

2

Definindo o Objeto da Ciência do Direito: a Norma Jurídica

Embora nascido em Praga, Hans Kelsen teve sua educação e formação acadêmica em Viena, na Áustria.¹ Mudou-se para lá com sua família em 1884, aos 3 (três) anos de idade e por lá permaneceu, salvo por pequenos períodos, até 1930, aos 49 (quarenta e nove) anos.²

Exatamente neste período desenvolvia-se ali uma sociedade peculiar, culturalmente brilhante, havendo quem a considere como “a Atenas do século XX”.³ Num ambiente permeado por música e arte, brotavam correntes filosóficas e científicas que alimentaram a cultura ocidental por todo o século.⁴ Em linhas gerais, esta cultura era baseada na luta pela objetividade, pelo empirismo e pela depuração dos conceitos, em síntese, pela desmistificação da vida e do pensamento.⁵

Pode-se dizer que Kelsen foi um legítimo produto de sua época. Num dos primeiros parágrafos de sua Teoria Pura do Direito, de 1934, ao expor a “pureza” de seu projeto teórico,⁶ encontra-se expressa a tensão histórica, sociológica e epistemológica da Europa no início do século XX, com especial ênfase na Teoria do Direito. Segundo Kelsen,

¹ Na verdade, Viena era a capital do Império Austro-Húngaro, uma Monarquia Parlamentarista de cunho político eminentemente liberal, entre os anos de 1867 e 1918.

² Para maiores detalhes. Cf. MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra**. Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 10 a 64.

³ SCHMILL, Ulises [1976]. **Prólogo**. In: MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra**. Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 1.

⁴ SCHMILL, Ulises [1976]. **Prólogo**. In: MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra**. Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 2.

⁵ SCHMILL, Ulises [1976]. **Prólogo**. In: MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra**. Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 4.

⁶ “*Si ella se califica como teoría ‘pura’ del derecho, es porque pretende garantizar uno conocimiento dirigido solamente hacia el derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como derecho. Es decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños.*” KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Jorge G. Tijerina. 2ª ed., Buenos Aires: Posada, 1941, p. 25.

“una mirada sobre la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desenvuelto en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente cuán distante se halla de corresponder a la exigencia de la pureza. En forma desprovista de todo espíritu crítico, ha mezclado la jurisprudencia con la psicología y la biología, con la ética y la teología. Hoy en día no hay ciencia especial en cuyo recinto el jurisperito se considere incompetente para penetrar. Desde luego, él cree poder realizar su prestigio científico precisamente tomando en préstamo de otras disciplinas, con la que está perdida, naturalmente, la verdadera ciencia jurídica.”⁷

Com base neste horizonte crítico, Kelsen iria dedicar toda sua vida ao projeto de desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural.⁸ Seu objetivo era elevar a teoria jurídica

“à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito (...) explica[ndo] não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar o tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”.⁹

Para alcançar este objetivo, deparou-se com um duplo desafio. Em primeiro lugar, teve que lançar as bases epistemológicas e metodológicas de sua ciência jurídica. E, aqui, o desafio consistia, basicamente, em (i) estabelecer o *status* das ciências culturais, em contraposição às ciências naturais, bem como seus princípios de regência e (ii) definir, neste quadrante, o *lugar* ocupado pelo Direito, distinguindo-o de outros fenômenos sociais. Em segundo lugar, uma vez que, segundo Kelsen, a teoria jurídica deveria ser consciente de sua especificidade,¹⁰ foi preciso delimitar o *objeto* de sua ciência jurídica. É justamente este percurso que voltamos a percorrer.

⁷ KELSEN, Hans [1933]. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. Jorge G. Tijerina. 2ª ed., Buenos Aires: Posada, 1941, p. 25-26.

⁸ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XI.

⁹ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XI.

¹⁰ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XI.

2.1

O Direito como Técnica Social Específica

A história do pensamento humano sempre foi marcada por diversas formas de dualismo. Céu e inferno, noite e dia, calor e frio, enfim, diversos dualismos apresentam-se como categorias fundamentais da construção do nosso conhecimento. Todavia, o reconhecimento de alguns destes dualismos não foi sempre algo de *per si* evidente. E o reconhecimento de um deles, essencial para o pensamento científico, seguiu, durante milênios, a mesma sorte: o dualismo existente entre natureza e sociedade.

