

Situação histórica da teoria pura do Direito

NELSON SALDANHA

(Da Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Pernambuco)

Abordagem e tematização

Para quem estuda a teoria geral do Direito, o nome de Hans Kelsen se depara como uma imagem constante: isto deve caber para quase todos os quadrantes do mundo, sobretudo no âmbito da cultura ocidental, e deve ser verdade há cerca de duas gerações.

Não falta quem arredonde aquela imagem numa dominância incontestada, considerando a teoria pura do Direito a mais importante doutrina jurídica ou filosófico-jurídica do século vinte. ⁽¹⁾ Os alunos deparam a cada passo nos compêndios o nome do pensador; e os que se adentram nas leituras vão encontrando, através de tratados e de ensaios, referências à sua concepção, mesmo as feitas no intuito de negá-la. De certa forma, a teoria pura do Direito — não obra integral do gênio de Kelsen mas criação basicamente e maiormente sua — constitui a mais coerente e mais impressionante formulação de uma análise geral da problemática jurídica até hoje elaborada. Isto não quer dizer — cabe ressaltar — que esteja propriamente “certa”, ou que persuada e convença inteiramente; refiro-me, repito, à sua coerência e à sua grandeza global como descrição do jurídico e do conhecimento jurídico.

Alusão à circunstância histórica

Tentaremos aqui, evidentemente com certa brevidade, situar a obra e o pensamento de Kelsen na circunstância de tempo, bem como de

(1) WILLIAM EBENSTEIN, *The pure theory of Law*, ed. da Universidade de Wisconsin, 1945, págs. IX e XI.

espaço, em que se formou e desenvolveu. O purismo metodológico Kelseniano, que não tardou a ir além do metodológico (embora não de todo, conforme veremos a seguir), se enraíza numa seqüência de tentativas germânicas no sentido de dar ao Direito Público um embasamento mais formal que político. Aquilo que se chama genericamente "teoria de Kelsen" abriga algumas coisas além do purismo metodológico e do normativo doutrinário: abriga, por exemplo, uma importante valorização do relativismo filosófico, e abriga observações eruditas e sugestivas sobre a evolução do pensamento ético, jurídico e político. Mas o purismo e o normativismo, tornados base e centro de sua *teoria* mesma do Direito e do Estado, absorvem e dominam sistematicamente os outros ângulos de seu pensamento. Sua valorização do relativismo aparece, já, na postulação de uma postura isenta e neutra — porque não ideológica — na tarefa prévia de encarar e definir a temática do jurídico: sem interpenetrações com temáticas sociológicas, psicológicas, políticas. E aparece, no famoso ensaio sobre a democracia (2), como oposição a todo dogmatismo, este considerado embaixador de intolerância e de autocracia.

Genealogia da teoria pura

Mas, como dizíamos, há uma linha de autores, principalmente germânicos, onde se rastreiam precursores da atitude Kelseniana no sentido de *juridicizar* formalisticamente o estudo do Direito e do Estado. Kelsen, além de situar-se na esteira do neo-Kantismo (e o neo-Kantismo em diversos matizes deve ter sido uma de suas ambiências acadêmicas de juventude), situa-se desde logo nesta esteira.

Trata-se desde logo da obra de Gerber, que em 1865 lançava seus *Grundzuege eines Systems des deutschen Staatsrecht*, em que se propunha expor o Direito Público "de um ponto de vista exclusivamente jurídico", e não do filosófico nem do político (3). A este esforço de Gerber, que procurou impor à problemática do Estado conceitos estritamente jurídicos, inclusive no tocante à idéia de poder estatal e de personalidade do Estado, seguiu-se o de Max Seydel. Se bem negando ao Estado personalidade jurídica, atributo que só reconhecia nos indivíduos, Seydel se preocupou essencialmente com a conceituação, na teoria do Estado; e, se seus conceitos eram quase sempre calcados no Direito Civil, esta espécie de privatização terminológica não impediu que seu ensaio fosse altamente influente. Também devemos mencionar

(2) *Esencia y valor de la democracia*, trad. Luengo Tapia e Legas y Lacambra, ed. Labor, Barcelona, 1934.

(3) Cf. FERNANDO DE LOS RIOS, *Prólogo* à sua tradução de G. JELLINEK, *Teoria general del Estado*, Cla. ed. Continental, México, 1956, págs. X e segs. A propósito, ver também KARL LARENZ, *Metodologia de la ciencia del Derecho*, trad. esp. ed. Ariel, Barcelona, 1966, Parte I, cap. III, § 6. Cf. também o artigo de B. AKZIN, "L' Ecole autrichienne et le fondement du droit des gens", in *Revue de droit international*, Paris, ano I, tomo I, 1927.

