

O POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

The legal positivism of Hans Kelsen

João Luiz Martinechen Beghetto¹  Celio Roberto Correa² 

¹Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional UNINTER. Bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER. Email: jlbeghetto@hotmail.com

²Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional UNINTER. Bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER. Email: celiorc@yahoo.com.br

RESUMO

O presente artigo apresenta como finalidade, analisar as principais características do positivismo jurídico ou juspositivismo, com maior ênfase no seu ápice alcançado com a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, teoria que buscou estudar o Direito, com critérios de cientificidade, isolando seu objeto que é norma jurídica do ponto de vista formal, excluindo toda e qualquer qualificação, decorrente de juízo de valor, seja político, ideológico ou moral.

Palavras-chave: Positivismo jurídico; juspositivismo, teoria pura do direito; Hans Kelsen; direito avalorado;

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the main characteristics of legal positivism or juspositivism, with greater emphasis on its peak reached with Hans Kelsen's Pure Theory of Law, a theory that sought to study law, with scientific criteria, isolating its object that it is a legal norm from a formal point of view, excluding any and all qualifications resulting from value judgments, whether political, ideological or moral.

Keywords: Legal positivism; juspositivism, pure theory of law; Hans Kelsen; endorsed right.

1 INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico entende que o Direito é emanado de forma exclusiva do Estado, detentor do monopólio da criação legislativa, com o fim de buscar uma teoria que descrevesse o Direito em sua essência de forma avalorada, com neutralidade.

O ápice do positivismo jurídico é alcançado com a cientificidade do estudo do Direito, como forma de separá-lo dos critérios valorativos, se apegando tão somente a norma jurídica quanto ao seu critério formal, como forma de alcançar a “pureza” do Direito, daí Teoria Pura do Direito.

A Teoria Pura do Direito estuda o Direito manifestado como fato, diretamente da realidade social, o Direito real, sendo para a teoria de Kelsen irrelevante se saber quanto ao Direito, seus critérios de bem ou mal, justo ou injusto. Estuda o Direito de forma dogmática, o direito posto, analisando tão somente a sua validade, que decorre de outra norma de caráter superior, e assim por diante, até se chegar na norma Constitucional, validada, autorizada pela norma fundamental hipotética (no denominado sistema de escalonamento), onde a norma fundamental é autorreferente, ou seja, define a sua própria validade dentro do sistema jurídico, que é considerado único, coerente e completo.

Da completude do sistema jurídico decorre que a tarefa do juiz encarregado de aplicar o Direito fielmente ao comando da norma emanada pelo Estado por intermédio do poder legislativo, sem uso da sua subjetividade, afinal para o positivismo o juiz não cria o direito, deve se valer do próprio sistema jurídico como um todo para sanar antinomias e lacunas, promovendo tão somente a integração do sistema, pois para o positivismo não há antinomia entre as normas, pois um sistema coerente não comporta duas normas válidas que se contradizem, certamente uma delas é inválida, já as lacunas devem ser integradas com a aplicação de norma encontrada no próprio sistema jurídico, destacando novamente a sua unidade, coerência e completude.

2 ANTECEDENTES NECESSÁRIOS

O positivismo jurídico defende uma concepção monista do direito como o que provém do Estado, o qual detém o monopólio da produção normativa, e a ideia de se buscar uma teoria que promovesse a descrição do Direito com neutralidade.

O positivismo jurídico defende uma concepção monista do direito como o que provém do Estado, o qual detém o monopólio da produção normativa, e a ideia de se buscar uma teoria que promovesse a descrição do Direito com neutralidade.

O precursor do positivismo jurídico é Thomas Hobbes (BOBBIO, 1995), quem concebeu uma soberania indivisível, onde todos os poderes eram centrados na pessoa do rei a quem todos prestavam obediência, sem nenhuma forma de questionamento (HOBBS, 2001), dentre os poderes do soberano estava o monopólio do poder normativo do qual decorre o monopólio do poder coercitivo (BOBBIO, 1991), onde qualquer afronta a lei, ou cometimento de um crime era uma ofensa direta a pessoa do soberano.

O filósofo inglês Jeremy Bentham¹, temeroso e crítico quanto a incerteza da *common law* inglesa propunha a codificação do direito, em termos claros e precisos para tornar seus conteúdos normativos acessíveis a todos, com a sistematização de toda a matéria jurídica em três partes, o direito penal, direito civil e direito constitucional (BOBBIO, 1995), o que também seria uma das formas de obter maior felicidade ao maior número de pessoas².

Para Bentham, a codificação completa, se torna princípio axial do positivismo jurídico, que se vale do dogma da completude para solucionar os problemas de antinomias e lacunas, só a codificação traria clareza, certeza e segurança jurídicas, a regra jurídica como ato de vontade é comando, produzido com o fim de propiciar o maior bem possível, como síntese do utilitarismo inglês.

O direito inglês, para Bentham, baseado em leis não escritas era considerado um modelo normativo facilitador da hipocrisia e da corrupção, pois tal modelo era incerto e imprevisível e o fato de não ser escrito torna impossível o conhecimento do direito pelo cidadão, o qual teria acesso se a lei fosse codificada (ANDRADE, 1997).

¹BENTHAM, Jeremy. Autor de *A fragment on government* (1776) e de *Na Introduction to the principals of Morals and Legislation* (1781) obras de grande valor para o positivismo jurídico.

