

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS

EVANUEL FERREIRA SILVA

**A DISTINÇÃO SER/DEVER-SER NA TEORIA PURA DO
DIREITO: UMA PROPOSTA METODOLÓGICA**

SOUSA/2018

EVANUEL FERREIRA SILVA

A DISTINÇÃO SER/DEVER-SER NA TEORIA PURA DO
DIREITO: UMA PROPOSTA METODOLÓGICA

Trabalho monográfico apresentado à
Coordenação do curso de Direito do Centro de
Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS, UFCG,
para preenchimento de um dos requisitos
obrigatórios à obtenção do título de bacharel
em Direito.

Linha de pesquisa: Filosofia Jurídica

Orientador: Prof. Epifânio Vieira Damasceno

SOUSA/2018

DEDICATÓRIA

À memória de minha amada sobrinha, DEBORAH KARINNE, de quem aprendi mais do que ensinei. Que sua paciência, fé e esperança inabaláveis possam servir-me, sempre, de inspiração. Descanse em paz, Deborah!

À memória de meu pai, RAIMUNDO F. SILVA, de quem aprendi a rara qualidade de enxergar o lado ruim das pessoas e, portanto, a essência delas.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, MARIA DAS GRAÇAS SILVA, que, com paciência e dedicação, acolheu-me nos momentos mais difíceis. Sem ela, não teria eu chegado até aqui.

A minha esposa, VERALÚCIA, por sua paciência. Nela, encontrei verdadeira e sincera companhia.

A minha filha, HANNAH, meu tesouro inestimável.

Aos meus sobrinhos, ANTHONY GIORDANO e JOÃO GUILHERME, meus filhos de coração.

A minha irmã, JOANA PAULA, exemplo de força.

Ao Professor EPIFÂNIO VIEIRA DAMASCENO, a quem devo os primeiros passos na filosofia jurídica.

“Puede ocurrir que desde um punto de vista especial [...] exista una certa interdependência entre ser e deber ser, pero tampoco este hecho, en los casos em que se dé, menoscaba en lo más mínimo la mutua interdependência de estos dos capôs del pensamiento. La contraposición que los separa tiene un carácter lógico-formal y, mientras nos mantenhamos dentro de este terreno de lógica formal, podemos estar seguros de que no se tende ningún punte entre esos dos campos, separados entre sí por un abismo profundo”

(Hans Kelsen – *Problemas Captales...*)

“I think myself the tendency pernicious to try to remove the ‘ought’ and ‘may’ of norms from the realm of contingency facts of the world to a ‘non-natural’ realm of timeless truths. A removal of the norms from the world of facts is also a removal of them from the realm of truth”.

(Georg Henrik Von Wright - *Is and Ought*)

“O domínio de uma ciência é uma unidade objetiva fechada; não reside no nosso arbítrio onde e como delimitamos o domínio da verdade. O reino da verdade divide-se objetivamente em domínios; a investigação tem se orientar segundo estas unidades objetivas, e coordenar-se em ciências”.

(Edmund Husserl – *Investigações Lógicas*)

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	4
SUMÁRIO.....	6
RESUMO	7
ABSTRACT	8
LISTA DE FIGURAS	9
1. INTRODUÇÃO.....	10
2.1 A unidade entre ser e dever-ser: as tradições platônico-aristotélica e tomista	14
2.2 O abismo entre ser e dever-ser	21
3. A DISTINÇÃO SER/DEVER-SER NA TEORIA PURA DO DIREITO	34
3.1 Considerações preliminares	34
3.2 A separação entre ser e dever-ser como princípio metodológico.....	36
4. SER E DEVER COMO DUALISMO LÓGICO-METODOLÓGICO	40
4.1 Sistemas normativos autônomo e heterônomo	44
a) Sistema normativo autônomo	47
b) Sistema normativo heterônomo.....	47
c) Crítica ao psicologismo	49
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
6. REFERÊNCIAS	54

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo investigar a natureza do dualismo entre ser e dever-ser na teoria pura do direito de Hans Kelsen. As noções ser e dever-ser aparecem já no pensamento grego, adquirindo uma forma mais ou menos definida nas obras de Platão e Aristóteles. Para estes, elas se originam da natureza dinâmica dos seres finitos, cujo aperfeiçoamento constitui o fim para o qual devem tender. O ser do homem encontra seu fim último, que é o conteúdo do dever-ser, em sua própria natureza. A filosofia medieval também se ocupou com a questão ser/dever-ser. Partindo da concepção aristotélica de Deus como o ser perfeito por antonomásia, Santo Tomás de Aquino afirma que apenas Deus possui a plenitude do ser; as demais criaturas apenas participam em maior ou menor medida nele, devendo, pois, ser boas, uma vez que possuem um ser derivado de Deus, que é o bem supremo. Assim, a ideia de uma separação radical entre ser e dever-ser é quase que totalmente estranha aos autores que antecederam a era moderna. Historicamente, é somente a partir de David Hume que tal concepção aparece como um verdadeiro pressuposto do raciocínio ético-filosófico. No entanto, embora já se encontre de forma embrionária – de acordo com a maioria dos estudiosos – na filosofia de David Hume, a tese da separação só veio adquirir uma forma bem acabada na moderna teoria do conhecimento construída na Crítica da Razão Pura de Immanuel Kant. No campo da teoria jurídica, no entanto, coube a Hans Kelsen a mais consequente elaboração da versão kantiana da distinção ser/dever-ser.

Palavras-chave: Ser. Dever-ser. Lógica. Norma. Juízo.

ABSTRACT

The present work aims to investigate the nature of the dualism between is and ought in Hans Kelsen's pure theory of law. The notions of is and ought appear already in Greek thought, acquiring a more or less definite form in the works of Plato and Aristotle. For them, they originate from the dynamic nature of finite beings, whose perfection is the end to which they must tend. The being of man finds its ultimate end, which is the content of the duty-being, in its own nature. Medieval philosophy has also dealt with the question of is/ought. Starting from the Aristotelian conception of God as the perfect being by *anthonomasia*, Saint Thomas Aquinas affirms that only God possesses the fullness of being; the other creatures only participate to a greater or lesser extent in him, and must therefore be good, since they have a being derived from God, which is the supreme good. Thus, the idea of a radical separation between is and ought is almost totally alien to the authors who preceded the modern era. Historically, it is only from David Hume that such a conception appears as a true presupposition of ethico-philosophical reasoning. However, although it is already embryonic – according to most scholars – in David Hume's philosophy, the separation thesis only came to a well-finished form in the modern theory of knowledge constructed in Immanuel Kant's *Critique of Pure Reason*. In the field of juridical theory, however, it was Hans Kelsen's most consequential elaboration of the Kantian version of the distinction is/ought.

Keywords: Is. Ought. Logic. Norm. Judgment.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: A norma como elemento do juízo de realidade	45
Figura 2: A norma como pauta de ajuizamento.....	46
Figura 3: Sistema normativo autônomo.....	47
Figura 4: Sistema normativo heterônomo.....	48

1. INTRODUÇÃO

Em 1934, Hans Kelsen, no prefácio à primeira edição de sua obra *Teoria Pura do Direito*, escreveu: “[...] empreendi a tarefa de elaborar uma teoria pura do direito, quer dizer, uma teoria depurada de toda ideologia política e de todo elemento das ciências da natureza, e consciente de ter um objeto regido por leis próprias”.¹ Vinte e seis anos depois (1960), no prefácio à segunda edição da mencionada obra, Kelsen reconhece que tais intentos continuavam, principalmente devido a Segunda Guerra Mundial e as convulsões políticas que dela resultaram, a esbarrar-se nos mesmos obstáculos de outrora: “Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, isto é, creem poder definir um direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo”.²

Hoje, mais de meio século depois, essas palavras de Kelsen continuam com seu pleno vigor, tendo, inclusive, ganhado em exatidão, uma vez que encontra, cada vez mais, ressonância numa vasta gama de elementos fáticos que as confirmam. Nos dias atuais, não são raras as ocasiões em que juristas e profissionais da área jurídica são chamados a opinar sobre as mais diversas questões, fazendo-o por meio de sentenças do tipo: “O direito deve se adequar à realidade social”; “Não podemos interpretar o direito tendo em vista apenas sua dimensão normativa, devemos concebê-lo, antes, como um fato social”; “O jurista deve ter uma visão crítica do direito” e, ainda, “Não basta ser legal uma decisão judicial, tem ela que ser justa”. Estes são apenas alguns dos exemplos (eloquentes) que expressam uma profunda crise de identidade em relação ao verdadeiro papel do jurista (cientista do direito). Examinados mais de perto, todavia, eles evidenciam também a indeterminação do campo de estudo do jurista e sua conseqüente absorção por outros ramos da atividade científica: todos eles revelam perspectivas possíveis de se abordar o direito, exceto, a perspectiva própria do jurista: a normativa.

Se nos detivermos nos reflexos epistemológicos desta crise de identidade do jurista e a conseqüente indeterminação de seu campo próprio de investigação, temos

¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 1ª ed., Ediciones Coyoacan, 2008, p. 9.

² Hans Kelsen, *Teoria Pura do direito*, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. XVIII.

que estamos diante de um problema de não pequena importância, problema este que pode ser formulado em uma simples pergunta: o que é o direito?

A história do pensamento jurídico é instrutiva com respeito à diversidade de propostas voltadas à solução deste problema³. Na mesma medida, porém, ela o é também para demonstrar que este persiste sem uma solução definitiva. O que mostra que, neste terreno, devemos nos contentar mais com a funcionalidade de uma determinada abordagem do que com a sua capacidade de fornecer respostas definitivas.

Entretanto, o problema ao qual fizemos referência não se restringe a questões epistemológicas. Antes fosse! O “sincretismo metodológico” – expressão que sintetiza as posturas ilustradas nos exemplos que trouxemos mais acima – tem consequências mais devastadoras do que a princípio podemos julgar.

Dizer, por exemplo, que o direito é um fato social e que, por isso, deve ser estudado numa perspectiva mais alargada, por mais questionável que a princípio possa parecer – se tomarmos como referência, por exemplo, a abordagem jusnormativista kelseniana, que se opõe ao sociologismo jurídico – indica apenas uma tomada de posição frente ao problema que diz respeito aos limites do conhecimento jurídico. No entanto, a questão tem se tornado mais complexa, pois a tendência atual – que tudo relativiza – não se limita a alargar ou reduzir as fronteiras do conhecimento jurídico conforme esta ou aquela metodologia, mas eliminá-las ou criá-las arbitrariamente, ao ponto de transformá-las em produto do arbítrio subjetivo.

Não há dúvida quanto ao caráter pernicioso de tal tendência, que, aqui, chamaremos de “ditadura do subjetivismo”. Não por acaso, como o demonstra a história, a ditadura do subjetivismo ganha força naqueles momentos de crises profundas. Johannes Kretschmer, na apresentação de sua primorosa tradução da obra *A filosofia do como se*, de Hans Vaihinger, demonstra que um dos principais sintomas dos tempos de crise – Kretschmer alude especificamente ao período que antecedeu a Primeira Guerra Mundial – é a incapacidade dos sujeitos de perceberem a necessária conexão entre linguagem e realidade;⁴ é a crença de que a realidade das coisas é apenas um ponto de vista, podendo ser negada e até mesmo substituída em função dos desejos dos sujeitos.

No que diz respeito ao direito, a ditadura do subjetivismo tem encontrado um campo fértil para deitar suas raízes. A ideia de que o direito positivo deve adequar-se as

³ Cf. Karl Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milan: Giuffrè, 1966.

⁴ Johannes Kretschmer, *Apresentação*. In: Hans Vaihinger, *A filosofia do como se*, Chapecó: Argos, 2011, pp. 19 e ss.

demandas de grupos sociais organizados – por mais absurdas que algumas delas sejam – tem servido de base para muitas decisões judiciais, cujo conteúdo, de acordo com a ordem jurídica vigente, pertence ao campo da deliberação legislativa. É a típica confusão – já devidamente esclarecida por Kelsen – entre o sentido objetivo da norma (o que ela efetivamente expressa) e o sentido subjetivo (o que o sujeito deseja que ela expresse).

O presente trabalho consiste de uma tentativa de síntese das leituras jurídico-filosóficas, especialmente da obra de Hans Kelsen, realizadas por seu autor desde quando este desempenhou sob a orientação do professor Epifânio Vieira Damasceno, nos anos de 2014 e 2015, as atividades de monitor das disciplinas *Ciência Política e Filosofia Jurídica*. Os primeiros esboços destas leituras encontram-se reunidos em um trabalho que o autor publicou, em parceria com aquele professor, na Revista de Informação Legislativa do Senado federal⁵. Ali, se discute o lugar que a ciência jurídica ocupa dentro do quadro geral das ciências, tomando como premissa básica a dicotomia kelseniana causalidade/imputação.

Causalidade e imputação são formas específicas de relacionar entidades ou objetos dados. As ciências da natureza e as ciências sociais gerais descrevem seus respectivos objetos por meio de nexos causais, pois buscam as causas e os efeitos de um determinado fenômeno num dado limite de tempo e espaço. As ciências normativas, ao contrário, descrevem seus respectivos objetos por meio de nexos normativos, ou seja, se valem de fórmulas do tipo: “*dado um fenômeno A, deve ocorrer um fenômeno B*”. A ciência jurídica se enquadra na última categoria, ou seja, vale-se da regra da normatividade, regra esta representada pela cópula “*deve*”. Esta distinção tem a vantagem de possibilitar uma demarcação do campo de estudo próprio da ciência jurídica frente ao das demais ciências sociais. No entanto, causalidade e imputação são apenas modos particulares de representar uma distinção de caráter ainda mais fundamental: a distinção ser/dever-ser.

O presente trabalho tem como objetivo geral investigar a natureza do dualismo entre ser e dever-ser na teoria pura do direito. Ademais, tem como objetivos específicos os seguintes: i) esboçar os elementos jurídico-filosóficos de tal distinção; ii) explicar as diferenças entre os pontos de vista psicológico e normativo; e iii) descrever a

⁵ Evanuel F. Silva; Epifânio Vieira Damasceno, *A classificação das ciências segundo Hans Kelsen: os princípios de causalidade e imputação*. REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 53, n. 209, jan./mar., 2016, pp. 329-342.

noção kelseniana de ciência normativa. Ademais, tem a presente pesquisa natureza teórica. Quanto ao seu procedimento técnico, tem caráter bibliográfico-documental.

Em 1911, Hans Kelsen, no prefácio à segunda edição de sua primeira grande obra jurídica⁶, escreveu: “[...] a presente obra toma como ponto de partida a *fundamental antinomia entre ser e dever-ser* [...]”. Assim, colocam-se as seguintes questões: a) a distinção ser/dever-ser, na teoria kelseniana, possui caráter ontológico (deriva de uma divisão contida no Direito mesmo) ou lógico-metodológico (categoria originária do pensamento)?; b) tal distinção responde satisfatoriamente ao problema de se determinar a natureza da ciência jurídica e o lugar que esta ocupa no quadro geral das ciências?; e ainda, c) representa ela um critério seguro de determinação e delimitação do objeto da ciência jurídica?