De fato, o homem primitivo sempre entendeu que a natureza era regulada pelas mesmas leis que regulavam a sociedade. A idéia de retribuição era aplicada indistintamente aos fatos naturais e aos fatos sociais, pois a natureza era vista como parte intrínseca de sua sociedade.¹¹

Quando a natureza é interpretada conforme o princípio da retribuição, os seus fenômenos, na medida em que requerem explicação, são relacionados com os indivíduos ou com o grupo a que pertencem. Em alguns casos, o próprio grupo podia ser coletivamente responsável pela conduta de um ou mais indivíduos.¹² Assim, um desastre natural, por exemplo, era explicado da mesma forma que a reação social imputada a um ilícito: uma punição divina dirigida contra aquele que praticou uma conduta socialmente indesejada.

Somente a partir do século XVIII é que a natureza passou a ser explicada em termos distintos. Em contraposição aos fatos sociais, a explicação dos fenômenos naturais enquanto efeitos passam a ser relacionados a outros fatos naturais enquanto causas. Neste passo, estes fenômenos deixam de ser mero reflexo da conduta dos indivíduos contrária ou conforme às normas sociais.¹³ A conduta humana deixa de ser a base da explicação do mundo natural e a idéia de retribuição perde seu sentido.

¹¹ KELSEN, Hans [1946]. **Society and Nature: a Sociological Inquiry**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. vii.

¹² KELSEN, Hans [1946]. **Society and Nature: a Sociological Inquiry**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 263 e 264.

¹³ KELSEN, Hans [1946]. **Society and Nature: a Sociological Inquiry**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 263 e 264.

Assim, embora formem uma única realidade fática, verificou-se que natureza e sociedade correspondem a diferentes sistemas e, por isso, são objetos que demandam a construção de um instrumental teórico específico. De um lado, o *mundo natural* é entendido como o plano existencial (mundo físico) determinado pela ocorrência de um nexos necessário (princípio da causalidade), o qual o pensamento humano meramente constata. De outro lado, o *mundo cultural*, de caráter normativo, explicável pelo princípio da imputação (relação de condição e consequência atribuída pelo homem), quando há descrição de uma relação específica estabelecida entre dois fatos diferenciados dos acontecimentos causais, em virtude de ser essa relação alheia aos fatos que descreve.¹⁴

Conectados através do princípio da causalidade, os elementos fáticos formam o sistema natural (natureza); conectados por um princípio diverso, o princípio da imputação, estes mesmos elementos formam um sistema cultural (sociedade).¹⁵ Assim, ao contrário da causalidade natural, a “causalidade cultural” (leia-se: a imputação) encontra sua razão de ser apenas nas normas que transformam as ações humanas, enquanto fatos naturais, em ações humanas normativamente qualificadas,¹⁶ ou seja, dotadas de um *sentido* autônomo, socialmente reconhecido. O que qualifica o fato natural como um fato social não é a sua faticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pelo princípio da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a este ato, a significação que ele possui.¹⁷

Desta forma, a simples convivência entre os indivíduos assume uma dupla dimensão: em si um fenômeno *natural*, esta convivência torna-se um fenômeno *social* pelo simples fato de ser regulamentada. A sociedade é a convivência ordenada ou, mais exatamente, a sociedade é o próprio ordenamento da convivência dos indivíduos.¹⁸

¹⁴ SGARBI, Adrian [2007]. **Hans Kelsen – Ensaio Introdutório (2001-2005)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 7.

¹⁵ KELSEN, Hans [1946]. **Society and Nature: a Sociological Inquiry**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. vii.

¹⁶ KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 64.

¹⁷ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.

¹⁸ KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. **O que é Justiça?**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 225.

