



KELSEN E A METAFÍSICA: UMA CRÍTICA IMANENTE DA TEORIA PURA DO DIREITO

Kelsen and metaphysics: an immanent critique of the pure theory of law

Pablo Biondi

Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo, SP, Brasil

Lattes:<http://lattes.cnpq.br/7676702845345167> ORCID:<https://orcid.org/0000-0002-7733-344X>

E-mail:pablobiondi@gmail.com

Trabalho enviado em 08 de setembro de 2021 e aceito em 11 de outubro de 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.02., 2022, p. 555-577.

Pablo Biondi

DOI: 10.12957/rqi.2022.62232

RESUMO

O presente artigo, situado no domínio da filosofia do direito, pretende analisar a teoria pura do direito de Hans Kelsen em sua relação com a metafísica, apresentando um contraste entre uma forte retórica antimetafísica e uma linha de argumentação tipicamente metafísica sobre o padrão final de validade jurídica numa ordem jurídica positiva. Pela crítica imanente do discurso de Kelsen, especialmente com a ajuda de algumas pistas teóricas fornecidas por Evgeni Pachukanis, pode-se perceber que a assim chamada teoria pura do direito, apesar de sua ostensiva rejeição contra a ideia kantiana de uma razão prática, de um tipo de pensamento que poderia resultar em obrigações jurídicas, acaba, de maneira similar, encontrando suporte em última instância numa categoria meramente racional, destituída de positividade. A norma fundamental de Kelsen, como a norma mais elevada que se pode conceber mentalmente, segue a lógica metafísica do argumento ontológico de Anselmo sobre a existência de Deus

Palavras-chave: Kelsen; direito; metafísica; Kant; norma fundamental

ABSTRACT

The current paper, placed on the domain of legal philosophy, intends to analyze Hans Kelsen's pure theory of law in its relation with metaphysics, presenting a contrast between a strong anti-metaphysical rhetoric and a typically metaphysical line of reasoning about the final standard of legal validity in a positive legal order. By the immanent critique of Kelsen's speech, specially with the aid of some theoretical clues which were provided by Evgeny Pasukanis, it is possible to realize that the so called pure theory of law, despite its ostensive rejection against the kantian idea of a practical reason, of a kind of thinking which could result in legal obligations, ends up, in a similar way, finding support in last instance on a merely rational category, devoid of positivity. Kelsen's basic norm, as the highest conceivable norm in mind, follows the metaphysical logic of Anselm's ontological argument about the existence of God

Keywords: Kelsen; law; metaphysics; Kant; basic norm

Introdução

Hans Kelsen consagrou-se como um dos autores mais influentes da dogmática jurídica e como um dos principais nomes do positivismo jurídico, ainda que suas posições não sejam integralmente aceitas no pensamento jurídico contemporâneo. Sua influência sobre a compreensão hegemônica acerca do direito é inegável, de modo que ainda se mostra relevante discutir a teoria kelseniana.

Um dos aspectos mais proeminentes da elaboração kelseniana é o seu discurso decididamente antimetafísico, o qual, em nome de uma dada compreensão da ciência num sentido mais geral, enaltece a positividade do direito (considerado como ordem normativa coercitiva) como o único objeto possível para a análise científica do fenômeno jurídico. Disso resulta, como se sabe, a recusa intransigente do jusnaturalismo e o esforço de purificação metodológica da teoria jurídica.

Pretendemos, no entanto, problematizar a relação de Kelsen com a metafísica. Apesar de se manter coerente com suas premissas metodológicas em larga medida, a proposta de uma “teoria pura do direito” enfrenta graves dificuldades na maneira como pretende explicar a validade da ordem jurídica em última instância. Com efeito, a categoria da norma fundamental é uma das mais controversas no tocante à obra de Kelsen, sendo que tal conceito abre caminho para uma crítica imanente da concepção sustentada pelo autor.

A noção de uma crítica imanente, comumente invocada em alguns pensadores do campo da “Teoria Crítica” e da tradição marxista, tem sua origem em Hegel. Não nos cabe levantar os diversos percalços no caminho que conduz esse conceito da filosofia hegeliana até a teoria de Marx. Esse assunto, na medida em que tangencia a relação entre Hegel e Marx, contém polêmicas quase inesgotáveis. Para preservar o foco de estudo que propusemos, faz-se necessário renunciar a essa discussão, sendo suficiente pontuar que, na crítica imanente, o padrão de medida da crítica é posto pelo próprio objeto, de maneira que a apuração da integridade do saber assume a forma de uma comparação da coisa a ser conhecida com ela mesma, por assim dizer. Na adequada síntese de Luiz Repa (2019, p. 282-283), “crítica imanente é uma comparação do objeto consigo mesmo: uma comparação entre o que é para ele a verdade e a sua efetividade enquanto saber de algo a cada vez”. No que concerne ao nosso tema, trata-se, portanto, de confrontar a teoria pura do direito com seu próprio reflexo no espelho, para que ela mesma, no seu movimento de apresentação, exponha as suas próprias inconsistências.

Sob o prisma da crítica imanente, o combate de Kelsen contra os resíduos metafísicos na teoria do direito há de se mostrar fracassado. Numa reviravolta surpreendente, percebe-se que, para manter o rigor metodológico de sua abordagem, a teoria pura do direito viu-se obrigada a sustentar seu edifício teórico positivista com alicerces que se distanciam dos marcos de positividade que foram afirmados tão enfaticamente na obra kelseniana.

Procuraremos demonstrar que Kelsen incorreu na metafísica que ele tanto quis extirpar do campo do conhecimento jurídico, e que isso se deu, particularmente, no seu esforço de validação final do sistema jurídico por meio da famigerada norma fundamental. Para tanto, será imprescindível não apenas explicitar as premissas da teoria pura do direito, mas também colocar em evidência a maneira singular como Kelsen se reporta à filosofia kantiana. Feito isso, e após seguirmos algumas pistas deixadas por Evgeni Pachukanis, poderemos compreender o inusitado desfecho metafísico da empreitada que se conhece como “teoria pura do direito”.

1. As premissas positivistas da teoria pura do direito

Conforme observa Simone Goyard-Fabre (2002, p. 73-74), o positivismo jurídico é movido por uma “vontade de cientificidade” que se insurge contra a metafísica do direito natural, e que se expressa no postulado da autossuficiência do direito positivo¹. Toda transcendência em face do direito positivo, nessa perspectiva, deve ser eliminada do campo da ciência jurídica, admitindo-se como objeto de estudo tão somente a normatividade que nasce de uma positivação por parte da autoridade ou que é expressamente reconhecida pelos órgãos dessa autoridade².