Na tentativa de fornecer respostas para essas questões, o presente trabalho partirá das seguintes hipóteses: 1) o dualismo metódico entre ser e dever-ser não consiste numa divisão ontológica, dada no Direito mesmo. Trata-se de uma noção básica que permite traçar metodologicamente os precisos limites entre as ciências explicativas (ciências do *ser*) e as ciências normativas (ciências do *dever-ser*); 2) a aplicação do dualismo metódico como instrumento de delimitação do campo de estudo da ciência jurídica, cumpre os requisitos de objetividade científica, pois não é dado ao sujeito cognoscente escolher o método com o qual irá abordar uma determinada ordem de coisas: os meios de se conhecer cientificamente um determinado objeto já estão dados no método mesmo que o funda; e 3) o dualismo entre ser e dever-ser permite uma definição preliminar da ciência jurídica como uma ciência normativa, isto é, como uma ciência que tem como objeto apenas e tão-somente normas.

⁶ Hans Kelsen, *Problemas Capatales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. México: Editorial Porrúa, S. A., 1987, p. XL (itálicos no original).

2. A DISTINÇÃO SER/DEVER-SER

2.1 A unidade entre ser e dever-ser: as tradições platônico-aristotélica e tomista

As noções ser e dever-ser aparecem já no pensamento grego, adquirindo uma forma mais ou menos definida nas obras de Platão e Aristóteles. Para estes, ser e dever-ser se originam da natureza dinâmica dos seres finitos, cujo aperfeiçoamento constitui o fim para o qual devem tender. O *ser* do homem encontra seu fim último (*Télos*), que é o conteúdo do dever-ser, em sua própria natureza. Partindo destas considerações, Alfred Verdross resume a “teoria platônico-aristotélica do valor” da seguinte forma: a) “os seres finitos não são estáticos”; b) o movimento de todas as coisas existentes está determinado objetivamente pelo fim para o qual tendem naturalmente; c) moral e direito não dependem da vontade dos homens, ao contrário, estão determinados na natureza destes e na comunidade em que ela se baseia e; d) não há uma total separação entre o ser e o dever-ser, uma vez que este último encontra-se enraizado no *ser* do homem.⁷

Esse *status* de unidade entre ser e dever-ser, sustentado pela ideia de fim, é mais facilmente, em um primeiro momento, assimilável com o sistema aristotélico – como teremos oportunidade de ver mais adiante – do que com o platônico. Isso se deve ao fato de a filosofia platônica encerrar um dualismo radical que se manifesta sob diferentes formas. Nesse sentido, ensina Kelsen:

O mundo de Platão não é uno. O abismo, o *chorismos*, que o cinde em todas as suas manifestações, reaparece continuamente, e sob as mais variadas formas. Não é absolutamente um único mundo, mas são dois os mundos com que deparamos na filosofia de Platão. Um deles, o reino transcendente da ideia, desprovido de tempo e espaço, o reino da coisa em si, a realidade verdadeira e absoluta do Ser, imutável, eterno, alheio a todo movimento e mudança; o outro, o reino oposto a esse transcendente, a esfera espaço-temporal das coisas conforme elas meramente se nos apresentam, constituindo uma esfera da aparência enganadora, do nascer e perecer, do cambiante vir-a-ser e, assim, na verdade, do Não-ser.⁸

O primeiro dos mundos apresentados, a saber, o mundo do inteligível, objeto do verdadeiro conhecimento racional e puro (*episteme*), se opõe ao mundo sensível,

⁷ Alfred Verdross, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental: visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, pp. 70-71.

⁸ Hans Kelsen, *A ilusão da justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 2.

que, para Platão, constitui objeto de uma ordem de conhecimento “altamente questionável” (as percepções sensíveis), sendo, por isso, identificado por ele com a mera opinião (*doxa*). O antagonismo entre *episteme* e *doxa* desdobra-se na oposição entre *peras* e *apeiron*. A primeira esfera encerra o reino do determinado, do formal, regendo-se pela lei da finalidade ou normatividade. A segunda, esfera do indeterminado, do ilimitado, da substância, rege-se pela lei de causa e efeito. “Um pensador moderno falaria aqui em uma oposição entre espírito e natureza, valor e realidade, entre o Dever-ser e o Ser”.⁹

Embora Kelsen considere um exagero interpretar em sentido estritamente ético todas as diversas oposições que aparecem na filosofia de Platão, ele admite que,

Se não é o único esse sentido ético, é, no entanto, o sentido primordial do dualismo platônico, a camada mais profunda de seu pensamento, na qual, como no solo que o nutre, tudo o mais deita raízes. O dualismo ético do bem e do mal é, por assim dizer, o mais interior dos anéis, circundado pelos dualismos epistemológico e ontológico que nele se emaranham e dele brotam.¹⁰

O *Korismós*, isto é, “as oposições em meio às quais se move o pensamento platônico, encontra seu sentido último na oposição fundamental entre Bem e Mal”.¹¹ Decorre disso – e esta é a tese fundamental de Kelsen acerca do dualismo platônico – que a oposição dos dois mundos, em suas diversas formas de manifestação, possui o caráter de um genuíno antagonismo de valores, uma vez que *o ético* ocupa uma posição de primazia na filosofia platônica, cujo cerne é a doutrina das ideias, mais especificamente, da ideia do bem, do valor moral¹². A contraposição entre a doutrina das ideias e os objetos adquiridos por meio das impressões sensíveis toma como ponto de partida a problemática socrática acerca “da essência do moralmente bom”, ou seja, da essência daquilo que constitui o bom ou o ruim nas coisas e, particularmente, nas ações humanas¹³. Neste ponto, tal doutrina (a socrático-platônica) esbarra-se em um obstáculo considerável, pois por meio dos sentidos não nos é dado conhecer se uma coisa é boa ou ruim da mesma maneira que dizemos que ela é branca ou preta, dura ou mole, ruidosa ou silenciosa. Pois o juízo que define uma conduta como moralmente boa ou ruim, o juízo de valor moral, “na medida em

⁹ Hans Kelsen, *A ilusão da justiça*, p. 2.

¹⁰ Hans Kelsen, *A ilusão da justiça*, p. 7

¹¹ Hans Kelsen, *loc. cit.*

¹² Hans Kelsen, *loc. cit.*

¹³ Hans Kelsen, *loc. cit.*

que exprima um valor objetivo”, ou seja, uma norma objetivamente válida (dever-ser), não se deixa apreender por meio dos sentidos. Daí conclui Platão, metafisicamente, que aquilo que torna as coisas moralmente boas ou ruins “tem, necessariamente, que ser algo situado não neste mundo da percepção sensível, mas num outro mundo, ‘mais elevado’, só acessível ao pensamento liberto de todo o sensível”.¹⁴

A existência autônoma do dever-ser, bem como a noção platônica do mundo sensível como não existente, são descritas por Kelsen nos seguintes termos:

Se uma coisa é boa ou ruim, se ela é como deve ser ou não é como deve ser, esse seu “Ser” – que, na verdade, constitui apenas uma cópula – há de representar outro que não aquele das coisas perceptíveis pelos sentidos, um ser mais elevado, um “Ser verdadeiro”. *Tal é o “Ser” das ideias, o valor moral hipostasiado numa entidade transcendente, o ser metafísico do Dever-ser, ou a ideia como norma.* Esta não é um simples conceito estabelecido como coisa real, pois um conceito não pode, contrariamente à ideia, particularmente à ideia do Bem, servir como fio de prumo do agir. Ele precisa ser uma norma, que estabelece como as coisas devem ser e, em especial, como os homens devem proceder.¹⁵

O “Ser” verdadeiro – entendido como “valor moral hipostasiado” – possui, na metafísica platônica, caráter ontológico¹⁶, conforme se depreende do texto Kelseniano transcrito mais acima. Logo, para Platão, a verdadeira realidade, que é o mundo das ideias, dos valores (segundo a interpretação de Kelsen), é a do dever-ser, da norma. As outras coisas só existem, portanto, na medida em que participam do ser da norma, ou seja, na medida em que são devidas. Ademais, do ponto de vista de uma visão de mundo que radica em um dualismo entre Bem e Mal, como é o caso da platônica, o existir – por implicação lógica – identifica-se com o ser-bom, de modo que o Mal não deve existir, mas apenas e tão-somente o Bem. “Por isso mesmo, o Mal consiste no que não é, e apenas o Bem no que é, uma vez que, para o pensamento ético, o Ser é o Dever-ser”.¹⁷ Quanto a esta questão, Giovanni Reale parece confirmar a tese de Kelsen, quando afirma que o “princípio supremo” da filosofia de Platão, que, na *República*, é chamado de ‘Bem’ e, “nas doutrinas não escritas” (de Platão), de ‘Um’, “age sobre a multiplicidade ilimitada como princípio

¹⁴ Hans Kelsen, *A ilusão da justiça*, p. 8.

¹⁵ Hans Kelsen, *A ilusão da justiça*, p. 8 (a ênfase é nossa).

¹⁶ Nesse sentido, cf. Giovanni Reale, *História da Filosofia*, vol. I, São Paulo: Paulus, 1ª ed, 1990, p. 141.

¹⁷ Hans Kelsen, *A ilusão da justiça*, p. 16. Mais à frente (p. 36), Kelsen reforça essa concepção citando uma passagem do *Fédon*, em que Platão afirma: “Para mim, não há nada que esteja tão indubitavelmente certo quanto isto: [...] que a todas essas concepções, ao Belo e ao Bom, cabe o mais verdadeiro Ser”.

limitante e determinante, ou seja, como princípio formal [...]”. Enquanto delimita (o Um), se manifesta como o Bem, uma vez que, a delimitação do ilimitado que se revela como uma forma de unidade na multiplicidade é essência, ordem, perfeição e *valor*. Desse modo o Um, isto é, o Bem, é princípio de ser, de verdade, de cognoscibilidade e de valor.¹⁸

A identidade entre o existir (o ser) e o Bem, traço marcante do pensamento eticista de Platão, baseia-se, segundo Kelsen, na primazia do querer sobre o conhecer. Com efeito, sua representação objetiva consiste no primado do dever-ser sobre o ser, do valor sobre a realidade: “No sistema puro do Bem não há lugar para o Mal”. Neste sentido, em sua forma original, o pensamento de Platão acerca do dualismo entre Bem e Mal nega a este, bem como aos seus “representantes ônticos” o atributo do verdadeiro ser. ‘O que deve ser *é*, tem o verdadeiro Ser, enquanto o que não deve ser apenas *parece ser*’.¹⁹ Assim compreendida a especulação platônica, que Kelsen qualifica como uma “concepção justificadora, isto é, ética – voltada para o valor” – representou uma verdadeira violação da “concepção natural”, da visão de mundo própria do “pensamento esclarecedor” (que constrói o conhecimento a partir da realidade empírica, observável pelos sentidos). O “ser”, verdadeiro objeto de conhecimento, representa, para a concepção eticista, um não-ser, uma vez que ela o identifica com o mal; ao contrário, o que, para o pensamento eticista, representa a verdadeira realidade, o dever-ser transcendente (valor absoluto), é considerado pela concepção natural algo irreal, precisamente pelo fato de não ser verificável pela experiência sensível. Ainda quanto à concepção eticista de mundo, observa Kelsen que o seu objeto (o valor) “é cindido em razão de sua natureza imanente”, uma vez que o conhecimento do Bem pressupõe o conhecimento do Mal (o seu oposto). Logo, “toda especulação ético-valorativa, na medida em que visa valores absolutos”, converte-se num dualismo metafísico, o qual, “quando não apenas hipostasia, mas também personifica o Bem e o Mal”, adquire caráter teológico.²⁰

Diferentemente de Platão, que defendia a transcendência da ideia em relação ao mundo, Aristóteles estabelece como premissa fundamental de seu pensamento a tese da imanência, ou seja, da unidade entre o mundo e a ideia. Diz-nos Hans Welzel, que a doutrina platônica das ideias pôs a base ideal para uma teoria apriorística do direito, mas não fundou em sua essência a conexão que existe entre aquele e a natureza do homem. Aristóteles foi quem conseguiu realizar esse feito, transformando “a doutrina platônica das

¹⁸ Giovanni Reale, *História da Filosofia*, p. 140

¹⁹ Hans Kelsen, *loc. cit* (ênfases de Kelsen).

²⁰ Hans Kelsen, *A ilusão da justiça*, p. 17.

ideias em uma metafísica teleológica, na qual a ideia está ligada ao conceito de natureza. Ademais, a identificação de *ideia* e *physis* operada por Aristóteles – continua Welzel – abre à doutrina apriorística do direito a via [segura] para um verdadeiro e próprio direito natural (ideal)”.²¹

Ao acolher a teoria platônica das ideias, Aristóteles a remodelou de forma notável. A essencial diferença entre sua doutrina e a platônica radica na concepção da relação entre ideia e realidade. Na fase intermediária de sua produção filosófica, principalmente em seus escritos de ética e filosofia política (*Político e Fédon*), Platão estabelece uma radical divisão (*Korismós*) entre o mundo das ideias e o mundo das aparências, relegando aquelas para um mundo além da realidade (*Topos yperouránios*). Hans Welzel entende que

Un motivo fondamentale per questo era nel fatto che nel concetto platonico delle idee erano stati a tutta prima compresi due principi distinti: in primo luogo le strutture a priori dell'essere (cioè le categorie ontologiche), quindi i principi di valore a priori (le idee del buono, del giusto, del bello, etc.). Mentre la tensione tra valore e realtà fa sì che per le idee principali di valore esiste una separazione netta fra idea e realtà, una tale distinzione è impossibile nel rapporto tra le categorie dell'essere e l'ente. La categorie dell'essere deve essere sempre immanente al suo oggetto.²²

Aristóteles não se distancia muito de Platão quanto a este ponto, pois, assim como o seu mestre, vê na *ideia* um conceito unitário, cuja função é servir de arquétipo para as *categorias ontológicas* e para o *conceito de valor*. Decorre disso, que não há espaço na filosofia platônica, assim como na aristotélica, para uma separação entre ser e dever-ser.²³ Em seu trabalho *Aristotle's doctrine of justice* (1957), Hans Kelsen demonstra que há uma necessária relação entre a visão de mundo metafísica e a tese da identidade entre ser e dever-ser. Sabe-se que Aristóteles, em sua *Ética*, tentou desenvolver uma filosofia moral de base racionalista, muito embora seu sistema filosófico incluía uma verdade metafísica que, em última instância, não está totalmente livre de implicações

²¹ Hans Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano: Giuffrè, 1965, p. 41.

²² Hans Welzel, *Diritto naturale...*, pp. 41-42: “O motivo fundamental para isso está no fato de que o conceito platônico das ideias compreende inicialmente dois princípios distintos: primeiro, a estrutura a priori do *ser* (isto é, as categorias ontológicas), e segundo, os princípios de valor a priori (a ideia do bem, do certo, do belo etc.). Enquanto a tensão entre valor e realidade provoca uma clara separação entre ideia e realidade para as principais ideias de valor, tal distinção é impossível na relação entre as categorias do *ser* e do *dever-ser*. As categorias de *ser* e *dever-ser* são imanentes ao seu objeto” (tradução e ênfases nossas).

