

AULA 03 – FILOSOFIA DO DIREITO KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO (1881-1973)

BIOGRAFIA

- Austríaco
- Judeu
- Professor universitário
- Assessor do Ministro da Guerra da Áustria
- 1919 – colabora com a elaboração da Constituição Austríaca
- Juiz da Corte Constitucional na Austria
- Alemanha- Genebra – Praga
- Perseguição por estudantes nazistas
- Cuba - EUA

A TEORIA PURA DO DIREITO

- 1ª Fase – Foi idealizada no mundo europeu – Sistema Continental do Direito
 - Competência do Judiciário – Limitou o Judiciário à criar normas individualizadas
- 2ª Fase – Depois do contato com a Common Law – nos EUA
 - Competência do Judiciário – Papel mais amplo, podendo criar normas gerais (precedentes – sumula vinculante)
- Não refere-se a um sistema específico
- Analisa os elementos operacionais do Direito
- Abstração sociológica e de valores
- É uma teoria reducionista, pois identifica o Direito com a norma jurídica
- A ciência do Direito tem por objeto o estudo de normas jurídicas
- Visa revelar o “ser” e não do “dever ser” do Direito
- A Teoria diz respeito somente a questões estritamente jurídicas;
- Não incide sobre a Teoria as ideologias políticas
- Exclusão do FATO E DO VALOR na norma
- Os valores são relevantes, mas não para a Ciência Jurídica e sim para a Filosofia do Direito
- Direito é um agregado normativo que não requer legitimação pela instância axiológica
- As normas jurídicas comportam qualquer conteúdo, cabendo apenas ao aplicador a verificação dos requisitos de validade (respeito à hierarquia das fontes e um mínimo de eficácia)
- Ao Direito não estaria garantida a função de processo de adaptação social;
- Normas anacrônicas seriam tão Direito quanto aquelas normas ajustadas ética e socialmente
- A Teoria não apresenta mecanismos de resistência ‘as normas substancialmente injustas ou formas de tutela ao Direito Natural;
- O balanço valorativo seria DISPENSÁVEL na etapa de aplicação do Direito, salvo para fins de exegese
- A teoria foi elaborada em um momento histórico em que se negava, principalmente pelos humanistas, foro da ciência ao Direito

■A pureza metódica da teoria, possui o Condão de afastar as correntes políticas da Ciência Jurídica, dando-lhe AUTONOMIA;

■Mas por outro lado diminui a importância do Direito, atribuindo-lhe função apenas de cancelar doutrinas.

NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL

■Função: conferir validade à norma jurídica

■Pode consistir na Constituição anterior ou numa revolução vitoriosa

■“Ela é uma pura ou verdadeira ficção...”

■Ela se encontra na base da validade de todas as normas que constituem um ordenamento jurídico

■É o ápice na Pirâmide da hierarquia das normas, proposto por Kelsen

VALIDADE E EFICÁCIA

■Eficácia = a observância e aplicação de normas, ou que se denomina hoje de Efetividade;

■Validade = Condição de obrigatoriedade da norma preencher os requisitos indispensáveis para entrar no mundo jurídico e produzir os seus efeitos

■Não é a eficácia que confere fundamento de validade à ordem, mas a norma hipotética fundamental

■Normas em desuso não possuem validade, por deixar de ter eficácia.

DEVER JURÍDICO E DIREITO SUBJETIVO

■O dever jurídico emana da norma e se revela como conduta inversa àquela que é condição da sanção.

■Exemplo; Art. 155 do CP – prescreve sanção para quem subtrair coisa alheia móvel

■O dever jurídico consiste na conduta inversa a esta que figura como condição da sanção;

■Portanto o dever jurídico é a conduta de não subtrair coisa alheia móvel

■Direito Subjetivo = existe apenas quando a ordem jurídica outorga ao um indivíduo a iniciativa da ação judicial;

■Para Kelsen o direito subjetivo é um aspecto do Direito Objetivo

ESTADO E DIREITO

■O Estado é uma ordem jurídica;

■O Estado é a personificação do Direito, mas nem toda ordem jurídica seria Estado;

■A Teoria não considera impossível a legitimação do Estado, apenas diz que essa legitimação não é tarefa a ser cumprida pelo direito;

■Pois legitimação exige fundamentação ética e política

DIREITO NACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL

■A Teoria dualista – o direito nacional e o internacional são ordens jurídicas diferenciadas – No âmbito do território os indivíduos apenas tem que obedecer ao Direito Nacional

■Kelsen adota a teoria Monista – o direito nacional e o internacional não são autônomos, mas se transfundem em um ordenamento compreensivo das duas ordens.

■A Teoria Pura consagra a supremacia da ordem internacional. O direito Internacional independe de reconhecimento interno.

JUSTIÇA E DIREITO

- Para Kelsen a validade da norma requer apenas o seu ajustamento dentro de uma hierarquia normativa e de um mínimo de eficácia, independente da norma de justiça;
- Quando se diz que uma lei é justa ou injusta, tal juízo não alcança a qualidade da lei, mas a conduta social que a estabeleceu;
- Kelsen não se interessa por analisar se uma lei é justa ou injusta isso é tarefa da ética e não da Ciência do Direito;
- Kelsen não aceita as diversas teoria de justiça como a da “regra de ouro”, a de Tomas de Aquino “faz o bem e evita o mal”, etc.

TEORIA DAS NORMAS DE JUSTIÇA

- Distinguiu duas espécies de normas de Justiça:
 - a) Metafísica – por seu conteúdo e origem, escapa à experiência humana e se justifica à luz de fatos transcendentos à realidade concreta.
 - b) Racional – Provêm do entendimento humano, e não se fundamenta em instância superior. Pode ser atribuído a entidade divina. O importante é que satisfaça a inteligência do homem.

A IDÉIA DO DIREITO NATURAL

- O jusnaturalismo a fonte de validade está também no seu conteúdo
- Para a Teoria Pura a norma hipotética fundamental é que determina o fundamento de validade
- O Direito Natural possui natureza ético-política
- A norma hipotética tem natureza teorética-gnoseológica
- A Teoria Pura é monista, pois admite apenas a existência de uma ordem jurídica :
a do DIREITO POSITIVO