

# Epistemologia jurídica: de kant a kelsen legale epistemologia: da kant a kelsen

**Autore:** Athanis Molas Rodrigues

**In:** Diritto civile e commerciale

**Resumo:** Este estudo consiste na análise do contexto histórico e sócio-político que propiciou o surgimento da Teoria Pura do Direito, escrita por um grupo de juristas liderados pelo austríaco Hans Kelsen, seu maior expoente. Assumindo uma tendência formalista vigente na Europa do entre guerras, Kelsen e seus discípulos construíram a Teoria Pura do Direito de modo a criarem para o Direito um estatuto científico autônomo e independente. Verdadeira virada filosófica, a Teoria Pura fora apresentada à comunidade europeia como uma epistemologia jurídica, baseada nos pressupostos da filosofia transcendental de Immanuel Kant. Como epistemologia jurídica, a Teoria Pura do Direito serve de teoria do conhecimento do fenômeno jurídico, apta a delimitar seu objeto de estudo segundo seus próprios postulados.

**Palavras-chave:** Positivismo. Normativismo. Epistemologia. Kant. Kelsen.

**RIASSUNTO::** Questo studio è un'analisi della piuttosto storico e socio-politico che ha facilitato la nascita della teoria pura del diritto, scritto da un gruppo di filosofi legge guidata dal austriaco Hans Kelsen, il suo massimo esponente. Assumendo una tendenza prevalente formalista in Europa tra le due guerre, Kelsen e i suoi discepoli costruito la teoria pura del diritto al fine di creare uno statuto scientifico autonomo e indipendente per gli studi di legge. La vera svolta filosofica, la Teoria Pure è stato presentato alla comunità europea come epistemologia giuridica, basata sui presupposti della filosofia di Immanuel Kant è trascendentale. Come epistemologia legale, la Teoria pura del diritto serve come una teoria della conoscenza del fenomeno giuridico, in grado di delimitare l'oggetto di studio secondo i propri principi

**Parole chiave:** positivismo. Normativismo. Epistemologia. Kant. Kelsen.

**Sumário:** Introdução. 1. A pureza do método diante da impureza do Direito. 3. A norma hipotética fundamental e o escalonamento do ordenamento jurídico. 4. A função exercida pela Teoria Pura do Direito em solo nacional: uma análise do período de exceção instaurado em 1964. 5 A Constituição de 1946 ou o Ato Institucional? Considerações finais

## **Introdução.**

Direito e Justiça caminham enlaçados; lei e Direito é que se divorciam com freqüência. (Roberto Lyra Filho).

Desejosos em criar um método livre de ideologias, Hans Kelsen e seus discípulos inauguraram uma epistemologia própria para a análise científica do direito positivo. Como já contextualizado, os autores da Teoria Pura conviviam numa Europa marcada por pensamentos e formulações teoréticas do direito que carregavam em seu bojo os mais variados interesses político-ideológicos. Sua preocupação surgia desta conjuntura, dando lugar a uma tentativa de vedar a entrada de elementos filosóficos, teológicos, sociológicos, psicológicos, políticos na temática da ciência do direito.<sup>1</sup>

Não caberia ao cientista jurídico vasculhar o conteúdo das normas positivas e tecer-lhes juízos de valor - a postura relativista de Kelsen consistiria na recusa em analisar os valores carreados nas normas, para tão somente estudar-lhes a forma, ou seja, sua manifestação fenomênica enquanto atos de vontade humana. Os valores seriam sempre relativos porque produtos da cultura humana, e não de uma entidade transcendente. Haveria, dessa forma, uma estrutura escalonada de normas, que colocariam competências aptas à feitura de outras normas, de maneira organizada e hierarquizada.

Essa atitude formalizante seria imprescindível, já que os conteúdos das normas variariam de acordo com a situação histórica, cultural, política de uma sociedade<sup>2</sup> e dos agentes envolvidos em sua criação. Advinda do latim norma, a palavra “norma” designaria um mandamento, uma prescrição ou uma ordem, sendo-lhe

peculiar a função de conferir poderes, derrogar, permitir – esta seria a definição de norma adotada por Kelsen.

Haveria, então, uma recusa do histórico em Kelsen, em respeito ao embasamento epistemológico que daria à sua teoria. Seu intuito era conceber uma ferramenta apta ser utilizada na busca de um entendimento estrutural do direito, qualquer que fosse sua configuração, seu momento histórico e o espaço territorial no qual se manifestasse. Esta empreitada seria concretizada apenas com uma atitude formal e formalizante, que estudasse o esqueleto do ordenamento jurídico de maneira geral e sistemática, desconsiderando-se os demais fatores que formulassem a sua ontologia – a análise, portanto, deveria restringir-se ao seu objeto, o direito positivo.

Outrossim, as teorias jusnaturalistas de então eram repelidas por Kelsen por carregarem elementos ideológico-conteudísticos jacentes na concepção de direito natural, variando de acordo com o momento histórico. A fórmula “direito natural” funcionaria assim como ambiência formal suscetível ao preenchimento dos mais diversos conteúdos, condicionadas pela época e/ou pelas atitudes filosóficas, engendrando concepções metajurídicas para a definição do jurídico.<sup>3</sup>

Neste ambiente, Kelsen viu a necessidade de ancorar seu positivismo jurídico no conceito de ciência adotado pelo positivismo filosófico de Comte e seus discípulos. Esta noção positivista de ciência começou a se formar a partir do século XVII, desenvolvendo-se diante dos pensamentos de F. Bacon e atingindo sua plenitude nos idos do século XIX.<sup>4</sup> O arcabouço epistemológico organizado por Kelsen e seus discípulos consistiu na criação de um método e, a partir deste, a delimitação de um objeto, baseados em posturas científicas e filosóficas que passaremos a analisar.

