



Kleber Sales

72

UMA ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA DA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

Ana Paula Repolês Torres

Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 72-77, abr./jun. 2006

RESUMO

Faz uma análise epistemológica da *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, procurando evidenciar até que ponto pode ser ela considerada como positivista. Questiona a concepção de ciência subjacente ao pensamento kelseniano, mais especificamente a influência do positivismo filosófico na definição de seu objeto de estudo, refletida na atribuição ao Direito de uma tarefa meramente descritiva, como se todo conhecimento fosse somente a constatação de uma realidade que existisse por si só.

Demonstra que a própria teoria elaborada por Kelsen mitiga sua opção epistemológica, na medida em que sua argumentação adentra o espaço virtual, admitindo pressupostos não-advindos da experiência.

PALAVRAS-CHAVE

Filosofia do Direito; positivismo; Hans Kelsen; empirismo; Teoria Pura do Direito.

Hans Kelsen, jurista austríaco de origem judaica nascido em 1881, cuja *Teoria Pura do Direito* (1934) será objeto de análise no atual trabalho, pode ser apresentado como um pensador de seu próprio tempo, pois ele radicaliza toda uma guinada positivista que vinha sendo realizada desde o século XIX, na medida em que tenta separar do Direito positivo aspectos que lhe são estranhos, como o Direito Natural. O fundador da Escola de Viena, da qual participaram grandes juristas como Alfred Merkel, Felix Kauffmann e Josef Kunz, entre outros, foi influenciado, quando se encontrava em exílio nos Estados Unidos da América, pela Escola Analítica Inglesa, mais especificamente pelas idéias de John Austin (1790-1859), haja vista a identidade de objetos de ambas as escolas, qual seja, o Direito positivo, tendo Kelsen levado às últimas conseqüências a teoria austiniana¹.

Positivista é o qualificativo normalmente atribuído à obra jurídica de Hans Kelsen, porque se considera sua assumida pretensão de somente descrever as normas jurídicas existentes, tomando-as por coisas existentes, como padrões de comportamento a serem apreendidos pelos cientistas do Direito, retirando destes a tarefa, reservada à Filosofia do Direito, de questionar a própria validade dessas normas, isto é, de emitir juízos de valor com relação ao seu conteúdo. O Direito, nessa perspectiva, descreve o valorado como justo, ou seja, o valor que foi objetivado por meio da positivação do Direito, e não o que deveria ter sido ou deveria ser valorado dessa forma².

Essa separação de tarefas entre a ciência e a filosofia jurídica reflete a própria concepção de ciência subjacente ao pensamento kelseniano, qual seja, o entendimento, surgido com o positivismo filosófico e especificamente nas ciências naturais, de que as ciências trabalhariam com o empírico, com a observação dos fatos da realidade, ao passo que a filosofia se restringiria à especulação, à mera erudição³. Pretende-se demonstrar que a própria teoria elaborada por Kelsen mitiga sua

opção epistemológica, pois sua argumentação adentra o espaço virtual, admitindo pressupostos não-advindos da experiência.

O positivismo jurídico, como método interpretativo, na medida em que se volta para o estudo do Direito positivo, ou seja, para o estudo do Direito criado, posto em uma determinada ordem político-jurídica, é muito mais amplo do que o positivismo em sentido estrito ao qual Kelsen se filia. De fato, desde a antiguidade podemos identificar juristas que se dedicam ao estudo do Direito positivo, aos comentários das leis então vigentes, como os próprios romanos ou os glosadores da Idade Média. Entretanto, somente após o surgimento do positivismo filosófico de Augusto Comte (1798-1857), o positivismo jurídico chega à reformulação do próprio conceito de Direito, retirando deste todo resquício metafísico, opondo-se assim às concepções jusnaturalistas, sejam elas de base natural, divina ou racional, que desde os primórdios serviram para a definição do Direito. A partir de então, o Direito é identificado à lei, não havendo nada acima dele que funcione como parâmetro de aferição de sua justeza.

