer do Estado diz respeito ao próprio Estado. Revela como o Estado quer o seus próprios atos. Dito de outro modo, ao emanar normas jurídicas, o Estado está imediatamente se dirigindo a si mesmo, e apenas mediatamente aos súditos.

Um ato ou uma omissão se consideram “alheios” com respeito a uma pessoa quando não são imputados a esta pessoa, mas a outra. Falar de um ato ou uma omissão “próprios” de uma pessoa, significa em outras palavras, que essa ato ou essa omissão lhe são imputados [...] Assim, pois, desde o ponto de vista ético-jurídico, só se pode considerar querido os atos próprios, já que só estes, os atos próprios, são imputados.<sup>72</sup>

Depois de definir o que seja a vontade do Estado, Kelsen busca compreender o conteúdo da vontade do Estado. O conteúdo da vontade do Estado, explica Kelsen, versa sobre a conduta do próprio Estado. As normas jurídicas têm como destinação imediata o próprio Estado, que se manifesta normativamente (por sua vontade e por seu conteúdo), apenas mediatamente os súditos. Assim quando uma norma de Direito Penal estabelece uma sanção para o cometimento do assassinato, em verdade a vontade o conteúdo da norma diz que o Estado juiz deve julgar, o Estado administração deve prender. Tais normas jurídicas têm como destinatário o próprio Estado. Mediatamente essa conduta própria do Estado induz o

---

<sup>72</sup> KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987. p. 163-164. (tradução nossa): “*Un acto o una omisión se consideran como ‘ajenos’ con respecto a una persona cuando no le son imputados a esta persona, sino a otra. Hablar de un acto o una omisión ‘propios’ de una persona, significa en otras palabras, que ese acto o esa omisión se le imputan.[...] Así, pues, desde el punto de vista ético-jurídico, sólo podemos considerar queridos los actos propio, ya que sólo éstos, los propios actos, son imputados.*”

súdito a um determinado comportamento, neste sentido revelando a vontade do Estado.

Por que desta argumentação negativa? Negativa no sentido de a ordem estatal não se dirigir diretamente ao súdito. Isto porque as correntes precedentes ditas imperativas e teleológicas explicavam a vontade do Estado de forma finalística, buscando compreender a razão da norma com o fim que se quer atingir. Daí a legitimação da norma buscando uma dada situação prática. Por exemplo, a ordem imperativa de não matar, revelando a vontade do Estado de que os seus súditos não se matem.

Contudo identificar a vontade do Estado com a finalidade da norma implica em um erro metodológico. Justamente porque o Estado só pode querer os seus próprios atos. Kelsen se levanta contra as correntes que defendem que a vontade do Estado quer que os súditos se comportem de determinada maneira, ou seja, que atribuem um conteúdo finalístico-imperativo ao conteúdo de vontade do Estado. Em outras palavras, um conceito causal de vontade.

É importante observar que a forma da construção do raciocínio jurídico de Kelsen revela o universo jurídico de forma negativa. A saber, não se trata de o Estado determinar que não se mate. Mas de o Estado publicar uma norma que tem o próprio Estado como destinatário, a saber, o Estado deverá julgar e condenar quem se conduzir de forma a lesar o mandamento normativo. Trata-se de uma visão eminentemente normativa, que não se mistura com as razões subjetivas do autor do ato juridicamente relevante. Isto mostra como o propósito de Kelsen de elaborar uma teoria apenas do ponto de vista jurídico e normativo é firme. Ao mesmo tempo que se mostra consciente de sua limitação metodológica que lhe é imposta pelo seu objeto.

Segue Kelsen expondo o seu conceito de norma jurídica indicando que a coação integra o conceito de norma.

## CAPÍTULO 2 DO PERÍODO CLÁSSICO

### 2.1 A influência do neokantismo de Marburgo

O neokantismo de Marburgo produz grande influência sobre o pensamento de Hans Kelsen, tanto assim que o próprio autor reconhece essa relevância quando observa em carta<sup>1</sup> a Renato Treves que “É absolutamente verdade que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito repousa sobre a filosofia kantiana ou, mais precisamente, sobre a interpretação ‘coheniana’ de sua filosofia.”

Kelsen explica que a partir da interpretação kantiana de Hermann Cohen houve entendimento no sentido de que a Teoria da Razão Pura se trata de uma teoria da experiência, e daí a tentativa de aplicação do método transcendental<sup>2</sup> à teoria do Direito<sup>3</sup>. Kelsen faz um paralelo sobre Kant quando este utiliza o método transcendental para se voltar contra a metafísica:

[...] assim como a filosofia transcendental de Kant se dirige contra a metafísica, a Teoria Pura do Direito se dirige contra o direito natural, este sendo o correspondente exato, no domínio da realidade social, em geral, e do direito positivo em particular, da metafísica.<sup>4</sup>

Desta forma Kelsen busca uma racionalidade, uma causalidade, e um empirismo ao material jurídico. Mas com a mesma truculência (na força do argumento) e sofisticação (no refinamento do espírito) de um Kant na busca de seu

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. Carta a Renato Treves. Tradução Leonel Severo Rocha. **Contradogmáticas:** Revista Internacional de Filosofia e de Sociologia do Direito, São Paulo, n. 9, p. 70-72, 1991.

<sup>2</sup> “Kant tenta resolver uma controvérsia que, com matizes e ênfases variadas, está na raiz de toda a filosofia ocidental, remontando a Parmênides e Heráclito. Trata-se do confronto entre aqueles que privilegiam o mundo da mente humana e aqueles que veem a fonte do conhecimento nos eventos exteriores. Para os primeiros, direcionados pelas matemáticas, a certeza é imanente, está no próprio ser humano, nas regras de seu pensamento; para os outros o conhecimento é empírico, vem de fora para dentro. Em outras palavras, se o conhecimento é imanente, com fundamento no interior do sujeito cognoscente, como queiram os chamados racionalistas, ou se ele vem de fora, isto é, da experiência sensível do mundo exterior. De um lado, por exemplo, René Descartes e as ‘ideias inatas’; de outro lado, John Locke e o sujeito como ‘folha de papel em branco’, na qual a experiência imprime o conhecimento. Kant modifica a questão e chega ao conceito de **transcendentalidade**. O conhecimento nem é transcendente, nem imanente, mas sim transcendental. Isso significa que a experiência dos eventos que estão fora do sujeito é indispensável, mas só ocorre por meio dos constrangimentos imanentes ao próprio ser humano. O conhecimento do mundo externo é moldado pelo mundo interno e ambos são indissociáveis.” ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência: (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

<sup>3</sup> KELSEN, op. cit., p. 70-72.

<sup>4</sup> Ibid.

objetivo de tornar a metafísica uma ciência. Kelsen percebe, partir de Cohen<sup>5</sup>, a necessidade de constituir um método próprio de investigação científica, e um objeto. E nesta ordem método primeiro, objeto depois. Já que é o método e o olhar do investigador que cria o objeto a ser analisado, e nesta assertiva está a contribuição ímpar da Escola da Marburgo, de Hermann Cohen<sup>6</sup>.

João Maurício Adeodato<sup>7</sup> explica que a Escola de Marburgo discorda de Kant quando este explica que o conhecimento é intermediado pelas regras de experiência.

Para os neokantianos não é correto, como faz Kant, que todo conhecimento começa com a experiência, mesmo que não necessariamente proceda dela; a lógica do pensamento preexiste em todos os sentidos, ela é a própria essência do pensar, e supor qualquer dado real, anterior ou paralelo, causa objetiva inicial do conhecimento, é minimizar sua pureza intrínseca. Retiram-se assim de Kant as concessões feitas ao empirismo, evitando, segundo Cohen, o 'preconceito do dado' e radicalizando Kant a uma posição gnoseologicamente coerente, na visão neokantiana.

A noção de que o conhecimento sempre antecede o objeto a ser observado contém em si a noção de que o objeto de investigação científica é produzido na mente do observador, ou seja, é dado pela forma de investigação que será empreendida. A noção de normatividade em Kelsen tem essa percepção, está inserida dentro deste conceito, já que é a partir da noção de norma e de normatividade e obediência à uma relação de 'causa e efeito normativo' que todas as considerações de Kelsen serão elaboradas. A perceptível como Kelsen constrói o seu sistema normativo hermético e com uma regra própria de causalidade (normatividade). Pode-se dizer que a Escola de Marburgo oferece à Kelsen a noção de normatividade, e essa noção de normatividade que consiste em um método próprio do Direito é que vai fundamentar toda a grande produção do período Clássico.

---

<sup>5</sup> "Nessa linha de interpretação mais cética de Kant, houve controvérsias sobre se ele concedera ou não um conteúdo ôntico ao que denominou coisa em si, o que a Escola de Marburgo rejeita radicalmente; a questão é investigar se Kant vê a coisa em si como o ser verdadeiro que se esconde por trás das aparências, um ser *noumenal* e incongnoscível por não se submeter às categorias do entendimento. Cohen e Natorp a reduzem a uma necessidade de caráter lógico dentro do processo de conhecimento, algo como um *limite intransponível*. Para eles nada é em si, a existência só tem um sentido em função de um sujeito cognoscente: o objeto só se objetiva porque algum sujeito o põe como tal. O sujeito não apenas coloca o objeto diante de si, mas até o constitui, conferindo-lhe realidade: é de Cohen a afirmação, absurda para o senso comum, de que 'somente o pensamento é capaz de produzir o ser'". ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*: (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 83-84. (grifo nosso).

<sup>6</sup> Ibid., p. 84.

<sup>7</sup> Ibid.

A partir do *método normativista* do Direito Kelsen coloca em ação sua genialidade para produzir todo o Sistema Jurídico que será analisado sob este enfoque apenas. O método tão característico da Teoria Pura está sendo gestado. Gestado tem o sentido de ser criado, a Teoria Pura, a partir da noção de um método próprio está em construção, mas ainda não está completa, aliás está longe de ser completa. Duas contribuições características de seus discípulos ainda não foram computadas na gênese da Teoria Pura do Direito, a contribuição de Adolf Julius Merkl (1890-1970)<sup>8</sup> com a sua estrutura escalonada de normas e a contribuição de Alfred Verdross (1890-1980)<sup>9</sup> para a criação da própria norma fundamental, por esta razão é necessário ainda verificar em que consistiram essas contribuições antes de passar a analisar a construção teórica de Hans Kelsen do Período Clássico.

## 2.2 A Estrutura Escalonada de Normas – Contribuição de Adolf Julius Merkl<sup>10</sup>

Merkl explica que o ordenamento jurídico é formado por diversas proposições jurídicas organizadas de forma conexas. A proposição jurídica para Merkl não tem o

<sup>8</sup> “El mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema genético de normas de derecho que van concretándose gradualmente desde la Constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, has los actos jurídicos individuales de ejecución, corresponde a Adolf Merkl. En una serie de trabajos (*‘Das doppelte Rechtsanlitz’*, em *Juristische Blätter*, 1917; *‘Das Recht im Lichte seiner Anwendung’*, 1917; *‘Die Rechtseinheit des österreichischer Staates’* en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1918, t. XXXVII; *‘Hans Kelsen System einer reinen Rechtsstheorie’* *ibid.*, 1921, t. XLI, cuad. 2, 1923) desarrolla Merkl esta teoría gradual del derecho como la teoría de la dinámica jurídica, la defende energéticamente contra el prejuicio, al que aún se aferra nuestra presente obra, del derecho contenido solamente en las leyes generales dando un sentido relativo a la antinomia, plasmada y anquilosada en términos absolutos, de la ley y la ejecución, la creación y la aplicación del derecho, la norma general y la individual, abstracta y concreta. Apoyándose en los trabajos de Merkl y Verdross, hemos acogido nosotros esencial al sistema de la teoría pura del derecho.” KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987. p. XLVIII-XLIX.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. XLVIII-XLIX - “El concepto de la norma fundamental considerada como la Constitución en sentido lógico-formal fue esencialmente desarrollado por Alfred Verdross, en su estudio, publicado en 1916: *‘Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers’* (en *Juristische Blätter*, año XLV, págs. 475 ss.), al considerarla como una hipótesis al material del derecho positivo, por analogía con las hipótesis propias de las ciencias naturales. Leonidas Pitamic, en su estudio titulado *‘Denkonomische Voraussentzungen der Rechtswissenschaft’* (en *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1918, t. III, págs. 339 ss.), ha aportado puntos de vista muy valiosos a este problema de la determinación de la norma fundamental como premisa del conocimiento jurídico. (Cfr. También sus ensayos *‘Eine juristische Grundlehre’* en *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1918, t. III, págs. 734 ss.; *‘Plato, Aristoteles und die reine Rechtslehre’* *ibid.*, 1921, t. II, págs. 683 ss.; *‘Kritische Bemerkungen zur Gesellschafts – Staats – und Gottesbegriff bei Kelsen’*; en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1923, t. III, s.p.).”

<sup>10</sup> MERKL, Adolf Julius. Prolegómenos a uma teoria de la estructura jurídica escalonada del ordanimiento. Tradução Juan L. Fuentes Osorio e y Miguel Azpitarte Sánchez. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Sevilla, n. 2, p. 235-259, jul./dez. 2004. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/118910>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

mesmo sentido do que em Kelsen. Para Merkl ainda há uma distinção entre proposição jurídica e conteúdo jurídico, sendo que as proposições jurídicas contém conteúdo jurídica, sendo possível diferir entre proposições pela forma e pelo conteúdo<sup>11</sup>.

É possível extrair de Merkl que proposição jurídica tenha o sentido conhecido de espécie normativa legal “Isto se deve a que o ordenamento jurídico mais simples em seu conteúdo, aquele expresso na seguinte proposição jurídica *regis voluntas suprema lex*, não chega a esgotar-se na proposição jurídica.”<sup>12</sup> Daí porque Merkl diferencia o ordenamento jurídico da proposição jurídica e do conteúdo da proposição jurídica.

Merkl explica que a multiplicidade de formas jurídicas (ou seja, a pluralidade de proposições jurídicas) enseja um problema para o jurista e que há necessidade de uma organização lógica deste material normativo<sup>13</sup>. Daí a explicação de que existem dois princípios: o estático e o dinâmico.

Ainda em relação ao conceito de proposição jurídica, como o texto de Merkl é de 1916, os conceitos de Hans Kelsen ainda não estão prontos como vão surgir na fase Clássica, como por exemplo, proposição jurídica, conceito que é de um enunciado de ciência jurídica sobre uma norma, conforme a Teoria Pura do Direito<sup>14</sup>. Merkl<sup>15</sup> atribui à Kelsen a seguinte definição de proposição jurídica:

<sup>11</sup> MERKL, Adolf Julius. Prolegómenos a uma teoría de la estructura jurídica escalonada del ordanimiento. Tradução Juan L. Fuentes Osorio e y Miguel Azpitarte Sánchez. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Sevilla, n. 2, p. 235-236, jul./dez. 2004. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/118910>>. Acesso em: 13 ago. 2016. “*Ahora bien, la cuestión no sólo es que cada proposición jurídica concreta tenga un contenido distinto al de otra, sino que también un grupo de proposiciones jurídicas tiene una forma que difiere de la de outro grupo: esta diferencia es precisamente el criterio de agrupación en un sentido formal.*”

<sup>12</sup> Ibid., p. 236. Tradução nossa do seguinte trecho: “Ello se debe a que el ordenamento jurídico más simple en su contenido, aquel que se expresa en la proposición jurídica *regis voluntas suprema lex*, no llega a agotarse en esta proposición jurídica.”

<sup>13</sup> Ibid., p. 238. “*Por consiguiente, lo problemático de este pluralismo en las formas jurídicas que nos ha dado la experiencia, es la cuestión de su recíproca relación lógica.*”

<sup>14</sup> As proposições jurídicas ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como *proposições* jurídicas, ser distinguidas das *normas* jurídicas que são produzidas pelos órgão jurídicos a fim de por eles serem aplicadas a serem observadas pelos destinatários do Direito. *Proposições* jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo menos ordenamento determinadas. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 80.

<sup>15</sup> “*En este juicio de los fenómenos jurídicos se hace indispensable el concepto de proposición jurídica de Hans Kelsen, según e cual la proposición jurídica es um juicio hipotético sobre la voluntad del Estado de aplicar una sanción como consecuencia de un ilícito.*” MERKL, op. cit., p. 249-250.

Neste juízo dos fenômenos jurídicos se faz indispensável o conceito de proposição jurídica de Hans Kelsen, segundo o qual a proposição jurídica é um juízo hipotético sobre a vontade do Estado de aplicar uma sanção como consequência de um ilícito.

Diante das variadas formas de proposição jurídica, Merkl observa a dificuldade de organizar o material jurídico, mesmo de distinguir entre as proposições jurídicas. E de que maneira há contribuição de Merkl para Kelsen? A contribuição está em que Merkl verifica que todas as normas contém em alguma medida conteúdo jurídico, ainda que não tenham emanado de um órgão do legislativo. Esta observação é interessante, mas a construção em si o texto de Merkl não é tão interessante quanto a obra de Kelsen. Vislumbrar ao texto de Kelsen é como observar uma obra completa de sentido, o texto de Merkl tangencia os conceitos de Kelsen, porém não com a mesma clareza, aparenta estar “quebrado” de sentido. Mas no essencial temos a contribuição que expõe a possibilidade de diversas formas normativas dotadas de conteúdo jurídico, nos seguintes termos:

O conceito de proposição jurídica se limita tradicionalmente a atos de caráter geral, cujos destinatários seriam os ‘súditos’ em lugar dos órgãos de Estado; se diz que as normas que estatuem os deveres destes órgãos, são normas, mas não jurídicas. Nesta exclusão do âmbito do jurídico das normas que simplesmente obrigam aos órgãos se observa um estreitamento conceitual que é arbitrário e incompreensível com o conceito de proposição jurídica desenvolvido pela teoria dominante. Se os obrigados por uma proposição jurídica são órgãos de estatais ou ‘simplesmente’ súditos é uma questão condicionada ao conteúdo do Direito que não modifica em nada a essência da norma. Por que meios, senão através de normas jurídicas, devem ser constituídos os deveres jurídicos? Portanto, de modo indiscutível, o conteúdo das instruções e ordens de serviços são deveres jurídicos.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> “El concepto de proposición jurídica se limita tradicionalmente a actos de carácter general, cuyos destinatarios serían los ‘súbditos’ en lugar de los órganos del Estado; se dice que las normas que estatuyen los deberes de estos órganos, son normas mas no jurídicas. En esta exclusión del ámbito de lo jurídico de las normas que simplemente obligan a los órganos se aprecia un estrechamiento conceptual que es arbitrario e incompatible con el concepto de proposición jurídica desarrollado por la teoría dominante. Si los obligados por una proposición jurídica son órganos estatales o ‘simples’ súbditos es una cuestión condicionada al contenido del Derecho que no modifica en nada la esencia de la norma. ¿Por qué medio, sino a través de las normas jurídicas, deben ser constituídos los deberes jurídicos? Por tanto, de modo indiscutido, el contenido de las instrucciones y órdenes de servicio son deberes jurídicos.” MERKL, Adolf Julius. Prolegómenos a uma teoria de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento. Tradução Juan L. Fuentes Osorio e y Miguel Azpitarte Sánchez. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Sevilla, n. 2, p. 255, jul./dez. 2004. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/118910>>. Acesso em: 13 ago. 2016. (tradução nossa).

Sendo estas as palavras de Merkl está claro em que medida essas considerações influenciaram Kelsen, na teorização da Dinâmica Jurídica, ao mesmo tempo que há de se notar que a contribuição de Merkl é apenas parcial, não se trata de uma adoção pura e simples dos conceitos aqui apresentados, Kelsen depurou e lapidou os conceitos aqui exibidos quando tratou da Dinâmica Jurídica.

### 2.3 O conceito de validade jurídica na Teoria Geral do Estado<sup>17</sup>

Na Introdução da sua Teoria Geral do Estado, Kelsen explica que a matéria originalmente considerada como inerente a este tópico era escolha mais ou menos arbitrária, que reunir sob a título de teoria geral do Estado as discussões acerca da natureza do Estado, natureza das relações deste com a sociedade, a moral em geral e ainda a ciência política, a teoria dos elementos do Estado (povo, território e nação), ainda uma divisão dos poderes (legislativo, executivo e judiciário), a forma do Estado como república ou monarquia, era antes mais uma tradição do que um mandamento metodológico. Daí porque fixar o seu objetivo em reunir todos estes temas sob um único princípio fundamental.<sup>18</sup>

Explica em que sentido a palavra *ordem* pode ser empregada: como “ordem da natureza”, em razão das dos corpos necessariamente se comportarem de acordo com as leis naturais, e com isso seguir o princípio geral da causalidade. De outra forma, *ordem* pode significar, também, um sistema de normas, de regras. As regras, por sua natureza, não explicitam o que de fato acontece, mas sim expressam o que *deveria ser*. Ainda que a realidade não empreste efetividade a norma.

A validade da norma não depende da conformidade da realidade fatural com seu conteúdo, ainda que se diga que no plano da materialidade a norma tenha sido violada. A validade normativa designa a própria existência da norma<sup>19</sup>.

O Estado é ordem normativa. A vontade do Estado, que não se confunde com a vontade dos indivíduos que o compõem, nada mais é do que a validade objetiva da ordem normativa. A existência do Estado é a condicionada a validade do Direito. (Se na tese de livre-docência Kelsen investiga o sentido de vontade do Estado exaustivamente, nesta Teoria Geral do Estado, está se distanciando muito

---

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado**. Tradução Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938.

<sup>18</sup> Ibid., p. 5-6.

<sup>19</sup> Ibid., p. 9. “Ora, é precisamente nessa validade (*Geltung*) que consiste a existência das regras.”

deste conceito, talvez por considerá-lo por demais metafísico, quando se está a discutir em termos normativos).

Já a eficácia da ordem estatal é problema relevante, e diferente da vontade estatal. Eficácia é a conformidade, ou não, das condutas humanas às prescrições normativas. Uma ordem estatal é mais ou menos eficaz.<sup>20</sup>

A imputação ao Estado consiste em projetar as ações de determinadas pessoas à pessoa jurídica do Estado. Para que se diferencie um ato particular de um servidor de um ato estatal praticado por um servidor, há de se considerar este último ato como tido em conformidade com a ordem válida, ou seja, o fato das regras dessa ordem terem previsto e regulado o dado ato.

O Estado também é um esquema interpretativo na medida em que a correspondência de um ato fatural com a disposição da norma legal, justamente a ação deste ato da forma como regulado na norma estatal, dá ensejo de compreender este ato como em conformidade com a ordem estatal, portanto é possível interpretar tal como estatal. Pensar que um determinado ato pode ser interpretado como estatal na medida em que se relacionada de forma subordinada a uma norma, implica em compreender o próprio Estado como esquema de interpretação.

O Estado difere das demais ordens sociais por ser uma ordem de coação. Coação é a ligação de um *dever ser* a uma dada hipótese concebida normativamente, e pode ser compreendida como de dois tipos: uma pena e uma execução, aquela em âmbito penal, esta em âmbito civil.

É pela natureza do laço que une a hipótese e a consequência que a lei jurídica – a regra de direito – difere, essencialmente, da lei natural: êste laço não é a necessidade causal (*das Müssen der Kausalität*), mas a necessidade normativa (*das Sollen der Zurechnung*). Se chamamos imputação à relação que a regra jurídica estabelece entre dois factos, a imputação é, na esfera do sistema chamado Estado ou direito, homóloga ao princípio da causalidade no sistema da natureza.<sup>21</sup>

A partir das definições transcritas, Kelsen refuta a distinção corrente na teoria jurídica que distingue o Estado do Direito. Considera o autor que Direito e Estado são uma unida entidade. Assim, tendo como fundamento do Estado uma ordem normativa

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado**. Tradução Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 14. “É, portanto, preferível definir a relação entre validade da ordem estatal e o domínio dos factos, pela forma seguinte: uma ordem estatal só pode ser considerada válida quando aqueles que ela pretende dirigir se conformam, até um certo ponto, com as suas determinações.”

<sup>21</sup> Ibid., p. 26.

válida, é possível interpretar todos os problemas da Teoria Geral do Estado. Resume Kelsen: “Todos os problemas da teoria geral do Estado são problemas relativos à *validade* e à *criação* da ordem jurídica, problemas de direito.”<sup>22</sup>

Sob o título de “O ‘poder’ do Estado: a validade da ordem jurídica”<sup>23</sup> Kelsen analisa em sua Teoria Geral do Estado o fundamento de validade da ordem normativa que é o Estado, relativizando a partir do conceito clássico de Estado que apresenta os três elementos: nação e um povo submetido a um poder juridicamente organizado. É nítida a falta do conceito de norma fundamental. E neste tópico Kelsen se esforça para discutir a questão de uma mínima eficácia do sistema normativo como condição de validade sem justificar o *dever-ser* da ordem jurídica com um *ser* da efetiva eficácia do sistema. Porém a falta do conceito de norma fundamental compromete a argumentação e não resta claro em que medida a ordem jurídica encontra sua eficácia em um argumento diferente da própria efetividade. O conceito de imputação já existente não é suficiente para resolver o problema da validade normativa do Estado, ainda que se o constitua por esse meio em pessoa jurídica.

Já consta da Teoria Geral do Estado a distinção entre Estática Jurídica, enquanto a primeira representa uma ordem jurídica dotada de validade jurídica, e a segunda uma ordem normativa que se auto regula na criação de Direito. Porém nesta fase ainda sem a presença dos conceitos fulcrais de norma fundamental e de sistema escalonado de normas.