A refutação juspositivista da metafísica no âmbito da teoria jurídica, com efeito, encontra em Kelsen um de seus principais porta-vozes. Ao pretender expulsar da ciência do direito os

¹ O impulso antimetafísico da época contemporânea fez com que até mesmo a persistente crítica dworkiniana do juspositivismo tivesse que “pagar como tributo”, por assim dizer, a apresentação de um programa de direitos naturais que se refugiava numa nomenclatura alternativa. Ao se referir a direitos morais fundamentais que funcionariam como trunfos políticos, Ronald Dworkin (2002, p. xv) asseverou convenientemente que tais categorias estariam desprovidas de qualquer característica metafísica particular. Em tom um tanto defensivo, ele se justificou: “Deve haver uma teoria baseada em conceitos de direitos que são *naturais*, no sentido de que não são produtos de nenhuma legislação, convenção ou contrato hipotético. Tenho evitado essa expressão porque ela tem, para muitas pessoas, associações metafísicas que a desqualificam. Pensam que direitos naturais são atributos espectrais que o homem primitivo usava como amuletos, e que introduziram na civilização para afastar a tirania” (DWORKIN, 2002, p. 273).

² O direito positivo estende-se para além da norma que é posta por um ato de autoridade. Arthur Kaufmann (2007, p. 282) observa que a positividade do direito não se resume à norma que é posta por uma vontade habilitada, já que também é cabível para as expressões mais espontâneas do fenômeno jurídico, como é o caso da jurisprudência e dos costumes. Mesmo sem ser “posto”, portanto, o direito consuetudinário consolida-se por força de uma prática reiterada e duradoura que o torna positivo, ou seja, que o transforma num fenômeno regular e empiricamente observável (um dado positivo).

elementos reputados como “metajurídicos”, a elaboração kelseniana reforçou o aspecto da positividade das normas jurídicas, fazendo-o em nome de um ideal científico. Para Kelsen (2003, p. xi), a teoria pura do direito combate as noções dissociadas dos dados positivos sob as bandeiras da objetividade e da exatidão, tidas como o padrão ideal de toda ciência.

Kelsen celebrou sua própria concepção ao postular que a teoria pura do direito finalmente logrou o feito de separar a ciência jurídica do campo da política, o que se deu por meio de uma aproximação entre o pensamento jurídico e aquilo que chamou de “teoria geral da ciência” (KELSEN, 2003, p. xii). Segundo o jurista nascido em Praga, o grande mérito científico de sua teoria devia-se ao contato direto que ela promoveu entre a teoria jurídica e os critérios mais gerais de rigor científico, ou seja, as referências pleiteadas como definitivas para todas as ciências.

O projeto da pureza metodológica no direito, tal como sustentado por Kelsen, adota uma retórica de isenção axiológica, isto é, de distanciamento em face de valores políticos, morais e culturais, algo que é visto não apenas como possível, mas também como necessário, sob pena de comprometimento da cientificidade da pesquisa jurídica. Nessa leitura, “o jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito” (KELSEN, 2003, p. 77). Seja como for, sabe-se que a “pureza” kelseniana “refere-se à doutrina e, não, ao direito”, já que o direito, “bem sabe Kelsen, é campo da disputa política e da afirmação de valores” (SGARBI, 2009, p. 33).

A valoração do direito como objeto teórico implica, na perspectiva em comento, uma renúncia à atitude científica, uma postura que se reduziria a uma política jurídica ou, pior, descambaria para a metafísica. Na compreensão de Kelsen (2003, p. 87), há que se fazer uma oposição entre uma mundividência metafísico-religiosa, que conduz a uma teoria metafísica do direito, baseada no direito natural, e uma mundividência científica, cuja matéria de interesse só poderia ser o direito positivo. Em “Teoria geral do direito e do estado”, o autor invoca a positividade do direito em oposição à própria ideia de justiça, de maneira a delimitar rigorosamente o objeto científico da teoria pura do direito:

A justiça é uma ideia irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e a ação dos homens, não está sujeita à cognição. (...) Tal cognição pode entender apenas uma ordem positiva evidenciada por atos determináveis objetivamente. Essa ordem é o Direito positivo. Somente isso pode ser objeto de ciência; somente isso é o objeto de uma teoria pura do Direito, o qual é uma ciência, não uma metafísica do Direito. Ela apresenta o Direito tal como ele é, sem defendê-lo chamando-o de justo. Ou condená-lo denominando-o injusto. Ela busca um direito real e possível não o correto. É, nesse sentido, uma teoria radicalmente realista e empírica. Ela declina de avaliar o direito positivo (KELSEN, 2000, p. 19).

Na correta constatação de Carlos Santiago Nino (2010, p. 35), pensadores como Kelsen e Ross consideram que os únicos juízos que podem ser avaliados como verdadeiros ou falsos são os juízos de conteúdo empírico (os juízos analíticos seriam uma exceção a essa regra, pois são verdadeiros ou falsos a depender de sua estrutura lógica). Esse critério exclui os enunciados morais do âmbito da investigação científica. Daí a condenação kelseniana do jusnaturalismo, o qual padeceria de uma indevida promiscuidade entre avaliação moral e identificação do direito positivo, entre valoração e conhecimento. Isso porque o direito natural, enquanto ordem normativa suprapositiva, só poderia ser encarado como uma idealização valorativa que, como tal, não encontra respaldo na experiência, no mundo sensível, o que o converteria numa categoria irremediavelmente metafísica. E o propósito das teorias metafísicas, na compreensão de Kelsen (2000, p. 18), não é explicar racionalmente a realidade, mas sim aceitá-las ou rejeitá-las emocionalmente a partir da concordância ou do divórcio entre a realidade empírica e as ideias transcendentais. Esse transcendentalismo, por sua vez, é visto como um fator que impede a cognição objetiva do direito, a ponto mesmo de permitir uma liberdade de escolha, do ponto de vista valorativo, entre um padrão conservador e um padrão revolucionário³.

Em sua crítica à doutrina jusnaturalista, a teoria kelseniana rechaça o dualismo entre direito natural e direito positivo, algo que remete ao dualismo metafísico entre a realidade e a ideia platônica, entre o mundo sensível das cópias imperfeitas e o mundo das ideias originais, que seria o arquétipo invisível das coisas reais (KELSEN, 2000, p. 17). Com essa atitude, há uma recusa de toda e qualquer tentativa jusnaturalista no sentido de se indicar um “direito em si”, ou ainda, um direito original e autêntico que se mostre como referência normativa para o direito positivo. Nessa ordem de considerações, o positivismo atém-se ao direito positivo enquanto um produto humano que, em Kelsen (2000, p. 622-623), mostra-se desprovido de qualquer valor absoluto. Sua validade é sempre hipotético-relativa, correlata a um dever-ser que é próprio da norma positivada, e não da natureza, o que salienta a fidelidade kelseniana à chamada “lei de Hume”, pela qual não se pode inferir prescrições (enunciados deônticos) de um simples ato de descrição (enunciado indicativo).

³ Essa objeção kelseniana ao pensamento jusnaturalista em muito se assemelha à conhecida crítica que Alf Ross formulou contra as doutrinas de direito natural, em particular no seu contundente discurso antimetafísico: “Como uma prostituta, o direito natural está à disposição de todos. Não há ideologia que não possa ser defendida recorrendo-se à lei natural. E, na verdade, como poderia ser diferente considerando-se que o fundamento principal de todo direito natural se encontra numa apreensão particular direta, uma contemplação evidente, uma intuição? Por que minha intuição não será tão boa quanto a dos outros? A evidência como critério de verdade explica o caráter totalmente arbitrário das asserções metafísicas. Coloca-se acima de toda força de controle intersubjetivo e deixa a porta aberta para a imaginação ilimitada e o dogmatismo” (ROSS, 2000, p. 304-305).

