

# Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen

Paulo Sávio Peixoto Maia<sup>1</sup>

**Resumo:** Um dos traços mais marcantes da longa trajetória intelectual de Hans Kelsen foi a busca pela construção de um conhecimento jurídico puro, isento de qualquer consideração a respeito do conteúdo do direito. A compreensão desse leitmotiv depende do exame da primeira fase metodológica de Kelsen, aquela em que o neokantismo de Marburgo aparecia como sua principal referência. É então que surge, em Kelsen, a redução da normatividade à pertinência a um sistema lógico dotado de unidade e coerência. Só assim o conhecimento jurídico poderia ser considerado válido, científico; um argumento que se fará muito presente no restante da atividade intelectual de Kelsen. Dessa forma, entender esse “primeiro” Kelsen, aquele Kelsen neokantiano, acaba por ser uma pré-condição para uma compreensão mais completa da obra do jurista de Viena.

**Palavras-chave:** Kelsen. Neokantismo. Sistema.

**Abstract:** One of the most leading features of Hans Kelsen’s long intellectual trajectory was the persecution for the construction of a pure juridical knowledge; free from any kind of consideration in what concern its content. The comprehension of this leitmotiv depends on the exam of the Kelsen’s first methodological phase, the one that the neo-kantism was his main reference. Insomuch appears Kelsen’s reduction of the normativity in the pertinence to a logical system endowed with unity, coherence. Only in this way the juridical knowledge may be considered as valid and proper to the science; an argument that will be very present in the rest of Kelsen’s intellectual activity. Thereby understanding this “first” Kelsen, the neo-kantian one, results to be a precondition to a more complete comprehension of the work of the Vienna’s jurist.

**Keywords:** Kelsen. Neo-kantism. System.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Professor de Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), onde coordena sua Divisão de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. Professor na Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC – TJ/CE). Advogado. E-mail: paulosaviomaia@yahoo.com.br

## Introdução

A construção de um sistema jurídico dotado de unidade, completude e coerência marcou a longa trajetória intelectual de Hans Kelsen. Imbuído desse propósito, o jurista de Viena erigiu um vasto plexo conceitual, que fez fortuna no século XX, que o colocou como uma referência necessária da teoria do direito, tal como se ele “falasse direto ao coração do jurista”, como aduziu Paolo Grossi (GROSSI, 2004, p. 70). Para o Brasil, essa intuição mostra-se ainda mais verificável. A impostação formalista, que busca exorcizar a todo custo qualquer influência da sociologia e da história do direito, a pretexto de tal enfoque ser uma inafastável pré-condição para “se fazer ciência”, fornece uma fórmula de escape que sempre foi tentadora a muitos juristas nacionais (LIMA, 1996, p. 96).

Essa preocupação pela unidade e sistematicidade tem a sua gênese tão logo Kelsen apresenta suas primeiras linhas. Nesse período inicial, nessa primeira fase teórica de Kelsen, situada entre 1911-1934,<sup>2</sup> o neokantismo evidencia-se como a influência teórica mais pronunciada de suas obras.<sup>3</sup> A dimensão neokantiana das teses de Kelsen é muito presente não só nas soluções que ele oferece para os impasses da teoria do direito

---

<sup>2</sup> Não é possível entrar em detalhes, aqui, acerca da controvérsia que paira sobre a periodicização da Teoria Pura, de Kelsen, que é disputada com afincos pelos teóricos do direito. Cf., para o assunto, e com um bom levantamento do “estado da arte” da polêmica, Paulson (1999, p. 351-364).

<sup>3</sup> Obviamente, problematizar quais são as fontes intelectuais de um autor como Kelsen é procedimento complexo. E até por isso é que se sabe que uma completude, nesse particular, é de consecução impossível. Assim, ao se apontar o neokantismo de Marburgo como uma influência na teoria do direito de Kelsen o que se faz, na verdade, não é *recordar* uma influência, como se ela já existisse e estivesse à espera de um redescobrimto. Quando se aponta uma influência, ao contrário, está-se a *construir* uma influência. Constrói-se porque se está a *selecionar* sentido. Daí a necessidade de assumir a contingência de tal escolha. De se ressaltar também que, por outro lado, não é porque Kelsen, a próprio punho, declara ser adepto da teoria do conhecimento neokantista que outros enfoques que diverjam disso possam ser tido por inválidos. Um texto, após publicado, não mais pertence ao autor que o concebeu. Precisamente por isso, nada impede que observadores realizem descrições diversas de uma “interpretação autêntica”. Nesse sentido, são interessantes as considerações de Henrique Simon que situam Kelsen não no ambiente intelectual de Marburgo, mas do neopositivismo do Círculo de Viena. Um ponto de vista que, por ter

de seu tempo, mas até no modo pelo qual *problematiza* tais impasses: na forma mediante a qual Kelsen questiona os saberes de seu tempo, por exemplo, quando indaga quais são as “condições de possibilidade de uma ciência do direito” (CALSAMIGLIA, 2000, p. 206).