Portanto, a sociedade nada mais é do que um complexo de regras que determinam como o indivíduo deve conduzir-se em relação a outros indivíduos. Se a função de toda ordem social é ocasionar certa conduta recíproca dos indivíduos, ou seja, induzi-los a certa conduta positiva (ação) ou negativa (omissão), é justamente através destas regras que o grupo social confere um determinado *sentido*¹⁹ a determinadas condutas desejadas ou indesejadas. Tais regras são chamadas normas.²⁰

Estas normas, entretanto, não pertencem a um único sistema. Na verdade, a sociedade é composta por diversas ordens distintas, que, em sua totalidade, formam a ordem social. Cada ordem parcial²¹ distingue-se das demais em 2 (dois) pontos específicos: i) pela forma que cada uma busca realizar a conduta socialmente desejada; ii) pelo grau de organização da sanção institucionalizada por cada uma destas ordens.

De fato, num primeiro momento, uma ordem normativa pode indicar ao indivíduo que a conduta conforme suas prescrições será retribuída com certas vantagens e que a conduta contrária às mesmas prescrições será retribuída com certas desvantagens. Esta promessa de retribuição funciona como um motivo para a conduta, pois o indivíduo pode nutrir um desejo pela vantagem que se promete ou um temor da desvantagem com que se ameaça.²²

Por sua vez, estas motivações para a realização de determinada conduta podem ser diretas ou indiretas. São diretas quando a simples prática do ato ou da omissão aparece como retribuição suficiente ao indivíduo. Nestes casos, quaisquer outras promessas ou ameaças são desnecessárias, pois a mera idéia de uma norma que decreta esta conduta é suficiente para a conduta em conformidade

¹⁹ Note-se, aqui, que a noção de norma como sentido objetivo de um ato de vontade somente seria desenvolvida na fase cética do pensamento kelseniano.

²⁰ KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 225.

²¹ Impõe-se, aqui, esclarecer o seguinte: no que diz respeito à configuração das ordens normativas que compõem a sociedade, Kelsen nunca utilizou o termo “ordem parcial”, valendo-se do termo ordem (“*order*”) para referir-se tanto às ordens normativas parciais (direito, moral, religião) e quanto à ordem normativa total (sociedade). Cf. KELSEN, Hans [1941]. **The Law as Specific Technique**. In: KELSEN, Hans [1957]. *What is Justice? – Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 231.

²² KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 225.

com a norma. Este seria o caso, por exemplo, dos sistemas morais altamente desenvolvidos.²³

Todavia, na realidade social, a motivação direta, isto é, a prática pelo indivíduo da ação socialmente desejada diante da simples existência da norma, raramente é encontrada de forma pura.²⁴ Em alguma medida, toda obediência à norma está associada à aprovação dos semelhantes e a desobediência à desaprovção.²⁵ Esta reação do grupo à conduta do indivíduo, desejada ou repudiada, denomina-se *sanção*.

Assim é que, num segundo momento, a sanção estipulada pela ordem assume uma importância decisiva para sua caracterização. Isto porque, sob o ponto de vista realista, a diferença decisiva entre as diversas ordens não repousa na presença ou ausência de sanções. Todo e qualquer ordenamento social recorre à técnica de motivação indireta para se fazer eficaz,²⁶ sendo, em certa medida, ‘sancionado’ pela reação específica da comunidade à conduta de seus membros que corresponde à norma ou que diverge dela.

²³ KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 226.

²⁴ Nota-se, aqui, uma leve contradição no discurso kelseniano. Num primeiro momento, Kelsen sustenta, ao menos de maneira implícita, que: “conforme a maneira como a conduta socialmente desejada é ocasionada, podem-se distinguir vários tipos de ordens”. Logo após, Kelsen afirma que “na realidade social (a) motivação direta raramente é encontrad(a) de forma pura. (...) A única diferença é que certas ordens sociais proveêm sanções definidas, ao passo que, em outras, as sanções consistem na reação automática da sociedade, não expressamente provida pela ordem.” KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 225 e 226.

²⁵ KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 226.