Van Krieken, especialmente ocupado com a refutação do organicismo, ao qual nomes ilustres como o de Gierke se achavam ligados. No fim do século dezenove, ao surgirem as obras principais de Jellinek, a teoria geral ainda se interessava vivamente por problemas como o da relação entre Direito e Ética. De certa forma, a concepção de Jellinek sobre a relação entre Direito e Ética (e sobre o Direito como “mínimo ético”) seria correlata de seu entendimento dos dois aspectos do Estado: o aspecto social, globalizante, e o aspecto jurídico, voltado aos conceitos do Direito Público. Vale notar, porém, que para Jellinek o Direito e o Estado eram coisas bastante distintas, e ele mesmo denunciava, como “falta grave”, em que muitos incorriam em seus dias (sua *Allgemeine Staatslehre* foi de 1900), a identificação da doutrina do Estado com a doutrina jurídica do Estado, esta tão só uma parte daquela.

A estas colocações se vincula o surgimento da obra de Kelsen, que inclusive aceitaria a idéia da diferenciação dos ângulos sob que se pode estudar o Estado, levando-a porém a maiores requintes e terminando de certo modo por cair naquela identificação entre teoria do Estado propriamente dita e teoria jurídica do Estado, já mencionada e denunciada por Jellinek. (4)

Como pressupostos históricos para o aparecimento de um *purismo* na teoria do Direito, devemos todavia mencionar outros elementos. Basicamente, o legado do liberalismo, não mais propriamente como vigência política mas como ambiência amplamente político-cultural, um tanto residual já desde o fim do século XIX mas ainda intelectualmente sugestionador e contrastante, enquanto legado doutrinário, com outro clima então emergente, o de “crise espiritual”, que se adensava e se adensaria pelos primeiros lustros do século XX, com diversas consequências sobre os estudos sociais. (5) Outro componente, o predomínio da lei como expressão do jurídico: um resto de crença setecentista-rousseauiana na infalibilidade da lei e no caráter legal de toda juridicidade — da estatal inclusive. Somente a experiência de sistemas legislativistas, em particular os do continente europeu, permitiria pensar no Direito como “estrutura escalonada” (idéia aliás devida a Merkel e absorvida por Kelsen), na qual cada norma recebe sentido (formal) pelo fato de provir de uma competência estabelecida pela

(4) “Siempre demandó Jellinek a los juristas no descuidar la realidad política para preservar a la teoría jurídica del Estado de aberraciones, o sea sostener el sentido de lo posible y de lo fecundo” — KURT SONTHEIMER, *Ciencia política y teoría jurídica del Estado* (trad. L. Villagra, ed. Univ. B. Aires, 1971), cap. II, pág. 23.

(5) LEGAZ Y LACAMBRA considerou a teoria pura como um “fenómeno típico da situação de crise espiritual que caracteriza o período europeu simbolizado pela data de 1918”. (“Notas sobre el valor actual de la teoría pura del derecho”, em seu *Horizonte del Pensamiento jurídico*, ed. Bosch, Barcelona, 1947, pág. 459). Sobre a trajetória da teoria do Estado e do Direito Público, dos meados do século passado até a época de Kelsen, cf. o percuente ensaio de SONTHEIMER citado à nota anterior. Para ele a localização específica da doutrina Kelseniana corresponderia aos anos anteriores à militância doutrinária de Schmitt, cuja obra seria justamente uma resposta ao formalismo, ao absentismo e ao positivismo.

norma que logicamente lhe antecede. Num sistema como o anglo-saxão, por exemplo, semelhante concepção não teria certamente surgido — e é sintomático o combate que Kelsen faz, de passagem, contra os “realistas” norte-americanos ⁽⁶⁾ —, e foi dentro do âmbito do legislativismo europeu-continental que surgiram vários problemas teóricos tornados clássicos, alguns dos quais a teoria pura assumiria, de modo a confirmá-los ou rejeitá-los. Assim, por exemplo, a distinção entre lei no sentido formal e no sentido material, que veio da época de Laband e traduzia, aliás, alguns *arrière-pensées* políticos; no caso, bismarquianos.