Inicialmente, Kelsen recusa a distinção clássica entre ciências naturais e ciências sociais, adotando a separação ciências causais e ciências normativas. As ciências causais seriam regidas pelo princípio da causalidade, enquanto que as ciências normativas seriam pautadas pelo princípio da imputação.<sup>5</sup> Dalmo de

Abreu Dallari elucida essa diferenciação:

Enquanto que a ordem da natureza está submetida ao princípio da causalidade, à ordem humana se aplica o princípio da imputação. E explica: ambos esses princípios se apresentam sob a forma de juízos hipotéticos, que estabelecem uma relação entre uma condição e uma consequência, mas a natureza dessa relação não é a mesma nos dois casos.<sup>6</sup>

Enquanto que na relação de causalidade uma condição implicará necessariamente numa consequência, sem que qualquer agente externo ao processo possa influir para que se altere essa correlação; na relação de imputação ocorre que uma condição deve gerar determinada consequência, mas este dado não é absoluto ou absolutamente verificável. Pode ocorrer que algum fator interfira na relação, fazendo com que a consequência não se verifique<sup>7</sup>. Em sentido inverso, poderia ocorrer de só verificarmos determinada consequência em uma dada relação com a interferência de um fator externo.

A ciência do direito estaria localizada no grupo das ciências normativas, não se ocupando da descrição de fatos reais, mas da descrição de determinado complexo jurídico-normativo, seu objeto. A ciência do direito seria normativa não porque produziria normas, mas porque serviria unicamente para a sua descrição, mediante a formulação de juízos enunciativos, conforme sintetiza Miranda Afonso.<sup>8</sup>

As normas jurídicas de um direito positivo, posto em dado momento, seriam o objeto da ciência do direito na visão de Kelsen: seu método seria responsável por considerá-las enquanto conjunto hermético, sem as interferências do mundo exterior. O purismo de Kelsen refere-se, portanto, ao método, e não ao direito em si. As normas jurídicas seriam analisadas, segundo a epistemologia kelseniana, em sua imediatidade, fechadas numa campânula, desconsiderando-se as causas que as motivaram, bem como as consequências que eventualmente tivessem gerado. Para descrevê-las, o cientista jurídico utilizaria proposições jurídicas, isto é, enunciados ou juízos descritivos forjados pela ciência do direito.<sup>9</sup> A tarefa da ciência do direito seria meramente descritiva, enquanto que caberia à política jurídica a produção das normas e o preenchimento

de seu conteúdo.<sup>10</sup>

A norma jurídica é sempre voltada para a conduta humana, apontando o sentido objetivo de um dever-ser: uma vez positivada, a norma deixaria de ter um sentido subjetivo para adquirir objetividade. Além disso, a norma jurídica se diferenciaria de outras normas porque a ela se agregaria a postura de sanção, imanente à sua natureza. Esta sanção seria socialmente organizada, pois haveria um aparelho central no seio das sociedades que monopolizaria o uso legítimo da violência para o cumprimento do conteúdo versado nas normas - o Estado. Identificando Estado e ordenamento jurídico como sinônimos, Kelsen conceitua o Direito<sup>11</sup> como ordem normativa coercitiva, cabendo ao Estado o monopólio de coerção da comunidade jurídica, mediante sanções específicas.<sup>12</sup>

Para a ciência do direito as normas funcionariam como esquema de interpretação: um ato humano ganharia significado jurídico uma vez que se coadunasse com uma prescrição normativa. A norma jurídica qualificaria um ato humano como ato jurídico na medida em que contivesse, em seu conteúdo, as disposições que confeririam significado jurídico a este mesmo ato. A norma jurídica serviria para que o cientista identificasse qual o significado conferido a determinado ato humano, fato social do mundo do ser, não interessando especificamente tais atos e fatos, mas o significado objetivo que lhes é subjacente, significado que as normas componentes do ordenamento jurídico lhes conferem.<sup>13</sup>

Segundo Goyard-Fabre, a Teoria Pura do Direito teria construído seu objeto de estudo metodologicamente, seguindo os postulados da filosofia transcendental formulada por Kant: “Hegel acusara Kant de fazer do método um instrumento antes para a constituição do saber do que para sua exposição; pelo contrário, é isso o que Kelsen admira em Kant, chegando a copiá-lo.”<sup>14</sup>

Por conta disso é que a Teoria Pura privilegiaria o momento epistemológico do direito, em detrimento de seu momento ontológico, que teria apenas importância secundária. Matos, interpretando a análise de

Goyard-Fabre, afirma que

[...] no normativismo kelseniano a criação do direito no plano epistemológico é diferente de sua criação no plano ontológico [...] sendo certo, todavia, que a ciência do direito tem uma função unicamente descritiva, não criando ou julgando axiologicamente seu objeto, quais sejam, as normas jurídico-positivas.<sup>15</sup>

Kelsen teria assim delimitado previamente qual realidade jurídica poderia se tornar objeto do conhecimento científico inaugurado pela sua teoria: o direito positivo em geral. Neste sentido é que se afirmou que a Teoria Pura do Direito é uma epistemologia do direito, funcionando como verdadeira filosofia jurídica e podendo ser utilizada como crítica do conhecimento jurídico,<sup>16</sup> no momento em que seu método confunde-se com sua visão teórica e serve de instrumento construtor da realidade jurídica a ser analisada. Tal construção se daria epistemologicamente porque traria em seu âmago seu próprio método, seus próprios postulados e sua maneira própria de conhecer.