²³ Hans Welzel, *loc. cit.* Cf. também, Verdross, *op., cit.*, pp. 70-71.

morais. Kelsen mesmo reconhece que a metafísica aristotélica “apresenta-se a si mesmo como uma ontologia, isto é, como uma ciência do ser, como uma cognição da realidade; um conhecimento da natureza, das propriedades e relações do ser enquanto tal”, estando ligada, portanto, “com aquilo que *é* – e não em primeiro lugar com aquilo que *deve ser*”.²⁴ Todavia – acrescenta –, a definição aristotélica de metafísica, a saber, como a ciência que lida com as causas e princípios primeiros, e com o fim último com vistas ao qual cada ação deve ser realizada, isto é, o ‘Bem em cada caso particular e, em geral, o Bem maior em toda a natureza’, traz implicada a ideia de que o “conhecimento das causas e princípios primeiros do que *é* coincide com o conhecimento daquilo que *deve ser*, isto é, o conhecimento do Bem”. Assim – conclui Kelsen – na “metafísica de Aristóteles – assim como em qualquer verdadeira metafísica – o dualismo do *ser* e do *dever-ser*, da realidade e do valor, é abandonado”.²⁵

A filosofia medieval também se ocupou com a questão ser/dever-ser. Partindo da “concepção aristotélica de Deus como o ser perfeito por antonomásia”, Santo Tomás de Aquino afirma que apenas Deus “possui a plenitude do ser”; as demais criaturas apenas participam em maior ou menor medida nele, *devendo*, pois, ser boas, uma vez que possuem um ser derivado de Deus, que é ao mesmo tempo “o bem supremo”. Assim, *ser* e *dever-ser* se originam da oposição existente entre “o ser imperfeito” e “o ser perfeito ao que tudo aspira”. Decorre disso que, em relação ao ser perfeito, não pode existir o *dever-ser*.²⁶

Aponta Alfred Verdross, que combinando-se estas ideias com a doutrina aristotélica da enteléquia, tem-se que o “dever-ser moral dos homens” se fundamenta na “oposição entre o estado de imperfeição em que eles de fato se encontram e o ser relativamente perfeito ao qual aspiram por natureza”; e ainda, “o dever-ser jurídico está a serviço do dever-ser moral”, visto que aquele nada mais é do que o meio pelo qual os homens atingem o fim natural de sua existência: a perfeição moral.²⁷

São Tomás de Aquino foi fortemente influenciado pelo intelectualismo grego, sobretudo por aquele intelectualismo de vocação aristotélica. Seu pensamento, que tinha como base fundamental os valores do mundo cristão, desenvolve-se em torno da metafísica aristotélica, sem descuidar-se, no entanto, de submetê-la a uma profunda

²⁴ Hans Kelsen, *Aristotle's doctrine of justice*. In: What is justice? Justice, law, and politics in the mirror of science: collected essays. New Jersey: The Lawbook Exchange, LTD., 2013, p. 110.

²⁵ Hans Kelsen, *Aristotle's doctrine of justice*, p. 110.

²⁶ Alfred Verdross, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, pp. 132-133.

²⁷ Alfred Verdross, *loc. cit.*

revisão. Para Hans Welzel, o trabalho de Tomás de Aquino implicou duas importantes consequências para a teoria do direito natural. A primeira foi a natural prevalência do intelecto sobre a vontade, que, em termos paradigmáticos, significou a vitória do intelectualismo grego sobre o voluntarismo paulino. A segunda diz respeito ao fato de que por meio do conceito teleológico da natureza de Aristóteles estabelece-se uma estreita ligação entre “a ideia do direito e a natureza do homem”.²⁸ Na verdade, em suas reflexões acerca do direito natural, São Tomás enfrenta o problema de decidir entre razão e vontade. O seu conceito de lei representa uma tomada categórica de posição favorável à primeira, pois, para ele, a lei (leia-se lei humana) é o produto de uma manifestação criativa do intelecto, uma vez que, sendo a razão regra e critério, a lei enquanto regra e critério da ação deve pertencer à razão.²⁹

Se invece si volesse definire la legge in funzione della volontà, che non sia determinata in precedenza dalla ragione, si giungerebbe piuttosto all'ingiustizia che al diritto. Infine, a Dio sarebbe impossibile volere qualcosa che non abbia fondamento nella sua saggezza. La volontà è solo il mezzo con cui la ragione pone in opera la realizzazione dei suoi piani.³⁰

De seu conceito de lei como manifestação da razão, Tomás de Aquino distingue a *lex divina* que, dada pela revelação, representa um fim sobrenatural; e, seguindo a tradição estoico-agostiniana, as três leis que governam a ordem natural: a *lex aeterna*, a *lex naturalis* e a *lex humana* ou *positiva*.

Baseando-se em Santo Agostinho, Tomás de Aquino concebe a *lex aeterna* como a lei divina que governa o mundo, ou seja, como a lei da ordem divina da criação. Diz-nos Hans Welzel, que a ideia de ordem – fundamental para o pensamento medieval – é situada por Tomás de Aquino no quadro da metafísica aristotélica: tendo Deus, por meio da *lex aeterna*, impresso em todas as criaturas um movimento específico em direção a um fim determinado, absolutamente tudo na natureza tende à realização de sua forma específica, [isto é, de seu *dever-ser*].

²⁸ Hans Welzel, Hans Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale*, p. 83.

²⁹ Hans Welzel, Hans Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale*, p. 84.

³⁰ Hans Welzel, *ibidem*: “Se, em vez disso, quiséssemos definir a lei de acordo com a vontade, que não é previamente determinada pela razão, estaríamos preferindo mais a injustiça do que o direito. Finalmente, seria impossível que Deus quisesse algo que não tem base em sua sabedoria. A vontade é apenas o meio pelo qual a razão estabelece a realização de seus planos” (*tradução minha*).

Come in Aristotele, la “natura” di un oggetto è la sua forma ideale, cioè la struttura completa cui essa per natura (*naturaliter*) tende. Tommaso ignora la distinzione fra realtà e valore, fra essere e dover essere, che domina la coscienza moderna, e chè soprattutto una conseguenza della scienza moderna, la quale procede com método indifferente ai valore (come era in Platone una conseguenza dell dottrina delle idee). Invece per Tommaso l’essere è determinato in precedenza dal valore, così che i due concetti sono intercambiabili, [...]. L’esistenza contraria al valore è un modo incompleto dell’essere, una “*existentia perversa*”.³¹

Para grande parte dos estudiosos modernos, especificamente aqueles filiados às correntes do idealismo e do positivismo, ao identificar ser e dever-ser, Tomás de Aquino, assim como a maior parte dos partidários da corrente do direito natural, teria incorrido no que se convencionou chamar de “falácia naturalista”.³² Entende-se por falácia naturalista a pretensão de derivar um *ser* de um *dever-ser*, e vice-versa, ignorando, portanto, a diferença existente entre forma e conteúdo.³³

2.2 O abismo entre ser e dever-ser

Como já tivemos a oportunidade de ver – de forma exemplificativa –, a ideia de uma separação radical entre ser e dever-ser é quase que totalmente estranha aos autores que antecederam a era moderna. Historicamente, é somente a partir de David Hume que tal concepção aparece como um verdadeiro pressuposto do raciocínio ético-filosófico. Não é exagero dizer, portanto, que toda a reflexão moderna acerca da distinção ser/dever-ser tem como principal antecedente a tese humeana da não derivação. Essa tese aparece na principal obra de Hume – *Tratado da Natureza Humana* – sob a forma de uma mera

³¹ Hans Welzel, Hans Welzel, *op. cit.*, p. 85: “Como em Aristóteles, a “natureza” de um objeto é a sua forma ideal, isto é, a estrutura completa para a qual tende naturalmente. Tomás ignora a distinção entre realidade e valor, entre ser e dever-ser, que domina a consciência moderna, e, acima de tudo, é consequência da ciência moderna, que procede como um método indistinguível de valor (como foi em Platão, uma consequência da doutrina das ideias). Para Thomas, em vez disso, o ser é determinado de antemão pelo valor, de modo que os dois conceitos são intercambiáveis [...]. Existência contrária ao valor é um modo incompleto de ser, uma ‘*existentia perversa*’”. (a ênfase é de Welzel).

³² Hans Kelsen, *O problema da justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 67 e ss; *The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science*. In: What is justice? Justice, law, and politics in the mirror of science: collected essays. New Jersey: The Lawbook Exchange, LTD., 2013, pp. 137-173. Em sentido contrário, cf. Robert P. George, *Kelsen and Aquinas on the Natural-Law Doctrine*, 75 Notre Dame L. Rev. 1625 (2000). Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol75/iss5/3>; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, New York: Oxford University Press, 2011, pp. 36-42.

³³ George Edward Moore, *Principia Ethica*, São Paulo: Ícone, 1998.

indicação de um problema filosófico, ao qual David Hume mesmo não dedicou nada mais do que umas poucas linhas, que, dada a sua repercussão e importância histórica para o debate ético-filosófico moderno, as reproduziremos aqui. Assim se expressa Hume:

I cannot forbear adding to these reasonings an observation, which may, perhaps, be found of some importance. In every system of morality which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surprised to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this *ought*, or *ought not*, expresses some new relation or affirmation, it is necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the readers; and am persuaded, that this small attention would subvert all the vulgar systems of morality, and let us see that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceived by reason.³⁴

De acordo com A. C. Macintyre, a interpretação padrão (que adquiriu o caráter de uma verdadeira ortodoxia) desta passagem leva Hume a afirmar que de premissas não morais jamais podemos extrair uma conclusão moral; e que, por isso, seria Hume o precursor, junto com Kant, da concepção autônoma de moral, segundo a qual não é possível encontrar um fundamento para a moral que não seja ela mesma. O próprio Macintyre, todavia, se opõe a esta interpretação, considerando-a inadequada e enganosa.³⁵ Ele se posiciona em sentido contrário a interpretação ortodoxa de que na supracitada

³⁴ *A Treatise of Nature Human*. Londres: Library Everyman's, vol. II, 1964, págs. 177-178: "Não posso deixar de acrescentar a esses raciocínios uma observação que, talvez, possa ser considerada de alguma importância. Em todos os sistemas de moralidade que até agora encontrei, sempre observei que o autor prossegue por algum tempo no modo ordinário de raciocínio, estabelece o ser de um Deus ou faz observações sobre os assuntos humanos; quando, de repente, me surpreendo ao descobrir que, em vez das habituais cópulas de proposições, *é*, e *não é*, não encontro nenhuma proposição que não esteja ligada a um *dever*, ou a um *não-dever*. Essa mudança é imperceptível; mas traz, no entanto, uma grande consequência. Pois como este *deve* ou *não deve* expressam alguma nova relação ou afirmação, é necessário que seja observado e explicado; e, ao mesmo tempo, uma razão deve ser dada, pelo que parece totalmente inconcebível, como essa nova relação pode ser uma dedução das outras, que são completamente diferentes dela. Mas como os autores não costumam ter essa precaução, eu devo sugerir isso aos leitores; e estou persuadido de que essa pequena atenção subverteria todos os sistemas vulgares de moralidade, e nos deixaria ver que a distinção entre vício e virtude não se baseia meramente em relações de objetos, nem é percebida pela razão" (*tradução e ênfases minhas*).

³⁵ A. C. Macintyre, *Hume on 'is' and 'ought'*. In: *The Is/Ought Question: A collection of papers on the central problem in moral philosophy*. Editado por W. D. Hudson. London: Macmillan Education, 1969, pp. 35-50.

passagem de Hume está implícita a ideia de uma separação entre ser e dever-ser, isto é, a impossibilidade lógica de derivar juízos morais de premissas factuais – problema central da filosofia moral moderna. Já no início de sua exposição, Macintyre deixa claro que a distinção entre ser e dever-ser não representa um dado evidente; a pergunta da qual ele parte é, ao contrário: “como podemos passar do ‘ser’ ao ‘dever-ser’?”³⁶ A tese de Macintyre acerca do significado da sentença humeana contraria a tendência corrente de ver nesta a expressão de um abismo intransponível entre ser e dever-ser. Dentre os argumentos apresentados por ele para embasar sua tese encontra-se um que, dadas as suas implicações para a compreensão do sistema moral de Hume, reveste-se de especial importância, qual seja: “[...] if the current interpretation of Hume's views on 'is' and 'ought' is correct, then the first breach of Hume's law was committed by Hume; that is, the development of Hume's own moral theory does not square with what he is taken to assert about 'is' and 'ought'”.³⁷ Caberá ao leitor interessado nos detalhes deste problema, julgar se a afirmação de Macintyre condiz ou não com o sentido literal da sentença de Hume.³⁸ Basta-nos aqui apontar que pode não ser de todo correto considerar a sentença de Hume – a qual transcrevemos mais acima – um argumento definitivo em prol da impossibilidade lógica de derivar um *ser* de um *dever-ser*, e vice-versa, uma vez que uma análise do sistema filosófico de Hume, nos moldes propostos por Macintyre, pode nos conduzir a aceitar que a mencionada sentença consiste apenas de um raciocínio isolado; sem grandes implicações para o sistema ético-filosófico de Hume quando considerado em seu todo.

Georg Henrik Von Wright – *Is and Ought* –³⁹ traça-nos um quadro lógico-conceitual bastante elucidativo acerca da questão ser/dever-ser. Preliminarmente, Von Wright tece algumas considerações acerca da importância que tiveram [e têm] os pensamentos kelseniano e weberiano para as ciências sociais. Para Von Wright, Weber e Kelsen podem ser considerados, com as devidas precauções, positivistas, embora a tradição filosófica à qual eles estavam ligados era a do neokantismo. Comum a ambos foi a

³⁶ A. C. Macintyre, *Hume on 'is' and 'ought'*, p. 36.

³⁷ A. C. Macintyre, *Hume on 'is' and 'ought'*, p. 36: [...] se a atual interpretação dos pontos de vista de Hume sobre 'ser' e 'dever-ser' estiver correta, então a primeira violação da lei de Hume foi cometida pelo próprio Hume; isto é, o desenvolvimento da própria teoria moral de Hume não corresponde ao que ele é levado a afirmar sobre "ser" e "dever-ser" (*tradução minha*)

³⁸ Para uma compreensão mais aprofundada sobre a peculiar interpretação de Macintyre da questão *ser* e *dever-ser* em David Hume, Cf. A. C. Macintyre, *Hume on 'is' and 'ought'*. In: *The Is/Ought Question: A collection of papers on the central problem in moral philosophy*. Editado por W. D. Hudson. London: Macmillan Education, 1969, pp. 35-50.

³⁹ Georg Henrik Von Wright, *Is and Ought*. PAULSON, Stanley L. and PAULSON, Bonnie L. *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 365-381.