Ambiência filosófico-jurídica da época

Se evocarmos com um pouco mais de atenção o clima intelectual das primeiras décadas do século, no campo do pensamento jurídico, encontramos delineada a dissensão entre correntes formalistas e correntes antiformalistas. De um lado, surgia ou consolidava-se a orientação chamada do *Direito livre* (*Freirechtsschule*), na qual o Direito se encarava como livre no sentido de espontâneo, e cujos adeptos, postulando a necessidade de quebrar o formalismo e o estatismo dominantes, buscavam o nascedouro do Direito na autônoma existência de relações sociais. Cabe registrar que, no ano de 1901, publicaram-se as *Logische Untersuchungen* de Husserl, um ano depois do livro maior de Jellinek; em 1913, Reinach editava sua dedução apriorística do Direito Civil, calcada em Husserl, dois anos depois dos *Hauptprobleme* de Kelsen. De permeio, Kantorowicz lançou, em 1906, sua *Luta pela Ciência do Direito*, espécie de manifesto do Direito livre, e Ehrlich, que editara em 1902 seu livro sobre as fontes do Direito, no mesmo 1913 fazia surgir sua importantíssima *Sociologia do Direito*. Enquanto isso, o neo-Kantismo oferecia, à metodologia da teoria jurídica, o valioso esquema que distribuía os objetos das ciências segundo a específica criatividade dos métodos. ⁽⁷⁾ E o positivismo jurídico, herdeiro do rancor antimetafísico dos Bergbohm e dos Bierling, partido em variantes paralelas ⁽⁸⁾, retomava do século dezenove o culto cientificista em sentido renovado.

Tentando situar sobre este contexto a origem e o alicerce do pensamento de Kelsen, podemos anotar o seguinte: A época tanto foi de formalismos quanto de “conteudismos”; e certas tendências que

(6) *Teoria Pura do Direito*, 2ª edição (sobre a nova edição austríaca de 1960), trad. J. B. Machado, ed. Aménio Amado, Coimbra, 1962, vol. I, pág. 174.

(7) Sobre a relação entre a pureza do método em Kelsen e a metodologia neo-Kantiana do ramo de Marburgo, ver as observações de VERDROSS, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, trad. Mário de la Cueva, ed. da Univ. Nacional Autónoma de México, 1962, pág. 287. Cf. também B. MANTILLA PINEDA, *Ser y deber ser en la teoría de Kelsen* (separata), ed. Réus, Madrid, 1966, parte primeira.

(8) Cf. LARENZ, *op. cit.*, capítulo III.

puderam ser notadas no sentido de cada ciência ter tentado então definir-se e refazer-se por si mesma, desde a biologia à história ⁽⁹⁾, conviveram na verdade com a idéia filosófica neopositivista de uma *unified science* à maneira do “Círculo de Viena”. ⁽¹⁰⁾ Efetivamente, Kelsen sentiu o atrativo metodológico do neo-Kantismo, mas sua teoria foi-se afastando desta linha; ⁽¹¹⁾ enquanto isso, partilhava do monismo epistemológico e cosmológico do círculo de Viena, sem deixar porém de aceitar o dualismo neo-Kantiano “ciências naturais — ciências normativas”.

Dentro daquele clima intelectual, ainda um tanto vitoriano e densamente *belle époque*, em que Simmel propunha o formalismo sociológico (um formalismo a que ele mesmo não guardaria total fidelidade). Kelsen conseguiu coerência e vigor sistemático para a façanha de construir uma concepção do Direito e do Estado sem nenhum hegelianismo, mas cujo sentido — é Karl Larenz quem anota isto ⁽¹²⁾ — só se apreende à base de um conceito positivista de ciência. Construindo a teoria pura como uma “teoria do Direito positivo” (são as palavras iniciais de sua obra mais celebrada), conseguiu Kelsen escapar dos naturalismos e dos psicologismos, bem como do historicismo e do jusnaturalismo. Sua identificação da idéia de Direito com a de Estado, possível apenas numa perspectiva juspositivista, permitiu-lhe a descrição do ordenamento como conjunto escalonado de normas, e a das normas como função de um sistema lógico de competência.

Metodologismo e formalismo

Penhamos aqui uma pausa para introduzir novas reflexões. De modo geral, a aparição de problemáticas puramente ou predominantemente metodológicas representa, na evolução do pensamento, uma espécie de saturação. Uma espécie de plenificação do trabalho da razão, que

(9) ORTEGA Y GASSET em seu Prefácio a O. SPENGLER, *La Decadencia de Occidente*, trad. Garcia Morente, ed. Espasa — Calpe, 1952.