## **1. A pureza do método diante da impureza do Direito**

Após esta elucidação metodológica e epistemológica acerca da teoria concebida por Kelsen, e antes de nos atermos a alguns de seus conceitos principais, são necessárias algumas considerações acerca da pureza do método kelseniano e das motivações que deram azo ao formalismo de sua teoria<sup>17</sup>. A pureza metodológica, que na obra kelseniana se torna um dogma e adquire a conotação de purismo metodológico, tem sua própria motivação.<sup>18</sup>

O momento histórico no qual é construída sua teoria justificaria a postura de Kelsen. Matos afirma que

[...] até aquele momento as teorias jurídicas pensavam o direito de maneira não-autônoma, dissolvendo sua especificidade no caudal indiferenciante de outras disciplinas[...]. Por trás dessa posição da doutrina tradicional havia a insofismável vontade de atrelar à teoria jurídica uma ideologia qualquer, atitude repudiada por Kelsen, que a enfrentou ao objetivar a criação de uma ciência jurídica pura e objetiva, inapta para legitimar ou deslegitimar axiologicamente quaisquer sistemas jurídicos<sup>19</sup>.

O período compreendido entre as primeiras três décadas do século XX era de efervescência intelectual e política na Europa, razão pela qual as teorias jurídicas de então tinham como escopo realizar a manutenção do status quo dos poderes constituídos; ou então, servirem de teoria revolucionária àqueles que desejavam se constituir enquanto poder. Neste sentido e com estes interesses é que seus pensadores vinculavam à idéia de direito teses e argumentos próprios do campo da política.<sup>20</sup>

A depuração da ciência do direito, sua purificação<sup>21</sup>, segundo Recaséns Siches, tinha em foco a eliminação de duas tendências, patentes nas teorias concebidas até então: a) “ético-política”, que se propunha a analisar as finalidades das normas jurídicas e a justiça intrínseca que carregavam; b) “sociológica”, que acabava por estudar o fenômeno jurídico confundindo fatos sociais e normas jurídicas.<sup>22</sup> A justificativa: dar à ciência jurídica autonomia cognitiva e independência funcional.

Há, na Teoria Pura, o reconhecimento da legitimidade das investigações filosóficas, sociológicas, históricas, políticas, mas para Kelsen suas temáticas extrapolariam o terreno jurídico, tornando-se metajurídicas, sendo perigoso haver ingerências recíprocas entre as análises concebidas, pois

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 de seu objeto.<sup>23</sup>

Por possuir um método especial e um objeto próprio é que a Teoria Pura quis evitar o sincretismo metodológico, resgatando a autonomia da ciência jurídica ao reivindicar um campo de estudos específico – neste sentido, é essencial que se mantenha a pureza na análise, e natural que ela perpassasse por todo o conteúdo da obra kelseniana. Não se pode desconsiderar, ainda, que para os autores da Teoria Pura, haveria uma distinção rigorosa entre “ser” e “dever-ser”<sup>24</sup>, distinção que funcionaria necessariamente como oposição. Essa distinção não serve senão para que não confundamos o fato real, concreto, com a norma que o regula ou o sanciona. Essa díade seria a ferramenta epistemológica adotada no intuito de diferenciarmos “fato e valor, de um lado, e cognição e volição, de outro.”<sup>25</sup>

Neste sentido, já que a tarefa da ciência do direito restringe-se à descrição das normas jurídico-positivas de um determinado ordenamento, não importa a relação da norma a ser estudada com a efetividade que conseguiu obter no mundo do ser. Para Kelsen, as doutrinas jurídicas que se preocupassem com a busca do fundamento da validade do direito na suposta efetividade que atingisse no mundo concreto seriam desprovidas de qualquer valor científico.<sup>26</sup> Afinal, esta postura evidenciaria um comprometimento axiológico com determinado conceito de justiça. Não caberia ao cientista julgar a norma acaso estivesse investido na função científica, é importante lembrar – mas unicamente descrevê-la.<sup>27</sup>

Matos afirma que pouco importa a Kelsen estudar um ordenamento jurídico especificamente situado no tempo e no espaço, já que seu intuito era justamente o contrário. O propósito de sua empreitada seria encontrar um “[...] quid invariável e universal comum a todas as experiências sociais que podem ser chamadas de direito.”<sup>28</sup> Por conta disso é que a epistemologia kelseniana neutraliza a historicidade dos diversos ordenamentos jurídicos: uma vez que seu conteúdo variaria, restaria ao cientista a exploração de sua forma.