²UTILITARISMO, doutrina ética decorrente da utilidade, de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, onde se baseia que o homem é movido em buscar o prazer e evitar a dor, e uma sociedade segundo a ética utilitarista, deveria buscar a felicidade (prazer) para o maior número de pessoas, devendo assim haver uma coincidência entre o prazer individual e coletivo, que poderia ser alcançado com o Direito. "O direito objetiva aumentar a felicidade total da sociedade ao desestimular os atos que possam gerar más consequências. Um ato criminoso ou ilegal representa, por definição, uma prática claramente prejudicial à felicidade do corpo social; somente um ato que, de alguma forma específica, inflija na prática algum tipo de dor – diminuindo, assim, o prazer de um indivíduo ou grupo específico – deve ser objeto da preocupação do Direito." MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito – dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág.229.

Outro inglês que merece destaque para a compreensão do positivismo jurídico, apesar de suas obras não trazerem o termo positivismo e pertencerem a Escola Analítica de Jurisprudência, é John Austin³ o qual reduziu o direito, a lei à vontade do Estado, (leis positivas), que são comandos dos superiores com o objetivo de obrigar os inferiores (AUSTIN, 1998), sendo as demais leis divinas, morais, costumeiras, metafóricas ou figurativas.

Há em (AUSTIN, 1998) uma separação muito clara entre a existência do direito e o seu mérito, ou seu conteúdo, ao afirmar:

[...] a existência do Direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos, outra. Existir é uma questão; estar de acordo a um determinado padrão é outra. Uma lei que de fato existe é uma lei, ainda que eventualmente desgostemos dela, ou venha de um texto que aprovamos ou desaprovamos.

Assim resta claro que a existência da lei independe do seu conteúdo, da sua ideologia, da sua carga política, da sociologia, da justiça ou da sua injustiça, em imediata consonância com o brocardo: *dura lex, sedlex* (SARAIVA, 1999).⁴

Para Austin (1998) ferrenho defensor do direito da propriedade privada, entende que sem ela não há acumulação de capital, sem esta não há recursos para o pagamento de salários, não há divisão do trabalho, não há invenção de máquinas caras: não haveria nenhum desses incrementos ao trabalho, cujo aumento se dá com o poder de se produzir e, conseqüentemente, com a possibilidade de multiplicação dos prazeres individuais no seio da comunidade. Invasões frequentes de propriedade levariam os ricos a pobreza; e, o que é muito pior, se agravaria a pobreza dos pobres afinal “*With out security for the property there is no reason to protect any thing*”⁵. “Sem a proteção da propriedade não há razão para proteger nada.”

Na sequência temporal, chega-se a Hans Kelsen, o qual em 1934 publica a Teoria Pura do Direito, o qual será abordada com mais vagar nos itens subsequentes, mas que em linhas gerais traz a cientificidade ao estudo do Direito, fundamentando a ciência do Direito, separando-a da filosofia e da sociologia do Direito, estudando tão somente o critério formal da norma jurídica, despida de conteúdo, ideologia e finalidade.

³ AUSTIN, John. Autor de *Na outline of a course of lectures on general jurisprudence (1831) e de The province of jurisprudence determined* e de *The Uses of the Study of Jurisprudence (1832)*, obras importantes para a concepção do positivismo jurídico.

⁴ Ainda que a lei seja dura(severa) assim foi escrita. A expressão é usada, destarte, que não adianta profligar a rigidez de uma lei, pois a ela se deve obedecer, não obstante, a menos que seja derogada ou revogada.

⁵ “Sem a proteção da propriedade não há razão para proteger nada.”

Já Hart (1961)⁶ impulsionando o positivismo na década de 1960, entende que a maior característica do Direito, em todos os tempos e lugares, consiste no fato de que sua existência significa que certos tipos de condutas humanas não ficam ao livre arbítrio, não são opcionais, mas são obrigatórias (HART, 1997), sendo uma união entre regras primárias, diretas, que regulam condutas, ou as tornam obrigatórias e regras secundárias que se referem as formas de modificação e funcionamento das regras primárias constituindo uma prática social originada a partir daquilo que o autor denominou de regra de reconhecimento - uma convenção entre os funcionários do sistema, responsáveis pela aplicação do Direito, a partir da qual estes aceitam e aplicam os padrões e os critérios que pautam o funcionamento do sistema jurídico (STRECK, 2018).

Entende Hart, fazendo uma “sociologia descritiva” do Direito se utilizando do paradigma da linguagem de Ludwig Wittgenstein em *Investigações Filosóficas*, que o Direito se baseia em convenções, e que os textos jurídicos trazem em algum momento um grau de discricionariedade, até porque entende que os padrões de comportamento, jamais poderão ser completos e apesar de funcionarem para uma grande gama de casos comuns, em outros se mostrarão imprecisos, tendo o que o autor denomina de textura aberta (STRECK, 2018).

Dessa forma, segundo Hart, o juiz poderia em casos em que a norma não seria viável para a resolução do problema jurídico posto, recorrer a discricionariedade, afinal não há como conceber um sistema completo, infinito e infalível, lembrando que os positivistas de modo geral, não se preocupam em definir como o Direito deve ser aplicado, pois se preocupa com a questão formal e não material do Direito.

Hart, diante da teoria de Hans Kelsen, o qual identifica o Direito com o Estado, prevê que tal teoria correria o risco de facilitar o totalitarismo.