“apaixonada” busca por purificar a ciência de elementos que, ao ver deles, eram totalmente estranhos a uma sincera busca pela verdade. Viu Weber na valoração, uma ameaça à pureza científica, professando o ideal de uma ciência livre de valores (*eine wertfrei Wissenschaft*). O ideal de Kelsen foi de uma *reine Rechtslehre*, isto é, de uma ciência jurídica depurada de toda argumentação moral ou teleológica.⁴⁰

Von Wright não polemiza com a concepção predominante que vê na já transcrita passagem de Hume o ponto de partida decisivo do debate moderno acerca da distinção ser/dever-ser, embora reconheça que atribuir a tese da separação a Hume pode não ser totalmente “justo”.⁴¹ É que, para Von Wright, o problema das fontes da distinção ser/dever-ser não tem relevância tanto quanto suas implicações lógicas. Partindo de algumas formulações já clássicas da tese da separação, como, por exemplo, a de Richard Hare – segundo a qual de premissas puramente descritivas não se pode extrair conclusões prescritivas –, Von Wright elabora o que, a seu ver, constitui o mais relevante problema para a possibilidade de uma lógica de normas, campo ao qual ele dedicou seus mais importantes trabalhos.⁴² Tal problema é por ele formulado da seguinte forma:

[...] if norms are imperatives or otherwise ‘prescriptive’, how can they enter into logical discourse at all? Relations of contradiction and of logical consequence (entailment) seem to presuppose that the related entities have truth-value. But imperatives certainly are neither true nor false, and the same presumably holds good of prescriptions of all kinds”.⁴³

E – indaga em seguida – can even a simple subsumptive inference which a judge draws when he applies a general law to an individual case claim to be logically valid?”.⁴⁴

G. H. von Wright anota que, para esta questão, os partidários da chamada Escola da Jurisprudência Escandinava, representada principalmente por Axel Hägerström,

⁴⁰ Georg Henrik von Wright, *Is and Ought.*, p. 366.

Von Wright, *loc. cit.*

⁴¹ Von Wright, *Is and Ought*, p. 366, observa, que pode não ser totalmente justo atribuir a Hume a autoria da distinção.

⁴² Cf. Georg Henrik Von Wright, *Logic Studies*, London: Routledge and Kegan Paul LTD, 1959. Este volume consiste de uma coletânea dos principais trabalhos de Von Wright sobre lógica, mais especificamente sobre lógica deôntica (lógica de normas).

⁴³ Von Wright, *Is and Ought*: “[...] se normas são imperativos ou “prescrições”, como podem entrar no discurso lógico? Relações de contradição e de consequência lógica (implicação) parecem pressupor que as entidades relacionadas têm valor de verdade. Mas imperativos certamente não são nem verdadeiros nem falsos, e o mesmo presumivelmente vale para todos os tipos de prescrições” (*tradução minha*).

⁴⁴ Von Wright, *loc. cit.*: “Pode até mesmo uma simples inferência subsuntiva que um juiz extrai, quando ele aplica uma lei geral a um caso individual, reivindicar ser logicamente válida?” (*Tradução minha*).

dá como resposta um categórico “não”. Afirma, ademais, que os positivistas lógicos enxergavam nesta questão uma dificuldade considerável para a possibilidade de uma lógica de normas, embora vissem com bons olhos as tentativas no sentido de realizá-la.⁴⁵

A partir da metade do século XX, período que representou o apogeu do positivismo lógico, os avanços nessa área, especificamente no que dizia respeito à possibilidade de uma lógica de normas, fez com que a ideia de uma radical dicotomia entre ser e dever-ser perdesse força. Foi nesse contexto que Kelsen reforçou a ideia de uma *Normenlogik*, que, segundo ele, se tratava de mais uma das originais contribuições da teoria pura do direito. Esse clima filosófico levou alguns a defenderem que o suposto abismo entre ser e dever-ser se tratava, na verdade, de uma mera ilusão.⁴⁶

Em seu influente trabalho, *How to Derive 'Ought' from 'Is' - Como Derivar um Dever-ser de um Ser* (1964), John Searle⁴⁷ empreende um dos mais poderosos ataques contra a tese da separação. G. H. von Wright sintetiza os argumentos de Searle como segue:

Primeira premissa: A promete fazer *p*.

Segunda premissa: Ao prometer fazer *p*, A se colocou a si mesmo sob uma obrigação de fazer *p*.

Conclusão: A deve fazer *p*.

Quanto à proposta de Searle, G. H. von Wright observa que a realização de ações e a existência de obrigações são fatos. Desse modo, Searle parece não negar explicitamente que é também um fato que A, que deu uma promessa, deve agir de acordo com esta. Seu ponto é, antes, que uma sentença de dever-ser derivou-se de sentenças claramente factuais. Logo, há uma ponte entre ser e dever-ser. Searle denomina a dicotomia ser/dever-ser de distinção entre fato e valor. Ele não confronta explicitamente fatos com normas, nem descrições com prescrições no contexto da discussão. Isto, no entanto – continua G. H. von Wright – não muda a questão. É verdade que algumas vezes o ‘dever-ser’ é empregado como um termo avaliativo, “mas chamá-lo avaliativo no exemplo

⁴⁵ Von Wright, *loc. cit.*

⁴⁶ Von Wright, *Is and Ought*, p. 367-368.

⁴⁷ John Searle, *How to Derive "Ought" From "Is"*. *The Philosophical Review*, Vol. 73, No.1, 1964, pp. 43-58.

que Searle discute, em que obrigações decorrem de promessas, não parece muito natural”.⁴⁸

Em *The Gap Between “Is” and “Should”*, Max Black nos dá outra demonstração de que é possível concebermos um elo entre ser e dever/ser. Seu argumento é resumido por Von Wright da seguinte forma:

A e B são jogadores de xadrez.
A quer dar checkmate em B.
A situação é tal que, a menos que A faça um movimento certo, ele não pode matar seu oponente.
Portanto, ele não deve fazer muitos movimentos.⁴⁹

Quanto a esta questão – as tentativas de derivar um dever-ser de um ser – pondera G. H. von Wright:

Since Searle and Black wrote their papers the Is-Ought debate has been in full swing again - and there is no sign in recent years that it has abated. Opinions are sharply divided. Also, the nature of the issue has become vastly more complicated. That Ought-sentences may be derived from Is-sentences does not necessarily show that normative conclusions are derivable from factual premisses. There is also the possibility to be considered that Ought-sentences, or *some* such sentences actually state facts - and the possibility that Is-sentences sometimes express norms. We have to consider here, not only the syntactical form of some sentences, but also the semantics of their interpretation.⁵⁰

O problema de saber se há ou não alguma ponte entre ser e dever-ser está diretamente relacionado à questão de se normas podem ser *verdadeiras* ou *falsas*. Ainda de acordo com G. H. von Wright, para esta última questão existem duas propostas:

a) Cognitivista (ou descritivista). De acordo com esta visão, podem algumas normas ser verdadeiras, de tal forma que é possível dizer que

⁴⁸ Von Wright, *Is and Ought*, p. 368

⁴⁹ Von Wright, *loc. cit.*

⁵⁰ Von Wright, *loc. cit.*: “Desde que Searle e Black escreveram seus ensaios o debate ser/ dever-ser tem ganhado mais força, não mostrando sinais de esgotamento. Além disso, a natureza da questão tem se tornado vastamente mais complicada. Que sentenças de *Dever-ser* possam ser derivadas de sentenças de *ser* não necessariamente mostra que conclusões normativas sejam deriváveis de premissas factuais. Há também a possibilidade de se considerar, que sentenças de Dever-ser, ou pelo menos algumas delas, expressam fatos, e a possibilidade de que sentenças de *Ser* algumas vezes expressam normas. Nós temos que considerar aqui, não somente a forma sintática de algumas sentenças, mas também a semântica de sua interpretação (*tradução minha*; ênfases é de Von Wright).

uma coisa *deve* ou *pode* ser. A perspectiva cognitivista manifesta-se sob duas formas:

a.1) Naturalismo. As verdades são consideradas fatos empíricos contingentes a ser apurados mediante observações da realidade social;

a.2) Cognitivism não-naturalista (descritivismo). As verdades são pensamentos de como um reino de necessidade pode ser alcançado através de reflexões sobre a natureza das leis e da moralidade.

Como exemplos desta visão, podemos citar Cícero⁵¹ e Robert Nozick.⁵²

b) Não-cognitivism (ou prescritivismo). As normas não descrevem nem estatuem nada que seja verdadeiro ou falso, mas prescrevem o que *deve* ou *pode* ser.

Esta é uma posição geralmente assumida por filósofos que se auto-intitulam ‘positivistas’, no entanto, tal posição não está limitada aos filósofos dessa particular denominação.⁵³

O termo “prescritivismo” indica que normas são emitidas por alguma “norma-autoridade” e direcionadas a determinados indivíduos ou grupos de indivíduos (norma-sujeitos). O comum é que um dominador imponha obrigações ou dê permissões aos seus servos. Entretanto, um dominador pode também ser um legislador, composto de membros selecionados de acordo com algumas regras (normas), e promulgar leis (normas) em acordo com regulações (normas) para seus procedimentos. Ou a autoridade pode ser o

⁵¹ “There is a true law... that conforms to nature; this law directs men to the good by its commands, and deters them from evil its prohibitions... it is impermissible to oppose it by other laws, or to derogate its precepts... it cannot be different in Rome or in Athenas, and it will not be in the future different from what it is today, but one and the same law, eternal and immutable, will impose itself upon all peoples forever” (Existe um direito verdadeiro ... que está de acordo com a natureza; este direito dirige os homens para o bem por meio de seus mandamentos, e os dissuade do mal por meio de suas proibições ... é inadmissível opor a ele outras leis, ou derogar seus preceitos ... não pode ser diferente em Roma ou em Athenas, e não será no futuro diferente do que é hoje, mas um e o mesmo direito, eterno e imutável, se imporá a todos os povos para sempre”) (*Republic*, livro III, Ch. 32, *apud*, Von Wright, p. 369. *Tradução minha*).

⁵² Robert Nozick, *Anarquia, Estado e Utopia*, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. IX: “Os indivíduos têm direitos, e há coisas que nenhuma pessoa ou grupo pode fazer contra eles (sem violar seus direitos)”.

⁵³ Von Wright, *Is and Ought*, pp. 369-370.

grupo mesmo que, no curso de gerações, desenvolveu costumes e outros preceitos para dirigir a conduta de seus membros. Ele [o legislador] pode também ser uma figura fictícia de um passado remoto, como Lycurgus, ou uma autoridade sobrenatural fictícia, como Yahweh, que entregou a Moisés, sobre o monte Sinai, as tábuas da lei (Decálogo).⁵⁴

Em *O que é a Teoria Pura do Direito? (Was ist die reine Rechtslehre?)* – relevante ensaio publicado em 1953 – Kelsen enfatiza dois aspectos de sua teoria: a) a nítida distinção entre *fato* e *norma*; e b) o caráter lógico-analítico da jurisprudência científica. “La distinción lógica entre ser y deber-ser – escribe ele – y la imposibilidad de pasar, mediante deducción lógica, del campo de uno al del otro, es una de las posiciones esenciales de la teoría pura del derecho”. Acrescentando mais à frente:

[...] La lógica que, por así decirlo, ha descubierto la teoría pura del derecho, es una *lógica normativa general*, es decir, una lógica del deber ser o de las proposiciones del deber ser, la lógica de un conocimiento dirigido a normas y no a la realidad natural. Sólo para designar los principios de una lógica normativa general (que también encuentran aplicación en el campo del conocimiento jurídico), es posible hablar de *lógica jurídica* o de uno pensar jurídico.⁵⁵

O forte teor lógico da Teoria Pura do Direito levou alguns a interpretá-la erroneamente como uma mera lógica de normas. Kelsen opõe a isso o seguinte argumento. A lógica deve ser compreendida como uma teoria do pensar, enquanto que a teoria pura do direito é, primordialmente, uma teoria geral do direito, ou seja, uma teoria jurídica, que se ocupa de problemas lógicos somente na medida em que eles sejam pertinentes para o conhecimento do direito, para a correta determinação de seu conceito e, por conseguinte,

⁵⁴ Von Wright, *Is and Ought*, p. 370.

⁵⁵ Hans Kelsen, *¿Que es la teoría pura del derecho?*, México: Coyoacán, 2009, pp. 14 e 23 ss (ênfase de Kelsen). Von Wright observa que essas duas características da Teoria Pura do Direito, a saber a nítida distinção entre ser e dever-ser e o caráter lógico-analítico da ciência jurídica, quando sobrepostas, suscitam um problema, cujas implicações Kelsen parece não ter se dado conta (G. H. von Wright, *Is and Ought*, p. 366). O problema ao qual G. H. von Wright se refere é aquele já indicado por nós, qual seja se normas podem ter valor de *verdade* ou *falsidade*. Para maiores esclarecimentos sobre as complexas questões que envolvem a possibilidade de uma lógica de normas, Cf. Carlos E. Auchourrón; Eugenio Bulygin, *Sistemas Normativos: Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed. rev., Editorial Astrea, 2012. Registre-se que, o pensamento de Kelsen, em sua fase final de elaboração – com a publicação póstuma da obra *Teoria Geral das Normas* (1979) –, sofreu uma profunda mudança de direção quanto à possibilidade de uma lógica de normas, que, naquela obra, é rejeitada por Kelsen. Essa mudança de direção trouxe implicações significativas para um tratamento conceitual da distinção ser/dever-ser como premissa metodológico do conhecimento estritamente jurídico. Dadas as suas limitações de escopo, o presente trabalho não se ocupará dessa problemática além do necessário a compreensão do caráter lógico da distinção ser/dever-ser. Acerca daquela, o leitor poderá encontrar informações relevantes em Mario Losano, *La teoría pura del derecho: del logicismo al irracionalismo*. Doxa, n. 2, pp. 55-85, 1985.

para a definição dos conceitos fundamentais de todo o conhecimento jurídico.⁵⁶ Nesse ponto, Kelsen lança mão de um argumento que, no nosso ver, mostra-se plausível. Diz-nos ele que as definições com as quais trabalha a teoria pura do direito têm tão pouco a ver com funções lógicas quanto as definições de quadrado e redondo fornecidas pela Geometria. E assim como as definições geométricas não são meros produtos da lógica, uma vez que, com esta, a Geometria não se confunde, assim também a definição dos conceitos jurídicos é produto de uma teoria geral do direito que, por óbvio, não deve ser confundida com a lógica. Na passagem que transcrevemos mais acima, Kelsen é categórico ao afirmar que a lógica derivada da teoria pura do direito não é uma lógica específica, mas uma lógica de normas, considerada por ele um instrumento auxiliar, cuja função é servir de pressuposto para uma correta teoria do direito, acrescentando em seguida: “Da mesma maneira que a física teórica deve estar precedida de considerações lógicas sem que por isso a física seja a lógica”.⁵⁷

Essa distinção que faz Kelsen entre teoria pura do direito e lógica jurídica tem importância decisiva para o problema da extensão do raciocínio lógico no conhecimento propriamente jurídico.

Neil Maccormick e Ota Weinberger atribuem a Kelsen e a sua escola a doutrina segundo a qual a análise lógico-jurídica é teoria jurídica por excelência.⁵⁸ Aqueles autores defendem que a lógica de normas “must be built up as a branch of formal logic in general, and not as part of legal theory. It constitutes the formal basis of argumentation in all normative disciplines, not only in the legal sciences”. E que, do ponto de vista da ciência jurídica, “[...] the logic of norms appears to be a fundamental auxiliary science, in a way similar to that in which mathematics is a basic auxiliary science for physics”.⁵⁹ Ora, Kelsen é categórico quando afirma que “La lógica que se utiliza en la ciencia del derecho no es ninguna lógica ‘jurídica’ especial. Tal lógica no existe mucho menos dentro de aquel campo donde con preferencia si habla de una lógica jurídica, es decir, dentro del campo de la interpretación de las normas jurídicas positivas”, e – finaliza – “la lógica desarrollada por la teoría pura del derecho no es una lógica jurídica específica sino una lógica normativa [...]”.⁶⁰ Logo, o campo de aplicação da lógica de normas não se restringe – como

⁵⁶ Hans Kelsen, *¿Que es la teoría pura del derecho?*, p. 23.