O direito em Kelsen (2000, p. 166), portanto, é sempre direito positivo, sendo que sua positividade apoia-se no elemento fático da criação ou anulação por meio de atos humanos, independentemente da moralidade que se possa atribuir a tais atos a partir de um juízo subjetivo qualquer. Ao contrário do jusnaturalismo, que pressupõe uma normativamente diretamente derivada de um estado de coisas ou de uma ordem natural, o juspositivismo concebe apenas o direito que é produzido pela conduta humana, e que assume, assim, o perfil de um artefato⁴, de uma criação do espírito que resulta do fato da autoridade, uma tese que, aliás, já era defendida por John Austin. De acordo com o pensamento austiniano, a teoria do direito não compreende todas as espécies de regras positivas, mas somente aquelas que se instituídas por uma autoridade soberana a um corpo de súditos que as obedece habitualmente (AUSTIN, 1998, p. 11).

A atitude metodológica do positivismo kelseniano, cumpre salientar, revela notáveis afinidades com o Círculo de Viena, sobretudo no tocante aos ideais antimetafísicos contidos no manifesto “A concepção científica do mundo⁵”. Ao que tudo indica, a “teoria geral da ciência” que é enaltecida no prefácio de “A teoria pura do direito” corresponde, ao menos naquilo que é essencial, à proposta que foi apresentada no texto de Hahn, Neurath e Carnap. Afinal, o que se nota na chamada “concepção científica do mundo” é um discurso que celebra a “pesquisa antimetafísica dos fatos”, considerada como “o modo de pensar calcado na experiência e avesso à especulação” (HAHN; NEURATH; CARNAP, 1986, p. 6).

Cabe acrescentar aos motivos dessa caracterização o caráter totalizante e unificador que o manifesto em prol da “concepção científica de mundo” confere à sua noção de ciência. O documento exalta o caráter empirista e positivista do conhecimento científico (“há apenas conhecimento empírico, baseado no conhecimento dado”) e reivindica a aplicação da análise lógica como método, do que se conclui que “o esforço do trabalho científico tem por objetivo alcançar a ciência unificada,

⁴ Conforme o entendimento de Kenneth Himma, a percepção do direito como um artefato é o terreno comum que reúne os juspositivistas de todas as matizes. Seja o fato socialmente relevante a capacidade coercitiva do soberano ou a convergência prática dos funcionários do direito, tem-se nos dois casos a presunção de uma autoridade em função de um acontecimento contingente que, no entanto, é sempre uma criação, um produto artificial das instâncias da comunidade (HIMMA, 2019, p. 68). Em Kelsen, essa concepção aparece na ideia básica da variabilidade do direito positivo segundo a vontade arbitrária do legislador, em função da qual o direito pode ser construído como um artefato qualquer, sem sofrer restrições de máximas que são atribuídas à natureza ou que exprimem uma valoração absoluta (KELSEN, 2003, p. 19).

⁵ “Embora o jurista austríaco não estivesse envolvido diretamente com nomes como o matemático Hans Hahn ou o físico Phillip Frank, e, no limite, não partilhasse de todos os princípios que alimentavam o motor daquele projeto, o Círculo de Viena defendeu – a partir dos anos 1930 – ideias que se revelaram importantes na confecção da teoria pura do direito (a obra de mesmo nome ganhou sua confecção em 1934). No manifesto de 1929, subscrito pelo filósofo Rudolf Carnap, Hans Hahn e o economista e sociólogo Otto Neurath, assinalava-se que, na raiz dos trabalhos do grupo, não estava a assunção de uma atitude livre da metafísica, mas, sim, uma postura radicalmente antimetafísica” (AKAMINE JR., 2017, p. 16-17).

mediante a aplicação de tal análise lógica ao material empírico” (HAHN; NEURATH; CARNAP, 1986, p. 12). Essa unificação da ciência, por sua vez, seria dada mediante um sistema neutro de fórmulas e conceitos, impregnado de um simbolismo que estaria liberto das impurezas presentes nas linguagens históricas.

Pode-se dizer que Kelsen sorveu do Círculo de Viena o apreço pela análise lógica, ainda que sua teoria não seja totalmente condizente com a filosofia analítica. Esse método, seja como for, “é o que essencialmente distingue o recente positivismo e empirismo do antigo, mais biológico e psicológico em sua orientação” (HAHN; NEURATH; CARNAP, 1986, p. 10). Daí porque a teoria pura do direito aproxima-se mais da ciência positivista do século XX, fundamentando-se não no conceito naturalista de causalidade (muito adequado a uma “física social” no estilo comtiano), mas antes na categoria da imputação.

Kelsen postula que, no que concerne a descrição de uma ordem normativa de conduta, aplica-se o princípio da imputação no lugar do princípio da causalidade. O que se verifica nas proposições jurídicas é o uso da imputação, um uso que, num primeiro momento, parece análogo ao da causalidade, pois envolve um raciocínio de consequência: nas condições previstas pela ordem jurídica, uma dada coerção deve ser efetivada. No entanto, pode-se encontrar a diferença entre a causalidade e a imputação na fórmula geral dos princípios e nos seus fatores determinantes. No princípio da causalidade, postula-se que “se A é, então B será o resultado”; no princípio da imputação, diz-se que “se A é, então B deve ser”. Assim, há um fator espontâneo no primeiro, enquanto que, no segundo, depende-se de um ato volitivo da autoridade (KELSEN, 2003, p. 86-87).

Conforme veremos mais adiante, o legado da análise lógica será de grande importância para a teoria kelseniana da validade jurídica, e em particular no papel que será cumprido pela norma fundamental. De todo modo, essa premissa já se manifesta nas primeiras páginas de “A teoria pura do direito”, seja no tocante à retórica de neutralidade científica, seja na compreensão da norma jurídica como um esquema de atribuição objetiva de sentido para os comportamentos, isto é, como um esquema de interpretação:

O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico – não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei

da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma (KELSEN, 2003, p. 4).

A normatividade jurídica em Kelsen, portanto, não é inteligível apenas com fundamento em fatos empíricos (sensíveis), embora deles não possa prescindir. Faz-se indispensável procurar o sentido desses fatos a partir de um método lógico de observação que toma a própria norma como uma referência de racionalização jurídica de condutas que, em si mesmas, são destituídas de qualquer significado *a priori*. E será graças a essa perspectiva lógica provida pelas normas jurídicas que o fato da autoridade poderá, no pensamento kelseniano, se impor de uma maneira que seja juridicamente significativa sobre a facticidade das condutas⁶.

2. Kelsen e sua relação com a filosofia kantiana

A figura da imputação que é utilizada por Kelsen consiste num conceito de matriz kantiana. Kant (2017, p. 38) chama de imputação o juízo pelo qual se qualifica uma pessoa como autora de um determinado ato, algo que, no tocante ao direito, se fará acompanhar de consequências jurídicas que não de ser instituídas com força jurídica. No entanto, a teoria kantiana pressupõe um fundamento racional necessário para o direito, ou seja, um padrão universal de correção e legitimidade para o conteúdo a ser imputado juridicamente, e que poderia ser contrastado, inclusive, com uma legislação positiva que se mostrasse irracional. Nesse aspecto, Kelsen afastou-se de Kant, propondo-se mesmo a “corrigir” a abordagem kantiana em nome de um ideal científico antimetafísico, conforme veremos neste tópico.