A ideia de que a o ato formal de colocar uma norma é a um só tempo aplicação e criação de Direito já está lá, conforme se vê:

Com efeito, o direito tem a característica de regular a sua própria criação: todas as normas jurídicas são estabelecidas de harmonia com as prescrições de uma norma superior, e, por sua vez, determinam, também, como será estabelecida uma norma inferior. Criar uma norma é, portanto, ao mesmo tempo, aplicar uma outra norma: o mesmo acto é, simultaneamente, de criação e de aplicação do direito.<sup>24</sup>

Kelsen ao descrever os graus da ordem jurídica, ao precisar o conceito de constituição menciona em um único parágrafo o conceito de *constituição hipotética*<sup>25</sup> que conceitua como “[...] regra que tem por função instituir um primeiro órgão de criação

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado**. Tradução Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 33.

<sup>23</sup> Ibid., p. 37.

<sup>24</sup> Ibid., p. 110.

<sup>25</sup> Ibid., p. 111.

do direito.” Para então observar que o legislador efetivamente colocará uma lei que estabelecerá como as demais leis serão criadas, portanto uma *constituição positiva*.

## 2.4 O conceito de validade jurídica na primeira edição da Teoria Pura do Direito<sup>26</sup>

A primeira edição da Teoria Pura do Direito veio à luz no ano de 1934, depois de três anos que Hans Kelsen havia se estabelecido com sua família em Colônia, na Alemanha. A Teoria Pura trata, como o próprio autor informa no seu prefácio original, temas debatidos na tese de livre-docência. Neste aspecto alguns conceitos epistemológicos para compreensão do texto são relevantes: *ser e dever ser* como modos distintos de conhecimento, além de um método próprio que é especificado em razão da natureza do objeto. Assim a ideia de pureza assume forma, a partir do conceito de validade jurídica que é utilizado discernir o argumento jurídico dos demais, que Kelsen chama de sincretismo jurídico.

### 2.4.1 Direito e Natureza

A Teoria Pura do Direito efetivamente se preocupa com o Direito como ele é, não como ele deveria ser. Como teoria geral do direito se preocupa em conhecer um dado sistema jurídico, e não uma interpretação particular de uma norma. O seu problema é o conhecimento do seu objeto, ou seja, o conhecimento do Direito e como ele é feito. A pureza<sup>27</sup> pretendida se liga à teoria do Direito e não ao Direito em si. A teoria deve ser pura para não se imiscuir em questão que metodologicamente não pode abordar, pois o seu objeto é um só.

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the *reine rechtslehre* or pure theory of law. Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. New York: Oxford University Press, 1992.

<sup>27</sup> “Trata-se, na verdade, da pureza da doutrina do direito positivo. E a teoria pura do direito aciona seu programa de depuração com um ‘rigor implacável’. É precisamente esta consequência, até então desconhecida, a que se aplica o programa da cientificização, é a essa ‘coragem de pensamento’.” JESTAEDT, Matthias. A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen. Tradução Carlos Eduardo de Abreu Boucault. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 106, p. 18, 2013. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2013v106p13/209>>. Acesso em: 10 set. 2016.

O objeto de preocupação da Teoria Pura deve ser delimitado.<sup>28</sup> Observa Kelsen que a independência do objeto da Teoria Pura é ameaçado por dois lados, o que implica no mencionado sincretismo metodológico. Comentando a tradução, Stanley L. Paulson<sup>29</sup> indica que os ataques partem das teorias de fundo psicológico/biológico e ético/teológico.

Kelsen observa ainda a distinção entre os fatos físicos e o seu sentido jurídico. Exemplifica comentando ato de um homem ler diante de outro, ambos em pé, uma folha de papel. As ações mecânicas são descritas de uma forma, porém o sentido jurídico é outro, uma pessoa foi sentenciada. Ou ainda, quando em reunião alguns estão sentados, outros em pé, alguns discursam, outros permanecem em silêncio, mas em curso está uma sessão do parlamento. Há de se distinguir entre o sentido físico naturalístico de determinadas ações do seu sentido jurídico inerente em razão da incidência de uma norma jurídica.

O sentido jurídico de um ato não pode ser vislumbrado ao se observar uma ação humana, apenas se for compreendido como em relação a uma norma. Daí ser necessário distinguir entre o sentido objetivo e o sentido subjetivo de um ato. A compreensão em sentido objetivo de um ato se faz a partir da observação deste ato em relação ao sistema normativo oficialmente vigente. Ainda que os envolvidos no ato tenham subjetivamente qualificado o ato de forma distinta. Kelsen cita com exemplo<sup>30</sup> uma dada sociedade secreta que querendo livrar o país de algum tipo indesejado manda um de seus membros assassinar o alvo. Ainda que subjetivamente o grupo considere que houve uma sentença de morte, o ato em si terá um sentido objetivo de transgressão à norma oficialmente posta de que matar um semelhante constitui crime de assassinato.

Desta forma o sentido objetivo do ato será compreendido cotejando-o com as normas efetivamente válidas para aquela dada sociedade, ainda que subsista na mente e na sociedade um sentido subjetivo para o mesmo ato. O que torna a norma um esquema de interpretação, posto que se pode interpretar um dado ato como jurídico a partir da observação da norma.

---

<sup>28</sup> Kelsen, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the *reine rechtslehre* or pure theory of law. Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. New York: Oxford University Press, 1992. p. 8. *"The Pure Theory of Law seeks to delimit clearly the object of its cognition."*

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid., p. 9.

Estas normas é que são o objeto<sup>31</sup> da Teoria Pura, normas que tem o condão de tornar meros atos em atos juridicamente relevantes.

Falar em validade da norma significa falar da própria existência da norma. Existência que relaciona uma dada conduta humana em um dado tempo e espaço, visto que a validade da norma está adstrita a um local e a um tempo especificado. A relação da norma com a sua validade em um lugar e um dado tempo representam sua esfera de validade. A esfera de validade de uma norma, assim, compreende a própria noção de tempo-espaço que a norma traz consigo.

#### 2.4.2 Conceito de Direito e a reconstrução do conceito de norma

O conceito positivista de Direito, segundo Kelsen, nasce do embate entre o mundo antigo do absolutismo, e a ascensão da burguesia nas revoluções do século XIX<sup>32</sup>. O empirismo das ciências naturais encontra o seu representante nas ciências do espírito, enquanto um positivismo que busca eliminar das discussões jurídicas o aspecto religioso. Mas esse primitivo positivismo não conseguiu eliminar a influência do jusnaturalismo, que permanece de alguma forma para realizar de alguma forma um exame de validade jurídica dos sistemas jurídicos<sup>33</sup>, exigindo um mínimo ético.

Na medida em que o *dever ser* da jurisprudência do Século XIX guarda uma relação de validade do conteúdo ligada ao bom e o justo, este positivismo está maculado por um elemento ideológico, conforme explica Kelsen.<sup>34</sup> A Teoria Pura do Direito pretende libertar o Direito das suas amarras ideológicas, purificando a teoria, tornando-a cientificamente neutra em relação às preferências políticas. Distinguindo uma norma que tenha uma característica metafísica que lhe empreste validade de uma norma que é apenas a descrição hipotética de uma situação fática ligada a uma consequência condicional por meio de uma partícula de *dever-ser*.

---

<sup>31</sup> KELSEN, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the *reine rechtslehre* or pure theory of law. Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. New York: Oxford University Press, 1992. p. 11: Kelsen define o objeto da Teoria Pura: “*It is these norms that legal cognition is directed – norms that confer on certain material facts that character of legal (or illegal) acts, and that are themselves created by way of such legal acts.*”

<sup>32</sup> Ibid., p. 21.

<sup>33</sup> Ibid., p. 22. Stanley L. Paulson explica na nota de rodapé número 17 que Kelsen está se referindo a Georg Jellinek quando menciona esse mínimo ético que empresta validade aos sistemas jurídicos ditos positivistas, sendo essa preocupação ética resquício de jusnaturalismo.

<sup>34</sup> Ibid., p. 23.

Existe aqui uma distinção entre os juízos de ligação dos fatos observados. O princípio da imputação se opõe ao princípio da causalidade. No âmbito jurídico existe a imputação. O objeto de análise da ciência jurídica contém uma cadeia de fatos de que sucedem por meio da lógica da imputação, e não por um juízo de causalidade. Aí está uma das características que torna a ciência jurídica pura e fiel ao seu postulado básico, a fidelidade a uma exposição tão somente normativa do Direito.

Kelsen observa que o *dever-ser* representa uma categoria original (*a priori* em sentido kantiano) para compreensão de dados normativos, e, portanto, indiferente a qualquer consideração política ou moral.

A norma jurídica ainda é uma norma coercitiva. A norma atribui uma sanção a uma hipótese. Desta forma, existe um elo de *dever ser* combinando duas partes autônomas da previsão legal. De um lado temos a hipótese de incidência normativa descrita por meio de uma situação fática hipotética, de outro lado é prescrita uma sanção (pena ou execução) como devida em razão da realização da conduta. A norma positiva, portanto, imputa à realização da hipótese uma sanção.

O ato tido por ilícito, via de consequência, não dispõem de qualquer essência moral ou ainda metafísica que o caracterize. O ato será tipo como ilícito quando for conforme a prescrição material descrita na norma a qual está ligada a imposição da sanção. Kelsen, assim, descreve de maneira normativa o conceito de ilícito, ou seja, não a transgressão à norma, mas a conformidade com a hipótese material que implica na imputação de uma sanção. Dito de outra maneira, se a sanção *deve ser* aplicada à pessoa que pratica determinado ato, a realização do ato é condição para a resposta normativa que é a imputação da sanção, logo o ato ilícito não é a transgressão da norma, mas sim a condição para imputação da sanção.

Essa construção essencialmente positivista, formalista e normativista elimina do âmbito de discussão jurídico simplesmente todo e qualquer elemento ético e moral envolvido na subsunção de atos realmente praticados à norma. Pois na fixação de sanções efetivas por um magistrado não cabe perscrutar sobre a moralidade do fato e da norma, mas sim simplesmente realizar um ato de verificação, se a conduta realizada é exatamente conforme a condição de imputação da sanção.

### 2.4.3 A Ordem Jurídica e a sua estrutura hierárquica

A Teoria Pura do Direito inicia sua investigação propondo a distinção entre normas de um e de outro sistema normativo. A pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, uma ordem jurídica, apenas se todas as normas puderem ser reconduzidas até uma última norma fundamental que empresta validade a todas as demais. Uma norma pertence a um dado sistema normativo se a sua validade jurídica pode ser interpretada como sendo atribuída pela norma fundamental deste sistema normativo.

Os sistemas podem ser distinguidos pela natureza da norma fundamental: em um tipo de sistemas a validade depende do conteúdo normativo, da relação de dependência material da validade em razão do conteúdo normativo, ou seja, a norma fundamental do sistema contém do ponto de vista do conteúdo todas as demais normas do sistema, que são individualizadas por meio do sistema lógico, da razão pura, pela virtude do seu conteúdo.

Já o segundo tipo de sistema normativo tem uma norma fundamental destituída de conteúdo, compreendida apenas como vetor de interpretação normativo, cuja razão de existir é apenas emprestar validade jurídica às demais normas do ordenamento, sem, contudo, transmitir qualquer conteúdo específico. Decorre desta definição de todo e qualquer comportamento humano pode ser objeto de lei. Em suma, a validade jurídica de um dado comando normativo não pode ser questionada em razão da substância da norma<sup>35</sup>.

Uma norma é válida desde que criada de acordo com um dado método prescrito em outra norma superior, e emanado de uma autoridade competente. De outro lado a norma é válida enquanto norma positiva de Direito, e apenas isso. A validade jurídica da norma na guarda qualquer relação material com normas morais. A positividade normativa repousa na correspondência da norma ordinária com a norma fundamental<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Kelsen, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the *reine rechtslehre* or pure theory of law. Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. New York: Oxford University Press, 1992. p. 56. *"The validity of a legal norm cannot be called into question on the ground that its content fails to correspond to some presupposed substantive value, say a moral value."*

<sup>36</sup> Ibid. - *"Therein lies the positivity of law. And therein lies the essential difference between the positive law and so-called natural law."*

A norma fundamental é o ponto de partida de um processo completamente formal e de caráter dinâmico. As normas ordinárias deste sistema não podem ser logicamente deduzidas da norma fundamental. Ela devem ser criadas, a partir de um ato não da razão, do intelecto, mas por um ato de vontade<sup>37</sup>.

Essa definição do que é efetivamente o ato jurídico é de substancial importância para esta dissertação. Kelsen aponta de forma clara e definitiva o conceito do ato jurídico que cria a norma jurídica no interior do sistema normativo. A validade jurídica do ato depende da sua condição em relação a dois tópicos: a qualidade do agente que põe a norma (autoridade competente) e a vinculação da norma do ponto de vista formal com a norma fundamental do sistema, destituindo da análise jurídica qualquer ato intelectual, racional, expondo de forma claro e mortal que o ato jurídico que põe a norma é um ato volitivo, um e não um ato intelectual-racional.

É a partir deste conceito fundamental que se deve compreender o ato jurídico como um todo. É com base na descrição do ato jurídico como ato de vontade que se deve ater às possibilidades do julgador e compreender a limitação não só da própria ciência jurídica, mas, sobretudo, do Direito. O conceito de pureza tão execrado está nesta medida no centro do palco, diante de todos os holofotes. Sendo o ato jurídico criador do Direito um ato volitivo, como buscar confundir a análise de competência e de validade (jurídica) com a vontade da autoridade (política, moral, filosofia, em suma, sincretismo)?

O ato jurídico de conhecer significa exatamente a investigação acerca da competência e da relação de dependência criadora entre a norma sob análise e a norma fundamental do sistema. Isto é conhecer juridicamente<sup>38</sup>.

A Teoria Pura do Direito lida com a norma fundamenta como pressuposto de validade. Dada a hipótese de que a norma fundamental é válida, o sistema jurídico erigido em razão dela também será. Não há que se confundir a norma fundamental com qualquer espécie de norma jusnaturalista como que emprestando sua validade por meio material ao sistema positivista de ciência, isto porque todo e qualquer

---

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the *reine rechtslehre* or pure theory of law. Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. New York: Oxford University Press, 1992. p. 56. *“Rather, they must be created by way of a special act issuing or setting them, na act noto f intellect but of will.”*

<sup>38</sup> Ibid., p. 57. (grifo nosso). *“What is to be valid as norm is whatever the framers of the first constitution have expressed as their will – **this is the basic presupposition of all cognition os the legal system resting on this constitution.**”*

sistema jurídico normativo há de conhecer a ideia de que uma norma retira sua validade de existência de uma outra norma. Diante da impossibilidade de um regresso *ad infinitum* necessário pressupor que antes da primeira constituição histórica de uma dada nação, o primeiro constitucionalista originário tomou da norma fundamental a validade jurídica para impor a primeira norma constitucional. Tal recurso se presta a permitir interpretar um ato como ato jurídico, e não para explicar tal ato a partir de um dado conteúdo, por esta razão a norma fundamental tem como princípio permitir a interpretação jurídica, e nada além.

A norma fundamental é desprovida de conteúdo. Porém a validade jurídica do sistema jurídico como um todo repousa numa pequena dependência de eficácia do sistema considerado. Esta indicação é controversa e atacada pelos adversários de Hans Kelsen, que indicam que neste ponto o primado da pureza e a essencial distinção entre ser e dever cede diante da necessidade de explicar a validade jurídica do sistema complementando-a com ideia de uma eficácia mínima.

Diante da necessidade de uma eficácia mínima, evidentemente existe a possibilidade de confundir o conceito de validade jurídica com o de eficácia. Porém o primeiro diz respeito ao dever ser, já o segundo ao âmbito do ser. Contudo a necessidade de que o sistema jurídico seja minimamente eficaz não faz desta condição depender a validade normativa de todo o sistema e esta é a resposta de Hans Kelsen. Pois se houvesse dependência da validade jurídica de uma norma com a sua eficácia as normas jurídicas apenas poderiam ser relacionadas às práticas efetivamente reconhecidas, e o direito e o costume não conheceriam distinção. Mas assim não é.

A validade de uma norma ordinária depende da sua condição jurídica, ou seja, da competência da autoridade que a colocou e da forma pela qual foi colocada, ou seja, se houve respeito ao procedimento previsto na norma superior de que retira sua validade. Note-se que em momento algum a ideia de eficácia é chamada a emprestar validade jurídica a uma norma isoladamente considerada.<sup>39</sup>

Sopesando o direito positivo contrastando-o com o funcionamento da norma fundamental vem à luz uma propriedade característica do Direito: a lei governa a sua

---

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the *reine rechtslehre* or pure theory of law. Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. New York: Oxford University Press, 1992. p. 62-63. *"The possibility that the validity of a particular legal norm might be independent of its efficacy underscores the necessity of distinguishing clearly between the concepts of validity and efficacy."*

própria criação<sup>40</sup>. Dada condição dinâmica do direito, uma norma apenas será válida se criada de uma certa forma, vinculadamente determinada por outra norma superior. Esta relação de conformidade de criação representa o vínculo de validade jurídica entre normas de distintos escalões normativos dentro do ordenamento. A relação de subordinação entre as normas superiores que estabelecem a forma da criação normativa com as normas inferiores criadas pela aplicação da ordem superior cria o sistema jurídico, hierarquicamente considerado.

O sistema jurídico positivamente considerado tem como primeira norma a norma fundamental, pressuposta como necessária, em seguida a Constituição em sentido material, como vértice para convergência normativa, e baliza de toda criação jurídica do sistema, visto que materialmente a constituição contém a forma pela qual se cria o Direito. A constituição, assim, contém as normas que prescrevem a metodologia para criação de outras normas.

O passo seguinte nos estratos normativos corresponde às normas ordinárias, criadas não pelo legislador constitucional ordinário, mas pelo legislador ordinário, no âmbito do processo legislativo, conforme prescrição constitucional.

A partir das normas ordinárias há previsão de diversas espécies normativas, como atos administrativos, contratos entabulados entre civis, relações sindicais, entre outras formas de apreciação de atos jurídicos. Porém é salutar observar que a partir da própria constituição em sentido material, todos os demais atos normativos são contêm substancialmente dois comandos legais: aplicação e criação de Direito.

Aplicar o Direito é especificar para o caso concreto o que está previsto de forma genérica na norma imediatamente superior, ao passo que criação do direito é a inovação, condicionada pela discricionariedade normativa<sup>41</sup>. Essa condição que empresta dinamicidade as normas jurídicas efetivamente reduz o fenômeno jurídico as condições objetivas de análise, ou melhor empregando a terminologia de nosso autor, conferem pureza a uma análise jurídica, quando se observa uma dada norma em relação ao fato da (1) *competência da autoridade* que põe a norma e o (2) *respeito à forma prevista em norma superior* para criação legislativa.

---

<sup>40</sup> Kelsen, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the *reine rechtslehre* or pure theory of law. Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. New York: Oxford University Press, 1992. p. 63. “[...] *the law governs its own creation.*”

<sup>41</sup> Ibid., p. 70. “*While the presupposition of the basic norm has the character of pure norm creation, and the coercive act has the character of pure application, everything between these limiting cases is both law creation and law application.*”

#### 2.4.4 Interpretação

A estrutura hierárquica do sistema normativo implica em significativas conseqüências para a interpretação do Direito. A interpretação é atividade intelectual ativa que acompanha o processo de criação do Direito enquanto ele descende do nível superior até o mais baixo. O caso padrão de interpretação corresponde a aplicação de uma previsão geral prevista em uma norma ordinária e a sua transposição para uma norma inferior individual (seja decisão judicial ou ato administrativo). Porém na interpretação normativa não se resume ao caso padrão. Aliás todas as vezes em que se faz necessário o processo de aplicação-criação do direito, no movimento descente de da norma superior até a norma individual inferior estaremos diante da necessidade de interpretação normativa, assim os mais diversos atos jurídicos podem ser interpretados, tais como decisões judiciais, atos administrativos, contratos, etc.

Entre os diferente estratos normativos existe uma relação de determinação e sujeição<sup>42</sup>. A norma superior determina a forma da criação do ato normativo inferior. Do ponto de vista de condicionar a criação do ato inferior, a norma superior contém a forma e eventualmente prescreve, inclusive o conteúdo que será regulamentado e individualizado. Porém a determinação, principalmente com relação ao conteúdo, nunca é completa. Não há como a norma superior, e, portanto, necessariamente geral, especificar com riqueza cada detalhes a norma que será individualizada. Sempre haverá margem para a discricionariedade criativa (ou melhor salientando – *discricionariedade volitiva*) da autoridade que realiza a individualização por meio de colocar a norma inferior.

Assim, todo ato jurídico de aplicação normativa é determinado somente em parte pela norma superior, e desta forma parte de seu conteúdo é indeterminado. A indeterminação do conteúdo normativo pode ser proposital, para que a autoridade inferior, mais próxima do ato a ser individualizado tenha condições de sopesar as necessidades do caso (e. g. quando o tipo penal prescreve um intervalo de anos para reclusão ou detenção do réu); ou a indeterminação pode ser involuntária por

---

<sup>42</sup> Kelsen, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the *reine rechtslehre* or pure theory of law. Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. New York: Oxford University Press, 1992., p. 77. “*The relation between a higher and a lower level of the legal system – as between constitution and statute, or between statute and judicial decision – is a relation of determining or binding.*”

parte do legislador. Uma das causas de indeterminação é a ambigüidade textual, que normalmente reside dentro de um código lingüístico; a vontade expressa pelo legislador que não corresponde com as palavras utilizadas no texto legal, ou ainda quando duas normas simultaneamente válidas regulam a mesma matéria, de forma que uma contradiga a outra.

Diante destas diversas situações, a norma inferior pode assumir diversos conteúdos não especificados na norma superior. O ato legal de aplicação pode dar entendimento a uma dentre várias possibilidades de aplicação. E a norma superior, neste sentido, revela uma moldura para o ato jurídico inferior, indicando limitações e diversas possibilidades, sendo que cabe a autoridade que vai individualizar a norma inferior preencher a moldura discricionariamente, a partir das diversas possibilidades.

A interpretação jurídica, neste sentido objetivo, não significa encontrar uma resposta exata, diante do material fornecido. Mas sim verificar a moldura e as diversas possibilidades de preenchimento normativo. O ato volitivo de criação jurídica está mais uma vez em cena, perturbando todo aquele que busca no conhecimento jurídico a verificabilidade e repetibilidade tão inerentes às ciências naturais. Mas principalmente para o próprio jurista que se identifica como jurisconsulto, portador da verdade jurídica, e grande oráculo da mensagem política transmitida pelo legislador por meio da lei, a esse jurista, Kelsen fulmina sua pretensão de colocar o científico argumento jurídico a serviço desta ou daquela bandeira ideológica. Isto porque a interpretação jurídica é em essência um ato volitivo. E a Teoria Pura do Direito será tanto mais asquerosa a este jurista quanto maior for a sua necessidade de legitimar por meio do Direito as suas intenções pessoais.

Segue Kelsen explicando que do ponto de vista positivo não há como discernir entre as possibilidades jurídicas contidas na moldura normativa de individualização entre certo e errado.<sup>43</sup> Kelsen é categórico ao afirmar que nenhum método jurídico logrou resultado ao propor uma forma correta de interpretação<sup>44</sup>:

---

<sup>43</sup> KELSEN, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the reine rechtslehre or pure theory of law. Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. New York: Oxford University Press, 1992.p. 81. *"From the standpoint of the positive Law, however, there is no criterion on the basis of which one of the possibilities given within the frame of the norm to be applied could be favoured over the other possibilities."*

<sup>44</sup> Ibid. - *"In spite of every effort, traditional jurisprudence has not yet found an objectively plausible way to settle the conflict between Will and expression. Very method of interpretation developed thus far invariably leads merely to a possible result, never to a single correct result."*

Apesar de todo o esforço, a tradicional jurisprudência ainda não encontrou um caminho objetivamente plausível de encerrar o conflito entre vontade e expressão. Cada método de interpretação desenvolvido conduz invariavelmente a um mero resultado possível, nunca a um único e correto resultado.

Explica Kelsen que positivamente não faz diferença se ater ao texto da norma para garantir objetividade ou optar por aplicar no caso concreto a vontade do legislador, suprimindo alguma expressão do texto legal. É completamente fútil tentar estabelecer o método correto de interpretação, pelo qual uma possibilidade dentro da moldura estaria inviabilizada. A interpretação surge justamente por necessidade de aplicação normativa, portanto em razão do âmbito de discricionariedade que é relegada a uma autoridade.

A noção de moldura normativa indica um novo ataque de Kelsen contra os adversários que buscam no Direito e na interpretação uma objetividade científica que não pode ser reconhecida, justamente porque não se trata de um ato de conhecimento científico que possa ser distinguido por algum método racional, mas sim de uma escolha, pois a fixação do sentido normativo é um ato de vontade. “A ilusão de certeza legal é o que a teoria jurídica tradicional, conscientemente ou não, tem se esforçado para manter.”<sup>45</sup>

## 2.5 O conceito de validade jurídica na Teoria Geral do Direito e do Estado

Teoria Geral do Direito e do Estado é o primeiro livro de teoria do direito que Kelsen publica (1945) em solo americano, depois de ter emigrado definitivamente. É um livro em que o teórico apresenta sua teoria para um público distinto do que estava acostumado. O sistema jurídico americano difere do europeu continental na medida em que os norte-americanos segue o modelo do common Law.

No anseio de traduzir sua vasta obra ao inglês Kelsen realiza nesta obra uma reformulação de alguns conceitos anteriormente defendidos a fim de tornar a teoria palatável ao jurista da *common law*. Neste sentido no prefácio do livro explica

---

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the *reine rechtslehre* or pure theory of law. Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. New York: Oxford University Press, 1992. p. 84. Neste trecho específico da Teoria Pura, Kelsen está se referindo a Jurisprudência dos Conceitos e cita Pucht e Jhering como mentores desta escola jurídica.

qual o objetivo da sua teoria de direito<sup>46</sup>: “Esta teoria [...] fornece os conceitos fundamentais por meio dos quais o Direito positivo de uma comunidade jurídica definida pode ser descrito.”

