

2

Kelsen e Kant – limites e possibilidades da razão

Kelsen não desconhece ser anterior à intervenção kantiana a perspectiva que concebe a razão como possível fonte da boa conduta.¹ Ele parece estar convicto, por outro lado, de que nenhum outro filósofo a expôs de modo tão preciso quanto o fez o filósofo alemão.

Para abandonar o «velho dogmatismo carcomido»² já fragilizado pelo empirismo inglês, Kant viu-se obrigado a trazer a razão para o centro das preocupações epistemológicas passando a questionar a própria possibilidade do conhecimento.

«Nosso século é o século da crítica, à qual tudo se deve submeter»,³ afirmou no prefácio à primeira edição de *Kritik der reinen Vernunft* (Crítica da razão pura). Se até mesmo a religião e a legislação tinham que depor perante este tribunal crítico, não havia motivo para que a metafísica fosse poupada.

2. 1.

A razão teórica

Em poucas palavras, a pretensão que o estimulava era a de desenvolver uma reflexão crítica que pudesse descortinar os requisitos a serem atendidos para que a razão pudesse firmar verdades, definidas por Kant como a correspondência entre o juízo e o objeto a que este se refere.⁴ A razão e as possibilidades de um saber seguro, verdadeiro, são o motivo da inquietação kantiana. Ela quer saber, enfim, acerca da existência e do alcance de uma *razão teórica*, aquela cujo funcionamento está comprometido com o conhecimento.

¹ Para exemplos de pensadores citados por Kelsen que teriam se servido da noção de razão prática, pode-se consultar *O problema da justiça*. 3. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1998. pp. 85-89 e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. In: KELSEN, Hans. Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho. Trad. Eugenio Bulygin. Fontamara : Mexico D. F. 2003. pp. 126-129.

² «*vieux dogmatisme vermoulu*». *Critique de la raison pure*. Trad. Alexandre Delamarre e François Marty. Paris : Gallimard, 1980. p. 32. Os trechos citados neste trabalho foram traduzidos por mim das obras mencionadas na referência bibliográfica.

³ «*Notre siècle est le siècle propre de la critique, à laquelle tout doit se soumettre.*» Ibidem. p. 33.

⁴ Idem, ibidem. pp. 123 e 124.

O resultado deste questionamento é notório e convém seja aqui recordado ainda que sucintamente. Quanto à possibilidade do conhecimento, estariam enganados dogmáticos e céticos, pois se “conhecer” é uma pretensão humana realizável, não o é de modo ilimitado. Eis um primeiro e importantíssimo ponto. Depois, e uma vez sendo o conhecimento admitido, a constituição do saber não se deve com exclusividade nem à razão e nem à experiência, com o que também ambições racionalistas e empiristas vêem-se frustradas. É preciso recordar que o saber provém de faculdades que atuam em conjunto: a sensibilidade projeta-se na experiência e dela recolhe a matéria que o entendimento entrega à razão.⁵

Contudo, nenhuma destas faculdades desempenha seu papel de modo irrestrito. Elas funcionam sob certas condições, certos parâmetros formais *a priori*; espécie de balizas de existência necessária que delimitam com anterioridade suas respectivas atuações. É dizer, tanto a sensibilidade quanto o entendimento somente articulam-se dentro deste restrito âmbito. A primeira limita-se ao que se verifica no tempo e no espaço, e o segundo apenas movimentase dentro dos marcos que lhe são oferecidos pelas categorias, como as chama Kant, de que são exemplos a unidade e a causalidade.⁶

Não há dificuldade em constatar os efeitos deste quadro: se em um primeiro e imprescindível estágio do processo cognitivo a sensibilidade dirige-se à experiência para dela destacar informações apreensíveis temporal e espacialmente – os *fenômenos*, no vocabulário kantiano –, o que transcende a experiência – o *númeno*, ainda em Kant – não é por ela alcançado. Isto significa que no meta-empírico, ambiente que não se sujeita às injunções espacio-temporais, a sensibilidade não pode projetar-se. Com isto, o entendimento, o segundo e também imprescindível estágio do processo cognitivo, deixa de receber o conteúdo sobre o qual suas categorias seriam aplicadas. Obviamente, uma vez falhos estes dois momentos, a razão, que reúne e organiza o que deles recebe em um conceito, não tem sobre o que se pronunciar, e o transcendente, assim, resta-

⁵ Acerca da necessidade da participação conjunta do entendimento e da sensibilidade no processo cognitivo, ver *Critique de la raison pure*. op. cit. pp. 63, 86-88, 117-119 e 322.

⁶ No que se refere às condições formais presentes em ambas faculdades e apenas em observância das quais atua o investigador, convém consultar, ainda em *Critique de la raison pure*, pp. 87-90 e 166-169.

lhe um mistério inacessível, motivo pelo qual não pode ser considerado, propriamente, seu objeto, um objeto do conhecimento.⁷

Deste modo, discorrer racionalmente acerca de algo só pode significar referir-se ao que resulta do processo cognitivo integralmente concluído. Significa aludir ao material que foi recolhido da experiência, em seguida manuseado pelo entendimento e por último reunido e organizado pela razão. É dizer, o discurso racional não é senão uma referência ao resultado final desta atividade complexa, ao objeto que o indivíduo de certa maneira constrói dentro dos limites *a priori* de suas possibilidades. Este objeto é, precisamente, aquilo que se pode conhecer. É uma criação peculiar, portanto.

Mas não podemos nos esquecer tratar-se de uma criação gnosiológica, nunca empírica, pois a razão não institui na experiência aquilo sobre o que a sensibilidade avança, ele apenas reúne e organiza em plano radicalmente diverso, um âmbito teórico, o material que lhe chegou às mãos como momento culminante do processo cognitivo e ao qual atribui uma versão conceitual.

Antes de prosseguirmos, contudo, e para que mal-entendidos sejam evitados, cumpre ressaltar que a razão à que se refere Kant é a razão humana, e não a de um ou outro sujeito individualmente considerado. Ou seja, todo o processo aqui descrito é, quanto ao rigor de suas limitações e quanto à extensão de suas possibilidades, comum aos seres racionais, e suas respostas são, neste sentido, compartilháveis objetivamente por todos aqueles dotados do componente racional.

Feito este alerta, podemos arriscar o seguinte modelo: experiência → atuação condicionada da sensibilidade e do entendimento → objeto constituído pela razão. Esta parece ser a ordem dos acontecimentos, o esquema simplificado e sucinto em que se desenvolve o processo cognitivo no articulado kantiano.

Deste cenário destacam-se duas conclusões a Hans Kelsen fundamentais:

- a. o que não está na experiência – o transcendente, o incondicionado - é incognoscível;
- b. o objeto sobre o qual se pode pronunciar racionalmente é, a rigor, uma expressão teórica resultante do limitado processo cognitivo, um

⁷ Sobre a incognoscibilidade do meta-empírico, conferir, *Critique de la raison pure*. op. cit. pp. 48, 51, 53, 54, 107, 108 e 313-315. Para o sentido de *trancendente*, p. 320. Para uma compreensão de *fenômeno* e de *númeno*, ainda nesta edição, pp. 276-294.

produto da síntese intelecto-sensibilidade, uma criação peculiar, nos termos apontados.

A ambição metafísica é para Kelsen, assim como o havia sido para Kant⁸ - «este gênio filosófico»⁹ - fonte de obscuridades e contradições. Como veremos oportunamente, ele percebia sua presença na retórica que impulsionava a doutrina do Direito Natural, e por isto a combateu. «A filosofia kantiana foi para mim (...), desde o princípio, a luz que me guiou».¹⁰ Kelsen chega a anunciar de modo franco, aberto, ser a epistemologia jurídica que elabora o exercício de uma específica pretensão: administrar, com o máximo de fidelidade possível, salienta, a herança deixada pelo pensamento do filósofo alemão.¹¹

Não faltam testemunhas de que tal anúncio foi levado a sério. Em *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, por exemplo, ele destaca a rejeição que a filosofia teórica kantiana apresenta à idéia de que o conhecimento possa referir-se ao transcendente, ao meta-empírico,¹² e tanto nesta quanto em inúmeras outras obras fornece-lhe adesão.¹³

Mas talvez seja *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (Fundamentos filosóficos da doutrina do direito

⁸ *Critique de la raison pure*. op. cit. pp. 31 e 32.

⁹ «this philosophical genius». *Natural law doctrine and legal positivism*. Trad. Wolfgang Kraus. In: KELSEN, Hans. *General theory of law and State*. 6. ed. Trad. Anders Wedberg. Cambridge : Harvard University Press, 2003. p. 444.

¹⁰ «La philosophie kantienne fut (...) pour moi la lumière qui me guida». Carta enviada a Julius Moór, escrita em 20 de fevereiro de 1927 e constante em *Documents de Kelsen en Hongrie: Hans Kelsen et Julius Moór*. In: *Droit et société*. n° 7. Paris : L.G.D.J., 1987. p. 337.

¹¹ Carta enviada a Renato Treves, escrita em 03 de agosto de 1933 e constante em *Kelsen et le kantisme*. In: *Droit et société*. n. 7. Paris : L.G.D.J., 1987. p. 327. Sobre a relação entre a teoria kelseniana e o kantismo, ver TREVES, Renato. *Kelsen et le kantisme*. In: *Droit et Société*. n° 7. Paris : L.G.D.J., 1987; HAMMER, Stefan. *A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law?*. In: Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. *Normativity and Norms. Critical perspective on kelsenian themes*. New York : Oxford University Press, 1998; e PAULSON, Stanley L. *La normativité dans la théorie pure du droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendants?*. Trad. Françoise Michaut. In: *Droit et société*. n° 7. Paris : L.G.D.J., 1987.

¹² *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. 2. ed. Trad. Charles Eisenmann. Paris : Édition Dalioz, 2004. pp. 111 e 112.

¹³ Cf. *Teoría general del Estado*. Trad Luis Legaz Lacambra. Granada : Comares, 2002. p. 44; *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 419, 433-435; ; *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. In: KELSEN, Hans. *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science* - Collected essays. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. pp. 198 e 199; *What is justice?*. In: KELSEN, Hans. *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science* - Collected essays. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. p. 10; *Fundamentos da democracia*. In: KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. Trad. Ivone C. Benedetti et al. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 164, e *O problema da justiça*. op. cit. p. 69.

natural e do positivismo jurídico)¹⁴ a obra em que Hans Kelsen estende-se com maior clareza acerca do sentido que confere ao tema:

O dualismo metafísico-religioso de céu e terra, Deus e mundo, é superado quando o homem, especialmente através do avanço da ciência empírica, encontra coragem para rejeitar o domínio do transcendente - que está além de sua experiência - por ser incognoscível, incontrolável e, portanto, uma hipótese cientificamente inútil. (...) Apenas cegueira ou ilusão poderia se atrever a negar o enigma do universo ou a declará-lo cientificamente solucionável. É a atitude do tipo filosófico ideal em discussão - a única que merece ser chamada "científica" - que pára diante do enigma final que ela livremente reconhece, porque tem consciência das limitações do saber humano.¹⁵ (parênteses nossos)

Quanto ao entendimento, Kelsen também o considera como faculdade exercitável dentro de certos limites formais, certos condicionantes *a priori* e que - na hipótese do cientista dedicado ao direito - são representados pela imputação, pelo *dever-ser*, o princípio ordenador que em várias passagens é mencionado como de função análoga à das categorias kantianas.¹⁶

É somente instrumentalizado por um *dever-ser* pressuposto em seu pensamento - e sobre o qual falaremos com mais vagar oportunamente - que pode o jurista kelseniano dirigir-se ao conjunto desconexo de normas que a autoridade positiva por meio de atos verificáveis na experiência. É este *dever-ser* apriorístico que o habilita a reunir e a organizar tal conjunto em um plano gnosiológico onde faz do desconexo um sistema, e assim constrói o que depois desta intervenção criativa pode ser chamado de ordenamento jurídico. O sentido teórico-constitutivo da atuação da razão, portanto, também é pelo normativismo adotado:

¹⁴ A tradução para a língua inglesa do título *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* veio a lume como *Natural law doctrine and legal positivism*. Ela parece-nos inexata, e, ainda que tenha sido conhecida e autorizada por Hans Kelsen, preferimos abandoná-la em favor de *Fundamentos filosóficos da doutrina do direito natural e do positivismo jurídico*.

¹⁵ «The metaphysical-religious dualism of heaven and earth, of God and world, is overcome when man, especially through the advance of empirical science, finds the courage to discard the realm of transcendent, which is beyond his experience, because it is an unknowable, uncontrollable, and therefore scientifically useless hypothesis. (...) Only blindness or delusion could presume to deny the riddle of the universe, or declare it scientifically soluble. It is the attitude of the philosophical ideal type under discussion, which alone deserves to be called "scientific", that stops before the ultimate enigma which freely recognizes, because it is conscious of the limitations of the human knowledge». *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 433 e 434.

¹⁶ Cf. *Introduction to the problems of legal theory*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. New York : Oxford University Press, 2002. pp. 24 e 25; *Sociedad y naturaleza*. Trad. Jaime Perriau. Buenos Aires : Depalma, 1945. p. IX; *Science and politics*. In: Kelsen, Hans. What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. p. 363; *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*. Trad. Henri Thévenaz. Neuchâtel : Baconnière, 1953. pp. 58-60; e *Pure theory of law*. Trad. Max Knight. Berkeley : University of California Press, 2004. p. 103. Para considerações referentes à imputação em Kelsen, cf. PAULSON, Stanley L. *Hans Kelsen's doctrine of imputation*. In: Ratio Juris. Oxford : Blackwell, 2001.

A cognição não pode ser apenas passiva em relação a seus objetos, ela não pode ser limitada a refletir coisas que de certa forma são dadas em si mesmas, que existem em uma esfera transcendente. (...) [Ela, a cognição] deve assumir um papel ativo, produtivo, em relação a seus objetos. A própria cognição cria seus objetos a partir dos materiais fornecidos pelos sentidos em conformidade com suas leis imanentes.¹⁷ (parênteses e colchetes nossos)

Após termos assinalado esta convergência, parece-nos conveniente dirigir nossa atenção ao que a respeito desta nota constitutiva nos diz o próprio Kelsen quando se refere ao conhecimento relativo ao direito. Na segunda edição de sua *Reine Rechtslehre* ele nos dá um depoimento exemplar de sua compreensão:

Também é verdade que, no sentido da epistemologia kantiana, a ciência jurídica como cognição do direito possui, como toda cognição, caráter constitutivo. Ela “cria” seu objeto na medida em que o compreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações torna-se cosmos - isto é, “natureza” como um sistema unitário - por meio da cognição da ciência natural, a pluralidade de normas jurídicas gerais e individuais criadas pelos órgãos jurídicos torna-se um sistema unitário - uma ordem jurídica - por meio da ciência do direito. Mas sua “criação” tem um caráter puramente epistemológico. Ela é fundamentalmente diferente da criação de objetos pelo trabalho humano ou da criação do direito pela autoridade jurídica.¹⁸

2. 1. 1

O neokantismo de Heidelberg e Marburgo

Para que se possa entender com mais precisão o significado do último trecho citado, bem como os contornos da proximidade Kelsen-Kant, parece-nos

¹⁷ «Cognition cannot be merely passive in relation to its objects; it cannot be confined to reflecting things which are somehow given in themselves, which exist in a transcendent sphere. (...) [It] must assume an active, productive role in relation to its objects. Cognition itself creates its objects, out of materials provided by the senses and in accordance with its immanent laws.» *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 434.