O pensamento jurídico de Kant é inseparável do projeto de uma razão prática, isto é, da proposta de uma referência normativa válida para todos os seres racionais. Essa referência universal para o agir humano significa uma ruptura em face da perspectiva “cosmológico-ética” dos antigos, da perspectiva “teológico-ética” dos medievais e da perspectiva utilitarista (FERRY, 2009, p. 74). Em sua dimensão prática, a filosofia kantiana introduziu uma racionalidade centrada no homem

⁶ Kelsen completa seu raciocínio afirmando que “a norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade – que não pode ser captada pelos sentidos – somente surge através desta operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal” (KELSEN, 2003, p. 4).

enquanto indivíduo abstrato, enquanto pessoa num sentido que desconsidera as determinações naturais e divinas, bem como as contingências dos interesses.

O uso da razão em Kant não poderia ser meramente especulativo. O procedimento criticista, ao se colocar como um método, exige um uso prático na moral, na política e no direito (GOYARD-FABRE, 2002, p. 320). Nada pode se eximir da crítica⁷, nada pode escapar do inquérito pela razão, sendo que tal procedimento, enquanto método transcendente, é sempre semelhante a si mesmo, qualquer que seja o objeto sobre o qual se realize a sua aplicação

Compreendendo a teoria do direito como parte de uma razão prática a ser formulada nos termos de uma metafísica mais geral dos costumes, Kant assume explicitamente a tarefa de desenvolver uma metafísica dos comportamentos no tocante à sua regulamentação heterônoma, o que levaria a uma doutrina do direito que só poderia ser construída como um “sistema emanado da razão” (KANT, 2017, p. 5). Trata-se de buscar um critério racional que possibilite a coexistência entre os diferentes arbítrios, algo que não poderia ser alcançado apenas por meio da generalização de dados empíricos.

Já em sua época, Kant ressentia-se das suspeitas que se ensaiavam contra a metafísica. Ao invés de contrapô-la à ciência, o autor a estimava como a única ciência da qual se poderia esperar um acabamento perfeito, já que esse saber “não é senão o *inventário* de tudo aquilo que possuímos por meio da *razão pura*, organizado sistematicamente” (KANT, 2015, p. 23). O verdadeiro inimigo do saber científico não era a metafísica, mas antes o dogmatismo, assim considerado como a pretensão de fazer progredir o conhecimento apenas a partir de conceitos e princípios, isto é, sem se recorrer a uma investigação sobre o modo pelo qual a razão pode alcançá-los⁸. Ora, o remédio para esse mal só poderia ser a crítica da faculdade do conhecimento mediante categorias que pudessem transcender o mundo empírico.

Como bem observa Jean-Cassien Billier (1998, p. 28), o movimento de crítica da razão pura em Immanuel Kant tem por objetivo combater as tendências dogmáticas da razão, algo que se via em pensadores como Leibniz e Wolff, mas sem que isso reconduzisse a filosofia ao ceticismo de David Hume, que teria se excedido ao refutar os excessos do dogmatismo. O desafio kantiano, pois, era a construção de uma metafísica antidogmática, apta para indagar sobre seus próprios limites e

⁷ “Nossa época é a verdadeira época da *crítica* a que tudo tem de submeter-se. A *religião*, por meio de sua *sacralidade*, e a *legislação*, por meio de sua *majestade*, querem em geral escapar a ela. Desse modo, porém, levantam contra si uma legítima suspeita e não podem aspirar ao sincero respeito que a razão dedica apenas àquele que pôde suportar o seu livre e público teste” (KANT, 2015, p. 19, nota de rodapé).

⁸ Kant (1985, p. 19) chegou a citar o dogmatismo como um estágio primário da metafísica, ao qual se seguiu uma atitude cética e, finalmente, a reabilitação sob o criticismo da razão pura.

para se abrir aos dados do mundo sensível, mas sem renunciar às categorias transcendentais, puramente racionais, como um norte para o pensamento.

No tocante ao direito, essa posição levou Kant a se contrapor à premissa elementar do juspositivismo. A reflexão kantiana, agora realizando-se como razão prática, recusa-se a reduzir o direito ao seu aspecto empírico, ou seja, às leis positivas de um dado país num dado momento; ela incorpora a justiça como uma necessária pretensão de correção, para usarmos uma expressão mais atual, sendo que esse objeto seria incognoscível por meio de princípios empíricos. Somente a transcendência da razão poderia, em suas peripécias metafísicas, garantir um legítimo tratamento teórico de um assunto dessa natureza⁹. Disso resulta, como conclusão, que “uma doutrina do Direito meramente empírica é (tal como a cabeça de madeira da fábula de Pedro) uma cabeça que pode ser bela, mas que, lamentavelmente, não tem cérebro” (KANT, 2017, p. 42).

Sendo assim, por mais que Kelsen enalteça a filosofia kantiana, ainda que sob as lentes revisionistas do neokantismo da Escola de Marburgo, ele não pôde assimilar o aspecto da razão prática que se expressa na proposta de uma metafísica dos costumes, cujo resultado seria a formulação de um parâmetro moral indeclinável para o direito positivo, típico de uma visão jusnaturalista. Daí a tentativa kelseniana de crítica da metafísica por meio de um aprofundamento do método transcendental que foi elaborado pelo próprio Kant, conforme se lê numa carta do famoso jurista a Renato Treves:

Precisamente porque a Teoria Pura do Direito foi a primeira a tentar desenvolver a filosofia de Kant para uma teoria do direito positivo (e não se atolou numa teoria do direito natural, como fez Stammler), ela marca num certo sentido um passo além de Kant, cuja própria teoria jurídica rejeitou o método transcendental. Não obstante, a Teoria Pura do Direito tem sido uma curadora mais fiel do legado intelectual de Kant do que qualquer uma das outras filosofias jurídicas que se valem de Kant. A Teoria Pura do Direito tornou a filosofia kantiana produtiva para o direito pela primeira vez ao desenvolvê-la adiante ao invés de se apoiar na literalidade da própria filosofia jurídica de Kant¹⁰ (KELSEN, 1998, p. 172).

⁹ “Em primeiro lugar, no tocante às *fontes* do conhecimento metafísico, elas não podem, já segundo o seu conceito, ser empíricas. Os seus princípios (a que pertencem não só os seus axiomas, mas também os seus conceitos fundamentais) nunca devem, pois, ser tirados da experiência: ele deve ser um conhecimento, não físico, mas metafísico, isto é, que vai além da experiência. Portanto, não lhe serve de fundamento nem a experiência externa, que é a fonte da física propriamente dita, nem a experiência interna, que constitui o fundamento da psicologia empírica. É, por conseguinte, conhecimento *a priori* ou de entendimento puro e de razão pura” (KANT, 1988, p. 23-24).