Do ponto de vista das referências é interessante notar que a preocupação de Kelsen de tornar sua teoria compreensível ao leitor do *common Law* implica em realizar paralelos com a teoria jurídica de John Austin<sup>47</sup>, e de outro a apresentação dos seus conceitos se faz de forma suave do que nos textos escritos para os leitores do *civil law*. A necessidade de estabelecer um diálogo com um novo público, diferente do ambiente de agressões constantes da academia europeia, faz o estilo de Teoria Geral do Direito e do Estado um livro mais acessível do ponto de vista de um leitor que desconhece a obra de Kelsen.

### 2.5.1 Estática jurídica

O Direito é uma ordem, um sistema de normas. Normas são comandos, mas nem todo comando é uma norma válida. Um comando é uma norma no sentido jurídico apenas quando é obrigatório para o indivíduo. A obrigatoriedade decorre da autoridade do emissor do comando.

O comando contém dois elementos, a saber, um ato de vontade dirigido ao comportamento de outrem, e a expressão deste comando por meio de palavras. Coisa que difere dos elementos do comando é a obrigatoriedade de obediência ao comando.

Quando a forma de conhecer o Direito, Kelsen que as normas jurídicas tem caráter prescritivo, na medida em que são ordens emanadas de uma autoridade competente, envolvem um juízo de *dever ser*. A norma jurídica tem estrutura em três partes, a descrição de uma situação hipotética, o estabelecimento de uma sanção, e a ligação da situação hipotética a sanção por meio de um juízo de *dever ser*. Assim, caso a situação hipotética de fato se torne realidade, *deve ser* atribuída uma sanção ao agente. A norma jurídica assim tem o atributo da coercibilidade. Quando se observa esta estrutura normativa percebe-se o que Kelsen quer dizer quando

---

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. XXVII.

<sup>47</sup> AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**: the philosophy of the positiv law. New York: Henry Holt and Company, 1985. Disponível em: <<http://intersci.ss.uci.edu/wiki/eBooks/BOOKS/Lectures%20on%20Jurisprudence%20Austin.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

menção que a norma jurídica tem caráter prescritivo, em outras palavras, imperativo. Isto porque a norma estabelece, ela cria o direito, ela é.

Diferente da norma jurídica é a *regra de Direito*<sup>48</sup>, produto de ciência jurídica, que tem caráter descritivo. A ciência jurídica se presta a descrever o Direito, e não a lhe recomendar como *deve ser*. Desta forma a regra de Direito consiste no trabalho científico de descrever a norma.<sup>49</sup>

A regra de Direito, neste sentido descritivo, é um julgamento hipotético, em que se liga consequências a certas condições. Tal qual a noção de ciência natural observa por meio de um juízo hipotético que uma situação é causa e outro efeito, ligada por um juízo de causalidade, Kelsen apresenta a regra de Direito como uma descrição, um juízo hipotético que liga um fato a uma consequência por meio de um *dever ser*, logo, não se fala em um juízo de causalidade, mas sim do *princípio normativo*<sup>50</sup>.

Kelsen descreve ainda o conceito de sanção, como sendo o ato praticado em desfavor daquele que no plano dos atos materiais contraria a norma jurídica. Explica que a sanção pode ter como objetivo a retribuição de um mal (norma penal) ou a reparação (execução civil)<sup>51</sup>.

Segue-se a uma exposição quanto ao conceito de delito. Essa conduta material a que está ligada a sanção no plano normativo é o delito. Delito e dever jurídico estão em uma relação de oposição. A norma jurídica prescreve em seu enunciado uma situação hipotética. Positivamente a realização da situação hipotética implica em *dever ser* ligada a esta conduta uma sanção. Ora, realizar a conduta é um delito. Mas negativamente, a norma jurídica prescreve o dever jurídico dos sujeitos a ela submetidos de se absterem da realização da situação hipotética. Dada a situação pela norma jurídica resta estabelecido o dever jurídico de abstenção de realização da conduta, e a previsão de que a realização do ato

---

<sup>48</sup> Kelsen denomina *regra de Direito* na Teoria Geral do Direito e do Estado (1945) aquilo que posteriormente vai chamar de proposição jurídica, a partir da segunda edição da Teoria Pura do Direito (1960). Para aqueles acostumados à terminologia da Teoria Pura do Direito é importante essa ressalva, pois demonstra que o conceito de proposição jurídica tal qual apresentado em 1960 não apareceu pronto, levando anos a ter ser apresentado, revela uma dimensão de construção da Teoria Pura.

<sup>49</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 63.

<sup>50</sup> O princípio da normatividade aqui apresentado recebe o nome de imputação na Teoria Pura do Direito (1960).

<sup>51</sup> KELSEN, 2005, op. cit., p. 71-72.

consiste em um delito. “O dever jurídico é o dever de se abster do delito. ‘Obedecer’ à norma jurídica é o dever do sujeito.”<sup>52</sup>

### 2.5.2 *Dinâmica jurídica*

A ordem jurídica é um sistema de normas todas de validade emprestada pela norma fundamental. A validade ou existência de uma norma jurídica está na exata conexão desta com a norma fundamental. A norma fundamenta é o que suporta todo o sistema jurídico.

As normas não são objetos táteis que possam ser levados à mente por meio de uma experiência empírica, portanto não se pode dizer delas que sejam verdadeiras ou falsa. As normas são juízos de *dever ser*. Juízos que apenas podem ser dotados de obrigatoriedade, validade, ou simplesmente dito, de existência jurídica. A existência jurídica de uma ordem independe do conteúdo desta norma. A validade de uma norma é dada por outra norma. Exemplificando: Disse o Senhor Deus “Não matarás”. A validade da norma não está no conteúdo que prescreve que não se deve matar, mas e outra norma subjacente, pressuposta que diz que se deve obedecer ao senhor Deus.

Chama-se norma fundamental a primeira norma, que não retira sua validade de outra norma, que é pressuposta ao sistema jurídico. Quando todas as normas jurídicas estiverem organizadas em relação de dependência de uma única norma fundamental estaremos diante de um sistema normativo. Um tal enunciado de *dever ser* será uma norma válida no sistema se estiver em relação de dependência de uma norma fundamental. A validade jurídica de uma norma é o dado que implica na existência própria da norma.

Nos sistemas ditos estáticos as normas estão numa relação de dependência de conteúdo, de tal forma que a norma inferior consiste em um juízo de dedução da norma superior. Existe no vértice do sistema uma norma fundamental que contém todas as demais. O conteúdo do sistema normativo está previsto em uma única norma da qual por meio de juízo de dedução todas as regras são trazidas a conhecimento.

---

<sup>52</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 84.

Por outro lado o sistema dinâmico é caracterizado por uma ausência de conteúdo. Neste a validade jurídica independe de conteúdo, sendo a validade jurídica apenas uma questão de forma. Não existe relação de dedução entre as normas, não existe qualquer inferência que se possa deduzir da parte pelo todo. Apenas existe a competência para colocar a norma. Existe autoridades competentes para colocar as normas. A validade da norma está assim condicionada a competência da autoridade que a coloca em vigor. Autoridade que está discricionariamente autorizada a pôr a norma em vigor, por meio de um ato volitivo, diga-se novamente por meio de uma escolha arbitrária.<sup>53</sup>

Um sistema jurídico será um sistema dinâmico quando no vértice do sistema estiver uma norma fundamental desprovida de conteúdo.

“Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa da sua natureza, ser transformado em um dever jurídico correspondente a um direito jurídico.”<sup>54</sup>

A validade jurídica de uma norma não pode ser questionada sob o pretexto de o seu conteúdo ser considerado pertinente ou não. A validade jurídica depende apenas da forma da criação do mandamento. Se a norma jurídica foi posta conforme a previsão legal do sistema, ela será válida.

As normas possuem duas fontes básicas: as normas gerais são criadas pelos órgão legislativos competentes e as normas particulares são criadas pelos juízes. O Direito é a sua própria fonte, pois a criação normativa deve obedecer aos rituais previstos em lei.

A norma superior será o fundamento de validade de outra inferior se esta última retirara daquela a sua validade. A norma imediatamente superior cria as condições para que a norma inferior seja fixada, por um critério formal. Observado o procedimento as normas estarão em relação de hierarquia em que a inferior depende da superior. Logo o sistema jurídico não PE um sistema de normas no mesmo patamar, mas um sistema hierarquizado, melhor dizendo, escalonado.

A estrutura hierárquica de um Estado, de forma geral, pressupõe a existência da norma fundamental e uma constituição. Constituição em sentido formal e o documento que organiza politicamente o Estado, contém em linhas gerais as

---

<sup>53</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 165.

<sup>54</sup> Ibid., p. 166.

condições para criação dos demais estatutos jurídicos. A constituição é um documento solene, que em razão da matéria tratada implica dentro desse sistema um rito diferenciado para dificultar a sua alteração; o procedimento constitucional, assim se diferencia do procedimento jurídico ordinário.

Se é verdade que a norma fundamental destituída de conteúdo empresta apenas validade jurídica a constituição, esta diferentemente daquela possui sim conteúdo material. Inclusive pode tornar imutável algum tema, pode relgar especial atenção a outros e ainda negativamente pode deixar a regulamentação de assuntos mais simples a cargo do legislador ordinário. A constituição determina a forma pela qual o direito será criado, e nesta medida a repartição de competência legislativa representa um tema que orienta tanto a forma da elaboração legislativa quanto do conteúdo<sup>55</sup>.

Kelsen distingue dois tipos ordinário de direitos: um substantivo e outro adjetivo. Explica: “Ao lado do Direito criminal substantivo existe um Direito criminal adjetivo de processo criminal, e o mesmo é verdadeiro também para o Direito civil e Direito administrativo.”<sup>56</sup> A aplicação do direito, por um dado órgão, sempre envolve esses dois tipos normativos, as regras adjetivas que orientam a investidura da autoridade e o procedimento que ela é obrigada a seguir; e também as regras substantivas que vão determinar o conteúdo material da decisão. Kelsen explica ainda que o Direito não existe sem a conjugação de ambas as faces substantivas e adjetivas.

Como já mencionado o Direito se retro alimenta, na medida em que regula a sua própria criação, e a norma superior delega formal e materialmente a uma autoridade a competência para a sua aplicação. Essa aplicação do Direito superior pela autoridade, todavia, implica em criação de direito novo. A criação do Direito é aplicação do Direito. À exceção dos casos extremos do sistema jurídico, as normas que compõem a ordem jurídica são todas em alguma medida aplicação e criação de Direito. Uma decisão judicial, assim, é a aplicação de uma norma geral a uma situação que envolve as partes do litígio. É aplicação da norma superior, mas é direito novo para partes, já que a decisão determina em detalhes como a norma superior será aplicada. Um estatuto jurídico ordinário, é criação jurídica nova, mas

---

<sup>55</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 182-184.

<sup>56</sup> Ibid., p. 188.

também é aplicação da ordem constitucional que mandou criar regulação na matéria.

### 2.5.3 *Jurisprudência normativa e sociológica*

Este tópico da Teoria Geral do Direito e do Estado é deveras inusitado. Após a definição de norma e a exposição da metodologia de trabalho de Kelsen em 1911, a simples menção ao conceito de *jurisprudência sociológica* parece incongruente. A separação entre *ser* e *dever ser* é tão fulcral em Kelsen que aventar a hipótese de uma jurisprudência sociológica soa estranho, no entanto o capítulo XII da Teoria Geral do Direito e do Estado trata exatamente deste conceito.

Não é de todo estranho o capítulo quando no primeiro parágrafo Kelsen ressalta as qualidades da sua teoria jurídica:

Fazendo-se o devido desconto à tautologia, a teoria do Direito aqui apresentada é uma teoria jurídica. Ela mostra o Direito como sendo um sistema de normas válidas. O seu objeto as normas, gerais e individuais. Ela considera fatos apenas na medida em que eles sejam, de um modo ou de outro, determinados por normas. Os enunciados com os quais a nossa teoria descreve o seu objeto são, portanto, não anunciados sobre o que é, mas enunciados sobre o que deve ser. Nesse sentido, a teoria também pode ser denominada uma teoria normativa.<sup>57</sup>

Mais a frente conclui:

Durante dois mil anos, esta tem sido, de fato, a única abordagem intelectual do fenômeno do Direito, além da abordagem puramente histórica; e não há nenhum fundamento razoável pelo qual devemos negar o nome de 'ciência' a essa tradição contínua de tratamento intelectual do Direito.<sup>58</sup>

Ao redigir palavras tão contundentes Kelsen provavelmente estava se sentindo de alguma maneira atacado, pois em defesa de sua teoria elencou todos as razões metodológicas que sustentam o seu trabalho. Diz isto antes mesmo de explicar o que seja o conceito de jurisprudência sociológica.

<sup>57</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 235.

<sup>58</sup> Ibid., p. 236.

Kelsen está sob o ataque o *realismo jurídico*, e neste sentido dialoga com autores como Karl N. Llewelly e Joseph W. Bingham. A jurisprudência sociológica parte do princípio causal, acreditando que é possível aplicar a previsibilidade da ciência natural, a fim de prever a conduta dos membros da sociedade de acordo com regras “reais”.

Essa definição é suficiente para observar que a dita jurisprudência sociológica parte do conceito, distinto da teoria jurídica de Kelsen, de que é possível a construção de uma teoria jurídica do ser. Sendo assim não há mais o que acrescentar.

## **2.6 O conceito de validade jurídica na segunda edição da Teoria Pura do Direito<sup>59</sup>**

A segunda edição da Teoria Pura do Direito publicada em 1960 representa o ápice da teoria jurídica de Hans Kelsen. Nesta segunda edição foram inseridas fundamentalmente as duas contribuições teóricas de seus discípulos Adolf Julius Merkl e Alfred Verdross.

Esta versão acabada da Teoria Pura do Direito tem alguns diferenciais em relação às obras pretéritas, um capítulo destacado para a visão de ciência jurídica e outro capítulo para a interpretação normativa. Estes dois capítulos da Teoria Pura do Direito são contribuições ímpares de Hans Kelsen. A importância da Teoria Pura para o pensamento jurídico não pode ser mensurada. Ainda que muitos tenham sido os adversários, poucos deixam de reconhecer a paixão do acadêmico.

Esta paixão faz desta versão da Teoria Pura texto complexo, denso de significação, permeado por uma luta corporal com outros autores. Perceber essas nuances pode ajudar à compreensão da obra.

### **2.6.1 Direito, natureza, moral e ciência**

A Teoria Pura do Direito é uma teoria geral do Direito, não se desenvolve para estudar um sistema normativo especificado, mas busca compreender as estruturas de todo e qualquer sistema jurídico válido, por isso é uma teoria que se

---

<sup>59</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

aplica a qualquer sistema normativo. Kelsen explica de forma didática em que consiste a pureza. Trata-se de um princípio básico de ciência. Conhecer o seu objeto, deixar que esse objeto com as suas limitações estabeleça o método.

Epistemologicamente considerada a Teoria Pura do Direito tem por missão compreender o seu objeto, não lhe prescrevendo comportamentos, mas apreendendo sua natureza. A intensidade com que busca conhecer o seu objeto é o que lhe confere maior destaque e distinção. A compreensão do Direito e da sua natureza normativa conduzem a um método capaz de distinguir entre o que pode ser apreciado juridicamente do que escapa à sua compreensão, por falta de acuidade metodológica. Observar o Direito a partir de um prisma eminentemente jurídica é a sua vocação, sua missão, sua razão de ser. A pureza consiste em considerar as prescrições metodológicas ditadas pelo objeto sob análise. Do ponto de vista normativo e jurídico, conhecer o Direito. E não mais observar as suas conexões com outras áreas do saber.

O ato natural tem sua correspondência juridicamente relevante na medida em que é objeto de incidência de norma jurídica, ausente a incidência normativa o o ato natural será irrelevante para órbita jurídica. O Direito assim considerado, do ponto de vista positivo normativo, contém um sentido objetivo de concordância com a norma, que pode ou não coincidir com o sentido subjetivo do ato praticado pelo agente. Uma reunião de pessoas, diante das palavras de uma em especial, permanece em silêncio, do ponto de vista subjetivo pessoal podem concordar que realizaram uma votação, do ponto de vista objetivo do Direito acabaram de emendar a Constituição. As normas de Direito permitem observar certos atos naturalísticos com um sentido objetivo jurídico próprio.

A norma, assim, indica um esquema de interpretação que nos permite compreender um ato natural como conteúdo de um ato jurídico objetivo, processado no espaço e no tempo. O conhecimento jurídico se dirige justamente a estas normas que incidem sobre as condutas humanas. Normas são justamente estes enunciados que se dirigem a afetar a vontade de terceiros, a fim de dirigir as massas a um dado comportamento tipo de benéfico:

‘Dever-ser’ é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem objetivamente este sentido. Ora, somente

quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como 'norma'<sup>60</sup>

Vigência (validade) vem a ser a existência da norma, a validade jurídica de uma norma determina a existência da norma dentro do sistema jurídico. Conseqüentemente da divisão entre ser e deve-ser decorre a questão de que a norma jurídica válida não precisa necessariamente ser eficaz. O critério de eficácia normativa é da ordem do ser, já a validade é do âmbito do dever-ser.

Dado o conceito de validade, Kelsen analisa de maneira jurídica objetiva o conceito de Direito, a fim de discriminar exatamente o objeto da Teoria Pura do Direito. O Direito é ordem social normativa que se dirige à conduta de outrem, por meio de especificações positivas no sentido de prescrever determinada conduta desejável. O Direito é também ordem social coativa, uma vez que a conformação da conduta naturalística com alguma previsão legal ensejará a cominação de uma sanção (pena ou execução).

Sob o influxo da natureza Kelsen distinguiu Direito e atos juridicamente relevantes. Quanto ao aspecto moral, as normas de prescrição ética e morais são destituídas da característica das coações. Entre outros aspectos, já que a moral representa uma ordem normativa interna e pessoal, sem condições de ser aceita de forma indiferente e universal.

As normas jurídicas são o objeto da ciência jurídica.<sup>61</sup> A conduta humana, desta feita, apenas em termos mediatos será considerada pela ciência jurídica, desde que em relação com a norma jurídica. Kelsen define o princípio fundamental de toda a Teoria Pura<sup>62</sup>:

A ciência jurídica procura apreender o seu objeto 'juridicamente', isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.

A ideia contida no trecho transcrito de que o objeto da ciência jurídica será considerada apenas através de uma norma jurídica diz respeito ao princípio da pureza. A partir deste conceito de direito é possível desenvolver a teoria da estática

<sup>60</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 8.

<sup>61</sup> Ibid., p. 79.

<sup>62</sup> Ibid..

jurídica, que considera o sistema normativo, e a dinâmica jurídica, que considera o sistema normativo na sua ação de aplicação e de produção.

Já outro aspecto da Teoria Pura é a distinção entre a norma jurídica positivada e válida, da proposição jurídica ao conhecimento da ciência jurídica. As normas jurídicas como já salientado não emanam de autoridades competentes e dotadas de validade, ou seja, existência, que consiste em ter a sua aplicação prevista em uma norma superior, de onde retira a sua validade, de forma que se encontra em uma relação direta de validade/existência em relação a norma fundamental. Coisa que difere muito de uma consideração científica a cerca da norma, conhecida também como proposição jurídica. As proposições jurídicas existem para descrever a norma.

As proposições jurídicas são juízos hipotéticos da ciência jurídica que enunciam que diante de uma situação legalmente prevista, devem incidir determinadas consequências jurídicas. As proposições são juízos hipotéticos, as normas são mandamentos imperativos, não se confundindo umas e outras. Os juízos hipotéticos a que se ligam uma consequência a que se chama de proposição jurídica, como célula da ciência jurídica não se confunde com as normas jurídicas que podem aparecer sob a forma de proposição, como o são normalmente os tipos penais. Apesar dos tipos penais terem a forma da proposição jurídica, não são. Pois tem significado de norma, portanto imperativo. Mas é importante que se observe que nem toda norma jurídica contém a forma de uma proposição, basta observar a Constituição Federal que logo se vê.

O Direito como norma tem um sentido objetivo próprio de se dirigir a conduta de uma dada comunidade, já a proposição tem o sentido de descrever a norma. De um lado a autoridade jurídica com fins eventuais de pacificação social, de outra banda a proposição jurídica com o objeto de descrever para conhecer o Direito. Kelsen explicando a distinção entre norma jurídica e proposição jurídica observa um aspecto da filosofia de Kant:

Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte 'produz' o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 81-82.

A ideia epistemológica de que o método produz o objeto revelado neste trecho é atribuído por Alfred Verdross<sup>64</sup> a influência da Escola de Marburgo sobre os escritos de Hans Kelsen. Neste sentido é importante salientar que após a publicação de uma resenha de tese de livre-docência, Kelsen teve oportunidade de se aprofundar nestes tópicos do neokantismo. Daí podermos compreender o que exatamente quer Kelsen dizer quando menciona a criação do objeto da ciência jurídica por meio da ordenação do caos normativo:

[...] o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma em num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. Esta 'produção', porém, tem um puro caráter teorético ou gnoseológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica.<sup>65</sup>

Claro está em que condições Kelsen diferencia a ciência jurídica da produção jurídica das autoridades judiciárias. Por conseguinte é importante diferenciar o produto da ciência jurídica (a proposição jurídica) com o seu objeto de análise, seja a norma legislativa, seja a norma individualizada criada por uma autoridade judiciária. A ciência jurídica se presta a prescrever e não a ditar comportamento para o Direito.

Em termos decorrentes do dualismo ontológico neo-kantiano da Escola de Baden<sup>66</sup> entre ser e dever-ser, os conceitos de ciência normativa e do princípio da

<sup>64</sup> VERDROSS, Alfred. **La filosofía del derecho del mundo occidental**: visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas. Tradução Mario de la Cueva. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983. p. 287. *"La 'pureza del método', predominante desde un principio en la teoría del derecho de Kelsen, encontró un nuevo fundamento en la unión entre el pensamiento kelseniano y la Escuela filosófica del neo-kantismo de Marburgo: esta Escuela - según se desprende de la exposición que hicimos - tiene sus raíces en la doble convicción de que no existe ninguna 'cosa en sí' y de que el objeto del conocimiento es creado por el método que se aplica en la consideración del fenómeno. En consecuencia, las ciencias de la naturaleza no son para Kelsen disciplinas que contemplan a la naturaleza como su objeto, sino ciencias que enlazan los fenómenos naturales o sociales dentro de la ley de causalidad."*

<sup>65</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 82.

<sup>66</sup> PAULSON, Stanley L. **Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen**. Tradução Luís Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. *"En segundo lugar, se trata del dualismo metódico, sin duda el aspecto más evidente de la dimensión filosófica que presenta la doctrina jurídica preclásica de Kelsen. Kelsen tomó este dualismo metódico y la separación de ser/deber ser que implica, de los neokantianos de Heidelberg, Baden o del suroccidente alemán y lo utilizó luego en consecuencia. Ambas posiciones básicas -el constructivismo y el dualismo metódico referido a la diferenciación ser/deber ser implican la doctrina difícilmente comprensible de la imputación, la cual es introducida por Kelsen como alternativa a la conocida teoría corriente de la voluntad."*

imputação. Kelsen distingue entre ciência causal e ciência normativa, discriminando a partir dos princípios norteadores.

A principal questão de fundo entre a distinção entre *ser* e *dever ser* é um ataque da Teoria Pura do Direito a toda e qualquer teoria jurídica que busca explicar um fato normativo por meio de uma asserção do factual do mundo do *ser*. Daí porque ser necessário distinguir o que é uma cadeia de fenômenos causalmente explicáveis de uma cadeia de fatos normativos explicáveis por meio de uma relação de imputação.

Quando se busca explicar os fenômenos naturais e sobretudo o movimento dos corpos, tem-se que considerar a causa que coloca o corpo em movimento, ou ainda causa que cessa o movimento do corpo. A descrição dos fenômenos da natureza permite criar leis a partir da observação, que tenham por base uma relação de causa e efeito. A descrição da lei da gravidade e todas as leis de Newton, por exemplo, seguem esse modelo.

Porém a normatividade não está em relação de contigüidade ou de semelhança com os dados da natureza. Isto porque não existe correlação entre um dado de *dever ser* e um dado do mundo do *ser*. Ontologicamente considerados estes fatos são distintos. Do fato de uma coisa ser não se segue que tal coisa deva ser e a recíproca é verdadeira.

### 2.6.2 Dinâmica jurídica

O ponto nevrálgico da Teoria Pura do Direito, talvez o conceito mais central de toda a produção jurídica de Hans Kelsen repousa no conceito que dá validade jurídica a todo o ordenamento. A norma fundamental. Hans Kelsen questiona: “Porque é que uma norma vale, o que constitui o seu fundamento de validade?”<sup>67</sup>

A validade normativa, segundo Kelsen, implica na existência de um comando vinculado. A razão de ser da norma válida se refere a uma outra norma, igualmente válida, porém de estrato superior aquela. Já que a validade jurídica enquanto característica específica de um universo jurídico não pode retirar sua validade de um dado *ser*, mas apenas de outro *dever-ser*. O fundamento de validade de uma norma, assim, apenas pode ser outra norma. No interior de um sistema

---

<sup>67</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2015.

jurídico, de um ordenamento específico, as normas se organizam hierarquicamente, de tal forma a descrever uma pirâmide normativa composta de variados estratos normativos. Cada estrato normativo no interior da pirâmide está em uma relação de dependência de validade do estrato superior enquanto representa o fundamento de validade do estrato imediatamente inferior. De tal forma que na base inferior da pirâmide existam apenas atos de execução judicial, e no vértice apenas a norma destituída de conteúdo, apenas fundamento de validade do sistema.

