



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

KELSEN E A EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

Thiago Rodvalho dos Santos

Mestrando em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP

<http://lattes.cnpq.br/5142974418646979>

Resumo: O presente trabalho visa a discutir a relação entre Kelsen e a Epistemologia Jurídica, a relação entre o seu pensamento e a forma como se dá o pensamento jurídico. Procura-se demonstrar que o objetivo científico do autor era o de purificar o estudo do Direito, expurgando-o de preceitos subjetivos, não científicos, portanto. O pensamento jurídico de Kelsen ia além de um mero Positivismo Jurídico, tendo como objeto mesmo dar ao Direito o tratamento de uma ciência, sendo, por conseqüência, avaliativa; isto especialmente à luz da Teoria do Conhecimento. Trata-se de um estudo sobre um dos maiores jusfilósofos da era moderna, não significando, necessariamente, uma adesão ao seu pensamento.

Palavras chaves: Positivismo, norma e conhecimento.

Abstract: This work pretends to argue the issue Kelsen and Legal Epistemology, the relationship between his work and how we build law knowledge. Seeking to demonstrate that the scientific goal of the author was to purify the study of law, turning it free of precepts subjective, not scientific, so. The thought of legal Kelsen went beyond a mere legal positivism, and his object to the law was to handle is to a science and, consequently, without subjective values, that is true especially in light of the Theory of Knowledge. This is a study on one of the largest philosophers of law of modern times, not mean, necessarily, an adherence to their thinking.

Keywords: Positivism, law and knowledge.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

PUC-SP

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

SUMÁRIO:

1. Introdução.
2. Breves considerações acerca do Positivismo Jurídico.
 - 2.1. Positivismo Jurídico e Positivismo Comteano.
 - 2.2. Positivismo Jurídico na Era Moderna.
3. O Normativismo de Kelsen.
 - 3.1 Escorço Histórico.
 - 3.2. O Pensamento Kelseniano e a Epistemologia Jurídica.
4. Conclusão.
5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO:

Kelsen constantemente convive com críticas, muitas delas injustas, a respeito de sua doutrina *pura*, positivista.

Entrementes, é preciso compreender o porquê de sua teoria, de sua intenção de *purificar* o Direito, ou melhor, purificar o método, e atribuir-lhe cientificidade, para que então sejam ou não tecidas críticas ao seu pensamento, evitando as que sejam injustas àquele que foi um dos maiores jurisfilósofos do século XX.

Antes de entrarmos no pensamento kelseniano, que preferimos chamar de normativista, convém tecer breves palavras acerca do positivismo jurídico.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO POSITIVISMO JURÍDICO:

Antes de adentrarmos no estudo mesmo do Positivismo Jurídico, optamos por fazer uma breve reflexão acerca da influência que exerceu o positivismo comteano, mas também ressaltando a distinção que há entre as duas escolas.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

2.1. POSITIVISMO JURÍDICO E POSITIVISMO COMTEANO.

A corrente do Positivismo Jurídico é moderna, já nos idos dos séculos XVIII e XIX. Mas podemos encontrar os seus traços desde a Antiguidade, desde os idos de Atenas.

Contudo, antes de prosseguirmos no estudo do Positivismo Jurídico, convém fazermos uma distinção.

A corrente do Positivismo Jurídico, como fala o Prof. Miguel Reale¹, é marcada pela visão reducionista do fenômeno jurídico.

Porém, é preciso reconhecer, antes, a influência que há do pensamento comteano (Augusto Comte — 1816 a 1857 — considerado o pai do Positivismo, exerceu de fato muita influência na corrente jurídica do Positivismo, embora não possamos confundir na íntegra uma corrente com a outra), com seus ideais empíricos e o avesso à metafísica, nesta corrente, sem que haja uma fusão do Positivismo Filosófico com o Jurídico, conquanto este tenha recebido inicialmente influência daquele.

Comte traça a idéia de que devemos nos ater àquilo que nos é efetivamente dado, àquilo que nos é positivamente dado. E mais, que o nosso conhecimento deve ser permeado por rígidos métodos científicos, fugindo da metafísica, que contaminaria o conhecimento científico.