¹⁰ Informamos que todas as citações de obras em língua estrangeira foram livremente traduzidas por nós.

Na visão de Kelsen, portanto, Kant não foi “kantiano” o suficiente em sua própria teoria do direito, não teve a coragem necessária para realizar na filosofia do direito o mesmo movimento que fez na filosofia do conhecimento, um problema que também seria verificável na obra do neokantiano Hermann Cohen¹¹. Faltava-lhes a disposição para assumir um relativismo ético peculiar a uma abordagem do direito que o considerasse apenas em sua validade formal, deixando-se de lado certas exigências de conteúdo moral no processo de identificação da juridicidade das normas.

Ao propor um direito oriundo da razão, Kant dá vazão à tese de uma razão prática, de uma razão que não só esclarece, mas também obriga; uma razão que, além de conhecimento, produz deveres, assumindo, pois, uma feição normativa – o que não será admitido pela leitura kelseniana, a qual se agarra firmemente a uma distinção entre o querer dos atos normativos e o saber dos atos cognoscitivos. “O conceito kantiano da razão prática”, postula Kelsen (1986, p. 101), “é, assim, o resultado de uma inadmissível confusão de duas faculdades do homem, essencialmente diferentes uma da outra e também por Kant mesmo diferenciadas”.

Nota-se em Kelsen uma intransigente oposição à tese de uma razão legisladora. A razão prática é denunciada como um conhecimento contraditório, um saber que reúne em si o conhecer e o querer, o que seria inconcebível. As normas do “direito da razão” presumido por Kant não poderiam ser fixadas positivamente, pois emanam de uma faculdade de conhecimento. Segundo o entendimento kelseniano, o conhecimento permite a verificação de normas realmente existentes a partir de atos de vontade de uma autoridade, assim como permite a produção de conceitos sobre tais atos. As normas, porém, não podem ser criadas por uma faculdade cognitiva (KELSEN, 1986, p. 10).

Com esse posicionamento, Kelsen condena como metafísicas todas as teorias que pretendem demonstrar a existência de um direito lastreado na razão, e não numa vontade humana que se encontre habilitada pela autoridade positiva. É o que torna inaceitável a elaboração kantiana sobre o direito, totalmente embebida no espírito de uma razão prática.

Não obstante o discurso pronunciadamente antimetafísico de Kelsen, houve quem lhe acusasse de incorrer naquilo que tanto combateu. Referimo-nos ao jurista russo Evgeni Pachukanis, em especial no que concerne a sua crítica do normativismo.

¹¹ Apesar de criticar Cohen por sua incapacidade de “ascender” ao positivismo no âmbito do direito, Kelsen foi fortemente influenciado pela Escola de Marburgo no campo da filosofia do conhecimento. Foi sob inspiração dessa escola que a teoria kelseniana enveredou para a proposta daquilo que qualificou como pureza metodológica (MÉTALL, 1976, p. 22-23).

3. A crítica pachukaniana à teoria de Kelsen

A teoria marxista do direito formulada por Evgeni Pachukanis tem por escopo determinar o substrato material das categorias que fazem do direito uma forma socialmente específica, sendo que o elemento jurídico das sociedades, nessa concepção, gira em torno do sujeito de direito e das relações jurídicas que os sujeitos estabelecem em sua prática cotidiana. E o que fundamenta essa subjetividade é a troca universal de mercadorias, esse expediente no qual os indivíduos se comportam materialmente como agentes portadores de direitos e deveres, constituindo o molde do intercâmbio social na modernidade capitalista.

É na constância das trocas mercantis que os indivíduos são abstraídos socialmente como sujeitos de direito. Ao celebrar atos de permuta, os agentes consagram-se como seres livres, iguais e proprietários: livres para dispor sobre bens e serviços mediante o consentimento formal, iguais enquanto operadores nivelados pelo mercado e proprietários da mercadoria que oferecem, ainda que essa mercadoria seja, no caso dos assalariados, a sua própria força de trabalho – de maneira que a própria exploração capitalista realiza-se mediante um ato de comercialização que assume, inevitavelmente, a forma jurídica do contrato (PACHUKANIS, 2017, p. 138). Os atributos da subjetividade jurídica, assim, nascem dos aspectos formais das relações de mercado.

No entendimento de Pachukanis, o direito deve ser examinado não no nível formal das normas promulgadas, não como mero produto da vontade legal do Estado, mas antes no nível material em que se opera a tessitura das relações entre os sujeitos de direito. O autor traz o exemplo do crédito para ilustrar sua posição: “não se pode dizer que a relação entre credor e devedor é gerada por uma ordem coercitiva de cobrança de dívidas existente num determinado Estado”, dado que o crédito é fixado materialmente no mercado, de modo que a ordem normativa existente “*assegura, garante, mas de forma alguma gera a relação*” (PACHUKANIS, 2017, p. 115). O que se tem como premissa nesse tipo de asserção é a ideia de que “a lei não cria o indivíduo portador de mercadorias que atua como um sujeito munido de liberdade, igualdade e propriedade”, uma vez que ela “já o encontra constituído socialmente desse modo, dispondo sobre aspectos acidentais em relação à substância principal” (BIONDI, 2020, p. 232).

Em Pachukanis, portanto, observa-se uma primazia das relações jurídicas sobre as normas, um esquema que inverte por completo a lógica kelseniana¹². Priorizar as normas seria adotar um

¹² Na teoria pura do direito, a relação jurídica é um mero complexo de deveres jurídicos, uma trivial consequência das normas de direito. O matrimônio, ilustrativamente, é visto não como um complexo de relações sexuais e econômicas entre dois indivíduos, mas antes como um instituto jurídico resultante de um determinado arranjo normativo. Só se pode concebê-lo como produto de uma relação entre normas jurídicas ou entre fatos determinados

ponto de vista demasiadamente imediatista e empirista, dado que a norma jurídica, ao servir de fundamento para as demandas judiciais das partes, pode funcionar como ponto de partida prático do jurista, mas não necessariamente como ponto de partida científico. Este corresponde à categoria mais simples do direito, ao conceito mais indecomponível, no qual se encerra a especificidade da forma jurídica. Trata-se do sujeito de direito, sem o qual não há normas propriamente jurídicas:

A ordem jurídica se distingue de qualquer outra ordem social justamente pelo fato de que ela é baseada em sujeitos isolados privados. A norma do direito adquire sua *differentia specifica*, que a destaca da massa geral das normas reguladoras – morais, estéticas, utilitárias etc. –, justamente pelo fato de que ela pressupõe a pessoa dotada de direitos e que, além disso, exerce ativamente uma pretensão (PACHUKANIS, 2017, p. 128-129).

Pachukanis coloca-se plenamente na contramão da teoria pura do direito. O jurista marxista não apenas rejeita a centralidade das normas no exame do direito, como também se opõe com veemência ao esvaziamento do conteúdo social das normas para fins de “depuração” metodológica. Nos termos da crítica pachukaniana, Kelsen levou a metodologia neokantista ao absurdo quando situou o puro dever-ser normativo como o autêntico objeto da pesquisa jurídica. Isso comprometeria seriamente o caráter científico da empreitada kelseniana, que lança fora os aspectos históricos e sociais do direito em favor de uma escala lógica e hierárquica de normas¹³.