A norma destituída de conteúdo, que repousa sobre as demais no vértice da pirâmide normativa, chamada de *norma fundamental*, diferentemente das demais normas, não é posta por uma autoridade investida de competência legislativa. A competência legislativa é conferida por uma norma. Não havendo autoridade metajurídica, sendo inviável ao positivismo jurídico reconhecer uma autoridade jusnatural, forçoso reconhecer que a *norma fundamental* não é posta no sistema, mas pressuposta, e, portanto, sua única razão de ser é emprestar validade jurídica ao ordenamento, sem com isso implicar o reconhecimento de qualquer conteúdo. A norma fundamental é o que permite pensar o sistema jurídico sem a necessidade de recorrer a qualquer outro argumento que não seja o jurídico. A norma fundamental é o que permite distinguir entre o jurídico e o político.

A norma fundamental de um sistema jurídico pode ser reconhecida destituída de conteúdo, de tal forma que o conteúdo normativo é construído na medida em que os estratos normativos inferiores vão se compondo, o que é a definição do princípio dinâmico de ordenamento jurídico. Todavia a norma fundamental também pode ser compreendida como completamente preenchida de conteúdo, de tal sorte que todo o conteúdo do sistema jurídico esteja presente nesta única norma, sendo tarefa dos estratos normativos da pirâmide *revelar* o conteúdo. Um tal ordenamento é compreendido dentro da perspectiva de um princípio estático, já que todo o conteúdo jurídico do sistema já é pré-estabelecido pela norma fundamental.

O argumento de Hans Kelsen para distinguir entre um sistema estático ou dinâmico repousa na sua percepção da própria razão<sup>68</sup>. A análise do seu argumento permite compreender como cada parte da Teoria Pura é construída.

---

<sup>68</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 218-220.

Imaginar uma norma fundamental totalmente preenchida de conteúdo, que sirva de base para deduções lógicas, como a produção de silogismos do geral para o particular, necessita de uma norma cujo conteúdo seja imediatamente evidente.

Dizer que uma norma é imediatamente evidente significa que ela é dada na razão, com a razão. O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora; e este conceito é – como se mostrará – insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade. Por isso, não pode haver qualquer norma imediatamente evidente.<sup>69</sup>

A construção do argumento passa por dois conceitos: a razão como instrumento do conhecimento, e a norma como ato de vontade. Ao explicar a distinção entre os dois conceitos Kelsen comprova a impossibilidade de um sistema jurídico baseado no princípio estático.

Uma norma repleta de conteúdo, tal como a norma fundamental, deve ser auto-evidente, e para tanto deve ser compreendida pela razão. Ora, mas a razão não se presta a querer, mas sim a conhecer. Logo uma norma completa de conteúdo apenas pode ser *conhecida* pela razão. Mas o direito não é ato da razão, é ato de vontade. Como ato de vontade é resultado de uma escolha, emanada de alguma autoridade. Se a norma jurídica é posta por um ato de vontade, logo a ação volitiva de colocar a norma não pode ser compreendida como auto-evidente, não sem considerar as razões da autoridade que põe a norma. Logo é inviável compreender uma norma como resultado auto-evidente de um ato volitivo.

Kelsen poderia expor o seu argumento de forma distinta da que faz. Poderia se utilizar de argumentos de autoridade, ou ainda de outros argumentos, buscando respaldo em autores que tenham por ventura tergiversado sobre o seu ponto de vista. Porém a exposição dos seus conceitos de princípio estático e dinâmico estão condicionados pela sua compreensão de razão e de norma jurídica. Essa questão relativa ao meio de exposição da teoria jurídica, do seu conceito de norma e a derivação de conceitos jurídicos complexos a partir de núcleos fundamentais, como os de norma e ato de vontade revelam a sistematicidade o pensamento de Hans Kelsen. Como um Euclides, a partir de axiomas incontestáveis da razão, formam-se postulados capazes de explicar a distribuição dos espaços. Em Kelsen, a partir de

---

<sup>69</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 218.

conceitos centrais, tais como norma como ato de *dever-ser* emanado de uma autoridade, ou seja, um ato volitivo, formam-se postulados como a impossibilidade de uma norma fundamental com conteúdo auto-evidente.

Quando se conhecem críticas aos resultados atingidos pela Teoria Pura do Direito, tais como seu método de pureza, por exemplo, observa-se de modo geral glosas apaixonadas quanto do “normativismo”, ao “purismo”, a “ingenuidade” entre outros aspectos. Porém, de fato, nunca, ou quase nunca, verifica-se uma crítica consciente da cadeia de raciocínios sistêmicos que levam a esta conclusão tida por reducionista, formalista, e eminentemente normativista. Contudo uma crítica que se dirija ao resultado apontado pela Teoria Pura deve considerar a cadeia de raciocínios que levam a determinada conclusão. A negação do resultado de uma pesquisa pelo simples fato de não gostar do resultado é uma crítica que beira a infantilidade. Criticar os resultados em razão do que se esperar dos resultados e não pelas condições em que os resultados foram atingidos, ou ainda, sem levar em consideração o método da pesquisa, simplesmente não está no mesmo patamar de diálogo. Na base de algumas das críticas endereçadas à tese da pureza está implícita a necessidade de refutar o argumento básico que sustenta a norma fundamental de que toda norma é um ato de vontade. Não se pode discutir o resultado de um pesquisa sem levar em consideração as condições em que este resultado foi obtido, sob pena de injustiça com o pesquisador.

Kelsen expõe parte do seu conceito de sistema dinâmico de forma esclarecedora:

Uma norma jurídica não vale porque tem determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo por ser reduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica.<sup>70</sup>

Esta é com certeza uma das definições mais polêmicas da Teoria Pura. Principalmente para as escolas de fundo jusnaturalistas, que buscam excluir da

---

<sup>70</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 221.

órbita jurídica normas impregnadas de imoralidade e/ou injustiça. Kelsen já havia observado que o próprio conceito de moralidade é relativo. Temos objetivamente, assim, um objeto de estudo. Distinguível pela via da norma fundamental de qualquer outro objeto. Discordar da definição implica em revolver os fundamentos desta afirmação. É salutar tal movimento, porém necessário observar suas nuances como parte de um paradigma que deve ser superado, nos termos dos paradigmas científicos de Thomas S. Kuhn<sup>71</sup>.

A natureza da norma fundamental só é perceptível diante um ordenamento específico, eficaz em termos globais. A norma tem como fundamento ser a condição lógico-transcendental de conhecimento de um dado sistema jurídico. Quaisquer atos do mundo fático a partir da norma fundamental poder ser interpretados com um significado objetivo em relação a uma norma a partir da relação desta norma individual com a norma fundamental.

[...] como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas<sup>72</sup>

Kelsen, por fim, observa que o recurso da norma fundamental em nada significa inovação quanto a inauguração de um nome método de conhecimento jurídico, ressalta que se trata antes de reconhecer um raciocínio que já é praticado em toda parte. Kelsen reconhece a sua limitação uma vez que não se considera o criador da norma fundamental, sendo apenas um observador que compreendeu como a norma fundamental se manifesta no interior de um ordenamento jurídico. Este reconhecimento é deveras importante, justamente porque demonstra um aspecto pouco considerado pelos críticos de Kelsen que buscam desqualificar a Teoria Pura em razão de seus resultados, quando julgam insatisfatórios, porém Kelsen não está a analisar resultados, mas a compreender como a decisão jurídica é tomada, e quando ela é dotada de validade jurídica.

---

<sup>71</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 30. "O estudo dos paradigmas, muito dos quais bem mais especializados do que os indicados acima, é o que prepara basicamente o estudante para ser membro da comunidade científica determinada na qual atuará mais tarde." A questão em destaque é a de que a Teoria Pura do Direito representa um paradigma de visão jurídica ainda não superado, justamente porque alguns elementos da sua teoria não foram analisado ou superados.

<sup>72</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 225.

O segundo aspecto relevante da Dinâmica Jurídica diz respeito a estrutura escalonada da ordem jurídica. Este aspecto estruturante diz respeito à característica do Direito de regular a sua própria criação. O caráter dinâmico do ordenamento permite efetivamente viabilizar o controle jurídico de cada ato realizado no interior do sistema. Justamente porque o Direito regula a sua criação.

O fundamento de validade do sistema jurídico repousa na norma fundamental, mas esta apenas mediatamente representa o fundamento de validade de uma norma, em geral a norma imediatamente superior é o que determina a maneira de se produzir um ato jurídico, ou seja, é o fundamento imediato de validade. “A norma que regula a produção é norma superior, a norma produzida segundo as determinações é a norma inferior.”<sup>73</sup>

A Constituição em sentido material é a norma que por excelência regula a forma de produção legislativa. Nem sempre a constituição em sentido material coincide com a constituição em sentido formal, ou seja, o texto legal que se denomina por constituição. O estrato inferior ao de dignidade constitucional é a legislação ordinária e o costume.

Para compreensão do Direito enquanto objeto de estudo, examina Kelsen:

O Direito material e o Direito formal [processual] estão inseparavelmente ligados. Somente na sua ligação orgânica é que eles constituem o Direito, o qual regula a sua própria criação e aplicação. Toda proposição jurídica que pretenda descrever perfeitamente este Direito deve conter tanto o elemento formal como o elemento material.<sup>74</sup>

A compreensão dos fenômenos jurídicos, conforme exposição, apenas é possível na conjugação do direito material e processual, essa observação de Kelsen é deveras importante, visto que existe uma visão deturpada em segmentar a análise jurídica por matéria de pesquisa, como se o fenômeno jurídico pudesse ser reduzido por matéria.

---

<sup>73</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247.

<sup>74</sup> Ibid., p. 257.

### 2.6.3 Interpretação

O conceito de interpretação normativo recebe na segunda edição da Teoria Pura do Direito, em seu capítulo VIII, tratamento que efetivamente merece atenção do leitor. Necessário distinguir entre o que Hans Kelsen denomina interpretação autêntica de interpretação não-autêntica da norma.

A questão básica de interpretação jurídica significa identificar o conteúdo de uma norma de escalão inferior, a fim de encontrar o conteúdo de uma sentença ou ato da Administração, *e.g.* Porém, há os indivíduos que não tem responsabilidade com a *aplicação* do Direito, mas sim com a sua *descrição*, a ciência jurídica. Assim temos duas interpretações essencialmente distintas: uma interpretação do órgão responsável pela aplicação da norma, ou seja a interpretação autêntica do Direito; e uma interpretação elaborada pela ciência positiva do Direito, que realiza uma descrição da norma, por meio de uma interpretação não-autêntica.

Todo ato jurídico a ser aplicado por definição contém uma certa indeterminação, pois da relação entre normas de um escalão superior com as normas de um escalão inferior decorrer uma especificação em relação ao conteúdo. Ora, a norma superior simplesmente não contém todos os aspectos relevantes para a sua especificação, daí porque a norma inferior necessitar especificar ainda mais o conteúdo.

Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.<sup>75</sup>

Tal medida de indeterminação resulta em todo ato jurídico a ser aplicado, quer seja ato de criação jurídica (legislação), quer seja ato de aplicação (ordens judiciais, *e.g.*).

Em todos os casos de indeterminação normativa do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades de solução do problema. O ato jurídico a ser realizado acaba tendo assim, diversas possibilidades de realização. O Direito do escalão superior, a ser aplicado, implica em uma moldura dentro da qual há diversas maneiras corretas de cumprir com o mandamento legal, ainda que contraditórias entre si.

---

<sup>75</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388.

A interpretação autêntica, assim, consiste na fixação de uma dentre várias possibilidades. Esta fixação de conteúdo acaba de conformar o Direito, que acaba, assim, sendo individualizado. Ocorre que é imperioso reconhecer que não existe ato racional capaz de oferecer satisfatória distinção entre as decisões previstas na moldura da norma, a fixação de uma das posições por parte da autoridade competente representa, e é importante repisar, um ato volitivo. Isto significa que a interpretação autêntica da norma não contém qualquer ato de racionalidade, mas sim um ato de vontade.

Resta, assim, examinar a interpretação da ciência jurídica, a interpretação não-autêntica da norma. Esta sim é uma interpretação cognoscitiva, que busca conhecer o seu objeto, e não distinguir entre prováveis respostas. Não se trata, neste caso de criação de Direito novo, mas sim de vislumbrar as possibilidades de fixação normativa. “[...] a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica.”<sup>76</sup>

Resta ao cientista do Direito, assim, a tarefa de descrever a norma. Esta é a tarefa da interpretação não-autêntica da norma, reconhecer todas as possíveis decisões passíveis de serem incluídas no bojo da norma superior, e com isto tornar-se norma efetiva. Na descrição da norma as paixões do observador deve ser contidas, pois não se trata de Descrever o Direito como ele deveria ser ou ainda como o observador gostaria que o Direito fosse, mas sim descrever como o Direito é, enquanto ordem coativa imposta por uma autoridade competente.

Do ponto de vista da interpretação jurídica revela-se o que efetivamente acaba por ser o objeto de análise jurídica: dois conceitos servem de base a uma análise jurídica, a forma pela qual a norma foi posta (se está de acordo com os ritos estabelecidos pela norma superior) e a competência da autoridade que põe a norma. Esses dois requisitos é que vão nortear as discussões jurídicas, as demais discussões normativas, ainda que eventualmente contenham discussão de mérito, simplesmente não revelam a verdade do Direito, que é o fato de que para realização da aplicação normativa, o ato que reduz ao nível mais baixo uma ordem legal, ou mesmo a mais alta norma prevista em Constituição, são atos volitivos, atos de vontade.

---

<sup>76</sup> Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 395

## CAPÍTULO 3 DO PERÍODO CÉTICO

### 3.1 O conceito de validade jurídica na Teoria Geral das Normas

Kelsen<sup>1</sup> abre a sua Teoria Geral da Norma explicando que a palavra norma vem do latim *norma*, e que sob esta expressão estão entendidos a noção de mandamento, conferir poder, permitir, derogar entre outras funções. *Ato de vontade*, por outro lado, é um ato realizado conforme está ordenado por uma norma. O que se ordena é uma *conduta humana definida*, enquanto “[...] quem ordena algo, prescreve, quer que algo deva acontecer.”<sup>2</sup> Logo o dever-ser de uma norma é o “[...] sentido de um querer, de um ato de vontade”<sup>3</sup>, de tal forma que a norma representa um ato de vontade que prescreve uma determinada conduta humana. Em resumo: a norma é um ato de vontade de alguém que prescreve para que outrem deva se comportar desta ou daquela maneira.

O *dever-ser* é uma categoria original que não comporta definição, da mesma forma que o *ser* não pode ser definido. O que põe a norma é um ato de vontade. O ato de vontade é o que gera a norma. A norma é o sentido do ato de vontade. Não apenas um ato intencional pode por a norma, também o costume.

A validade de uma norma é a sua existência, pode ser posta por ato de vontade ou pelo costume. A existência da norma não se confunde com fatos reais tampouco pelos fatos pelos quais a norma é posta<sup>4</sup>. O norma põe um *dever-ser*: ordenar, conferir poderes, permitir, derogar. A existência da norma, a sua validade, é questão de *dever-ser*. O cumprimento da norma, ou seja, a efetiva ligação da sanção prescrita pelo comportamento contrário à lei é a eficácia. Eficácia e validade não se confundem<sup>5</sup>.

Um *ser* não resulta em um *dever-ser*, e vice-versa. Kelsen observa que a falta de eficácia da norma pode ensejar a sua derrogação, ou seja, a norma pode

---

<sup>1</sup> Kelsen, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 1.

<sup>2</sup> Ibid., p. 2.

<sup>3</sup> Ibid., p. 3.

<sup>4</sup> Ibid., p. 4. “‘Validade’ é a específica existência da norma, que precisa ser distinguida da existência de fatos naturais, e especialmente da existência dos fatos pelos quais ela é produzida.”

<sup>5</sup> Ibid., p. 5. “Do efetivo cumprimento da norma – ou do seu não cumprimento com a consequente aplicação – disto deriva sua eficácia. Validade e eficácia da norma precisam, claramente, não ser confundidas.”

perder a sua validade por não ser mais aplicada<sup>6</sup>. Uma norma positiva é aquela posta no mundo do ser por um ato de vontade, “[...] e precisamente por atos de vontade humanos.”<sup>7</sup>

A norma positiva como resultado de um ato de vontade humana é arbitrariedade pura. Toda e qualquer conduta pode ser positivada como norma, justamente porque o ato que põe a norma é um ato de vontade arbitrário. Supor que uma norma não seja um ato de arbitrariedade humana significa atribuir a algum ser distinto do ser humano a responsabilidade de por uma norma. As palavras de Kelsen<sup>8</sup> são fortes em evidenciar a responsabilidade humana por cada ato legislativo fulminando com a razão qualquer possibilidade de construção jusnaturalista – cogitar uma norma posta por uma autoridade metafísica significa em outras linhas remover a responsabilidade do ato de por a norma, que é uma arbitrariedade:

A suposição de que normas há que não promanam da ‘arbitrariedade’, conduz ao conceito de normas que não são o sentido de atos de vontade humanos; de normas que, em geral, não são o sentido de quaisquer ‘atos’, ou são o sentido de atos de pensamento ou, se o sentido de atos de vontade, não são o sentido de atos de vontade humanos, e sim de atos de vontade sobre-humanos, nomeadamente são o sentido de atos de vontade divinos.

Cumprindo ainda observar que Kelsen explica que a razão tampouco tem poder legiferante, já que a razão é uma faculdade humana do conhecimento. Mas a produção legislativa é um ato de vontade de arbitrariedade humana. Não concorre para a legislação qualquer ato da razão<sup>9</sup>.

As normas podem ter um caráter individual ou geral, Kelsen<sup>10</sup> exemplifica o primeiro caso com a norma que manda prender o ladrão A, e o segundo caso com a norma que diz que todos os ladrões devem ser presos. Segue Kelsen expondo que o ato de vontade que põe a norma pode ter um fim em mente, mas a norma positiva não tem um fim em si, não é da natureza de um dever-ser conter em si uma finalidade.

---

<sup>6</sup> “Certamente, tem-se de admitir que uma norma *perde sua validade*, se realmente não é cumprida ou, se não cumprida, efetivamente não mais é aplicada. Kelsen, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 6.

<sup>7</sup> Ibid., p. 6.

<sup>8</sup> Ibid., p. 6-7.

<sup>9</sup> Ibid., p. 10.

<sup>10</sup> Ibid.

A noção de proposição jurídica é a mesma da Teoria Pura do Direito. Proposição jurídica é a descrição que se faz da norma jurídica. A norma estabelece. A proposição é um enunciado que liga uma sanção a uma situação de fato hipoteticamente descrita<sup>11</sup>. A ligação entre conduta estritamente definida e a sanção é feita na proposição jurídica pela noção de imputação jurídica, que difere na noção de causalidade, que é uma relação de necessidade, de causa-efeito.

Causalidade e imputação são duas formas distintas de estabelecer ligação. Na causalidade existe a ligação entre dois fatos com uma partícula de necessidade: se ocorre A, portanto acontece B. A causa de B é a ocorrência de A. A é condição para realização de B. Já na imputação há diferença. Não se trata de juízos de necessidade, tampouco de atos do mundo do *ser*. Não. São duas situações de *dever ser*. Ou seja, Se ocorrer um fato A, deve acontecer um fato B, em que B é alguma forma de sanção. Outra diferenciação se dá quanto ao fato de que uma causa sempre é causada por outro fato, e esta digressão leva ao infinito. Já na imputação não ocorre essa situação. A imputação de uma consequência, a realização de um determinando ato é finita. Não vai além do que é efetivamente exposto. Se A, então B. Essa distinção implica na separação entre ciência causal e ciência social normativa.

Kelsen distingue entre o ato de vontade que põe a norma e é ao mesmo tempo um ato do *ser*, e entre o conteúdo da norma ou seja o mandamento a prescrição cujo significado é um *dever ser*.<sup>12</sup> A norma é um sentido de *dever ser*, posto por um ato do *ser* que é um ato de vontade, uma arbitrariedade. Uma norma se distingue de uma mera ordem por ser aquela autorizada pelo ordenamento. Assim se distingue uma norma jurídica de uma ordem de um marginal<sup>13</sup>.

O sentido objetivo de uma norma significa a sua concordância com o ordenamento, assim o sentido objetivo de uma norma significa uma ordem de *dever-ser* dotada de obrigatoriedade que é emprestada pelo sistema jurídico em análise. No entanto uma ordem que não seja autorizada pelo sistema normativo é uma ordem que contém apenas o sentido subjetivo do emissor, no caso é comparável

<sup>11</sup> “A proposição jurídica, com a qual a Ciência do Direito descreve essa ligação do ilícito com a consequência do ilícito, é por mim qualificada como proposição jurídica para diferenciação da norma jurídica por ela descrita.[...] A proposição da Ciência do Direito descreve a validade de uma norma jurídica geral que liga uma específica sanção do Direito a uma certa conduta; esta proposição jurídica pode ser qualificada como lei jurídica.” KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 30-31.

<sup>12</sup> Ibid., p. 34.

<sup>13</sup> Ibid., p. 35

com a ordem o marginal que ordena que a vítima entregue seus bens. O sentido da norma em ser subjetivo ou objetivo está em relação à autorização para emissão da norma, se a norma é autorizada pelo sistema a norma tem sentido objetivo de *dever-ser*, se a norma não está autorizada tem sentido subjetivo do ato de comando<sup>14</sup>.

A possibilidade de uma norma ter um sentido objetivo de norma é a característica de validade da norma:

[...] 'valer' nesse sentido específico – objetivo – significa: dever ser obedecido. Esta 'validade' de uma norma é a sua *existência* específica, ideal. Que uma norma 'vale' significa que ela é existente. Uma norma que não vale, não é norma, porque não existe.<sup>15</sup>

A validade tem um aspecto espacial, temporal e pessoal na medida em que é fixada para alguém em um lugar e em um tempo determinado. Neste conceito estão previstas necessariamente duas pessoas: uma que põe a norma e outra a quem a norma se destina. E qual o objeto da norma? A conduta humana. O sentido da norma, ou seja, a norma jurídica existe para regular a conduta de outros seres humanos.

Característica de Hans Kelsen até o fim da sua produção teórica a fulcral distinção entre *ser* e *dever-ser* a cada momento reafirmado, como postulado adquirido da influência do neokantismo de Baden e perpassado em toda a sua produção intelectual chegando inclusive à Teoria Geral das Normas<sup>16</sup> como se observa:

Um é um enunciado sobre um *dever-ser*, o outro um enunciado sobre um *ser*. Um *dever-ser* não se pode reduzir a um *ser*, um *ser* não se pode reduzir a um *dever-ser*; assim também não se pode de um *ser* deduzir um *dever-ser*, nem de um *dever-ser* deduzir um *ser*.

Nas últimas vinte e sete páginas da Teoria Geral das Normas, nos capítulos 59, 60 e 61, Kelsen discute sobre a natureza dos problemas lógicos envolvendo o fundamento de validade de ordem jurídica. Neste trecho há toda uma revisão do conceito de norma fundamental, Kelsen observa que não se trata mais de uma

<sup>14</sup> Apenas a ordem autorizada tem também o *sentido objetivo* de *dever-ser*, e isto significa: somente a ordem autorizada é uma *norma* obrigatória para o seu destinatário, e que o obriga à conduta nela prescrita; enquanto a ordem não autorizada não é obrigatória para o seu destinatário. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 35-36. (grifo do autor).

<sup>15</sup> Ibid., p. 36.

<sup>16</sup> Ibid., p. 70.

hipótese, mas sim de um ficção<sup>17</sup>. Para compreender a novo argumento é necessário percorrer os últimos capítulos da Teoria Geral da Norma para perceber como Kelsen chega a essa conclusão e qual a consequência desta construção para a validade jurídica como discriminadora da noção de política.

Como se dá, então, o processo de criação normativo? Como se verifica a autorização do sistema jurídico para que a validade jurídica, a existência normativa possa ser emprestada de um patamar superior a um patamar inferior do ordenamento? A resposta na Teoria Geral das Normas difere da resposta da Teoria Pura do Direito na sua segunda edição. Na obra mais antiga a validade jurídica é dada em razão da dinâmica jurídica que existe dentro do ordenamento, de tal forma que o fundamento de validade do sistema jurídico, que é dado pela norma fundamental pressuposta ao sistema, é reduzido à norma inferior pela autoridade competente que põe a norma, que é autorizada pela norma superior, até a norma fundamental, existe assim um silogismo normativo<sup>18</sup>.

Para Kelsen da Teoria Geral das Normas um silogismo normativo não é mais possível, e entre em questão um silogismo teórico que terá como ficção a

---

<sup>17</sup> “Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei –, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade.” KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 329.

<sup>18</sup> Id. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 226 - “A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo. A fundamentação da validade de uma norma positiva (isto é, estabelecida através de um ato de vontade) que prescreve uma determinada conduta realiza-se através de um processo silogístico. Neste silogismo a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida. (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com o sentido subjetivo destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão é, a afirmação da validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira. A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legítima, assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo. Por exemplo: devemos obedecer às ordens de Deus. Deus ordenou que obedecemos às ordens dos nossos pais. Logo, devemos obedecer às ordens de nossos pais. A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma norma fundamental se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão. Ela já não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. E não pode ser por essa forma fundamentada se a afirmação do fato de que esta norma foi posta pelo ato de vontade de uma pessoa já não é possível como premissa menor de um silogismo. É este o caso se a pessoa a cujas ordens devemos obedecer por força da norma como premissa maior no topo de um silogismo, sem que ela própria possa ser afirmada como conclusão de um silogismo que fundamente a sua validade. Quer isto dizer: devemos obedecer às ordens de Deus, como fundamentação da validade da norma: devemos obedecer às ordens dos nossos pais, é uma norma fundamental.”

norma fundamental. O silogismo teorético distingue do silogismo normativo porque neste o fundamento de validade de uma norma é dado na conclusão como resultado lógico da premissa maior e da menor. Já naquele silogismo teorético não existe silogismo lógico, visto que a norma como sentido objetivo ou subjetivo de um ato de vontade não representa uma afirmação da razão, mas um ato de arbitrariedade e como tal apenas pode ser verdadeiro ou falso, não sendo possível falar em lógica e razão sobre atos volitivos<sup>19</sup>.