Como apontou elegantemente Raffaele De Giorgi, essa problematização pode ser resumida à colocação de duas indagações: i) como é possível o direito positivo ser objeto de conhecimento da ciência do direito; e ii) como é possível a ciência do direito (DE GIORGI, 1979, p. 70-79). Em grandes linhas, é possível entender a Teoria Pura do Direito de Kelsen – não obstante as variações que apresenta uma teoria do direito construída por fecundos setenta anos de atividade de seu autor – como um grande empreendimento intelectual destinado a enfrentar essas duas perguntas. Com efeito, desde a publicação de sua tese de livre-docência, em 1911, os *Problemas Fundamentais da Teoria do Direito Público*, a questão central das investigações de Kelsen era aquela de saber como se poderia conferir autonomia ao direito, ou melhor, à *ciência do direito* (KELSEN, 1997).<sup>4</sup> Era esse o problema de Kelsen: de que modo a ciência do direito poderia se diferenciar da física, da sociologia, da ética, dos outros domínios do conhecimento.<sup>5</sup>

---

um ponto de partida diverso ao deste estudo não precisa ser vista como *antagônico*, mas sim como *complementar*. Cf. SIMON (2006).

<sup>4</sup> *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911). O título original é *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. A tradução italiana tem como base a segunda edição, de 1923, que na verdade se trata, como afirma o próprio Kelsen, de uma reimpressão da primeira edição, de 1911. A segunda edição foi acrescida de um novo prefácio, de sumo interesse para o mapeamento das modificações sofridas pela teoria pura do direito nesse interregno, porquanto Kelsen esmiúça a gênese de mudanças significativas em seu pensamento, como o surgimento da noção de norma fundamental, *Grundnorm*, e a incorporação da *Stufenbaulehre* de Adolf Julius Merkl.

<sup>5</sup> O embate com a sociologia (compreendendo aquilo que conhecemos hoje como sociologia do direito – já que para Kelsen sociologia do direito era uma *contradictio in adjecto*) é um dos aspectos mais salientes do projeto intelectual de Kelsen (TREVES in CORREAS, 1989, p. 195). No entanto, como bem salienta Treves, é verdade que Kelsen combateu o método sociológico, mas nem por isso deixou de ser profundo conhecedor das principais correntes sociológicas de seu tempo. Para uma mostra da extensão do

Para que seja exposta a maneira mediante a qual Kelsen enfrentou esse problema, propõe-se um roteiro. De início (i), verificar-se-á em que sentido a questão da autonomia metodológica era um problema para Kelsen, para que assim seja vislumbrada; (ii) como as ferramentas teóricas do neokantismo poderiam ajudar na empreitada intelectual de Kelsen. Em seguida, e de forma mais específica (iii), proceder-se-á a um recorte no sentido de que se perceba o quanto “um dos neokantismos”, aquele desenvolvido pela Escola de Marburgo, liderada por Cohen, contribuiu para a confecção da pureza metodológica, e o quanto (iv) a “pureza da teoria pura” deve a tal movimento filosófico no que toca à sua redução da normatividade à *forma* do direito, e não a qualquer referência com respeito a *conteúdo*. Isso permite a Kelsen igualar (v) a validade do direito a uma questão de pertinência formal de uma norma a um sistema de conhecimento. Em tal situação, como será examinado, Kelsen já realiza uma pequena adaptação em seu projeto teórico intelectual. Por último, analisar-se-á (vi) como a noção de “norma fundamental” serve a Kelsen para a confecção de seu sistema de conhecimento puro e uno.

É em sua “fase neokantiana” que Kelsen radicaliza o elemento formal de sua teoria do direito; e como tradução conclusiva desse período intelectual, surge em 1934 a primeira edição de sua *Teoria Pura do Direito* (*reine Rechtslehre*). Assim, ao fim e ao cabo, abordar esse período “neokantiano” de Kelsen acaba por lançar luz em sua teoria do direito como um todo.