Daí a advertência feita pelo Prof. Eduardo Bittar, reproduzindo o pensamento do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior² “*O termo positivismo não é unívoco. Ele designa tanto a doutrina de Auguste Comte, como também aquelas que se ligam a sua doutrina ou a ela se assemelham. Comte entende por ‘ciência positiva’ coordination de faits. Devemos, segundo ele, reconhecer a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos,*

¹ Conferir, a esse respeito, as visões reducionistas do Direito, de que trata o Prof. Miguel Reale em sua obra “Filosofia do Direito”, Capítulos XXX a XXXIII.

² Curso de Filosofia do Direito, p. 328.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível da investigação científica”.

A identificação entre a corrente jurídica e a escola de Comte ocorre, como diz o Prof. Eduardo Bittar³, justamente porque *“É a colocação da realidade fática como único objeto merecedor de consideração por parte da Ciência Jurídica que faz com que a razão de ser do positivismo jurídico reduza-se à compreensão da norma e do sistema jurídico no qual ela está inserida. De fato, será o reducionismo uma característica fundamental dos positivistas”.*

Em verdade, o “positivismo jurídico” existe desde a Antigüidade, haja vista que tanto os gregos quanto os romanos (especialmente estes últimos, cujo sistema jurídico positivo influenciou diversas outras nações) conheciam sistemas jurídicos “positivados”, escritos, enfrentando já a discussão acerca do respeito que se deve a eles, bem como a questão de sua interpretação e a possibilidade ou não de um conflito com o Direito Natural (Antígona, de Sófocles, por exemplo).

Mas o sentido moderno do Positivismo Jurídico, bem como sua denominação, apenas ocorrem após Comte, e sendo um pensamento muito desenvolvido nos séculos XIX e XX.

2.2. POSITIVISMO JURÍDICO NA ERA MODERNA.

O Positivismo, influenciado pelo pensamento da Escola da Exegese⁴, surgida na França (além de outras escolas semelhantes que surgiram na Alemanha — Pandectismo, assim denominada por dedicar a pesquisa aos *Pandectas* ou *Digesto* de Justiniano — e Inglaterra — a chamada Escola Analítica — estas escolas guardavam basicamente as mesmas concepções da escola exegética) prega um reducionismo do Direito à compreensão da norma, a um estudo da Lei.

³ Idem, ibidem.

⁴ Lembremos o Código Civil Napoleônico que, permeado dos princípios da escola exegética, em seu artigo 5º., proibia o juiz de interpretar, no intuito de expurgar todos os resquícios da monarquia e das inseguranças do *ancien regimen*.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

A Escola Exegética tinha, então, o objetivo de limitar a interpretação a um mero esclarecimento do texto legal, procurando qual lei se aplica e como integrar as diversas normas, mas sem uma liberdade extrema ao intérprete, procurando evitar justamente abusos fundados no Direito Natural, bem como a insegurança jurídica que isso poderia trazer.

Assim, essas escolas pregavam um retorno à codificação, como no sistema romano, um estrito apego à codificação e a leis escritas, e que a interpretação das Leis fosse feita de forma lógico-dedutiva, ou seja, apenas passando da generalidade abstrata da lei para a singularidade, para a especificidade do fato. Um estudo da lei e dos seus textos, unicamente; um estudo e explicação restritos aos textos legais.

São escolas que, nos dizeres do Prof. Eduardo Bittar⁵, advogam “o princípio da completude do ordenamento jurídico, e não deixa espaço para o Direito natural. As lacunas da lei devem ser resolvidas pelo próprio sistema jurídico”.

Podemos observar, pois, que são escolas unidas entre si pela concepção comum de apego aos textos legais, escolas que pregavam uma limitação do direito àquilo que está contido na lei, rechaçando os princípios e idéias do Direito Natural.

É um retorno ao Empirismo, ao apego a experiências e dados *positivados* como forma por excelência de conhecimento e metodologia, como ocorria predominantemente nas ciências naturais. Isto, em tese, proporcionaria ao Direito conhecimentos mais objetivos, fundadas em leis postas, positivadas.