¹⁸ «It is further true that, according to Kant's epistemology, the science of law as cognition of law, like any cognition, has constitutive character – it “creates” its object insofar as it comprehends the object as a meaningful whole. Just as the chaos of sensual perceptions becomes a cosmos, that is, “nature” as a unified system, through the cognition of natural science, so the multitude of general and individual legal norms, created by the legal organs, becomes a unitary system, a legal “order”, through the science of law. But its “creation” has a purely epistemological character. It is fundamentally different from the creation of objects by human labor or the creation of law by the legal authority.» *Pure theory of law*. op. cit. p. 72. Sobre o aspecto constitutivo de que se trata, ver também *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. op. cit. p. L; *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 434; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. p. IX; *General theory of law and State*. op. cit. p. 375; *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. pp. 199 e 200; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 45; ¿*Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Mexico D. F. : Fontamara, 2006. pp. 21 e 47; *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 165, e *Théorie générale des normes*. Trad. Olivier Beaud e Fabrice Malkani. Paris : Presses Universitaires de France, 2006. pp. 100, 426 e 427.

imprescindível por em relevo a importância que o movimento neokantiano exerceu na construção da teoria pura do direito.

Convém recordar que a segunda metade do século XIX viu ressurgir na Alemanha o interesse pela filosofia desenvolvida em Königsberg. Reclamava-se a recuperação do pensamento criticista. Entre os que se alinhavam a tal postura, havia a convicção de que o criticismo poderia ser de grande utilidade para a solução das questões que se lhes apresentavam. Ele seria capaz de contribuir com respostas sofisticadas aos debates de então, quando vivia um período de suposta obsolescência. Era preciso, pois, “retornar a Kant”, como em 1865 formulou Otto Liebmann.

Porém, o que se pretendia não era fazê-lo freqüentar novamente o centro das discussões filosóficas sem mais. O objetivo era, também e principalmente, o de revigorá-lo. E nesta empresa dois centros destacaram-se pelos resultados de seus feitos: as chamadas Escola de Heidelberg (por vezes denominada Escola de Baden ou Escola do sudoeste alemão) e Escola de Marburgo.

A primeira ocupava-se sobretudo da filosofia dos valores, e entre seus máximos expoentes encontramos os filósofos Wilhelm Windebrand, Heinrich Rickert e George Simmel, sobressaindo-se Emil Lask e Gustav Radbruch na teoria jurídica. A segunda dedicava-se a questões epistemológicas, enfatizando a relevância do método no processo de conhecimento. Entre seus principais nomes estão os dos filósofos Hermann Cohen, Paul Natorp e Ernest Cassirer, e o do jusfilósofo Rudolf Stammler.¹⁹

Destas Escolas Hans Kelsen recebeu influências decisivas. Pode-se mesmo dizer que os dois principais pilares de sustentação de sua teoria pura provêm da perspectiva neokantiana ali desenvolvida.

Sobre o primeiro deles é feita referência no prefácio à segunda edição de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, por exemplo, onde Kelsen afirma ter vindo de Heidelberg, mais exatamente de Windebrand e Simmel, «a fundamental antinomia entre *ser* e *dever-ser*»;²⁰ uma antinomia a que, dizemos nós, jamais

¹⁹ Sobre a Escola de Marburgo, sugerimos a leitura de PHILONENKO, Alexis. *L'École de Marburg*. Librairie Philosophique J. Vrin, 1989.

²⁰ «la fundamental antinomia entre el ser y el deber ser». *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. op. cit. p. XL. Recomendamos a consulta de SOSÖE, Lukas. *La distinction de l'être et le devoir-être dans la théorie pure du droit*. In: La philosophie du droit de Hans Kelsen. Caen : Centre de Publication de l'Université de Caen. n° 9, 1986; WRIGHT, Georg Henrik von. *Is and ought*. In: Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. *Normativity and Norms*. Critical

renunciou.²¹ Seu sentido lógico e as eventuais repercussões políticas que a inobservância desta diferença pode promover são de superior interesse para o êxito da tese a que nos propomos defender. Deles voltaremos a tratar em breve.

O segundo pilar é por Kelsen ressaltado sempre que ele nos diz - como o faz em *General theory of law and State* - ser por meio da intervenção do jurista «que o material jurídico é transformado em um sistema».²² Em carta dirigida ao professor italiano Renato Treves - a quem escreve com o claro desejo de desfazer dúvidas então freqüentes acerca de seu pensamento - Kelsen afirma ser «absolutamente verdadeiro que o fundamento filosófico da teoria pura do direito repousa sobre a filosofia kantiana»,²³ para, em seguida, como quem busca conferir maior exatidão ao que pretende dizer, acrescentar: «ou, mais precisamente, sobre a interpretação coheniana de sua filosofia».²⁴

De acordo com o próprio Kelsen, foi após o encontro com a leitura neocriticista de Hermann Cohen - ocorrido no início da década de 10 - que teria surgido «o ponto de vista epistemológico decisivo»,²⁵ sem o qual, não hesitamos

perspective on kelsenian themes. New York : Oxford University Press, 1998, e WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Kelsen, the is-ought dichotomy and the naturalistic fallacy*. In: Kelsen et le positivisme juridique. Revue Internationale de Philosophie. nº138. Paris : Librairie Philosophique J. Vrin, 1981.

²¹ Pode-se comprovar o afirmado consultando-se trechos da primeira e da última de suas obras: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. op. cit. pp. 05-08 e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 71-103, 109 e 110. Acerca da diferença entre *ser* (*Sein*) e *dever-ser* (*Sollen*), cf., por exemplo, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. op. cit. pp. 05-08; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 24 e 62; *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 394 e 399; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. pp. VIII, 410-411; *Value judgments in the science of law*. In: KELSSEN, Hans. What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. pp. 218, 219 e 221; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. In: KELSSEN, Hans. What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. pp. 140, 141 e 159; *What is justice?*. op. cit. p. 20; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 88; *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 383; *A "dinamic" theory of natural law*. In: KELSSEN, Hans. What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. p. 174; *El concepto de orden jurídico*. Trad. María Isabel Azaretto. In: KELSSEN, Hans. Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho. México D. F. : Fontamara, 2003. pp. 94 e 95; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 05, 06, 19, 98, 99 e 193; *La autodeterminación del derecho*. Trad. Ricardo Azpúrua Ayala. In: Revista de Ciencias Sociales, nº 6. Valparaíso : Universidad de Chile, 1974. p. 412; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 122, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 71-103, 109 e 110.

²² *General theory of law and State*. op. cit. p. 375

²³ «Il est absolument vrai que le fondement philosophique de la Théorie Pure du Droit repose sur la philosophie kantienne». Carta enviada a Renato Treves, escrita em 03 de agosto de 1933 e constante em *Kelsen et le kantisme*. op. cit. p. 327.

²⁴ «ou, plus précisément, sur l'interprétation cohenienne de sa philosophie.» Ibidem.

²⁵ «el punto de vista epistemológico decisivo». *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. op. cit. p. L. Sugerimos a leitura de SCHMILL, Ulises. *La influencia de Hermann Cohen en Hans Kelsen*. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. nº 21, 2004.

em dizer, a teoria pura certamente teria tomado outro rumo: a «correlação insolúvel entre o processo de cognição e seu objeto».²⁶ Em consequência, «dois processos de cognição diferentes (...) em seu método implicam necessariamente dois objetos diferentes».²⁷

O relevo da questão metodológica na teoria pura pode ser percebido na preocupação do articulado kelseniano em dotar o conhecimento jurídico de instrumentos próprios, que lhe sejam particulares. Ele vê no que chama de “sincretismo metodológico” um atentado à singularidade da ciência do direito. Cumpre-lhe, então, combatê-lo para garanti-la. Eis o motivo pelo qual denomina *pura* sua teoria. A pureza do método surge-lhe como requisito para que se possa falar propriamente em *ciência jurídica*.²⁸

2. 1. 1. 1

O relativismo metodológico

O sentido constitutivo que o kantismo empresta à razão é pela Escola de Marburgo acentuado e estendido ao método. Com isto, torna-se perfeitamente compreensível que ciências diversas possam traduzir em relatos entre si distintos um mesmo fenômeno. É assim que o direito pode ser contemplado desde múltiplas perspectivas, como, v.g., a jurídica, a sociológica e a histórica, sendo certo, também, que cada uma delas fornecerá enunciados descritivos que lhe são exclusivos, uma vez que tais enunciados resultam do emprego que tais perspectivas fazem de seus respectivos recursos metodológicos. É dizer, o jurista,

²⁶ «una correlación insoluble entre el proceso de cognición y su objeto». *Sociedad y naturaleza*. op. cit. p. IX.

²⁷ «dos processos de cognição diferentes (...) en su método implican necesariamente dos objetos diferentes.» Ibidem.

²⁸ Para menções à importância de opor-se ao sincretismo metodológico, cf. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. op. cit. p. LII; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 74, 127 e 190; Carta enviada a Julius Moór, escrita em 20 de fevereiro de 1927 e constante em *Documents de Kelsen en Hongrie: Hans Kelsen et Julius Moór*. op. cit. p. 337; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 07 e 08; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. p. VIII; *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. In: KELSEN, Hans. What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. p. 269; *General theory of law and State*. op. cit. pp. XIV e XV; *Law, State and justice in the Pure Theory of Law*. In: KELSEN, Hans. What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. p. 294; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 17; ¿*Qué es la Teoría Pura del Derecho?* op. cit. pp. 17, 19, 30 e 34, e *Pure theory of law*. op. cit. pp. 01 e 105. Acerca do tema, ver SCHMILL, Ulises. *La pureza del método en la teoría kelseniana*. In: SCHMILL, Ulises; VERNENGO, R.J. Pureza metódica y racionalidad em la teoría del derecho. México : UNAM, 1984.

o sociólogo e o historiador trarão à luz três objetos, e não apenas um, nada obstante se tenham dirigido a um mesmo fenômeno.²⁹

Este é o panorama decorrente do *relativismo metodológico*, opção referida à teoria do conhecimento que Hans Kelsen acolhe e faz repercutir em toda sua construção jusfilosófica. O relativismo de que se trata neste momento situa-se no âmbito da epistemologia, e seu significado último parece-nos ser o que segue: os enunciados descritivos em que culmina o processo cognitivo somente são suscetíveis de generalização entre os indivíduos que utilizam – enquanto utilizam – idênticos instrumentos de pesquisa.

Em outras e talvez mais claras palavras, as proposições descritivas firmadas pela ciência do direito apenas podem pretender-se verdadeiras para os cientistas do direito, assim como conclusões estabelecidas por sociólogos ou historiadores só podem ser comprovadas ou refutadas por aqueles que se servem, respectivamente, dos recursos metodológicos da sociologia e da história.

Pode-se ter a ambição de submeter à prova enunciados para o alcance dos quais não se possui repertório investigativo adequado? Manuseando-se recursos metodológicos da sociologia, por exemplo, pode-se atestar a pertinência de conclusões somente alcançáveis por instrumentos que distinguem a história? A postura relativista em tela certamente apresenta a estas perguntas respostas negativas, e sendo assim, parece-nos plausível dizer que, para ela, *verdades são compartilháveis tão-somente por aqueles que compartilham os mesmos métodos*.

Com os recursos da medicina apenas se pode atestar ter ocorrido um óbito, jamais ter-se verificado um homicídio. No entanto, a descrição “João está morto” é tão verdadeira para a medicina quanto o é para a ciência do direito a que relata “Por ser o homicida que matou João, José deve ser punido”. Se a física nos pode dar notícia de que “José realizou o movimento Y contra o objeto Z afetando a integridade deste (evento X)”, a ciência do direito, atenta ao mesmo fenômeno, não nos pode dizer senão que, “verificado o evento X, José, autor do movimento Y, deve indenizar João, proprietário do bem Z”. O evento que os métodos da física nos descrevem aqui corresponde, para os da ciência jurídica, ao delito de dano.

²⁹ Kelsen faz referências à possibilidade de que distintas perspectivas metodológicas investiguem o direito em, por exemplo, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. op. cit. pp. 36 e 37; *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. op. cit. p. 269; *Law, State and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 294 e 295, e *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* op. cit. pp. 08, 17 e 18.

O relativismo metodológico não afirma, portanto, que “tudo é relativo”. Se o fizesse fragilizaria a si mesmo, pois também a verdade que pretenderia para sua afirmação seria, como tudo o mais, relativa, quando universalizá-la seria certamente sua ambição. A relatividade refere-se apenas aos recursos metodológicos aplicados, significando - convém repetir - que as conclusões a que cada um deles nos pode conduzir são suscetíveis de serem generalizadas entre os que mobilizam idêntico instrumental, e que, assim, e neste sentido, figuram como iguais.

Esta é uma informação que deve ser guardada. A igualdade que marca a relação entre os sujeitos que compartilham os mesmos métodos impede, segundo Kelsen, que o relativismo metodológico eventualmente deságüe nos paradoxos do solipsismo ou do pluralismo. Estes o levariam, respectivamente, à absolutização do universo individual ou à pulverização de conclusões verdadeiras entre todos os sujeitos que se dispusessem a realizar uma investigação. No primeiro caso, ter-se-ia apenas um mundo, o do “eu” para o qual a realidade é nada mais do que um efeito de sua percepção individual. No segundo, e ao contrário, ter-se-ia tantos mundos quantos fossem os sujeitos cognoscentes.

Entende Hans Kelsen, contudo, que a igualdade proporcionada pela utilização dos mesmos métodos fornece aos que deles se servem a mesma acessibilidade epistemológica ao objeto, com o que se frustra ambas hipóteses: sendo a verdade uma verdade compartilhável, o relativismo metodológico a opõe ao “eu” que se supõe único criador do mundo, e, ao mesmo tempo, demonstra aos “eus” dispersos que a conclusão que têm em comum os reúne em uma mesma perspectiva.³⁰

Feitas estas observações, podemos agora manter sempre presente que ao mencionar o caráter constitutivo da razão Hans Kelsen está referindo-se, a rigor, a uma propriedade do método. É a metodologia empregada que nos fornece o objeto sobre o qual podemos discorrer racionalmente, um objeto – vimos - situado em plano gnosiológico, conceitual, onde os elementos que na experiência são reciprocamente indiferentes passam a apresentar-se de modo organizado, dispostos em uma ordem dotada unidade e sistematização.

³⁰ Acerca do solipsismo e do pluralismo, cf. *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 166 e *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. pp. 200 e 201.

Recordar o sentido que a intervenção do investigador apresenta no processo cognitivo desperta aqui especial interesse, uma vez que nesta altura pode-se sublinhar a participação neokantiana e o protagonismo do método – e não apenas da razão comum a todos os seres humanos – nela implicado, para então compreender o que o autor da teoria pura quer dizer quando em *Was ist die reine Rechtslehre?* (O que é a teoria pura do direito?) afirma: «Como todo conhecimento, o conhecimento jurídico deve também formalizar seu objeto».³¹

2. 1. 1. 2

A verdade proporcionada pelo relativismo metodológico.

Se retornarmos ao legado que há pouco dissemos ter sido acolhido por Hans Kelsen da razão teórica kantiana (a. e b.) e o adaptarmos à intermediação de Marburgo que acima destacamos, teremos:

- a. o que não está na experiência – o transcendente, o incondicionado - é incognoscível (Hermann Cohen e seus discípulos não alteram esta assertiva); e
- b. o objeto sobre o qual se pode pronunciar racionalmente é, a rigor, uma expressão teórica resultante do limitado processo cognitivo, um produto da síntese intelecto-sensibilidade *em que o método empregado possui relevo decisivo ao condicionar sua existência gnosiológica, com o quê sua configuração é entendida como relativa aos que dele fizerem uso*; uma criação peculiar, nos termos apontados.