## **1 A construção da autonomia científica**

Já nos *Problemas Fundamentais* (1911), Kelsen deixa claro que, em seu entender, as principais características da ciência são *unidade* e *pureza*. E são precisamente essas duas qualidades, unidade e pureza, aquilo que falta às tradicionais teorias do direito, de acordo com o diagnóstico do mestre de Viena. A identificação do problema já contém a sua solução. Kelsen acredita que o principal problema da teoria do direito, à época,

---

conhecimento de Kelsen acerca da teoria social de um pensador como Max Weber, cf. Kelsen (CORREAS, 1989).

era de ordem metodológica; o que justificaria que seus *Problemas Fundamentais* não tivessem nenhum escopo prático, mas somente teórico: “o meu trabalho serve somente a necessidades teóricas, e não práticas, e somente por meio da especulação formal esse objetivo pode ser alcançado” (KELSEN, 1997, p. 11). Note-se: para resolver um problema metodológico, Kelsen oferece uma solução que também pretende ter aplicação meramente no âmbito do método.

Na busca por erigir um método com fim em si mesmo (KELSEN, 1989a, p. 283), Kelsen declara que o direito – que consiste no objeto da ciência do direito – não raro é descrito a partir de métodos próprios às *ciências da natureza*, cuja tarefa “é a de explicar o comportamento efetivo das coisas materiais” (KELSEN, 1997, p. 43). Esse ponto de vista *explicativo* se dá pela atribuição de um resultado – que acontece no mundo físico, sensível, que *deve necessariamente (muß)* ocorrer, e que se expressa mediante uma lei em sentido naturalístico (*gemußt*) (p. 44). Essa é uma lei natural, em que o seu dever (*Müssen*), sua causa e efeito, não admite exceções, sob pena de se tornar inválida (p. 18). Esse é o método específico, aduz Kelsen, não somente das ciências exatas, mas também da sociologia e da psicologia (KELSEN, 1989, p. 289). E Kelsen não esconde que esse enfoque “científico-causal”, representado principalmente pela sociologia, é um de seus dois adversários imediatos: o outro é o jusnaturalismo, que desconsidera o objeto que propicia a construção de uma teoria pura, qual seja, o direito positivo (KELSEN, 1997, p. 17).

Para conseguir erigir um método imune à lei natural da causalidade, Kelsen precisa de uma “unidade de análise”, um conceito que permita demarcar uma diferença em relação às leis da natureza. Esse conceito é a *norma*, a lei posta pelo Estado (p. 42). A partir daí é possível ter um enfoque não *explicativo*, mas *normativo*: “esse contraste [...] repousa sobre uma diferença do ponto de vista a partir do qual se considera o objeto” (KELSEN, 1997, p. 43). A norma, ao contrário da lei natural, não expressa que algo deve acontecer factualmente, no plano do “ser” (*Sein*), como resultado de uma relação necessária de causa e efeito, ou seja, em sentido naturalístico (*gemußt*). Na verdade, a norma diz que, ocorrida uma certa circunstância, algo é devido em sentido normativo (*gesollt*)

(KELSEN, 1997, p. 44). Kelsen, nesse passo, acredita que, para conseguir a pureza perseguida, mostra-se necessário radicalizar tal diferença, e “um contraste total entre lei natural e norma somente é possível sob a base de uma total disparidade entre ser e dever-ser” (KELSEN, 1997, p. 45).

Assim, já se pode verificar que a norma é o início de Kelsen para sua construção de uma ciência pura, livre de causalidades e de sociologismos. Mas, se o direito é um conjunto de normas jurídicas, ele não deve ser confundido com a *ciência do direito*. Para tanto, Kelsen necessita construir outra diferença: uma coisa é norma de direito, outra é *proposição jurídica*.<sup>6</sup> Assim, o direito, enquanto objeto da ciência do direito, consistiria em um conjunto de enunciados de *Sollen*. Já a ciência do direito observaria tais enunciados a partir de proposições jurídicas (KELSEN, 1997, p. 19). A proposição jurídica consiste em um nexo causal *normativo* entre um determinado suporte fático (*Tatbestand*) que descreve um ilícito e a reação do Estado a tal suporte fático, ou seja, a consequência do ilícito, sanção (em sentido amplo, e não apenas penal) (KELSEN, 1997, p. 90). Bem explicado, ocorre uma *imputação*, conceito central para a teoria pura.<sup>7</sup> Uma vez que uma proposição consiste em “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade” (BOBBIO, 2001, p. 73) por meio da proposição jurídica, a ciência jurídica desenvolve a importante função de dizer quando uma conduta concretizou um suporte fático previsto por uma lei do Estado, que “contém a vontade do Estado”; afinal, a lei “determina os suportes fáticos que devem valer como ação do Estado” (KELSEN, 1997, p. 223). Assim, a imputação, descrita pela proposição jurídica, liga logicamente o ilícito à reação do Estado, à sanção, à consequência do ilícito.