A conversão da norma fundamental de hipótese necessária, condição de conhecimento jurídico, fundamento transcendental do ordenamento jurídico, deixa a sua roupagem de condição cognoscente do sistema jurídico para resultar em uma ficção. Ficção no sentido de que não mais existe, apenas é pensada. Kelsen<sup>20</sup> utiliza o exemplo bíblico para introduzir o novo conceito: explica que devemos amar até aos nossos inimigos, porque assim ensinou o Senhor Jesus; todavia alguém poderia perguntar: Porque devemos obedecer ao Senhor Jesus, e a conclusão é:

É o enunciado sobre a validade de uma norma que tem de ser pressuposto no pensamento de um cristão para fundamentar a validade das normas da *Moral* cristã. É a *norma fundamental* da *Moral* cristã, uma norma “fundamento”, porque acerca da razão de sua validade não mais pode ser indagado. Não é norma positiva, i.e., nenhuma norma fixada por um real ato de vontade, senão uma norma pressuposta no pensamento cristão, que dizer, uma norma fictícia.

---

<sup>19</sup> Com outras palavras: normas são o sentido de *atos de vontade* e não *atos* de pensamento, é irrelevante do ponto de vista da Lógica. Mas se estes conteúdos de sentido estão expressos em proposições normativas, e se estas não são compreendidas como sentido de atos de vontade, positivamente não são *normas válidas*. Elas são positivamente normas válidas apenas como conteúdos de sentido de reais atos de vontade, efetivamente realizados. Sua validade, quer isto dizer: sua existência ideal é condicionada por esses reais atos de vontade. E o problema que existe, aqui, é: se o princípio da não-contradição e a regra da conclusão são aplicáveis a *normas* positivamente *válidas*. Nesta colocação do problema dos atos de vontade, como sentido dos quais surgem *normas válidas*, não pode ser abstraído. De que ambos os princípios lógicos são aplicáveis aos conteúdos de sentido que aqui estão questionados, sem consideração sobre se eles são o sentido que aqui estão questionados, sem consideração sobre se eles são o sentido de reais atos de vontade, não resulta que eles sejam aplicáveis às normas que, somente como conteúdo de sentimento de *reais atos de vontade*, são normas positivamente válidas. Esta é também a objeção contra o argumento de que há dever-ser meramente pensado, que não é o sentido de atos de vontade, mas de um ato de pensamento. Se se imagina que pessoas devem conduzir-se de determinada maneira, sem com isto co-pensar que ela é desejada por uma autoridade qualquer, se se pode negar a correlação de dever-ser e querer, é sumamente duvidoso. [...] O silogismo aqui existente não é normativo, mas silogismo teorético, porque a premissa maior, as premissas menores e a proposição conclusiva são enunciados que pode ser verdadeiros ou falsos, e a proposição conclusiva apenas é verdadeira se a premissa maior e as premissas menores são verdadeiras. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 322-325.

<sup>20</sup> Ibid., p. 326.

Logo, a norma fundamental não é mais a condição de conhecimento do sistema jurídico, ela simplesmente é uma ficção, visto que não é possível questionar a autoridade de quem pois a primeira norma, e ainda é uma ficção porque não é norma positiva e não é ato de vontade de quem quer que seja. Sem dúvida que esta teorização que vê a norma fundamental como uma ficção necessária, mas ainda sim uma ficção da mente, ou seja, o abandono da visão neokantiana a respeito da condição cognoscente da norma fundamental é o motivo de Stanley L. Paulson denominar essa fase da produção teórica de Kelsen de fase cética. Em outras palavras Kelsen busca compreender os detalhes da normatividade, abrindo mão de toda e qualquer fundamentação que não seja estritamente normativa. Kelsen leva o positivismo jurídico na sua versão normativista às últimas consequências<sup>21</sup>.

“É uma norma ‘fundamento’, pois acerca da razão de sua validade não mais pode ser indagada, pois não é norma estabelecida, mas uma norma pressuposta.”<sup>22</sup> A definição de Kelsen para norma fundamental agora é outra: a norma sobre a qual já não se pode mais indagar sobre validade, ou seja, não é um ato de vontade de quem quer que seja, não obstante continua valendo, portanto a sua própria existência como norma é questionável, daí porque seja uma ficção necessária. O problema da norma fundamental se consubstancia no questionamento da obrigatoriedade do comando. Kelsen explica: “Visto que esta interpretação depende do pressuposto da norma fundamental, precisa ser admitido que proposições normativas apenas nesse sentido *condicional* podem ser interpretadas como normas de Direito ou da Moral objetivamente válidas.”<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> A outra direção tomada na teorização de Kelsen é representada pelo seu profundo e permanente interesse pelo problema da normatividade e pela sua solução. O problema de como o sujeito pode ter uma *obrigação* de observar a norma. ‘Dizer que uma norma é válida’, ele escreve, ‘significa dizer que ela tem ‘força de obrigação’ para aqueles cujo comportamento ela regula. Do modo como Kelsen entende a questão, o problema da normatividade desafia o tórico do direito a explicar a ‘força de obrigação’ ou obrigação jurídica *sem* incorrer nas soluções propostas tanto pelo juspositivista tradicional, que ostensivamente expressa material normativo em termos factuais, como pelo jusnaturalista clássico, que reformula uma parte do direito em termos morais. PAULSON, Stanley L. Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen: com pós escrito inédito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. (Org.). **Hans Kelsen: teoria jurídica e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 23.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 328.

<sup>23</sup> Ibid.

Eis a mudança de pensamento mais característica da fase cética, a definição da norma fundamental como ficção<sup>24</sup>:

A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas – como evidente do que precedeu – não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensando. Como tal, ela é uma pura ou ‘verdadeira’ ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma. Pois a suposição de uma norma fundamental – como porventura a norma fundamental de uma ordem moral religiosa: ‘Deve-se obedecer aos mandamentos de Deus, como determina historicamente a primeira Constituição’ – não contradiz apenas a realidade, porque não existe uma tal norma como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma<sup>25</sup>, porque descreve a conferição de poder a uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e com isto parte de uma autoridade – com certeza apenas fictícia – que está mais acima dessa autoridade. Segundo Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob*<sup>26</sup>, 7. und. 8. Aufl., Leipzig 1922, uma ficção é um recurso do pensamento, do qual se serve se não se pode alcançar o fim do pensamento como o material existente. O fim do pensamento da norma fundamental é: o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como o seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos, como atos ponentes de norma. Este fim é atingível apenas pela via de uma ficção. Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei –, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade.”

<sup>24</sup> Kelsen, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 328-329.

<sup>25</sup> “Ele teria se baseado no ensaio de Hans Vaihinger (1852-1933) datado de 1911 – “Filosofia do como-se” (*Die Philosophie des Als-Ob*) –, segundo o qual uma ficção é algo contraditório em relação à realidade e a si mesma, características que poderiam ser verificadas na norma fundamental. Com efeito, ela não é posta por nenhum ato real de vontade (contradição com a realidade) e não pressupõe qualquer norma superior que lhe conceda sentido objetivo de dever-ser, violando, portanto, sua própria condição de existência, qual seja, a validade (contradição consigo mesma). A ficção seria algo diferente da hipótese porque esta precisa ser comprovada. Desde que descreva a realidade de forma fiel, a hipótese é dita verdadeira. Sua função é extirpar contradições da tessitura do conhecimento científico. Por seu turno, a ficção convive com contradições e existe para lidar com a realidade, não para descrevê-la de maneira objetiva.” MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011.

<sup>26</sup> Kelsen cita a versão alemã da obra de Vaihinger, no entanto há tradução desta obra para o português: VAIHINGER, Hans. **A filosofia do como se: sistema das ficções teóricas, práticas e religiosas da humanidade, na base de um positivismo idealista**. Tradução Johannes Kratschmer. Chapecó: Argos, 2011.

Como se vê da definição dada por Kelsen a norma fundamental como fundamento de validade do ordenamento jurídico tem uma perspectiva bem diferente daquela lançada na Teoria Pura do Direito, neste momento Kelsen observa que há necessidade de uma ficção que dê suporte ao fato de que para considerar uma norma obrigatória, portanto válida, há necessidade de interpretar o ato de vontade que põe expresso como sentido subjetivo da norma, também como seu sentido objetivo. Ora, o sentido objetivo vem a ser a noção de obrigatoriedade, posto que a norma assim considerado seria autorizada pelo ordenamento. No entanto esta visão normativa coloca em relevo a noção de validade jurídica e a noção de *política* – a contrário senso – já que tudo que fugir dessa análise de validade, em termos de uma correspondência por meio de um silogismo teórico tende a ser diferente do *jurídico*, portanto estando além dos limites do objeto e do método da ciência do Direito.

Kelsen explica que a relação entre norma superior e inferior é uma relação que se estabelece em termos de fundamento de validade, ou seja, a norma superior é o fundamento de validade da norma inferior, além do que a norma inferior deve ser produzida conforme pré-determinação<sup>27</sup> – A conduzir a análise jurídica a uma análise de forma e competência. Essa observação leva necessariamente a observação de que a norma superior, desde que não estabeleça um conteúdo a ser desenvolvido pela norma inferior se torna pura validade em razão da competência, isto é, outorga de investidura para criar normas, desprovido de um substrato do ponto de vista do conteúdo. Este procedimento revela a fundo como uma decisão judicial pode ser arbitrariamente tomada, sem qualquer tipo de raciocínio científico ou racional ou mesmo suporte teórico e resultar numa decisão válida. O sistema normativo, o ordenamento jurídico, por conseguinte, é formado por normas de diversos escalões, cada um com sua hierarquia.

---

<sup>27</sup> “A validade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior pela circunstância de que a norma inferior foi produzida como prescreve a norma superior, pois a norma superior, em relação com a inferior, tem o caráter de Constituição, pois que a natureza da Constituição existe na regulação da produção de normas.” KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 330.

### 3.2 O conceito de ficção em Hans Vaihinger

Hans Kelsen é um leitor de Hans Vaihinger de longa data e a prova está na publicação de artigo acerca da noção de ficção jurídica de Vaihinger já em 1919<sup>28</sup>. Neste ensaio antigo, que data ainda da primeira fase, ou seja, ligada ao construtivismo, Kelsen lança reflexões sobre o conceito de ficção jurídica que Vaihinger apresenta no seu *Como Se*. Se levar em consideração o momento *construtivista* de Hans Kelsen em que há definição de pessoa como ponto final de imputação jurídica, ou seja, definição *jurídica normativa* de pessoa, como exposto na tese de livre-docência<sup>29</sup>, lembrando que um dos postulados epistemológicos básicos era a eliminação de toda e qualquer ficção da teorização jurídica, há uma situação de aparente contradição. Contradição entre os extremos da produção científica de Kelsen, já que na fase construtivista o princípio metodológico da *pureza* (ainda que neste momento destituído da sua norma fundamental) estava em relevo, a fim de eliminar do direito tudo que fosse estranho ao princípio normativo, como método da ciência jurídica. Ao passo que na última fase, do período cético, a fim de validar o ordenamento jurídico Kelsen aparentemente ressuscita a possibilidade de teorizar com base em ficções. Daí a necessidade de compreender em que consistem as ficções propostas por Hans Vaihinger.

<sup>28</sup> Chegamos a esta conclusão compulsando duas fontes: DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 25, 355 - informa o ano de publicação de um livro que contém escrito de Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl e Alfred Verdross, editado por H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, publicado em Viena-Frankfurt em 1968, intitulado A Escola Vienense de Teoria do Direito – porém tal livro está em alemão e não foi traduzido integralmente para inglês, espanhol ou português. No entanto alguns dos textos que lá estão publicados foram traduzidos e publicados, desta maneira foi possível encontrar especificamente o ensaio sobre Hans Vaihinger publicado por Kelsen em 1919 e traduzido ao espanhol: KELSEN, Hans. Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas, com especial énfasis en la filosofía del ‘como si’ de Vahinger. **Crítica Jurídica**: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, Curitiba, n. 18, p. 15-36. 2001.

<sup>29</sup> “Precisamente la imputación jurídica, es decir, la imputación com base em normas de derecho, demuestra que existe entre el sujeto y el objeto de la norma la mayor distancia, sin que pueda darse entre ellos ni siquiera una conexión causal o teleológica. El sujeto del deber de las normas jurídicas es, em las normas del derecho penal – para limitarnos, por el momento a este campo del derecho – el que, en el caso de hechos contrarios a las normas há de sufrir el castigo con que éstas conminan la comisión de semejantes hechos. La respuesta a la pregunta de quién há de ser castigado dice, al mismo tiempo, a quién há de imputarse el hecho contrario a la norma.” KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica. Traducción Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987. p. 62.

Vaihinger<sup>30</sup> observa que existe uma distinção entre presunção e ficção, “[...] pois na *praesumptio* estabelecemos uma pressuposição e a mantemos até que se o contrário” já na “*fictio* [...] significa que estabeleçamos uma proposição ou um fato, e isso embora saibamos que o contrário é o caso.” Explica ainda em que consiste a sua perspectiva de ficção:

Apenas o cumprimento dessas condições nos dá a garantia de que a hipótese possa reivindicar a verdade: pois a realidade e apenas a realidade é o alvo de todas as pressuposições hipotéticas. O caso das ficções é totalmente diferente. As duas condições necessárias para a aceitação de uma hipótese não são encontradas aqui. Não se cumpre a condição da correspondência com o procedimento geral da realidade e às leis de conceptualidade (*Denkbarkeitsgesetzen*): a ficção pressupõe algo irreal ou impossível. No caso das verdadeiras ficções, como a do infinitesimal, a conceptualidade é tão pouco a condição que elas caracterizam, ao invés, pela *inconceptualidade*; pois tais conceitos fictícios são contraditórios, contendo impossibilidades lógicas. Essa autocontradição se manifesta nas antinomias que surgem devido à hipostasiação das ficções, quando, por exemplo, *Non-Entia imaginaria* viram erroneamente *Entia* um erro de que já Spinoza nos alerta em *Cogita Mataphysica*, I, 1.

Desta forma é possível conhecer, forte em Vaihinger, que seu conceito de ficção é dado à razão na medida em que é necessário à explicação de algum assunto, e é sabidamente por parte de quem enuncia sabido como inexistente, e também como necessário, tanto quanto incongruente e contraditório. Ainda sim Vaihinger explica que esse recurso da ficção é largamente utilizado em diversas áreas do saber, entre as quais Matemática e Direito<sup>31</sup>.

Em que pese a monumental e desafiadora construção filosófica de Hans Vaihinger a concepção e visão do fenômeno jurídico não é efetivamente a de um

<sup>30</sup> VAHINGER, Hans. **A filosofia do como se**: sistema das ficções teóricas, práticas e religiosas da humanidade, na base de um positivismo idealista. Tradução Johannes Kratschmer. Chapecó: Argos, 2011. p. 319.

<sup>31</sup> Ibid., p. 158-159 - “As *fictiones iures* encobrem um vasto campo. Em contrapartida, elas oferecem, metodologicamente, material extremamente fecundo, trazendo à luz o mecanismo maravilhoso do pensamento e dos seus artifícios. Discutir com seriedade o detalhe jurídico será tão inevitável como no caso da matemática, da economia política, da teologia, da apistemologia. Somente a ocupação simpática com os caminhos do pensamento elucidará o método da função lógica e os desvios, muitas vezes maravilhosos, que ela escolhe.”

No mesmo sentido “*Para desarrollar su valiosa teoría de las ficciones, Vaihinger se ha apoyado, en amplia medida, en las ficciones ‘jurídicas’. La ficción jurídica, declara Vaihinger, constituye precisamente uno de los tipos característicos de este constructo imaginario. Vaihinger opina que, exceptuando a las matemáticas, casi no existe campo alguno que se reste mejor que el derecho, para la deducción de leyes lógicas y para la ejemplificación o el desarrollo de los métodos lógicos en general, y del método de la ficción en particular.*” KELSEN, Hans. Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas, com especial énfasis en la filosofía del ‘como si’ de Vaihinger. **Crítica Jurídica**: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, Curitiba, n.18, p. 15, 2001.

especialista da teoria da norma, como Kelsen, e nesta medida o mestre de Viena, no seu artigo de 1919 sobre a teoria do Como Se faz algumas considerações em particular no que tange à relação das ficções com o Direito:

Sem embargo, a expressão 'ficção jurídica' agrupa uma grande diversidade de fenômenos, dos quais apenas uma parte relativamente reduzida se apresenta como ficção no verdadeiro sentido da palavra, como ficção no sentido do conceito cunhado por Vaihinger. Mais além, a maior parte do que o próprio Vaihinger toma como 'ficção jurídica' e no que fundamentou a sua teoria altamente meritória, não constituem qualquer ficção ou, pelo menos não constituem o constructo imaginário ao qual se aplicam essas características, tão bem desenvolvidas por ele.

O próprio Kelsen reconhece nesta artigo que a visão de Vaihinger a respeito dos conceitos de Direito e a sua proximidade com a ficção não são exatamente como descrito pelo último autor. Mas de toda forma o modelo de ficção vaihingeriana logrou-se exhibir. De tal forma que resta dialogar com Kelsen a respeito desse novo conceito de validade que se utiliza do conceito Vaihingerino para revolver todo a fundamentação do edifício da Teoria Pura do Direito e da Teoria de Direito de Kelsen.

Parece que a utilização do modelo de ficção de Vaihinger para fundamentar o ordenamento jurídico, como uma norma fundamental que representa uma *ficção* representa uma quebra de paradigmas com a filosofia neokantiana. Kelsen se debruça sobre a norma e revela uma nova etapa do positismo normativista, que não aceita nem mesmo a filosofia kantiana como recurso para fundamentação do sistema.

Em que pese toda a construção teórica de Hans Kelsen sobre o conceito de norma e de validade jurídica, está efetivamente lançado nas páginas precedentes todo um caminhar em direção do desenvolvimento da teoria positivista e normativista da norma, tal construção está assim apta a legitimar a discussão que agora deve prosseguir em se tratando de discutir como com o conceito de validade jurídica pode ser utilizada como separar Direito e Política e divisar como essa discussão é atual e pode contribuir para uma debate político, jurídico e acadêmico.

### 3.3 A validade jurídica como conceito de distinção entre Direito e Política na disputa ideológica da República de Weimar

De posse do conceito de validade jurídica conforme desenvolvido ao longo da trajetória científica e profissional de Hans Kelsen é de suma importância contextualizar como distinguir entre política e ciência jurídica. Para esta tarefa observar-se-á como se deu o debate ideológico na República de Weimar (1919-1933)<sup>32</sup> no entreguerras.

Neste conturbado período da História Alemã houve um grande debate ideológico acerca do modelo de Teoria do Estado que seria adotado, diversas eram as visões políticas em jogo, tais como o nacionalismo, o socialismo, e também o liberalismo político democrático. Essas visões de mundo se chocaram no debate político e jurídico, produzindo uma série de textos e de teorias constitucionais que representam a profusão de ideias que vigoravam neste momento histórico. Particularmente na Europa continental do sistema romano-germânico o constitucionalismo estava em desenvolvimento, nesta medida o debate acadêmico foi rico em posições antagônicas e produziu uma série de teoria jurídicas constitucionais e de direito público, cada qual com sua particularidade, tais como as obras de Hans Kelsen<sup>33</sup>, Hermann Heller<sup>34</sup> e Carl Schmitt<sup>35</sup>, entre outros.

O grande debate teve como estopim o Decreto de 20 de julho de 1932 de Hindenburg, o Presidente do Reich, que buscava restaurar a paz pública na Prússia<sup>36</sup>. O Decreto foi baixado com autorização do art. 48 da Constituição de Weimar<sup>37</sup>. Este Decreto foi assinado a pedido do gabinete de von Papen, então Chanceler do Reich, como estratégia do Ministro da Defesa General von Schleicher.

<sup>32</sup> A República de Weimar ficou conhecida por ser a primeira experiência democrática da Alemanha. O Império Alemão foi forjado por guerras, sob Bismarck, o regime político era de uma Monarquia. Após a derrota da Alemanha na I Guerra Mundial, com o Tratado de Versalhes impondo duras sanções à Alemanha. Com o fim da I Guerra Mundial houve a refundação do Estado Alemão, desta feita sob a vestes de uma democracia, o modelo constitucional americano soprava sobre a Europa. Durante este período que vai desde a assinatura da Constituição (na cidade de Weimar) até a assunção de Hitler em condições de ditador em 1933.

<sup>33</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do estado**. Tradução Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938. Texto original de 1925, a tradução portuguesa que é 1938.

<sup>34</sup> HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Tradução Luis Tobío. 3. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 1955.

<sup>35</sup> SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>36</sup> DYZENHAUS, David. **Legality and legitimacy**: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 2. Disponível em: <<https://www.questia.com/read/13932847/legality-and-legitimacy-carl-schmitt-hans-kelsen>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

<sup>37</sup> Ibid.

O Decreto dava ao Chanceler o poder de Comissário para Prússia, em razão da falta de ação do Governo Prussiano. Neste momento a Prússia era governada por um partido socialista (SPD) contrário ao partido nazista. Porém, com a manobra de Hindenburg, os nazistas tiveram pavimentado o seu caminho até Berlin<sup>38</sup>. A intenção do Gabinete de von Papen era remover do poder na Prússia os socialistas, e em seguida atacar os planos do partido de Adolf Hitler.

Desta forma o Governo da Prússia entendeu que o ato do Presidente do Reich era contrário à Constituição e buscou judicializar a querela, diante da Corte Constitucional. No entanto o Decreto foi mantido como hígido em outubro daquele ano, quando então o SPD já não representava mais uma força política.

A discussão jurídica que se deu em razão da conveniência e oportunidade do Decreto Presidencial, ou seja, o debate político que se seguiu foi dirigido por críticas e defesas, a depender da orientação política, da manutenção do Decreto de Hindenburg. A importância do julgamento foi percebida pela academia, naquela oportunidade, conforme explica David Dyzenhaus<sup>39</sup>:

A importância legal e política deste caso foi claramente percebida naquela época. Alguns dos mais importantes teóricos do Direito Público participaram do julgamento, tornando os argumentos legais uma batalha acadêmica. Entre estes estava Schmitt, o mais importante teórico de direita e conselheiro jurídico direito de Schleicher, enquanto Heller defendeu o partido parlamentarista dos socialistas da Prússia. Naquele tempo Kelsen era Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Colônia. Apesar de não ter participado do julgamento na Corte Constitucional, sentiu-se inclinado a escrever uma análise detalhada do julgamento antes da final publicação oficial.

Carl Schmitt sagrou-se vencedor do debate acadêmico diante da Corte Constitucional de Weimar, e pavimentou a chegada dos nazistas ao poder pela via democrática. Como resultado Schmitt não pode lecionar, após a queda do Regime

<sup>38</sup> DYZENHAUS, David. **Legality and legitimacy**: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 2. Disponível em: <<https://www.questia.com/read/13932847/legality-and-legitimacy-carl-schmitt-hans-kelsen>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

<sup>39</sup> Ibid., p. 3 - Tradução nossa do seguinte trecho: *"The legal and political importance of this case was clearly seen at the time. Some of the most important public law theorists of the day argued before the court, turning the legal argument into a battle of professors. Among these were Schmitt, by then the most important legal theorist of the right and Schleicher's chief legal adviser, and Heller, who argued for the parliamentary party of the Prussian socialists. Kelsen was at that time Dean of the Law Faculty at the University of Cologne. While he did not participate in the proceedings before the court, he felt compelled to write a detailed analysis of the judgment before it had been officially published."*

Nazista, em razão do seu envolvimento. Kelsen, por outro lado, judeu democrata que era, foi sumariamente removido da cátedra de professor após assunção de Hitler ao poder, conseguindo emigrar da Alemanha antes do início do Holocausto. Heller morreu em Madrid aos quarenta e dois anos de idade, após fugir do regime nazista, sendo de origem judia e socialista de convicção política<sup>40</sup>.

### 3.3.1 A Teoria do Estado de Hermann Heller

A partir do delinear da Teoria do Estado de Hans Kelsen, do método normativista, importa recolher da teorização de Hermann Heller exatamente o que difere, justamente o fundamento de validade do sistema bem como seu objeto e método.

O primeiro fato de distinção é que Teoria do Estado de Heller é uma teoria política, não se trata de uma obra de continuidade das teorias de Gerber, Laband e Jellinek, visto que estes autores compreendem a necessidade de distinguir entre Direito e Política. Para Heller, ao contrário, a Ciência Política é uma especificidade: “A Ciência Política só pode ter função de ciência se se admite que é capaz de oferecer uma descrição, interpretação e crítica de fenômenos políticos que sejam verdadeiros e obrigatórios.”<sup>41</sup>

Para Heller Ciência Política tem uma função que é descrever, interpretar e realizar críticas de fenômenos políticos com caráter de verdade e de necessidade (obrigatórios). Inclusive explica que essa é a única forma de uma Ciência Política, pois do contrário, destituído destes atributos de verdade e de obrigatoriedade não se trata de ciência, mas de posição política individualizada.

Heller não distingue a Política do Direito, nisto reside a sua maior diferença de Kelsen, que busca separar o argumento político do jurídico. A distância entre as duas formas de pensar pode ser evidenciada pelo fato de que Heller<sup>42</sup> reconhece a possibilidade: “Do fato que uma afirmação ou declaração sobre a política possa ser

<sup>40</sup> DYZENHAUS, David. **Legality and legitimacy**: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 4. Disponível em: <<https://www.questia.com/read/13932847/legality-and-legitimacy-carl-schmitt-hans-kelsen>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

<sup>41</sup> HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Tradução Luis Tobío. 3. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 1955. p. 20.