²⁶ Neste particular, nota-se uma imprecisão no discurso kelseniano. Em sua obra inaugural, Kelsen refere-se às normas jurídicas como normas heterônomas e às normas morais como normas autônomas (sem fazer distinção entre a *moral individual* e a *moral positiva*), chegando a dizer que “tratándose de normas morais, [perdese] de vista la diferencia formal entre el ser y el deber ser”. Mais tarde, Kelsen reconhece que todos os sistemas normativos são, em certa medida, heterônomos, porque garantidos através de sanções. Ao que parece, não há propriamente uma alteração ou contradição no pensamento de Kelsen, e sim uma imprecisão conceitual, por não ter sido feito, neste ponto, uma necessária distinção entre a *moral individual* (esta sim *autônoma*) e a *moral positiva* (esta, em certa medida “garantida” através de sanções), uma vez que esta distinção pode ser encontrada em outros escritos, como, por exemplo, no seu livro “*Teoria Geral do Direito e do Estado*”, de 1945, ou, ainda, no livro “*Teoria Geral das Normas*”, de 1979. Cf., respectivamente, KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 30-40; KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 230; KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 12 et KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 4.

Deste modo, em que pese a natureza da motivação a que recorrem as diversas ordens, a principal diferença entre as ordens normativas é a organização e a natureza das respectivas sanções. Em primeiro lugar, enquanto no Direito a sanção aparece na forma de uma coerção socialmente organizada, a reação contra a conduta equívoca prevista por outros sistemas normativos, principalmente a moral,²⁷ não é provida pela ordem normativa nem é, se provida, socialmente organizada.²⁸

Em segundo lugar, o Direito viabiliza sua sanção através da ameaça de coerção, isto é, da ameaça do uso da força física contra o indivíduo que praticar a conduta contrária àquela prescrita pelo Direito.²⁹ Em síntese: o Direito é uma ordem social parcial que, através da ameaça de coerção (motivação indireta), isto é, da ameaça de uso da força física monopolizada por uma instituição (Estado), garante a conduta socialmente desejada dos seus indivíduos.³⁰

Por todo o exposto, conclui Kelsen que

“há um elemento comum que justifica essa terminologia, que permite à palavra ‘Direito’ surgir como a expressão de um conceito com um significado social muito importante. Pois a palavra refere-se à técnica social específica de uma ordem coercitiva, que, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos ashantis da África Ocidental e o Direito da Suíça, na Europa, é essencialmente a mesma para todos esses povos que diferem tão amplamente em tempo, lugar e cultura – a técnica social que consiste em ocasionar a conduta social desejada dos homens por meio de ameaça de coerção no caso da conduta contrária.”³¹

Logo, em que pese a extraordinária diferença no espaço e no tempo entre todas as ordens sociais registradas pela história, há em todas elas um elemento comum. É justamente este elemento que permite uma caracterização teórica do Direito, permitindo que todas as ordens jurídicas sejam descritas a partir de

²⁷ Noutros sistemas normativos, como a maioria dos sistemas normativos religiosos, esta reação é fortemente institucionalizada, não havendo, *neste particular*, grande distinção entre estas técnicas de controle social. Todavia, quanto a natureza da sanção, os sistemas normativos religiosos são de caráter *transcendental*, não havendo o uso da ameaça da força física para tutelar sua efetividade.

²⁸ KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 230.

²⁹ KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 231.

³⁰ KELSEN, Hans [1944]. **Peace Through Law**. 3ª ed., New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 3.

³¹ KELSEN, Hans [1941]. **O Direito como Técnica Social Específica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 230.

categorias gerais. E a análise destas categorias gerais deve ser feita de sorte a garantir uma pureza metodológica que exclua todos os elementos estranhos à sua descrição.

2.2

Entre Fatos e Normas: o Caminho Percorrido pela Teoria Pura do Direito para a Delimitação do seu Objeto

Como visto, Kelsen sempre reconheceu a realidade complexa assumida por esta técnica social, denominada Direito. Isto explicaria, até certo ponto, a confusão entre a ciência do Direito e outras ciências, como a psicologia e a sociologia, como a ética e a teoria política, pois estas ciências se referem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito.³² Não obstante, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade deve partir do pressuposto que o Direito possui, nesta complexidade, uma realidade própria e um objeto bem definido: a legalidade autônoma de uma esfera de sentido.³³ De certo modo, é possível dizer que o Direito está *conectado* com a realidade social sem, no entanto, *pertencer* a ela.³⁴

Entretanto, por dezenas de séculos, a teoria jurídica seguiu caminhos seguros e bem definidos, ignorando por completo a especificidade do seu objeto e imiscuindo-se nos domínios de outras ciências. De um lado, acompanhando a tradição metafísica, a escola do direito natural indicava o fundamento do Direito na *razão* humana. De outro lado, amparado nas lições da filosofia cética, o positivismo jurídico apontava a *vontade* como o seu fundamento. Cada uma destas posições era reforçada diante da resposta dada a outras 02 (duas) questões.³⁵

³² KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 3.