⁵⁷ Hans Kelsen, *¿Que es la teoría pura del derecho?*, p. 24.

⁵⁸ Neil Maccormick; Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: new approaches to legal positivism*, Holland: D. Reidel Publishing Company, 1985, 2ª reim., p. 46

⁵⁹ Neil Maccormick; Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, p. 46.

⁶⁰ Hans Kelsen, *¿Que es la teoría pura del derecho?*, p. 24.

Maccormick e Weinberger atribuem erroneamente a Kelsen – ao campo específico das normas jurídicas (dever-ser jurídico), mas a toda e qualquer norma, ou melhor, a todo e qualquer dever-ser. Ademais, o caráter auxiliar da lógica de normas em relação à ciência jurídica é um dado evidente no pensamento de Kelsen. As analogias que ele faz entre ciência jurídica e lógica normativa de um lado, e física, geometria e lógica de outro, tem precisamente o objetivo de mostrar que o raciocínio jurídico não se esgota em considerações lógicas, antes tomam-nas como pressupostos de uma correta formalização dos conceitos jurídicos fundamentais.⁶¹

Todas essas questões sugerem que a distinção ser/dever-ser aparece como uma importante variação do problema da autonomia do conhecimento jurídico, isto é, do conhecimento das normas jurídicas. Tal problema decorre de uma questão ainda mais fundamental: possui o dever-ser – neste caso o dever-ser jurídico – autonomia frente a realidade dos fatos de modo a constituir um objeto de estudo específico que, por isso, reclame um método de investigação próprio? Dito de outro modo: é possível uma ciência do dever-ser jurídico?

Ota Weinberger entende que as teorias concernentes às relações entre ser e dever-ser dividem-se em duas grandes correntes: se elas interpretam-nas ontológica ou semanticamente.⁶² Para a perspectiva ontológica existem dois reinos distintos e autônomos: o reino do ser e o reino do dever-ser. O mundo do ser revela-se na experiência empírica, essencialmente sob a base da observação. O mundo do dever-ser não pode ser observado, mas apenas compreendido, uma vez que o 'dever-ser' compreende as chamadas "entidades ideais". Entretanto – observa Weinberger – que “[...] os sistemas de normas, particularmente de normas jurídicas, são igualmente realidades sociais, às quais podem ser atribuídas coordenadas temporais”.⁶³ Todavia, a abordagem ontológica mostra-se problemática em alguns aspectos:

If the world of norms comprises the totality of all conceivable norms, then it is not a world in the same sense as the one world which actually exists now, for in that case the 'ought'-would have to encompass mutually contradictory norms. 'A world' (e.g. in the sense of the theory of possible worlds) is characterised precisely by the fact that it does not contain any contradictory states of affairs. However, if the world of norms only comprises all norms which are actually valid, then it is a plurality of

⁶¹ Hans Kelsen, *loc. cit.*

⁶² *Op. cit.* p. 95.

⁶³ Ota Weinberger, *Law, institution, and legal politics: fundamental problems of legal theory and social philosophy*. Holland: Springer Science+Business Media, B.V., 1991, p. 95.

systems of norms, not one single 'ought'-world.⁶⁴

A concepção ontológica não explica como a norma (dever-ser), que é por definição distinta do ser, pode ser considerada como existente. Weinberger propõe uma terminologia diferente para se referir ao *status* de existência dos diferentes sistemas normativos. Afirma que a expressão “existente” deve ser utilizada para fazer referência apenas e tão somente aos fenômenos reais (mundo do ser), reservando para as normas a expressão “subsistência”: o mundo atual “existe”; as normas, por sua vez, “subsistem”.⁶⁵ Todavia, o próprio Weinberger reconhece que esta solução é insatisfatória, uma vez que o mundo material, assim como os sistemas normativos, possui existência determinada no tempo.⁶⁶ Ademais, acrescenta, que embora a concepção ontológica nos permita falar “de efeitos recíprocos de uma esfera sobre a outra”, as razões de tais efeitos permanecem sem explicação. Weinberger defende que a única saída para resolver estes problemas é considerarmos a distinção ser/dever como uma categoria semântica, o que, para ele, significa ver a existência do dever-ser “no contexto de uma teoria da ação e interpretar a realidade social e jurídica de um ponto de vista institucional”.⁶⁷ Para tanto, é necessário que consideremos os fatos institucionais e os sistemas normativos (particularmente os sistemas jurídicos) como fenômenos “inextricavelmente” ligados.⁶⁸

Esta solução proposta (na verdade reformulada) por Weinberger – interpretar as normas jurídicas (dever-ser jurídico) do ponto de vista institucional – padece de uma inconseqüência já identificada por Kelsen. Em seu penetrante ensaio *Reflexões acerca da Teoria das Ficções Jurídicas* (1919), ao comentar uma passagem da obra *A filosofia do “como se”*, de Hans Vaihinger, que diz: “A única e verdadeira ficção científica que até agora encontramos é a ficção jurídica; no entanto, cabe observar aqui que a ciência do direito não é uma verdadeira ciência do ser, senão uma ciência de instituições humanas arbitrárias”, Kelsen observa que “El conocimiento de la ciencia jurídica apunta a un deber;

⁶⁴ Ota Weinberger, *Law, institution, and legal politics*, pp. 95-96: “Se o mundo do dever-ser encerra a totalidade das normas, então não se trata de um mundo no mesmo sentido do mundo que existe atualmente, visto que, nesse caso, o mundo do dever-ser teria que englobar normas mutuamente contraditórias”. Um mundo (por exemplo, no sentido da teoria dos mundos possíveis) é caracterizado precisamente pelo fato de não conter nenhum estado de coisas contraditório. Contudo, se o mundo das normas compreende apenas todas as normas que são realmente válidas, então é uma pluralidade de sistemas de normas, não um único ‘mundo de dever-ser’”.

⁶⁵ Ver a esse respeito Willard Van Orman Quine, *Sobre o que há*. In: *De um ponto de vista lógico*, São Paulo: Editora UNESP, 2011, pp. 11-35.

⁶⁶ Ota Weinberger, *Law, institution, and legal politics*, p. 96.

⁶⁷ Ota Weinberger, *Law, institution, and legal politics*, p. 96.

⁶⁸ Ota Weinberger, *Law, institution, and legal politics*, p. 96.

definir su objeto como ‘instituciones humanas arbitrarias’ no constituye una caracterización correcta del mismo, puesto que, aun las instituciones humanas arbitrarias, pertenecen ao âmbito del ser y pueden ser objeto de una ciência del ser, por ejemplo, sociologia.” Ademais – prossegue Kelsen –, a concepção de ficção defendida por este autor (Hans Vaihinger), que considera a realidade sensível como o único objeto ou produto do conhecimento, se levada adiante, resultaria na inviabilidade de qualquer ciência normativa.⁶⁹

Definir, portanto, o dever-ser jurídico como instituição – como o fazem Hans Vaihinger e Ota Weinberger – significa negar a legitimidade de um saber que tenha como objeto, única e tão somente, normas. Diante disso, mesmo a saída semântica, intencionada por Weinberger, mostra-se supérflua – para não dizer sem sentido –, uma vez que, ao considerar as normas do ponto de vista institucional, não há mais razão para pensarmos em uma distinção entre ser e dever-ser.

Weinberger inclui “a concepção de normas como comandos”, que Kelsen desenvolve em sua obra póstuma (*Teoria Geral das Normas*), entre aquelas que tentaram explicar ontologicamente a distinção entre ser e dever-ser. Observa, também, que se as normas são definidas como “um sentido de um ato real de vontade”, cujo conteúdo é dirigido ao comportamento de outro sujeito, então é compreensível que estes atos não possam ser caracterizados como *verdadeiros* ou *falsos*, no entanto – continua – esta teoria não fornece uma explicação satisfatória para o fato de a validade das normas, ou seja, sua existência, não se limitar ao momento em que tais normas são criadas.⁷⁰

Já tivemos a oportunidade de apontar,⁷¹ que a problemática inerente à estrutura lógica dos sistemas jurídico-normativos, na teoria de Kelsen, ganhou novos contornos com a publicação de sua obra póstuma – *Teoria Geral das Normas*. Já enfatizamos, também, que tal problemática não será abordada no presente trabalho, seja porque ela envolve um grande número de questões que, dada a sua natureza, escapam a uma abordagem jurídica da distinção ser/dever-ser (molde de nossa investigação), seja porque ela representou uma mudança de direção do pensamento de Kelsen que, embora revestida de grande relevância, mostra-se muito mais promissora no campo da filosofia jurídica, mais especificamente, no campo da lógica jurídica.

⁶⁹ Hans Kelsen, *Reflexiones en torno de la Teoría de las Ficciones Jurídicas: con especial énfasis en la Filosofía del “Como si” de Vaihinger*. In: *Ficciones Jurídicas*. México: Coyoacán, 2006, p. 26.

⁷⁰ Ota Weinberger, *Law, institution, and legal politics*, p. 96

⁷¹ Cf. nota 55.

Nos itens que se seguem, a presente investigação se deterá na análise dos aspectos jurídicos da distinção ser/dever-ser tal como eles aparecem nos escritos de Hans Kelsen. Assim, considerações de ordem diversa serão feitas tão somente na medida em que elas se mostrarem estritamente necessárias a uma melhor compreensão de questões que se mostrem relevantes e, por isso, dignas de maiores esclarecimentos.

3. A DISTINÇÃO SER/DEVER-SER NA TEORIA PURA DO DIREITO

3.1 Considerações preliminares

A teoria jurídica kelseniana teve um longo processo de formação que terminou por refletir mudanças importantes em sua estrutura interna. É consenso entre os estudiosos que tal teoria possui diferentes fases de elaboração⁷², cada uma delas caracterizada pela ênfase em certas correntes jurídico-filosóficas com as quais Kelsen tomou contato durante sua longa trajetória científico. Uma análise sistemática, no entanto, dos conceitos jurídicos elaborados por Kelsen revela uma evolução do seu pensamento no sentido de um gradual abandono da filosofia neokantiana em prol da visão de mundo positivista⁷³. Logo, um estudo que vise focar os principais desenvolvimentos da distinção ser/dever-ser na obra de Kelsen tem que deter-se, principalmente, na *fase inicial do seu pensamento*: da publicação dos *Hauptprobleme* (1911) – tese de livre docência de Kelsen – ao surgimento da 1ª edição da *Teoria Pura do Direito* (1934). É justamente neste período, que estão situados os escritos mais relevantes acerca da natureza da distinção ser/dever-ser, incluindo os dois supracitados. De acordo com Eugenio Bulygin, na fase inicial – marcadamente kantiana – de elaboração de sua teoria, Kelsen adota como postulados básicos – dentre outros – as seguintes teses: 1) a definição de normas jurídicas como entes ideais pertencentes ao mundo do *dever-ser*, distintas, portanto, da realidade natural – mundo do *ser*; 2) a validade compreendida como “força obrigatória das normas”; 3) a caracterização da ciência jurídica como ciência normativa; e 4) a teoria da norma fundamental como categoria transcendental⁷⁴. Vistas desde uma perspectiva de conjunto, todas essas teses fazem parte de uma estrutura lógico-conceitual a partir da qual Kelsen constrói e desenvolve sua teoria. Decorre disso, que as mencionadas teses guardam umas com as outras estreitas relações de implicação, de maneira que, das mais gerais (teses 1 e 4), podemos derivar as mais particulares (teses 2 e 3). Daí podermos, com Mario Losano, atribuir à teoria kelseniana o caráter de um verdadeiro sistema. Para Losano, o ponto

⁷² É ampla a bibliografia que tenta reconstruir as fases de elaboração da teoria pura do direito, contudo, o leitor poderá encontrar informações relevantes sobre esse assunto em Mario Losano, *La teoría pura del derecho: del logicismo al irracionalismo*. Doxa, n. 2, pp. 55-85, 1985.

⁷³ BULYGIN, Eugenio. *Validez y Positivismo*. In: AUCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 500-501. Foge ao escopo do presente trabalho discutir as nuances da mudança de direção do pensamento de Kelsen. Ao leitor interessado nos pormenores desta questão, recomendamos a leitura do trabalho citado mais acima.

⁷⁴ *Ibidem*.

máximo a que chegou a aplicação de uma abordagem sistêmica do Direito foi alcançado pela teoria Kelseniana. Deve-se a Kelsen a concepção segundo a qual cabe à ciência jurídica estudar o direito sob a perspectiva de um sistema de normas hierarquicamente relacionadas.⁷⁵

A formulação da questão ser/dever-ser, embora já se encontre, de forma embrionária – pelo menos para a maioria dos estudiosos – na filosofia de David Hume⁷⁶, só veio adquirir uma forma bem acabada na moderna teoria do conhecimento construída na *Crítica da Razão Pura* de Immanuel Kant.⁷⁷ No campo da teoria jurídica, no entanto, coube a Hans Kelsen a mais consequente elaboração da versão kantiana da distinção ser/dever-ser. Tal elaboração baseou-se largamente nas possibilidades metodológicas trazidas à luz pelas abordagens das escolas neokantianas de Baden e Marburgo⁷⁸. Em seus *Hauptprobleme*⁷⁹, diz-nos Kelsen: “o ponto de partida” da teoria pura do direito é a “*fundamental antinomia entre o ser e o dever-ser*”, que é a primeira antinomia pensada por Kant “em seu esforço para fundamentar a substantividade da razão prática perante a razão teórica, do valor perante a realidade, da moral perante a natureza⁸⁰”. Enfatiza, ademais, em num outro escrito, que é completamente certo ser a filosofia kantiana a base filosófica da teoria pura do direito, sobretudo no que diz respeito à interpretação de Hermann Cohen da teoria kantiana do conhecimento, que vê na *Crítica da Razão Pura* uma “teoria da experiência”.⁸¹ Kelsen aplica o método transcendental da filosofia kantiana à experiência jurídica, que é o direito positivo. Logo – observa ele – seria a teoria pura uma teoria empirista do direito; e da mesma forma que a filosofia transcendental de Kant se opõe ferrenhamente a toda metafísica, a teoria pura do direito se opõe às doutrinas do

⁷⁵ Mario G. Losano, *Sistema e Estrutura no Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 134

⁷⁶ Cf. idem 2.

⁷⁷ Alfred Verdross, *op. cit.*, p. 225-231.

⁷⁸ Kelsen, *The Pure Theory of Law, 'Labandismo' and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves*. In: Paulson/Litschewski (ed.), *Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, págs. 169-176. Para uma visão aprofundada sobre os elementos neokantianos da teoria pura do direito ver: Stefan Hammer, *A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory of Law?*; Geert Gedel, *The Hypothesis of Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen*; e; Gerhard Luf, *On the Transcendental Import of Kelsen's Basic Norm*. Esses estudos estão reunidos in: Paulson/Litschewski (ed.), *Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, págs. 177-194, 195-220 e 221-234, respectivamente.

⁷⁹ *Hauptprobleme der staatsrechtslehre entwickelt aus der lehre vom rechtssätze*. Tübingen, J.C.B. Mohr (P. Siebeck) 1911. As referências feitas neste trabalho à citada obra foram extraídas da edição espanhola da mesma (*Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. México: Editorial Porrúa, S. A., 1987, cf. Referências bibliográficas).