(10) Segundo ampla anotação de RECASÈNS SICHES (*Panorama del Pensamiento jurídico en el siglo XX*, ed. Porrúa, México, 1963, tomo I, págs. 185 e segs.), Josef Kunz, ele mesmo vienense e discípulo de Kelsen — registrou o “caráter vienense” da teoria pura do Direito, no sentido da dívida de sua elaboração para com o ambiente histórico dos anos de formação de seu autor. Tal ambiente histórico, segundo as expressivas indicações de Kunz, corresponderam ao clima liberal e individualista vivido pela Austria desde os suntuosos dias do Império austro-húngaro, e consonante com os traços da própria psicologia do austríaco: tolerante, cosmopolita, universalista. Rodeado dessa atmosfera, penetrado de uma cultura saturada e relativista, Kelsen teria reduzido a problemática do Direito a um requintado formalismo afastado de toda adesão partidária.

(11) VERDROSS, *La filosofía del Derecho*, cit., pág. 289.

(12) LARENZ, *op. cit.*, pág. 87. A pág. 85, este autor observa que a teoria pura é basicamente uma teoria do conhecimento jurídico-científico, e contudo, se apresenta como Ciência do Direito, sendo que — acrescenta — nunca ficou claro até que ponto Kelsen admite, ao lado dela, uma ciência dogmática do Direito no sentido do estudo do conteúdo de um determinado Direito positivo.

passa a fletir sobre si mesma. Os romanos, por exemplo, não chegaram a se comprazer no jogo puramente metodológico; a filosofia moderna — mais ainda do que a escolástica é que o desenvolveu e sofisticou ao extremo. Na obra de Kelsen, o cuidado metodológico se torna insistente como um afã, e ele espelha o coroamento de vários estilos de refinamento intelectual. O cuidado metodológico, aliado a um juspositivismo que passou a ser posição doutrinária (se bem fundado na cautela de não colocar posição doutrinária num saber que quer ser *streng Wissenschaft*), fez com que o mestre da teoria pura não se propusesse a dar uma definição do ser do Direito (como Cossio lhe cobraria depois e passaria, ele mesmo, a se propor).

No plano geral, Kelsen veda a entrada, na temática da Ciência do Direito, a elementos filosóficos, teológicos, políticos, sociológicos, psicológicos. Diga-se de passagem que cada um dos componentes assim excluídos correspondia a alguma escola ou posição, relevante na evolução anterior do pensamento jurídico, que Kelsen expressa ou tacitamente refutava ou tentava refutar, por uma necessidade ainda atuante. A *redução* da problemática jurídica, assim operada, é paralela (conforme vimos) a um relativismo que renuncia a “preencher” de conteúdos a teoria do Estado. Este relativismo, se bem alguns o comparem ao de Weber ou ao de Radbruch⁽¹³⁾, não chega a ser um relativismo como atitude ativa diante dos valores, mas antes uma recusa de toda valoração e de todo problema que carregue ou envolva valorações. No caso da norma jurídica, por exemplo, a atitude Kelseniana não consiste em considerar a variedade de valores (e de idéias de justiça) que ela pode carregar; e sim em omitir pura e simplesmente a relação entre a norma, como forma, e os valores (ou idéias de justiça) que eventualmente carregue.

O tipo de problemas posto pela teoria pura é, portanto, basicamente ligado a essa implantação de uma ótica formalizante e metodológica. O problema da norma fundamental, por exemplo, pedra de toque do “edifício”, constitui algo de difícil conceituação porque seu conceito fará a teorização passar do campo propriamente metodológico para o campo interno do sistema.

Aliás, a preocupação Kelseniana em tratar o jurídico apenas “como jurídico”, e o entendimento disto como “formalismo” e juspositivismo, poderia ser situada em relação a uma série de expressivas formulações da história das ciências sociais. Refiro-me a formulações, a um tempo metodológicas e doutrinárias, ocorridas em cada grande área por conta de especiais “momentos” históricos. Por exemplo, a explicação do político pelo político devida a Rousseau (bastante depois da libertação do saber político, por parte de Maquiavel, perante a teologia e a ética); a explicação do social pelo social por mãos de Durkheim; e talvez — a

(13) Cf. MICHEL VILLEY, recensão da edição francesa de 1953, da Teoria pura de Kelsen, em suas *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, ed. Dalloz, Paris, 1957, pág. 339.

escutarmos Ortega no respectivo *proêmio* —, de certo modo, a explicação da história pela história na obra maior de Spengler. São formulações que contrastam com as explicações vinculatórias, que entendem o histórico em função do econômico, ou político em função do ético. Em Kelsen, a análise do jurídico *como tal* teve de resolver-se pela construção de um *sistema* essencialmente formal, constituído de normas e de competências. Entretanto, enquanto a razão política em Rousseau se achava no âmago de um processo revolucionário, e a visão durkheimiana do “social pelo social” vinha num tempo de revisões e de proliferação de escolas dentro da ciência social, o formalismo purista e juridicizante de Kelsen reflete um tempo de cautelas convergentes, crises superpostas e saturação cultural.