Dessa maneira, a proposição jurídica permite que a ciência do direito se coloque em pé de igualdade com as ciências naturais, uma preocupação metodológica que era muito comum à época (CARRINO, 1992, p. 344). O cientista do direito, assim, busca construir conceitos

---

<sup>6</sup> Em sentido oposto, igualando as proposições jurídicas às normas positivas (EISENMANN, 2003a, p. 400).

<sup>7</sup> Não se pode, aqui, analisar o conceito de imputação com a profundidade que sua importância requer. No entanto, Cf. Paulson (2001, p. 47-63).

fundamentais que sejam logicamente defensáveis; busca exorcizar as contradições lógicas de um sistema. Para tanto, não pode passar para o mundo do ser: deve permanecer no mundo do dever-ser (KELSEN, 1997, p. 9), o que é conseguido com uma separação rígida entre direito e ciência do direito, entre norma de direito e proposição jurídica:

O direito é qualquer coisa de diverso da ciência do direito; somente esta última forma os conceitos jurídicos, enquanto o primeiro, o ordenamento jurídico, regula as relações da vida, e nessa atividade (na *criação de normas*) ele é essencialmente diverso da formação dos conceitos sobre a base do ordenamento jurídico. (KELSEN, 1997, p. 131).

Essa formação de conceitos *a partir do material legislativo*, função de uma ciência do direito, é feita com a concatenação lógica dos enunciados de *Sollen*, realizada pelas proposições jurídicas; e, assim, “a legalidade específica do direito se manifesta”, tal como acontece com as ciências naturais, quando, por meio da lei de causalidade, vê-se um juízo de causa e efeito que é necessário em termos naturalísticos (KELSEN, 1997, p. 18). Com isso, percebe-se que duas coisas parecem bem importantes a Kelsen para que a autonomia da ciência do direito seja fundamentada. Uma é separar direito de ciência do direito; a outra é diferenciar dois planos lógicos incomunicáveis, o *ser* e o *dever-ser*, uma forma que parece ser um pressuposto de suas considerações. Mas Kelsen não a inventa. Ele, aqui, realiza suas observações a partir de uma posição semântica muito difundida à sua época.<sup>8</sup> O entendimento da pureza da teoria pura depende dessa contextualização.

## 2 A distinção entre ser e dever-ser segundo o neokantismo

Não é Kelsen, mas David Hume que é usualmente apontado como o ponto de partida da diferença entre ser e dever-ser (*Is* e *Ought*). Ao

---

<sup>8</sup> “Semântica”, aqui, é compreendida nos cânones da teoria da diferenciação de Niklas Luhmann, ou seja, como o material histórico-conceitual existente à disposição da sociedade para que as suas autodescrições sejam realizadas (LUHMANN, 1983).

negar a possibilidade de se inferir uma regra de conduta a partir de uma descrição de algo que *é*, Hume afirmava ser inviável a construção de um sistema moral a partir da ontologia, como acreditava alguns de seus contemporâneos. Dessa maneira, inaugurou-se o discurso filosófico que acredita ser logicamente impossível passar do *ser* para o *dever-ser*, inferir um valor a partir de um fato (CHAZAL, 2001, p. 315). Essa separação intransponível, a “guilhotina de Hume”, fez fortuna na história das ideias (VON WRIGHT, 1997, p. 89). Immanuel Kant tratou de divulgá-la, ao entender que “a razão teórica se exprime no indicativo acerca dos julgamentos sobre a realidade (*Sein*), enquanto a razão prática se exprime por imperativos (*Sollen*)” (CHAZAL, 2001, p. 315). Kant parece, com isso, afirmar que uma metafísica dos costumes é possível (KANT, 1995, p. 30) e independente do empírico, uma vez que seria um saber *a priori* derivado da razão pura.<sup>9</sup> Seja como for, o mais importante para os fins deste estudo é entender a leitura que o movimento neokantiano fez dessa separação entre ser e dever-ser: a partir de Kant, mas muitas vezes contra Kant. É nessa fonte que Kelsen bebe.

O neokantismo se erige sob as ruínas do Idealismo alemão. Principalmente entre as décadas de 1870 e 1920, a revalorização da doutrina empírico-científica de Kant (e não de seu enfoque mais idealista) opera um redimensionamento da filosofia, que passa a ser entendida, basicamente, como teoria do conhecimento. Um movimento que não buscou efetuar uma análise meramente exegética do *corpus* kantiano, que conscientemente pretendeu ir além de Kant, às vezes contestando-o, outras tantas negando-o (HÖFFE, 2005, p. 331-332). Até por isso, o que não se viu em tal movimento foi um caráter monolítico. As abordagens e resultados foram os mais diversos; entretanto, em grandes linhas, é possível ver que a questão metodológica, a ânsia por garantir autonomia a uma área do conhecimento, consiste no traço em comum que possibilita tratar enfoques tão diversos sob o mesmo conceito. Costumeiramente, apontam-se duas escolas neokantianas, a Escola de Marburgo e a Escola de Baden.