Na Filosofia positiva de Comte, o conhecimento – que seria o positivo, em oposição aos históricos estados teológico e metafísico – caracterizar-se-ia pela elaboração de leis tendo em vista a regularidade dos fenômenos. A busca de tais leis, mais especificamente, das leis naturais, seria feita pela observação, abdicando-se de qualquer pergunta por uma causa última. *O espírito, num longo retrocesso, detém-se por fim perante as coisas. Renuncia ao que é vão tentar conhecer e só procura as leis dos fenômenos*⁴ (sic). Tal concepção de ciência, com seu método experimental correspondente, e não obstante ter surgido atrelada às ciências da natureza, foi e ainda é largamente utilizada nas ciências humanas, apesar das especificidades dos fenômenos destas que, por carregarem consigo uma carga de significações, levam alguns a questionar, tal como o faz Granger⁵, a própria possibilidade de considerá-las como ciência. Pergunta-se se é ainda legítimo adotar a concepção de ciência das ciências naturais

para analisar as ciências do homem, o que nos levaria, como Granger, a considerar como arte a história, na medida em que se parte do pressuposto de que a singularidade dos fatos não pode ser contida em modelos abstratos.

Kelsen é justamente um desses pensadores que transpõe o método das ciências naturais para a análise do Direito, acreditando ser tal metodologia indispensável para se alcançar a objetividade que o conhecimento científico do fenômeno jurídico, em seu entender, requereria. Nesse sentido, já no prefácio à primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, obra que sintetiza todo o pensamento do citado jurista, ele assim se pronunciou sobre ela: *Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência⁶, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão*⁷.

Demonstrado o conceito de ciência de que parte Kelsen, conceito cujos limites aptos à apreensão do fenômeno jurídico serão posteriormente apresentados e discutidos, resta resgatarmos fragmentos de sua teoria, para que assim possamos, a partir de dentro, realizar uma análise do alcance do pensamento positivista, bem como do impasse em que este sempre recai.

Falamos anteriormente sobre a negativa kelseniana de realizar juízos valorativos sobre as normas jurídicas. No entanto, tal postura nada mais representa do que o método utilizado por Kelsen para estudar o seu objeto, pois pretende conhe-

cer o fenômeno jurídico em sua “pureza”, esvaziado de qualquer elemento externo, como aspectos sociológicos, psicológicos, políticos ou éticos que estejam a ele conectados. Para assim proceder, o autor tem de definir o objeto da ciência jurídica – a norma – e o faz distinguindo o Direito da natureza, o mundo do dever-ser, do mundo do ser⁸. A estrutura da norma seria: Se A, deve ser B. Se alguém comete um crime, matando ou roubando, por exemplo, deve ser-lhe aplicada uma sanção. Entretanto, a frustração de tal expectativa punitiva, dentro de certos parâmetros, não faz com que o Direito perca sua normatividade⁹. Utilizar dinheiro não contabilizado em campanhas é crime eleitoral, mesmo quando os responsáveis por tais práticas não são penalizados.

As leis naturais, por sua vez, apresentam estrutura diferente, pois, se a hipótese A acontece, B necessariamente também ocorre ou ocorrerá (Se A, é – ou será – B). Ilustrativamente, se uma maçã se solta de uma árvore, ela necessariamente cairá no chão. Nessa perspectiva, no Direito vigoraria o princípio da imputação, segundo o qual uma consequência deve ocorrer caso a condição a ela atrelada se verifique, ao passo que, no âmbito da natureza, existiria o princípio da causalidade, que ligaria causa e efeito de maneira necessária¹⁰.

Definindo mais detalhadamente a norma jurídica, Kelsen a considera um esquema de interpretação do mundo, pois, partindo da distinção entre os dois mundos, ser e dever-ser, afirma que o que interessa ao jurista não são os fatos, mas a significação jurídica a eles atribuída. Por exemplo, a morte de uma pessoa, um fato natural, pode ter relevância jurídica quando, por exemplo, o falecido deixa bens, devendo então ser aberta sua sucessão testamentária. No âmbito penal, uma ação humana não é criminosa por si só, ou seja, é o Direito que lhe atribui tal sentido. Nessa perspectiva, Kelsen afirma que o *que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade – que não pode ser captada pelos sentidos – somente surge através desta operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal*¹¹. Entendemos então por que milhões de mortes de combatentes inimigos em uma guerra pode criar heróis e gerar condecorações, enquanto matar uma única pessoa pode privar o autor de sua liberdade.