No entanto com uma análise mais acurada da teoria de Hans Kelsen, verifica-se ao contrário, que pretende uma purificação da ciência do Direito, de toda ideologia, política, de conteúdo e finalidade, para se evitar que o Direito sirva de legitimador do Estado ou de algum partido político, combatendo assim os totalitarismos, como o estalinismo, o nazismo e o fascismo.

⁶ HART, Herbert L.A. sua principal obra para o positivismo jurídico é *The concept of Law* (1961).

3 VIENA NA VIRADA DO SÉCULO XX

Diante da crise paradigmática, em todas as áreas do conhecimento, surge Escola Neopositivista do Círculo de Viena, um movimento intelectual formado por pensadores de diversos campos do conhecimento, onde se destaca Augusto Comte, quem aborda a necessidade de se buscar uma filosofia positiva (positivismo), com base na observação, no empirismo, rechaçando todo o sobrenatural, o místico, o metafísico, a crença em um ser superior, pois segundo o positivismo, tudo tem uma causa na natureza, há, portanto, a rejeição aos dogmas e culto ao empirismo, a experimentação, a verdade e realidade buscada na natureza, passando o homem a ser a medida de todas as coisas, sendo um movimento humanista. A regra do neopositivismo era libertar a ciência de valores e critérios que não pudessem ser comprovados pela experiência, empiricamente.

As mudanças ocorriam de forma quase orquestrada, sendo que em Viena há um ambiente crítico e propício para transformações, para o novo, para novas ideias, quebras de paradigmas, do final do século XIX e início do século XX.

Dessa forma várias áreas do conhecimento foram revolucionadas com novos métodos e conhecimentos, na medicina merece destaque o médico neurologista e psiquiatra Sigmund Freud (1856-1939), criador da psicanálise, como forma de solucionar as histerias se utilizando da hipnose, no campo das artes plásticas destaca-se o pintor simbolista austríaco Gustav Klimt (1862-1918) que rompendo com a arte tradicional, promove uma revisão dos padrões estéticos, até então estabelecidos pela academia e sociedade austríaca, influenciando inclusive não só a arte, mas a arquitetura e artes visuais, com a sua integração, além de iniciar o período dourado⁷, diante da genialidade do artista, foi por duas vezes em 1908 e 1911, premiado na exposição Internacional de Roma (ARTE; ARTISTAS, 2019)⁸.

Na música Arnold Schönberg compositor da Segunda Escola de Viena⁹ foi o criador e grande impulsionador do dodecafonismo¹⁰, encarando esta nova organização sonora como uma

⁷ Período dourado é uma técnica iniciada por Gustav Klimt, com a introdução de folhas de ouro e prata em sua pintura, representadas nas suas obras mais famosas, O Beijo, Danae e Retrato de Adele Bloch-Bauer I.

⁸ Arte & Artistas, biografia e arte de Gustav Klimt. Disponível em: <<https://arteeartistas.com.br/biografia-e-obra-de-gustav-klimt/>> Acesso em 25/09/2019.

⁹ A primeira escola de Viena foi composta por “Haydn, Mozart e Beethoven” Franz Joseph Haydn (1732-1809), Wolfgang Amadeus Mozart (1756-1791) e Ludwig Van Beethoven (1770-1827) compositores do classicismo do séc. XVII).

¹⁰ Dodecafonismo é a técnica de escrita musical em que nenhum dos 12 sons da escala cromática tem maior importância do que os outros, e onde as noções de tônica e dominante, por exemplo, deixam de fazer sentido, e passa a estudar contrapontos. Disponível

consequência inevitável da desagregação do sistema tonal, já iniciada por Liszt (últimas peças) mas sobretudo por Wagner, e que conduziu ao que ele designou a “emancipação da dissonância”.

A criticidade da época é também retratada na literatura por intermédio das obras do médico e escritor Arthur Schnitzler (1862-1931), quem escreveu “O médico das termas”¹¹, a mais conhecida o “Breve Romance de Sonho”¹² e a mais importante do escritor é “O Caminho para a Liberdade”. Dão uma ideia do que ocorria em Viena na época em que o mundo da disciplina e do autocontrole não era mais compatível com a inquietação cultural, com os prazeres crescentes da vida urbana, o ingresso das mulheres no mercado de trabalho, as confeitarias, operetas, as mocinhas suburbanas, transformam Viena na capital das vocações frustradas, do suicídio e das doenças venéreas e mentais.

Diante de tanta efervescência e tantas transformações, havia também na nova escola do direito um espírito de modernidade, restando claro para Hans Kelsen, pela situação da ordem política e jurídica da Áustria, onde se tinha uma monarquia austríaca, em um Estado Multinacional, que o direito não poderia ser a singela emanção do *Volksgaist* espírito do povo conforme previa a Escola Histórica Alemã¹³, mas, ao contrário a unificação do povo alemão só poderia ocorrer com a elaboração de uma ordem jurídica comum a todos, então é a norma jurídica que determina a união do povo alemão (KELSEN, 2001).

4 O DIREITO E A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen é maior tentativa de racionalização do estudo do direito, de cientificismo do direito, tendo como objeto a norma jurídica em si, e tão somente.

A propósito o direito é assim definido por Hans Kelsen: “é a técnica social que consiste em obter a desejada conduta social dos homens mediante a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária (KELSEN, 1952)”.

em:<https://www.youtube.com/watch?v=Jk_Pu_RxkD4&list=PLs2KqLWTH3lYyBMK12puPIAM4quHCmQWM&index=6> Acesso em 25/09/2019.