Nessa ordem de considerações, Pachukanis (2017, p. 94) conclui que “o formalismo extremo da escola normativa (Kelsen) indubitavelmente expressa a tendência geral decadente do pensamento científico burguês recente”, chegando mesmo a flertar com uma completa ruptura com a realidade de fato. Tal crítica dirige-se à redução da existência das normas à sua validade, a qual, por sua vez, baseia-se centralmente em meios normativos de validação, de modo que a prática social propriamente dita aparece nesse esquema apenas como situação-limite, sob a forma de um mínimo de eficácia que condiciona a validade das normas jurídicas.

por essas normas, sendo que, sem essa determinação, ele não existiria, assim como não existiriam os motivos da conduta (KELSEN, 2003, p. 187-188).

¹³ “Uma teoria geral do direito que não se propõe a explicar nada, que de antemão dá as costas aos fatos da realidade, ou seja, à vida social, e lida com as normas sem se interessar nem por sua origem (uma questão metajurídica!), nem por sua ligação com quaisquer interesses materiais, pode, evidentemente, pretender o título de teoria apenas no sentido em que se fala, por exemplo, da teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não possui nada em comum com a ciência. De fato, ela não se propõe a investigar a forma jurídica como forma histórica, pois ela de modo nenhum tem em mente a investigação daquilo que existe. É por isso que, para usar uma expressão vulgar, dela ‘nada se espera’” (PACHUKANIS, 2017, p. 74).

O tema da validade jurídica em Kelsen, em razão da sua abordagem formal e internormativa, suscitou também as críticas do realismo jurídico, sobretudo no que diz respeito à norma fundamental. Sobre esse ponto em particular, pode-se mencionar a objeção de Alf Ross (2000, p. 96-97), para quem o apelo a uma categoria a tal ponto artificial demonstra que, num dado momento da análise, a relação da norma com a realidade não pode mais ser adiada ou abstraída. O conhecimento do direito positivo não poderia ignorar a efetividade social, e Kelsen prejudicou sua análise desde o princípio ao adotar um critério meramente lógico de validade. Porém, a crítica de Pachukanis é ainda mais corrosiva: se Ross promove um deslocamento das normas válidas para as normas vigentes, quer dizer, da perspectiva do legislador abstrato para a perspectiva das tendências jurisprudenciais, a teoria pachukaniana reivindica uma imersão do direito nas relações sociais, expondo toda a vacuidade da metodologia kelseniana.

Como não poderia deixar de ser, Pachukanis toca no delicado ponto da norma fundamental, a categoria que, para Kelsen, explica o fundamento comum de validade das normas da ordem jurídica, conferindo-lhe um sentido de unidade para além da própria constituição positivada:

Mas em que consiste – alguém pode perguntar – a famigerada legalidade interna da ordem normativa, ou seja, jurídica? Consiste, responde Kelsen, em que cada norma jurídica isolada é deduzida de uma mais geral, e essa por sua vez de uma ainda mais geral, até chegarmos àquela fundamental ou, como diz Kelsen, a uma norma ou hipótese jurídica originária. Essa norma fundamental constitui a mais elevada autoridade estabelecadora de normas de uma determinada sociedade. Kelsen se apressa a advertir que o dever-ser que se encerra nessa norma, como qualquer dever-ser jurídico, porta um caráter relativo e condicional, porém o jurista não pode ir além da norma, pois é somente com ela que começa o domínio do direito (PACHUKANIS, 2017, p. 230).

A norma fundamental, assim, é “a mais elevada autoridade estabelecadora de normas” numa sociedade, elevada ao ponto de se tornar misteriosa, cognoscível apenas por meio de uma hipótese lógica. Trata-se da expressão sublimada, isto é, “purificada” no plano metodológico, da obrigatoriedade do direito em seu sentido pleno, independentemente das categorias que conferem materialidade e historicidade ao fenômeno jurídico (como o sujeito de direito em sua íntima conexão com as práticas mercantis). “Livrando a jurisprudência dogmática desses conceitos ‘substanciais’ e a transformando na lógica do juridicamente devido”, arremata Pachukanis (2017, p. 233), “Kelsen extraiu dela o sentido vital e a transformou numa escolástica peculiar, extremamente próxima da teologia medieval”.

Seria a comparação entre a teoria pura do direito e a teologia medieval apenas um exagero retórico por parte de Pachukanis? Opinamos que não. Uma apreciação mais rigorosa da chamada “norma fundamental” poderá indicar uma estrutura argumentativa tipicamente metafísica na obra de Kelsen, e que encontrará um paralelo surpreendente na filosofia medieval.

4. A teoria pura do direito e seu desfecho metafísico

Kelsen (2003, p. 215) postula muito claramente que “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma”, agregando ainda que “uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, norma inferior”. Isso conduz, no próprio plano lógico, ao problema de uma cadeia interminável de validade e à necessidade de superá-lo, o que só poderia se dar, na teoria pura do direito, apelando-se à categoria da norma fundamental.

A norma fundamental é o dispositivo que encerra a cadeia de validação, é a norma “que se pressupõe como a última e a mais elevada”, e que, como tal, “tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada” (KELSEN, 2003, p. 217). Essa norma, portanto, é o dever-ser originário do qual derivam os demais deveres normativos de uma determinada ordem jurídica. E assim é porque Kelsen, num raciocínio inspirado na “lei de Hume”, reivindica que não se pode extrair deveres da mera realidade fática. Os fatos sociológicos, políticos, econômicos e culturais, nesse sentido, são sempre externos à criação jurídica.

Por conseguinte, a norma fundamental é uma ferramenta indispensável para a “pureza” metodológica de Kelsen. Enquanto puro dever-ser originário, essa norma constitui-se como referência vazia de validade, garantindo que todo e qualquer conteúdo possa ser direito. O que se infere da teoria pura do direito, portanto, é que a única substância necessária no direito é a autoridade que se manifesta como uma igualmente necessária ordenação hierárquica de normas. Todo o resto é contingente, pois importa apenas considerar a norma fundamental como a fonte de toda a juridicidade:

Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão

jurídica, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior (KELSEN, 2003, p. 222).

Não se deve olvidar que a norma fundamental não está totalmente desgarrada do mundo fático. Kelsen (2003, p.224) esclarece que ela “se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida”, e por isso mesmo pressupõe uma eficácia global da ordem jurídica que valida¹⁴ – uma “concessão” à realidade, por assim dizer. De todo modo, o sentido conceitual da norma fundamental é assegurar a clausura do pensamento jurídico, sendo uma categoria fiadora de uma natureza plenamente endógena do direito, ao menos para fins “científicos”, como se a ciência exigisse o esvaziamento dos fenômenos ao invés da busca por conexões substanciais.

A coerência de Kelsen com as premissas de sua teoria pura, contudo, custou-lhe a coerência da sua teoria sobre a validade das normas jurídicas. A inquietante e embaraçosa imagem de uma ordem jurídica positiva baseada numa norma meramente pensada é, com efeito, uma mácula demasiadamente onerosa para um autor que insistiu com tanta obstinação na positividade do direito – o que vale tanto para a tese da objetividade do direito perante os valores morais que circulam na sociedade como para a tese da diferenciação entre proposições jurídicas (juízos teóricos sobre o fenômeno jurídico) e normas jurídicas (o fenômeno jurídico em si mesmo).