O Prof. Pedro Lessa, adepto do Empirismo no Brasil, deixava isto claro em seu pensamento: “*Aceitem-se como fundamentos do direito idéias e preceitos ministrados por uma revelação sobrenatural, de acordo com método dogmático, e teremos adotado uma doutrina teológica. Admitam-se como base do direito os princípios a priori, revelados pela razão, e teremos abraçado uma doutrina racionalista, com método dedutivo. Submeta-se, pelo contrário, o direito ao princípio que domina todas as ciências, exija-se que ele repouse em conceitos fundamentais dados pelo método indutivo, e teremos aderido à teoria científica do*

⁵ Op. cit., página 330.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

direito”⁶; e diz mais: “Do método adotado depende a direção do nosso espírito na formação de uma teoria científica. Na filosofia do direito, mais do que em qualquer outra doutrina, vê-se claramente quanto é exata esta última afirmação. Se adotarmos o método dedutivo dogmático, que parte de idéias gerais, dadas pela razão, qual a concebem os metafísicos, a doutrina filosófica acerca do direito, que formularmos, será radicalmente diversa da doutrina baseada no método científico. A lógica de uma ciência, a averiguação do método próprio para nos dar conhecimento verdadeiros e certos sobre uma determinada série de fenômenos, compõem-se de conceitos gerais e fundamentais acerca da mesma ciência; e, pois, faz parte da sua filosofia”⁷. E explicita o pensamento mais à frente⁸: “O único método aplicável à formação da ciência do direito é o positivo, ou científico, combinação dos processos indutivos com a dedução. Os outros processos lógicos, outrora constantemente empregados no estudo do direito, hoje só merecem atenção como parte interessante da história do direito.”

A isso seria reduzida a função do Jurista: a estudar e a compreender a lei positiva. O positivismo é marcado por reduzir o campo de conhecimento do jurista.

Convém lembrarmos, para uma melhor compreensão, os ensinamentos do Prof. Norberto Bobbio⁹, que elenca as diferenças fundamentais entre o Positivismo Jurídico e o Jusnaturalismo:

1. A antítese *universalidade/particularidade*. O Direito Natural vale em qualquer lugar; ao passo que o Direito Positivo, apenas em alguns lugares, variando conforme o lugar.
2. A antítese *imutabilidade/mutabilidade*. O Direito Natural é imutável no tempo; enquanto que o Direito Positivo muda sempre, variando conforme a época.
3. A fonte, onde se funda cada um. O Jusnaturalismo seria fundado, em regra, na *natureza*; enquanto que o Direito Positivo seria fundado no Poder que emana do Povo.

⁶ Estudos de Filosofia do Direito, p. 27

⁷ Idem, p. 69.

⁸ Idem, p. 74.

⁹ O Positivismo Jurídico, p. 22 e 23.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

4. Diz respeito à forma de conhecimento. O Direito Natural seria, em regra, conhecido pela nossa razão (concepção racionalista da ética); ao passo que o Direito Positivo seria conhecido por meio de uma declaração de vontade alheia (promulgação).
5. Está relacionado ao objeto dos dois Direitos (ao comportamento regulado): os comportamentos regulados pelo Direito Natural seriam bons ou maus por si mesmos; enquanto que os comportamentos regulados pelo Direito Positivo seriam injustos ou justos apenas na medida em que, e após isso, fossem qualificados desta maneira pelo ordenamento jurídico positivo.
6. A última distinção diz respeito ao critério axiológico. O Direito Natural estabelece aquilo que é bom; e o Direito Positivo, aquilo que é útil.

Então, resumidamente, esta foi a intenção do Positivismo Jurídico: apresentar-se como uma reação à instabilidade do Direito Natural, buscando (sob influência do pensamento de Comte) conhecimentos jurídicos mais *científicos*, amparados e embasados em dados concretos e positivamente apresentados à nossa experiência.

3. O NORMATIVISMO DE KELSEN:

Muitos preferem, com acerto, utilizar a nomenclatura “normativismo” para identificar o pensamento kelseniano, em vez de Positivismo, com o intuito de evitar confusões quer com o pensamento comteano, quer com a fase inicial do positivismo jurídico mesmo, posto que o pensamento de Kelsen se distancia um pouco deles e tem objetivo um pouco diferente.