Kelsen é justamente um desses pensadores que transpõe o método das ciências naturais para a análise do Direito, acreditando ser tal metodologia indispensável para se alcançar a objetividade que o conhecimento científico do fenômeno jurídico, em seu entender, requereria.

Prosseguindo em seu raciocínio, o autor em questão pergunta: como distinguir a ordem de um funcionário de finanças e de um gangster para que lhe seja entregue uma determinada quantidade de dinheiro? Ambas as situações nos remetem a um dever-ser, ou seja, trata-se de atos de vontade cujo sentido subjetivo é um dever-ser, mas somente a ordem do funcionário de finanças configura uma norma, haja vista que se fundamenta em outra norma, isto é, em uma norma fiscal. A ordem do gangster não é vinculante porque não possui sentido objetivo; nenhuma norma lhe confere competência

para exigir de alguém qualquer soma em dinheiro. Esse exemplo ilustra o sistema escalonado de normas tal como desenvolvido por Kelsen, pois este considera que a validade de uma norma, ou seja, seu sentido objetivo, decorre de outra hierarquicamente superior, e assim sucessivamente, até se chegar à Constituição. *O ato criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua*¹².

Assim, para garantir o respeito à própria Constituição – na medida em que não se reconhece nenhuma norma positiva, posta, acima dela, apta a dar competência a seus autores, a dar sentido objetivo às normas por estes elaboradas –, Kelsen criou a norma fundamental, uma pressuposição lógico-transcendental, utilizando aqui, por analogia, um conceito da teoria do conhecimento de Kant¹³, uma norma que, em última instância, conferiria validade a todo o ordenamento jurídico, ao estabelecer o caráter vinculante da Constituição. Dessa forma, a norma fundamental surge, tal como a denominada “constante cosmológica” de Einstein, como um artifício mental do autor para tornar coerente e operacional sua teoria, apresentando-se tal norma como a “saída” para as seguintes questões: Se toda norma adquire validade a partir de uma norma superior, de onde adviria a validade da Constituição? Como solucionar o paradoxo de ser a Constituição o fundamento de validade das demais normas e não possuir, ela mesma, fundamento? Como “solucionar” essas questões sem romper com sua opção metodológica, isto é, sem recorrer a elementos externos ao Direito para justificá-lo, como à natureza ou a Deus?

Antes de retornarmos à influência do pensamento de Kant sobre a teoria kelseniana, o que nos ajudará a delimitar a extensão da dimensão positivista da obra do citado jurista, devemos esclarecer que papel a *Teoria Pura do Direito* confere ao Direito. A função do Direito, para Kelsen, é somente descrever as normas jurídicas existentes em determinada ordem jurídico-política, sem realizar qualquer juízo de valor sobre ela. Nesse sentido, sua função difere da atividade de criação do Direito atribuída aos órgãos jurídicos, como o legislador, que elabora normas gerais e abstratas, ou o juiz, que aplica o Direito a um caso concreto, estabelecendo uma norma individual. Na perspectiva do conhecimento jurídico, Kelsen faz uma analogia entre leis naturais e proposições jurídicas, entendendo que as normas podem ser descritas, como os fatos, por meio da observação empírica; a única diferença consistiria na circunstância de não ser aplicável ao âmbito do Direito o princípio da causalidade. As normas então seriam diferentes das proposições hipotético-condicionais elaboradas pelo Direito, mas somente poderiam ser conhecidas por meio dessas proposições, que nada mais são do que regras, cujo modelo Kelsen buscou na lógica formal – por isso sua teoria é denominada de “normativismo lógico”¹⁴.