Para que culminemos nas categorias kelsenianas que mais interessam ao presente trabalho, a saber, o “escalonamento do ordenamento jurídico” e a “norma hipotética fundamental”, é necessário que resgatemos a maneira segundo a qual Kelsen e seus discípulos escolheram olhar para a problemática da



justiça e dos valores em geral.<sup>29</sup>

Partindo-se da divisão entre forma e conteúdo, Kelsen explica que uma norma válida valoriza positivamente o ato do mundo fenomênico que corresponde ao seu conteúdo. Ao mesmo tempo, uma norma válida valoriza negativamente aquele ato do mundo concreto que não corresponde ao que o seu (da norma) conteúdo determina. Trata-se de cumprimento ou descumprimento da norma. Assim, a norma, desde que válida<sup>30</sup>, funciona como medida de valor relativamente ao ato que valoriza. Ou seja, a norma, tomada em si mesma, nunca seria valiosa ou desvaliosa, mas tão somente válida ou inválida - o que é valorado é o ato do mundo do ser, e não a norma.<sup>31</sup>

O valor, então, teria um sentido objetivo, uma vez que estivesse positivado através de uma norma jurídica. Matos explica que um ato de vontade, quando visa à conduta humana, pode apenas revestir-se de um querer psicológico, um sentido de dever-ser completamente subjetivo;<sup>32</sup> ou então pode conformar-se com uma norma jurídico-positiva, retirando dela o sentido de objetividade de que necessita, que é dado não por uma ingerência personalista na vida humana, mas por um mandamento normativo válido.<sup>33</sup>

### **3. A norma hipotética fundamental e o escalonamento do ordenamento jurídico**

Determinada norma valerá acaso situe-se em um ordenamento jurídico positivo de algum Estado. Dessa forma, quando um ato de vontade que deseja determinar a conduta humana, alinhá-la, encontra seu respaldo numa norma jurídico-positiva, será válido, e portanto também conterá um sentido mandamental objetivo. Isso significa dizer que uma norma necessariamente derivará de outra norma, aquela na qual encontraria seu fundamento, numa cadeia sucessiva que culminaria na Grundnorm - a norma [hipotética]

fundamental.<sup>34</sup>

Haveria uma inversão sem a qual a teoria pura não funcionaria: o valor decorreria da norma e não a norma do valor. Um ato concreto é que geraria um parâmetro valorativo. A norma teria sentido objetivo caso encontrasse seu fundamento em outra norma; teria sentido subjetivo caso encontrasse seu fundamento na simples vontade de alguém.<sup>35</sup> Sentido subjetivo consistiria numa relação de fatos da ordem do ser, enquanto que o sentido objetivo seria a relação de um fato concreto com uma norma nascida do mundo do dever-ser.<sup>36</sup>

Essa inversão tem relação direta com a *grundnorm*,<sup>37</sup> o eixo nervoso da teia normativa proposta por Hans Kelsen. Uma vez que as normas não decorreriam do valor, a norma fundamental não poderia ter um nascedouro metafísico, idealista. É por isso que se enganam alguns autores quando dizem que a norma hipotética fundamental kelseniana é a sua falha positivista, no sentido de estar enraizada na tradição idealista da escola jusnaturalista.

Em sendo assim, como seria instaurada uma norma fundamental ancorada dentro do próprio sistema positivo, limitada a sua circunscrição e a sua racionalidade, sem uma entidade transcendental que a fundamentasse, já que esta norma é fundamental e não fundamentável? Para solucionar este problema, Kelsen optou pelo caminho da pressuposição. Isto significa que, para utilizarmos a metodologia kelseniana na análise de algum sistema de direito positivo, para descrevê-lo segundo a epistemologia da Teoria Pura, seria necessário que fizéssemos uma manobra de pressuposição: devemos supor a norma hipotética fundamental como um fato material.

Antes de mergulharmos no universo filosófico que deu respaldo à norma hipotética fundamental, tornando-a uma condição instrumental sem a qual não podemos utilizar a metodologia kelseniana, é preciso que fique esclarecido de maneira cabal o que Kelsen entendia por escalonamento do ordenamento jurídico. Seu entendimento trará o arcabouço teórico necessário para que entendamos a norma

fundamental como abstração necessária e imprescindível.

Por ordenamento jurídico, Kelsen entende o sistema plural de normas que, embora se diferenciem umas das outras, possuem um fundamento único que lhes dá unidade, tornando-as um conjunto uno. Quando as mais diversas normas tiverem sua validade atribuída a uma única norma, como fundamento último dessa validade, serão admitidas como ordenamento.<sup>38</sup> Esta é função da norma fundamental: constituir a unidade de um dado ordenamento jurídico, seu eixo básico de convergência. Disso advém o fato de que todas as normas do ordenamento guardam relação com a norma fundamental, uma vez que sua validade pode referir-se a ela.

Uma norma será válida, ou seja, valerá, não em razão de seu conteúdo, mas pela forma segundo a qual fora estabelecida. A norma, uma vez estabelecida de modo bem determinado, criada segundo uma outra regra, que lhe é externa mas que lhe fundamenta a validade, também será válida, pois fora posta por um método específico. A estabilidade de tal processo é criada pela norma fundamental, que por ser o ponto de partida de um procedimento, possui um caráter eminentemente dinâmico-formal, uma vez que as normas do ordenamento não podem ser automaticamente deduzidas da norma fundamental. Pelo contrário, diz Kelsen que as normas “devem ser produzidas por um ato institucional especial - que não é ato racional - mas volitivo.”<sup>39</sup>

Em última instância, a norma advém de um ato de vontade humana, podendo ser instituída pelos costumes, pelo processo legislativo,<sup>40</sup> quando forem normas gerais; ou então por atos negociais, de jurisdição, quando funcionarem como normas individuais.<sup>41</sup> Embora seja um ato de vontade que põe a norma, devemos lembrar que, segundo Kelsen, para ser válido, precisa encontrar seu fundamento de validade numa norma anterior. Caso contrário, será um ato de vontade arbitrário, subjetivo, não contendo o sentido objetivo de nenhuma norma em seu interior, pois não haveria norma que pudesse inaugurar seu significado jurídico, tampouco lhe fundamentar a validade.