Historicismo em Rousseau e em Kelsen

Sob certo prisma, um dos aspectos mais característicos da “atitude” intelectual da teoria pura consiste em ser uma teoria anti-histórica, ou ao menos a-histórica. É interessante, porém, situar este traço, entendendo-o dentro das tendências da época da gênese mesma do pensamento de Kelsen (no caso, dentro do neopositivismo sobretudo), e distinguindo-o de outras posições extra-históricas do pensamento ocidental. Cabe, por exemplo, distingui-lo com bastante nitidez do não-historicismo de Rousseau, por sinal também ocorrente na trajetória do liberalismo, só que na fase inicial deste. A comparação cobrará interesse maior se registrarmos que o próprio Kelsen, em passagem de sua grande *Teoria Geral do Estado* (14), compara sua idéia de uma norma fundamental à do contrato social como fundamento do Estado. Naquela passagem, a comparação é encaminhada no sentido de repelir a idéia do contrato, por ter significado jusnaturalista. Em verdade, o que aborrecia a Kelsen, na hipótese do contrato, era o fato mesmo de comportar e possuir um *conteúdo*, ou seja: não ser suficientemente formal.

Mas retornemos à distinção. Em Rousseau, a problemática do contrato é conduzida num plano deliberadamente diverso do dos fatos; o contrato era constatado, não como acontecimento histórico ou pré-histórico empiricamente situável, mas como idéia à qual “il faut remonter”; ou seja, como hipótese politicamente necessária. A recusa do histórico, no esquema rousseauiano, se completava com o prestígio iluminista da idéia de *natureza*: a reconstrução da sociedade segundo o homem *natural* significava a retomada de princípios *racionais* para a convivência social.

Em Kelsen, a recusa do histórico obedece a embasamentos epistemológicos mais requintados; a postulação de uma *Grundnorm* constitui um recurso tanto lógico quanto juspositivístico para amarrar o sistema num ancoradouro encontrado dentro da própria figura do sistema. Am-

(14) Livro III, cap. VII, § 36, letra B (*Teoria general del Estado*, trad. Legaz y Lacambra, ed. Labor, Barcelona, 1934, pág. 327).

bos os casos são postulações, a do Contrato no autor do *Emílio*, a da norma fundamental no autor da teoria pura: mas num, o pensamento europeu se achava no racionalismo otimista e geometrizarante próprio do liberalismo ascendente; e noutro, o mesmo pensamento europeu, na linha liberal, vinha cansado de refregas doutrinárias e buscava refúgio na recusa dos conteúdos concretos.

A repulsa de Kelsen ao jusnaturalismo equivaleu a uma rejeição do elemento ideológico-conteudístico jacente na idéia de direito natural: o jusnaturalismo aparece, diante do radical formalismo metodológico purista, como uma concepção axiológica e *material*. Mas podemos anotar que o jusnaturalismo é um conceito geral, que se apresenta a cada passo em diferentes versões: direito ditado pelos deuses, direito do mais forte, igualdade estoíca na cosmópolis etc. Cada versão, condicionada em termos de época ou de atitude filosófica, dá à idéia geral um conteúdo, uma direção definida, uma relação diversa com instituições ou situações. Em relação às versões "concretas" que assume, a idéia geral do Direito natural pode ser vista como uma *forma*. Kelsen mesmo, ao fazer sua refutação da idéia de Direito natural, visou formulações situadas, versões vinculadas a contextos cuja descoberta deu força (fora de toda metodologia "pura") às suas refutações. Note-se que o que vai dito aqui não é a mesma coisa que a concepção stammleiriana de um "Direito natural com conteúdo variável", ou seja, um Direito natural que iria "recebendo" conteúdos, ou trocando de conteúdos, através dos tempos, sem deixar de ser, de já ser e sempre ser, natural. O que digo aqui é que a consideração de *um* Direito natural é algo formal em relação aos conteúdos, que ocorrem nas versões diferentes assumidas pelo conceito, e que são diferentes justamente por terem motivações diferentes, mas são, em cada contexto, formulações "do" Direito natural reentendido e redefinido.