Tais proposições elaboradas pelo Direito, em virtude de não terem caráter prescritivo, configuram um quadro de leituras possíveis das normas, leituras estas que demonstram não existir, segundo a teoria tradicional da interpretação, um método que levasse, anteriormente e em abstrato, a uma resposta correta para cada caso jurídico, revelando assim a tessitura aberta do Direito e a discricionariedade do aplicador, na medida em que este poderia escolher qualquer dos sentidos atribuídos às normas pelo Direito. A discricionariedade atribuída ao aplicador possibilitou a Kelsen admitir que questões metajurídicas, como fatores morais, éticos,

políticos etc., influenciassem a decisão do juiz, sem que restasse comprometida a pureza metodológica de sua teoria.

Entretanto, o próprio Kelsen deu uma guinada decisionista na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, de 1960, quando admitiu que o juiz poderia decidir um caso sem adotar qualquer das interpretações disponíveis na moldura elaborada pelo Direito e, a partir de então, a única coisa que vincularia o aplicador seria uma norma de competência, ou seja, uma norma superior que lhe desse poder para decidir a controvérsia jurídica a ele encaminhada para julgamento. Nessa perspectiva, Kelsen acaba se aproximando do realismo jurídico¹⁵, ao afirmar que o juiz cria direito, ou seja, que o Direito pode ser construído na situação de aplicação, desprezando-se, de certa forma, a própria atividade legislativa.

Feito esse resgate de algumas passagens da obra kelseniana, resta perguntar-nos sobre o alcance do positivismo em sua teoria. De fato, a tarefa do Direito foi pensada a partir de uma concepção de ciência advinda do positivismo filosófico, segundo a qual o conhecimento deriva da observação dos fatos. Assim, ao Direito caberia somente descrever as normas jurídicas existentes, elaborando proposições que funcionariam tal como as leis naturais. Entretanto, em alguns momentos, a teoria de Kelsen afasta-se dessa base empírica requerida pelo positivismo, pois, além de recorrer a um pressuposto lógico-transcendental para tornar coerente sua teoria, no caso, a mencionada norma fundamental, todo o empenho do autor para construir uma ciência jurídica autônoma, livre de elementos externos, donde a sua “pureza”, relaciona-se com a indagação sobre as condições de possibilidade do próprio conhecimento científico do fenômeno jurídico, condições essas que configuram um conhecimento *a priori*, já que não passível de demonstração experimental. A Teoria Pura do Direito *se propõe, assim, a ser uma crítica do conhecimento jurídico, mas uma crítica do conhecimento que já parte de uma concepção pré-definida do que seja o conhecimento científico do Direito*¹⁶.

Nessa linha, antes de descrever a realidade do fenômeno jurídico, a ciência do Direito, no caso a *Teoria Pura do Direito*, deve partir de um conhecimento prévio do objeto de análise, por isso é

essencial a definição de Direito positivo¹⁷ como direito criado, em oposição às concepções jusnaturalistas de Direito, ou, mais especificamente, a definição de norma jurídica. Na verdade, toda observação da “realidade” pressupõe uma escolha teórica prévia, em outras palavras, todo realismo epistemológico é sempre enfraquecido na medida em que invariavelmente adentra o espaço virtual¹⁸. Lembrando-nos de Sócrates, em toda pergunta está latente uma resposta. Assim, concordamos com Michel Miaille ao afirmar que *nenhum cientista vai ao encontro da realidade que quer explicar sem “informação”, sem formação: e, como veremos, uma idéia falsa a de acreditar que a observação é a fonte da descoberta. Não se descobre senão aquilo que se estava pronto intelectualmente para descobrir*^{19, 20}.

Portanto, essa implicação entre o ponto de partida de uma descrição científica, o recorte que necessariamente sempre se faz e o próprio conhecimento daí advindo nada mais revela do que o retorno do sujeito, recalcado nas teorias – como as de base positivista – que pretendem uma suposta neutralidade científica, acreditando-se ainda possível um conhecimento desinteressado. O lema de tais teorias, qual seja, *é preciso anular o sujeito para nos atermos às coisas mesmas e estas melhor nos revelarem seu em si*²¹, é ilusório, haja vista que a imbricação recíproca entre sujeito e objeto faz com que nem mesmo a “realidade” possa ser apreendida em termos ontológicos, sendo sempre construção, caracterizando-se toda análise que dela se faça como uma perspectiva, uma observação que apresenta pontos cegos, conforme Niklas Luhmann²².