Um exemplo ilustrativo dado pelo próprio Kelsen nos auxilia a entender o sistema gradual de validação de um ordenamento jurídico, e assim entendermos por que os autores da Teoria Pura o chamaram de escalonado. Diz Kelsen que o que torna jurídico o ato de um indivíduo que coloca uma pessoa numa cadeia é uma norma individual, dada, a exemplo, por uma sentença judicial. E por que essa norma deduzida da sentença judicial vale? Pode-se responder: porque fundamenta sua validade ao corresponder-se a um dispositivo do Código Penal. Da mesma forma: por que o indivíduo, exercendo a função de juiz, sentencia? Porque uma norma, no Código de Processo Penal, dá-lhe o poder e a legitimidade, isto é, competência, para tanto.<sup>42</sup>

Caso perguntemos a respeito do fundamento de validade destes dois códigos, que possuem inúmeras normas condensadas num único corpo, chegaremos à Constituição de algum Estado, que em algum de seus artigos criou o órgão competente a instituir cada um dos códigos, seguindo, é claro, um dos procedimentos prescritos na mesma Constituição. Porém, quando perguntamos qual o fundamento de validade desta Constituição, talvez cheguemos a outra Constituição, que fora substituída pela nova atendendo-se os procedimentos e requisitos da antiga, que caiu em desuso; ou então erigida através de um ato revolucionário para mudança radical do regime anterior.

Assim, chegaremos a uma Constituição historicamente primeira.<sup>43</sup> De tal forma que o pressuposto da norma fundamental coloca “[...] a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta [...], cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação”<sup>44</sup>, gerando, assim, uma “[...] construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras.”<sup>45</sup> O significado escalonado emerge da admissão de que, a partir da Constituição, derivar-se-iam as legislações, os atos de jurisdição e administração, os negócios jurídicos individuais, e assim por diante.

A norma hipotética fundamental seria a condição lógico-transcendental para admissão de algum ordenamento normativo. Admite-se que há uma norma fundamental, diferente das outras, porque não foi posta por um ato de vontade, embora aceita como realmente existente. Esta norma hipotética fundamental consiste justamente na evidenciação de que determinado ordenamento jurídico está funcionando de

maneira globalmente eficaz.<sup>46</sup> Desta forma, um ordenamento jurídico injusto pode manter-se válido e eficaz tal qual um ordenamento jurídico tido como realmente justo. Validade e eficácia não são tidas como sinônimos. A validade de um ordenamento jurídico não se liga axiologicamente aos valores e ao conteúdo das normas que o instituem. Tem relação, na verdade, com seu formato.

Entretanto, caso não aceitemos a existência de uma constituição primeira, devemos seguir o outro caminho proposto para a suposição lógico-transcendental da norma hipotética fundamental: a revolução. Segundo Kelsen, este momento político instaura um novo paradigma jurídico para transformar o mundo do ser: é o processo de metamorfose que transforma a facticidade em normatividade. Um novo dever-ser ganha terreno no mundo do ser na medida em que se torna eficaz.

Quando se diz que um movimento revolucionário é bem-sucedido, teoriza Kelsen, significa dizer que um antigo ordenamento jurídico deixa de vigorar, dando lugar a outro. Isto ocorrerá durante o processo segundo o qual “[...] a conduta efetiva das pessoas [...] não acata mais a antiga ordem e assim opera com a nova, como se fora um ordenamento jurídico”<sup>47</sup>. Este seria seu sentido global de eficácia. Ou seja, quando os atos realizados sob o auspício do novo ordenamento normativo, em sede de execução, são interpretados como atos jurídicos; e, em sentido inverso, quando as situações concretas do mundo do ser que lhe são contrárias são interpretadas como antijurídicas - estaríamos diante de um novo ordenamento jurídico globalmente eficaz, e portanto, válido. Pressuporíamos, ao final, uma nova norma fundamental, aquela que conferiria juridicidade à autoridade estabelecida, ao mesmo tempo que delegasse competência normativa a esta autoridade - estaria, assim, juridicamente estabelecida.<sup>48</sup>

## **Considerações Finais**

Para que finalizemos a análise dos conceitos kelsenianos, voltemos mais uma vez para a discussão entre

eficácia e validade. Como os autores da Teoria Pura condicionam a validade de um ordenamento jurídico exclusivamente ao grau de eficácia que manifesta, não há como afastar, neste interregno, a relação entre direito e poder. Kelsen afirma, categoricamente, que embora o direito não se confunda com o poder, não pode existir sem ele. O direito constitui, em realidade, determinada organização do poder. Essa concepção atinge uma conclusão explosiva:

Também um governo, que chegou ao poder através de uma revolução ou um golpe de Estado, é considerado como governo legítimo, no sentido do direito internacional, quando tem condições de impor obediência duradoura a normas por ele ditadas<sup>49</sup>

Para a epistemologia kelseniana interessa, em última análise, a eficácia formal de um ordenamento jurídico, tão somente. No presente trabalho, as concepções kelsenianas da relação entre poder e direito, entre eficácia e validade, ao circundarem a temática da norma hipotética fundamental, ganham importância estratégica. É com base nelas que evidenciaremos as limitações da Teoria Pura do Direito na análise do nosso direito tipicamente brasileiro. Para concretizar esta pretensão científica, analisaremos o período de exceção iniciado com o golpe militar de março/abril de 1964, inaugurando um novo regime jurídico baseado em Atos Institucionais.