É claro que Kelsen sofre influência das escolas anteriores, como a exegética, mas seu pensamento vai além dela, aliado ao fato de que o pensamento kelseniano tinha objetivo diferente, qual seja, o de *purificar* (tanto objeto quanto método) a ciência do Direito. Daí dizer o Prof. Miguel Reale¹⁰ que “*Hans Kelsen retomava o fio de desenvolvimento clássico da Ciência Jurídica posta pela Escola*

¹⁰ Op. cit, p. 456.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

da *Exegese e pela Escola Analítica inglesa*". Retomou o pensamento destas escolas, mas o desenvolveu substancialmente.

Interessante se apresenta, antes de analisarmos o pensamento deste importante autor do século XX, traçarmos um breve esboço histórico a seu respeito.

3.1 ESCORÇO HISTÓRICO.

O jurisfilósofo Hans Kelsen, nascido em Praga, na época pertencente ao Império Austro-Húngaro, em 1881, veio a falecer no exílio, em 1973, na cidade de Berkeley, nos Estados Unidos, onde lecionou na Universidade local, quando completaria então 92 anos.

É o nome mais importante da Filosofia do Direito moderna. Praticamente não há, na atualidade, obra de filosofia jurídica que não fale dele, ainda que brevemente. A força e a importância de seu pensamento levam a esse quadro. É, como diz o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹¹, “*um divisor de águas para toda a teoria jurídica contemporânea*”; bem como levou o pensador espanhol Legaz y Lacambra a dizer que o pensamento jurídico no século XX teria de ser, necessariamente, “*um permanente diálogo com Kelsen*”¹².

Teve diversos seguidores de suas obras, dentre os quais podemos Alf Ross, Luis Recaséns Siches e o italiano Norberto Bobbio.

Para se ter uma noção de sua importância e da vastidão do seu trabalho, o Prof. Tércio Sampaio nos traz alguns números que ilustram bem a questão: “*Kelsen publicou um considerável número de trabalhos que, incluindo traduções e reimpressões, alcança mais de 620 títulos. Por outro lado, os textos que versaram especificamente sua obra superam a cifra dos 1200*”¹³.

Pensador profícuo e polêmico, colecionou desde defensores ferrenhos a críticos mordazes; mas mesmo quem o critica, não pode deixar de louvar a

¹¹ In “Para Entender Kelsen”, de Fabio Ulhôa Coelho, página XIII.

¹² Idem, página XIV.

¹³ Idem, página XIII.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

importância e a relevância que tiveram seu pensamento e suas obras para a Ciência do Direito.

Foi autor intelectual da Constituição Republicana da Áustria, ocupando posteriormente, durante nove anos, a função de Juiz na Corte Constitucional do mesmo país.

Integrante do influente pensamento que marcou sua época e que ficou conhecido como “Círculo de Viena”, que reunia, dentre outros, pensadores da envergadura de Sigmund Freud e Ludwig Wittgenstein.

Publica sua obra mais famosa, a Teoria Pura do Direito, em 1934, republicando posteriormente a mesma obra em 1960 (2ª. edição e sua versão definitiva), porém de forma revista e com algumas importantes modificações, frutos de sua experiência, durante seu exílio, no sistema consuetudinário estadunidense. Obra que acabou traduzia para praticamente todas as línguas modernas.

Kelsen colecionou as loas do sucesso, mas também sofreu com toda sorte de críticas. Algumas injustas demais, como aqueles que o consideraram, ainda que indiretamente, um defensor do nazismo ou de ter servido intelectualmente ao regime nazista.

Crítica por demais injusta e distante da realidade, posto que Kelsen tinha formação judaica, o que lhe rendeu, inclusive, perseguição por parte do nazismo, de sorte que ele acaba por se exilar em Berkeley, nos Estados Unidos, onde, fiel aos seus princípios intelectuais e à sua obra, reconhecerá o regime nazista como, a despeito de injusto e imoral, *válido e legítimo*¹⁴.