Na perspectiva do conhecimento jurídico, Kelsen faz uma analogia entre leis naturais e proposições jurídicas, entendendo que as normas podem ser descritas, como os fatos, por meio da observação empírica (...)

Nesse entendimento, questiona-se a utilização de métodos das ciências naturais para o trabalho das ciências do espírito, mais especificamente a pretensão de objetividade típica das ciências naturais, pois a concepção de uma ciência neutra foi problematizada, inclusive pelas disciplinas que lidam com os fenômenos da natureza, como a Física, ao enunciar, por exemplo, que as propriedades da luz dependem do modo como ela é observada,

podendo se apresentar como uma partícula ou uma onda. Nem mesmo a natureza é hoje tão natural assim, basta observarmos que as modificações climáticas que têm provocado degelo nos círculos polares, diminuição ou aumento do índice pluviométrico em determinadas regiões etc. são fruto de uma interferência humana, de um “avanço” no domínio da natureza.

Até mesmo Kelsen teve de admitir que a complexidade do Direito moderno é incapaz de ser apreendida e traduzida em leis, ressaltando assim a abertura interpretativa do Direito para situações futuras, porém o fez a custo de, implicitamente, negar seus pressupostos epistemológicos, ao afirmar que o dever-ser descrito pelo Direito seria substituído pelo ser, pela decisão do aplicador. O único problema é não podermos entender essa tessitura aberta do Direito como uma questão de simples escolha do magistrado na situação concreta ou como discricionariedade. Se assim o fizéssemos, não teríamos como justificar que os cidadãos devem obediência às leis, pois, se nem mesmo os aplicadores oficiais o devem, por que eles seriam diferentes?

Dessa forma, se a obra de Kelsen foi importante para delimitar o âmbito da ciência jurídica, que Kant já havia tentado²³, seu pensamento apresenta limites para a compreensão do Direito moderno, na medida em que tende a um puro formalismo, abrindo espaço para que se atribua qualquer conteúdo às normas jurídicas, o que o levou a considerar como juridicamente aceitável a experiência nazista. Em outra perspectiva, partindo da virada hermenêutico-pragmática, com autores como Gadamer e Habermas, podemos compreender a importância do contexto para a própria atribuição de sentido às normas jurí-

dicas. Assim, têm de ser abandonadas posturas unilaterais, como a de Kelsen, que privilegia a forma, ou, por exemplo, a de Carl Schmitt, que, contrariamente, despreza a Constituição escrita, considerando-a como “ideal”, dando preferência ao conteúdo, às decisões políticas fundamentais de um povo, para se reconhecer a necessária complementariedade entre texto e contexto, ideal e real, global e local, enfim, entre forma e matéria.

