

TEORIA PURA DO DIREITO

Hans Kelsen

Tradução
JOÃO BAPTISTA MACHADO

Martins Fontes
São Paulo 2003

ÍNDICE

<i>Prefácio à primeira edição</i>	XI
<i>Prefácio à segunda edição</i>	XVII

I DIREITO E NATUREZA

1. A "pureza"	1
2. O ato e o seu significado jurídico	2
3. O sentido subjetivo e o sentido objetivo do ato. A sua auto-explicação	3
4. A norma	4
a) A norma como esquema de interpretação	4
b) Norma e produção normativa	5
c) Vigência e domínio de vigência da norma	11
d) Regulamentação positiva e negativa: ordenar, conferir poder ou competência, permitir	16
e) Norma e valor	18
5. A ordem social	25
a) Ordens sociais que estatuem sanções	25
b) Haverá ordens sociais desprovidas de sanção?	29
c) Sanções transcendentais e sanções socialmente imanes	30
6. A ordem jurídica	33
a) O Direito: ordem de conduta humana	33
b) O Direito: uma ordem coativa	35
Os atos de coação estatuidos pela ordem jurídica como sanções	37

Título original: REINE RECHTSLEHRE.
Copyright © Hans Kelsen Institute, Viena.
Copyright © Verlag Franz Deuticke, Viena, 1960.
Copyright © Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, 1985, para a presente edição.

1ª edição
abril de 1985
6ª edição
fevereiro de 1998
5ª tiragem
maio de 2003

Preparação do original

Márcio Della Rosa
Revisão gráfica
Marise Simões Leal
Estevam Vieira Ledo Jr.
Produção gráfica
Geraldo Alves

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Kelsen, Hans, 1881-1973.
Teoria pura do direito / Hans Kelsen : [tradução João Baptista Machado]. – 6ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

Título original: Reine Rechtslehre.
ISBN 85-336-0836-5

1. Direito – Bibliografia 2. Direito – Estudo e ensino 3. Direito – Filosofia I. Título. II. Série.

98-0409

CDD-340.12

Índices para catálogo sistemático:

I. Direito : Filosofia 340.12

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.

Rua Conselheiro Ramalho, 330/340 01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3105.6867

e-mail: info@martinsfontes.com.br <http://www.martinsfontes.com.br>

1. A essência do Direito internacional	355
a) A natureza jurídica do Direito internacional	355
b) O Direito internacional como ordem jurídica primitiva	358
c) A construção escalonada do Direito internacional	359
d) Imposição de obrigações e atribuição de direitos, pelo Direito internacional, de forma simplesmente mediata	360
2. Direito internacional e Direito estadual	364
a) A unidade do Direito internacional e do Direito estadual	364
b) Não há qualquer conflito entre Direito internacional e Direito estadual	366
c) As relações mútuas entre dois sistemas de normas	368
d) A inevitabilidade de uma construção monista	370
3. O reconhecimento do Direito internacional por cada Estado: o primado da ordem jurídica estadual	370
O primado da ordem jurídica internacional	374
A diferença entre as duas construções monistas	377
Concepção do Direito e concepção do mundo	383

1. A essência da interpretação. Interpretação autêntica e não-autêntica	387
a) Relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito	388
b) Indeterminação intencional do ato de aplicação do Direito	388
c) Indeterminação não-intencional do ato de aplicação do Direito	389
d) O Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação	390
e) Os chamados métodos de interpretação	391
2. A interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade	392
3. A interpretação da ciência jurídica	395
Notas	399

Prefácio à primeira edição

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a 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.

Com satisfação posso hoje verificar que não fiquei isolado neste caminho. Em todos os países civilizados, em todos os domínios da variada atividade jurídica, tanto nos teóricos como nos práticos, e até da parte de representantes de ciência afins, encontrei adesões animadoras. Formou-se um círculo de pensadores orientados pelo mesmo escopo e a que se chama a minha "Escola", designação que apenas vale no sentido de que, nesta matéria, cada qual procura apreender do outro sem que, por isso, renuncie a seguir o seu próprio caminho. Também não é pequeno o número daqueles que, sem se confessarem adeptos da Teoria Pura do Direito, em parte sem a mencionar ou até mesmo rejeitando-a aberta e pouco amistosamente, tomam dela resultados essenciais. Para estes, particularmente, vão os meus agradecimentos, pois que eles, melhor que os mais fiéis adeptos, demonstram, mesmo contra a sua vontade, a utilidade da minha doutrina.