Normativismo e decisionismo

A proposição normativista, isto é, a consideração do Direito como sistema de normas, tem sido sempre contraposta ao "decisionismo" e isto desde que Carl Schmitt situou a distinção entre os três tipos essenciais de pensamento jurídico contemporâneo — o normativismo, o decisionismo e o pensamento do Direito como ordem concreta. É certo que a própria tipologia schmitteana, ocorrendo aliás num tempo de tipologias, tinha seu compromisso com destinações políticas concretas; mas através do compromisso da tipologia podemos entender o compromisso de cada tipo com a realidade cultural dos anos 20 e 30. O chamado decisionismo (que não era propriamente a opção de Schmitt, contra o que às vezes se divulga) era um prolongamento do autoritarismo de Hobbes: a ele corresponde a visão do Direito como obra de uma vontade, configurada em sua potência comandadora independentemente da razão e da "verdade". O pensamento ordenamental-concreto (esta sim a posição de Schmitt) situa o jurídico num encaixe de condições existenciais, dentro aliás de uma tradição romântica que Schmitt mesmo estudou

em livro especial. ⁽¹⁵⁾ O normativismo, historicamente vinculado à idéia liberal de um governo “de leis, não de homens”, vê no Direito um conjunto de normas, entendidas em sua pura e racional objetividade.

A visão destas posições, nos autores da geração de Kelsen, ou mesmo da seguinte (a de um Legaz y Lacambra por exemplo), tem sua peculiaridade como testemunho histórico. A influência de cada uma delas, nos estudos jurídicos de língua espanhola — e isto para situar em parte a bibliografia latino-americana — ⁽¹⁶⁾ correspondeu a motivações culturais e políticas inteiramente especiais.

Concessões à história?

Vale a pena observar que, por mais coerente e maciça que fosse em Kelsen a atitude puramente *sistemática*, formalizadora e a-histórica, havia certos temas cuja exposição exigia algumas concessões ao histórico, e mesmo certas posições cuja “demonstração” se beneficiaria com alusões históricas. Semelhantes concessões (que em alguma medida o eram) se encontram, tanto em passagens de obras que integram realmente a teoria, como em estudos por assim dizer laterais ou complementares.

No primeiro caso, temos por exemplo a crítica à clássica e secular divisão do Direito em público e privado, que Kelsen, no § 17 de sua “Teoria Geral do Estado”, chama de “funestíssima divisão”. Ao fim do parágrafo, achava-se precisamente a indagação sobre a *origem* da antítese, reportando-se ao Direito romano e sua recepção, e à teoria absolutista da *Razão de Estado* com sua inclinação publicizadora. Do mesmo modo, todas as outras “superações de dualismos” intentadas no corpo do sistema, e que aparecem sempre em suas principais obras *sistemáticas*: Direito objetivo e Direito subjetivo, Estado e Direito, ordem nacional e ordem internacional. Apesar de disposto metodologicamente a não sair do plano *jurídico-formal*, Kelsen lastreia sempre sua crítica em sólidos conhecimentos históricos, ou sociológicos, e situa o fundamento

(15) Considera-se o famoso estudo de Carl Schmitt *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Sobre as três espécies de pensamento jurídico), aparecido em 1934, como ponto de demarcação de seu afastamento do declinismo: cf. G. NIEMEYER, “Prólogo” à *Teoria del Estado* de HELLER (ed. Mexicana, trad. I. Tobo, FCE, 55, pág. 8). Sobre o pensamento “ordenamental” de Schmitt, ver J. CAAMAÑO MARTINEZ, *El pensamiento jurídico de Carl Schmitt*, Santiago de Compostella, 1950, passim e págs. 131 e segs.; e também ARTURO SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*. Abeledo-Perrot, B. Aires, 1966, cap. I. O livro de Schmitt sobre o romantismo é seu *Politische Romantik* (cf. trad. francesa de Pierre Linn, *Romantisme Politique* — Paris, ed. Valois, 1928).

(16) Sobre a presença da obra de Kelsen na Espanha, ver as indicações de JUAN JOSE GIL CREMADES, em seu estudo preliminar à sua tradução do livro de K. ENGISCH, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales* (ed. Univ. de Navarra, 1968), págs. 12 e segs. Sobre Kelsen na América Latina, ver JOSEF KUNZ, *La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX* (trad. Recasens Siches, ed. Losada, B. Aires, 1961, passim).

de cada um desses dualismos — que repudia — em situações histórico-sociais cuja descrição (por sucinta que seja) constitui um apelo a campos extradogmáticos e estranhos a uma teorização restrita ao Direito positivo.