³³ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 113.

³⁴ HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction**. In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xxi.

³⁵ PAULSON, Stanley [1998]. **Introduction**. In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. xxxi.

A primeira delas diz respeito à relação entre Direito e Moral. Para o jusnaturalismo, uma vez que a *razão* poderia acessar os princípios universais que devem pautar a conduta humana, os sistemas normativos (incluindo-se, aqui, o Direito) somente poderiam ser considerados válidos se fossem compatíveis com tais princípios.³⁶ Se todos os sistemas normativos podem ser identificados pela razão humana, ou seja, se todos eles decorrem de um único fundamento último, entre os sistemas jurídico e moral – e, portanto, entre o Direito e a Moral –, deve ser reconhecida uma conexão conceitual necessária (*morality thesis*), sendo artificial qualquer visão dualista.

Já para o positivismo jurídico, a validade de uma norma jurídica independia de sua compatibilidade com outros sistemas normativos, em geral, e com a Moral, em particular. Deste modo, uma vez que os sistemas normativos são construções arbitrárias da *vontade* humana,³⁷ o sistema jusnormativo deve ser identificado através de suas fontes sociais,³⁸ e não pela sua compatibilidade com outros sistemas normativos (*separation thesis*), devendo ser afirmada a autonomia conceitual do Direito em relação a outros sistemas normativos.

A segunda, por sua vez, diz respeito à natureza do Direito. Para o jusnaturalismo, a natureza do Direito era, sem dúvida, normativa. Uma vez que a razão poderia conhecer as normas que regulam a conduta humana, não seria

³⁶ STRUCHINER, Noel [2005]. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo.** In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alli* (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 400.

³⁷ Neste ponto, convém esclarecer que o objeto de estudo da filosofia moral divide-se, basicamente, em 03 (três) ramos: i) a *ética normativa*, que busca identificar construções filosóficas que estruturam sistemas normativos destinados a nortear a conduta humana; ii) a *ética aplicada*, que se ocupa de questões concretas e vitais da ação humana, forçando uma adaptação ou modificação dos sistemas éticos identificados pela ética normativa; e iii) a *metaética*, que tem por finalidade discutir se os fundamentos da moral são racionais ou sentimentais, isto é, se estamos veiculando conhecimento verdadeiro ou se estamos simplesmente dando vazão aos nossos sentimentos, emoções ou preferências. Note-se que o reconhecimento de sistemas éticos (ética normativa), ou de seu desenvolvimento (ética aplicada), não depende de uma postura metaética positiva (ou cognitivista). Assim sendo, embora seja possível identificar, em qualquer sociedade, determinado sistema normativo ético (objeto da ética normativa), ou mesmo analisar seu desenvolvimento prático (ética aplicada), o fundamento último da moral, para os não-cognitivistas (e, também, para a maioria dos positivistas), é sempre de caráter irracional (postura metaética negativa). O ceticismo da posição positivista, como bem nota Alf Ross, “(...) *não se refere à moral, mas sim à lógica do discurso moral; não se refere à ética, mas sim à metaética.*” Respectivamente: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de [2004]. **Ética: uma Questão de Invenção ou de Descoberta ?.** In: ROUANET, Luiz Paulo *et alli* (Org.). *Razão Mínima*. São Paulo: Unimarco, 2004, p. 12 e 13 et ROSS, Alf [1969]. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos.** México DF: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 21.

³⁸ STRUCHINER, Noel [2005]. **Algumas “Proposições Fulcrais” Acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Positivismo.** In: MAIA, Antonio Cavalcanti *et alli* (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 410.

admissível que esta (conduta) contrariasse aquela (norma). A norma é uma verdadeira *ordem* (leia-se: imperativo), coagindo a vontade humana a escolher o que a razão reconhece como praticamente necessário, ou seja, como bom.³⁹ As regras do dever-ser obtidas pela razão configuravam verdadeiros imperativos, e estas *normas* eram, justamente, o seu objeto (*normativity thesis*).