---

<sup>9</sup> É o que se infere a partir de Bobbio (1997, p. 51-53), na obra *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*.



O neokantismo de Baden teve expoentes como Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, Emil Lask, Gustav Radbruch, Max Weber e Georg Simmel. Que possuíam projetos de pesquisa que levaram a resultados diversos, é de se conceder. Mas havia algo que conferia unidade a essa multiplicidade de enfoques, a ponto de permitir que se fale em uma “escola”: o ponto em comum era o afã de desenvolver uma teoria dos valores que garantisse às ciências do espírito uma consciência metodológica (LARENZ, 1997, p. 125-138). Um autor como Windelband vai compreender o direito como um sistema de normas inserido em um sistema geral de valores, cujo significado caberia à filosofia do direito desvendar. O que não deixa de ser um problema, afinal, valor e realidade, valor e direito positivo não se comunicam, porquanto consistem em estruturas lógicas distintas. Emil Lask, tentando trabalhar sob esse paradoxo, afirmou que o direito não ostentaria uma estrutura de valores externos, pois, enquanto sistema de normas, seria imerso só formalmente, metodologicamente, em um sistema de valores (FERRAZ JUNIOR, 1976, p. 47-52). Um Max Weber, partindo de Rickert, sabe que a relação com os valores é inevitável para os que vivem em sociedade; porém, precisamente, o *método* é que pode proporcionar uma interpretação *causal* ou *explicativa*. Daí, uma ciência com rigor conceitual pode lidar com os valores que permeiam a sociedade, a cultura (FREUND, 2003, p. 42-47)<sup>10</sup> – por isso a centralidade da noção de tipo ideal.

Essa preocupação metodológica própria ao neokantismo, que erigia o modo de se conhecer algo à condição de possibilidade da teoria, foi sedutora para Kelsen, que, em carta escrita para Julius Moór, afirma que seu contato com o neokantismo começou mediante a obra de Windelband.<sup>11</sup> Contudo, é preciso não se deixar seduzir por uma confissão biográfica tão forte. A despeito da declaração de Kelsen, quando se examina sua

<sup>10</sup> A noção mais difundida do conceito de ciência de Weber é aquele que consta no “Wissenschaft als Beruf”: a ciência põe “a nossa disposição certo número de conhecimentos que nos permitem dominar tecnicamente a vida por meio da previsão”, também propicia “métodos de pensamento, isto é, os instrumentos de uma disciplina”; soma-se a isso “uma terceira vantagem: a ciência contribui para a clareza”. Cf Weber (1983, p. 45).

<sup>11</sup> “Carta de Hans Kelsen a Julius Moór” (KELSEN, 1987a). De se notar, que, efetivamente, Kelsen se utiliza de obras de Windelband no primeiro capítulo dos Problemas fundamentais. Cf. Kelsen, (1997a, p. 42.).

obra, vê-se que Georg Simmel se apresenta como o integrante da Escola de Baden, que deixa em Kelsen uma impressão mais profunda: é dele a principal influência que Kelsen sofreu na conformação de seu conceito de *Sollen*, dever-ser. Como percebeu Mario Losano, o *Sollen*, tanto em Simmel quanto em Kelsen, é uma categoria formal pura, que pode receber qualquer conteúdo precisamente pelo fato de estar separada de todo conteúdo. É sintomático notar que, quando tentou defini-lo, Simmel não o conseguiu, ao argumento de que o *Sollen* não se deixaria decompor logicamente (LOSANO, 1992, p. 94-95).

Logo nos *Problemas Fundamentais*, em 1911, Kelsen já se mostrara adepto da noção simmeliana de dever-ser: “Tal como o ser, o dever-ser é uma ‘categoria originária’, e assim como é impossível descrever que coisa é o ser, ou que coisa é o pensamento, assim é impossível dar uma definição do dever-ser” (KELSEN, 1997a, p. 46). Assim, tem-se, entre ser e dever-ser, um contraste lógico-formal, “não existindo nenhuma via que leve de um ao outro: os dois mundos ficam separados, um de frente ao outro, por um abismo insuperável” (KELSEN, 1997a, p. 46). E é dessa forma, como se vê, que reaparece a guilhotina de Hume.