Podemos agora também formular o que pensamos ser a compreensão da *verdade* no articulado kelseniano: o resultado final de um procedimento racional-científico - «a busca da verdade (...) é função essencial da ciência»³²- e descritivo,³³ um resultado que existe de modo objetivo, ou seja, com

³¹ «Como todo conocimiento, el conocimiento jurídico debe también formalizar su objeto.» ¿*Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. p. 47.

³² «the search for truth (...) is the essential function of science». *Science and politics*. op. cit. p. 350.

³³ Em Kelsen, as possibilidades da ciência são resumidas à função descritiva. Por exemplo, *General theory of law and State*. op. cit. pp. XIV e 163; *Causality and imputation*. In: KELSEN, Hans. What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. p. 331; *Science and politics*. op. cit. pp. 350 e 366; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 25; ¿*Qué es la Teoría Pura del Derecho?* op. cit. p. 31; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 68, 69, 72 e 73; *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. Trad. R. Inés W. de Ortíz y Jorge A. bacqué. In: KELSEN, Hans.

independência das inclinações subjetivas de quem o enuncia - pois provém do manuseio de um aparato técnico, o método - e que consiste na correspondência exata entre aquilo que pode ser descrito por meio de tal aparato e aquilo que é efetivamente descrito por quem dele faz uso, sendo-lhe, assim, uma expressão relativa.

2. 2

A ciência do direito kelseniana e seu método

De fato, o repertório instrumental com que lida o investigador atinge aqui relevância sobranceira. Diante deste quadro, pode-se levantar a seguinte pergunta: Qual o método de que se serve a ciência do direito construída pela epistemologia kelseniana?

Entendemos haver traços claros de que a resposta correta aponta para o método empírico-transcendental. Pelo simples motivo de que apenas ele poderia corresponder à participação conjunta da sensibilidade e do entendimento no processo cognitivo, fazendo com que a ciência instituída pela teoria pura possa funcionar em atenção à proposta criticista que seu autor havia prometido levar a efeito. Abaixo, passamos a expor brevemente os elementos que compõem este método.

2.2.1

A experiência jurídica: a positividade do direito.

Como pretende significar o exercício da faculdade cognitiva, a ciência jurídica não pode referir-se senão ao que se encontra disposto na experiência.³⁴ O

Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho. México D. F. : Fontamara, 2003. p. 54, e *Théorie générale des normes*. op. cit. p. 202.

³⁴ Sobre o comprometimento da teoria pura com a análise do direito positivo, “real”, verificado na experiência, ver, entre tantas passagens, *Teoría general del Estado*. op. cit. p. cit. pp. 602; *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 392; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 07; *General theory of law and State*. op. cit. pp. XIV, XV e 13; *Science and politics*. op. cit. pp. 358 e 360; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 17; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. pp. 14, 30 e 31; *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*. Trad. Isolda Rodríguez Villegas. Buenos Aires : Katz, 2006. op. cit. p. 15; *Una teoría “realista” y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Eduardo Vásquez. In: Kelsen, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del*

jurista, que a põe em marcha, precisa dedicar-se ao ambiente em que sua sensibilidade é aplicável, e como vimos no exame sucinto da filosofia kantiana – neste particular confirmada pelo neokantismo –, este não é o caso de uma suposta dimensão transcendente. Ele necessita projetar-se na esfera da experiência, pois é nesta que seus limitados recursos de apreensão podem recolher os fenômenos – no sentido estipulado em Königsberg e aqui já aludido – e fornecê-los ao entendimento.

Uma vez que do direito se trata, ao jurista cabe pronunciar-se sobre o direito positivado, em vigor, aquele que de fato apresenta-se como técnica social específica em larga medida exitosa, é dizer, em larga medida eficaz, o que se dá quando as condutas que a dinâmica política instituiu como juridicamente obrigatórias são em sua generalidade espontânea ou forçosamente cumpridas por seus destinatários. Isto porque se o direito deixar de operar socialmente figurará como algo passado, ausente da experiência atual, e neste passo perderá sua positividade.

Mas convém que seja feito um importante alerta: não se pode confundir a validade do direito com sua eficácia. O direito é válido quando obrigatório, quando seus termos devem ser observados no sentido de que, se não o forem voluntariamente, uma força organizada agindo em nome da comunidade se encarregará de os impor. Sua positividade corresponde à vigência de sua obrigatoriedade na experiência atual, portanto.³⁵

Eficácia, por seu turno, significa a repercussão social que pode um direito válido apresentar. Ela é uma eventualidade, podendo dar-se ou não. Há direito eficaz e há direito ineficaz. A eficácia pressupõe a validade. O direito precisa estar já vigor para que o conteúdo seus termos possa vir a ser uma realidade empírica enquanto cumprimento de uma norma. A positividade do direito é a positividade –

Derecho. México D. F. : Fontamara, 2003. pp. 15 e 16; *Pure theory of law*. op. cit. p. 01 e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. cit. pp. 121 e 122.

³⁵ Para referências expressas à validade enquanto obrigatoriedade, conferir, por exemplo, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. 2. ed. Trad. Florêncio Acosta. México D.F. : Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 37; *General theory of law and State*. op. cit. p. 39; *Why should law be obeyed?*. In: KELSEN, Hans. What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. p. 257; *El concepto de orden jurídico*. p. cit. p. 93; *Una teoría “realista” y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la justicia*. op. cit. pp. 22 e 42; *Pure theory of law*. op. cit. p. 183; *Derecho y lógica*. In: KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. Normas jurídicas y análisis lógico. Trad. Juan Carlos Gardella. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 93, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 35 e 229.

verificação na experiência - de uma prescrição, e não a positividade da conduta que esta prescrição determina.

Traduzindo este raciocínio em notação lógica, veremos que se “dado *A* deve ser *B*” for uma norma presente na experiência – a portanto for positiva, válida -, ela assim o será ainda que a conduta *B* por ela prescrita não o seja. Não se pode confundir a positividade da norma “dado *A* deve ser *B*” com a positividade da conduta *B*. Por este motivo, Kelsen afirma que a eficácia não é exatamente uma propriedade do direito, mas sim uma adequação da conduta aos termos juridicamente prescritos. A validade é o *dever-ser* positivo do direito, a eficácia é o *ser* positivo da conduta que ao direito corresponde.³⁶

Dito isto, podemos retomar o sentido de direito positivo para Hans Kelsen: trata-se do conjunto de normas jurídicas obrigatórias instituídas por atos humanos verificados na experiência, sendo, portanto, uma disciplina «temporária, mutável»,³⁷ realizada «no espaço»,³⁸ características que a habilitam a apresentar eficiência na solução das questões que motivaram sua positivação.³⁹

Em *Science and politics*, Kelsen afirma que «apenas o direito positivo pode ser objeto de uma ciência do direito»,⁴⁰ e em outro escrito fornece-nos um complemento um tanto útil: «Se, por direito positivo, entende-se o direito

³⁶ A respeito da diferença entre validade e eficácia, sugerimos a consulta de *L'essence de l'État*. In: La pensée politique de Hans Kelsen. Caen : Centre de Publications de l'Université de Caen. n° 17, 1990. pp. 21 e 22; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 60-63; *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. op. cit. p. cit. pp. 267 e 268; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. p. 37; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 39-42, 110, 118, 119 e 120; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 48, 119, 120 e 122; *Una teoria “realista” y la teoria pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la justicia*. op. cit. pp. 22, 23, 24 e 42; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 10, 11, 12, 87, 88 e 211-214; *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. pp. 62, 63 e 64; *Validez y eficacia del derecho*. In: KELSEN, Hans; BULYGIN, Eugênio; WALTER, Robert. Validez y Eficacia del Derecho. Buenos Aires : Astrea, 2005. pp. 71, 73 e 74, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 184 e 185.

³⁷ «temporary and changeable». *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 138.

³⁸ «en el espacio». *Una teoria “realista” y la teoria pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la justicia*. op. cit. p. 15.

³⁹ Menções expressas à mutabilidade do direito positivo, ver, v.g., *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 138; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 86; *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 105; *Una teoria “realista” y la teoria pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la justicia*. op. cit. p. 15; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. cit. pp. 121 e 131, e *O problema da justiça*. op. cit. p. 71.

⁴⁰ «Only positive law can be the object of a science of law». *Science and politics*. p. cit. p. 360.

empírico, ou o direito verificado na experiência, (...) então a teoria pura do direito é certamente empírica».⁴¹

Para ele, *empírico* é o oposto de *metafísico*.⁴² Neste passo, sustenta, uma ciência destinada a conhecer o direito positivo é tão empírica quanto o são as ciências naturais, o que só não ocorreria se ela abandonasse a positividade a voltasse seus olhos para o transcendente, quando assumiria o procedimento jusnaturalista e despontaria não como uma ciência propriamente dita, e sim como uma metafísica do direito.

Poder-se-ia objetar que o direito positivo é uma composição de normas jurídicas, e que normas jurídicas concebidas por Kelsen não são fatos da experiência no mesmo sentido em que o são a chuva, o vento ou a dilatação dos corpos. Elas são apenas *significados* de atos - de atos de vontade, como tal concebidos por pretenderem ver realizado em tempo futuro determinado comportamento⁴³ - e assim não possuem, como possuem os atos aos quais se referem, a propriedade de serem perceptíveis pelos sentidos humanos.⁴⁴

Kelsen não considera esta objeção capaz de vedar à ciência do direito o caráter de saber empírico. Ele afirma que para poder ostentar este atributo basta que o saber de que se trata ocupe-se do *sentido* de atos humanos - estes sim verificados necessariamente no tempo e no espaço -, requisito que, entende, é satisfeito pela ciência que a teoria pura enquanto epistemologia jurídica propõe, uma epistemologia que «elimina de seu âmbito com a maior energia todo elemento metafísico».⁴⁵

⁴¹ «Si, par droit positif, on entend le droit empirique, ou le droit dans l'expérience (...) alors la Théorie Pure du Droit est certainement empirique.» Carta enviada a Renato Treves, escrita em 03 de agosto de 1933 e constante em *Kelsen et le kantisme*. op. cit. p. 327. No mesmo sentido, *Una teoría "realista" y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la justicia*. op. cit. pp. 15 e 16.

⁴² *General theory of law and State*. op. cit. p. 163.

⁴³ Sobre a norma como sentido de ato de vontade, consultar, por exemplo, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. op. cit. p. 272; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 08 e 09; *Science and politics*. op. cit. pp. 350 e 363; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 44; ¿*Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. p. 48; *Acerca de la norma básica*. Trad. Agustín S. Narducci. In: *Revista de Ciencias Sociales*, nº 6. Valparaíso : Universidad de Chile, 1974. p. 419; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 05, 10 e 196; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 129; *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. pp. 59, 61, 62 e 66; *Derecho y lógica*. op. cit. p. 96; *Validez y eficacia del derecho*. op. cit. pp. 57 e 60, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 125 e 425.

⁴⁴ *Science and politics*. op. cit. p. 359.

⁴⁵ «elimina de su ámbito con la mayor energía todo elemento metafísico». *Una teoría "realista" y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la justicia*. op. cit. p. 16. Sobre uma ciência empírica que descreve sentidos – dever-ser – e não fatos – ser –, consultar

2.2.2

O elemento transcendental: a *Grundnorm*

2.2.2.1

Condição de cognoscibilidade do direito

Neste quadro, não nos pode restar dúvida quanto à esfera à qual precisa dirigir-se quem quiser fazer ciência do direito. Mas isto não é suficiente para quem pretende implementar em sua teoria a sugestão epistemológica kantiana, afinal certamente não se pode dizer que esta seja uma filosofia empirista. Em várias passagens Kelsen demonstra sua preocupação em levar à teoria jurídica a questão transcendental desenvolvida em Königsberg.⁴⁶

O conhecimento começa na experiência, mas nela não se esgota. Kelsen precisa responder como se pode conhecer a experiência jurídica. Sua busca é pela condição de cognoscibilidade do direito, pelo elemento *a priori* capaz de permitir ao jurista constituir mediante o exercício de sua atividade racional o objeto de sua ciência. Como pode o investigador dedicado ao estudo de normas organizá-las e assim dotá-las – sempre em plano gnosiológico – dos atributos de um sistema?

O direito é composto por comandos, por disposições prescritivas instituídas para fazer com que a conduta de seus destinatários conforme-se a determinados padrões. Em simplificada notação lógica, uma norma há de ser descrita pela ciência que a estuda mediante um enunciado correspondente à fórmula “dado A deve ser B”.⁴⁷

também a página 15 desta mesma obra e ainda *Teoria pura do direito*. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1995. pp. 404 e 405.

⁴⁶Por exemplo, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. op. cit. p. L; *Teoría general del Estado*. op. cit. p. CLXXXVIII; *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 435, 436 e 437, e Carta enviada a Renato Treves, escrita em 03 de agosto de 1933 e constante em *Kelsen et le kantisme*. op. cit. p. 327.

⁴⁷ A respeito da diferença entre norma jurídica e seu enunciado descritivo, a proposição jurídica, ver *The pure theory of law and the Analytical jurisprudence*. op. cit. pp. 267-269; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. pp. 42-45; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 45, 163 e 164; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 42-45; ¿*Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. pp. 09 e 10; *Una teoría “realista” y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la justicia*. op. cit. pp. 16 e 17; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 71-75; *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. pp. 52-62, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 197-203. Para exemplos da proposição jurídica expressa em sua toda sua extensão e complexidade, cf. *General theory of law and State*. op. cit. p. 129; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 46 e 47, e *Pure theory of law*.

Ainda que por motivos de conveniência política leis instituídas pelas autoridades competentes por meio de atos de vontade possam dizer que “em caso de homicídio o homicida *será* punido com pena de reclusão variável de 06 a 20 anos”, o sentido desta norma descrito por meio de um ato de conhecimento não pode ser senão “em caso de homicídio o homicida *deverá ser* punido com pena de reclusão variável de 06 a 20 anos”. Trata-se da imputação, o princípio cognitivo que Hans Kelsen opõe ao da causalidade e que defende como o único apto a tornar compreensíveis expressões normativas: a punição não segue o delito como a queda livre segue a maçã abandonada no espaço. A queda livre *será*, a punição *deverá-ser*.⁴⁸

Nada obstante, algumas vezes o *deverá-ser* é dissimulado pelo talvez mais persuasivo *será*, como no exemplo que trouxemos. Contudo, para o autor da teoria pura este recurso retórico não pode negar ser a norma jurídica proveniente de uma autoridade que pretende ver realizado no futuro específico comportamento, um comportamento que pode vir a não acontecer, um comportamento eventual. Com efeito, salienta Kelsen, não teria qualquer sentido estipular prescrições que determinassem a obrigatoriedade de eventos necessários.⁴⁹

Aqui, normas são sentidos de atos de vontade que ao serem descritos por meio de atos de conhecimento necessariamente revelam-se como *dever-ser*. Poderiam ser conhecidas se aqueles que as descrevem não estivessem de posse de recursos instrumentais que os habilitassem a assim percebê-las? O neokantismo marburguiano ao qual Hans Kelsen neste particular adere nos responderia que não se pode fornecer como conclusão de um processo cognitivo um objeto para alcance do qual não se possui recursos metodológicos adequados.

op. cit. pp. 57, 231 e 240. Ver, ainda WALTER, Robert. *Normas y enunciados sobre normas*. Trad. Luis Villar Borda. In: Kelsen. *La teoría pura del derecho y el problema de la justicia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1997.