3.2. O PENSAMENTO KELSENIANO E A EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

Com sua obra, Kelsen procura *purificar* a Ciência do Direito, titubeante até então e entrelaçada com diversas outras ciências, como a psicologia e a sociologia. Daí os dizeres do eminente Prof. Miguel Reale¹⁵ “Quando Hans Kelsen, na segunda década deste século, desfraldou a bandeira da Teoria Pura

¹⁴ Conferir Tércio Sampaio, *opus citatum*, página XVII.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

do Direito, a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, incluí-la em seus domínios". Aliás, o próprio Kelsen menciona essa promiscuidade de objetos que cercava a Jurisprudência, diz ele¹⁶: "De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura 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".

Assim, ele separa aquilo que seria efetivamente um objeto jurídico daquilo que é metajurídico, fora do âmbito jurídico (ou seja, discussões acerca Justiça, aquilo que é metafísico, histórico, sociológico, antropológico cultural, religioso). Dirá ele¹⁷: "A tese de que o Direito é, segundo sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. Com efeito, pressupõe-se como evidente que a ordem coercitiva estadual própria é Direito. O problemático critério de medida da Moral absoluta apenas é utilizado para apreciar as ordens coercitivas de outros Estados. Somente estas são desqualificadas como imorais e, portanto, como não Direito, quando não satisfaçam a determinadas exigências a que a nossa própria ordem dá satisfação, v. g., quando reconheçam ou não reconheçam a propriedade privada, tenham caráter democrático ou não

¹⁵ In "Filosofia do Direito", página 455.

¹⁶ Teoria Pura do Direito, p. 1 e 2.

¹⁷ Teoria Pura do Direito, p. 78.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

democrático, etc. Como, porém, a nossa própria ordem coercitiva é Direito, ela tem de ser, de acordo com a dita tese, também Moral. Uma tal legitimação do Direito positivo pode, apesar da sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços. Do ponto de vista da ciência jurídica ela é insustentável. Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar — quer através de uma Moral absoluta, quer através Moral relativa — a ordem normativa que lhe compete — tão-somente — conhecer e descrever”.

É preciso compreender que esta obra de Kelsen (a Teoria Pura do Direito) versa essencialmente acerca da *epistemologia jurídica*, ou seja, a respeito do *conhecimento* jurídico. Qual é o tipo de conhecimento pertinente à Ciência do Direito, quais são seus meios e métodos, seus objetos e onde se fundam esses objetos, qual é a fonte e o fundamento deles. Ou, como ele mesmo acentuou¹⁸, “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 objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição”.

Sem essa compreensão, podemos cair em críticas açodadas e imprecisas à obra kelseniana, motivada até mesmo por *pré-conceitos*, como as críticas a respeito da Justiça. Daí a necessidade de assimilarmos o pensamento kelseniano dentro da Teoria do Conhecimento¹⁹, pois isto permite uma compreensão melhor dos importantes legados do jurisfilósofo austríaco.

¹⁸ Teoria Pura do Direito, p. 225.

¹⁹ A respeito da Teoria do Conhecimento, interessante conferir a clássica obra a esse respeito de Johannes Hessen.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Ele próprio deixa isso claro logo no prefácio à sua obra “Teoria Pura do Direito”²⁰: “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que — aberta ou veladamente — se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, 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”.

Não é que Kelsen advogasse ou defendesse a injustiça das normas ou não cuidasse ou ignorasse as discussões acerca da Justiça, ele apenas não a considerava *inserida* na epistemologia jurídica. Como ele mesmo deixou consignado²¹ “O problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”. Kelsen manifestou, inclusive, como é normal a qualquer pensador, suas preocupações acerca do Justo, tendo até mesmo escrito diversas obras a esse respeito²².