⁸⁰ *Problemas Capitales...*, prefácio à segunda edição, p. xl (ênfases de Kelsen).

⁸¹ Kelsen, *The Pure Theory of Law, 'Labandismo' and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves*. In: Paulson/Litschewski (ed.), *Critical Perspectives...*, Oxford: Clarendon Press, 1998, págs. 169-176.

direito natural.⁸² Para William Ebenstein, Kelsen se inspira na noção dualista de homem da filosofia kantiana: o homem como parte da natureza, sujeito à lei de causalidade – *mundus sensibilis* – e o homem enquanto ser racional que regula sua conduta por meio de regras prescritivas – *mundus intelligibilis*. “O homem é, portanto, em parte, um fenômeno; porém, é também, em parte, [...] um objeto inteligível”. Da distinção entre *mundus sensibilis/mundus intelligibilis* deriva Kant: 1) a “essencial diferença entre ser (Sein) e dever-ser (Sollen)”, onde o dever-ser expressa um tipo especial de objeto, e 2) a “distinção básica entre matéria e forma”. Sendo que a primeira (matéria) constitui-se a partir das impressões sensíveis, ao passo que, a segunda (forma), consiste de um arranjo lógico em que os “modos mentais do sujeito cognoscente (tempo e espaço)” articulam-se com as “categorias puras do entendimento (quantidade, qualidade, relação e modalidade)”.⁸³

3.2 A separação entre ser e dever-ser como princípio metodológico

O mais completo e demorado tratamento conceitual dado por Kelsen à distinção ser/dever-ser encontra-se no Livro I dos seus *Hauptprobleme – Investigações Preliminares*. No entanto, mesmo ali, ele não o aprofundou suficientemente ao ponto de evitar certa obscuridade sobre o tema.⁸⁴ Antes, limitou-se – baseando-se, sobretudo, nas análises de Georg Simmel e Arnold Kitz – a estender ao campo da específica realidade do direito os resultados metodológicos decorrentes da aplicação da tese da separação a outros campos do saber científico, deixando em aberto muitas questões relacionadas a sua natureza e significado. Isto, no entanto, tem uma razão de ser. A separação entre ser e dever-ser é, antes de tudo, uma premissa de ordem filosófica; os problemas que dela decorrem constituem, em última instância, objeto de investigação da filosofia do conhecimento.⁸⁵ Kelsen estava primordialmente interessado na tese da separação *enquanto instrumento metodológico*⁸⁶, ou seja, enquanto ferramenta do raciocínio que possibilita o isolamento artificial de uma instância específica do fenômeno jurídico à qual corresponde uma estrutura lógica específica.

As investigações metodológicas focam a dimensão lógico-formal do raciocínio científico, quer dizer, o modo como ele está estruturado, sem se preocupar com

⁸² Hans Kelsen, *loc. cit.*

⁸³ Ebenstein, *op. cit.*, p.18.

⁸⁴ Gabriel Nogueira Dias, *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito...*, p. 149.

⁸⁵ Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, pp. 5-12.

⁸⁶ Gabriel Nogueira Dias, *op. cit.*, p. 152.

os diferentes conteúdos que, eventualmente, podem vir a preenchê-lo. Kelsen assevera, que no “amplo círculo das ciências sociais existem regiões nas quais duas disciplinas se tocam sem que tenham ‘limites naturais’ – dados no objeto mesmo – que separem uma região da outra”⁸⁷, de maneira que, nestes casos, só a abordagem metodológica pode fornecer um conhecimento das exatas fronteiras entre as diferentes perspectivas possíveis em que um determinado fenômeno pode vir a ser tomado como objeto de conhecimento. Portanto, a discussão em torno da questão de se saber se a distinção ser/dever-ser expressa uma divisão contida na realidade mesma (problema ontológico) é reflexo de um problema que, para Kelsen, tinha uma importância secundária (não porque absolutamente destituído de valor, mas porque transcende os limites do conhecimento científico do direito tal como ele o concebia).⁸⁸ A natureza metodológica da distinção ser/dever-ser, que sintetiza as diversas possibilidades de se abordar o direito, é decorrência do fato de poder ser este objeto de diferentes ciências. Ora, esta é uma constatação que está carregada de especulação filosófica, pois nos põe o problema de se saber se o dever-ser é um dado imanente ao direito ou se é, ao contrário, uma construção racional, um mero produto do raciocínio lógico. Para esta questão Kelsen não dá uma resposta categórica, e nem tentou fazê-lo, pois assim estaria saindo dos estritos limites da ciência jurídica e mergulhando no campo da investigação filosófica, o que, de evidente, nunca foi seu objetivo precípuo. Ademais, tinha ele plena consciência da insuficiência da tese da separação enquanto meio de penetrar a totalidade da realidade⁸⁹, porém, do ponto de vista metodológico, ou seja, do ponto de vista da possibilidade de se isolar artificialmente um aspecto específico daquela realidade com o fim de submetê-lo à análise estrutural, tal distinção mostrara-se de grande utilidade.

Em *O Método e os Conceitos Fundamentais da Teoria Pura do Direito* (1933), encontramos a seguinte afirmação de Kelsen: “O dever-ser não significa outra coisa que uma *categoria* relativamente *apriorística* para o conhecimento do *material jurídico empiricamente dado*”.⁹⁰ Ensina-nos Johannes Hessen, que as categorias podem ser

⁸⁷ Kelsen, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*, p. 283.

⁸⁸ É digno de nota o esforço de Kelsen em separar os pontos de vista científico e filosófico acerca do direito. Um exemplo desse esforço pode ser encontrado no debate travado entre ele e Calos Cossio, *Problemas escogidos de la teoria pura del derecho: teoría egologica e teoría pura*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft LTDA, 1952.

⁸⁹ Kelsen, *apud*, Gabriel Nogueira Dias, *Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito: na obra de Hans Kelsen*, p. 152, nota 70: “*Por mais insatisfatória que me pareça uma construção dualista da visão do mundo, no meu pensamento não vejo um caminho que conduza além da discrepância intolerável entre o eu e o mundo, a alma e o corpo, o sujeito e o objeto, a forma e o conteúdo - e tantas outras palavras nas quais se oculta a eterna dualidade*” (itálicos da passagem).

⁹⁰ Hans Kelsen, *El Método y los Conceptos Fundamentales...*, p. 38 (os itálicos são nossos).

entendidas como “conceitos fundamentais do conhecimento”, estando seu significado, portanto, vinculado à posição epistemológica que assumimos frente à questão “*o que é o conhecimento?*”. Se – como pensava Aristóteles – o conhecimento humano não é mais do que uma “reprodução dos objetos”, então as categorias representam as mais gerais determinações destes últimos. Se, ao contrário, considerarmos os objetos como produto do conhecimento humano – consoante às lições de Kant – então as categorias surgem como as “determinações puras do pensamento, como formas e funções *a priori* da consciência”.⁹¹ Como fizemos notar mais acima, a teoria kelseniana está fundada na *filosofia transcendental de Kant* que, do ponto de vista da teoria do conhecimento, está situada nas tradições do *idealismo e apriorismo*,⁹² logo, a distinção ser/dever-ser, tal como Kelsen a concebe (como “categoria originária”), tem um significado conforme a segunda acepção de categoria que apresentamos, quer dizer, refere-se ela às condições mesmas do ato de pensar, às *determinações gerais do pensamento*. E esta é precisamente a fórmula utilizada por Kelsen quando delimita o campo de estudo da ciência jurídica com base nas diferenças fundamentais entre os pontos de vista lógico-formal e o histórico-material: “*ser e dever ser – afirma ele – são as mais gerais determinações do pensamento*”.⁹³ Assim, categorias são condições ou determinações *objetivas* que nos permite conhecer um fenômeno determinado, de um modo determinado.

A expressão “*a priori*”, contida no texto que reproduzimos mais acima, refere-se àquela espécie de representação que antecede à experiência sensível, ou melhor, que prescinde totalmente dela⁹⁴; é o conhecimento que obtemos apenas por meio de operações do raciocínio (razão especulativa), pois elas condicionam os modos de pensar os objetos (Kant).⁹⁵ Por “*material jurídico empiricamente dado*”, devemos entender aquelas manifestações do direito que só se revelam a nós através da experiência imediata, ou seja, através do contato que travamos com o fenômeno jurídico por meio das diferentes formas sensitivas, que são determinadas pelas categorias da intuição: tempo e espaço (Kant); é o *ser-aí* do direito, o direito positivo. Na prática, trata-se das diferentes ordens jurídicas existentes em tempos e lugares específicos; por exemplo: a ordem jurídica do Brasil, dos Estados Unidos, da Áustria etc.

A categoria do dever-ser – acrescenta Kelsen – “tem um caráter

⁹¹ *Teoria do Conhecimento*, p. 134 ss.

⁹² Johannes Hessen, *op. cit.* p. 134 ss.

⁹³ *Problemas Capitales*, p. 7.

⁹⁴ Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura*, p. 37.

⁹⁵ *Crítica da Razão Pura*, p. 23.

puramente formal”,⁹⁶ isso significa, em linguagem comum, que ela nos diz algo sobre absolutamente todas as ordens jurídicas existentes, sem que precisemos tomar contato exterior com qualquer delas.

⁹⁶ *Problemas Captales*, p. 7

4. SER E DEVER COMO DUALISMO LÓGICO-METODOLÓGICO

Informa-nos William Ebenstein⁹⁷, que a originalidade das contribuições de Kelsen à ciência jurídica reside primordialmente no fato de ter ele concebido a separação entre ser e dever-ser como um antagonismo lógico-formal, postura que significou uma verdadeira elevação do dualismo kantiano a um estágio superior. É correta, pois, a afirmação de Kelsen, de que foi a teoria pura do direito a primeira e mais bem sucedida tentativa de desenvolver a filosofia kantiana no campo da teoria do direito positivo, o que, num certo sentido, significou um “passo para além de Kant”, pois este não foi suficientemente consequente com seu próprio método, uma vez que não o estendeu ao “estudo do direito, do estado e da moral, tendo permanecido nestes campos um metafísico”.⁹⁸

É com base no critério lógico-formal que Kelsen descobre a possibilidade de uma ciência jurídica, ou seja, as normas jurídicas positivas cujo conteúdo é um dever-ser. Assim, ser e dever-ser estão separados *apenas no terreno lógico-formal*, quer dizer, no campo das operações do raciocínio das quais depende o sujeito para representar racionalmente a si mesmo os objetos que lhe são dados, bem como formular juízos acerca dos mesmos. Logicamente, não é possível se afirmar um ser de um dever-ser, nem um dever-ser de um ser, de modo que inexistente qualquer elo entre as respectivas cadeias de juízos, porquanto estas duas formas de pensamento estão separadas por um abismo intransponível, de modo que a explicação de um dever-ser nos conduz necessariamente a outro dever-ser, assim como a explicação de um ser nos leva necessariamente a outro ser⁹⁹. Para esclarecer melhor o *status* de incomunicabilidade entre ser e dever-ser, Kelsen se vale de uma passagem de Arnold Kitz que diz:

Do fato de que isto *seja* se segue, evidentemente, que aquilo *foi* ou que o outro *será*, porém nunca que *deva ser*. Pode ocorrer que algo deva ser e que, no entanto, nem tenha sido anteriormente, nem seja agora, nem está tampouco chamado a ser no futuro. O ser e o dever-ser são, portanto, pensamentos fundamentais totalmente distintos, que podem muito bem manter-se em conexão por um nexos comum anterior, porém sem que possam explicar-se um pelo outro, como não poderiam explicar-se mutuamente duas coisas tão díspares, digamos, como uma boa intenção ou um depósito de carvão de pedra. O dever-ser se distingue do ser em

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 18.

⁹⁸ Kelsen, *The Pure Theory of Law, 'Labandismo' and Neo-Kantianism...*, pp. 169 e ss.

⁹⁹ Hans Kelsen, *Problemas Capitales*, p. 8.

que para nada necessita converter-se em ser, nem sair tampouco dos marcos deste, sem que por isso deixe de ser o que é: um dever-ser. É certo que o dever-ser tende sempre a um ser algo, porém sem que este algo o condicione em sua essência, nem o condicione tampouco nela qualquer outra coisa que preceda a esse algo, e sem que ele mesmo seja este algo ou outro qualquer.¹⁰⁰

Extrai-se desta passagem o sentido elementar de ser e dever-ser, a saber: são formas distintas de pensamento. Portanto, a “contraposição que os separa tem um caráter lógico-formal e, enquanto nos mantermos dentro deste terreno de lógica formal”, podemos estar seguros de que inexiste “qualquer ponte entre esses dois campos”, que estão separados entre si por um “abismo profundo”.¹⁰¹

É verdade que em não raras situações é possível se constatar a identidade entre dever-ser e ser específicos. É o que ocorre, por exemplo, quando os indivíduos para os quais é dirigida uma determinada norma (dever-ser) se comportam *efetivamente* tal como aquela norma prescreve, ou seja, se comportam como *devem* se comportar: o conteúdo de seu agir efetivo é também o conteúdo de um dever-ser específico. Vejamos um exemplo. Numa sociedade onde, em regra, os homens respeitam o direito de propriedade uns dos outros, o 7º mandamento do Decálogo – “não roubarás”¹⁰² – expressa tanto um *dever-ser* (os homens daquela comunidade devem se abster de roubar), quanto uma regra do acontecer efetivo (a maioria dos homens daquela comunidade não rouba). Vejamos outro exemplo. O art. 111 do Código Tributário Nacional nos diz: “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”. Logo, é dever daquele a quem cabe a aplicação da legislação tributária interpretá-la literalmente sempre que se fizer presente qualquer uma de tais hipóteses. Se constatarmos que os indivíduos para os quais se dirige a mencionada norma tributária observam-na regularmente, ou seja, interpretam (de fato) literalmente as disposições tributárias que versam sobre as hipóteses constantes dos incisos do art. 111 do CTN, haverá coincidência entre ser e dever-ser: aqueles indivíduos *agem* como *devem* agir. Os casos ora apresentados se enquadram no que Kelsen – aludindo a Georg Simmel – chama de ‘virtude normativa dos fatos’, que nada mais é do que a “circunstância histórico-

¹⁰⁰ Arnold Kitz, *apud* Hans Kelsen, *Problemas Capitaes*, p. 7 (ênfases de Kelsen).

¹⁰¹ Hans Kelsen, *Problemas Capitaes*, p. 8.

¹⁰² Bíblia de Jerusalém, *Êxodo 20:15*. São Paulo: Editora Paulus, 2002, p. 131.

psicológica” em que aquilo que é considerado devido também é o que já foi ou vem sendo praticado frequentemente e de um modo determinado¹⁰³. No entanto – assevera Kelsen – não é o ponto de vista *lógico-formal* que nos faz chegar a tal conclusão, mas o *histórico-material*, que é o meio pelo qual descobrimos um ser.

O ponto de vista lógico-formal, assim como o histórico-material, pressupõe uma determinada estrutura ou ordem de juízos. O juízo através do qual afirmamos que um indivíduo *se comporta efetivamente como deve* se comportar é um juízo de realidade, ou seja, é a afirmação de um ser. Ao contrário, o juízo mediante o qual afirmamos que um indivíduo ou vários indivíduos *devem se comportar de uma determinada forma* é um juízo normativo, um juízo que afirma um dever-ser.