Em sentido contrário, o positivismo jurídico anterior a Kelsen, ainda não completamente emancipado da Escola Histórica do Direito,⁴⁰ reduzia o Direito à faticidade vigente nas relações sociais e negava sua dimensão normativa. Em última instância, toda ciência baseia-se no estudo de *fatos* e, portanto, para o positivismo jurídico, a ciência do Direito deveria ter por objeto o comportamento do homem em sociedade (fatos empíricos) e nada mais.⁴¹ A definição do Direito dependeria, assim, exclusivamente da análise dos fatores sociais que permitiram sua criação, e não de considerações valorativas sobre a conduta do homem em sociedade (*facticity thesis*).⁴²

Estas posições sempre foram consideradas incompatíveis entre si. Ou o Direito era considerado (i.a.) um sistema normativo (i.b.) intrinsecamente relacionado com a Moral (posição jusnaturalista), ou (ii.a.) o encadeamento de fatos sociais (ii.b.) sem qualquer conexão necessária com os demais sistemas

³⁹ ABBAGNANO, Nicola [1971]. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 545.

⁴⁰ A Escola Histórica do Direito surgiu na Alemanha no início do século XIX. Este movimento afirmava o sentido irracional da história (em contraposição à interpretação racionalista e universalista dos iluministas, em geral, e dos jusnaturalistas, em particular) e concentrava seus estudos na produção normativa de seu país. Suas vigorosas críticas contra o jusnaturalismo serviram de base epistemológica ao positivismo jurídico, embora apresente teses incompatíveis com este, como a crítica da centralização normativa nas mãos do Estado, a defesa do papel determinante dos costumes específicos da cultura de cada país (*Volksgeist* ou “espírito do povo”) e o papel central da doutrina na sistematização do Direito. Cf. BOBBIO, Norberto [1969]. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 45; DIMOULIS, Dimitri [2006]. **Positivismo Jurídico – Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político**. São Paulo: Método, 2006, p. 70.

⁴¹ KELSEN, Hans [1959]. **Uma Teoria “Realista” y la Teoria Pura Del Derecho**. In: *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. México DF: Distribuciones Fontamara, 2003, p. 10.

⁴² Estes 2 (dois) pares de teses também podem ser descritos nos termos da distinção entre *ser* (*is*, *Sein*) e *dever-ser* (*ought*, *Sollen*). Segundo Stanley Paulson, “*the distinction is systematically ambiguous; on one reading, ‘is’ and ‘ought’ take their values from the first pair of thesis, on another reading, from the second pair. Thus, from the standpoint of the separation and morality theses, norms of the law belong to ‘is’, and norms or morality, to ‘ought’, while, from the standpoint of the normativity and facticity theses, legal norms belong to ‘ought’, and concatenations of fact, which are contrasted with legal norms, to ‘is’.*” Paulson, Stanley [1998]. **Introduction**. In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. xxxi.

normativos (posição positivista). Qualquer busca por uma terceira via estava fadada ao insucesso.

Eis, justamente, o desafio lançado por Kelsen. De um lado, sua Teoria Pura do Direito vai aceitar a tese da separação, afirmando, em consonância com a tradição positivista, que o Direito não mantém qualquer relação necessária com a Moral. Este é, sem dúvida, o seu ponto de partida. Todavia, em frontal ruptura com esta mesma tradição, Kelsen vai assumir uma posição até então exclusivamente jusnaturalista: a de que o Direito *possui* uma dimensão normativa.⁴³

Para Kelsen,⁴⁴ esta dimensão normativa do Direito encontra o seu fundamento filosófico o dualismo metodológico⁴⁵ da Escola Neo-Kantiana de Marburg,⁴⁶ mais especificamente na distinção entre (i) mundo dos fatos (*ser*), objeto das ciências naturais e explicados nos termos da causalidade, e (ii) mundo dos valores (*dever-ser*), objeto das ciências do espírito (leia-se: culturais) e explicados nos termos da imputação de sentido aos atos ou fatos naturais pela vontade humana.