⁴⁸ Sobre imputação, conferir, v.g., *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 78; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 22-25; *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. op. cit. pp. 268 e 269; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. p. IX; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 35, 36, 37, 45, 46 e 47; *Causality and imputation*, na íntegra; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 18-33; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 76-81 e 101-105; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 124; *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. p. 57, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 31 e 32.

⁴⁹ Por exemplo, em *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 436; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 118; *Pure theory of law*. op. cit. p. 11, e *Théorie générale des normes*. op. cit. p. 71.

Nesta linha de raciocínio, se as normas jurídicas podem ser compreendidas como prescrições suscetíveis de serem descritas por meio de enunciados que as revelam como *dever-ser*, quem deste modo as compreende não faz senão a elas dirigir-se já munido de condições para tanto: um *dever-ser* que funciona como o indispensável elemento *a priori* que permite ao entendimento compreender o que tem diante de si como expressão normativa. E foi para satisfazer esta exigência epistemológica que Hans Kelsen desenvolveu a noção de *Grundnorm* (norma fundamental).⁵⁰

É preciso que se tenha presente, destarte, que a norma fundamental não é encontrável na experiência jurídica, ela não é uma prescrição positivada pela autoridade competente por meio de um ato de vontade.⁵¹ Ela é um pressuposto lógico-transcendental – à moda kantiana⁵² – que permite a cognoscibilidade desta mesma experiência.⁵³

⁵⁰ Sobre a norma fundamental, recomendamos a leitura de *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 395, 396, 398-407; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 55-63; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 110-118; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 113-118; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. pp. 93-98; *On the basic norm*, na íntegra; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 193-221, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 339-345. A norma fundamental teve seu status epistemológico alterado por Hans Kelsen durante o desenvolvimento de sua teoria pura do direito, contudo, entendemos, as funções que ela desempenha e que são neste trabalho destacadas permaneceram as mesmas. Para considerações acerca da norma fundamental, sugerimos EDEL, Geert. *The hypothesis of the basic norm*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. In: Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. *Normativity and Norms. Critical perspective on kelsenian themes*. New York : Oxford University Press, 1998; GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid : Marcial Pons, 1996; LUF, Gerhard. *On the transcendental import of Kelsen's basic norm*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. In: Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. *Normativity and Norms. Critical perspective on kelsenian themes*. New York : Oxford University Press, 1998; RAZ, Joseph. *Kelsen's theory of the basic norm*. In: Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. *Normativity and Norms. Critical perspective on kelsenian themes*. New York : Oxford University Press, 1998, e WALTER, Robert. *Origen y desarrollo de la idea de norma fundamental*. Trad. Luis Villar Borda. In: Kelsen. *La teoría pura del derecho y el problema de la justicia*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1997.

⁵¹ Cf. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. op. cit. p. XLVIII; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 172, 387 e 415; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 58; *Théorie du droit international coutumier*. In: LEBEN, Charles. Hans Kelsen. *Écrits Français de droit international*. Paris : Presses Universitaires de France, 2001. pp. 64 e 65; *Value judgments in the science of law*. op. cit. p. 224; *General theory of law and State*. op. cit. p. 116; *Science and politics*. op. cit. pp. 360 e 364; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 38 e 116; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. pp. 97 e 98; *Acerca de la norma básica*. op. cit. p. 421; *Pure theory of law*. op. cit. p. 199; *O problema da justiça*. op. cit. pp. 115 e 116; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 133; *La autodeterminación del derecho*. op. cit. p. 416; *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. pp. 65 e 66, e *Théorie générale des normes*. op. cit. p. 344.

⁵² Kelsen refere-se à norma fundamental comparando-a expressamente à formulação transcendental kantiana em, por exemplo, *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 436 e 437; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 58; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. p. 98; *Una teoría "realista" y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: Sobre el*

Um pressuposto, aliás, que não foi exatamente criado por Kelsen⁵⁴ ou por qualquer outro teórico, embora tenha havido intervenções de pensadores que, além do próprio Kelsen, tornaram seu tratamento conceitual possível.⁵⁵ Eles consideraram em teoria algo que, na prática, já oferecia funcionalidade. A norma fundamental é afirmada por Kelsen como uma espécie de descoberta. Sua pressuposição seria uma atitude inconscientemente adotada por todos os que se dirigem ao conhecimento de normas⁵⁶ e que para tanto necessitam estar previamente de posse do instrumento cognitivo adequado: o princípio da imputação.

A função que a norma fundamental desempenha é, assim, a mesma desempenhada pelas categorias no articulado kantiano: ser, em primeiro lugar, condição de cognoscibilidade; sem ela não se pode perceber o *dever-ser* em que consiste o direito.

Esta função inicial repercute, contudo, em duas outras funções igualmente importantes.

2.2.2.2

Condição de existência – validade - do direito.⁵⁷

derecho y la justicia. op. cit. p. 45; *Pure theory of law*. op. cit. p. 202; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 133, e *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. p. 75.

⁵³ Acerca da norma fundamental como condição de cognoscibilidade, consultar, v.g., *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 172 e 173; *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 395, 396, 436, 437 e 438; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 58; *General theory of law and State*. op. cit. p. 115 e 116; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 116; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. p. 20; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. p. 98; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 201-205, e *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. pp. 68 e 75.

⁵⁴ Cf. *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. p. 54.

⁵⁵ Kelsen cita como exemplos Alfred Verdross e Leonidas Pitamic. Consultar *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. op. cit. p. XLVIII.

⁵⁶ Cf. *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 395 e 406; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 58; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 116 e 117; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 117, e *Pure theory of law*. op. cit. pp. 204 e 205.

⁵⁷ Kelsen identifica existência de uma norma jurídica à sua validade. Por exemplo, em *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. In: Académie de Droit International. Recueil des Cours, vol. 14, part. IV. p. 234; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 12; *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. op. cit. p. 267; *Value judgments in the science of law*. op. cit. p. 214; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 30 e 48; *Causality and imputation*. op. cit. p. 326; *Science and politics*. op. cit. p. 361; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 119; *Pure theory of law*. op. cit. p. 10; *Derecho y lógica*. op. cit. p. 95; *Validez y eficacia del derecho*. op. cit. pp. 49 e 67, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 03, 35 e 230. Recomendamos também a leitura de NINO, Carlos Santiago. *Some confusions surrounding Kelsen's concept to validity*. In: Bonnie Litschewski Paulson and

O contexto filosófico em que está inserida a teoria pura não pode deixar de levar Kelsen a atribuir à condição de cognoscibilidade a função de instrumento constitutivo. Após o que foi exposto poucas páginas acima, esta conclusão não envolve especial dificuldade.

Se a ausência da norma fundamental impede que se contemple expressões de *dever-ser* - - fenômenos normativos -, isto quer dizer que ela também compromete o surgimento do direito como algo sobre o qual estamos habilitados a discorrer por meio do uso da razão. Não poder perceber racionalmente o *dever-ser* parece significar, deste modo, estar impedido de perceber o próprio direito. Significa que qualquer alusão ao seu significado terá que desprezar ao mesmo tempo o que nos fornece a consulta à experiência - onde ele surge como prescrição a comportamentos futuros de realização eventual - e o que pode ser produzido pelo exercício da faculdade cognitiva. Esta, se desprovida do apriorístico instrumento imputacional - *dever-ser* -, ver-se-ia obrigada a servir-se do *ser* causal que não a torna apta a compreender a normatividade.

Em apertada síntese, sem a norma fundamental que nos permite contemplar o direito como *dever-ser* positivo ele nos restaria ininteligível, subtraído de nossas considerações racionais, e, neste sentido, para nós inexistente.

Talvez elucubrações metafísicas pudessem dele afirmar algo. Mas sabemos que elucubrações metafísicas não representam para Kelsen um caminho capaz de firmar verdades compartilháveis sobre que quer que seja, de modo que suas conclusões não seriam suscetíveis de fixar uma existência objetiva.

Apesar de ser uma instância meta-positiva como o é o transcendente metafísico, a norma fundamental garante a objetividade que este rejeita por possuir um traço distintivo que Hans Kelsen insiste - e precisa, diga-se - sublinhar. Como pressuposto do conhecimento, a norma fundamental torna inteligível o que se verifica na experiência desde uma perspectiva meramente formal, e, neste sentido, unicamente constitui - torna existente - em plano teórico o que está presente na realidade empírica. Trata-se de uma condição teórico-gnosiológica, e não de um institutivo critério ético-político. Isto quer dizer que a norma fundamental não atribui conteúdo axiológico ao direito positivo, sendo, portanto, um instrumento que permite ao interessado conhecer com neutralidade

qualquer material valorativo que a experiência jurídica for capaz de submeter-lhe, com o quê pode manter uma posição política de todos eles equidistante. E este requisito é indispensável para a configuração da ciência tal como a concebe a teoria pura, veremos oportunamente.⁵⁸

Como corolário deste quadro, a norma fundamental emerge não somente como condição de cognoscibilidade, mas também como condição por meio da qual se pode afirmar objetivamente a existência – a validade – do direito e assim constituí-lo em plano gnosiológico.⁵⁹

2.2.2.3

Condição de unidade do direito.

Porém, isto ainda não é tudo. Assim como as categorias kantianas permitem reunir e organizar o disperso na experiência, o *dever-ser* apriorístico representado pela norma fundamental também o faz. Ele não habilita o investigador apenas a enxergar normas, mas a, além de enxergá-las, compreendê-las em um conjunto sistemático dotado de unidade.

Como oportunamente será salientado, normas não podem ser extraídas de fatos. «Dizer que uma norma é criada por um fato é uma figura de linguagem»,⁶⁰ são argumentos jusnaturalistas os que defendem esta possibilidade, veremos em breve. O que torna a exigência de determinada quantia em dinheiro um procedimento levado a efeito pela autoridade fiscal em face do contribuinte, e não

⁵⁸ Sobre a neutralidade da norma fundamental, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. op. cit. p. 264; *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 436 e 437; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 56, 59 e 60; *General theory of law and State*. op. cit. p. 114; *Science and politics*. op. cit. pp. 360 e 364; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 38 e 39; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. p. 20; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. p. 98; *Acerca de la norma básica*. op. cit. p. 422; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 179, 217 e 218; *O problema da justiça*. op. cit. pp. 116 e 117; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 133; *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. p. 66, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 345, 569 e 570.

⁵⁹ Cf. *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 55 e 64; *Value judgments in the science of law*. op. cit. pp. 218 e 219; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 110 e 111; *Science and politics*. op. cit. pp. 360 e 361; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 112, 113 e 123; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. p. 20; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. pp. 95 e 96; *Acerca de la norma básica*. op. cit. p. 421; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 193, 194, 195, 217 e 218; *La autodeterminación del derecho*. op. cit. pp. 415 e 416; *O problema da justiça*. op. cit. pp. 115, 116 e 117; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 132; *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. pp. 66 e 68; *Validez y eficacia del derecho*. op. cit. p. 73, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 341-344.

⁶⁰ «To say that a norm is created by a fact is a figure of speech». *Science and politics*. op. cit. p. 359.

um roubo, não é o ato - *ser* - de que ela é sentido – *dever-ser* -, e sim uma circunstância prévia que faz desta exigência uma norma jurídica e não uma imposição criminosa.

Esta circunstância é caracterizada por ter seus elementos constitutivos qualificados por normas jurídicas já em vigor como necessários e suficientes para que a exigência nela verificada seja interpretada como nova norma jurídica válida. É dizer, disposições normativas atribuíram competência para que o indivíduo atuasse como autoridade fiscal, fixaram o modo de seu comportamento e estabeleceram os limites substantivos de seus pronunciamentos. Foi o próprio direito que através das normas que o constituem, conferiu sentido jurídico-objetivo de exigência tributária à ordem em tela. Enquanto encerrada no domínio da natureza, a conduta que reclama o pagamento de determinada quantia nada nos diz a respeito de si mesma. Ela necessita de um padrão axiológico com o qual possa ser contrastada, um referencial capaz de emprestar-lhe valor. Tal padrão é representado, no caso do direito, pelas normas jurídicas, do mesmo modo como no caso da ética o é pelas normas morais e na religião pelas normas religiosas. É atento a esta necessidade que Hans Kelsen afirma o direito como esquema de interpretação,⁶¹ uma espécie de Rei Midas: tudo aquilo a que ele se refere passa a assumir relevância jurídica.⁶²

Na esteira deste raciocínio, também as disposições normativas que fizeram daquela exigência uma lícita prescrição tributária necessitaram extrair sua qualificação jurídica de outras instâncias – sempre jurídicas - previamente em vigor. Ou seja, elas também foram criadas em atenção a normas preexistentes que atribuíram a quem as positivou a competência para fazê-lo e que fixaram o modo e estabeleceram os limites substantivos em observância aos quais se pôde atuar. Não é outra a razão que leva Kelsen a ver no direito um composto de normas dispostas hierarquicamente, umas - as superiores - determinando o que outras - as inferiores – devem atender, um composto que é, conseqüentemente, auto-

⁶¹ Ver, *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 10; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 35-40, e *Pure theory of law*. op. cit. pp. 02, 03 e 04.

⁶² *General theory of law and State*. op. cit. p. 161 e *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 133.

regulado: «O direito regula sua própria criação», conta-nos, v.g., em *General theory of law and State*.⁶³

Em um modelo sucinto e de aceitação hoje generalizada: normas individuais positivadas pela autoridade judicial retiram sua qualificação jurídica de normas gerais postas pelo legislador, e estas, por sua vez, têm seu caráter jurídico fornecido pelas disposições criadas pelos autores da Constituição. Estes últimos podem ter funcionado em observância ao que dispunham normas inscritas em Constituição anterior, como, por exemplo, as que fixam certos requisitos para que seja instaurada uma nova assembléia constituinte. Mas há um ponto além do qual não se pode avançar, esta busca continua até que não mais sejam encontradas normas jurídico-positivas que possam figurar como fontes de juridicidade.

Este momento jurídico limite – por assim dizer - é por Kelsen chamado de primeira Constituição histórica, aquela para instituição da qual seus autores não foram designados competentes e nem tiveram seu procedimento fixado ou o sentido de seus pronunciamentos restringido por qualquer disposição previamente válida. É o caso de Constituições resultantes de movimentos revolucionários, por exemplo. Elas instituem direito válido sem que de nenhum direito válido tenham procedido. Seu conteúdo axiológico será aquele que lhes for conferido pelo(s) autor(res) dos atos de que são sentido.

Mas, dito isto, pergunta-se, o que impede que um texto com disposições normativas redigido por qualquer indivíduo tenha o significado de nova Constituição, se neste momento fontes previamente existentes de juridicidade são dispensáveis?

A resposta é simples: e repercussão social deste texto. Ele será realmente uma nova Constituição se a partir do instante em que seu autor o anunciar como

⁶³ «Law regulates its own creation». *General theory of law and State*. op. cit. p. 124. No mesmo sentido, pp. 39 e 132. Cf., ainda, *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 163, 435 e 436; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 63; *The pure theory of law and analytical jurisprudence*. op. cit. pp. 279 e 282; *Science and politics*. op. cit. p. 365; *Théorie pure du droit*. *Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 122 e 123; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. p. 104; *Una teoría “realista” y la teoría pura del derecho*. *Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la justicia*. op. cit. p. 19; *Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 71, 221 e 255, e *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. p. 71. Sugerimos a leitura de MAYER, Heinz. *Teoría de la construcción jurídica escalonada*. Trad. Luis Villar Borda. In: WALTER. Robert (org.). *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2001, e KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele. *La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho*. Trad. Luis Villar Borda. In: WALTER. Robert (org.). *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2001.

tal os destinatários passarem a sentir-se de modo geral obrigados a comportar-se em sua obediência. O sentido de obrigatoriedade passa a estar presente – como algo atual – na experiência. Nesta hipótese ele assume vigência empírica, e então serão as disposições que ele contém e as que nele se apóiam para dele extrair sua obrigatoriedade que terão que ser descritas pelo jurista quando este nos quiser dar notícia da técnica social normativa capaz de orientar condutas.⁶⁴ Caso contrário, ele representará apenas uma pretensão subjetiva de seu autor.