¹¹ “O médico das termas” livro que conta a trama de um solteirão de meia idade que pretende se casar e que conhece três pretendentes e fica no impasse de qual delas valeria a pena, com quem se casar? Como se preservar uma grande paixão?

¹² “Breve Romance de Sonho” (Companhia das Letras), que deu origem ao filme “De Olhos Bem Abertos” (1999), de Stanley Kubrick, segundo a crítica literária são a melhor porta de entrada para o universo de Schnitzler.

¹³ Escola Histórica Alemã de Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861), onde a origem do direito vinha do (*Volksgaist*) espírito do povo, expresso em suas instituições e manifestações culturais históricas. Era um direito elitizado, letrado e reconhecido da tradição Pandectística.

Hans Kelsen, em 1934 publica A Teoria Pura do Direito, promovendo o estudo da norma jurídica, do direito positivo, deixando todos os elementos que lhe são alheios, como a finalidade, a vontade do legislador, a ideologia, a justiça, analisando tão somente o critério formal da norma jurídica, excetuando-se o seu conteúdo, o que Norberto Bobbio denominou de formalismo jurídico, a definição do direito de acordo exclusivamente em função da sua estrutura formal, ou seja, como o direito se produz, abstendo-se de todo juízo de valor (BOBBIO, 1995).

Dessa forma, Kelsen, entende que o direito é um fato, que pode ser apreendido da realidade, ao modo positivista, verificado na prática, no cotidiano, empiricamente, em uma concepção puramente experimental, aceitando a realidade como ela é despida de qualquer motivação ou finalidade, sem qualquer prescrição de como se deve agir, sem, portanto, seu conteúdo (BOBBIO, 1995).

A Teoria Pura do Direito é o ápice do formalismo jurídico, forma de se alcançar a purificação do direito, em um método jurídico puro, despido do conteúdo sociológico de que o direito provinha dos fatos sociais, como no positivismo sociológico¹⁴, muito menos de outros sistemas normativos, como a religião ou a moral, nem como caráter ideológico, ou político, como forma de justificação e legitimação do poder, nem na utilidade ou em sua finalidade (HESPANHA, 2003).

Neste mesmo diapasão, assevera Karl Lorenz que a ciência pura do direito, não se ocupa do homem em sociedade, como na sociologia ou na psicologia, não é uma proposição de fé, não se baseia na moral, ou na ética, não tem nenhum fim prático, por ser puro, se baseia em normas, que é o seu objeto, e só passa a ser uma teoria pura, quando elimina da análise todos os elementos estranhos a sua essência, não estando atrelado a quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, econômicos ou ideológicos, satisfazendo a “pureza do método”, sendo uma “Teoria Pura do Direito”, interessando apenas a especificidade lógica e a autonomia metódica da ciência do

¹⁴ Positivismo sociológico, o qual entende que o direito com uma finalidade de manter o equilíbrio e a sociedade, e segundo Emile Durkheim, a ordem social não decorria das vontades individuais (jusracionalismo) nem da vontade do Estado (legalismo e contratualismo), mas das solidariedades sociais objetivas pela especialização e divisão das funções sociais, havendo um particularismo jurídico, refutando a ideia de um direito eterno e imutável, pois cada sociedade apresenta o seu direito, recusando a norma geral e abstrata, para a solução casuística e concreta do conflito. Para o positivismo sociológico o direito objetivo se funda na solidariedade social e gera o direito subjetivo (**poder de vontade, como um interesse juridicamente protegido, limitados pela função social**). O direito de propriedade passa a ser limitado pela função social, o direito surgiria das instituições sociais, no entanto da vontade estatal, expressa na lei, dando voz aos sujeitos coletivos (sindicatos) tutelados pelo Estado. É uma reação antiliberal, que cria o Estado Social, constituindo um ponto de apoio para as ideologias autoritárias. Há uma funcionalização do direito, para se adequar os objetivos do poder.

Direito, que tem a ideia de libertar a ciência do Direito de todos os elementos que lhe são estranhos (LARENZ, 1997).

Do ponto de vista filosófico a Teoria Pura do Direito, busca algumas doutrinas de Emanuel Kant, como por exemplo, a admissão do mundo do ser e do mundo do dever ser e a construção de uma norma fundamental, como pressuposto lógico para explicar uma ordem coercitiva eficaz, como sistema válido de normas e neste caso universal.

No tocante a íntima ligação entre o direito e a coerção por ele exercida, Kant já havia definido o direito como o meio para garantir a coexistência das esferas de liberdade externa de todos os cidadãos, afirmando que a coação é um elemento característico essencial do direito, ao afirmar: “O direito é vinculado à faculdade de obrigar.” Escrita na *Metafísica dos Costumes*, inclusive tal ligação entre o direito e a coerção é especificamente o que o diferencia da moral, conforme ensina (BOBBIO, 1995) ao afirmar:

O meu ato ilícito representa um abuso da minha liberdade, com o qual eu invado a esfera da liberdade do outro; com o propósito de reconstituir em favor do outro a sua esfera de liberdade por mim injustamente invadida, o único remédio é usar a coerção, de modo a fazer-me desistir do meu abuso

O que distingue o direito da moral é precisamente o fato, que enquanto o direito é coercitivo, a moral não o é; esta relação diversa do direito e da moral com a coerção deriva da natureza diversa do ato jurídico e do ato moral, onde enquanto o ato jurídico consiste na conformação do sujeito à norma, mediante a força, a coerção, o que não retira a juridicidade do ato, no ato moral, ao contrário, a adesão a norma se dá por respeito a própria norma, não podendo ser obtida pela força, pela coerção, porque esta não obtém a adesão interna necessária para a moralidade do ato.