Assim, para a Teoria Pura do Direito, o ato que cria uma norma jurídica é, sem dúvida, um fato (“*is-fact*”, *Seinstatsache*).⁴⁷ Todavia, o sentido objetivo deste ato, isto é, a norma jurídica (*dever-ser*), possui uma realidade autônoma na esfera cultural (*ser*). Ao conciliar a separação entre o Direito e a Moral (*separation thesis*) com a dimensão normativa do Direito (*normativity thesis*), sua Teoria Pura do Direito funcionou como um meio termo⁴⁸ entre as tradições

⁴³ Todavia, enquanto Kelsen entendia que o Direito *possui* uma dimensão normativa, a tradição jusnaturalista afirmava que o Direito *é* um sistema normativo.

⁴⁴ KELSEN, Hans [1933]. **The Pure Theory of Law, “Labandism” and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves.** In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 27-33.

⁴⁵ Esta dualidade entre natureza e sociedade foi, justamente, o objeto de análise do item precedente, para o qual, diante de eventuais dúvidas, remete-se o leitor.

⁴⁶ A denominada Escola Neo-Kantiana de Marburg tinha como seu maior expoente o filósofo Hermann Cohen (1842-1918). Inclusive, ao que parece, um dos seus livros, *Ética da Vontade Pura* (“*Ethik des reinen Willens*”) serviu de inspiração para a denominação da teoria jurídica de Hans Kelsen. In: MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra.** Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 15.

⁴⁷ KELSEN, Hans [1960]. **Pure Theory of Law.** Trad. Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 211.

⁴⁸ Note-se, aqui, que Kelsen expressamente caracterizou sua teoria como um meio-termo (*middle-way*, *Mittelweg*) entre as tradições jusfilosóficas. KELSEN, Hans [1960]. **Pure Theory of Law.** Trad. Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 211.

jusnaturalistas e juspositivistas, tornando possível a explicação do Direito de forma independente dos fatos que lhe deram origem.⁴⁹

Através destas referências metodológicas, Kelsen acaba por instaurar uma “dupla pureza”⁵⁰ na ciência do Direito. De um lado, a adesão à tese da separação entre o Direito e a Moral permite uma pureza *axiológica* (ou *valorativa*) da ciência do Direito: ao assumir uma posição exclusivamente descritiva do Direito, a ciência do Direito passa a ter por objeto específico o Direito Positivo (ou Real), e não o Direito Ideal, objeto da política.⁵¹ Note-se, todavia, que sua Teoria Pura propõe-se a *delimitar* o Direito no que diz respeito aos valores, e não *eliminar*⁵² toda e qualquer consideração moral *sobre* ou *a partir* do Direito.⁵³

De outro, a adesão à tese da normatividade, permite que a Teoria Pura do Direito alcance uma pureza *sociológica*. Neste passo, sem negar a possibilidade de uma ou mais ciências que estude o Direito de acordo com seus fatores sociais,⁵⁴ a sua ciência do Direito pretende ser uma *Teoria Pura* do Direito Positivo, e não uma Teoria do *Direito Puro*,⁵⁵ ou seja, de um Direito desligado da realidade.⁵⁶

⁴⁹ PAULSON, Stanley [1998]. **Introduction.** In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. xxxii.

⁵⁰ RAZ, Joseph [1981]. **The Purity of the Pure Theory.** In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 238.

⁵¹ KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. xxix.

⁵² LOSANO, Mario [1976]. **Introdução.** In: KELSEN, Hans [1960]. O Problema da Justiça. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. xiv.

⁵³ “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso etc.” KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 393.

⁵⁴ “The law may be the object of different sciences; the Pure Theory of Law has never claimed to be the only possible or legitimate science of law. Sociology of law and history of law are others. They, together with the structural analysis of law, are necessary for a complete understanding of the complex phenomenon of law.” KELSEN, Hans [1948]. **Law, State and Justice in the Pure Theory of Law.** In: KELSEN, Hans [1957]. What is Justice? – Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 294.