Mas a influência do neokantismo de Baden em Kelsen parece parar por aí, uma vez que ela pode ser quase que resumida à noção de *Sollen* de Simmel. Tal como é normalmente apontado, bem mais decisivo para o conceito de ciência de Kelsen foi o neokantismo de Marburgo:<sup>12</sup> nomeadamente por meio das considerações sobre teoria do conhecimento de seu maior representante, Hermann Cohen, como, aliás, indica o próprio Kelsen em correspondência endereçada a Renato Treves.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Há uma importante exceção: Stanley L. Paulson acredita, em sentido contrário, que o neokantismo que mais influenciou Kelsen foi aquele de Baden, e não o de Marburgo. Afinal, seria graças ao neokantismo de Baden que Kelsen passou a separar de forma rígida fato e valor, ser e dever-ser. Cf. Paulson (1989, p. 22).

<sup>13</sup> Em carta a Renato Treves, Hans Kelsen afirma: “É absolutamente verdadeiro que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito se esteia na filosofia kantiana, ou, mais precisamente, na interpretação coheniana de sua filosofia”. Cf. Kelsen (1987, p. 327). Há interessantíssimo escrito de Ulises Schmill em que se imagina um diálogo entre Kelsen e Cohen em Marburgo. Além do valor teórico, chega a ter significado literário, dada a riqueza do texto. Cf. Schmill (2003, p. 583-608).

### 3 A pureza da ciência: o neokantismo de Marburgo

Em apertada síntese, pode-se afirmar que o neokantismo de Marburgo procurou redefinir o conceito de conhecimento de Kant. Este descrevia o conhecimento como uma síntese entre intelecto e sensibilidade. Para Cohen, a condição de possibilidade do conhecimento se encontra em um princípio, uma origem (*Ursprung*) em sentido lógico-matemático (CARRINO, 1992, p. 170-171). Ao colocar o problema dessa forma, a um só tempo o neokantismo de Marburgo se colocava contra a categoria kantiana da “coisa em si”. Para Cohen e seu discípulo Natorp, “nada é em si, a existência só tem sentido em função de um sujeito cognoscente: o objeto só se objetiva porque algum sujeito o põe como tal” (ADEODATO, 1996, p. 37). Como apontou com exatidão João Maurício Adeodato, a Escola de Marburgo considerava o maior erro de Kant o de ter colocado a intuição sensível como se fosse algo anterior à lógica. Eles buscaram, assim, corrigir tal relação: “a lógica do pensamento pré-existe em todos os sentidos, ela é a própria essência do pensar, e supor qualquer dado anterior ou paralelo é minar sua pureza intrínseca” (ADEODATO, 1996, p. 37).

A busca de Cohen é pela pureza (*Reinheit*). O que pode ser propiciado não por uma lógica do ente, mas por uma lógica da validade (CARRINO, 1992, p. 171). É “a metodologia transcendental da ciência matemática da natureza” que confere a Cohen um modelo de ciência apta a ir à origem (*Ursprung*), à unidade da diferença entre lógica e ciência (CARRINO, 1992, p. 172). É a lógica da validade, pura, matemática, formal, que permite que se descubra o “valor peculiar do pensamento” e, assim, que se descubra o objeto. É de se notar a audácia da construção de Cohen. Sob tais argumentos, o “ser” é subordinado à lógica, tal como a existência o seria a uma ordem ideal de caráter lógico. A metafísica consiste, sem dúvida alguma, na principal atingida com tal movimento. O *ser* não existe enquanto tal; o *ser* é concebido a partir do processo de conhecimento realizado por um sujeito que conhece e, ao fazê-lo, *cria* o próprio objeto. Assim, o “objeto do conhecimento se acha em estreito vínculo com a concepção que o sujeito cognoscente tem da realidade com que se defronta” (ADEODATO, 1996, p. 41). A lógica da consciência pura permite conhecer o objeto porque permite ao sujeito cognoscente

que ele se livre de seus preconceitos ontológicos – ao mesmo tempo em que permite à teoria do conhecimento que se proceda à eliminação de toda metafísica. Eis a condição da pureza.