Diz-nos Ueberweg, “que o juízo é a consciência da validade objetiva de uma união subjetiva de concepções”;¹⁰⁴ ou seja, é a expressão de um estado de consciência em que constatamos que as relações que estabelecemos – mediante o raciocínio – entre ideias correspondem ao modo em que estas últimas estão relacionadas em seu respectivo plano de existência (objetivamente). E assim como uma ideia individual corresponde a uma existência individual, os juízos correspondem e são cópias das várias relações objetivas. O que torna o juízo diferente das meras combinações subjetivas é a consciência referente ao atualmente existente; é esta referência que confere ao juízo o caráter de função lógica.¹⁰⁵

De acordo com Kant, todos os juízos podem ser reduzidos a três classes: 1) os categóricos: *A é (não é) B*; 2) os hipotéticos: *se A, então B*; 3) os disjuntivos: *se A, então C ou D*.¹⁰⁶

Kelsen acentua a necessidade de se distinguir juízos de valor de juízos de realidade. Esta distinção, no entanto, possui, em sua obra, desdobramentos diversos, de modo que se faz necessário que a analisemos com um pouco mais de detimento. No tópico “Norma e Valor” (presente no primeiro capítulo da segunda edição da Teoria Pura do Direito), Kelsen desenvolve mais detalhadamente a questão referente aos juízos que estruturam as diversas espécies de conhecimento, especialmente o conhecimento jurídico. Ali, diz-nos ele:

¹⁰³ Hans Kelsen, *Problemas Captales*, p. 8.

¹⁰⁴ Friedrich Ueberweg, *System of logic and history of logical doctrines*, p. 187.

¹⁰⁵ Friedrich Ueberweg, *op. cit.*, p.188.

¹⁰⁶ Immanuel Kant, *Lectures on logic*, pp. 495-498.

O juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor e, neste caso, um juízo de valor positivo. Significa que a conduta real é ‘boa’. O juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo. Significa que a conduta real é ‘má’.¹⁰⁷

Tais juízos devem ser distinguidos dos juízos de realidade, “que enunciam que algo é ou como algo é” sem tomar como referência uma norma (dever-ser). Assim, os juízos de valor exprimem o modo como uma conduta humana efetiva está significada numa norma objetivamente válida: se conforme a esta (a norma), à conduta humana efetiva corresponderá o juízo de valor segundo o qual é ela “boa”, “devida”; se, ao contrário, tal conduta mostra-se em desacordo com a norma objetivamente válida, lhe corresponderá o juízo de valor segundo o qual tal conduta é “má”, “indevida”. Kelsen adverte, também, que se considerarmos os juízos de valor como proposições, ou seja, como asserções acerca de um determinado dado objetivo, temos que os mesmos diferem das normas, visto que, diferentemente destas, podem aqueles ser *verdadeiros* ou *falsos*, conforme a descrição contida neles corresponda ou não ao objeto descrito. As normas, ao contrário, somente podem ser *válidas* ou *inválidas*, não comportando, portanto, os modos verdadeiro ou falso.¹⁰⁸ Ademais, pode o juízo de valor vir a coincidir com um juízo de realidade. É o que ocorre, por exemplo, quando confrontamos uma conduta efetiva com o querer de um ou de vários indivíduos.

Dizíamos mais acima que, rigorosamente falando, a norma mesma não é um juízo, mas a base a partir da qual se estruturam os *juízos de valor*. Kelsen – com a precisão de sempre – distingue os *juízos de valor* dos *juízos de realidade*. Nos primeiros, a norma aparece tanto como forma de conhecimento de uma conduta real, quanto como base de valoração da mesma. Neste caso, o conhecimento de uma conduta efetiva implica a sua aprovação ou reprovação.¹⁰⁹ Assim temos: 1) *a conduta A é “boa” (corresponde à norma B)*; 2) *a conduta C é “má” (não corresponde à norma D)*.¹¹⁰ Por outro lado, o juízo pelo qual se predica a um ato a qualidade de estar ou não em consonância com uma norma objetivamente válida, é um juízo que afirma um *ser*: “*O ato A é contrário (ou está de*

¹⁰⁷ Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., 2009, p. 19

¹⁰⁸ Kelsen, *Teoria Pura...*, 2ª ed., p. 20.

¹⁰⁹ Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., p. 18.

¹¹⁰ Kelsen, *Teoria Pura...*, (2ª ed.), p. 19.

acordo) com a norma B”.

Determinante neste sentido é a distinção que Kelsen faz entre valor objetivo e valor subjetivo.¹¹¹ Quando confrontamos uma conduta efetiva com o querer de uma pessoa podemos concluir pelo valor ou desvalor daquela conduta, conforme ela esteja em conformidade ou em desconformidade com o querer da pessoa. Nestes casos, o valor constituído (por meio do querer) é um valor subjetivo. Assim, os juízos que correspondem à situação acima descrita são *juízos de valor subjetivos*, porém, são também juízos de realidade, pois a conduta valorada, assim como o querer a partir do qual a valoramos são fatos do mundo do ser,¹¹² estando eles, portanto, sujeitos à lei de causalidade. Quando, ao contrário, confrontamos uma conduta efetiva com uma norma objetivamente válida, o valor constituído com base nesta é um *valor objetivo*, bem como seus respectivos juízos, que serão *juízos de valor objetivos*. Estes últimos também são juízos de realidade, uma vez que a norma objetivamente válida, que aparece como pauta de valoração e de ajuizamento, deriva de um ato da vontade humana que, como vimos, pertence ao mundo do ser.

Outro detalhe digno de atenção é a sutil diferença entre o juízo de valor propriamente dito e a norma a partir da qual tais juízos são formulados. A conduta conteúdo de uma norma jurídica jamais poderá ser uma conduta efetiva, *mas tão-somente uma conduta devida*, pois esse é o modo específico de existência de todo e qualquer objeto que se apresente como conteúdo de uma norma. Assim, uma conduta passada, presente, ou até mesmo futura, escapam naturalmente aos moldes da norma. Por outro lado, os juízos de valor que expressam uma função específica do conhecimento podem vir a ter como conteúdo tanto normas quanto condutas efetivas, no entanto, não poderão jamais ter como conteúdo condutas devidas, uma vez que estas existem apenas enquanto conteúdo de uma norma.

4.1 Sistemas normativos autônomo e heterônomo

Embora ambos os juízos de valor (subjetivos e objetivos) possam ser considerados como juízos de realidade, como já visto, somente os segundos dão testemunho da existência dos chamados sistemas normativos heterônomos frente aos sistemas normativos autônomos.

¹¹¹ Kelsen, *Teoria Pura...*, (2ª ed.), pp. 22-23.

¹¹² Kelsen, *Teoria Pura...*, (2ª ed.), pp. 22 e ss.

Kelsen aponta a necessidade de se distinguir as duas formas de aplicação de uma norma a um ato já realizado, daí a diferenciação que faz entre os postulados primário e secundário da norma. Convém repetirmos aqui – agora esquematicamente – o que já foi dito mais acima, a saber:

1) o juízo que predica um ato como em consonância ou contradição com uma norma é um juízo que afirma um ser, um juízo de realidade. Graficamente temos:

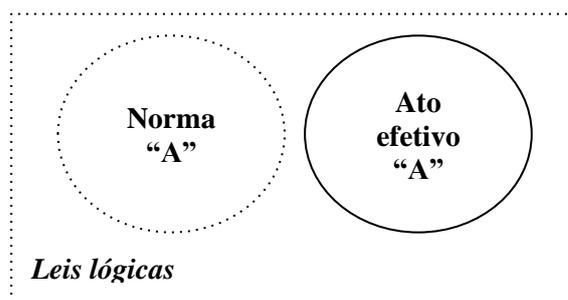


Figura 1: A norma como elemento do juízo de realidade

2) O juízo pelo qual se considera como devido um ato é a própria norma, ou seja, a afirmação de um dever-ser. Enquanto postulado secundário, ou seja, enquanto pauta de ajuizamento¹¹³ a norma funciona como base de aprovação/reprovação de um ato, ou seja, ao mesmo tempo em que conhecemos uma conduta, a aprovamos ou reprovamos conforme a norma. Graficamente temos:

¹¹³ Entende-se por ajuizamento a emissão de juízos de *aprovação/reprovação* em relação ao ato que constitui o conteúdo de uma norma determinada (Kelsen, *Problemas Capitales*, p. 15).



Figura 2: A norma como pauta de ajuizamento

Em seus *Hauptprobleme*, Kelsen reproduz, com o fim de ilustrar um dos principais dogmas do psicologismo, que consiste em identificar o querer (o ser) com o dever-ser, uma passagem de Wundt que diz: “Toda norma é, *primordialmente*, uma regra de vontade e, como tal, antes de tudo, um preceito com vistas a um ato ainda não realizado, sujeito a opção; e com isto, ao mesmo tempo, *secundariamente*, um preceito que serve para *ajuizar* os atos já realizados”.¹¹⁴ Todavia, Kelsen chama a atenção para o fato – que passa despercebido por Wundt – de que aqueles juízos que estabelecem a identidade de um ato com uma norma não são, necessariamente, como pensa esse autor, juízos de aprovação daquele ato; da mesma maneira, os juízos que afirmam que determinado ato não coincide com determinada norma não implicam a reprovação daquele ato. Isso se deve à necessária distinção entre autonomia e heteronomia. Ao contrário do que ocorre em relação às legislações autônomas, em que os desejos subjetivos do indivíduo que julga coincidem com a norma objetiva (a pauta da qual ele se vale para julgar), nas legislações heterônomas tal relação, embora eventualmente possa ocorrer, não é necessária. Portanto, a sentença de Wundt só se aplica aos sistemas normativos autônomos, não servindo, portanto, para efeito de definição do dever-ser jurídico, que, por essência, expressa a existência de um sistema normativo heterônimo (o direito). Nesse sentido, assevera Kelsen,

La afirmación de que todos los juicios que establecen la coincidencia de un acto con una norma son necesariamente juicios aprobatorios y los que proclaman lo contrario juicios reprobatorios, responde al supuesto de que los deseos subjetivos del enjuiciador coinciden con la norma objetiva, de que el conocimiento de la norma implica también su reconocimiento. Por muy legítima que esta hipótesis pueda desde un punto de vista de una legislación autónoma, en la que sólo rige como norma o que el individuo siente subjetivamente como tal, es decir, como deber, desde el punto de vista de una legislación heterónoma, basada en

¹¹⁴ Kelsen, *Problemas Capitales*, p. 15, nota 25.

normas independientes de la sensibilidad subjetiva del individuo y situadas al margen del hombre y por encima de él – y es el carácter que tienen, principalmente, las normas del derecho – no hay más remedio que considerar ese modo de ver como una ficción.¹¹⁵

a) *Sistema normativo autônomo*

Nos sistemas normativos autônomos, entre os quais destaca-se a moral, os juízos que estabelecem a *coincidência* de um ato com uma norma são necessariamente juízos de *aprovação* daquele, e os que proclamam o contrário, juízos de *reprovação*; os desejos subjetivos do indivíduo que emite o juízo coincidem com a norma objetiva. Logo, o *conhecimento* desta norma implica também seu *reconhecimento* – só pode valer como norma aquilo que, subjetivamente, o indivíduo considera como tal. Decorre disso, que a relação entre ser e dever-ser, em tais sistemas, não é, absolutamente, antitética. Graficamente temos:

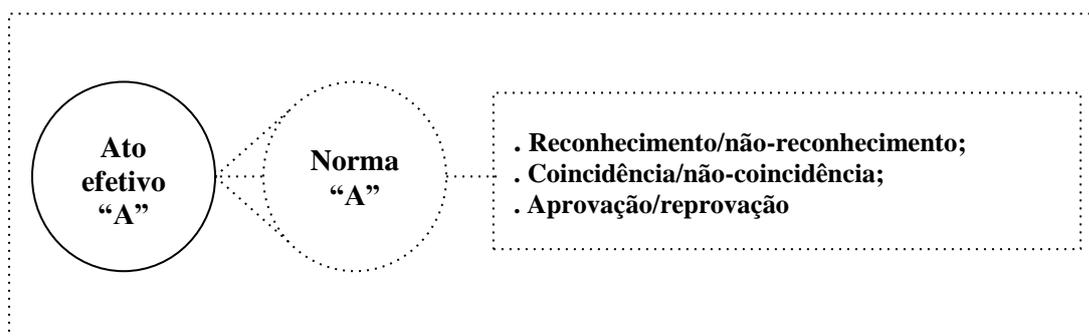


Figura 3: Sistema normativo autônomo

b) *Sistema normativo heterônomo*

Diferentemente, nos sistemas normativos heterônomos, entre os quais se destaca o direito, o conhecimento de uma norma não implica o seu reconhecimento; pois este é um ato subjetivo que se desenvolve no foro interno do indivíduo.¹¹⁶ As principais

¹¹⁵ Kelsen, *loc. cit.*

¹¹⁶ Kelsen, *Problemas Captales*, p. 16.

características dos sistemas normativos heterônomos são as seguintes:

- 1) Os juízos que estabelecem a *coincidência* de um ato com uma norma *não necessariamente* são juízos de *aprovação* daquele ato; e os desejos subjetivos do indivíduo que emite o juízo *não necessariamente* coincidem com a norma objetiva;
- 2) O *conhecimento* da norma *não implica* seu *reconhecimento* – a norma vale independentemente do fato de assim ser considerada pelo indivíduo para o qual ela é dirigida.