Isto significa que a norma fundamental também exercita o papel de fundamento último da unidade do direito, posto ser o suporte do qual depende a existência objetiva da primeira Constituição histórica, momento inicial sob cujos termos desenvolvem-se e de certo modo interagem entre si todas as demais disposições jurídicas. Condicionar a existência objetiva do texto positivado por meio de um movimento revolucionário como primeira Constituição histórica significa, neste passo, condicionar a existência objetiva das disposições normativas que nesta Constituição história estão baseadas. Ou seja, a norma fundamental institui uma espécie de coesão entre todas as normas que direta ou indiretamente referem-se à primeira Constituição histórica e, em última análise, a ela própria. É a partir da norma fundamental que tais normas podem ser contempladas em conjunto e despontar como um sistema, um ordenamento auto-referido dotado de existência jurídica objetiva e de unidade, e não como um amontoado de comandos reciprocamente indiferentes.⁶⁵

⁶⁴ Neste sentido, cf. *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 119; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. p. 98; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 208-214; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. pp. 132 e 133, e *El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. p. 67.

⁶⁵ Acerca da norma fundamental como princípio de unidade do direito, consultar *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. op. cit. p. XLVIII; *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 417; *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. op. cit. pp. 263 e 264; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 55; *Théorie du droit international coutumier*. op. cit. pp. 63 e 65; *The pure theory of law and analytical jurisprudence*. op. cit. p. 280; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 110 e 111; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 112; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. pp. 19 e 20; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. p. 99, e *Pure theory of law*. op. cit. pp. 31, 193, 194, 195 e 205. Quando em sua obra *Philosophie du Droit* Michel Villey opõe-se às teorias positivistas – e refere-se à teoria pura como uma delas – afirmando que «A desordem reina nos “fatos sociais”; estes nada mais são do que incoerência e contínua mobilidade. Não esperemos que deles se possa induzir uma ordem jurídica» (*Filosofia do direito. Definições e fins do direito. Os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 330) demonstra não ter entendido algumas das noções fundamentais que orientam o normativismo kelseniano. Que a desordem – ou mais exatamente o caos, já que “desordem” sugere a existência de uma ordem não atendida – é uma nota distintiva da experiência em um momento anterior à intervenção da razão é algo que, vimos, Kelsen tem como pressuposto filosófico de toda sua teoria.

Esta última função apresenta especial relevo para o articulado da teoria pura. Entende Hans Kelsen ser um postulado de todo conhecimento científico a descrição de seu objeto por meio de um discurso livre de contradições. É dizer, para que possa discorrer correta e racionalmente acerca de seu objeto, o investigador precisa formular enunciados descritivos que serão configurados em plano teórico necessariamente como uma unidade, como uma composição cujos elementos constitutivos – os enunciados – devem-se recíproca satisfação lógica. Trata-se da «tendência à unidade, inerente a todo o conhecimento».⁶⁶

As repercussões que a assunção deste postulado oferece são de grande importância para o propósito deste trabalho e serão oportunamente consideradas.

Em síntese do que dissemos neste subitem, podemos definir a norma fundamental como uma norma pressuposta – em oposição às normas postas por autoridades competentes –, meramente formal – no sentido de que dela não pode ser extraído qualquer sentido axiológico –, e que desempenha as funções de fundamento de cognoscibilidade, de existência e de unidade do direito.

2.3.

A razão prática - Um conceito jusnaturalista.

Concluídas as considerações pertinentes ao ponto anterior, acreditamos termos sido capazes de tornar compreensíveis a importância e o sentido que a razão teórica kantiana alcançou na teoria pura do direito, sobretudo após as intervenções protagonizadas pelos pensadores radicados em Heidelberg e Marburgo.

Com efeito, é no contexto desta influência que Hans Kelsen afirma ser sua teoria a expressão de uma postura científico-crítica, antidogmática e antimetafísica, que acolhe a objetividade como fim.⁶⁷ Com Kant, ele compartilha a mesma intenção. Remover as falácias obscurantistas que encontram no discurso

⁶⁶ «tendance à l'unité, inhérente à toute connaissance». *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. op. cit. p. 296. Para referências expressas ao postulado científico da unidade, cf. *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 126, 175, 202 e 218; *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 410; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 111 e 112; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. p. IX; *General theory of law and State*. op. cit. p. 374; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 168 e 169; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. p. 21; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. p. 109, e *Pure theory of law*. op. cit. pp. 206 e 328.

⁶⁷ Ver, *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 433, 434 e 445, e *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 60.

filosófico e na teoria jurídica é a tarefa a realizar. «Assim como a filosofia transcendental de Kant se levanta contra a metafísica, a teoria pura do direito se levanta contra o direito natural».⁶⁸

O fascínio pelo transcendente é sem dúvida o alvo a ser atingido, mas um alvo que também frequenta outros ambientes, que não se apresenta como obstáculo somente ao desenvolvimento de uma ciência preocupada com a objetividade de seus enunciados. A suposição da existência de um plano transcendente inteligível que pode ser de algum modo acedido pelo homem precisa ser ainda afastada de outras esferas. Ela promete ao indivíduo a realização de feitos cuja realização ultrapassa as possibilidades humanas.

Assim como havia prometido a conquista de uma verdade incondicionalmente válida - referida a uma circunstância livre de injunções espacio-temporais e sustentável com indiferença a qualquer restrição metodológica -, a suposição da inteligibilidade do transcendente promete do mesmo modo ao indivíduo a conquista do sentido absoluto da justiça, um sentido único e imutável, presente sempre e com as mesmas feições em todos os lugares, apesar de pelos mais variados motivos frequentemente escapar ao domínio humano.

O ímpeto crítico necessitaria avançar, portanto, para além das fronteiras dentro das quais se encontram as questões epistemológicas. Mas é justamente neste ponto que surge a divergência entre Kelsen e o filósofo alemão, é neste instante que a ambição kelseniana deixa de ter no pensamento de Kant o apoio que até aqui havia encontrado. A origem deste distanciamento é clara. A este último teria faltado - entende o autor da teoria pura - a capacidade de estender a todos os âmbitos de suas reflexões a desconfiança que em epistemologia havia destinado ao transcendente. Haveria em Königsberg uma incoerência veementemente rejeitada em Viena e que poderia ser percebida, por exemplo, na filosofia do direito, que para Kelsen representava um apelo ao misticismo metafísico cujo combate a postura crítica havia prometido realizar.⁶⁹

⁶⁸ «Tout comme la philosophie transcendente de Kant s'érige contre la métaphysique, la théorie pure du droit s'érige contre le droit naturel». Carta enviada a Renato Treves, escrita em 03 de agosto de 1933 e constante em *Kelsen et le kantisme*. op. cit. p. 327.

⁶⁹ Carta enviada a Renato Treves, escrita em 03 de agosto de 1933 e constante em *Kelsen et le kantisme*. In: *Droit et Société*. op. cit. p. 328.

É o conceito de *razão prática* o motivo desta objeção.⁷⁰ Fundamento da ética kantiana, ele significa a possibilidade de serem extraídas disposições normativas da natureza humana racional. A razão, que para Kelsen tem como única atividade o conhecimento - «o que nós designamos por razão é a função cognoscitiva do homem»⁷¹ -, também poderia fornecer o conteúdo a ser realizado pelos indivíduos para que se pudesse falar propriamente em “boa conduta”.

Se usada de modo correto, ela seria capaz de revelar as prescrições que contêm o sentido transcendente da justiça, é dizer, prescrições que contêm o segredo da justiça absoluta e que por este motivo devem ser por todos observadas. Trata-se de uma razão que acumula duas funções: conhecer e comandar. Dela cuidaremos no desenrolar dos pontos seguintes, referindo-nos em cada momento aos seus aspectos relevantes conforme o critério de conveniência expositiva que estipulamos.

O que neste instante cumpre-nos registrar é que para Kelsen não teria sido possível a Kant manter em sua filosofia prática a mesma rejeição que havia dirigido à metafísica em sua filosofia teórica. Após especular acerca do que teria levado o pensador alemão a assim proceder, o autor da teoria pura conclui em *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* que uma personalidade profundamente tomada pelo sentimento religioso não teve condições de desvencilhar-se por completo de um apelo íntimo ao transcendente e de então ser capaz de renunciar em matéria ética à busca pelo valor absoluto.

A metafísica implicada na razão prática faz com que a concepção do direito kantiana surja-lhe como expressão modelar da clássica doutrina do Direito Natural verificada nos séculos XVII e XVIII sob a égide do cristianismo protestante.⁷² Acusando esta incoerência, Kelsen diz ser David Hume, e não Immanuel Kant, o verdadeiro merecedor do título de «destruidor da metafísica».⁷³

⁷⁰ Sobre o entendimento de Hans Kelsen acerca da inviabilidade teórica da noção de razão prática, sugerimos a consulta de, v.g., *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 444-446; *What is justice?*. op. cit. p. 20; *Pure Theory of Law*. op. cit. p. 196; *O Problema da Justiça*. op. cit. pp. 17, 85-94; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 129; *Derecho y lógica*. op. cit. p. 98, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 08-09, 99-103 e 421-423.

⁷¹ *O problema da justiça*. op. cit. p. 85. Conferir, ainda, *What is justice?*. op. cit. pp. 20 e 21; *Pure theory of law*. op. cit. p. 196; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 129 e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 08, 09 e 100.

⁷² Cf. *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 444 e 445.

⁷³ *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. op. cit. p. 205 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 201.

Idêntico teria sido o motivo para que Hermann Cohen, o principal nome da Escola de Marburgo, terminasse por adotar uma perspectiva jusfilosófica simpática à retórica do Direito Natural. A força de seu sentimento religioso não o teria permitido abandonar o recurso a instâncias transcendentais para a solução de questões éticas, assinala Kelsen.⁷⁴

É provável que esta característica tenha conspirado decisivamente para que Rudolf Stammler tenha sido o teórico do direito da Escola de Marburgo. O ambiente liderado por Cohen era compatível com acento jusnaturalista que permeava a teoria jurídica desenvolvida por Stammler, mas certamente não era o lugar ideal para que o normativismo positivista que Hans Kelsen pretendia ver implementado pudesse ser elaborado. A Universidade de Viena passou a ser o centro em que a teoria pura viu condições de se desenvolver, ali se estabelecendo um grupo de pesquisadores reunidos em torno da figura de Hans Kelsen e que em seu conjunto eram considerados membros da *Wiener Schule* (Escola de Viena).⁷⁵

Enfim, pode-se então em resumo dizer ter sido a noção de razão prática que, desenvolvida em Königsberg e de certa forma acolhida em Marburgo, demarcou os limites do entusiasmo kelseniano. Kelsen acompanhou seus mestres até o momento em que entendeu ter arrefecido o ímpeto crítico que os animava, e que, defendia, devia ser empregado com rigor também em outros âmbitos.

Opondo-se ao conceito base da ética kantiana, Kelsen levanta sua primeira objeção, a mesma objeção de princípio que dirige a todas as versões jusnaturalistas: a análise do mundo natural apenas pode ser realizada pelo investigador que se utilizar do princípio cognitivo da causalidade. A natureza a que a experiência humana tem acesso é um âmbito que reclama para sua compreensão a presença de um instrumento específico, apto a capacitar quem a ela se dedica a conceber relações marcadas pela necessidade,⁷⁶ e não pela

⁷⁴ Carta enviada a Renato Treves, escrita em 03 de agosto de 1933 e constante em *Kelsen et le kantisme*. In: *Droit et Société*. op. cit. p. 328.

⁷⁵ Entre tais pesquisadores, podem ser destacados, por exemplo, os nomes de Adolf Merkl, Alfred Verdross, Felix Kaufmann, Joseph Kunz e Fritz Sander.

⁷⁶ Kelsen não desconhecia os argumentos desenvolvidos por autores como Heisenberg e Bohr, por exemplo, contra a noção de necessidade e em favor da idéia de probabilidade nas ciências exatas, notadamente a física. Cf. *Causality and retribution*. In: KELSEN, Hans. *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays*. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. pp. 319-323; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. pp. 383-403, e *Causality and imputation*. op. cit. pp. 340-345.

eventualidade: sua descrição somente pode ser realizada com êxito se for expressa por meio de enunciados causais, entende o autor da teoria pura.⁷⁷

Pois extrair normas da natureza humana racional é exatamente a pretensão que move o jusnaturalismo racionalista, e o significado desta atitude é visto por Kelsen como a indevida substituição do nexos lógico *ser* por um princípio cognitivo cuja funcionalidade - vimos - diz respeito à investigação de fenômenos sócio-normativos, o *dever-ser*. Com efeito, se o homem se ativer à natureza empírica - àquela sobre a qual pode racional e objetivamente discorrer - ele não poderá afirmar que “o vapor *deve ser* a consequência do aquecimento da água em determinadas condições de temperatura e pressão”,⁷⁸ ele precisará descrever que “o vapor *será* tal consequência”.

Para um pensador influenciado pelo neokantismo de Heidelberg, desconhecer esta diferença representaria admitir uma transição impertinente do ponto de vista lógico, um recurso de todo vedado. Como já assinalamos, para esta perspectiva não há contato entre *ser* e *dever-ser*: causalidade e imputação são dois princípios cognitivos que respectivamente apresentam operacionalidade para a descrição do mundo natural e do mundo sócio-normativo - dois mundos de vigência paralela, por assim dizer -, de modo que não podem integrar um discurso no qual estejam inter-relacionados como sendo um dedutível do outro. Quem

⁷⁷ Cf. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. op. cit. p. 05; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 24 e 81; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 10 e 24; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. p. 69; *General theory of law and State*. op. cit. p. 46; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 139; *Causality and imputation*. op. cit. pp. 324, 331, 332 e 333; *Science and politics*. op. cit. p. 352; *What is justice?*. op. cit. p. 20; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 18; *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 170; *Why should law be obeyed?*. op. cit. p. 258; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 03, 75 e 84; *O problema da justiça*. op. cit. p. 72; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. pp. 124 e 125.

⁷⁸ Ainda que se tendo em vista os pronunciamentos da física contemporânea queira-se substituir a causalidade pela probabilidade nas descrições relativas ao mundo natural, e deste modo abandonar o nexos causal *ser* - indicativo da necessidade - pelo *dever-ser* - indicativo da probabilidade -, este *dever-ser* substituto não é suscetível de confusão com o *dever-ser* normativo. Ou seja, dizer que o “vapor *deve ser* o efeito do aquecimento da água em determinadas condições de temperatura e pressão” dá-nos notícia de uma probabilidade, e não de uma ordem. O *dever-ser* como nexos imputacional pode vir a ser utilizado pelas ciências naturais, mas isto não significa que a natureza prescreva aquilo que é provável, como o faz a autoridade jurídica. Neste contexto, “dado A *deve-ser* B”, diria o cientista da física contemporânea. Um enunciado idêntico ao do cientista do direito que descreve uma norma de conduta. Disto não decorre, porém, que os eventos por eles descritos tenham o mesmo sentido, ou será que a natureza é um conjunto de normas prescritivas que se descumprido movimentam um aparato coercitivo socialmente organizado para impor B? Será que a natureza pode impor o vapor se ele não se verificar após o aquecimento da água em determinadas condições de temperatura e pressão?

assim se pronuncia incorreria em uma falácia: do simples fato que *X* seja não significa que *Y* deva ser, e vice-versa.