Tendo em vista que a elaboração de normas jurídicas, é monopólio estatal, é o direito que define, quanto ao uso da força, da coerção, quem, quando, como e a quantidade da força aplicada (BOBBIO, 1995).

Quanto ao uso da força, da coerção, o direito determina que o uso da força é monopólio do Estado e seus órgãos, e o exercício do uso da força se qualifica como lícito ou ilícito, sendo lícito quando exercido pelo Estado e seus Órgãos, caso contrário, quando exercido por particular o uso da força se torna ilícito. A respeito de quando se deve usar a força, esta é estabelecida através de circunstâncias previstas na lei, como por exemplo ocorre um crime e o código penal determina uma pena, enquanto como a força deve ser exercida são estabelecidas segundo as circunstâncias disciplinadas nas normas processuais, atribuindo aos cidadãos garantias contra usos arbitrários do

poder por parte do Estado, indistintamente é a lei que determina a quantidade de força a ser aplicada, quais os atos podem ser exercidos previamente, tudo com o fito de reduzir o exercício arbitrário do poder por parte do Estado (BOBBIO, 1995).

Para se conseguir uma ordem jurídica, há que se ter normas, e norma na concepção de Kelsen *significa algo que deve ser*. A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen é uma teoria “realista”, parte do direito positivo, ou seja, do direito posto, vigente, sem fazer qualquer juízo de valor sobre esse direito, pois filosoficamente a partir da norma, portanto, um fenômeno da esfera do dever ser, se gera efeitos na esfera do ser, consequências jurídicas na esfera do ser (KELSEN, 2001).

O exemplo de (LARENZ, 1997) é bastante elucidativo quando afirma:

[...] são coisas completamente diferentes o eu dizer que, nas actuais condições, os contratos são normalmente (isto é, na grande maioria dos casos) cumpridos (ou não cumpridos), e o eu dizer que os contratos *devem* «por Direito» ser cumpridos. A primeira frase contém um enunciado sobre um acontecimento que efectivamente se verificou, um juízo de fato; a segunda contém um enunciado sobre o que *deve* verificar-se (quer efetivamente se verifique, quer não), um juízo sobre um dever ser ou sobre um ser prescrito.

Na Teoria Pura do Direito, não há espaço para análise da justiça ou injustiça da norma, pois não se estuda em tal teoria o conteúdo, o caráter material da norma, e sim o seu aspecto formal, bastando que a norma tenha sido efetivamente estabelecida da maneira legítima, por outra norma que lhe dá validade, e esta por outra norma que da mesma forma, lhe dê validade, e esta outra enfim pela norma fundamental correspondente, para ser válida e gerar seus efeitos.

De tal forma, para o positivismo jurídico, que se ocupa apenas da norma jurídica de maneira formal, e não quanto ao seu conteúdo (seu valor) determina o critério único de validade das normas jurídicas, que corresponde a dizer que ela existe na esfera do direito e existe como norma jurídica, em um ordenamento jurídico, de uma dada sociedade, foi elaborada por autoridade legítima pelo ordenamento jurídico, sendo portanto também valorosa, tendo valor por ser válida, ou seja é justa por ser válida, neste caso temos dois em um, há o que Norberto Bobbio denomina de redução do conceito de valor ao de validade. Daí decorre a principal diferença do jusnaturalismo, onde uma norma jurídica para ser válida deve ser valorosa, justa, pois nem todo o direito existente é válido, por não ser justo (BOBBIO, 1995).

Essa distinção entre juízo de valor e juízo de validade é o critério que separa a Filosofia do Direito, que se ocupa do juízo de valor da norma em um determinado ordenamento jurídico, a sua justificação, do seu valor, da ciência do direito que se ocupa do juízo da validade, do empirismo,

de forma avalorada, ontológicas, definem o direito como ele é a filosofia do direito produz definições ideológicas, valorativas, deontológicas, definem como o direito deve ser segundo algum critério valorativo, segundo um valor.

Para se compreender e conceber a “Teoria Pura do Direito”, como teoria pura, portanto, despida de valorações, éticas, religiosas, morais, são necessárias transmutações dos conceitos em Kelsen, onde as normas jurídicas, que são diferentes de proposições jurídicas, não contem enunciados, mas injunções, permissões e autorizações, se assentam num ato de vontade relacionado com a norma superior que legitima como tal o ato que estabelece essas normas. Também são transmutados os conceitos de ilícito, sendo ilícito, não porque é contrário a valores, ou é reprovável por isso, mas simplesmente porque coincide com a condição posta pela ordem jurídica positiva para um ato de coerção, para uma sanção. O ilícito não é a negação do direito, e a sanção não é consequência pelo ilícito ser reprovável, mas independente de qualquer valoração (Teoria Pura do Direito), mas porque ligado a uma ordem jurídico positiva a um ato de coerção, como sua consequência, ou seja, porque a norma diz que é ilícito (LARENZ, 1997).

Outros conceitos sofrem transmutações como o dever jurídico que decorre da sanção pelo comportamento contrário a norma que impõe certo comportamento ao indivíduo, e não pelo caráter material, conteúdo da norma, sem qualquer implicação moral, ou valorativa, já o direito subjetivo é reflexo do dever jurídico que tem um indivíduo em relação a outro com poder jurídico de intervir dado pela norma a ser cumprida (LARENZ, 1997).