<sup>42</sup> Ibid., p. 20. Tradução nossa do seguinte trecho: “*El hecho de que una afirmación o declaración sobre ele acontecer político pueda ser una arma útil para la lucha política práctica no excluye, em modo alguno, el que tal afirmación sea, también teóricamente, verdadera y obligatoria.*”

arma útil para a luta política prática não exclui, de modo algum, que a afirmação ou declaração, sejam também, teoricamente, verdadeira e obrigatória.”

Heller investiga, então, o que faz do argumento científico da ciência política obrigatório e verdadeiro, e para isto faz um regresso na História. “Na Idade Média, o pensamento político, como todo outro pensamento, estava subordinado aos dogmas religiosos e, como ‘ancilla theologia’ submetidos aos critérios [...] da fé.”<sup>43</sup> Havia uma conexão com a forma religiosa de pensar que preenchia a atividade política de um sentido, como consequência dos dogmas da perfeição humana, da vida eterna, da salvação pela fé, etc. Em verdade o embate político se dava em termos das mesmas fontes religiosas, em que cada oponente política buscava demonstrar a sua resolução como continuação da obra superior<sup>44</sup>.

Foi no Século XIX que houve a superação do pensamento político subordinado aos dogmas da fé, segundo Heller<sup>45</sup>. A crença em uma ordem natural, no Direito Natural racional se viu solapada a partir do momento que se buscou compreender o seu conteúdo, já que neste momento se percebeu que não havia um Direito Natural universal, mas interesses de grupos políticos<sup>46</sup>. Desde este momento existe um consenso de que conceitos e normas políticas são condicionadas pela História e pela política social. Daí porque:

A Ciência Política crítica consagrar sua atenção, mais do que o comum, àquilo que os critérios e formações políticas têm de peculiar, tratando, justamente, de descrever as diferenças histórico-sociais em toda sua variedade e explicá-las em todas as suas causas e consequências.<sup>47</sup>

Para Heller já no Século XIX há uma influência de Hegel e a sua tradução do espírito histórico, enquanto que no Século XX há influências da filosofia

<sup>43</sup> HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Tradução Luis Tobío. 3. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 1955. p. 21.

<sup>44</sup> Ibid., p. 21 - Tradução nossa do seguinte trecho: “*Por esta razón, cada parte podía a las mismas frases de la Biblia o del Derecho Natural, y la función de todo pensamiento político consistía en que tal o cual objetivo político o poder político estaba en armonía con aquellos dogmas.*”

<sup>45</sup> Ibid. - Tradução nossa do seguinte trecho: “*El pensamiento histórico-social del siglo XIX eliminó definitivamente esta simplicidad dogmática.*”

<sup>46</sup> Ibid. - Tradução nossa do seguinte trecho: “*La creencia del Derecho Natural racional en un ‘orden natural’ de validez universal se ha visto amenazada y, finalmente, destruido en el momento en que, analizados los contenidos concretos del Derecho Natural, que se pretendía absoluto, se vio que eran expresión de la situación histórico-política de intereses de ciertos grupos humanos, en los siglos XVII y XVIII, especialmente de la burguesía, cuya potencia, tanto económica como política, iba en ascenso.*”

<sup>47</sup> Ibid., p. 22 - Tradução nossa do seguinte trecho: “*La Ciencia Política crítica consagra su atención, más que a lo común, a lo que los criterios y formaciones políticos tienen de peculiar, tratando, justamente, de describir las diferencias histórico-sociales en toda su variedad y explicarlas en sus causas y consecuencias.*”

existencialista de Nietzsche e de Bergson, com a relativização do espírito da vida<sup>48</sup>. A partir de então Heller<sup>49</sup> começa a definir o objeto da ciência política:

O homem é sempre produto e produtor de sua história [...], por este motivo também, cumpre a Ciência Política a função, cheia de sentido, de trabalhar por uma descrição, interpretação e crítica, verdadeiras, e obrigatórias, dos fenômenos políticos

Apesar de enxergar um objeto à ciência política, Heller reconhece que existe uma crise metodológica que envolve esta área do conhecimento, que impede uma objetivação da ciência, e para tentar sanar o problema volta a analisar o conceito de ciência ao longo de desenvolvimento da História<sup>50</sup>. No desenvolvimento da sua teoria de Estado, Heller expõe que o observador faz parte do objeto observado, já que o Estado não é um objeto estranho ao sujeito, “[...] pelo contrário, o que constitui a essência da relação é a identidade dialética entre sujeito e objeto.”<sup>51</sup> Heller afirma que a ciência política não oferece respostas substanciais se a investigação não possuir um propósito de caráter prático. Com esta afirmação Heller se coloca contrário às teorias políticas que tentam eliminar os fatos subjetivos que o ser político representa, separando Direito de Política<sup>52</sup>.

Frente a necessidade de criar uma ciência política, informa Heller a necessidade de limitação teórica e especial, daí que o objeto de sua Teoria do Estado se reduz unicamente ao estudo do Estado tal como gestado na cultura do Ocidente, a partir do Renascimento<sup>53</sup>:

Quando a Teoria do Estado persegue uma sistemática abstrata cai, fatalmente, no erro de ordenar arbitrariamente os conteúdos reais que encontra – precisamente por querer articular de um modo rigorosamente lógico – e, com isso, violenta e sacrifica a conexão natural que nasce do objeto, em benefício de um fantasma.

<sup>48</sup> HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Tradução Luis Tobío. 3. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1955. p. 23.

<sup>49</sup> Ibid., p. 22-23 - Tradução nossa do seguinte trecho: “*En hombre es siempre producto y productor de su historia [...] Por este motivo también, cumple a Ciencia Política la función, llena de sentido, de trabajar por una descripción, interpretación y crítica, verdaderas y obligatorias, de los fenómenos políticos.*”

<sup>50</sup> Ibid., p. 27-40.

<sup>51</sup> Ibid., p. 27-41.

<sup>52</sup> Ibid., p. 42 - Tradução nossa do seguinte trecho: “*¿Hay todavía quien pueda abrigar alguna duda sobre cuál de esas dos corrientes de Teoría del Estado fue más fructífera, más profunda y de más valor para la vida, la de los políticos Dahlmann, Stahl, Stein o la de los apolíticos Gerber, Laband, Jellinek, y Kelsen?*”

<sup>53</sup> Ibid., p. 43-45.

É um traço marcante do momento científico da República de Weimar a discussão metodológica, mesmo porque neste momento em que desponta o movimento neokantiano até como resposta ao descrédito do Idealismo Alemão, identificado com o período imediatamente anterior. Daí porque tantas teorias distintas buscando explicar o fenômeno jurídico e estatal, neste sentido comenta Heller<sup>54</sup> que a razão já não serve para emprestar confiança lógica à ciência, e reconhece que há no Direito e na Teoria do Estado uma grande discussão metodológica e reconhece neste particular a influência de Kelsen:

O mérito de haver posto sobre o tapete, de forma radical, a questão do método nos estudos da Teoria do Estado recai, sem dúvida alguma, sobre Hans Kelsen e os seguidores da sua Teoria Pura do Direito. Faz bem a Teoria alemã de Estado em rechaçar, quase sem exceção, o método kelseniano e seus resultados.<sup>55</sup>

A crítica a Kelsen se faz de alguma medida em direção também à Escola de Marburgo, ou seja, à crítica de um sujeito que cria o seu objeto com seu olhar, com a sua perspectiva, ou até mesmo o rigor que gera a pureza metódica, “[...] o caso atual de Kelsen nos mostra que os neokantianos da Escola de Marburgo rechaçam a vida histórico-social. A Escola Suduocidental alemã nos deixou algumas investigações metodológicas [...] mas não concluiu sua obra.”<sup>56</sup>

Heller se considera um seguidor do método de Hegel:

Os mais importantes estímulos para a Teoria do Estado vem hoje de Hegel e seu método. Sem embargo, do renascimento hegeliano, que tantos invocan, talvez não haja muito mais, em termos de metodologia, do que em substância foi legado por Marx e Engels, na denominada esquerda hegeliana, já em meados do século XIX.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Tradução Luis Tobío. 3. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 1955. p. 46.

<sup>55</sup> Ibid., p. 47 - Tradução nossa do seguinte trecho: *El mérito de haber puesto sobre el tapete, en forma radical, la cuestión del método en los estudios de Teoría del Estado recae, sin duda alguna, sobre Hans Kelsen y los seguidores de su teoría pura del Derecho. Bien hace, en verdad, la Teoría alemana del Estado al rechazar, casi sin excepción el método kelseniano y sus resultados.* ”

<sup>56</sup> Ibid., p. 48.

<sup>57</sup> Ibid. - Tradução nossa do seguinte trecho: *“Los más importantes estímulos para la Teoría del Estado vienen hoy de Hegel y su método. Sin embargo, del renacimiento hegeliano, que tantos invocan, tal vez no haya quedado mucho más, en lo metodológico, de lo que, en sustancia había llevado a cabo Marx y Engels, en la llamada izquierda hegeliana, ya a mediados del siglo XIX.”*

A ciência do Estado, assim, será uma ciência de principio imanentista e cultural, que se opõe à causalidade da ciência natural<sup>58</sup>. O ponto de partida para Heller é a conduta humana, sendo que espousa a visão de Marx (n'O Capital) citando uma passagem em que é a ideia de finalidade que produz o trabalho; ou seja, um trabalhador qualquer antes de agir e produzir materialmente um dado produto, antes tem que produzir o produto de forma ideal. A ação entra em segunda etapa para dar forma à finalidade perseguida. Quando se considera uma ciência que tem por objetivo analisar, criticar ou descrever uma atividade humana que transforma o mundo, como resultado da atividade humana dirigida a um fim, estaremos diante de uma ciência da cultura.

O objeto das ciências da cultura é aquela parte do mundo físico que podemos considerar como formação humana para um fim. Nem toda a realidade que o homem transforma interessa aos estudos das ciências da cultura, mas sim a que permite descobrir nela um traço da ação humana.<sup>59</sup>

### 3.4 O conceito de validade jurídica de Kelsen como meio de separar ciência jurídica e política – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 378

Utilizar-se-á o conceito de validade jurídica construído por Hans Kelsen ao analisar o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 378 proposta pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) em 03 de dezembro de 2015, cujo acórdão foi disponibilizado em 08 de março de 2016, integrado por Embargos de Declaração julgados em 04 de agosto de 2016 (embargos que foram conhecidos em parte, e nesta parte rejeitados por maioria de votos, portanto não antecendo o acórdão original), tendo transitado em julgado em 13 de agosto de 2016, o processo inclusive foi baixado ao arquivo do Supremo Tribunal Federal (STF) em 25 de agosto de 2016.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Tradução Luis Tobío. 3. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 1955. p. 48

<sup>59</sup> Ibid., p. 50 - Tradução nossa do seguinte trecho: *“El objeto de las ciencias de la cultura es, pues, aquella parte del mundo físico que podemos considerar como formación humana para un fin. No toda la realidad que el hombre conforma interesa a los estudios de las ciencias de la cultura sino sólo la que nos permite descubrir en ella la huella de la acción humana.”*

<sup>60</sup> Conforme andamentos processuais consultados no sítio eletrônico do STF. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: processos: ADPF. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

De início importa compreender os limites de uma ADPF, portanto é de salientar que há previsão expressa de competência do STF para julgar ADPF prevista no art. 102, §1º da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Há lei específica que regulamenta os termos da ADPF (Lei n. 9.882 de 03 de dezembro de 1999). Segundo o art. 1º da Lei n. 9.882/99 o objetivo da ADPF é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental de ato do Poder Público. De onde se depreende que a ADPF é manejada contra ato de autoridade pública. O parágrafo primeiro do mesmo art. 1º da citada Lei, informa que cabe ADPF dos atos normativos anteriores à promulgação da CF/88. Também, a fim de compreender os limites da ADPF, importa observar que o parágrafo terceiro do art. 9º da Lei da ADPF explicita que a decisão tomada em sessão com pelo menos dois terços de Ministros terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, inclusive o artigo primeiro salienta que o Presidente do STF fará cumprir a decisão ainda que não publicado o acórdão<sup>61</sup>.

Segue ementa do acórdão da ADPF 378:

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PROCESSO DE *IMPEACHMENT*. DEFINIÇÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RITO PREVISTO NA LEI Nº 1.079/1950. ADOÇÃO, COMO LINHA GERAL, DAS MESMAS REGRAS SEGUIDAS EM 1992. CABIMENTO DA AÇÃO E CONCESSÃO PARCIAL DE MEDIDAS CAUTELARES. CONVERSÃO EM JULGAMENTO DEFINITIVO. (Relator atual: Ministro Edson Fachin – 17 dez. 2015 - Dec. Final: DJ, 8 mar. 2016 – p. 2).

O objeto da ADPF proposta pelo PCdoB é, nas palavras do Ministro Relator do acórdão Min. Roberto Barroso, “A presente ação tem por objeto central analisar a compatibilidade do rito do *impeachment* de Presidente da República previsto na Lei n. 1.070/1950 com a Constituição de 1988”, com pedido cautelar, ancorado na previsão do art. 5º da Lei 8.992/99, que diz respeito à forma de votação (aberta ou fechada) e ao tipo de candidatura dos membros da Comissão Especial da Câmara dos Deputados Federais que vão analisar o pedido de *impeachment* aceito pelo Presidente da Câmara.

A ADPF 378 em razão dos questionamentos realizados pleiteia uma gama de provimentos, no entanto, a fim de elucidar a utilização do conceito de validade

<sup>61</sup> BRASIL. Lei n. 8.992, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2016.

jurídica de Hans Kelsen, tratar-se-á apenas da discussão de mérito circunscrita na participação do Senado Federal no juízo de admissibilidade do pedido de *impeachment*, assim descrito pelo Eminentíssimo Ministro Relator<sup>62</sup>:

#### Relatório

1.2. Há três ordens de argumentos que justificam esse entendimento. Em primeiro lugar, esta é a única interpretação possível à luz da Constituição de 1988, por qualquer enfoque que se dê: literal, histórico, lógico ou sistemático. Em segundo lugar, é a interpretação que foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal em 1992, quando atuou no *impeachment* do então Presidente Fernando Collor de Mello, de modo que a segurança jurídica reforça a sua reiteração pela Corte na presente ADPF. E, em terceiro e último lugar, trata-se de entendimento que, mesmo não tendo sido proferido pelo STF com força vinculante e *erga omnes*, foi, em alguma medida, incorporado à ordem jurídica brasileira. Dessa forma, modificá-lo, estando em curso denúncia contra a Presidente da República, representaria uma violação ainda mais grave à segurança jurídica, que afetaria a própria exigência democrática de definição prévia das regras do jogo político.

1.3. Partindo das premissas acima, depreende-se que não foram recepcionados pela CF/1988 os arts. 23, §§ 1º, 4º e 5º; 80, 1ª parte (que define a Câmara dos Deputados como tribunal de pronúncia); e 81, todos da Lei nº 1.079/1950, porque incompatíveis com os arts. 51, I; 52, I; e 86, § 1º, II, todos da CF/1988.

Portanto, o julgamento da ADPF 378 concluiu pela não recepção dos seguintes artigos da Lei n. 1.079/1950<sup>63</sup>:

Art. 23. Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido a votação nominal, não sendo permitidas, então, questões de ordem, nem encaminhamento de votação.

§ 1º Se da aprovação do parecer resultar a procedência da denúncia, considerar-se-á decretada a acusação pela Câmara dos Deputados.

§ 4º A Câmara dos Deputados elegerá uma comissão de três membros para acompanhar o julgamento do acusado.

§ 5º São efeitos imediatos ao decreto da acusação do Presidente da República, ou de Ministro de Estado, a suspensão do exercício das funções do acusado e da metade do subsídio ou do vencimento, até sentença final.

[...]

Art. 80. Nos crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado, a Câmara dos Deputados é tribunal de pronúncia e o Senado Federal, tribunal de julgamento; nos crimes de

<sup>62</sup> O acórdão está disponível na íntegra para consulta no sítio eletrônico do STF na página de andamentos processuais, dorante será indicada a página do acórdão que consta a informação: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: processos: ADPF. Brasília, DF, 2016. p. 3. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

<sup>63</sup> Id. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 12 abr. 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2016.

responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador Geral da República, o Senado Federal é, simultaneamente, tribunal de pronúncia e julgamento.

Art. 81 A declaração de procedência da acusação nos crimes de responsabilidade só poderá ser decretada pela maioria absoluta da Câmara que a preferir.

A não recepção se deu em razão do disposto nos seguintes artigos da Constituição Federal de 1988<sup>64</sup>:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

[...]

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

No julgamento da ADPF 378 com pedido cautelar houve duas sessões de julgamento, uma no dia 16 de dezembro de 2015, em que o relator original Ministro Luís Edson Fachin levou referendo do Pleno do STF as decisões monocráticas exaradas em sede liminar; e outra sessão de julgamento em 17 de dezembro 2015 em que houve de decisão final, com divergência iniciada pelo Ministro Luís Roberto Barroso que, por fim, redigiu o relatório do acórdão.

O Min. Luís Edson Fachin inicia a sua argumentação reduzindo o seu entendimento sobre a constitucionalidade e subsidiariedade dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no conjunto do procedimento de *impeachment*:

[...] os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal possuem aplicação no rito do *impeachment* naquilo que dizem respeito à auto-organização interna dos referidos órgãos

<sup>64</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2016.

legislativos, mas não para a autorização, processamento e julgamento do *impeachment*. Não há, assim, violação à reserva de lei exigida pelo art. 85 da Constituição de 1988.<sup>65</sup>

Segue expondo o seu argumento observando que a CF/88 autorizou a elaboração de regimentos internos às Casas do Congresso Nacional no art. 51, III e 52, XII. Forte nesta previsão o Min. Fachin rejeita o pedido que busca o reconhecimento da não recepção destes dos regimentos como fontes subsidiárias do processo de *impeachment*.

Em seguida, no item 10.1 do seu voto, o Min. Luís Edson Fachin afasta a possibilidade de o Senado Federal se manifestar quanto ao juízo de admissibilidade da acusação feita ao Presidente da República, de tal forma que reconhece que cabe ao Senado apenas instaurar o processo mediante a autorização recebida da Câmara dos Deputados, para tanto cita textualmente os art. 380 e 381 do Regimento Interno do Senado Federal, especialmente:

Art. 381. Instaurado o processo, o Presidente da República ficará suspenso de suas funções (Const., art. 86, § 1º, II).  
Parágrafo único. Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente da República, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo (art. 86, § 2º CRFB/88).<sup>66</sup>

Segue fundamentando a impossibilidade do Senado Federal realizar juízo de admissibilidade de acusação contra o Presidente da República:

Observe-se que, da leitura dos dispositivos regimentais, cuja incidência, nesta fase do rito, é justificada pelo art. 24, caput, da Lei 1.079/50 e pelo art. 58 da Constituição de 1988, inexistente competência do Senado para rejeitar a autorização expedida pela Câmara dos Deputados. Nem poderia. O comando constitucional é claro ao indicar, no art. 86, que “admitida a acusação contra do Presidente da República, será ele submetido a julgamento”. Como se observa da leitura do Texto, não há faculdade da Mesa do Senado quando recebe a autorização: deve ela instaurar o procedimento.<sup>67</sup>

Já o Min. Luís Roberto Barroso abre a divergência em relação ao voto do Min. Luís Edson Fachin, para entender que “processar e julgar” o Presidente da

<sup>65</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: processos: ADPF. Brasília, DF, 2016. p. 76. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

<sup>66</sup> SENADO FEDERAL. **Regimento Interno**: Resolução nº 93, DE 1970. Brasília, DF, 2015. p. 146. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

<sup>67</sup> BRASIL. 2016, op. cit., p. 105.

República, conforme dicção do art. 51, I da CF compreende, também, a realização de um juízo de admissibilidade, portanto ao Senado Federal compete aperfeiçoar a autorização da Câmara dos Deputados, para só então haver a instauração do processo de *impeachment* no Senado Federal:

Ao Senado compete, privativamente, “processar e julgar” o Presidente (art. 52, I), locução que abrange a realização de um juízo inicial de instauração ou não do processo, isto é, de recebimento ou não da denúncia autorizada pela Câmara. (Relator: Ministro Roberto Barroso – 16 mar. 2016 - Dec. Final: DJ, 8 mar. 2016 – p. 3).<sup>68</sup>

O Min. Luís Roberto Barroso sustenta a sua decisão em uma fundamentação dividida em quatro leituras: literal, histórica, lógica e sistemática. O Min. Luís Roberto Barroso utiliza da comparação com a Constituição de 1946 para salientar que o art. 59, I outorgava à Câmara dos Deputados a competência de realizar uma declaração de procedência ou improcedência da acusação, seguido do respectivo afastamento do Presidente em caso de procedência da acusação, deixando ao Senado o papel de juiz. Enquanto que a CF/1988 teria outorgado à Câmara apenas o poder de “**autorizar**, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente” (art. 51, I); combinando com o disposto no art. 86, §1º, II da mesma Carta Constitucional o afastamento do Presidente se daria apenas após a instauração do processo de impeachment no Senado Federal.

A seguir o Min. Luís Roberto Barroso faz uma exposição do que entende ser o papel da Câmara dos Deputados e do Senado Federal sob a égide da Constituição Federal de 1988:

Como visto, a Câmara dos Deputados compete “autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente” (art. 51, I), enquanto ao Senado compete, privativamente, “processar e julgar o Presidente” (art. 52, I). Daí porque toda a atuação da Câmara dos Deputados deve ser entendida como **parte de um momento pré-processual**, isto é, anterior a instauração do processo pelo Senado. Veja-se bem: a Câmara apenas autoriza a instauração do processo: não o instaura por si própria, muito menos determina que o Senado o faça.<sup>69</sup>

O Min. Luís Roberto Barroso cria uma distinção entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal deveras interessante, aliás coloca a Câmara dos

<sup>68</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: processos: ADPF. Brasília, DF, 2016. p. 3. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

<sup>69</sup> Ibid., p. 154.

Deputados sob tutela do Senado Federal, com a sua leitura constitucional, por fim conclui com seu argumento lógico:

Reforça, ainda mais, a conclusão aqui defendida a constatação de que não faria sentido a Constituição de 1988 ter transferido a suspensão do Presidente da República de suas funções para o momento após a instauração do processo pelo Senado, se tal instauração consistisse em ato meramente burocrático e vinculado a autorização concedida pela Câmara. Seria amesquinhar o Senado equiparar o seu papel a um simples balcão de protocolo, destinado tão-somente a receber a autorização da Câmara e lhe dar prosseguimento de forma automática, ignorando os graves efeitos decorrentes da instauração de um processo de impeachment. Ademais, não é razoável supor que se defina como competência privativa de um poder da República a tarefa exclusivamente burocrática de instaurar processo que tenha sido, em verdade, aberto por outro.<sup>70</sup>

Em seguida para reforçar o seu argumento o Min. Luís Roberto Barroso invoca o precedente Mandado de Segurança (MS) n. 21.564 de relatoria para o acórdão do Min. Carlos Velloso, em que se discutiu o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello. O Min. Luís Roberto Barroso, então colaciona a ementa daquele MS:

“O ‘IMPEACHMENT’ DO PRESIDENTE DA REPUBLICA SERA PROCESSADO E JULGADO PELO SENADO. O SENADO E NAO MAIS A CAMARA DOS DEPUTADOS FORMULARA A ACUSACAO (JUIZO DE PRONUNCIA) E PROFERIRA O JULGAMENTO (C.F., ART. 51, I; ART. 52, I; ART. 86, PAR. 1., II, PAR. 2.) II. - NO REGIME DA CARTA DE 1988, A CAMARA DOS DEPUTADOS, DIANTE DA DENUNCIA OFERECIDA CONTRA O PRESIDENTE DA REPUBLICA, EXAMINA A ADMISSIBILIDADE DA ACUSACAO (C.F., ART. 86, ‘CAPUT’), PODENDO, PORTANTO, REJEITAR A DENUNCIA OFERECIDA NA FORMA DO ART. 14 DA LEI 1079/50. III. – NO PROCEDIMENTO DE ADMISSIBILIDADE DA DENUNCIA, A CAMARA DOS DEPUTADOS PROFERE JUIZO POLITICO. DEVE SER CONCEDIDO AO ACUSADO PRAZO PARA DEFESA, DEFESA QUE DECORRE DO PRINCIPIO INSCRITO NO ART. 5., LV, DA CONSTITUICAO, OBSERVADAS, ENTRETANTO, AS LIMITACOES DO FATO DE A ACUSACAO SOMENTE MATERIALIZAR-SE COM A INSTAURACAO DO PROCESSO, NO SENADO. NESTE E QUE A DENUNCIA SERA RECEBIDA, OU NAO, DADO QUE, NA CAMARA OCORRE, APENAS, A ADMISSIBILIDADE DA ACUSACAO, A PARTIR DA EDICAO DE UM JUIZO POLITICO, EM QUE A CAMARA VERIFICARA SE A ACUSACAO E CONSISTENTE, SE TEM ELA BASE EM ALEGACOES E FUNDAMENTOS PLAUSIVEIS, OU SE A NOTICIA DO FATO REPROVAVEL TEM RAZOAVEL PROCEDENCIA, NAO SENDO A ACUSACAO SIMPLEMENTE FRUTO DE QUIZILIAS

<sup>70</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: processos: ADPF. Brasília, DF, 2016. p. 158. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

OU DESAVENCAS POLITICAS. POR ISSO, SERÁ NA ESFERA INSTITUCIONAL DO SENADO, QUE PROCESSA E JULGA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE, QUE ESTE PODERÁ PROMOVER AS INDAGAÇÕES PROBATÓRIAS ADMISSÍVEIS” (MS 21.564, Rel. Min. Octavio Gallotti, Rel. p/ acordo Min. Carlos Velloso).<sup>71</sup>

Assim, o argumento de sua Excelência o Min. Luís Roberto Barroso é de que cabe ao Senado referendar o juízo de admissibilidade exarado pela Câmara dos Deputados, justamente pela gravidade da consequência, ou seja, pois posteriormente a este ato o Presidente da República é afastado, e como exemplo cita o caso do Presidente Fernando Collor de Mello<sup>72</sup> em que houve o juízo de admissibilidade realizado pelo Senado Federal.