Ora, quando Kelsen recorre à norma fundamental, ele se reporta a uma “pressuposição lógico-transcendental” que condiciona a interpretação das normas como atos jurídicos, mas uma pressuposição que, ao mesmo tempo, seria compartilhada pela comunidade dos juristas, representando aquilo que todos os operadores do direito pensam sobre a validade da ordem jurídica¹⁵. Disso se extrai uma aguda contradição para a teoria pura do direito. Cai por terra a rígida distinção inicial entre o conhecimento e a vontade, entre o saber e o querer, um pleito que Kelsen havia lançado para desacreditar a razão prática kantiana. Como observa Cláudio Michelon Junior

¹⁴ Aulis Aarnio (1987, p. 35) pontua que, quanto à norma fundamental, uma questão pertencente ao mundo do ser (eficácia) torna-se condição necessária para o caráter vinculante (validade) do sistema jurídico. Essa é, contudo, apenas uma concessão feita a muito contragosto e sem nenhum desenvolvimento teórico. Não à toa, Kelsen não apresenta nenhum critério de medida sobre a eficácia das normas jurídicas. Não está claro se a eficácia significa obediência por parte dos titulares dos deveres ou aplicação, por parte dos órgãos jurídicos, das sanções autorizadas (RAZ, 2012, p. 125).

¹⁵ Para amenizar a contradição de uma ordem jurídica positiva que se sustentaria sobre uma norma fictícia, meramente pensada, Kelsen (2003, p. 228) procura conferir ares de trivialidade à norma fundamental, argumentando que ela “apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem (...) quando concebem o Direito exclusivamente como direito positivo”, de sorte que a categoria em comento seria “somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado”.

(2004, p. 106-107), a postulação da norma fundamental aparece na teoria pura do direito como um evento subjetivo, como uma espécie de vontade, por parte do jurista, de interpretar fatos físicos como fatos jurídicos. Há uma postura prescritiva segundo a qual quem pretende compreender o direito deve assumir o postulado lógico de uma norma pressuposta.

Em Kelsen, a norma fundamental enquanto categoria do conhecimento jurídico tem também um papel criador, definindo a objetividade desse conhecimento – o que em Kant não seria possível, já que a independência kantiana da realidade perante o sujeito que a conhece não admite esse tipo de intervenção. Assim, Kelsen rompe com Kant também do ponto de vista epistemológico, pois subordina a condição de conhecimento objetivo sobre o direito (a norma fundamental) a uma decisão subjetiva do pesquisador, de tal modo que o objeto passa a depender do sujeito (MICHELON JR., p. 108). Não se sustenta, pois, o autorretrato da obra kelseniana como um kantismo mais consequente para o pensamento jurídico.

Ainda sobre a norma fundamental, toma-se a sua validade como um dado objetivo inquestionável, o que a habilita para funcionar como premissa maior de validade num raciocínio silogístico. O exemplo desse raciocínio que aparece em Kelsen, não por acaso, vem da teologia:

Com efeito, uma ética teológica que considera Deus como a mais elevada instância legisladora não pode afirmar o fato de que qualquer outra pessoa ordenou que obedecemos à vontade de Deus. Esta seria na verdade uma autoridade supra-ordenada a Deus. E se a norma: devemos obedecer às ordens de Deus, é aceite como posta por Deus, não poderá ser fundamento de validade das normas postas por Deus, pois que também ela é uma norma posta por Deus. Também a ética teológica como tal não pode ter uma autoridade legiferante. A norma: devemos obedecer às ordens de Deus, não pode, portanto, como norma fundamental, ser o sentido subjetivo do ato de vontade de qualquer pessoa. Se, porém, a norma fundamental não pode ser o sentido subjetivo de um ato de vontade, então apenas pode ser o conteúdo de um ato de pensamento (KELSEN, 2003, p. 226-227).

O derradeiro patamar da autoridade, portanto, deve ser logicamente pressuposto. Não se poderia conferir a nenhum agente a função de fundamentar essa última instância, pois isso a desconstituiria como tal na medida em que ela passaria a se subordinar à vontade desse agente. Resta apenas, então, presumir que não há nenhuma esfera normativa superior àquele que se reputa como o nível máximo da normatividade. Do contrário, a análise extrapola os limites do direito positivo, atingindo um tema “metajurídico” como o poder¹⁶.

¹⁶ “Com o problema do fundamento da norma fundamental saímos da teoria do Direito positivo e entramos na secular discussão em torno do fundamento, ou melhor, da justificação, em sentido absoluto, do poder” (BOBBIO, 1995, p. 63). Embora seja também um juspositivista, Norberto Bobbio (1995, p. 66) não trata o poder como um

Importa notar que Kelsen decididamente abstrai o incômodo tema do poder do Estado. Graças à norma fundamental, ou seja, ao fundamento unitário de validade da ordem normativa, o direito apresenta a peculiaridade de regular a sua própria criação. O princípio gerador da unidade jurídica é a fixação de uma regra jurídica por meio de outra regra jurídica, o que também vale para o Estado enquanto ordem soberana. A linha de raciocínio empregada para o direito é a mesma para o Estado¹⁷: “se o Estado é soberano”, reflete Kelsen (1938, p. 43), “é porque a validade e, por conseguinte, a unidade desse sistema de regras a que nós chamamos ordem estatal, deriva, em última análise, de uma regra que se supõe ser a primeira das normas fundamentais”, é dizer, de uma norma “que já não é necessário justificar ou deduzir”.

A norma fundamental aparece na teoria de Kelsen, desse modo, como um emplastro aplicável a todo tipo de hierarquia normativa que se queira representar por meio de uma estrutura lógica. Mais do que isso, o uso da ética teológica como exemplo soa como um peculiar ato falho, pois é justamente no conceito de Deus, sobretudo no modo como a metafísica medieval o desenvolveu, que se pode encontrar a base do raciocínio kelseniano, senão vejamos.

Quando Kelsen se refere a Deus, em sua ilustração inspirada na teologia, como a “mais elevada instância legisladora”, traçando um paralelo com a norma fundamental enquanto a mais elevada instância normativa do direito e do Estado, ele indica níveis de normatividade que, conceitualmente falando, não admitem normas que lhes sejam hierarquicamente superiores. O que se vê no autor da teoria pura do direito, portanto, é uma tese cujo raciocínio se assemelha ao famoso “argumento ontológico”, cuja origem remonta à metafísica de Anselmo de Canterbury.