Para (LARENZ, 1997), pessoa jurídica devido à transmutação segundo a Teoria Pura do Direito é um complexo de deveres jurídicos e de direitos subjetivos, é uma unidade personificada das normas jurídicas que impõe deveres ou conferem poderes a uma pessoa, é uma construção jurídica assim como pessoa jurídica, e por fim Estado recebe nova definição segundo Kelsen, sendo uma ordem jurídica que institui certos órgãos que funcionam em regime de divisão de trabalho para a produção e execução de normas que a compõe. O Estado é a personificação da ordem jurídica, uma instituição jurídica, uma vez que promove a submissão do povo à norma, e causa a distinção deste conjunto de homens e a união destes, em uma comunidade, o Estado é o quem define o âmbito de validade espacial da norma jurídica.

Todas as transmutações dos conceitos que a Teoria Pura do Direito propõe, para “purificar”, o direito e estabelecer uma cientificidade do direito como ciência jurídica pura, não são atingidas com êxito, pois o direito depende de conteúdos originários da esfera do ser ou dos domínios da

ética, sem os quais o direito ficaria despido de sentido, e a ciência do direito, não desempenharia a sua função que depende desses conteúdos (LARENZ, 1997).

Segundo a Teoria Pura do Direito, uma norma é válida, porque há outra norma que lhe autoriza, e esta é autorizada por outra norma, e assim sucessivamente, no entanto, ao se chegar na norma constitucional, se chegaria a um impasse, pois quem autorizaria a norma constitucional? o poder constituinte seria legitimado por quem? Poderia ser legitimado por uma constituição anterior, no entanto em caso de revolução e ruptura com a constituição anterior, quem legitimaria a nova ordem social ou a nova constituição? Neste ponto a Teoria Pura do Direito, ou rui e teria que admitir a ruptura da rígida separação entre o mundo do dever ser e o mundo do ser, onde a legitimação da nova constituição seria provinda do fato social (esfera do ser), ou conforme optou Kelsen, por criar uma norma fundamental fictícia que desse legitimidade a lei constitucional ou ao poder constituinte, permitindo a pureza da sua teoria.

O ordenamento jurídico segundo (KELSEN, 2001) deve ser compreendido em sua completude e a norma fundamental é uma situação hipotética, que dá validade a norma constitucional, bem como legitima até mesmo um poder constituinte não criado pela Constituição, mas um poder revolucionário, que pode ser concebido através dessa nova norma fundamental, legitimando o poder revolucionário como autoridade juridicamente estabelecida, e apta a promover o novo ordenamento jurídico.

Ainda (KELSEN, 2001) a Teoria Pura do Direito como ciência normativa traz enunciados sobre a existência e o conteúdo das normas, havendo que se diferenciar, enunciado da norma que é a prescrição, a disposição jurídica constante na norma da norma jurídica, que traz uma sanção no caso de violação, se diferenciando das normas morais e dos costumes por trazer uma sanção (uma pena, uma execução).

Segundo Kelsen a sua Teoria Pura do Direito apresenta como espécie de normas as normas coercitivas de conduta, como por exemplo, não matar; pena; Pagar tributo, execução; Dirigir do lado direito da via, multa; onde se tem essa parte ordenadora, prescritiva, uma disposição de uma conduta, e uma segunda parte sancionadora, em outra espécie ficam as normas de autorização (de habilitação), que são as normas que regulam a sua própria criação, por exemplo normas que definem o parlamento como competente para elaborar normas. Normas que ordenam a execução, normas que autorizam o juiz a prolatar a sentença, ou o tribunal os acórdãos. (São as chamadas

normas produtoras do direito) e em uma outra espécie as normas derogativas as quais apresentam o conteúdo de anular, derrogar outras normas (KELSEN, 2001).

Cada norma jurídica, conforme a Teoria Pura do Direito, é validada por outra de grau superior, e esta por outra, e esta por uma Lei Constitucional e esta, enfim, pela norma fundamental que valida todo o sistema jurídico, é o chamado sistema escalonado de normas, desenvolvido por um discípulo de Kelsen chamado Adolf Merkl, o qual propõe dois sistemas de escalonamento, sendo primeiro relativo ao escalonamento jurídico, onde há graduação entre normas jurídicas que regulam a ela a elaboração e as disposições jurídicas (normas de produção do direito Superiores) e obedecem a determinadas normas de produção jurídica; (disposições jurídicas inferiores) e o outro segundo a força derogativa, (divisão das formas jurídicas) onde as disposições jurídicas elaboradas conforme as mesmas regras de produção, possuem a mesma forma jurídica, e se organizam segundo a sua força derogativa (KELSEN, 2001).

O exemplo dado por (BOBBIO, 1995) é salutar para o entendimento do sistema escalonado de normas:

[...] Vejamos um exemplo: o cidadão é obrigado a ressarcir o dano por ato ilícito, visto que assim estabelece o juiz com sua norma particular (que ordena quem causou o dano); por sua vez, o juiz estabeleceu a norma porque para isto foi autorizado pela lei; a lei (que os constitucionalistas chamam de “lei ordinária”) foi posta pelo Parlamento, autorizado pela Constituição (ou lei constitucional); a Constituição, por sua vez foi estabelecida pelo poder constituinte. E aqui começa a dificuldade. Por quem foi autorizado o poder constituinte a pôr a lei constitucional? Pode-se, talvez, responder apelando-se a um poder constitucional anterior, mas tal busca histórica chegaria a um ponto (isto é, um poder constituinte) além do qual não é possível caminhar (e esse ponto é rapidamente atingido, se o poder constituinte de um ordenamento vigente é representado por uma assembléia oriunda de uma revolução, que rompeu a continuidade jurídica e anulou o ordenamento precedente). Aqui temos duas possibilidades: ou retemos o poder constituinte como fato social, e então deixamos o sistema aberto, fazendo o direito derivar do fato; ou ainda, para fechar o sistema, consideramos o poder constituinte como autorizado por uma norma fundamental, a qual estabelece que todos os cidadãos devem obedecer às normas emanadas de tal poder, isto é, daquela força política capaz de pôr normas para toda a sociedade e de impor-lhes a observância. É essa última alternativa eleita por Kelsen, e que conduziu à concepção de norma fundamental.