REFERÊNCIAS

- 1 Kelsen fez um balanço das continuidades e descontinuidades entre a jurisprudência analítica e a *Teoria Pura do Direito*. Nesse sentido, ver: KELSEN, Hans. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. *Harvard Law Review*, n. 55, p. 44-70, 1941-1942.
- 2 Sobre tal questão, esclarecedoras são as palavras de Elza Maria Miranda Afonso: *mesmo tendo como objeto as normas jurídicas, a ciência do Direito não pode apreciar os valores que elas contêm*. AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. 1984. (Tese de Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1984. p. 220. Na verdade, a *Teoria Pura do Direito* somente admite valoração dos fatos e não das normas, pois afirma que *the behavior that conforms to the norm has a positive value, the behavior that does not conform, a negative value. The norm that is regarded as objectively valid functions as a standard of value applied to actual behavior*. KELSEN, Hans. *Norm and Value*. *California Law Review*, n. 54, p. 1.624, 1966.
- 3 *Temos assim duas categorias diversas de definições do Direito, que podemos qualificar, respectivamente, como definições científicas e definições filosóficas: as primeiras são as definições fatuais, ou avalorativas, ou ainda ontológicas, isto é, definem o Direito tal como ele é. As segundas são definições ideológicas, ou valorativas, ou deontológicas, isto é, definem o Direito tal como deve ser para satisfazer um certo valor*. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1995. p. 138.
- 4 MARIAS, Julián. *História da Filosofia*. Porto: Ed. Sousa & Almeida, 1959. p. 339.
- 5 GRANGER, G. Gaston. *A ciência e as ciências*. São Paulo: USP, 1994. p.85.
- 6 Cabe ressaltar que o termo “jurisprudência” aqui aparece como sinônimo de ciência do Direito, sendo tal esclarecimento importante porque na seara jurídica também se atribui a tal significante o sentido de decisões reiteradas de um tribunal.
- 7 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 11. (Grifos nossos)
- 8 Nota-se aqui, como em outras passagens da obra kelseniana, uma nítida influência de Kant. Esclarecedora é a seguinte passagem de Miguel Reale sobre Hans Kelsen: *Há em toda sua obra as idéias fundamentais, de fonte kantista, de que ‘o conhecimento científico não pode ir além do dualismo de natureza e espírito, de realidade e valor, de ‘ser’ e ‘dever-ser’; que ‘não é possível deduzir um valor da simples verificação de um fato, ainda quando freqüente e normal*. REALE apud AFONSO, *op. cit.*, p. 17.
- 9 Apesar de Kelsen afirmar que a validade, a existência de uma norma independe de sua eficácia, pois admitir o contrário seria reduzir o Direito, o dever-ser, ao ser, o próprio autor admite que um mínimo de eficácia é essencial para a própria validade das normas jurídicas, o que representa uma ruptura de seu pressuposto epistemológico, na medida em que a “pureza” do Direito é relativizada pela introdução dessa dimensão sociológica. Sobre o tema, ver: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 223, jul. 1997; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobre a interpretação jurídica. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 429, maio 1999.
- 10 Há autores, como Emile Durkheim, que aplicam o princípio da causalidade à análise dos fenômenos sociais, mais especificamente em seu estudo sobre o suicídio, em que o fundador da sociologia procura relacionar os fatos, atentando para a sucessão destes e erigindo leis para sua explicação, mantendo-se assim refém do antes e do depois, o que o leva a projetar sombras, dessa forma, sobre a interação entre os fenômenos, ou seja, sobre a dimensão de simultaneidade que a atividade de compreensão também requer. Uma análise pormenorizada da estratégia discursiva de Durkheim, evidenciando os limites da explicação causal, pode ser encontrada em: DOMINGUES, Ivan. *Epistemologia das ciências humanas – tomo 1 positivismo e hermenêutica – Durkheim e Weber*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 116-119.
- 11 KELSEN, *Teoria pura...*, *op. cit.*, p. 4.
- 12 Idem, p. 9. (Grifo nosso)
- 13 *Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: 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 objetiva-*mente válidas descritíveis em proposições jurídicas? KELSEN, *Teoria pura...*, *op. cit.*, p. 225.
- 14 Sobre o tema, esclarecedora é a seguinte passagem: *E as normas são concebidas – já no campo epistemológico – como categorias lógicas que pertencem não ao campo do ser mas do dever-ser*. AFONSO, *op. cit.*, p. 27. (Grifos nossos). Nesse sentido, parece-nos haver na teoria kelseniana uma certa influência do Círculo de Viena, um grupo de filósofos, matemáticos e economistas que, na década de 1920, empreendeu um esforço para elaborar uma concepção científica do mundo, isto é, afastada da metafísica e da teologia, utilizando a lógica como linguagem unificadora das ciências. Uma análise sucinta do Círculo de Viena, também denominado de “empirismo lógico”, pode ser encontrada em: MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Filosofia analítica: de Wittgenstein à redescoberta da mente*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997. p. 3-34. Sobre o normativismo lógico de Kelsen, conferir: MACHADO, Edgar da Mata. *Elementos de teoria geral do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995. p. 150-154.