Segundo a tese metafísica de Anselmo (1998, p. 87-88), Deus é o ser mais elevado que se pode imaginar. Nessa concepção, Deus é tão grandioso e verdadeiro conceitualmente que sequer seria possível cogitar a sua inexistência. Mais ainda: nenhuma inteligência humana poderia pensar em algo ou alguém que fosse superior a Deus, pois a criatura não poderia supor a existência de um ente superior ao seu próprio criador. Pois bem: em linguagem laica, elegantemente lógica e com todos os ornamentos do cientificismo que marcou o final do século XIX e o início do século XX, Kelsen constrói sua teoria sobre o ponto culminante da cadeia de validação jurídica de uma maneira

tabu em sua teoria do direito: “Se o direito é um conjunto de regras com eficácia reforçada, isso significa que um ordenamento jurídico é impensável sem o exercício da força, isto é, sem um poder. Colocar o poder como fundamento último de uma ordem jurídica positiva não quer dizer reduzir o Direito à força, mas simplesmente reconhecer que a força é necessária para a realização do Direito”.

¹⁷ O conceito de Estado no pensamento kelseniano encontra-se subsumido ao seu conceito normativista de direito. Nas palavras do próprio jurista austríaco, “o *aparelho de coação*, em que, geralmente, se pretende ver a característica do Estado, é idêntico à *ordem jurídica*. As regras que constituem a ordem estatal são as regras do direito. A norma jurídica é a regra em virtude da qual se opera a imputação ao Estado, que, como sujeitos dos atos estatais, é a personificação da ordem jurídica” (KELSEN, 1938, p. 25).

similar ao argumento ontológico de Anselmo¹⁸. A criação jurídica, aqui, imita a criação em sentido bíblico. Basta substituir, *mutatis mutandis*, Deus por norma fundamental e se tem o mesmo artifício retórico. Se Deus, criador de todas as coisas, é a entidade mais excelsa que o pensamento humano pode conceber, a norma fundamental é, outrossim, a fonte de toda a criação jurídica, a norma mais excelsa que o jurista pode imaginar – e ele o faz, segundo Kelsen, ainda que inconscientemente, pois não parece haver margem para ceticismo ou agnosticismo na vida prática dos juristas.

Conclusão

A teoria da validade jurídica em Kelsen, ao repousar sobre o conceito de norma fundamental, não apenas contraria o discurso da necessária positividade do direito para fins de apreciação científica, como também se serve de um expediente metafísico na sua forma de raciocinar. A superioridade absoluta da norma fundamental exprime uma estrutura de pensamento muito semelhante à que foi utilizada por Anselmo de Canterbury para sustentar argumentativamente a existência de Deus.

Há que se considerar a norma fundamental como um conceito metafísico na medida em que tal categoria dispensa uma demonstração empírica, afirmando-se como idealidade autossuficiente. Exige-se, por certo, um mínimo (ainda que não explicado) de eficácia para essa norma (como para todas as normas na visão de Kelsen), mas esse fato em si não se confunde com a tese de uma norma que se explica tão somente pela sua superioridade lógica em face das demais. Uma norma desse tipo, portanto, não é tão diferente de um axioma leibniziano, de um dispositivo cabível num sistema *more geometrico* que, nos termos de uma crítica kantiana, pecaria pelo dogmatismo.

Kelsen qualifica os sistemas morais e as teorias de direito natural como sistemas estáticos, pois seriam baseados em normas autoevidentes, dadas na razão, das quais se poderiam deduzir toda uma série normativa, o que só poderia ser admitido sob o cânone de uma razão legisladora que o próprio autor rechaça (KELSEN, 2003, p. 218). Ora, a norma fundamental, enquanto uma hipótese lógica a ser abraçada consciente ou inconscientemente pelos juristas, enquanto norma pensada, aspira à mesma posição legiferante, uma vez que o seu conteúdo é a pura obrigatoriedade do direito, é a validade da ordem jurídica como presunção absoluta e incontornável – como um verdadeiro

¹⁸ Curiosamente, o argumento ontológico foi refutado por Kant, esse filósofo tão celebrado por Kelsen, até o ponto de concluir que o próprio Kant não seria kantiano o bastante para o seu gosto. Luc Ferry (2009, p. 30-31) pontua que “a principal objeção de Kant é substancialmente a seguinte: a possibilidade *lógica*, ou seja, o caráter não contraditório de um conceito em nada garante sua objetividade, nem o fato de que uma realidade corresponde a ele”, pois a existência de uma categoria ou de um ser no pensamento não prova necessariamente a sua existência real.

postulado racional. Desse modo, a teoria kelseniana expulsa a metafísica pela porta da frente com muita pompa e alvizez, mas sem perceber o seu retorno sorrateiro pela janela.

Referências bibliográficas

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987.

AKAMINE JR., Oswaldo. *A teoria pura do direito e o marxismo*. São Paulo: Lado Esquerdo, 2017.

ANSELM OF CANTERBURY. *The major works*. Edited by Brian Davies and G. R. Evans. Oxford: Oxford University Press, 1998.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined and The uses of the study of jurisprudence*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

BILLIER, Jean-Cassien. *Kant et le kantisme*. Paris: Armand Colin, 1998.

BIONDI, Pablo. *Relação jurídica*. In: AKAMINE JR. Oswaldo et al. *Léxico pachukaniano*. Marília: Lutas Anticapital, 2020, p. 221-239.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRY, Luc. *Kant: uma leitura das três críticas*. Tradução de Karina Jannini. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAHN, Hans; NEURATH, Otto; CARNAP, Rudolf. *A concepção científica do mundo: o círculo de Viena*. Tradução de Fernando Pio de Almeida Fleck. *Cadernos de História e Filosofia da Ciência*, Campinas, n. 10, 1986, p. 5-20.

HIMMA, Kenneth Einar. *Morality and the nature of law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

_____. *Crítica da razão pura*. Tradução de Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

_____. *Os progressos da metafísica*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1985.



_____. Prolegômenos a toda metafísica futura que queira apresentar-se como ciência. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Teoria geral das normas. Tradução de José Florentino Duarte. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1986.

_____. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Teoria geral do estado. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1938.

_____. The pure theory of law, “labandism”, and neo-kantism. A letter to Renato Treves. Translated by Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. In: PAULSON, Stanley.; PAULSON, Bonnie. (ed.). Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes. Oxford: Clarendon Press, 1998.

MÉTALL, Rudolf. Hans Kelsen, vida y obra. Traducción de Javier Esquivel. México DF: UNAM, 1976.

MICHELON JR., Cláudio. Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PACHUKANIS, Evgeni. A teoria geral do direito e o marxismo e Ensaio escolhidos (1921-1929). Coordenação de Marcus Orione Gonçalves Correia. Tradução de Lucas Simone. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2017.

RAZ, Joseph. O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

REPA, Luiz. A essência da crítica: sobre o olhar da crítica: sobre o limiar da crítica imanente em Hegel. Revista Discurso, São Paulo, n. 2, v. 49, 2019, p. 269-285.

ROSS, Alf. Direito e justiça. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SANTIAGO NINO, Carlos. Introdução à análise do direito. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SGARBI, Adrian. Clássicos de teoria do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.



Sobre o autor:**Pablo Biondi**

Doutor e mestre em Direito pela USP. Professor de Ética e teorias da Justiça na FDSBC. Pós-doutorando em Direito pela USP

Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo, SP, Brasil

Lattes:<http://lattes.cnpq.br/7676702845345167> ORCID:<https://orcid.org/0000-0002-7733-344X>

E-mail:pablobiondi@gmail.com