Vejamos o exemplo que o próprio Kelsen nos traz: «Do fato de que os homens se dedicam e sempre se dedicaram à guerra (...) não se segue nem que a guerra deve existir nem que não deve existir».⁷⁹

O que ele nos quer dizer é que as prescrições **a.** “as guerras devem acabar” e **b.** “as guerras devem continuar” não são e nem poderiam ser formuladas como se se tratassem de conclusões lógicas do único enunciado “os homens se dedicam e têm se dedicado à guerra”. Isto porque tal enunciado, sozinho, não seria suficiente para que nenhuma daquelas prescrições pudesse ser formulada.

Para a pertinência de qualquer uma delas - isto é, para as conclusões **a.** ou **b.** - algo mais há de ser agregado: a intervenção moral de quem as enuncia, a vontade de, rejeitando-se a guerra, prescrever seu fim, ou o desejo de, acolhendo-a, reivindicar sua continuidade.

Isto significa, de plano, que para concebê-las precisa-se abandonar os princípios cognitivos aptos a dar conta de descrições acerca da natureza e em seu lugar acolher aqueles que permitem compreender circunstâncias sócio-normativas. Se tal substituição não fosse indispensável, **a.** teria que forçosamente significar “as guerras irão - *ser* - acabar” e **b.** “as guerras não irão - *ser* - acabar”. Mas nem o jusnaturalismo racionalista defende este equívoco, afinal, trata-se de uma retórica prescritiva. Ele sabe que tanto a instauração da paz quanto a manutenção da guerra são nada mais do que duas possibilidades.

Sem embargo, para que possa em atenção ao seu desejo político provocar qualquer uma delas, defende serem necessárias não a paz ou a guerra, e sim *as normas* que apontam em um ou em outro sentido. Em nome do conhecimento, ele supõe haver necessidade lógica entre um simples enunciado que descreve uma circunstância perceptível na experiência – guerras *são* - e a norma que deseja ver vigente em sociedade – guerras *devem-ser* ou não *devem-ser*. É dizer, ele crê ser capaz de enxergar no dado empírico da existência das guerras a prescrição moral do seu término ou da sua continuidade.

Para Kelsen, contudo, não somente a paz e a guerra são meras possibilidades: as normas que as prescrevem também o são. Neste passo, ele

⁷⁹ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 383.

entende que **a.** e **b.** são postulados políticos variáveis, pois têm sua vigência dependente da pauta axiológica acolhida por quem os instituiu. São prescrições meramente *eventuais* se confrontadas com “os homens se dedicam e sempre se dedicaram à guerra”, dela não dependendo logicamente.

Como se dá a intervenção desta pauta axiológica no raciocínio jusnaturalista? Não nos parece haver especial dificuldade em constatar o modo como se apresenta em um silogismo o pronunciamento moral de adesão ou de recusa à guerra para que possam ser então pertinentes as conclusões **a.** e **b.**.

Para que possa ser logicamente necessária a norma **a.**, é preciso que seja anteposta a “os homens se dedicam e sempre se dedicaram à guerra” a premissa normativa “os homens não devem se dedicar à guerra”. Neste quadro, temos:

“os homens não devem se dedicar à guerra”

“os homens se dedicam e sempre se dedicaram à guerra”

Logo, **a.** “as guerras devem acabar”

Já para que **b.** possa ser estipulada, a premissa normativa a ser anteposta a “os homens se dedicam e sempre se dedicaram à guerra” tem que ser “os homens devem se dedicar à guerra”. Agora:

“os homens devem se dedicar à guerra”

“os homens se dedicam e sempre se dedicaram à guerra”

Logo, **b.** “as guerras devem continuar”

As premissas normativas que antepusemos nas duas hipóteses precisam ser assumidas pelo jusnaturalista quando ele defende existir logicidade em sua conclusão contrária ou favorável à continuidade da guerra. Mas se tais premissas são imprescindíveis para fazer com que tanto **a.** quanto **b.** possam figurar como conclusões lógicas, elas por outro lado não são senão expressão de uma postura política definida, de uma posição axiológica específica referente à prática da guerra pelos homens. São normas instituídas por atos de vontade decorrentes desta estimativa moral.

A crença em que as prescrições **a.** e **b.** possam ser alcançadas pela razão unicamente a partir de “os homens se dedicam e sempre se dedicaram à guerra” tem, para o autor em tela, um efeito claro, ainda que em favor de quem a adota possa ser concedido atuar de modo inconsciente: omitir a intervenção necessária da vontade na instituição de normas e de modo falacioso encobrir com a

autoridade de um imperativo lógico aquilo que está ancorado em uma sempre discutível pretensão política.

Em seu articulado, ele acusa a doutrina do Direito Natural de amparar-se nesta falácia, e contra ela não poupa suas energias, dedicando-lhe contínua oposição.

2.3.1

Valores imanentes à natureza.

O procedimento dedutivo acima exemplificado por Kelsen assemelha-se ao argumento jusnaturalista até hoje em voga que menciona a “natureza do caso” como possível fonte normativa. Um argumento contra o qual ele se posicionou referindo-se diretamente a Josef Esser, um dos seus defensores.⁸⁰

Na visão do autor da teoria pura, aquilo a que se chama de “natureza do caso” é um evento descritível por meio de enunciados causais do qual seriam deduzidas prescrições capazes de resolver o “caso”. Procede-se como se a natureza contivesse, ela própria, a solução para os impasses morais que os indivíduos nela vêem. A doutrina do Direito Natural racionalista de que tratamos, contudo, não alude à “natureza das coisas” ou à “natureza dos fatos”, ela escolhe a razão como natureza fonte de prescrições.

Evidentemente, Kelsen tem objeções a fazer. Ora, supor que os homens sejam portadores de uma natureza racional cujo exame poderia revelar a presença de um *dever-ser* também significa contemplar a razão como sistema normativo. Significa conceber a natureza racional como se esta fosse dotada de propósitos, permeada por finalidades a serem alcançadas. É enxergá-la como se uma vontade a preenchesse firmando seu sentido. Vimos que para o autor de cujo pensamento cuidamos normas são o sentido de atos de vontade, de atos emitidos por alguém que pretende ver cumprido em momento futuro determinado comportamento. A norma contém um comando de quem deseja ver algo realizado.

Como normas constituem valores - «há uma conexão essencial entre o conceito de “valor” e o de “norma”. Uma norma constitui um valor.»⁸¹ -, tem-se

⁸⁰ *Théorie générale des normes*. op. cit. p. 159.

⁸¹ «There is an essential connection between the concept of “value” and that of “norm”. A norm constitutes a value.». A “dynamic” theory of natural law. op. cit. p. 179. No mesmo sentido, ver *Science and politics*. op. cit. p. 363; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 20, 87-88, e *Pure theory of law*. op. cit. p. 65.

aqui uma natureza que, abrigando-os em sua estrutura íntima, não pode deixar de apresentar-se axiologicamente comprometida. Tais valores - e com eles as normas pelas quais se manifestam – lhe são, portanto, imanentes, e temos então uma natureza dotada de expressão teleológica.⁸²

É a negligência com que a doutrina jusnaturalista trata o nexo causal que lhe permite supor a existência de uma natureza normativa: apenas substituindo-se o princípio cognitivo da causalidade pelo da imputação pode-se percebê-la como fonte de comandos dotada de vontade. A natureza desponta como uma autoridade legisladora.⁸³

Com isto ela é colocada em uma posição social relevante, ela interage com os indivíduos, dirige-se a eles. Ou seja, ela participa ativamente da vida em sociedade. Esta circunstância desconhece a diferença levantada por Kelsen como insuperável entre os âmbitos natural e social. E é o desprezo por esta fronteira que convida a natureza a manifestar-se em assuntos relativos à moral, à religião e ao direito, esferas normativas por excelência.⁸⁴

Mas como se articula este pensamento para concluir ser possível à natureza atuar normativamente entre os indivíduos?

2.3.2

A natureza como parte da sociedade.

Entende Kelsen que o jusnaturalismo apresenta-se qual uma perspectiva obsoleta, um discurso traduzível em uma retórica semelhante à adotada pelo

⁸² Sobre a doutrina do direito natural e a existência de normas imanentes à natureza, cf. *Value judgments in the science of law*. op. cit. pp. 214 e 228; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 08-11 e 49; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. pp. 137 e 159; *Science and politics*. op. cit. p. 360; *What is justice?*. op. cit. pp. 20-21; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 86; *A "dynamic" theory of natural law*. op. cit. p. 174; *O problema da justiça*. op. cit. p. 71; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. pp. 122, 125 e 126, e *Derecho y lógica*. op. cit. p. 97.

⁸³ Há menções expressas à natureza como autoridade legisladora em *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. pp. 137; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 47, 85 e 86; *What is justice?*. op. cit. p. 20; *Why should law be obeyed?*. op. cit. p. 258; *La autodeterminación del derecho*. op. cit. p. 412; *O problema da justiça*. op. cit. 71; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. pp. 122, 126 e 134, e *Derecho y lógica*. op. cit. p. 97.

⁸⁴ Para uma distinção detida entre natureza e sociedade, sugerimos: *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 08; *Causality and retribution*. op. cit. pp. 303 e 304; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. pp. 01-03, 73-78 e 407-411; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 18 e 22-24; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 75-84, e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 125.

chamado “homem primitivo” na compreensão do mundo que o cerca, um homem que «ignora o dualismo natureza-sociedade, ordem causal-ordem normativa».⁸⁵

O “primitivismo” aqui aludido figura como adjetivo que se refere ao conhecimento precário dos instrumentos técnicos adequados ao controle da natureza; sendo certo, porém, que a preocupação maior do autor da teoria pura neste momento é assinalar a consequência ideológica de tal debilidade, uma vez que, desconhecendo o princípio causal, o homem primitivo se serviria da força mistificadora de sua imaginação para instituir um peculiar contexto político. O acompanhamento desta passagem epistemologia→política é fundamental ao êxito deste trabalho, e dela começaremos a tratar já neste item.

Com efeito, Kelsen está de acordo com a assertiva pela qual como princípio de cognição o nexo causal foi uma conquista paulatina, alcançada de modo paralelo ao crescente domínio da técnica.⁸⁶ Aproveitando-se dos temores que o mundo provocava no homem primitivo e aliando-se à modéstia dos recursos de que este dispunha para decifrar as circunstâncias em que vivia, teria sido a imaginação a fonte das respostas que a razão - órfã da causalidade - ainda não podia apresentar. Mas ao invés de serem propriamente explicativas, tais respostas eram justificativas. Elas não forneciam qualquer solução eficaz quanto ao funcionamento dos fenômenos, limitando-se a oferecer à curiosidade primitiva o argumento da autoridade, que, contudo, a satisfazia, pois diante de um acontecimento que despertava seu interesse a pergunta que formulava era “Quem o provocou?”, e não “Como aconteceu?”;⁸⁷ e o emprego da imputação em lugar da

⁸⁵ «L'homme primitif ignore le dualisme de la nature et de la société, de l'ordre causal et de l'ordre normatif». *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 23. A respeito do homem primitivo, podem ser conferidas as obras *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 422 e 423; *El alma y el derecho*. Trad. Ulises Schmill. In: Kelsen, Hans. *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teologia*. México D. F. : Fontamara, 2004. pp. 84-101; *Causality and retribution*. op. cit. p. 303 e 304; *The law as a specific social technique*. In: Kelsen, Hans. *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays*. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. pp. 232 e 233; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. pp. 63 e 64; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. caps. I e II; *General theory of law and State*. op. cit. p. 47; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. pp. 137 e 138; *Causality and imputation*. op. cit. pp. 327-329; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 21-22 e *Pure theory of law*. op. cit. pp. 28-30 e 82-84.

⁸⁶ Cf., na íntegra, *Causality and retribution*, e, também, *Sociedad y naturaleza*. op. cit. caps. V, VI e VII. No mesmo sentido, *General theory of law and State*. op. cit. p. 47; *Causality and imputation*. op. cit. p. 330, e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. cit. p. 125.

⁸⁷ *El alma y el derecho*. op. cit. p. 97; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. p. 69 e *Pure theory of law*. op. cit. p. 83.

causalidade a iludia, fazendo o homem primitivo acreditar na participação de espíritos como força propulsora da natureza.

Correm os rios e crescem as árvores porque neles, ou atrás deles, há entidades conferindo o impulso vital de que necessitam, diziam em dado período os gregos antigos.⁸⁸ No estágio primitivo seria generalizada a crença de que, por exemplo, grandes colheitas são uma resposta ao comportamento humano, uma espécie de retribuição positiva destinada aos que correspondem aos desígnios de tais entidades. Por outro lado, esta mesma perspectiva entende que desastres ambientais são um tipo de retribuição negativa dirigida ao insurgente, ao que se porta mal, ao que atua contra as regras postas pelos entes que se fazem sentir com auxílio da natureza também para impor sanções.⁸⁹

Na opinião do homem primitivo a natureza reage ao comportamento dos homens do mesmo modo que os homens reagem ao comportamento de outros homens. A interpretação da natureza de acordo com o princípio da retribuição é expressada na atitude efetiva do homem primitivo para com os animais, as plantas e os objetos inanimados, e especialmente em sua religião e em seus mitos.⁹⁰

Especialmente em obras como *Society and nature* (Sociedade e natureza) e em *L'ame et le droit* (A alma e o direito), Kelsen nos mostra que o homem primitivo concebe a existência de um mundo fantástico em que a sociedade é composta por indivíduos e por entidades desprovidas daquilo que se entende por vida humana. Kelsen atribui este entendimento místico a uma superstição animista. *Animismo* – entende – é uma atitude pseudocognitiva que interpreta a dinâmica do mundo natural como resultado do impulso fornecido por entes não-humanos.⁹¹ Assim considerada, a natureza não encontra impedimento para atuar entre os indivíduos como se também fosse um membro do corpo social.

⁸⁸ Ver *Sociedad y naturaleza*. op. cit. pp. 41 e 66; *Law, State and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. p. 288 e *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. pp. 137 e 138.

⁸⁹ Neste sentido, *Causality and retribution*. op. cit. p. 304; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. cap. III; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 21 e 22, e *Pure theory of law*. op. cit. p. 83.

⁹⁰ «In the opinion of primitive man, nature reacts to the behavior of men in the same way as men react to one another. The interpretation of nature according to the principle of retribution is expressed in the actual attitude of primitive man toward animals, plants and lifeless objects, and especially in his religion and his myths». *Causality and retribution*. op. cit. p. 304.

⁹¹ Eis alguns trechos nos quais Hans Kelsen oferece sua definição de animismo: *El alma y el derecho*. op. cit. pp. 97 e 98; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. p. 41; *Law, state and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. p. 288; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. pp. 137 e 138; *Causality and imputation*. op. cit. p. 328; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 22, e *Pure theory of law*. op. cit. p. 83.

Para nosso autor, esta circunstância traz uma consequência atualmente insustentável. Ela faz com que o conceito de sociedade passe a apresentar um sentido particular, dilatado, radicalmente diferente daquele apresentado pelo homem instruído pelo avanço da técnica causal: nada se situa além de suas fronteiras, nem mesmo objetos inanimados e eventos da natureza, que deste modo passariam a estar nele compreendidos.