Ao lado da pureza, Cohen também prestigiava a unidade sistemática metodológica, o que vinha designado a partir do conceito de *Allheit*, totalidade. Um conceito de combate, afirma-se. Por meio dele, Cohen confeccionava uma ética que se colocava em franco contraponto ao conceito de *Gemeinschaft*, comunidade, de Ferdinand Tönnies (CARRINO, 1992, p. 174). Aplicando os pressupostos de sua lógica pura, Cohen se nega a ver qualquer referência naturalizante de conteúdo em seu conceito de totalidade ética: uma comunidade exprime uma relatividade (CARRINO, 1992, p. 174). Cohen observa o direito a partir dos conceitos éticos. Dessa forma, a ética se relaciona com a ciência do direito assim como a lógica está para as ciências da natureza (CARRINO, 1992, p. 177). E é no intuito de garantir a unidade metodológica de suas considerações que Cohen procura justificar uma continuidade sistemática entre o mundo lógico e o mundo da ética (CARRINO, 1992, p. 179). Não é por outro motivo que o direito receberá a atenção de Cohen: ele permite que valores éticos encontrem um fundamento objetivo. Nas palavras de Agostino Carrino:

A ética de Cohen representa uma tentativa tendencialmente forte de destruir metodologicamente a ciência do direito teleologicamente orientada por meio do delineamento de um método jurídico puro, inteiramente livre de qualquer mistura psicologizante ou sociologizante. A separação de princípio entre ser e dever-ser, causalidade natural e normatividade ideal, deveria tornar possível uma consideração puramente normativa do direito, uma consciência científica das normas independentemente do processo compreensivo da realização, aplicação e conexão sistemática efetivas. (CARRINO, 1992, p. 175).

Dessa forma, assim como a lógica era pressuposto das ciências naturais, o que levava a produzir a *consciência pura*, assim também a ética passa a ser o pressuposto da ciência jurídica, pois daria luz à *vontade pura*, que encontraria tradução na ideia de Estado, porquanto este consistiria na “apoteose da unidade da totalidade” (CARRINO, 1992, p.

176-177). E quando o Estado *age*, por meio da legislação, ele desenvolve a sua autoconsciência, e, nesse movimento, a vontade pura da ética se torna *objetiva*.

Cohen desenvolveu tais considerações principalmente a partir de uma obra de 1904, a *Ética da Vontade Pura (Ethik des reinen Willens)*. Vê-se claramente que elas servem ao propósito de Kelsen de erigir uma ciência do direito dotada de pureza e de unidade. Contudo, quando da fundação de seu projeto epistemológico, em 1911, mediante a publicação dos *Problemas Fundamentais*, Kelsen ainda não tinha tomado ciência das teses de Cohen. Mas isso não demorou muito.

Em 1912, os *Problemas Fundamentais* de Kelsen foram alvo de uma resenha de O. Ewald, no prestigioso periódico *Kantstudien*. Ao entender a teoria de Kelsen como uma aplicação do método transcendental kantiano na ciência do direito, Ewald acenou para a profunda semelhança existente entre o conceito de vontade do Estado de Kelsen e a ética de Cohen (TREVES, 1987, p. 321-322). Kelsen reconheceu, a partir de então, que, se a consciência determina o objeto conhecido, então o objeto que é conhecido tem que ser produzido logicamente a partir de uma *origem* (KELSEN, 1997a, p. 30). E após estudar mais profundamente a filosofia kantiana da Escola de Marburgo, que visava a uma maior pureza do método, Kelsen afirmou que pôde perceber as numerosas confusões em que incorriam os juristas que não se afastavam de tendências políticas: ou seja, que não tinham um método apto a propiciar pureza (KELSEN, 1987a, p. 337). Kelsen tomou para si a tarefa de corrigir tais confusões. Para tanto, para se livrar das tendências jusnaturalistas e sociológicas, que tinham em comum a imputação de um *conteúdo* ideológico ao direito, Kelsen confecciona uma teoria que tem como objeto apenas a *forma* do direito.

#### **4 O dever-ser em Kelsen: a forma como critério da normatividade**

Já no prefácio à primeira edição dos *Problemas Fundamentais*, Kelsen afirmou que, para se delimitar um âmbito autônomo à ciência do direito, faz-se necessário efetivar duas distinções. A primeira é aquela entre ser e dever-ser, da qual já se falou. A segunda é a diferença forma/

conteúdo (KELSEN, 1997a, p. 7-10). Kelsen declara que a marca de seu trabalho “consiste no fato de que ele não procura ir além de uma consideração puramente formal das normas jurídicas” (KELSEN, 1997a, p. 11). Uma ciência do direito – caso queira ser ciência – deve se limitar a considerações de cunho formal-normativo. O direito até tem conteúdos, valores enfim; mas uma ciência do direito deve compreendê-los do ponto de vista formal, pois “do conteúdo devem se ocupar as disciplinas histórico-políticas e a sociologia” (KELSEN, 1997a, p. 129). Comparando a ciência do direito com a geometria, Kelsen afirma que ambas devem produzir formas sem conteúdo; portanto, a ciência do direito seria “uma geometria do fenômeno jurídico total” (KELSEN, 1997a, p. 130).