Assim quanto à força derogativa a norma de forma jurídica Constitucional pode derrogar, a forma legal e essa de forma legal, pode derrogar a forma regulamentar. Os graus superiores podem determinar a elaboração do direito, podendo determinar as de graus inferiores, mas não vice e versa.

Uma norma jurídica tem vigência pelo simples fato se ser uma norma jurídica, ou seja, conforme o direito, e ser conforme o direito traz a vigência da norma, que é dada pelo comando de outra norma de nível superior, constituindo um escalonamento (pirâmide), porém isso traria um problema quem daria o comando a autoridade para essa norma superior?(Constituição), dar

validade as demais, e a ela própria, o que obrigou a Teoria Pura do Direito pressupor uma “norma fundamental” que validasse a própria Constituição. Podendo ser formulado tal conteúdo da seguinte forma: “Toda norma jurídica legítima (i.e., estabelecida de acordo com o direito) deve ser observada” Uma norma destas é auto-referencial, ou seja, aplica-se a si mesma; e, com isto, legitima-se a si própria e a todas as outras (HESPANHA, 2003).

Dessa forma, (LARENZ, 1997) define quanto à validade das normas:

[...] Uma norma jurídica, acentua KELSEN (RR, pág. 200 e segs.), não vale porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque foi produzida de determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe. «Por isso», continua ele, «pode qualquer conteúdo que se deseje ser Direito. Não existe comportamento humano que, em si mesmo, graças àquilo em que consiste, possa ser excluído como conteúdo de uma norma jurídica». O positivismo jurídico não pode ser formulado de modo mais claro do que nestas duas frases.

Basta que uma norma seja emanada pelo Estado para que seja válida, donde se revela no positivismo jurídico, a identificação do Direito com o Estado, pois o Estado detém exclusivamente a produção normativa, ficando o direito resumido a um mero comando estatal, do qual não se questiona quanto a sua eficácia, bastando a sua validade para ser aplicado e gerar efeitos. Tal concepção remonta a John Austin ainda no século XIX, onde a lei é reduzida a comando do Estado (lei positiva), a lei que não provém do Estado fica relegada a lei impropriamente designada, podendo ser lei divina, lei de moralidade, leis metafóricas ou figurativas (AUSTIN, 1998).

Para a Teoria Pura do Direito e para o próprio positivismo, a interpretação das normas não traz grandes novidades, pois como o direito enquanto ciência, teoria pura não se preocupa com o conteúdo da norma e sim com a sua validade de decorre do monopólio do Estado, não garante maior discricionariedade ao juiz, deixando este como mero operador, sem criatividade para inovar, devendo estar adstrito a vontade do legislador.

Quanto à interpretação das normas, a Teoria Pura do Direito faz uma primeira divisão, separando a interpretação jurídico científica: que a interpretação do preceito da norma jurídica, ou preceito superior, pré-determinado, que serve para reconhecer o determinado no preceito jurídico, sendo que tudo que possa ir além disso seria interpretação Político jurídica: onde há introdução de uma ideologia no preceito, da qual uma Teoria Pura do Direito não poderia se ocupar (KELSEN, 2001).

De outra senda a Teoria Pura do Direito difere os métodos de interpretação, em três, a interpretação literal: gramatical, que inclui o significado das palavras, e suas regras gramaticais

para se obter o significado da norma; a interpretação Histórico-Subjetiva: descobrir o que o legislador histórico quis efetivamente com a norma e pôr fim a interpretação teleológica: é a forma de como se transmite a vontade do interprete, o que não pode ser utilizado em uma Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2001).

Em resumo o positivismo jurídico de Hans Kelsen, entende que as normas jurídicas, apesar de serem legitimadas, validadas por normas de nível superior, até se chegar na constituição e após com a norma fundamental, formam um sistema único, diverso das demais normas que o formam, apresentando coerência e completude adotando entendimento já constante no ordenamento jurídico, que é único, coerente e completo.

Para (BOBBIO, 1995) diante destas características, o trabalho do julgador se restringe, ficando encarregado de aplicar fielmente, ou até mecanicamente as normas emanadas do Estado por intermédio do poder legislativo, pois segundo o positivismo o juiz não pode criar o direito, bem como não pode se esquivar de julgar, ou de recusar-se a resolver a controvérsia.

A completude e a coerência do sistema jurídico determinam a inexistência de antinomias, pois não podem existir no mesmo sistema duas normas contraditórias para a resolução de um mesmo caso jurídico, certamente uma delas não apresenta validade, devendo ser aplicada a outra, da mesma forma tais características do sistema jurídico, fazem crer inexistir lacunas no sistema, pois na ausência de uma norma específica, deve-se recorrer a outra pertencente ao mesmo sistema jurídico.