A utilização da epistemologia kelseniana para o tratamento desta temática indicará pistas no sentido de evidenciar a seguinte hipótese científica: a função e o funcionamento dos modelos e teorias jurídicas europeus assumem feição diversa em nossa conjuntura, fugindo às previsões realizadas em solo europeu. O seu transplante acrítico, ou seja, a importação com seu valor de face para o nosso território, fez nascerem anomalias que as próprias teorias europeias não previam, restando, então, insuficientes para o tratamento da nova problemática engendrada.<sup>50</sup>

## Referências

AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1984.

ARANTES, Paulo. O positivismo no Brasil: breve apresentação do problema para um leitor europeu. In: **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 21, p. 185-194, jul. 1988.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. comp. Nello Morra. trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDÃO, Ana Lúcia. **A resistência parlamentar após 1964**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1984.

CARONE, Edgard. **A república liberal**: instituições e classes sociais. São Paulo: DIFEL, 1985. v. 1.

FICO, Carlos. O golpe de 1964 e o papel do governo dos EUA. In: FICO, Carlos et al. (Org.) **Ditadura e democracia na América Latina**: balanço histórico e perspectivas. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. trad. e prefácio de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.

**O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

**Teoria pura do direito.** trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

**Teoria pura do direito:** introdução à problemática científica do direito. trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça:** na obra de Hans Kelsen. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo.** 19. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

**História econômica do Brasil.** 21. ed. São Paulo: Brasiliense, 1978.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A cabrocha e o magistrado: apontamentos sobre o drama do Direito no Brasil. In: MARCONDES, Marleide Paula; TOLEDO, Ferreira de. (Org.). **Cultura Brasileira:** o jeito de ser e de viver de um povo. São Paulo: Nankin, 2004.

SALDANHA, Nelson. **Teoria do direito e crítica histórica.** Saraiva: São Paulo, 1975.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofía del derecho.** Mexico: Editorial Porrúa, 1959.



SILVA, Carlos Medeiros. O Ato Institucional e a elaboração legislativa. **Revista Forense**, nº 207, abr., mai., jun. de 1964.

Seis meses de aplicação do ato institucional. **Revista Forense**, nº 208, jul., ago., set. de 1964.

VILLEY, Michel. **Leçons d'histoire de la philosophie du droit**. Paris: Dalloz, 1957.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

1 De acordo com Saldanha, cada um destes componentes excluídos da problemática do jurídico correspondia a alguma escola ou posição acerca do pensamento do direito. Ao denunciarem o nascedouro metafísico e idealista das teorias jusnaturalistas, Kelsen e seus discípulos acabaram por seguir a corrente juspositivista, postura que os isentaria de se valerem de expedientes conteudísticos para a explicação do jurídico, concebido epistemologicamente como direito positivo. SALDANHA, Nelson. **Teoria do direito e crítica histórica**. Saraiva: São Paulo, 1975. p. 62. A crítica de Kelsen ao jusnaturalismo é contundente. Ele não aceita a vinculação de sua Teoria Pura ao direito natural, não admitindo que o fundamento de validade das normas jurídicas positivas derive do mundo da natureza. Diz Kelsen que “É impossível deduzir a partir da natureza normas que regulamentem a conduta humana. As normas são a expressão de uma vontade, e a natureza não tem nenhuma vontade. A natureza é um sistema de fatos ligados pelo princípio da causalidade. Conceber a natureza como uma autoridade normativa, isto é, como um ser sobre-humano dotado de uma vontade criadora de normas, é uma superstição animista ou o resultado de uma interpretação teológica da natureza como manifestação da vontade de Deus.” KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 252.

2 Não se trata de negar que as normas tenham seus valores próprios, mas unicamente em desconsiderá-los para que não viciem a análise pura e neutra que o cientista jurídico deve realizar. É de se recordar, com Saldanha, que a pretensão de tratar o jurídico apenas “como jurídico”, e enquanto tal, situa-se numa série de atitudes metodológicas semelhantes na história das ciências sociais. Rousseau teria explicado o político pelo político apoiando-se nas lições de N. Maquiavel. No mesmo sentido teria agido E. Durkheim ao explicar o social pelo social. Ora, “o formalismo purista e juridicizante de Kelsen reflete um tempo de cautelas convergentes, crises superpostas e saturação cultural”. SALDANHA, Nelson. **Teoria do direito e crítica histórica**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 63.

3 Ibid., p. 64-65.

4 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça**: na obra de Hans Kelsen. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 77.

5 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 84-86.

6 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 24.

7 Ibid.

8 AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1984. p. 207.

9 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça**: na obra de Hans Kelsen. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 79.

10 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 95.