Kelsen apresenta exemplos ilustrativos, dizendo que alguns homens primitivos destruíam os objetos que supunham terem provocado-lhe intencionalmente dor como uma modalidade de vingança, enquanto outros, imbuídos do mesmo propósito, acorrentavam uma canoa que não havia sido útil à navegação.⁹² Na antigüidade ateniense teria havido – acrescenta – uma corte especial cuja função primeira era a de julgar objetos que se acreditava teriam provocado a morte de um homem.⁹³ Na Idade Média, aduz:

Era ainda possível mover uma ação judicial contra um animal, por exemplo, um cão ou um touro que tinha matado um homem, ou gafanhotos que tinham causado dano comendo a colheita; e num devido processo jurídico o tribunal condenava o animal acusado à morte, sendo que o animal era executado exatamente como um ser humano.⁹⁴

Vê-se que o animismo representa uma solução de elevado significado emocional. Trata-se de uma postura que revela ser seu adepto uma personalidade mística pronta a conferir atividade, intencionalidade e vida social aos objetos e eventos naturais direta ou indiretamente referidos aos interesses humanos. Kelsen chama a atenção para este fato, concluindo ser o animismo uma interpretação social-normativa, e não causal-explicativa, do mundo natural.⁹⁵

«Para o homem primitivo não existe algo como “natureza” no sentido de uma ligação de elementos determinados por leis causais»,⁹⁶ ele a enxerga

⁹² *Sociedad y naturaleza*. op. cit. p. 84.

⁹³ *Ibidem*. Cf. também *General theory of law and State*. op. cit. p. 03.

⁹⁴ «it was still possible to bring a lawsuit against an animal, for instance a dog or a bull which had killed a man, or locusts which had caused damage by eating up the crop; and in due process of law the court condemned the accused animal to death, whereupon the animal was executed in exactly the same way as a human being». *General theory of law and State*. op. cit. p. 04.

⁹⁵ Confirmar esta conclusão em *Dios y Estado*. Trad. Ulises Schmill. In: KELSEN, Hans. Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología. México D. F. : Fontamara, 2004. p. 48; *El alma y el derecho*. op. cit. p. 96, 97 e 98; *Causality and retribution*. op. cit. pp. 303 e 304; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. pp. 72-78; *General theory of law and State*. op. cit. p. 47; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 138; *Causality and imputation*. op. cit. pp. 327-329; *Théorie pure du droit*. *Introduction a la science du droit*. op. cit. 21, 23 e 86, e *Pure theory of law*. op. cit. pp. 82 e 83.

⁹⁶ «For the primitive man there is no such thing as “nature” in the sense of a connection of elements determined by causal laws». *Causality and retribution*. op. cit. p. 303.

simplesmente como «uma extensão da sociedade».⁹⁷ Em *Gott und Staat* há um trecho que parece refletir com exatidão o entendimento kelseniano a respeito do tema:

Uma vez que, segundo a representação dos primitivos, todas as coisas – e não somente os homens – encontram-se sujeitas a normas e são destinatárias de disposições normativas, desaparece a linha divisória entre o homem e o resto da natureza. (...) Desde o ponto de vista da concepção mitológica do mundo a natureza é de fato uma sociedade, isto é, um nexos, uma união ou uma obrigação entre homens e outras coisas consideradas como homens; é um sistema universal de normas que têm por conteúdo a conduta de todas as coisas, e que, portanto, consideram todas as coisas como “homens”.⁹⁸

Para nosso autor, apenas quando os gregos esboçaram os primeiros passos para o domínio do princípio causal⁹⁹ iniciou-se o processo que, esquivando-se gradualmente do misticismo, teve na moderna ciência da natureza seu ponto culminante.¹⁰⁰

O nível alcançado pelo saber científico na modernidade dependeu, entende, do desenvolvimento de uma circunstância tecnológica na qual o homem não mais se viu levado a buscar respostas utilizando-se em todos os casos do princípio da imputação, instante em que lhe foi dado emancipar-se do animismo e lançar mão da causalidade como instrumento cognitivo de aplicação imprescindível aos eventos naturais: «A ciência moderna é o resultado de um processo caracterizado pela tendência de emancipar a interpretação da natureza das categorias sociais».¹⁰¹

⁹⁷ «La naturaleza es para el primitivo sólo una extensión de la sociedad». *El alma y el derecho*. op. cit. p. 98.

⁹⁸ «Puesto que, según la representación de los primitivos, todas las cosas, y no solamente los hombres, se encuentran sujetas a normas y son destinatárias de mandatos normativos, desaparece la línea divisoria entre el hombre y el resto de la naturaleza (...) Desde el punto de vista de la concepción del mundo mitológica, la naturaleza es de hecho una sociedad, i.e., un nexos, una unión o una obligación entre hombres y otras cosas consideradas como hombres; es un sistema universal de normas que tienen por contenido la conducta de todas las cosas y, por tanto, consideran a todas las cosas como “hombres”». *Dios y Estado*. op. cit. p. 48. Acerca da compreensão kelseniana de que o homem primitivo somente concebe a noção da sociedade, ver ainda *El alma y el derecho*. op. cit. pp. 97 e 98; *Causality and retribution*. op. cit. pp. 303 e 304; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. pp. 63 e 64; *Sociedad y naturaleza*. op. cit. pp. 72 e 73; *Causality and imputation*. op. cit. p. 329 e *Pure theory of law*. op. cit. p. 84.

⁹⁹ Cf. *Causality and retribution*. op. cit. pp. 304-314.

¹⁰⁰ *Law, State and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. p. 288; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. pp. 141 e 142; *Causality and imputation*. op. cit. p. 330; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 23; e *Pure theory of law*. op. cit. p. 84.

¹⁰¹ «the modern science is the result of a process characterized by the tendency of emancipating the interpretation of nature from social categories». *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. pp. 141 e 142. No mesmo sentido, *Law, State and justice in the Pure Theory of*

Kelsen lamenta que as ciências sociais não tenham podido experimentar o mesmo grau de desenvolvimento, situando-se em patamar diverso. Ele atribui este descompasso à presença de elementos políticos, que apresentariam nos assuntos próprios das ciências sociais um relevo ainda maior do que aquele que apresentam nos temas concernentes às ciências naturais.¹⁰²

Este seria o principal motivo para que certas áreas do conhecimento encontrem-se em larga medida privadas dos benefícios provenientes desta conquista técnica. Kelsen sustenta que algumas doutrinas vinculadas às ciências sociais - como o jusnaturalismo - continuam mantendo a natureza dentro de seu âmbito de investigação, e ao deste modo procederem fazem com que a ela se sintam à vontade para recorrer os que pretendem alcançar soluções para impasses morais, religiosos e jurídicos, pois, mantido o desprezo primitivo pela causalidade em favor da imputação, ela permanece como membro atuante do corpo social. É por constatar este cenário que ele diz haver resquícios animistas em muitos costumes e perspectivas atuais, e não é por outra razão que afirma: «a Teoria Pura do Direito considera como uma de suas principais tarefas libertar a ciência jurídica das relíquias do animismo».¹⁰³

Se por carência de recursos metodológicos o homem primitivo apenas tinha em seu horizonte a noção de sociedade, haveria nos dias de hoje uma espécie de «homem primitivo contemporâneo»,¹⁰⁴ um homem que, politicamente decidido a não empregar os recursos metodológicos já disponíveis, continuaria a defender a velha e obsoleta atitude animista: conceber uma natureza – a natureza racional humana, a razão, no caso de que tratamos - permeada por *dever-ser*, por normas; uma natureza que ostenta a condição de legisladora e que compartilha com os homens a dinâmica da vida social.

Law. op. cit. p. 288; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 23 e *Pure theory of law*. op. cit. p. 94.

¹⁰² A desigualdade entre os avanços obtidos pelas ciências naturais e o alcançado pelas ciências sociais é mencionada, e de certa forma lamentada, em, v. g., *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 03 e 04; *General theory of law and State*. op. cit. p. XVII, e *Science and politics*. op. cit. pp. 356 e 357.

¹⁰³ «*The Pure Theory of Law considers is as one of its main tasks to free the science of law from the relics of animism*». *Law, State and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. p. 288.

¹⁰⁴ «*contemporary primitive man*». *Causality and retribution*. op. cit. p. 304.

2.3.3

Uma expressão metafísico-religiosa.

É preciso destacar do quadro acima delineado um ponto que sobreleva em importância: natureza e indivíduos não dividem o mesmo plano. Ambos integram a sociedade animista, vimos, mas não o fazem em um mesmo patamar. A relação entre eles não é de coordenação. A nota distintiva da vida social fantasiada pelo animismo é, ao contrário, a da rígida disposição hierárquica. Nela existem dois níveis nos quais natureza e indivíduos estão distribuídos.

Se o mundo natural apresenta de modo imanente normas de conduta estabelecidas por entes não-humanos, da positivação de tais normas os indivíduos não participam. A estes cabe tão-somente a obediência. Quer-se com isto dizer que, enquanto a natureza animada pelo pensamento místico apresenta prescrições, premia a boa conduta e pune desvios, ao homem resta prestar-lhe a reverência que convém prestar a quem é capaz de influir decisivamente em seu destino por ser a fonte do direito, de um direito natural.

É o jusnaturalismo em todas as suas modalidades que, imerso em sua perspectiva animista,¹⁰⁵ não pode fazer senão contemplar os indivíduos como meros destinatários das disposições normativas fornecidas pela natureza,¹⁰⁶ uma natureza que por ele é erguida a uma condição bem mais prestigiada socialmente do que a mencionada condição de autoridade legisladora.

Com efeito, o mundo natural tal como é aqui concebido apresenta uma feição particular que o torna insuscetível de ser confundido com uma simples fonte de prescrições. Não se trata de um legislador qualquer, a quem, como os legisladores humanos, pode-se tentar desafiar com a insubordinação ou com a oferta de uma proposta normativa talvez mais conveniente. A natureza é uma

¹⁰⁵ Sobre o animismo como perspectiva jusnaturalista, pode-se consultar, v.g., *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. pp. 137, 138 e 141; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 86; *Why should law be obeyed?*. op. cit. p. 258; *La autodeterminación del derecho*. op. cit. p. 412 e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 126.

¹⁰⁶ Referências ao jusnaturalismo como concepção que descarta a participação humana na formação do direito podem ser encontradas em *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 392; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 37; *Value judgments in the science of law*. op. cit. p. 228; *The law as a specific social technique*. op. cit. p. 245; *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 200; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. pp. 138, 139 e 142; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 47 e 48; *Acerca de la norma básica*. op. cit. p. 422; *O problema da justiça*. op. cit. p. 71; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 121, e *Derecho y lógica*. op. cit. p. 96.

autoridade que representa entes superiores, entes cuja reação ao descumprimento do *dever-ser* que lhes é imanente pode selar em definitivo pretensões humanas. E a ninguém pode parecer recomendável afrontar aquilo que ela apresenta como sendo prescrições naturais. Fonte do certo e do errado, ela é contemplada pelo animismo jusnaturalista como uma espécie de divindade, ou, o que apresenta idênticos efeitos, como instrumento pelo qual entes equiparáveis a divindades se manifestam.¹⁰⁷

Com exceção do chamado direito natural variável - versão que Hans Kelsen entende como ainda mais problemática¹⁰⁸ -, o jusnaturalismo concebe uma natureza que não admite pronunciamentos divergentes. Não poderia ser de outro modo. Se a racionalidade caracteriza a natureza humana, isto significa que todo indivíduo deve necessariamente apresentá-la como elemento constitutivo, sendo irrelevante a localização geográfica ou o momento histórico em que ele possa encontrar-se. Ela não se prende a singularidades acidentais; não se refere a Pedro ou a Maria, ao cidadão francês ou ao súdito britânico, ao homem antigo ou ao contemporâneo.

A noção de natureza não parece ser compatível com a idéia de relatividade. Ela indica a presença do absoluto, ela contém a essência das coisas. É dizer, ela contém aquilo que é, por definição, o mesmo em todas as circunstâncias, aquilo que se apresenta sem variação em qualquer tempo e espaço, pois acompanha as coisas quando e onde as coisas estiverem presentes, e por isto dá a impressão de encerrar uma verdade íntima, inerente às próprias coisas, sugerindo a idéia de plenitude, de perfeição. Como essência, ela não é nem mais e nem menos do que deveria ser. Nada lhe falta, nada possui em excesso. É uma fórmula exata. Quem se comporta em obediência à natureza comporta-se bem, de modo reto, adequado, justo, pois atende aos propósitos divinos que por meio dela se manifestam.¹⁰⁹ Assim, a verdade e a justiça absolutas podem ser descobertas

¹⁰⁷ Acerca da natureza elevada à condição de divindade, ou contemplada como instrumento de manifestação de divindades, pode-se consultar *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. pp. 137, 138, 140 e 141; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 47, 48 e 86; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. p. 13; *What is justice?*. op. cit. p. 20; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 126, e *Derecho y lógica*. op. cit. p. 97.

¹⁰⁸ Sobre o direito natural variável, cf. *O problema da justiça*. op. cit. pp. 100-104 e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 135.

¹⁰⁹ Kelsen sublinha a relação entre as noções de absoluto, perfeição e divindade sobretudo em, *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 199, mas também em, v.g., *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 164 e 165.

pela leitura competente do *dever-ser* que as indica e que está inscrito no mundo natural.¹¹⁰

Em face deste contexto, o jusnaturalismo surge para Kelsen como doutrina comprometida com uma leitura religiosa do mundo. É a superstição animista na qual se apóia que ao encantar a natureza a esta confere o patamar sobre-humano que justifica sua autoridade.¹¹¹

Neste contexto, o mundo natural passa a guardar nas normas que lhe são imanentes o sentido absoluto de uma justiça divina, e por isto as condutas dos indivíduos precisam orientar-se não em função do que dispõe o frágil direito positivo, esta construção humana instável que pode acolher toda sorte de escândalos; é o desejo imutável dos deuses que deve ser seguido. E a natureza, que o contém, passa a ser vista como o elevado pronunciamento de uma divindade.¹¹²

Há, portanto, dois “direitos”. O que o mundo natural encerra e o que resulta da atividade dos homens. O primeiro emerge, a rigor, de uma autoridade transcendente; e seus termos podem ser conhecidos apenas se a tal esfera dirigir-se o indivíduo. Ele é perfeito como sua origem. É uma resposta conclusiva acerca do que é justo, e por isto, é também o instrumento adequado à disciplina da vida social. O segundo é um produto da tentativa humana de estipular, com o uso de suas próprias forças, a melhor regra de convivência. Para conhecê-lo, somente o recurso à experiência tem alguma utilidade, conforme anotamos em item passado. Trata-se do direito positivo, aquele que em seu conjunto é capaz de manter o comportamento dos indivíduos dentro de certos padrões, aquele que é o sentido de atos humanos de vontade - um projeto de homens, e não de um deus - e que deste modo pode apresentar falhas, contradições.

¹¹⁰ Cf. *What is justice?*. op. cit. p. 20; *O problema da justiça*. op. cit. p. 71, e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 122.

¹¹¹ Para a associação do animismo a uma perspectiva religiosa: *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 138; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 86; *Pure theory of law*. op. cit. p. 28, e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 126.

¹¹² Em várias outras passagens Kelsen refere-se expressamente ao direito natural como postura marcada pela religiosidade. Ver, neste sentido, e além da obra citada, *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. pp. 138 e 142; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 86 e 87; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. p. 13; *Why should law be obeyed?*. op. cit. p. 258; *Pure theory of law*. op. cit. p. 28; *La autodeterminación del derecho*. op. cit. p. 412; *O problema da justiça*. op. cit. pp. 72-76, e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 126.