Por fim e não menos importante a jurisprudência para o positivismo jurídico ou juspositivismo, é uma atividade passiva contemplativa de um objeto já dado, podendo ser definida como atividade cognoscitiva do direito visando tão somente a sua aplicação, sendo uma atividade puramente declarativa e reprodutiva do direito posto existente (BOBBIO, 1995).

O positivismo admite a interpretação integrativa, através da analogia, mas adotando entendimento já constante no ordenamento jurídico, que é único, coerente, e completo, conforme visto acima, a analogia deve ser realizada com outra norma pertencente indubitavelmente ao mesmo ordenamento jurídico.

5 CRÍTICAS E VIRTUDES DA TEORIA PURA DO DIREITO

A Teoria Pura do Direito recebeu inúmeras críticas, especialmente de integrantes da Escola Jusnaturalista, que faziam franca oposição ao positivismo jurídico ou Juspositivismo como prefere Bobbio.

Faz-se crítica quanto à interpretação do direito, ao definir a função da jurisprudência conforme visto para ao positivismo jurídico é uma atividade puramente declarativa ou reprodutiva do direito preexistente, é mera interpretação da lei, já para o realismo jurídico a jurisprudência é produtiva e criativa do direito, uma atividade ativa, que produz o direito e o atualiza, de acordo com a necessidade social prática, ou seja, uma interpretação evolutiva do direito (BOBBIO, 1995)

Conclui (BOBBIO, 1995) um dos campos em que a interpretação teve maior importância e mais se desenvolveu foi no Direito, uma vez que este é formado por uma série de textos, códigos, leis, que exprimem a vontade da pessoa seja ela real ou fictícia individual ou coletiva, o legislador quem elaborou tais textos, sendo a interpretação segundo o positivismo jurídico tarefa própria da jurisprudência, que consiste em se descobrir a vontade subjetiva do legislador expressa nos signos por ele empregados, no entanto tal postura consistente em atividade meramente cognoscitiva do Direito, é criticada pela corrente realista do direito, que entende ser a jurisprudência criativa do direito, como forma de melhor adequação as necessidades histórico sociais.

Mas a maior crítica é realizada pela corrente jusnaturalista, que parte da premissa que o juspositivismo é uma ideologia de adoração do Estado, onde a validade da norma decorre do simples fato de ter sido elaborada pelo Estado, é tido como uma das causas que provocaram ou favoreceram o advento de regimes totalitários europeus em particular o nazismo.

Entende-se, ao contrário que a Teoria Pura de Kelsen, buscava a neutralidade do Direito, como medida de combate ao Direito ideológico, com viés político, valorativo, fazendo, portanto, oposição, se contrapondo ao nazismo.

Segundo (HESPANHA, 2003):

[...] A Teoria de Kelsen, teve a virtude de, num período de intenso debate político-ideológico (os anos 30 a 50 do século XX), ter sublinhado a autonomia do saber jurídico e a sua relativa indisponibilidade em relação aos projetos de poder. Nesta medida culminou as preocupações da pandectística em estabelecer que nem tudo que é querido pelo poder, útil ao povo ou a uma classe, ou funcional em relação a um objetivo social, é automaticamente aceite como justo (i.e conforme ao direito) .

O autor aponta como ponto negativo da teoria de Kelsen a aceitação como direito de tudo que provém da vontade do Estado através do seu legislativo, no entanto, destaca que a ideia mais

profunda da teoria era a de contrariar, de repudiar, de construir um manifesto contra os totalitarismos políticos de seu tempo, que tratavam de funcionalizar o direito de acordo com as conveniências do poder, para legitimá-lo, a partir de ideologias, como o domínio de classe (estalinismo), ou as necessidades vitais de uma raça pura (nacional-socialismo) contra as funcionalizações do direito, como forma de justificar como justas todas as medidas tanto formal como informalmente corretas, pelo poder legitimado pelo voto, ou a medidas dirigidas ao desenvolvimento social ou econômico (HESPANHA, 2003) .

Ainda segundo (HESPANHA, 2003) embora se possa apontar como ponto negativo da Teoria Pura do Direito, a aceitação como direito de tudo que provém da vontade do Estado, a ideia mais profunda de Kelsen era a de constituir um manifesto contra os totalitarismos políticos de seu tempo, trazendo uma pureza ao direito.

REFERÊNCIAS

ARTE & Artistas, biografia e arte de Gustav Klimt. Disponível em:<<https://arteartistas.com.br/biografia-e-obra-de-gustav-klimt/>> Acesso em 25/09/2019.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence**. Indianapolis: Hackett, 1998.

BENTHAM, Jeremy. **Autor de A fragment on government** (1776) e de Na Introduction to the principals of Morals and Legislation (1781) obras de grande valor para o positivismo jurídico.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Tradução Márcio Pugliesi. Ícone editora. São Paulo, 1995.

HART, Herbert L.A. **The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

HESPANHA, António Manoel. **Cultura Jurídica Européia**. Síntese de um Milênio. 2003.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. São Paulo: Landy, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Versão Condensada pelo próprio autor. Tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução it. Comunitá, 1952.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª Edição. Tradução José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997, pág. 93.

SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fábio. **Da Codificação- Crônica de um Conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SARAIVA, Vicente Paulo. **Expressões Latinas e Forenses**. São Paulo. Saraiva. 1999.

STRECK, Lenio Luiz. O que é positivismo afinal? E qual positivismo? **Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica**, Vol. 24 - n. 3 - set-dez 2018. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 20/12/2019.