- 15 Realismo jurídico é uma corrente de pensamento do Direito que ressalta a natureza política do juiz, na medida em que entende este como criador de direito novo quando da decisão de um caso concreto, não apresentando o magistrado, desta forma, qualquer compromisso com o passado do ordenamento jurídico em questão. Sobre o realismo jurídico, principalmente o norte-americano, ver: SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional americano*. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966. O realismo jurídico é qualificado como positivismo jurídico em sentido genérico, pois, tal como o positivismo jurídico em sentido estrito, como o de Kelsen, ele se caracteriza por uma abordagem avalorativa do Direito, em oposição ao jusnaturalismo, adquirindo um caráter puramente formal ao ficar em aberto qual seria o conteúdo do Direito. Sobre a conceituação de positivismo jurídico em sentido genérico e estrito, ver: BOBBIO, *op. cit.*, p. 142-146.
- 16 AFONSO, *op. cit.*, p. 24. (Grifos nossos).
- 17 A *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, dessa forma, além de ser uma teoria do conhecimento, apresenta-se como uma ciência do Direito. *Em decorrência dessa identificação, o objeto da Teoria Pura do Direito torna-se o mesmo objeto da ciência do Direito. E esse objeto é o dado da realidade jurídico-empírica, o Direito positivo*. AFONSO, *op. cit.*, p. 24.
- 18 A dimensão virtual está presente na obra de Kelsen por meio da lógica, e não das matemáticas. Estas se caracterizam por tradicionalmente serem o instrumento de criação de mundos possíveis. Kelsen utiliza a matemática qualitativa para designar o sistema escalonado de normas, referindo-se a uma pirâmide normativa, cujo ápice seria a Constituição, mas tal recurso somente possui uma função heurística, não sendo constitutivo de sua teoria. A presença da lógica na *Teoria Pura do Direito* já foi mencionada ao longo do artigo, basta lembrarmos as proposições jurídicas como categorias lógicas e a norma fundamental como um pressuposto lógico não passível de comprovação empírica.
- 19 MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Ed. Estampa, 1989. p. 30.
- 20 Nessa linha, a descoberta da teoria da relatividade por Newton só foi possível em virtude de um referencial teórico prévio, ou seja, deve-se à elaboração do que se costuma chamar de “síntese newtoniana”. *O primeiro passo de Newton foi realizar na imaginação o que a história não pudera realizar: unir Kepler e Galileu. Mais exatamente, unir uma metade de Kepler e uma metade de Galileu, e repelir as metades redundantes*. KOESTLER apud AFONSO, *op. cit.*, p. 213.
- 21 DOMINGUES, *op. cit.*, p. 646. (Grifos nossos)
- 22 Ao assumir a auto-implicação cognitiva de toda forma de conhecimento, ou seja, que toda descrição é criação de realidade, Luhmann tem como pressuposto que o sujeito que observa não é capaz de enxergar a si mesmo, por isso sua observação sempre implicará uma latência, um ponto cego. Sobre o tema, ver: LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 5. ed. Milano: Franco Angeli, 1993. 400 p. e CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosário sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996. 191 p.
- 23 Apesar de Kant ter pretendido conferir independência à ciência do Direito, separando Direito e moral, ao se preocupar com questões de justiça, o filósofo em questão acaba por retornar ao Direito natural, ou seja, introduz no Direito aspectos que lhe são estranhos, aspectos estes que tornam implausível sua autonomia. Sobre a questão, conferir: AFONSO, *op. cit.*, p. 28-43.

Artigo recebido em 20/2/2006.

ABSTRACT

The authoress proposes an epistemological analysis of Hans Kelsen's Pure Law Theory, probing to which extent it may be considered as positivist. She questions the underlying conception of science pertaining to the Kelsian thought, more specifically the influence of the philosophical positivism on the definition of its object of study, reflected on the attribution to Law of a simply descriptive task, as if all knowledge were merely a verification of a reality that existed by itself.

She demonstrates that the very theory elaborated by Kelsen mitigates his epistemological option, since his argument reaches the virtual field, admitting presuppositions that do not arise from experience.

KEYWORDS

Philosophy of Law; positivism; Hans Kelsen; empiricism; Pure Law Theory.