11 “Se a Teoria Pura do Direito supõe que a coerção é um elemento essencial do Direito, ela o faz porque um exame cuidadoso das ordens sociais designadas como ‘Direito’ na história da humanidade demonstra que [...] apresentam um elemento comum, de grande importância na vida social: todas elas prescrevem atos coercitivos como sanções. Ao definir o conceito de Direito como ordem coercitiva, isto é, como uma ordem que prescreve atos coercitivos como sanções, a Teoria Pura do Direito simplesmente aceita o significado que o termo ‘Direito’ assumiu na história da humanidade. [...] a Teoria Pura do Direito concebe o Direito como uma técnica social específica [...] caracterizada pelo fato de que a ordem social designada como ‘Direito’ tenta ocasionar certa conduta dos homens, considerada pelo legislador como desejável, provendo atos coercitivos como sanções no caso da conduta oposta.” KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 286.

12 Kelsen, op. cit., p. 39.

13 Kelsen, op. cit., p. 04.

14 GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins, 2002. p. 344.

15 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça**: na obra de Hans Kelsen. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 82.

16 Ibid., p. 84.

17 Como já salientado, o adjetivo “pura” refere-se, lógica e gramaticalmente, à locução “teoria”. Kelsen jamais defendeu a construção de uma ciência do direito puro. O purismo refere-se à forma segundo a qual os autores da Teoria Pura decidiram conhecer e estudar o direito. Miranda Afonso explica que a pureza teórica era, na visão de Kelsen, condição sem a qual não haveria possibilidade de se construir uma ciência do direito independente e autônoma: “Vendo, pois, a ciência jurídica tradicional do século XIX impregnada de elementos estranhos que prejudicavam a sua autonomia, vendo-a diluída entre os conceitos da

psicologia, da biologia, da moral e da teologia, Kelsen se propõe a dela eliminar todos os elementos que lesam a sua pureza e a sua independência”. AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1984. p. 15.

18 Kelsen, no início de sua Teoria Pura, diz que, de modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem se confundido com a psicologia e a sociologia, ou com a ética e a teoria política. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1.

19 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça: na obra de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 88.

20 Ibid., p. 89.

21 Diz Kelsen que “quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quando não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1.

22 Analisando os três tipos de estudo sobre o Direito no plano filosófico (cada teoria encarando o direito como valor, como norma, ou como um conjunto entrelaçado de fatos sociais), e a vinculação destas teorias com o plano empírico (conduzindo a axiologia ou sociologia jurídicas, ou história do direito), diz o filósofo Recaséns Siches que “El estudio del Derecho como valor, en el plano filosófico, suscita la Estimativa o Axiología jurídica, [...] y em el plano empírico suscita el establecimiento de directrices para la Política del Derecho, es decir, para la aplicación de los criterios estimativos a la elaboración práctica del Derecho. El estudio del Derecho em su aspecto de norma há dado lugar, em el plano filosófico, a la Teoría Fundamental o General del Derecho (por ejemplo la Teoría Pura del Derecho, de Kelsen); y em el plano emírico o positivo origina la llamada Ciencia Dogmática o Técnica del Derecho positivo. El estudio del Derecho como uma especial clase de hechos sociales, como uma especial clase de obra humana, lleva, em el plano filosófico a la elaboración de uma Culturología Jurídica, como la llama Miguel Reale, es decir, a uma doctrina del Derecho como objeto cultural, como producto de vida humana objetivada; y em el plano empírico conduce, por uma parte, a la Historia del Derecho (descripción de realidades jurídicas particulares), y, por outra parte, conduce a la Sociología del Derecho, esto es, a la investigación sobre tipos y regularidades de los fenómenos jurídicos”. SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofía del derecho**. Mexico: Editorial Porrúa, 1959. p. 160.

23 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1-2.

24 A oposição entre “ser” e “dever-ser” funda-se na tradicional distinção latina entre Sein e Sollen.

25 MATOS, op. cit., p. 96.

26 KELSEN, op. cit., p. 215. No capítulo que delimita o fundamento de validade da ordem jurídica, a norma hipotética fundamental, denominado “Dinâmica jurídica”, Kelsen demonstra que “A questão de por que é que a norma vale – quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser”, afinal, o fundamento de uma ordem normativa, jurídica, não pode ser encontrado na esfera do mundo ser, do mundo concreto, mas tão somente na dimensão do dever-ser. Daí porque não interessa a efetividade que as normas jurídicas possuem (se suas normas estão sendo seguidas pelos seus destinatários) para que busquemos o fundamento de validade da ordem jurídica. E continua “do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior”.

27 Tal deslocamento de perspectiva, voltado exclusivamente para o dever-ser da norma, em detrimento do mundo ser – ambiente no qual ela deverá funcionar; e sem o qual não existiria – delimita a distinção entre a ciência jurídica e a sociologia jurídica: a primeira preocupada com as normas em seu momento formal, exclusivamente; e a segunda encarregada de estudar os fatos sociais, a relação da norma com os indivíduos, etc. Baptista Machado, principal tradutor português de Kelsen, em prefácio escrito para uma de suas obras, enfatiza que a Teoria Pura representaria um momento crucial e fronteiro entre a esfera lógica e a esfera teológica da norma. KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. trad. e prefácio João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009. p. I-V.

28 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça**: na obra de Hans Kelsen. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 97.

29 Como já salientado, não se pode dizer que há uma depuração axiológica do direito na epistemologia kelseniana. Pelo contrário, na Teoria Pura fica patente a admissão da carga valorativa das normas.