Esta, além de adesões e imitações, provocou também oposição — oposição feita com uma paixão quase sem exemplo na his-

tória da ciência jurídica e que de forma alguma se pode explicar pelos contrastes de posições que nessa altura vieram à luz. Com efeito, estes baseiam-se em parte em más interpretações que, para mais, frequentemente parecem não ser completamente desprovidas de uma intenção e que, mesmo quando sejam sinceros, a custo podem justificar o profundo azedume dos adversários. Na verdade, a teoria combatida não é de forma alguma algo assim de tão completamente novo e em contradição com tudo o que até aqui surgiu. Ela pode ser entendida como um desenvolvimento ou desimplicação de pontos de vista que já se anunciavam na ciência jurídica positivista do séc. XIX. Ora, desta mesma ciência procedem também os meus opositores. Não foi, pois, por eu propor uma completa mudança de orientação à Jurisprudência, mas por eu a fixar a uma das orientações entre as quais ela oscila insegura, não foi tanto a novidade, mas antes as consequências da minha doutrina, que provocaram este tumulto na literatura. E isto por si só já permite presumir que no combate à Teoria Pura do Direito não atuam apenas motivos científicos, mas, sobretudo, motivos políticos e, portanto, providos de elevada carga afetiva. A questão de saber se se trata de uma ciência natural ou de uma ciência do espírito não pode acontecer tanto os ânimos, pois a separação entre uma e outra operou-se quase sem resistências. Aqui apenas se pode tratar de imprimir à ciência jurídica — esta próxima afastada do centro do espírito que só lentamente costuma coxear atrás do progresso — um movimento um tanto mais rápido, através de um contato direto com a teoria geral da ciência. A luta não se trava na verdade — como as aparências sugerem — pela posição da Jurisprudência dentro da ciência e pelas consequências que daí resultam, mas pela relação entre a ciência jurídica e a política, pela rigorosa separação entre uma e outra, pela renúncia ao enraizado costume de, em nome da ciência do Direito e, portanto, fazendo apelo a uma instância objetiva, advogar postulados políticos que apenas podem ter um caráter altamente subjetivo, mesmo que surjam, com a melhor das boas fés, como ideal de uma religião, de uma nação ou de uma classe.

É este o fundamento da oposição, já a rair pelo ódio, à Teoria Pura do Direito, é este o motivo oculto do combate que lhe é movido por todos os meios. Com efeito, tal fundamento afeta os mais vitais interesses da sociedade e, conseqüentemente, não deixa de afetar os interesses pertinentes à posição profissional do jurista. Este, compreensivelmente, só contrariado renuncia a crer

e a fazer crer aos outros que possui, com a sua ciência, a resposta à questão de saber como devem ser “corretamente” resolvidos os conflitos de interesses dentro da sociedade, que ele, por que conhece o Direito, também é chamado a conformá-lo quanto ao seu conteúdo, que ele, no seu empenho de exercer influência sobre a criação do Direito, tem em face dos outros políticos mais vantagens do que um simples técnico da sociedade.

Em vista dos efeitos políticos — meramente negativos — que importa a postulada desvinculação da política, em vista desta autolimitação da ciência jurídica que muitos consideram como uma renúncia a uma posição de destaque, é compreensível que os opositores se sintam pouco inclinados a fazer justiça a uma teoria que põe tais exigências. Para a poder combater, não se deve reconhecer a sua verdadeira essência. Assim, acontece que os argumentos que são dirigidos, não propriamente contra a Teoria Pura do Direito, mas contra a sua falsa imagem, construída segundo as necessidades do eventual opositor, se anulam mutuamente e, portanto, quase tornam supérflua uma refutação. É desatuitada de qualquer conteúdo, é um jogo vazio de conceitos ocios, dizem com desprezo uns; o seu conteúdo significa, pelas suas tendências subversivas, um perigo sério para o Estado constituído e para o seu Direito, avisam outros. Como se mantêm completamente alheia a toda a política, a Teoria Pura do Direito afasta-se da vida real e, por isso, fica sem qualquer valor científico. É esta uma das objeções mais freqüentemente levantadas contra ela. Porém, ouve-se também com não menos freqüência: a Teoria Pura do Direito não tem de forma alguma possibilidade de dar satisfação ao seu postulado metodológico fundamental e é mesmo tão só a expressão de uma determinada atitude política. Mas qual das afirmações é verdadeira? Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é — asseguram muitos — aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros crêem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateísmo. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita. Mas is-

so precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza.

O postulado metodológico que ela visa não pode ser seriamente posto em dúvida, se é que deve haver algo como uma ciência do Direito. Duvidoso apenas pode ser até que ponto tal postulado é realizável. A este respeito não pode seguramente perder-se de vista a distinção muito importante que existe, precisamente neste ponto, entre a ciência natural e as ciências sociais. Não que a primeira não corra qualquer risco de os interesses políticos procurarem influenciá-la. A história prova o contrário e mostra com bastante clareza que até pela verdade sobre o curso das estrelas uma potência terrena se sentiu ameaçada. Se é lícito dizer-se que a ciência natural pôde ir até ao ponto de levar a cabo a sua independência da política, isso sucedeu porque existia nesta vitória um interesse social ainda mais poderoso: o interesse no progresso da técnica que só uma investigação livre pode garantir. Porém, da teoria social nenhum caminho tão direto, tão imediatamente visível, conduz a um progresso da técnica social produtora de vantagens indiscutíveis, como o da física e da química conduz às aquisições que representam a construção de máquinas e a terapêutica médica. Relativamente às ciências sociais falta ainda — e o seu estado pouco evoluído não é das razões que menos concorrem para tal — uma força social que possa contrabalançar os interesses poderosos que, tanto aqueles que detêm o poder como também aqueles que ainda aspiram ao poder, têm numa teoria à medida dos seus desejos, quer dizer, numa ideologia social. E isto sucede particularmente na nossa época, que a guerra mundial e as suas consequências fizeram verdadeiramente saltar dos eixos, em que as bases da vida social foram profundamente abaladas e, por isso, as oposições dentro dos Estados se aguçaram até ao extremo limite. O ideal de uma ciência objetiva do Direito e do Estado só num período de equilíbrio social pode aspirar a um reconhecimento generalizado. Assim, pois, nada pode rece hoje mais extemporâneo que uma teoria do Direito que quer manter a sua pureza, enquanto para outras não há poder, seja qual for, a que elas não estejam prontas a oferecer-se, quando já não se tem pejo de alto, bom som e publicamente reclamar uma ciência do Direito política e de exigir para esta o nome de ciência “pura”, louvando assim como virtude o que, quando muito, só a mais dura necessidade pessoal poderia ainda desculpar.