Nos sistemas normativos heterônomos, portanto, existe uma relação antitética entre ser e dever-ser, quer dizer, entre o querer e o dever-ser, de modo que a identidade entre os juízos que aprovam ou reprovam uma conduta efetiva, reconhecem ou não reconhecem uma determinada norma e concluem pela coincidência ou não coincidência da norma com o ato, *não necessariamente* coincidem. Graficamente temos:

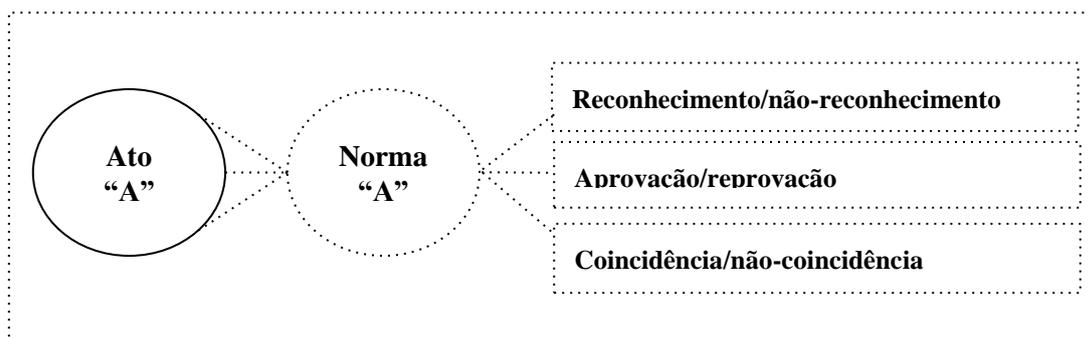


Figura 4: Sistema normativo heterônimo

A contraposição entre autonomia e heteronomia recebeu de Theodor Lipps uma formulação que, dada a sua clareza e precisão, mereceu da parte de Kelsen uma atenção especial, uma vez que ele a utilizou como forma de remate. Vejamos:

Quando minha determinação de vontade responde a uma *tendência própria* ao moral e o preceito não faz outra coisa que estimular esta tendência, posso dizer que minha determinação de vontade é moralmente autônoma. O princípio de minha vontade e de meus atos é sempre, neste

caso, um princípio da determinação da vontade e dos atos morais por mim mesmo, um princípio de auto-legislação moral. Quando, pelo contrário, o preceito moral se debate comigo como um preceito alheio e não é, ao mesmo tempo, por seu conteúdo, um preceito emanado de minha própria natureza ou que se manifeste como uma *lei de minha vontade*, quero e obro de um modo heterônomo. O princípio de minha vontade ou de meus atos é, então, o princípio da heteronomia. O qual não quer, por sua vez, dizer senão que o preceito de que se trata atua sobre mim como um preceito alheio e que procede de uma fonte qualquer fora de mim mesmo. No primeiro caso, o moral é meu próprio fim, um fim que eu mesmo me traço; no segundo caso, um fim que outros me prescrevem e que em mim mesmo ou para mim se converte num simples meio para um fim.¹¹⁷

c) Crítica ao psicologismo

A principal consequência decorrente da distinção entre autonomia e heteronomia – distinção essa tão magistralmente operada por Kelsen – foi, talvez, a quebra da influência psicologista nos estudos jurídicos presente, sobretudo, na tradição do direito público alemão, representada, quanto a esse quesito, pelas escolas imperativista e organicista do direito, cujos representantes máximos foram, respectivamente, Georg Jellinek e Otto Gierke. Sob o título *A forma objetiva de manifestar-se a norma jurídica* (Livro II dos *Hauptprobleme*), Kelsen empreende um dos mais poderosos ataques ao psicologismo jurídico, especialmente no que diz respeito à concepção, predominante à época, de que a vontade jurídica do direito público e, principalmente, do direito privado, é uma espécie particular de vontade psíquica.¹¹⁸

Kelsen observa, preliminarmente, que, do ponto de vista jurídico, o objeto da vontade, ao contrário do que ocorre em relação ao conceito psíquico de vontade, nunca é uma *representação*, mas sempre fenômenos exteriores. Para a ciência jurídica, o que importa é descobrir as conexões externas existentes entre a vontade do indivíduo e os substratos exteriores de fato. Ou seja, se estes foram queridos ou não pelo sujeito. “Tudo aquilo que se refere a processos puramente interiores que ocorrem na alma do homem, sem a menor relação com o acontecer externo, cai exclusivamente na órbita de competência da psicologia, cujo objeto é o *homem*, o ser humano, ao passo que a jurisprudência só se ocupa da pessoa”.¹¹⁹ Nisso reside a diferença fundamental entre os pontos de vista

¹¹⁷ Theodor Lipps, *apud* Hans Kelsen, *Problemas Capitales...*, p. 17, nota 26.

¹¹⁸ Hans Kelsen, *Problemas Capitales...*, pp. 83-161.

¹¹⁹ Hans Kelsen, *Problemas Capitales...*, p. 105 (ênfases de Kelsen).

psicológico e jurídico da vontade.

De acordo com Kelsen, esta discrepância revela-se de forma mais clara e acentuada quando investigamos o conceito de vontade tomando como base as específicas acepções em que ele é utilizado em campos especializados da ciência jurídica. No direito privado, por exemplo, o conceito de vontade possui um significado próprio que lhe é dado pela teoria do negócio jurídico, que Kelsen, na esteira da teoria predominante à sua época, conceitua como uma *declaración de voluntad*. “Se declara la voluntad de que se produzca un efecto jurídico, y el derecho vigente hace que este efecto jurídico se produzca por haberlo *querido* así el autor del negocio jurídico”. Ademais, Kelsen ressalta que o chamado “dogma da vontade” se manifesta de uma forma ainda mais clara na declaração que “proclama la nulidad del negocio jurídico, que equivale a que la declaración de voluntad *no* engendre el efecto apetecido ‘cuando el declarante *no quiera* realmente o que declara querer”.¹²⁰

Já no tempo em escrevia os seus *Hauptprobleme*, Kelsen ressaltava que o dogma da vontade vinha sofrendo uma forte resistência, estampada, principalmente, na literatura civilista. Essa resistência se caracterizava pela diversidade de pontos de partida que tinham em comum o fato de atribuir eficácia jurídica, em alguns casos, à “declaración de voluntad real do sujeito”, o que, para Kelsen, significava a emancipação da eficácia jurídica, em maior ou menor medida, “del hecho de que los efectos sean realmente *queridos* pelo declarante”.¹²¹

Nesse sentido, Kelsen observa que

es muy dudoso que la voluntad de las partes tenga que ir dirigida, de hecho - como el dogma de la voluntad lo proclama - exactamente a los efectos jurídicos que el derecho vigente engarza a determinadas declaraciones. Sin entrar aquí de lleno en el concepto del efecto jurídico, sí podemos señalar que las partes desconocen en absoluto, con frecuencia, las disposiciones, a veces muy complicadas, del orden jurídico, y, desconociéndolas, mal pueden quererlas, sin que ello traiga como consecuencia la invalidez del negocio jurídico. Al celebrar sus negocios, las partes profanas en derecho sólo se proponen alcanzar ciertos resultados efectivos, materiales, y no determinados efectos jurídicos: en su voluntad consciente se da la representación, no de tales o cuales resultados jurídicos, sino de ciertas consecuencias de hecho: al concertar, por ejemplo, una compra, el comprador se propone entrar en posesión de una cosa, y no hacer nacer, modificar o extinguir un *derecho*: la voluntad se encamina siempre a la satisfacción de necesidades, y el medio para

¹²⁰ Hans Kelsen, *Problemas Capitales...*, p. 106.

¹²¹ Hans Kelsen, *idem* (ênfases de Kelsen).

conseguirlo son las cosas y no los derechos, los efectos de hecho y no los efectos jurídicos.

Extraí-se disso, que a declaração de vontade das partes sobre a qual se funda o negócio jurídico e, por conseguinte, as relações jurídicas de direito privado, não se confunde com a declaração de vontade no sentido psicológico. Isto porque os efeitos jurídicos decorrentes de um negócio jurídico só reflexa e não necessariamente podem ser considerados como queridos pelas partes. Kelsen demonstra, com clareza exemplar, que o conteúdo do querer das partes que firmam um negócio jurídico é sempre uma coisa real, vista por aquelas como um objeto apto à satisfação de suas necessidades. Logo, só podemos dizer que uma coisa é querida no sentido psicológico quando esta aparece representada na consciência do sujeito como meio de satisfação de uma determinada necessidade. Na esfera psíquica, portanto, o querer pressupõe o conhecer.

A concepção segundo a qual a vontade jurídica se identifica com a vontade psíquica, e que, portanto, os efeitos jurídicos se confundem com os efeitos de fato, funda-se no erro de pressupor que os indivíduos, ao celebrarem um determinado negócio jurídico, estão plenamente conscientes de todos os efeitos jurídicos dele decorrentes, de maneira que, tais efeitos, além de conhecidos pelas partes, são também queridos por elas. É fácil perceber o quão equivocada é esta posição, pois “somente as partes versadas em direito podem associar, em sua consciência, à ideia dos efeitos de fato a dos efeitos jurídicos que emanam do direito vigente”.¹²² Se – com coloca Kelsen – omitirmos uma série de fatos anômalos como, por exemplo, a coação, o erro etc.,¹²³ e pressupormos uma declaração de vontade livremente emitida e com a plena consciência de quem a emitiu, existirá sempre a possibilidade de que a representação da conduta obrigatória não seja o conteúdo de uma vontade formulada nesse sentido. Em outras palavras, pode dar-se o caso de o indivíduo querer o contrário daquilo que declarou.

Para Kelsen, o fato de o indivíduo poder declarar o contrário daquilo que realmente quer (“reserva mental”) constitui a prova de que o conceito de vontade sobre o qual se assentam as relações jurídicas de direito privado não pode ser o conceito de vontade da psicologia, ou seja, não pode ser a existência real e efetiva da noção de uma conduta obrigatória que esteja associada à aspiração que se persegue como meio para a

¹²² Hans Kelsen, *Problemas Captales...*, p. 109.

¹²³ Cf. “Dos Defeitos do Negócio Jurídico”, Código Civil Brasileiro, arts. 138-165

satisfação de certas necessidades. Logo, o princípio segundo o qual as reservas mentais não têm o condão de desconstituir os negócios jurídicos representa, na verdade, a mais completa anulação do dogma da vontade, se esta for realmente entendida no sentido psicológico da palavra¹²⁴.

¹²⁴ Hans Kelsen, *Problemas Captales...*, pp. 109-110.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após essas breves digressões na obra de Kelsen, em que nos esforçamos para elucidar os aspectos mais relevantes da distinção ser/dever-ser, podemos dizer, á guisa de conclusão, o seguinte:

1) A distinção entre ser e dever-ser não constitui um ponto de partida para as teorias antiga e medieval do direito. Para Platão, assim como para Aristóteles e São Tomás de Aquino, não há absolutamente uma separação entre ser e dever-ser;

2) É somente com David Hume que a tese da separação adquire o *status* de um verdadeiro pressuposto do raciocínio ético-filosófico. No entanto, as investigações modernas acerca da separação entre ser e dever-ser mostram que pode não ser de todo correto atribuir a Hume a autoria de tal separação. Para A. C. Micintyre, por exemplo, uma análise sistemática do sistema moral de Hume revela inconsistências da tese segundo a qual a distinção ser/dever-ser encontra sua primeira e já bem acabada expressão naquele sistema;

3) No campo da teoria jurídica, coube a Hans Kelsen a mais consequente elaboração do dualismo metódico entre ser e dever-ser. No entanto, não nos foi possível demonstrar a natureza de tal dualismo: se ontológico ou puramente metodológico. Nas poucas ocasiões em que Kelsen tratou dessa questão, o fez de forma não muito clara e explicada, de maneira que não conseguimos extrair seu sentido preciso. Contudo, é possível dizer, com alguma margem de acerto, que na maior parte das vezes que Kelsen tematiza a distinção ser/dever-ser, ela aparece na forma de um dualismo metódico, ou seja, como um instrumento que possibilita demarcar artificialmente o campo de estudo da ciência jurídica frente ao das outras ciências sociais;

4) Essa demarcação torna possível conceber a ciência jurídica como uma ciência normativa (ciência de normas, ou ciência do dever-ser). É com base nela, também, que Kelsen descobre a autonomia do dever-ser jurídico perante o querer (vontade psíquica);

5) Uma análise dos períodos de formação da teoria pura do direito revela um movimento gradual do pensamento de Kelsen em direção à concepção positivista de ciência. Isto significou um gradual abandono da tese da separação enquanto pressuposto do raciocínio jurídico. Esse processo culminou com a publicação póstuma da obra *Teoria Geral das Normas*, que representou, da parte de Kelsen, um significativo ajuste teórico-conceitual de sua teoria.

6. REFERÊNCIAS

AUCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Sistemas Normativos: Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed. rev., Editorial Astrea, 2012.

BÍBLIA DE JERUSALÉM. *Êxodo 20:15*. São Paulo: Editora Paulus, 2002.

BLACK, Max. *The Gap Between "Is" and "Should"*. *The Philosophical Review*, Vol. 73, no. 2 (apr., 1964), pp. 165-181. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2183334>.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172 de 25/10/1966. República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em 21/03/2018.

COSSIO, Carlos; KELSEN, Hans. *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft LTDA, 1952.

EBENSTEIN, William. *La Teoría Pura del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.

FERREIRA DA SILVA, Evanuel; DAMASCENO, Epifânio Vieira. *A classificação das ciências segundo Hans Kelsen: os princípios de causalidade e imputação*. REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 53, n. 209, jan./mar., 2016, pp. 329-342.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, New York: Oxford University Press, 2011.

GEORGE, Robert P. *Kelsen and Aquinas on the Natural-Law Doctrine*, 75 Notre Dame L. Rev. 1625 (2000). Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol75/iss5/3>

HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2012

HUME, David. *A Treatise on Human Nature*. Londres: Library Everyman's, vol. II, 1964.

KELSEN, Hans. *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*. In: *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM, 1989, pp. 283-318.

_____. *A ilusão da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Editorial Reus, 2009.

_____. *Law, State, and Justice in the Pure Theory of Law*. In: *What is justice? Justice, law, and politics in the mirror of science: collected essays*. New Jersey: The Lawbook Exchange, LTD., 2013, pp. 289-302.

_____. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. México: Editorial Porrúa, S. A., 1987.

_____. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* México: Fontamara, 1991.

_____. *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica e teoría pura*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft LTDA, 1952.

_____. *Reflexiones em torno de la Teoría de las Ficciones Jurídicas: com especial énfasis em la Filosofía del "Como si" de Vaihinger*. In: *Ficciones Jurídicas*. México: Coyoacán, 2006.

_____. *The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science*. In: *What is justice? Justice, law, and politics in the mirror of science: collected essays*. New Jersey: The Lawbook Exchange, LTD., 2013, pp. 289-302.

_____. *The Pure Theory of Law, 'Labandismo' and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves*. In: Paulson/Litschewski (ed.), *Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, págs. 169-176.

LARENZ, Karl. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milan: Giuffré, 1966.

LOSANO, Mario. *La teoría pura del derecho: del logicismo al irracionalismo*. Doxa, n. 2, pp. 55-85, 1985.

_____. *Sistema e Estrutura no Direito*, vol. I. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MACINTYRE, A. C. *Hume on 'is' and 'ought'*. In: *The Is/Ought Question: A collection of papers on the central problem in moral philosophy*. Editado por W. D. Hudson. London: Macmillan Education, 1969.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER. *An Institutional Theory of Law: new approaches to legal positivism*, Holland: D. Reidel Publishing Company, 1985, 2ª reim.

MOORE, Edward George. *Principia Ethica*, São Paulo: Ícone, 1998.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

QUINE, Willard Van Orman, *Sobre o que há*. In: *De um ponto de vista lógico*, São Paulo: Editora Unesp, 2011, pp. 11-35.

REALE, Giovanni. *História da Filosofia*. São Paulo: Paulus, 1ª ed., 1990.

SEARLE, John. *How to derive "Ought" From "Is"*. The Philosophical Review, Vol. 73, No. 1 (jan., 1964), pp. 43-58.

VERDROSS, Alfred. *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental: visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

VON WRIGHT, George Henrik. *Georg Henrik Von Wright, Logic Studies*, London: Routledge and Kegan Paul LTD, 1959.

_____. *Is and Ought*. In: Paulson/Litschewski (ed.), *Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, págs. 365-382.

WEINBERGER, Ota. *Law, institution, and legal politics: fundamental problems of legal theory and social philosophy*. Holland: Springer Science+Business Media, B.V., 1991, p. 95.

_____. MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law: new aproaches to legal positivism*, Holland: D. Reidel Publishing Company, 1985, 2^a reim.

WELZEL, Hans. *Diritto naturale e Giustizia materiale*. Milan: Giuffrè, 1965.