Ocorre, que o argumento de sua Excelência peca quanto à ordem de fatos que invoca para defender o seu ponto de vista, explica-se, diferentemente do que faz crer, de fato houve em 1992, no julgamento do *impeachment* pelo Senado do Presidente Fernando Collor de Mello um juízo de admissibilidade, que foi realizado pela Comissão Especial do *Impeachment* em 27 de outubro de 1992<sup>73</sup>, porém esse juízo de admissibilidade da acusação foi realizado posteriormente à instauração do processo no Senado, tanto é assim, que o Presidente Fernando Collor de Mello foi afastado das suas funções por cento e oitenta dias em 02 de outubro de 1992<sup>74</sup>. Ou seja, o Min. Luís

<sup>71</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: processos: ADPF. Brasília, DF, 2016. p. 159-160. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 27 ago. 2016. (grifo nosso).

<sup>72</sup> Todo o processo legislativo que culminou com o impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello está disponível para consulta online no site do Senado Federal. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diversos nº 12, de 1992. Processo de “Impeachment” contra o Presidente da República. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, ano 48, n. 1, p. 1-39, 10 fev. 1993. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/2390>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>73</sup> A decisão do juízo de admissibilidade exarada pelo Senado Federal foi publicada reunião que foi presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Sidney Sanches. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diversos nº 12, de 1992. Processo de “Impeachment” contra o Presidente da República. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, ano 47, n. 5, p. 861-1008, 27 out. 1992. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=27/10/1992&paginaDireta=00861&indSuplemento=Sim>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>74</sup> Segue trecho do discurso do Senador Mauro Benevides que era então Presidente do Senado em 1992, durante a instauração do Processo de Impeachment: “Desejo comunicar aos Srs. Senadores e ao próprio povo brasileiro que o Senhor Presidente da República, em razão da decisão do Senado Federal, receberá, firmada pelo Ministro Sydney Sanches, Presidente do processo, e por mim, Presidente do Senado, às 10 horas da manhã, no Palácio do Planalto, através do Senador Dirceu Carneiro, acompanhado de dois dos seus colegas desta Casa, a notificação, em função da qual ocorrerá o seu afastamento das funções do cargo de Presidente da República. Simultaneamente, far-se-á a comunicação ao Sr. Vice-Presidente da República, o ex-Senador Itamar Franco, para que S. Ex<sup>a</sup>. se invista, imediatamente, na Presidência da República, a fim de que não ocorra a vacância do cargo de Primeiro -mandatário do País.” DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, Poder Legislativo, Brasília, DF, ano 47, n. 164, 2 out. 1992. Seção 2. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=02/10/1992&paginaDireta=07902#>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

Roberto Barroso invoca o MS. 21.564 como precedente, mas o que de fato prevalece no seu voto, que de mais a mais saiu vencedor no julgamento, é uma situação nova. Em 1992 houve a instauração do processo de *impeachment* no Senado, logo após a sessão da Câmara de 27 de setembro, e tão logo houve a instauração do procedimento no Senado o Presidente da República foi afastado. Essa situação não se repetiu em 2016, com Dilma Vana Rousseff, já que o voto de divergência do Min. Luís Roberto Barroso sagrou-se vencedor e com isso o afastamento da Presidente se deu apenas depois do Senado realizar uma votação sobre o juízo de admissibilidade da acusação recebida da Câmara dos Deputados.

Esta divergência entre os votos dos ministros Luís Edson Fachin e Luís Roberto Barroso já são suficientes para elucidar o sentido da divisão entre política e ciência jurídica nos termos propostos por Hans Kelsen. Basta observar que o ministros buscam emprestar cada um um sentido às normas que invocam para conceder ou negar um determinado pedido<sup>75</sup>. A escolha quanto fato *sub judice* não poderia ser outra mais controversa, a decisão que efetivamente afastou a Presidente da República de suas atividades. Não há como pensar em ato mais político do que este. No entanto da análise dos argumentos, é possível perceber nitidamente que não há qualquer argumento que se sobreponha pela sua lucidez, trata-se em última instância como Kelsen observa incansavelmente de um ato de vontade, exarado por uma autoridade competente, diga-se novamente, um ato de vontade arbitrariamente escolhido por uma autoridade competente, juridicamente válido, seja validade por uma norma pressuposta ou fictícia.

---

<sup>75</sup> “*Distingue entre la interpretación científica y la que llama auténtica, primera es la que desarrolla el estudioso del derecho en tanto que la segunda es realizada por quién crea la norma. Por ello es que la interpretación auténtica es siempre um acto de voluntad (creadora) emanado de quién tiene el poder (competencia) para esa actividad. Esse acto de voluntad se manifiesta prefiriendo entre varias opciones posibles. Así, pues, se trata de uma actividad eminentemente política, como toda la que emana del poder.*” CRACOGNA, Dante. **Cuestiones fundamentales de la teoría pura del derecho**. Ciudad de Mexico: Fontamara, 1998. p. 101-102.

## UMA PERSPECTIVA INCONCLUSA

O conceito de validade jurídica oferecido por Hans Kelsen ao mundo jurídico após tantos anos de refinamento implica em grandes conseqüências científicas, morais, políticas e também jurídicas.

Efetivamente quando se observa o conceito de validade jurídica como exposto e construído, fundido na descrição da norma fundamental, temos que forçosamente concluir e compreender, que o adjetivo “*jurídico*” quer dizer dotado de forma, e portanto conhecível juridicamente. Isto é, quando uma norma é posta em conformidade com a norma fundamental, desta retirando a sua validade, isso faz com que a norma e o fato por ela regrado tenham relevância jurídica. Daí porque Kelsen diz que o sentido do ato pode ser entendido subjetivamente e objetivamente.

Pois bem, esse é o critério que separa a universo jurídico das demais ciências. É o que permite aos juristas separar Direito e Política. É o discriminador da pureza. É importante observar que toda a decisão será jurídica na medida em que tomada de validade jurídica que nada mais é do que estar em consonância com a norma fundamental.

Aparentemente não se está dizendo nada. Mas isso é tudo. A análise jurídica nunca é uma análise de mérito. O Direito não cuida do mérito, não cuida de Justiça. O Direito cuida da forma, o conceito de validade jurídica explicita essa afirmação, na medida em que fabrica o objeto de análise e o método de avaliação.

Na última seção desta dissertação, em que se discutiram as razões que fundamentaram os votos divergentes dos Ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso tem-se muito claro que a norma jurídica comporta interpretações não apenas divergentes, mas até antagônicas. Isto se dá porque a autoridade é livre para preencher o conteúdo da norma jurídica.

Se de ponto de vista matemático a razão é chamada para concluir que a soma de dois e dois são quatro, e já não se pode colocar esse resultado em dúvida, posto que a razão como instrumento de investigação assevera tal assertiva, do ponto de vista jurídico o momento exato em que o Presidente da República é afastado do cargo para responder ao processo de *impeachment* é controverso. A legislação aplicada ao caso de Fernando Collor de Mello é a mesma que foi aplicada ao caso de Dilma Vana Rousseff, no entanto o momento do afastamento presidencial em termos processuais foi distinto. A reposta do Supremo Tribunal

Federal foi diferente para os casos, apesar da lei ser a mesma. Por quê? Porque a lei que é aplicada a um caso concreto passa pela leitura da autoridade competente que fixa a norma, e a fixação da norma ao caso individual é um ato volitivo, de vontade e não da razão.

No caso de Fernanco Collor de Mello houve afastamento logo após a instauração do processo no Senado Federal, no caso de Dilma Vana Rousseff o afastamento se deu depois do Senado Federal deliberar sobre a procedibilidade da acusação. Não há como justificar com argumentos racionais porque a distinção no tratamento. A única resposta possível é que o STF *quis* assim. Esse é o ponto que Kelsen revela majestosamente, o ato de judicar é um ato volitivo, de vontade.

Como causa e consequência, de Kelsen conclui-se que a norma jurídica aplicada ao caso concreto implica em uma decisão de vontade do agente que julga, ou seja, da autoridade. Se há uma separação entre Direito e Política, de fato, como Kelsen observa, esta está na ciência que estuda tais decisões, e não nas decisões que são tomadas, que integram o ordenamento, como parte da pirâmide normativa. A ciência que observa pode ser axiologicamente neutra, e pode ter um valor enquanto filosofia do Direito, que expõe a verdade e machuca os olhos de quem vê, como aquele que sai da caverna e é cegado pela luz do Sol.

O objeto é criado na medida em que é juridicamente relevante, ou seja, de alguma forma está inserido dentro da pirâmide e existe em relação à norma fundamental. De outro lado o método é apresentado também, consiste em uma análise de precedência onde se verifica o fio condutor que liga a decisão a norma fundamental. O objeto é a norma, o método é o normativo, que se preocupa com a validade da norma e do ato.

Quando Kelsen, no prefácio da primeira edição da Teoria Pura do Direito em 1934, observa que uma potência terrena se sentiu ameaçada pela verdade no curso das estrelas, disse tudo. O próprio Direito é uma potência terrena, a reflexão sobre a natureza da norma é uma tarefa difícil neste capítulo. Kelsen mostra, como as decisões são atos de vontade, e tal verdade machuca.

O Direito no que tem de mais objetivo e impessoal é um Direito da forma e da competência, jamais do conteúdo.

## REFERÊNCIAS

ABREU, João Leitão de. **A validade da ordem jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1964.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência: (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. 1982. 283f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1982.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.

AMADO, Juan Antonio García. Defesa de Kelsen diante dos ignorantes e cretinos. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana. Curitiba: Juruá, 2012.

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**: the philosophy of the positiv law. New York: Henry Holt and Company, 1985. Disponível em: <<http://intersci.ss.uci.edu/wiki/eBooks/BOOKS/Lectures%20on%20Jurisprudence%20Austin.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

BAPTISTA, Fernando Pavan. **O Tractatus e a teoria pura do direito**: uma análise semiótica comparativa entre o Círculo de Viena e a Escola de Viena. 2003. 149f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

BOBBIO, Norberto. Política In: \_\_\_\_\_.; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. coord. e trad. João Ferreira. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1998.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. (Org.). **Domínios contemporâneos da teoria das normas jurídicas**: das ramificações metafóricas às nervuras dogmáticas complexas. São Paulo: Ed. Unesp, 2014.

BRASIL. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 12 abr. 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.992, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**: processos: ADPF. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diversos nº 12, de 1992. Processo de “Impeachment” contra o Presidente da República. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, ano 48, n. 1, p. 1-39, 10 fev.. 1993. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/2390>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Diversos nº 12, de 1992. Processo de “Impeachment” contra o Presidente da República. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, ano 47, n. 5, p. 861-1008, 27 out. 1992. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=27/10/1992&paginaDireta=00861&indSuplemento=Sim>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

CRACOGNA, Dante. **Cuestiones fundamentales de la teoria pura del derecho**. Ciudad de México: Fontamara, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Opinião jurídica**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.pt.org.br/wp-content/uploads/2015/10/PARECER-DALMO-DALLARI.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, Poder Legislativo, Brasília, DF, ano 47, n. 164, 2 out. 1992. Seção 2. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=02/10/1992&paginaDireta=07902#>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

DYZENHAUS, David. **Legality and Legitimacy**: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford: Oxford University Press, 1999. Disponível em <<https://www.questia.com/read/13932847/legality-and-legitimacy-carl-schmitt-hans-kelsen>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução Gilson Casar Cardozo de Souza. 21. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ESPINOSA OLIVERA, Fernando Israel. Testimonio radiofonico de Hans Kelsen (en el 30 aniversario de su fallecimiento). **Revista de Investigaciones Jurídicas**, Ciudad de México, ano 27, p. 111-142, 2003.

ESQUIVEL PÉREZ, Javier. **Kelsen y Ross: formalismo y realismo en la teoría del derecho**. Ciudad de Mexico: Coyoacán, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução Cezar Augusto Mortari. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. 3. ed. Tradução Luis Tobio. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 1955.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução Fernando de los Rios. Buenos Aires: B de F, 2005.

JESTAEDT, Matthias. A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen. Tradução Carlos Eduardo de Abreu Boucault. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 106, p. 13-67, 2013. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2013v106p13/209>>. Acesso em: 10 set. 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Ed. 70, 2007.

KELSEN, Hans. A competência da assembléia nacional constituinte. **Política: Revista de Direito Público, Legislação Social e Economia**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 34-43, jan. 1934.

\_\_\_\_\_. **Autobiografia**. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

\_\_\_\_\_. Carta a Renato Treves. Tradução Leonel Severo Rocha. **Contradogmáticas: Revista Internacional de Filosofia e de Sociologia do Direito**, São Paulo, n. 9, p. 70-72, 1991.

\_\_\_\_\_. **Introduction to the problems of legal theory: a translation of the first edition of the reine rechtslehre or pure theory of law**. Tradução Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. New York: Oxford University Press, 1992.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: com nota de Carré de Malberg e o debate ocorrido na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Estado como integração: um confronto de princípios**. Tradução Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado:** desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica. Tradução Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987.

\_\_\_\_\_. Reflexiones en torno de la teoria de las ficciones juridicas, com especial enfasis en la filosofia del 'como si' de Vahinger. **Crítica Jurídica:** Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho, Curitiba, n. 18, p. 15-36, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoría general del Estado.** Tradução Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do Estado.** Tradução Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas.** Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado.** Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. Reflexiones em torno de la teoria de las ficciones jurídicas, com especial enfasis em la filosofia de "como si" de Vaihinger. **Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 18, p. 17-36, 2001.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Metodologia científica.** São Paulo: Atlas, 2008.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 5. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Kelsen:** estudio critico de la teoria pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena. Barcelona: Libreria Bosch, 1933.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito:** o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução Maria da Conceição Côrte. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica:** teses, monografias e artigos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Responsabilidade dos agentes públicos por atos de lesão à sociedade – Inteligência dos §§ 5º e 6º do Artigo 37 da CF – Improbidade administrativa por culpa ou dolo – Disciplina jurídica do impeachment presidencial (Artigo 85 inciso V da CF – Parecer**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/parecer/detalhe/id/0ed01f9c48ff7e2a4ba993c9dc3b9e98>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011.

MEDINA, Diego Eduardo López. **Teoría Impura del Derecho**: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004.

MERKL, Adolf Julius. Prolegómenos a uma teoria de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento. Tradução Juan L. Fuentes Osorio e y Miguel Azpitarte Sánchez. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Sevilla, n. 2, p. 235-259. jul./dez. 2004. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/118910>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. Ciudad do México: Coyoacán, 2009.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. (Org.). **Hans Kelsen**: teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PAULSON, Stanley L. **Facultad, responsabilidad y la teoría pura del derecho**. Ciudad de México: Fontamara, 2014.

\_\_\_\_\_. **Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen**. Tradução Luís Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen: com pós escrito inédito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. (Org.). **Hans Kelsen**: teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. The theory of public law in Germany 1914-1945. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 25, n. 3, p. 525-545, 2005. Disponível em: [https://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/the-theory-of-public-law-in-germany-1914-1945-mBLx065TVg?impressionId=57a69279d92fb&i\\_medium=mydeepdyve&i\\_campaign=archive&i\\_source=archive](https://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/the-theory-of-public-law-in-germany-1914-1945-mBLx065TVg?impressionId=57a69279d92fb&i_medium=mydeepdyve&i_campaign=archive&i_source=archive)>. Acesso em: 7 ago. 2016.

PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. New York: Oxford University Press, 1998. Disponível em: <<https://www.questia.com/read/99718072/normativity-and-norms-critical-perspectives-on-kelsenian>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

RAZ, Joseph. The Purity of Pure Theory. **Revue Internationale de Philosophie**, Paris, v. 35, n. 138(4), p. 451-459, 1981. Disponível em: <[http://www.jstor.org/stable/23945332?seq=5#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/23945332?seq=5#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 4 abr. 2016.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. Saraiva: São Paulo, 1999.

RESENDE JÚNIOR, José. A crítica metodológica das ciências de Wilhelm Windelband. **Problemata: Revista Internacional de Filosofia**, João Pessoa, v. 6, n. 2, p. 381-404, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problemata/article/view/25096/14021>>. Acesso em: 9 ago. 2016.

RODRIGUES, Nelson. **À sombra das chuteiras imortais**. São Paulo: Cia. das Letras: 1993.

SALDANHA, Nelsen. Situação histórica da teoria pura do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 14, n. 53, p. 145-156, jan./mar. 1977. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180989>>. Acesso em: 10 set. 2016.

SCHMILL ORDÓNEZ, Ulises. El positivismo jurídico. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 240, p. 133-146, 2003. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/240/art/art7.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SENADO FEDERAL. **Regimento Interno**: Resolução nº 93, DE 1970 Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23.ed. São Paulo: Cortez, 2007.

STAMMLER, Rudolf. **Economia y derecho**. Tradução W. Roces. Madrid: Reus, 1929.

SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

VAZ, Henrique C. de Lima. O problema da filosofia no Brasil. **Síntese**: Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 11, n. 130, p. 11-25, 1984. Disponível em: <<http://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/2099>>. Acesso em: 10 set. 2016.

VERDROSS, Alfred. **La filosofía del derecho del mundo occidental**: visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas. Tradução Mario de la Cueva. Ciudad del México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1983.

VAIHINGER, Hans. **A filosofia do como se**: sistema das ficções teóricas, práticas e religiosas da humanidade, na base de um positivismo idealista. Tradução Johannes Kretschmer. Chapecó: Argos, 2011.

WEBER, Max. **A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais**. Tradução Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 2006.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

## APÊNDICE

## APENDICE A - Aspectos biográficos de Hans Kelsen

Os textos que serviram de base para formulação deste tópico são a biografia elaborada pelo discípulo de Kelsen, Rudolf Aladár Métall<sup>1</sup> e a Autobiografia<sup>2</sup>.

Hans Kelsen nasceu na cidade de Praga em 11 de outubro de 1881, filho de Adolf Kelsen e Auguste Löwy. Aos quatro anos de idade de Kelsen a família se mudou para Viena, cidade em que freqüentou a escola pública e o Ginásio Acadêmico. Já em Viena nasceram seus irmãos: Ernesto, Gertrud e Paul Fritz<sup>3</sup>.

Na Autobiografia, Kelsen<sup>4</sup> menciona que foi na adolescência que tomou contato com a obra de Kant, sendo que foi aí que percebeu “[...] a ideia do sujeito que constrói o objeto no seu processo de conhecimento.” Kelsen se formou no Ginásio em 1900<sup>5</sup>.

Após o término do Ginásio, ainda pensando se seguiria pela Faculdade de Filosofia, Matemática ou Física, Kelsen prestou serviço militar obrigatório. Período em que se manteve alheio ao desenvolvimento intelectual.

As escolhas que levaram Kelsen a decidir pelo Direito são tão normais que aproximam Mestre de Viena de qualquer jovem de dezessete anos que hoje opta por cursar Direito. Mas a realidade dos primeiros anos dos cursos jurídicos é ainda mais aterradora, nas palavras do próprio Kelsen<sup>6</sup>:

Quem estudava filosofia se tornava professor de ginásio, e minha experiência ginasial havia me desgostado tão profundamente dessa profissão que decidi estudar direito com a perspectiva provável de tornar-me advogado e a esperança silenciosa de vir a ser juiz. As primeiras aulas a que assisti na Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Viena causaram-me amarga decepção. [...] Logo descobri que, ao estudar seu manual, eu podia assimilar em poucas semanas o que ele levaria um semestre inteiro para expor em uma elocução não muito vivaz.

Foi neste período da Faculdade que Kelsen manteve amizade com Otto Weininger, amigo que o incentivou a ler filosofia fora das aulas. O jovem Otto se suicidou aos 23 anos de idade, deixando uma grande marca sentimental em Kelsen.

<sup>1</sup> MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. Ciudad do México: Coyoacán, 2009.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

<sup>3</sup> MÉTALL, op. cit., p. 20.

<sup>4</sup> KELSEN, op. cit., p. 38.

<sup>5</sup> Ibid., p. 39.

<sup>6</sup> Ibid., p. 40.

Depois da morte de Otto Weininger, Kelsen continuou freqüentando a casa da família, sendo querido por todos, inclusive recebeu do pai de Otto, Leopoldo Weininger, um busto de Dante, que manteve em seu escritório por muitos anos<sup>7</sup>.

Nestes primeiros anos da Faculdade de Direito Kelsen se manteve assistindo às aulas de Leo Strisower, professor de História da Filosofia do Direito, com quem manteve estreito relacionamento. Com auxílio deste professor, por meio de empréstimos de livros<sup>8</sup>, que Kelsen começou a trabalhar no que seria o seu primeiro livro que trataria da teoria política na obra de Dante Alighieri<sup>9</sup>.

A partir deste momento Kelsen começou efetivamente a se preocupar com problemas de teoria do Direito. Foi a partir daí com tomou conhecimento da obra de Hermann Cohen<sup>10</sup>, “[...] ficou claro para mim que a ‘pureza do método’ era o objetivo ao qual eu tendia, mais instintivamente que por meio de reflexão sistemática.”<sup>11</sup>

Em seguida Kelsen se aproximou do professor Edmund Bernatzik<sup>12</sup>, e foi nos seminários promovidos pelo então Professor Bernatzik que Kelsen amadureceu a ideia de se inscrever no doutorado.

Resta claro nas biografias que neste período de proximidade com o Professor Edmund Bernatzik, Kelsen seriamente se dedicou a se inserir no mundo acadêmico. Porém um fato decisivo atual desfavoravelmente ao seu interesse: a sua origem judia. Conta Kelsen que o professor Bernatzik chegou a lhe dizer claramente que não teria chances de uma colocação acadêmica<sup>13</sup>. De toda forma foi em frente.

Logo depois do seu doutorado, começou a desenvolver uma obra de vulto, que mais tarde seria apresentada como sua tese de livre-docência *Problemas Capatales de La Teoría Jurídica del Estado*<sup>14</sup> o ano de 1911, com segunda edição em 1923.

<sup>7</sup> MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. Ciudad do México: Coyoacán, 2009, p. 23.

<sup>8</sup> Ibid, p. 24.

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. **Die Staatslehre des Dante Alighieri**. Wien, 1905. (Wiener staatswissenschaftlichen Studien, v. 6, t. 3, 1905).

<sup>10</sup> Hermann Cohen (1824-1918) foi um filósofo da Escola de Marburg, sendo considerado neokantino.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 43.

<sup>12</sup> Edmund Bernatzik (1854-1919) foi professor de Direito Público e Constitucional na Áustria, tendo lecionado na Basileia, Graz e em Viena. Também foi o editor da Wiener Staatswissenschaftlichen Studien, revista em que foi publicado o primeiro texto de Kelsen sobre a teoria política de Dante Alighieri.

<sup>13</sup> MÉTALL, op. cit., p. 27.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**: desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica. Tradução Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987.

No desenvolvimento da tese de livre-docência houve diversos fatos biograficamente interessantes. O pai de Hans Kelsen nesta época teve diversos problemas cardíacos tendo que se afastar da fábrica, que foi assumida pelo seu jovem irmão Ernst de 22 anos. Após a morte do pai em 1907 a situação financeira da família ficou ainda mais precária e os irmãos mais velhos tiveram que de alguma maneira sustentar a casa: Gertrud Kelsen conseguiu uma colocação como secretária, Kelsen dava aulas particulares.

Com essa situação financeira precária, os irmãos se revezando para cobrir os custos domésticos, Kelsen sendo responsável junto com Ernst pela criação do irmão mais novo Paul Fritz, a tese de livre-docência se desenvolvia lentamente. Era necessária uma bolsa para poder custear seus estudos, ajuda financeira que veio no ano de 1908.<sup>15</sup>

Foi graças a esta bolsa da Faculdade de Direito e Ciência Política da real-imperial Universidade de Viena que Hans Kelsen conseguiu ir durante um semestre estudar em Heidelberg, para assistir aulas com a maior autoridade em Direito Público à época, Georg Jellinek<sup>16</sup>.

Foi no momento que Kelsen conseguiu a bolsa da Universidade para viajar a Heidelberg que o Professor Edmund Bernatzik tentou desviá-lo do seu interesse em seguir na carreira acadêmica<sup>17</sup>.

As relações que Kelsen travou com Jellinek em Heidelberg são pitorescas. Existe, é fato, um interesse acadêmico em narrar estes acontecimentos, porém é deveras engraçado o que se passou aí, mostrando uma vez mais na biografia do grande jurista que ele também sofreu com desgostos acadêmicos muito próximos dos que se repetem nas universidades de hoje.

Em Heidelberg houve tempo para trabalhar mais detidamente na tese de livre-docência, ao passo que freqüentava as aulas do Professor Georg Jellinek.

---

<sup>15</sup> Id. **Autobiografia**. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 46.

<sup>16</sup> Georg Jellinek (1851-1911) maior autoridade em Direito Público deste período autor de obras elementares ainda hoje no estudo da ciência política, sendo autor da Teoria Geral do Estado (JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução Fernando de los Rios. B de F: Buenos Aires, 2005) que é uma das obras de contraponto da tese de livre-docência de Kelsen.