Se, no entanto, ousar apresentar nesta altura o resultado do trabalho até agora realizado, faço-o na esperança de que o número daqueles que prezam mais o espírito do que o poder seja maior do que hoje possa parecer; faço-o sobretudo com o desejo de que uma geração mais nova não fique, no meio do tumulto ruidoso dos nossos dias, completamente destituída de fé numa ciência jurídica livre, faço-o na firme convicção de que os seus frutos não se perderão para um futuro distante.

Genebra, maio de 1934.

Prefácio à segunda edição

A segunda edição da minha Teoria Pura do Direito, aparecida pela primeira vez há mais de um quarto de século, representa uma completa reelaboração dos assuntos versados na primeira edição e um substancial alargamento das matérias tratadas. Ao passo que, então, me contentei com formular os resultados particularmente característicos de uma teoria pura do Direito, agora procuro resolver os problemas mais importantes de uma teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico e, ao mesmo tempo, precisar, ainda melhor do que antes havia feito, a posição da ciência jurídica no sistema das ciências.

E evidente que uma teoria cujo primeiro esboço se encontra no meu livro Hauptproblemen der Staatsrechtslehre, aparecido em 1911, não poderia ficar sem alteração durante tão longo período de tempo. Muitas alterações são já visíveis na minha General Theory of Law and State (Cambridge, Mass., 1945) e na minha Théorie Pure du Droit (tradução francesa da Reine Rechtslehre elaborada pelo Prof. Henri Thévenaz, Neuchâtel, 1953). No presente trabalho chamo expressamente a atenção, em notas no final do livro, para as mais importantes alterações. Trata-se quase sempre do desenvolvimento mais consequente de princípios; no conjunto — assim o espero —, dos frutos de uma explicitação ou desimplicação que deflui de tendências que são iminentes à própria teoria, a qual permanece inalterada quanto ao seu núcleo essencial.

Em face da multiplicidade de conteúdo dos ordenamentos jurídicos positivos, em constante aumento com o decorrer da evolução, uma teoria geral do Direito corre sempre o risco de não abranger todos os fenômenos jurídicos nos conceitos jurídicos fun-

damentais por ela definidos. Muitos destes conceitos podem revelar-se demasiado estreitos, outros demasiado latos. Estou plenamente consciente deste perigo ao fazer a presente tentativa e, por isso, agradecerei sinceramente toda a crítica que sob este aspecto me seja feita. Também esta segunda edição da Teoria Pura do Direito não pretende ser considerada como uma apresentação de resultados definitivos, mas como uma tentativa carecida de um desenvolvimento a realizar através de complementações e outros aperfeiçoamentos. O seu fim terá sido alcançado se for considerada merecedora de tal desenvolvimento — por outros que não o presente autor, já a atingir o limite dos seus dias.

Antepus a esta segunda edição o prefácio da primeira. Com efeito, ele mostra a situação científica e política em que a Teoria Pura do Direito, no período da Primeira Guerra Mundial e dos abalos sociais por ela provocados, apareceu, e o eco que ela então encontrou na literatura. Sob este aspecto, as coisas não se modificaram muito depois da Segunda Guerra Mundial e das convulsões políticas que dela resultaram. Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. É especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico.

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. Como, porém, tal problema é de importância decisiva para a política jurídica, proibirei expor num apêndice o que há a dizer sobre ele de um ponto de vista científico e, especialmente, o que há a dizer sobre a doutrina do Direito natural.*

Devo agradecer ao Sr. Dr. Rudolf A. Métall a elaboração da lista dos meus escritos e o valioso auxílio que me prestou na correção das provas.

Berkeley, Califórnia, abril de 1960.

HANS Kelsen

* Este apêndice — que consta da edição alemã — foi publicado em português com o título *A Justiça e o Direito Natural* por Arménio Amado Editor, Coimbra. (N. do E.)

I

Direito e natureza

1. A “pureza”

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a 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 do Direito.

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.

Isto parece-nos algo de per si evidente. Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. 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