30 Kelsen tem um conceito próprio de validade: “Por ‘validade’ entenda-se a força obrigatória da lei - a idéia de que ela deve ser obedecida pelas pessoas cuja conduta regulamenta”. KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 251.

31 MATOS, op. cit., p. 116.

32 Como o são as normas da moral, por exemplo.

33 MATOS, op. cit., p. 116-117.

34 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 221-226.



35 MATOS, op. cit., p. 118.

36 A análise do sentido objetivo ou subjetivo da norma terá importância crucial quando passarmos a estudar o período de exceção inaugurado na política brasileira pelo advento do golpe militar de 1964.

37 KELSEN, op. cit., p. 224-225. A grundnorm funciona como o limite da pureza metodológica kelseniana. Uma vez não concebida como hipótese, mas como um fato concreto, cujos determinantes são o espaço e o tempo, a norma fundamental não representaria o princípio produtor da normatividade pura, mas funcionaria, na verdade, como um princípio que atribuiria validade normativa a um fato qualquer. Este princípio é que estipularia o ponto de fusão entre o mundo do ser com o do dever-ser, na medida em que metamorfoseasse a facticidade em normatividade. Por isso é que se pressupõe a norma, e não o valor. O valor só existe em razão da norma, que ou está posta, positivada, ou está pressuposta, caso seja a grundnorm. Essa pressuposição tem como escopo condicionar lógico-transcendentalmente a ciência jurídica proposta por Hans Kelsen.

38 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 95-96.

39 Ibid., p. 96-97. Atenção para as palavras “as normas devem ser produzidas por um ato institucional especial volitivo” e todo o potencial deturpador que pode carregar consigo – guardaria relação com o

preâmbulo do Ato Institucional nº 1 do ordenamento jurídico brasileiro de 1964?

40 O jurista Nelson Sampaio enfatiza que a expressão “processo legislativo” pode ser entendida num sentido sociológico, quanto aos “fatores reais ou fáticos que põem em movimento os legisladores e ao modo como eles costumam proceder ao realizar a tarefa legislativa”, estudando-se, sob este ângulo, “As pressões de grupos organizados, lobbying, os acordos de partidos, as compensações políticas, a composição partidária ou social da assembléia, a troca de votos (logrolling) entre parlamentares, etc.” (p. 1). Sob o sentido jurídico, o “processo legislativo” é entendido como ramo do gênero amplo direito processual, aquele que revela o caráter dinâmico do ordenamento jurídico, regulando a própria criação de normas. Este ramo declina “quem participa e como deve participar na formação dos atos legislativos” (p. 2). Segundo Sampaio, a Teoria Pura de Kelsen implicaria na supremacia do Poder Legislativo, que teria ampla margem de liberdade na determinação de matérias a ser normatizadas, em detrimento das atividades judicial e administrativa, cujos atos limitam o conteúdo das normas gerais e dão vazão a normas específicas, individuais. SAMPAIO, Nelson de Souza. **O processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 1-5.

41 KELSEN, op. cit., p. 97.

42 Ibid.

43 Ibid., p. 98. Aqui haveria uma atualização do pensamento kelseniano, propiciado pelo próprio Kelsen, em admitir a norma fundamental, que daria o fundamento de validade da primeira constituição, como uma

situação hipotética: supondo-se que esta norma fundamental vale, valerá também o ordenamento jurídico sob o qual repousaria.

44 Ibid., p. 103.

45 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 224.

46 Ibid., p. 224-225. É por isso que a eficácia é condição, e não pressuposto ou fundamento da validade. Um ordenamento jurídico será válido se for eficaz; e não válido porque é eficaz, ou porque se pressupõe sua eficácia. Este é o ponto de virada que a epistemologia kelseniana propõe para definir um germen necessariamente jurídico, cuja finalidade é respaldar uma ciência e uma teoria exclusivamente jurídicas. Esta seria a concretização da inversão valor pela norma, sendo que o valor é que viria de uma norma: se um ordenamento tem-se demonstrado eficaz, isto é, se os indivíduos que possuem sua conduta prescrita pelas normas de um ordenamento tem agido correspondendo ao conteúdo mandamental destas mesmas normas, então este ordenamento é válido. (p. 235-238).

47 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 99.

48 Ibid., p. 99. Ao contrário, caso os destinatários das normas do novo ordenamento jurídico, com sua conduta, não correspondessem às novas determinações dispostas, o movimento revolucionário não teria se efetivado, não havendo eficácia global do novo ordenamento. Desta forma, o ato executado não seria interpretado como a promulgação jurídica de nova Constituição, mas como crime de traição, infração ao direito, já que a norma fundamental aqui pressuposta não teria sofrido a virada transformadora.

49 Ibid., p. 101.

50 Em seguida, conforme a lição de Paulo Arantes, faremos o segundo caminho de resgate, ao analisar a específica função adquirida pela Teoria Pura em nossa conjuntura brasileira no período supracitado. Consigne-se, como se percebe, que o primeiro caminho de volta proposto por Paulo Arantes já fora, efetivamente, realizado: estudamos, previamente, o contexto europeu no qual nasceu a Teoria Pura. Resta agora analisar a função que adquiriu aqui e, para isso, utilizaremos a crítica que sofreu tanto em solo europeu como em terras nacionais.

<https://www.diritto.it/epistemologia-juridica-de-kant-a-kelsen-legale-epistemologia-da-kant-a-kelsen/>