<sup>17</sup> KELSEN, 2012, op. cit., p. 47: “Quando, depois de obter a bolsa, procurei o professor Bernatzik para comunicar-lhe que eu tinha intenção de ir a Heidelberg, ele deu-me a entender com bastante clareza que eu teria poucas perspectivas de carreira acadêmica e que seria melhor para mim tornar-me advogado ou bancário. [...] Mas o motivo principal pode bem ter sido que ele desejava porventura evitar tomar partido por um candidato judeu diante da atitude não muito amigável da faculdade, para com os judeus.”

Kelsen se queixa na biografia de Jellinek de alguma maneira com um certo orgulho ferido<sup>18</sup>:

[...] freqüentei apenas o seminário de Jellinek, que não me causou nenhuma emoção especial. [...] Ele andava rodeado de um círculo quase impenetrável de estudantes fascinados por ele que adulavam sua vaidade de maneira inacreditável. [...] Depois desse seminário, foi-me permitido acompanhar Jellinek até em casa. No caminho ele me perguntou o que eu tinha achado da apresentação. Exprimi um elogio dos mais comedidos. Jellinek ficou visivelmente irritado. Ele afirmou que havia sido uma realização excepcional e predisse um grande futuro acadêmico para o expositor. Posteriormente, no curso de sua vida acadêmica o tal sujeito só teve parcas e medianas realizações. Jellinek era muito melhor escritor que professor.

Se levarmos em consideração que a Autobiografia é datada de 1947 e que Kelsen nasceu em 1881, essas palavras foram escritas por um senhor de 66 anos de idade, distante já 39 anos dos fatos narrados. A esta altura Kelsen já era um grande nome do Direito. É possível sentir como ele amargou as palavras de Jellinek e as guardou. Esses traços de humanidade são muito importantes para entender porque a obra de Kelsen é tão aguda nas suas críticas e ponderações. Se por um lado esse traço de juventude e de certo orgulho ferido vai servir de combustível para a elaboração da tese de livre-docência, ao longo de sua vida Kelsen vai encontrar outros adversários no campo acadêmico, porém muito mais cruéis que Jellinek nas suas ponderações, tais como Carl Schmitt e Rudolf Smend.

Se levarmos em consideração que Kelsen será mais tarde referido como “cão judeu” pelos autores nazistas<sup>19</sup>, é de se entender porque suas obras são tão firmes, e seus argumentos tão sólidos. Visto que o ambiente em que produziu era tão desfavorável. O ponto relevante é que estando hoje os leitores de Kelsen tão afastados no tempo, sem as devidas considerações circundantes, a obra de Kelsen se torna hermética.

Em seguida do comentário sobre Jellinek, logo após a decepção do encontro com o grande mestre, Kelsen menciona o que de verdade foi uma lástima no

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 47-48.

<sup>19</sup> AMADO, Juan Antonio García. **Defesa de Kelsen diante dos ignorantes e cretinos**. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23.

período que esteve em Heidelberg, que foi não ter participado dos seminários de um outro mestre que ali lecionava, Max Weber<sup>20</sup>.

Infelizmente por problemas financeiros familiares Kelsen teve de retornar de Heidelberg antes do previsto, inclusive buscar uma colocação para ajudar no sustento principalmente do seu irmão mais novo.

De volta à Viena, submeteu seu trabalho à apreciação da Universidade a fim de conseguir um posto de professor livre-docente, tendo parecer favorável do Professor Adolf Menzel e Bernatzik. No verão de 1911 foi admitido como livre-docente de direito público e filosofia do direito.

Conforme menciona Rudolf Aladár Métall<sup>21</sup>, Kelsen se deteve estudado a vertente neokantiana de Marburg, “[...] a qual tendia a pureza metódica mais estrita”, tendo inclusive visitado Hermann Cohen<sup>22</sup>.

Em 1912 Kelsen contraiu matrimônio de Margarete Bondi. Em 1914 nasceu sua primeira filha Anna e a segunda veio em 1915, María.

Entre 1912 e 1914 Kelsen tentou uma posição permanente na Universidade. Seu amigo Professor Ernst Seidler era o principal professor de Direito Público, tendo sido posteriormente indicado para Ministro da Agricultura e ainda Primeiro-Ministro. Com a sua proximidade Kelsen foi indicado para professor de Direito Público em 1914, posição na qual poderia enfim desfrutar de tempo para se dedicar aos estudos. Não fosse a exclusão da Primeira Guerra Mundial Kelsen teria aproveitado seu posto.

Kelsen havia prestado serviço militar obrigatório logo depois de terminar o Ginásio, nessa qualidade detinha patente de primeiro tenente<sup>23</sup>, com a eclosão da Primeira Guerra Mundial em 1914 foi convocado a se alistar em agosto deste ano. Foi arregimentado na cidade de Linz, e aí padeceu de pneumonia. Foi transferido para Innsbruck para reclassificação, e recebeu ordens de servir apenas em escritório.

Mais uma vez na biografia de Kelsen os aspectos humanos e pitorescos se apresentam. Depois que foi reclassificado para trabalhar em escritório, houve a intercessão do Ignaz Verdross, que era pai de Alfred Verdross que era aluno de

<sup>20</sup> Max(imilian Carl Emil) Weber (1864-1920), fundador das sociologia moderna.

<sup>21</sup> MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. Ciudad do México: Coyoacán, 2009. p. 32-33.

<sup>22</sup> Ibid., p. 33 - Métall menciona três textos de Kelsen frutos dos estudos deste período: “*Hacia una doctrina del negocio jurídico público*; *Hacia una doctrina de la ley en sentido formal y en sentido material*; e *Ley imperial y ley local según la constitución Austraca*.”

<sup>23</sup> Ibid., p. 35.

Kelsen. O pai do aluno de Kelsen era general e nobre do Império austríaco<sup>24</sup>. Graças a esta auspiciosa ajuda, Kelsen ficou lotado em serviços administrativos em Viena.

Ato contínuo Kelsen foi nomeado assessor direto do Ministro da Guerra, que em razão do Estado de Guerra tinha posição privilegiada dentro governo. Menciona Kelsen em sua biografia que chegou a despachar pessoalmente com o Imperador<sup>25</sup>.

A promoção aparentemente despropositada aconteceu por uma série de mal entendidos. O que faz da biografia de Kelsen uma certa comicidade. Um oficial jurídico do Estado Maior do Exército, major-auditor Schager tinha intenção de fundar uma revista de direito militar e solicitou que os oficiais a ele submetidos fornecessem contribuições para o primeiro exemplar da revista. Kelsen já havia escrito um extenso artigo sobre reforma constitucional que deveria se seguir ao fim da guerra, com a intenção de publicar em período de paz na revista de que era editor [*Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*]. Explica Kelsen<sup>26</sup> que entregou ao major um capítulo do artigo, justamente que tratava da cisão do exército comum. Entretanto não ouviu mais nada sobre a revista, julgou que não haveria desdobramentos sobre o texto. Esqueceu-se do assunto.

Passado algum tempo foi informado por seu chefe imediato que deveria se apresentar ao Ministro da Guerra. Na audiência com o último Ministro da Guerra da monarquia, major-general Stöger-Steiner, foi recebido com hostilidade. Kelsen foi interpelado pelo Ministro que perguntou se não era do conhecimento deste que oficiais só poderiam publicar com autorização do Ministério. O que de fato estava sendo discutido, em razão do artigo:

No decorrer do meu interrogatório, descobri que o ministro suspeitava que eu trabalhasse a serviço do Estado-Maior do Exército, que estava em um conflito de competências permanente com o Ministério da Guerra. [...] O fato de que o ensaio provinha de um dos seus oficiais foi considerado por ele uma espécie de traição. [...] Consegui facilmente convencer o ministro de que o pano de fundo político do caso me era totalmente desconhecido [...] O resultado foi que ele me convocou imediatamente para o gabinete, e mandou que me instalassem na escrivaninha mais próxima da sua.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. Ciudad do México: Coyoacán, 2009 p 35. *Edler von Drossberg*.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 58-59:

<sup>26</sup> Ibid., p. 57.

<sup>27</sup> Ibid., p. 57-58.

Em resumo, Kelsen foi promovido a assessor direto do Ministro da Guerra por um erro. Fato de sorte ou azar que alterou definitivamente os seus rumos profissionais dali por diante. O seu desenvolvimento no cargo proporcionou oportunidade de conversar com o Ministro sobre assuntos de direito público e inclusive políticos. Kelsen viu a monarquia ruir muito de perto.

O alto cargo no Ministério da Guerra favoreceu sobremaneira a carreira de Kelsen. Já em 1915 havia obtido o cargo de Professor Extraordinário, o que devido a suas origens judias haveria de ser a sua maior colocação. Diante da interlocução com grande figuras do Império, Kelsen recebeu ofertas de trabalho em diversas áreas, porém antes de aceitar qualquer delas se dirigiu à Universidade de Viena e travou diálogo com Bernatzik. Estava preparado para receber uma recusa ao seu pleito ao cargo de Professor efetivo, em virtude do histórico acadêmico. Mas foi surpreendido quando Bernatzik perguntou-lhe quais matérias gostaria de lecionar. Seu nome foi submetido à Congregação da Universidade e posteriormente Hans Kelsen foi empossado professor de Direito Público da Universidade de Viena.

É muito importante salientar e transcrever as impressões de Kelsen sobre o motivo de seu nome ter sido aceito pela Congregação da Universidade de Viena:

Não duvidei que a atitude de Bernatzik tivesse sido determinada de modo decisivo pela minha posição no Ministério da Guerra. Esta causou sobre ele uma impressão maior do que todas as minhas publicações anteriores.<sup>28</sup>

O próprio Kelsen reconhece na sua Autobiografia, no trecho acima transcrito, que foi a sua eminente posição no Ministério da Guerra que pesou favoravelmente à sua admissão como professor da Universidade de Viena. É muito curioso que o autor festejado pelo seu rigor acadêmico, mesmo entre seus adversários, tenha conseguido sua admissão na Universidade não por suas qualidades acadêmicas, mas por seu relacionamento militar.

É muito salutar para nós brasileiros que padecemos da doença crônica do “complexo de vira-latas”<sup>29</sup> compreender que arranjos da política universitária se passam inclusive entre os grandes mestres do Direito. Fica uma questão latente:

---

<sup>28</sup> Ibid., p. 65.

<sup>29</sup> “Por ‘complexo de vira-latas’ entendo eu a inferioridade em que o brasileiro se coloca, voluntariamente, em face do resto do mundo. Isto em todos os setores e, sobretudo, no futebol.” RODRIGUES, Nelson. **À sombra das chuteiras imortais**. São Paulo: Cia. das Letras: 1993. p. 51-52.

Será que os brasileiros que solicitaram um parecer<sup>30</sup> ao eminente Professor de Direito Público da Universidade de Viena sobre a legitimidade da Revolução de 30 (ou golpe militar de Getúlio Vargas) de limitar o poder constituinte da Assembléia Constituinte convocada para redigir a Constituição de 1934 sabiam das condições em que Kelsen foi aceito para a Cátedra?

Kelsen dirigiu um seminário do qual participaram alguns alunos ilustres Adolf Merkl, Alfred Verdross, Fritz Sander, Walter Henrich, Felix Kaufmann, Fritz Schreier. Deste período é que se fala de uma Escola de Viena, sob a orientação de Hans Kelsen. Esta Escola Jurídica ficou conhecida internacionalmente, sendo que juristas de diversos países afluíram a Viena para estudar com Hans Kelsen, desta época Metáll<sup>31</sup> cita da Dinamarca, Alf Ross, da Alemanha, Julius Kraft, da França Charles Eisenmann e particularmente os dois que de perto interessam a esta dissertação, Luis Legaz y Lacambra e Luis Recaséns Siches, da Espanha.

Em 1919 Bernatzik faleu subitamente de um ataque do coração, o nome de Kelsen foi então sugerido ao posto de segundo catedrático de Direito Público pelo professor Menzel.

Entre 1919 e 1929 Hans Kelsen foi professor efetivo de Direito Público na Universidade de Viena, é deste período a publicação de algumas obras importantes para a formação seu pensamento como um todo, como desenvolvimento da sua visão de teoria de Direito em 1925 há publicação da sua *Allgemeine Staatslehre*<sup>32</sup>.

A partir de 1918, com o fim da Primeira Guerra Mundial, Kelsen foi por Karl Renner, então Chanceler de Estado do governo provisório da Áustria justamente para redigir a Constituição do novo país. Nesta atividade Hans Kelsen laborou com a conhecida determinação, sua atuação no campo pré-constitucional logrou êxito uma vez que a Constituição da Áustria foi promulgada sem grandes alterações naquilo que Kelsen considerava a sua maior contribuição, a saber, a criação de um Tribunal Constitucional<sup>33</sup>. É característico de sua biografia junto da criação de Tribunal Constitucional veio à luz também o sistema concentrado de controle de constitucionalidade.

---

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. A competência da assembléia nacional constituinte. **Política**: Revista de Direito Público, Legislação Social e Economia, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 35, jan, 1934.

<sup>31</sup> MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. Ciudad do México: Coyoacán, 2009, p. 47.

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. **Teoría general del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934.

<sup>33</sup> KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 81.

Em seguida da promulgação da Constituição da Áustria, Hans Kelsen foi conduzido ao cargo de Juiz da Suprema Corte por indicação unânime dos partidos que compunham a Assembléia Nacional, justamente por sido o autor do Constituição que vigorou a partir de 1920<sup>34</sup>. Kelsen assim conheceu uma boa prosperidade, sendo professore da Universidade de Viena e Juiz da Suprema Corte.

Em Kelsen permaneceu em Viena até 1929. Durante esse período atuou na Suprema Corte, até o incidente do matrimônio, que culminou com uma reforma constitucional. Kelsen explica em detalhes na sua Autobiografia que a luta política se deu no contexto de uma acentuada centralização de poder, o partido social-cristão tinha por objetivo justamente diminuir a influência da Corte Constitucional e centralizar poder na figura do Presidente da Federação, em claro alinhamento ao modelo fascista da Itália.

Ocorre que a Corte Constitucional havia efetivamente entrado em conflito com o Governo. De acordo com o Código Civil de 1811 o casamento contraído por católicos era indissolúvel. No entanto o Direito permitia a separação de mesa e cama, que era a supressão dos deveres conjugais. Tal separação não tinha o condão de dissolver o vínculo conjugal. Qualquer tipo de novas núpcias contraria a o princípio da indissolubilidade do matrimônio.

Contudo, em 1811, quando o Código Civil entrou em vigor, a Áustria estava sob a domínio direto da Igreja Católica e também era governada por um regime de monarquia absolutista. Ou seja, apesar da impossibilidade de dissolução da sociedade conjugal, havia no Direito Civil a previsão de que o monarca e seu representante em cada Estado Austríaco poderia conceder dispensas para impedimentos matrimoniais existentes, ou seja, autorizar pessoas a se casar mesmo estando essas impedidas. Quando a discussão do texto ficou decidido que a graça imperial não conheceria limites, de tal sorte que o poder de conceder dispensas pelo monarca e seus representantes era absoluto. Daí que dentro do sistema de direito civil austríaco havia uma ambigüidade: o princípio católico da indissolubilidade e a competência ilimitada do Estado para conceder dispensas de impedimentos matrimoniais.

Todavia o primeiro parlamento formado após a queda da monarquia era composto na sua maior parte por sociais-democratas e nacionais alemães, que eram

---

<sup>34</sup> MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. Ciudad do México: Coyoacán, 2009. p. 65.

abertamente favoráveis a reforma do direito matrimonial no sentido de reconhecer a necessidade casamento civil obrigatório e de instaurar a dissolubilidade conjugal, inclusive entre aqueles contraídos por católicos.

A Igreja e o partido social-cristão eram terminantemente contra a reforma. O impasse político gerou um acordo entre as lideranças políticas. Não seria realizada reforma legislativa na matéria, porém as concessões de dispensas de impedimento matrimonial seriam generosamente distribuídas. Assim os dirigentes locais concediam as dispensas de impedimento.

Contudo um dia um matrimônio contraído com base em dispensa de impedimento foi declarado inválido por um tribunal austríaco, sob o argumento de que o ato administrativo por meio do qual as bodas se realizaram não poderia conceder dispensa para o impedimento matrimonial resultando de um casamento católico prévio.

A partir desta decisão começaram a se multiplicar as decisões que reconheciam a invalidade dos casamentos contraídos com base nas dispensas de impedimentos.

Assim, começou um escândalo único na história do direito austríaco. O mesmo Estado permite expressamente por meio de suas autoridades a celebração de um matrimônio e declarava por meio de seus tribunais que o mesmo matrimônio era inválido. A autoridade do Estado não poderia ser abalada de modo mais crítico.<sup>35</sup>

A questão obviamente chegou à Corte Constitucional. Na Corte Constitucional, Kelsen menciona que o caso chegou da seguinte maneira. A Corte Suprema já havia anteriormente declarado que tribunal local não tinha competência para anular ato administrativo, isto em um caso de direito de passagem. Tal competência era de um Tribunal Administrativo. Assim, a decisão que serviu de parâmetro era esta que reconhecia que tribunal local não poderia declara a invalidade de ato administrativo. Com isso a Corte Constitucional declarava que ilegalidade da decisão do tribunal local que impugnava o ato administrativo que reconhecia a dispensa do impedimento, e com esta atuação o casamento era considerado válido.

---

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 87.

Tal precedente virou regra, e toda vez que um tribunal local invalidava um casamento, as partes recorriam ao Tribunal Constitucional que manteve a decisão de reconhecer a usurpação de competência. Desta feita o Tribunal Constitucional, com via de resolver uma questão interna de autoridade do próprio Estado Austríaco, acabou sendo arrastado para o centro político, e Hans Kelsen que capitaneou a primeira decisão no sentido de reconhecer a falta de competência dos tribunais locais para se manifestar sobre atos administrativos acabou sendo identificado como autor de toda esta situação, relatando:

Como minha participação nas decisões da Corte havia obviamente se tornado conhecida, também me tornei pessoalmente objeto de ataques por vezes absolutamente sórdidos. Fui acusado de favorecer a bigamia, e assim por diante. [...] lembro-me que minhas duas filhas pequenas, ao voltar da escola para casa, disseram-me muito abaladas que na porta de entrada do nosso apartamento havia sido colocada uma espécie de cartaz no qual estavam escritas coisas horríveis sobre mim.

A disposição do partido social-cristão de eliminar a Corte Constitucional era premente, e esta oportunidade surgiu com a reforma constitucional de 1929. A reforma constitucional passava por uma emenda a constituição. A ideia era alterar a composição da Corte Constitucional e principalmente o método de indicação. No modelo da Constituição de 1920 a indicação era feita pelo parlamento, a reforma social-cristão alterava essa competência para o Governo. O número de juízes seria elevado para 14, e haveria uma nova recomposição da Corte.

Ocorre que tal emenda não seria aprovada com a anuência do partido social-democrata, porém este concordou diante de um acordo oferecido, de que indicaria dois nomes para a nova composição. O prefeito de Viena, Karl Seitz procurou Hans Kelsen para que este assumisse uma das vagas indicadas pelo partido social-democrata.

Kelsen ponderou que dois votos diante dos demais doze votos não seriam suficientes para frear qualquer decisão na nova composição da Corte, e sua presença ali seria considerada apenas como decorativa e de validação do novo regime. Em segundo lugar, Kelsen observou que não poderia aceitar a indicação porque como magistrado não poderia ter ligação partidária. Por fim, concluiu que já

naquele estágio de desenvolvimento político as intenções fascistas do partido social-cristão já eram bem nítidas<sup>36</sup>.

O resultado político foi que a reforma foi aprovada, a nova composição da Corte Constitucional começou a contrariar as decisões passadas, e com isso as decisões dos tribunais que invalidavam os casamentos com base no questionamento dos atos administrativos passaram a ser ratificadas pela Corte Constitucional.

Estes fatos encerram a passagem de Kelsen por Viena. Desgostoso com a situação política do país, oportunamente recebeu da Universidade de Colônia convite para lecionar. Em 2 de novembro de 1930 Hans Kelsen desembarcou com a família em Colônia, Alemanha<sup>37</sup>.

Kelsen foi chamado a lecionar Direito Internacional em Colônia, e nesta cidade permaneceu por três anos, em condições muito agradáveis “[...] pudemos alugar uma casa de família muito bonita com um grande jardim em Marienburg, um subúrbio residencial de Colônia. Eu tinha meu próprio instituto e assistentes, bem como fundos abundantes para abastecer a biblioteca de direito internacional.”<sup>38</sup>

Mas como todos sabemos, Hitler ascendeu a Chanceler do Reich em 1933. Hans Kelsen foi um dos primeiros demitidos pelo governo nazista.

Estava tomando o café da manhã, lendo o *Kölner Stadtanzeiger* [Diário de Colônia] quando minha mulher, que estava sentada diante de mim, disse: “O seu nome está no verso da folha!” Era a notícia da minha demissão, da qual fiquei sabendo por esse meio.<sup>39</sup>

A partir deste fato Kelsen entendeu ser a hora de deixar a Alemanha. Não sem antes ter um pedido formal endereçado a Berlim para retificação da situação de Kelsen assinado por todos os membros da Faculdade de Direito de Colônia, com a exceção de um único nome: Carl Schmitt.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> “Declarei ao prefeito Seitz que eu considerava a eliminação de uma Corte Constitucional independente do governo um passo funesto, ainda mais porque as tendências fascistas do partido social-cristão já eram bastante claras naquela época. Os acontecimentos ulteriores deram-me razão.” KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 92-93.

<sup>37</sup> MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. Ciudad do México: Coyoacán, 2009. p. 75.

<sup>38</sup> KELSEN, op. cit., p. 94.

<sup>39</sup> Ibid. 95.

<sup>40</sup> MÉTALL, op. cit., p. 78.

Kelsen conseguiu escapar ao Holocausto por sorte, com ajuda com um funcionário da Universidade de Colônia que era partidário do Nazismo, e por seus contatos conseguiu liberar os passaportes da família Kelsen.

Feita a travessia, Kelsen chegou com sua família em Genebra. No Instituto de Altos Estudos de Genebra Kelsen teve oportunidade de produzir. No começo havia dificuldade com a língua francesa, mas depois de um ano o obstáculo foi superado.

Finalmente em 1934 vem à luz a Teoria Pura do Direito, publicada em Viena.

Kelsen permaneceu em Genebra enquanto pode, mas a situação política só se agravava. Teve novamente de se mudar, desta vez recebeu convite de um antigo colega para ser Professor de Direito Internacional na Universidade Alemã de Praga.

Em Praga, diante das movimentações do nazismo, Hans Kelsen sofreu um forte abalo em aula inaugural:

Quando entrei no auditório, ninguém se levantou das cadeiras – era uma afronta direta, já que segundo tradição acadêmica, os estudantes tinham de se levantar à chegada do professor. Logo depois das minhas primeiras palavras, ressoou o grito: “Abaixo os judeus, todos os não judeus têm de deixar a sala”, com o que todos os presentes deixaram o auditório, onde fiquei sozinho.<sup>41</sup>

Kelsen recebeu o título de Doutor *honoris causa* da Universidade de Harvard em 1936.

Kelsen recebeu o título de Doutor *honoris causa* da Real Universidade de Utrecht em 1936.

Kelsen foi ameaçado, recebeu cartas com suásticas, e eviu um colega professor Theodor Lessing receber as mesmas ameaças e sofre um atentado que o levou ao óbito em 1933. Inclusive foi chamado à chefia de Polícia para ser informado que um plano de atentado contra sua vida tinha sido discutido em uma organização estudantil.

O cenário de idas e vindas entre Praga e Genebra permaneceu até junho de 1940, quando Hans Kelsen e sua família emigraram para os Estados Unidos da América sem uma colocação de professor efetivo, apenas com visto temporário,

---

<sup>41</sup> KELSSEN, Hans. **Autobiografia**. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 94.

<sup>41</sup> Ibid., p. 102.

para oferecer um curso na New School of Social Research. Aos 60 anos de idade, sem falar inglês, Hans Kelsen buscava uma nova pátria.

Atuou por dois anos com contratos temporários em Harvard. Fato curioso e também emblematicamente triste relatado por Kelsen em sua Autobiografia<sup>42</sup>:

O reitor recusou prorrogação do meu cargo por um terceiro ano, mesmo com a condição de que meu salário fosse pago por uma fundação. [...] Esse insucesso magoou-me muito, ainda mais porque eu tinha um tratamento melhor na condição de doutor *honoris causa* da Universidade de Harvard.

Entre tantas tristezas, em uma biografia que está inserida dentro do âmbito de um refugiado da 2ª Guerra Mundial, e do Holocausto, as palavras escritas em relação a Universidade de Harvard são sentidas com muito pesar.

No verão de 1942 Hans Kelsen recebeu o derradeiro convite. Lecionar na Universidade de Berkeley. Não na Faculdade de Direito, mas Direito Internacional no Departamento de Ciência Política.

Para alguém de devotou a vida tão intensamente ao Direito, à Ciência Jurídica, as suas considerações finais são das mais tristes e melancólicas, talvez porque escritas em um dia ruim.

Mas as faculdades de direito estadunidenses não têm interesse particular por uma teoria científica do Direito. [...] Talvez o direito como objeto de conhecimento científico pertença realmente mais a uma faculdade filosófica, histórica ou de ciências sociais. [...] O que me faz falta aqui no Departamento de Ciência Política é que, entre os estudantes, os inteligentes, aplicados [...] mas em todos esses anos não encontrei um único que quisesse se especializar no campo da teoria do direito ou direito internacional. [...] Através da larga janela junto à qual está minha escrivaninha, olho por cima dos jardins para a Baía de São Francisco e a ponte *Golden Gate*, atrás da qual brilha o Oceano Pacífico. Aqui será com certeza o último refúgio do viajante cansado.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 107.

<sup>43</sup> Ibid., p. 108-109.