No segundo caso, temos os ensaios propriamente sociológicos, filosófico-políticos ou histórico-culturais, nos quais Kelsen, dentro de tematizações levantadas pela erudição de seu tempo e pela indagação histórica do relativismo, estuda a aparição da idéia de imputação e da de causalidade, ou os supostos filosóficos da democracia, ou ainda as relações entre a obra de Platão ou de Aristóteles e as condições concretas da Grécia pós-socrática. São ensaios que margeiam e reforçam temas que aparecem no sistema, e onde seu método *puro* não entra nem poderia entrar.

Despolitização: metodológica e doutrinária

Voltando, porém, à estrutura da teoria Kelseniana propriamente dita, encontramos realmente em sua concepção a figura de um Direito e um Estado despojados de toda politicidade. No clássico prefácio de 1934 à primeira edição da Teoria Pura, Kelsen havia dito que sua luta era pela “rigorosa separação” entre a ciência jurídica e a política, ou seja, pela erradicação de postulados políticos de dentro da teoria do Direito (17). Como já dissemos, o apoliticismo metodológico se desdobra em apoliticismo doutrinário — na verdade, método reflete concepção do mundo —, e este apoliticismo Kelseniano, não inteiramente isento na verdade, compromete-se no fundo, como se sabe, com uma posição liberal.

O trabalho formalizador e logicizador da “purificação”, que se traduz na peculiar pretensão de *objetivismo* — considerando “subjetivista” toda incidência valorativa ou ideológica — procura excluir de toda a temática do Direito e do Estado, desde que vista sob um dado prisma, qualquer resquício de jusnaturalismo, de eticismo ou de politicidade. Assim, o conceito de autoridade é descrito sem implicações extrapositivas (18); assim também, a idéia da norma, como imperativo é rechaçada com fêrvida energia. A redução da idéia de norma a uma estrutura meramente lógica, desvestida de seus componentes éticos e de seu significado imperativo, elude realmente toda penetração extrapositiva e toda problemática concreta: faz do jurista um estudioso de algo cuja estimação efetiva se lhe acha vedada (19).

(17) *Teoria Pura do Direito*, nova edição cit., vol. I, págs. VII e VIII.

(18) *Teoria general del Estado*, ed. cit., pág. 358.

(19) Nota sobre o *antimperativismo*. A teoria de Kelsen põe o problema da não-imperatividade da norma em um plano genérico e abstrato, allás aceito e confirmado pela doutrina egológica. Basicamente, a negação do caráter imperativo da norma jurídica corresponde a uma redução desta mesma norma a uma figura *lógica*: à

Para Michel Villey, entretanto, é ilusório esperar que a Ciência do Direito possa ser “neutra”, nem separada das condições em que se elabora. Para o ilustre mestre de Estrasburgo, a doutrina Kelseniana nos põe “a serviço da ordem estabelecida”, sendo apenas aparente sua isenção, de resto pobre e empobrecedora no sentido das finalidades sociais do trabalho do jurista (*Leçons*, cit., págs. 345 e 346).

consideração da norma como *juízo*, sem conta de focalizações históricas ou culturais. O que já é, evidentemente, algo discutível, por empobrecer o problema.

Mas um dos argumentos fundamentais, entre os que aderem ao antiimperativismo, é referente ao Direito consuetudinário. Se o Direito — ou por outra, a norma — fosse um imperativo, um comando, uma ordenação, onde se acharia isto no Direito consuetudinário? Quem mandaria, a quem se obedeceria ao praticar um costume?

Em realidade, este argumento claudica, justamente por visar a uma formulação *ine-xata* do imperativismo: uma formulação genérica, abstrata e extra-histórica. Não se pode dizer que o Direito é imperativo, se não se fala em termos mais claros. A imperatividade é um elemento da experiência jurídica que corresponde particularmente a certos tipos históricos de Direito, ou a certos momentos da história: o direito pretoriano, o direito imperial, o direito legislado contemporâneo. Realmente, a lei é um imperativo, e como tal foi elaborada, estimada, cumprida desde sempre.

Por projecção, identificando-se no século XIX a lei e o direito, se disse ser o direito um imperativo: *Law*, lei ou direito em inglês, é o termo do imperativista Austin.

Em Kelsen, o problema consistiria em saber se a norma é imperativa. Ora, a idéia de norma é historicamente fruto da idéia de lei. Kelsen não coloca a questão das variações da experiência jurídica dentro dos contextos culturais, nem indaga se o se o Estado moderno, puseram-se as condições para a definitiva superação do direito local-costumeiro-tradicional por um direito nacional-escrito-racional, ou seja, diz ter o “poder” passado por três fases: difuso, pessoal, instituído). Ao organizar-legislado: um direito imperativo, generalizante e feito de normas verbalmente expressas e codificadas.