Mas retirava essas discussões do âmbito do jurista. Até mesmo pelas dificuldades e até mesmo em razão do relativismo dessas discussões (Kelsen tendia para um certo relativismo axiológico), *purificando* o objeto de conhecimento do Direito. O jurista deveria abster-se de discutir processos estranhos ao seu objeto, como o momento da *produção* das normas. Deveria tão-somente cuidar da norma jurídica em si, já integrante do ordenamento jurídico. Sua doutrina não nega nem exclui a importância que os valores têm neste momento de nomogênese jurídica, muito menos ignora o problema do Poder com

²⁰ Vide página XI.

²¹ Op. cit, p. XVIII.

²² Como, por exemplo, “A Ilusão da Justiça”, “O Problema da Justiça”, “O que é Justiça?”.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

a norma jurídica, como afirmam alguns críticos, mas entende que isto cabe a outras ciências, que não o Direito.

Buscou essa purificação epistemológica, este conhecimento científico *neutro*, para que o Direito pudesse ser, efetivamente, chamado de “Ciência”. Se o jurista se enveredasse por caminhos metajurídicos, isto poderia comprometer a cientificidade de sua produção, de seus conceitos. Assim, como explicou Kelsen, a Jurisprudência tinha seu objeto e metodologia próprios, bem como suas próprias indagações. Diz ele²³ “Como teoria, que única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política jurídica”.

Para ele, a norma jurídica seria o princípio e o fim de todo o sistema jurídico, devendo o jurista se abster de perquirir acerca dos valores que influenciaram e antecederam a elaboração da norma, bem como aquilo que se poderia conceber após sua elaboração.

A *norma jurídica* seria o objeto do Direito, e não um fato social ou um valor transcendente. Ou, como ele mesmo acentua²⁴ “*Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação — menos evidente — de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou conseqüência, ou — por outras palavras — na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas*”. Harmonizando, assim, com o que ele já havia dito anteriormente na mesma obra, que as normas seriam esquemas de interpretação ou esquemas doadores de sentidos aos fatos e comportamentos humanos (dizia ele²⁵, “*A norma jurídica funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa*”... “*A norma*

²³ Op. cit., p. 1.

²⁴ Op. cit., p. 79.

²⁵ Teoria Pura do Direito, p. 4 e 6.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

que empresta ao ato significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma”... “Norma’ é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”).

Como nos ensina o Prof. Fábio Ulhôa²⁶ “A pureza da ciência do direito, portanto, decorre da estrita definição de seu objeto (corte epistemológico) e de sua neutralidade (corte axiológico)”.

Ele buscou conceber uma Ciência Jurídica que valesse independentemente do país, do lugar e que não se misturasse com outras ciências, procurando encontrar, portanto, o seu objeto próprio, que seria o Direito Positivo.

Kelsen buscou, ainda, uma pureza metodológica baseada na ausência de juízos de valor. Era um defensor da *neutralidade científica*, o Direito deveria se abster de fazer julgamentos morais ou avaliações políticas; não deveria emitir juízos de valor. A Ciência Jurídica, para ter seu caráter científico, deveria ser neutra, *avalorativa*. Neutralidade significa exatamente essa visão, essa concepção *avalorativa* do Direito. Vale lembrar o exemplo dado por Norberto Bobbio²⁷ “diante de um céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: ‘o céu é rubro’, formulo um juízo de fato; se digo ‘este céu rubro é belo’, formulo um juízo de valor. A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade”. Sua obra é voltada para a criação de um método científico próprio para o conhecimento jurídico.

Ele buscava transformar o Direito em uma Ciência Pura, especialmente das discussões axiológicas. Não que Kelsen ignorasse os problemas valorativos, como acusam alguns, apenas os excluía do objeto da Ciência do Direito. Como ensina o Prof. Tércio Sampaio²⁸ “Sua intenção, no entanto, não foi jamais a de

²⁶ “Para Entender Kelsen”, página 3.

²⁷ Op. cit., p. 135.

²⁸ Op. cit., página XVI.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. Sua idéia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis e, pior, de não se impor conforme os critérios de rigor inerentes a qualquer pensamento que se pretendesse científico”.

Assim, a Ciência do Direito possuiria tanto um objeto próprio (o Direito Positivo) quanto um método próprio (seria essencialmente dedutivo, integrativo, num estudo de validade dentro do próprio ordenamento jurídico). O enfoque normativo deveria ser premissa tanto do objeto quanto do método da Ciência do Direito. Como consignou Kelsen²⁹: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se 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 seu princípio metodológico fundamental”.