Enquanto para a teoria pura este último é o único direito sobre o qual se pode racionalmente discorrer, e cabe apenas a seres-humanos a tarefa de torná-lo melhor, para o jusnaturalismo pode-se falar tanto deste quanto do anterior, o que provém de uma entidade transcendente e que só requer a participação dos indivíduos para a obediência rigorosa de seus termos.

Trata-se, aqui, do rasgo característico da doutrina do Direito Natural: o dualismo, um entendimento que concebe a existência concomitante de dois mundos, o real, que se verifica em plano empírico, onde se dá o direito positivo, e o ideal, situado para além da experiência, um *dever-ser* que apesar de imanente à natureza por algum motivo ainda não apresenta vigência, positividade.¹¹³ Aqui a perspectiva jusnaturalista revela com mais nitidez o motivo pelo qual Hans Kelsen lhe dirige forte oposição: «A doutrina do direito Natural é uma *metafísica* do direito».¹¹⁴ (itálico do próprio autor)

Esta circunstância o leva a lembrar-se de um dos filósofos cujo pensamento mais despertou seu interesse: Platão.¹¹⁵ «O mundo de Platão não é uno»,¹¹⁶ nos diz, como necessariamente o é o mundo constituído pelo conhecimento tal como o contempla Kelsen, que tem no princípio epistemológico da unidade - vimos e voltaremos a ver – um pilar de sustentação irrenunciável.

Segundo ele, a doutrina das idéias desempenha papel central na filosofia platônica,¹¹⁷ e neste sentido afirma que:

De acordo com esta doutrina – que tem caráter profundamente dualista -, o mundo é dividido em duas esferas diferentes: uma é a do mundo visível perceptível por meio dos nossos sentidos, o que chamamos realidade; a outra é a do mundo invisível das idéias. Tudo no mundo visível possui seu padrão

¹¹³ O dualismo como traço característico jusnaturalista é mencionado, por exemplo, em *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 433 e 434; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 37; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 12 e 13; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 142; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 85; *O problema da justiça*. op. cit. pp. 67, 68, 69, 71 e 117, e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 121.

¹¹⁴ «La doctrina del Derecho Natural es una metafísica del derecho». *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 129. Sobre o Direito Natural como doutrina metafísica, cf. também *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 48; ¿*Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. p. 13; *What is justice?*. op. cit. p. 20 e *O problema da justiça*. op. cit. pp. 72-76.

¹¹⁵ Sobre o pensamento do filósofo grego Hans Kelsen escreveu diversas obras, entre as quais: *Die platonisch Gerechtigkeit* (A justiça platônica), *Die platonisch Liebe* (O amor platônico), *Platon und die Naturrechtslehre* (Platão e a doutrina do direito natural) e *Die Illusion der Gerechtigkeit* (A ilusão da justiça).

¹¹⁶ *A ilusão da justiça*. 3. ed. Trad. Sérgio Tellapoli. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 02.

¹¹⁷ V.g. *General theory of law and State*. op. cit. p. 12. Ver, ainda, *Platonic justice*. In: KELSEN, Hans. *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science - Collected essays*. 3. ed. Berkeley : University of California Press, 2004. p. 83.

ideal ou arquétipo no mundo invisível. As coisas existentes neste mundo visível são apenas cópias imperfeitas, sombras, por assim dizer, das idéias existentes no mundo invisível. Esse dualismo entre realidade e idéia, um mundo imperfeito dos nossos sentidos e outro perfeito, inacessível à experiência dos nossos sentidos, (...) o empírico e o transcendental, o aqui e o além; essa reduplicação do mundo é um elemento não apenas da filosofia de Platão, é um elemento típico de toda interpretação metafísica ou, o que corresponde à mesma coisa, de toda interpretação religiosa do mundo.¹¹⁸

Mas o metafísico dualismo platônico é apenas uma das expressões teológicas que em maior ou menor medida definem a generalidade das versões jusnaturalistas.¹¹⁹ «Toda doutrina do direito natural possui (...) um caráter religioso mais ou menos acentuado»,¹²⁰ afirma Kelsen.

A razão prática não escapa deste estigma. Como noção suporte do jusnaturalismo racionalista,¹²¹ nela há bem mais do que uma simples expressão da natureza humana racional legisladora.¹²²

São também seus traços característicos:

- a. o dualismo, como consequência da admissão de serem dois os mundos passíveis de cognição: o empírico, o instável direito positivo, e o meta-empírico, o imutável direito natural presente na razão humana;
- b. a metafísica, implicada na assunção do meta-empírico – o transcendente - referido em a., e
- c. o acento teológico, uma vez que esta instância transcendente surge como fonte última por meio da qual se manifesta o absoluto sentido da justiça; um sentido incondicionado - pois natural -, e que assim

¹¹⁸ «According to this doctrine – wich has thoroughly dualistic character – the world is divided into two different spheres: one is the visible world perceptible with our senses, that, that which we call reality; the other is the invisible world of the ideas. Everything in this visible world has its ideal pattern or archetype in the other, invisible world. The things existing in this visible world are only imperfect copies, shadows, so to speak, of the ideas existing in the invisible world. This dualism between reality and idea, an imperfect world of our senses and the another perfect world, inaccessible to the experience of our senses (...) the empirical and the transcendental, the here and the hereafter, this reduplication of the world, is an element not only of Plato's philosophy; it is a typical element of every metaphysical, or, what amounts the same thing, religious interpretation of the world.». *General theory of law and State*. op. cit. p. 12.

¹¹⁹ A respeito de Platão como jusnaturalista, ver, sobretudo, *Platonic justice*, na íntegra; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 121 e *A ilusão da justiça*. op. cit. pp. 504-519.

¹²⁰ «Toute doctrine du droit naturel a (...) un caractère religieux plus ou moins accentué». *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 87.

¹²¹ Para referências diretas à relação entre razão prática e jusnaturalismo racionalista, consultar *O problema da justiça*. op. cit. p. 86 e 94; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 129, e *Derecho y lógica*. op. cit. pp. 97 e 98.

¹²² Menções expressas à razão prática como legisladora podem ser localizadas em *Pure theory of law*. op. cit. p. 196; *O problema da justiça*. op. cit. p. 87; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. cit. p. 129 e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 421 e 481.

acompanha o homem em toda e qualquer circunstância prescrevendo-lhe o comportamento invariavelmente correto, sempre conducente ao Bem.¹²³

Não faltaram tentativas de desvincular o Direito Natural apoiado na razão prática de uma todo-poderosa instância transcendente, algumas delas vindas de nomes como Hugo Grotius, por exemplo.¹²⁴ Mas tais tentativas teriam sido vãs e naufragado diante de um dado histórico informado por Kelsen em *The Natural-Law doctrine before the tribunal of science* (A doutrina do Direito Natural perante o tribunal da ciência) e revelador de uma prática política sintomática: os mais destacados defensores do jusnaturalismo racionalista esforçaram-se ao máximo para tentar provar que a propriedade privada era um direito sagrado conferido aos homens pela vontade de deus.¹²⁵

Para o autor da teoria pura, portanto, a estreita relação entre razão prática e manifestação divina pode ser afirmada diante do quadro acima, comum, em suas vigas mestras, a todo articulado jusnaturalista.

Neste sentido, nada faltaria à razão prática. Mas o apelo religioso que esta exhibe também pode ser alcançado por outro caminho, sustenta Kelsen: pelo exame atento de sua dinâmica interna. Vejamos como ela é concebida e como se dá seu funcionamento.

Já assinalamos que o jusnaturalismo racionalista entende ser possível a descoberta dos valores que devem ser realizados para uma exitosa convivência social. Tais valores estariam presentes na dimensão racional da natureza humana: na razão. Uma razão que, “animada”, seria uma razão prática. Mas se além de conhecer a razão ostenta em sua própria estrutura vetores prescritivos - *dever-ser* – e se vetores prescritivos são sentidos de atos volitivos, ela só pode ser concebida como expressão de duas faculdades: cognição e volição. Ela significa um conhecer e um querer, uma razão que desempenha os papéis teórico e prático.¹²⁶

¹²³ O sentido metafísico-religioso da razão prática foi assinalado por Kelsen em inúmeras passagens, como em *O problema da justiça*. op. cit. pp. 85-94; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. pp. 128-130; *Derecho y lógica*. op. cit. p. 98, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 08 e 09.

¹²⁴ Kelsen refere-se diretamente a Grotius neste contexto em pelo menos duas passagens: *O problema da justiça*. op. cit. p. 75 e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 127.

¹²⁵ Cf. *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 153. Ver também *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 92.

¹²⁶ Para referências de Hans Kelsen à razão prática como cognição-volição, pode-se consultar *O problema da justiça*. op. cit. pp. 85, 86, 90 e 92; *La doctrina del derecho natural y el positivismo*

Esta é a leitura feita por Hans Kelsen da concepção kantiana. Certamente, já em *Kritik der reinen Vernunft* podem ser encontrados trechos que cogitam um conhecer legislador, trechos que levantam a hipótese de haver «uma razão pura no uso prático»¹²⁷ e que perguntam se tal razão não poderia nos conceder «do ponto de vista de seu interesse prático o que nos recusa absolutamente do ponto de vista do interesse especulativo».¹²⁸ Pouco depois vem a resposta, o próprio Kant afirma haver, «realmente, leis morais puras que determinam completamente *a priori* (...) o fazer e o não fazer».¹²⁹

Mas é certamente em *Kritik der praktischen Vernunft* (Crítica da razão prática) e em *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Fundamentação da metafísica dos costumes), citadas por Kelsen,¹³⁰ que o filósofo alemão avança em considerações sobre uma razão que realiza especulações teóricas e prescrições éticas como propriedade de um ser racional em geral. Tal razão, entende, «prática em si, é aqui imediatamente legisladora. A vontade é pensada como independente das condições empíricas, por conseguinte, como vontade pura»,¹³¹ uma vez que, «o pensamento *a priori* de uma possível legislação universal (...) é ordenado incondicionalmente como lei, sem tomar algo emprestado da experiência ou de qualquer vontade exterior».¹³²

Rejeitando a hipótese do apriorismo ético, Kelsen afirma não ser dado à razão prescrever, mas tão-somente demonstrar, por meio de enunciados descritivos, que conhece. Assim, estabelecer normas para a conduta não pode ser resultado do seu funcionamento, sendo, como já sublinhado, um produto de faculdade diversa, a vontade:

A função específica da razão é o conhecimento dos objetos que lhes são dados. Chamamos *razão* a função humana do conhecimento. A criação de normas, a criação de leis, não é uma função do conhecimento. Com a criação

jurídico. op. cit. pp. 129 e 130; *Derecho y lógica*. op. cit. pp. 97 e 98, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 08, 09, 100 e 421.

¹²⁷ «une raison pure dans l'usage pratique». *Critique de la raison pure*. op. cit. p. 671.

¹²⁸ «au point de vue de son intérêt pratique ce qu'elle nous refuse absolument au point de vue de l'intérêt spéculatif». Ibidem.

¹²⁹ «réellement des lois morales pures qui déterminent entièrement *a priori* (...) le faire et le ne pas faire». Ibidem. p. 672.

¹³⁰ Ver, por exemplo, *O problema da justiça*. op. cit. pp. 92, 141, 142 e 143 e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 423, 424, 425 e 427.

¹³¹ «pratique en soi, est ici immédiatement législatrice. La volonté est pensée comme indépendante des conditions empiriques, par conséquent comme volonté pure». *Critique de la raison pratique*. Trad. Luc Ferry e Heinz Wismann. Paris : Gallimard, 1985. p. 54.

¹³² «la pensée *a priori* d'une législation possible (...) est ordonnée inconditionnellement comme loi, sans rien emprunter à l'expérience ou à une volonté extérieure quelconque» Ibidem.

de uma norma não se conhece como *é* um objeto já dado, mas se exige que algo *deve-ser*. Neste sentido, a criação de normas é uma função da *vontade*, e não do *conhecimento*. [Conceber] Uma criação normativa da razão significa [conceber] uma razão ao mesmo tempo cognoscitiva e volitiva, conhecimento e vontade.¹³³ (colchetes nossos)

Em *Das Problem der Gerechtigkeit* ele conclui que:

O conceito de razão prática é, portanto, o resultado de uma confusão inadmissível de duas faculdades do homem essencialmente distintas uma da outra, distintas até mesmo pelo próprio Kant.¹³⁴

Desta confusão decorreria a falácia lógica a que aludimos algumas páginas atrás. Ao invés de apenas conhecer a razão também prescreve, e com isto realiza o salto logicamente insustentável do *ser* para o *dever-ser*. Uma falácia que deixa de verificar-se unicamente se abandonarmos à pretensão de estabelecer um discurso racional – e assim necessariamente referido à experiência – e adotarmos um discurso movido pelas ambições da fé. Kelsen entende que afirmar serem as atividades cognitiva e volitiva exercitáveis por uma única instância significa deslocá-las a um plano inalcançável aos limitados recursos humanos. O exercício de ambas apenas pode ser desenvolvido por uma razão diversa da que conhecemos na experiência, por uma razão que «não pode ser a razão humana empírica».¹³⁵

Só a razão transcendente de uma entidade todo-poderosa pode ser capaz de realizar o exercício conjunto do conhecimento e da vontade. A razão humana que se lançar nesta aventura atrairá para si o ônus de expressar um falacioso primitivismo animista. Neste passo, apenas uma natureza racional com os recursos próprios de uma divindade pode deixar de ser articulada pela causalidade e passar a sê-lo pela imputação, visto ser a natureza de deus, jamais a dos homens, que pode conter não o que *é*, mas sim o que *deve-ser*. Somente em plano divino a impertinência lógica que entre nós impede este trânsito deixa de ter qualquer

¹³³ «la función específica de la razón es el conocimiento de los objetos dados a ella. Llamamos razón a la función del conocimiento del hombre. La creación de normas, la creación de leyes, no es una función del conocimiento. Con la creación de una norma no se conoce cómo es un objeto ya dado, sino se exige algo que debe ser. En este sentido es la creación de normas una función de la voluntad no del conocimiento. Una creación normativa de la razón es una razón cognoscitiva y volitiva a la vez, es conocimiento y voluntad al mismo tiempo». *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 129.

¹³⁴ *O problema da justiça*. op. cit. p. 92.

¹³⁵ «no puede ser la razón humana empírica». *Derecho y lógica*. op. cit. p. 97.

sentido; ela não pode condicionar o incondicionado, não pode submeter o onipotente.¹³⁶

Kant teria percebido a necessidade deste sentido teológico, pois, segundo nosso autor, terminou por reconhecer em *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft* (A religião dentro dos limites da simples razão) que a razão prática inevitavelmente conduz à religião, a um legislador moral fora do homem, e em *Opus Posthumum* (Obras póstumas) que a razão prática contém o imperativo categórico que diz serem os deveres humanos, na verdade, pronunciamentos de deus, revelando que os valores nela supostamente encontrados não são exatamente imanentes à natureza dos homens. A razão prática que para Kelsen teve em Immanuel Kant seu mais qualificado teórico é, a rigor, a razão divina.¹³⁷

¹³⁶ Consultar *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 88; *O problema da justiça*. op. cit. p. 86; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. pp. 129 e 130 e *Derecho y lógica*. op. cit. p. 97.

¹³⁷ *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 130 e *Derecho y lógica*. op. cit. p. 98.