Por outro lado, pensar no Direito como pura representação lógica, reduzi-lo à norma e ter a norma como puro juízo, é deixar de lado todas as relações da realidade jurídica com a realidade humana: O Estado, a sociedade, as vontades, as circunstâncias. A pureza metodológica é ascese, útil como exercício, prejudicial como limitação. Sem aquelas relações a *compreensão* do jurídico se torna inviável.

Cabe observar finalmente que, em Kelsen, o antiimperativismo se encaixa numa teoria do Direito que é também teoria do Estado e que iguala o Estado e o Direito como objetos produzidos pelo mesmo enfoque metódico; em Cossio, porém, o antiimperativismo se situa numa teoria do direito que *omite* a problemática do Estado (esta, precisamente, a nosso ver, uma das grandes lacunas da egologia). Em Kelsen, o conhecimento político do Estado é asceticamente afastado, embora se inclua na teoria do direito o conhecimento do Estado, reivindicando para este conhecimento um prisma jurídico; mas em Cossio a ausência de uma preocupação científico-política é ostensiva, e o Direito—descrito substancialmente como conduta e entendido formalisticamente como objeto de conhecimento de uma norma que é mero juízo, o Direito se rarefaz mais ainda, mais ainda se abstraciona e se evapora. indagação que precisa ser feita. Na verdade aquilo que se chama direito costumeiro (ou consuetudinário) é imagem socio-jurídica correspondente a uma fase histórica que se considera como parte de um esquema (como aquele esquema que conceito de *norma* cabe de fato à imagem do direito costumeiro; mas esta é uma

Balanço conclusivo e olhada crítica

Encaminhamo-nos para uma conclusão, que deverá ter algo de balanço. Antes do mais, porém, uma anotação sobre temáticas e problemáticas.

Há certos temas e problemas que são próprios e característicos de determinadas épocas, e que na época seguinte podem — sem ter sido propriamente “resolvidos” — ser substituídos por outros. Assim a questão do *status naturae*, que apaixonou os espíritos entre os séculos XVII e XVIII; assim a questão da planificação, tão urgente nos anos trinta e quarenta de nosso século, abalando os Mannheim, os Laski, os Von Mises e os Hayek. Do mesmo modo, teorias díspares podem conviver dissonantes, sem se “refutarem” propriamente, por calcarem teclas diferentes, falando de questões diferentes e representando enfoques diferentes.

A teoria pura do Direito baseou sua temática numa perspectiva formalizadora, que compartia o formalismo de tantas concepções das décadas iniciais do século, embora convivendo com antiformalismos. E hoje, quando outras orientações da filosofia do Direito, na Europa e noutros continentes, se voltam para problemas concretos e retomam questões meta-positivas dentro de enfoques nada formalísticos, o interesse pela teoria de Kelsen pode perfeitamente continuar válido, na medida em que segue sendo válida a tendência formalizante e positivadora, o que afinal depende de inclinações pessoais ou de formação doutrinária.

No pensamento jurídico das décadas mais recentes, o juspositivismo continua dispondo de representantes notáveis (seja o caso de Ross ou de Bobbio), e a temática da lógica das normas continua a empolgar a muitos, arrastando nisso aliás o seu *penchant* formalizador. Mas, assuntos como a “natureza das coisas” — cuja revisão arranca de Radbruch —, como a justiça material e outros, ligados a uma visão axiológica ou culturalista do Direito, seguem crescendo de interesse, e revisões históricas fundamentais têm marcado o tratamento de temas ligados ao *pensar* jurídico: sejam os exemplos de um Coing, um Brusiin, um Viehweg, um Villey.

A persistência do legado de Kelsen representará o mérito de seu impressionante *pathos* de sistematização e de clareza ou rigor conceitual. Se sua posição pode compaginar-se com atitudes axiológicas (como Verdross pretende), é questão em aberto. Suas raízes históricas ajudam a dar-lhe um significado maior do que o de mera dogmática do Direito positivo: a dimensão filosófica, jacente em suas linhas, tem algo de crença — como observou Legaz —, e crença sobretudo em um tipo de ordem estatal e jurídica. Relativizar essa crença, “reduzir” a teoria à sua circunstância histórica, será evidentemente uma atitude muito pouco Kelseniana. Mas com isso se terá entendido plenamente o significado da doutrina, para reestimá-la e revalorizá-la.