Desta maneira, o problema precípua do jurista seria a discussão da validade da norma jurídica. Uma análise da sua existência, do seu ingresso no mundo jurídico (numa análise da forma, do modo, do rito observado para o seu ingresso, a questão da estrutura e da hierarquia).

As normas jurídicas não seriam verdadeiras ou falsas, não estariam sujeitas a esse tipo de juízo, mas, sim, seriam válidas ou inválidas.

Ele mantém o entendimento positivista de que nós, juristas, não poderíamos recusar a validade de uma norma em razão do seu *conteúdo*, mas tão-só formalmente, dentro do objeto de estudo do jurista, dentro do sistema orgânico do ordenamento jurídico.

Neste ínterim, Kelsen trabalha com a idéia de uma *norma fundamental*, donde seria deduzido todo o restante do ordenamento jurídico. Mas esta Norma Fundamental, ressalte-se, não se confunde com uma constituição, mas sim seria

²⁹ Op. cit., o. 1.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

um *pressuposto lógico* de todo o sistema jurídico, sem possuir uma existência física ou histórica, mas sim de natureza *lógica*.

Esta *norma hipotética fundamental*, que seria o fundamento de validade de todo o restante do ordenamento jurídico, não seria posta, positiva, mas, sim, seria *suposta* ou *pressuposta*.

Ela é reconhecida na obediência e no poder que é conferido e percebido por todos aos formuladores da primeira constituição histórica. Eles comporiam o ápice da pirâmide dos Direitos de Kelsen. Nos seus próprios dizeres “*Esta não é uma norma posta através de um ato jurídico positivo, mas – como o revela uma análise dos nossos juízos jurídicos – uma norma pressuposta, pressuposta sempre que o ato criador da Constituição, e os atos postos com fundamento nesta Constituição como atos jurídicos. Constatar esta pressuposição é uma função essencial da ciência jurídica*”.

Kelsen exclui do estudo jurídico a relação entre ser e dever ser. Como diz o Prof. Eduardo Bittar³⁰ “*O dever-ser jurídico não se enraíza em qualquer fato social, histórico; não é condicionado por nada que possa perverter sua natureza de puro dever-ser; Kelsen desenraíza o Direito de qualquer origem fenomênica, a título de compreendê-lo autonomamente em sua mecânica*”.

Basicamente, para ele, haveria dois juízos de valor: valores de direito (lícito ou ilícito), que possuiria caráter objetivo; e valores de justiça (justo ou injusto), que teriam caráter evidentemente subjetivo, variável, não dedutível, não científico.

Kelsen distingue, ainda, duas formas de interpretação: a autêntica (que seria aquela praticada pelo órgão aplicador do Direito, posto que *criaria* o Direito, seria, pois, uma *norma jurídica*) e a interpretação científica, doutrinária (ou seja, aquela feita não pelo órgão aplicador do Direito, e que poderia apenas estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica, seria a chamada *proposição jurídica*).

³⁰ Curso de Filosofia do Direito, p. 337.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

As proposições jurídicas não seriam *prescritivas* (com a força da sanção) como as normas jurídicas (que prescreveriam determinada conduta ou abstenção necessária, por exemplo), mas, sim, seriam meramente *descritivas*³¹.

Esta distinção é feita por Kelsen como um meio de distinguir, de enfatizar as diferenças entre as atividades exercidas pelo aplicador do Direito, daquelas exercidas pelos doutrinadores, os *cientistas* do direito.

Assim, pode-se discordar de Kelsen, mas não se pode deixar de reconhecer sua relevância para a Ciência do Direito. Como diz o Prof. Fábio Ulhôa Coelho³² “*No segundo Kelsen, encontram-se afirmações difíceis de se sustentar, mas absolutamente compatíveis com os fundamentos de sua teoria pura, como por exemplo a inexistência de leis inconstitucionais...*”.