⁵⁵ “La despolitización que la teoría pura del derecho exige se refiere a la ciencia del derecho no a su objeto, el derecho. El derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor. Pero la ciencia del derecho puede y debe ser separada de la política si es que pretende valer como ciencia.(...) La teoría pura del derecho es una teoría pura del derecho, no la teoría de un derecho puro (...)” KELSEN, Hans [1953]. **¿Que**

Assim, segundo o próprio Kelsen,

“quando esta doutrina é chamada de ‘teoria pura do Direito’, pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação.”⁵⁷

Se a ciência do Direito quiser se libertar das demais esferas do conhecimento e ver respeitada a sua autonomia, ela precisa delimitar o seu objeto com a máxima precisão.⁵⁸ Logo, continua Kelsen,

“quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face [de outras] disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.”⁵⁹

Neste particular, impõe-se reconhecer que sua Teoria Pura do Direito sempre buscou delimitar, com clareza, o seu objeto de cognição.⁶⁰ Em que pese as suas constantes mudanças e evoluções, esta sempre teve um objetivo bem definido, desde sua obra inaugural⁶¹ até sua obra póstuma⁶²: estabelecer a norma jurídica como objeto da ciência do Direito. Logo, seu objeto não são os fatos

és la Teoría Pura del Derecho? Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Mexico DF: Distribuciones Fontamara, 1991, p. 29 e 30.

⁵⁶ LOSANO, Mario [1966]. **Introdução.** In: KELSEN, Hans [1960]. O Problema da Justiça. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. xvi.

⁵⁷ KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. xxviii.

⁵⁸ KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law.** Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 8.

⁵⁹ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 2.

⁶⁰ “*The Pure Theory of Law seeks to delimit clearly the object of its cognition*”. In KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law.** Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 8.

⁶¹ “*La jurisprudencia, la ciencia del derecho, figura, décimos, entre las disciplinas normativas (...) El carácter normativo de la jurisprudencia se manifiesta (...) por cuanto que versa sobre normas (...) de las cuales tiene que derivar sus conceptos jurídicos especiales.*” KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado.** Trad. Wenceslao Roces. México D.F., Editorial Porrúa, 1987, p. 6.

⁶² “*Nella lingua tedesca non c’è neanche un nome diverso da termine ‘logica’, come nome di una scienza, per le norme che costituiscono l’oggetto della scienza che descrive queste norme, come invece esiste il nome ‘morale’ per le norme che costituiscono l’oggetto dell’etica e il nome ‘diritto’ per le norme che costituiscono l’oggetto della scienza del diritto.*” KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme.** Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 3.

sociais ou a valoração dada a estes fatos,⁶³ mas sim uma esfera autônoma de sentido: a *norma jurídica*. O que transforma um fato natural num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui.⁶⁴

Assim, quando a Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra a sua visualização sobre as normas jurídicas, e não sobre fatos da ordem do ser (quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido – querido ou representado), ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que estes fatos são o conteúdo de *normas jurídicas*, quer dizer, na medida em que são determinados por *normas jurídicas*.⁶⁵ Eis, portanto, o objeto de sua teoria jurídica.

Definido o objeto da ciência jurídica, a *norma jurídica* (apenas uma das dimensões do Direito, e não o Direito como um todo), Kelsen iria enfrentar um outro desafio: apresentar um conceito de norma jurídica compatível com as exigências de pureza por ele mesmo lançadas. Nas próximas páginas, será demonstrada a evolução do conceito de norma jurídica através da análise das obras que representam os verdadeiros paradigmas da Teoria Pura do Direito.

⁶³ De acordo com o próprio Kelsen, a pureza de sua teoria é assegurada em 2 (duas) direções: i) “*it is to be secured against the claims of a so-called ‘sociological’ point of view, which uses the methods of the causal sciences to appropriate the law as a part of nature.*”; ii) “*to be secured against the claims of the natural law theory, which (...) takes legal theory out of the realm of positive legal norms and into the realm of ethico-political postulates.*” KELSEN, Hans [1923]. **Foreword to the Second Printing of *Main Problems in the Theory of Public Law***. In: PAULSON, Stanley *et* PAULSON, Bonnie L. (Org). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 3-4.

⁶⁴ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.

⁶⁵ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 113.