Kelsen faz parte da escola alemã e todos os seus rigores lógico-formais. Foi um pensador excepcional. Para finalizar, nos dizeres do sábio Prof. Tércio Sampaio³³ “*Seu sistema cerrado não está isento de objeções. Estas, contudo, se postas seriamente, nos mostram como o seu pensamento é capaz de nos empurrar para diante, evitando o parasitismo das concepções feitas. Ao contrário do que se supõe, seu espírito polêmico nunca revelou um obstinado, tanto que, em diversas ocasiões e até mesmo no fim da vida, não teve medo de enfrentar suas próprias convicções, mudando-as quando as percebia insustentáveis racionalmente. Seu compromisso com a verdade científica, o único que não desmereceu nem quebrou, o levou todas as vezes que foi necessário a rever posições. Isto não significava uma consciência volúvel*”.

³¹ Como se depreende dos dizeres kelsenianos (*apud* Fábio Ulhôa, *opus citum*, página 7) “*The legal norms enacted by the law creating authorities are prescriptive; the rules of law formulated by science of law are descriptive. It is of important that the term legal rule or rule of law be employed here in a descriptive sense*”.

³² Para Entender Kelsen, p. IX.

³³ Op. cit., página XX.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

4. CONCLUSÃO

Sem nos alongarmos em demasia, posto que o objetivo não é fazer um estudo aprofundado acerca do pensamento do jurista Hans Kelsen, mas tão-somente apresentar seu pensamento dentro da gnoseologia.

Assim, como tentamos demonstrar acima, antes de tecer alguma crítica ao pensamento kelseniano, é preciso reconhecê-lo inserido dentro de seus objetivos, quais sejam: o de purificar o Direito, tanto quanto ao objeto, quanto ao método, tornando-o uma ciência autônoma, de sorte que seu pensamento se insere dentro da epistemologia jurídica.

Não é uma questão de adesão ao seu pensamento. Mas uma reflexão que merece um dos maiores jurisfilósofos da era moderna.

Kelsen teve preocupações com a Justiça, como o demonstra sua bibliografia, bem como não foi defensor de leis injustas, como o comprova a perseguição que ele mesmo sofreu, tanto que morreu no exílio.

Contudo, a par de suas convicções pessoais acerca de um tema tão polêmico como as idéias da Justiça, procurou buscar o Direito como ciência e, nesta condição, livre de opiniões pessoais mutáveis ao sabor do tempo, livre de juízos de valor, juízos subjetivos; atentando-se tão-somente para juízos *objetivos*, juízos científicos.

Desta sorte, buscou *purificar* a Ciência Jurídica, dando-lhe método e objeto próprios, como o possuem todas as demais ciências, afirmando, por conseguinte, sua independência científica.

Sem ele, talvez o Direito acabasse por imiscuir-se com outras ciências, perdendo, assim, sua autonomia.

Ainda que sua obra sofra, e mereça sofrer, algumas críticas, especialmente por um rigor excessivo e em razão de novas contingências da realidade moderna, estas devem ser feitas com muito cuidado, sem cairmos em



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

PUC-SP

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

pré-conceitos e sem deixarmos de reconhecer a sua influência no pensamento jurídico, ainda que não sejamos kelsenianos.

Kelsen foi um verdadeiro divisor d'águas no universo jurídico, cuja força do pensamento impulsionou a Ciência do Direito para um novo rumo, um novo debate. Enfim, a uma autocrítica evolutiva.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*. Editora Saraiva, São Paulo, 3ª edição, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. Editora Atlas, São Paulo, 4ª edição, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Editora Ícone, São Paulo, 1999.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Para Entender Kelsen*. Editora Saraiva, São Paulo, 4ª edição, 2001.

HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2000.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *A Ciência do Direito*. Editora Atlas, São Paulo, 2ª edição, 13ª tiragem, 1980.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Editora Martins Fontes, São Paulo, 6ª edição, 2ª tiragem, 1999.

LESSA, Pedro. *Estudos de Filosofia do Direito*. Editora Bookseller, Campinas, 2ª edição, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Editora Saraiva, São Paulo, 19ª edição, 2ª tiragem, 2000.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003.