Quando se lembra das considerações de Simmel e de Cohen em relação ao caráter lógico do *Sollen*, vê-se que Kelsen nem precisaria fazer duas distinções, porquanto a formalidade é constitutiva de uma categoria lógica como o *Sollen*, que não possui tradução existencial no tempo ou no espaço (VOEGELIN, 1927, p. 270) – até por ser lógica. O *Sollen*, para o neokantismo, somente pode ser desprovido de qualquer conteúdo. De toda forma, no curso de suas considerações nos *Problemas Fundamentais*, as duas distinções, ser e dever-ser, forma e conteúdo, paradoxalmente não são distintas. Kelsen (ao que parece, inconscientemente, mas isso não importa) já trabalha com uma redução da segunda diferença à primeira. Bem explicado: Kelsen já percebe que o mundo do dever-ser é o mundo da forma e que o mundo do ser é aquele do conteúdo (KELSEN, 1997a, p. 48). A formalização ao extremo do *Sollen* tem influência significativa para que a noção de ciência do direito seja, enfim, definida.

O *Sollen* aparece, no início do projeto teórico de Kelsen, como, sobretudo, uma condição de possibilidade do conhecimento jurídico, em notória aplicação do método transcendental, uma vez que tal conceito exerce a função de garantir a validade da construção de um conhecimento especificamente jurídico. E precisamente por ser uma categoria cognitiva, o dever-ser não pode ser unido a nada que seja real, que habite a ordem do *ser*. Não há síntese alguma entre conceito e realidade, dever-ser e ser (LOSANO, 1992, p. 9).

Mas, como notou Raffaele de Giorgi, a separação entre conceito e realidade tem custos para Kelsen, pois “a separação é também indiferença”

(De GIORGI, 1979, p. 75). Em relação a que Kelsen fica indiferente? Kelsen é indiferente a tudo aquilo que não esteja no terreno sem-tempo da razão, como a política, ou, como diz Kelsen, a *vontade*. A vontade é um fato psíquico, real, ela tem conteúdo valorativo, portanto não pode ser um dever-ser (KELSEN, 1997a, p. 48). A ciência do direito somente pode ser ciência enquanto *conhece*, não enquanto *cria normas*. Assim, como se sabe que a norma é a emanção de um poder soberano, a ciência do direito é “normativa” em sentido fraco, por derivação (KELSEN, 1997a, p. 8). A especificidade “normativa” de tal ciência deriva-se da especificidade de seu objeto; todavia, estudar normas é diferente de produzi-las (TROPER, 1994, p. 46). Movendo-se por meio da proposição jurídica, a ciência do direito só conhece racional e logicamente os conceitos jurídicos. A criação de normas é direito, mas não ciência do direito (KELSEN, 1997a, p. 131). As normas, o direito estatuído, são o *material* a partir do qual a ciência do direito determina seu *objeto*, o direito enquanto conjunto harmônico de proposições lógicas.<sup>14</sup>

Movendo-se na diferença entre a *vontade* e o *conhecer*, Kelsen – especialmente nos *Problemas Fundamentais* – funda um normativismo esteirado inteiramente na *dedução* de normas, mas não na *produção* delas. O cientista do direito *deduz* a norma por meio da proposição jurídica que descreve (conhece) uma prescrição (norma) jurídica (WALTER, 2005, p. 21-24). Ao fazê-lo, a ciência do direito se torna possível, pois o arbítrio, a vontade daquele que conhece parte de um dado positivo, é formal: um juízo de dever-ser a partir do direito posto (CARRINO, 1992, p. 343). Nesse diapasão, a tarefa do cientista é erigir um sistema, um conjunto dotado de completude e coerência lógica<sup>15</sup> e livre, principalmente, de antinomias

---

<sup>14</sup> Isso ainda não fica totalmente claro nos *Problemas Fundamentais*, porém, a diferença material/objeto é condição *sine qua non* para a compreensão da *Teoria Pura do Direito*. Sobre a diferença entre material e objeto para a estruturação da teoria do direito de um autor neokantiano como Lask, confira o excelente livro de Ferraz Júnior (1976, p. 141-150): *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*.

<sup>15</sup> Bem explicado, mais que uma exclusividade das considerações de Kelsen, essa busca pela sistematicidade era um traço muito próprio ao neokantismo. Stammler, por exemplo, tinha também a mesma preocupação com a pureza dos conceitos e com a questão sistemática; contudo, o resultado a que ele chegou (mesmo sendo um neokantiano de

(BOBBIO, 1999, p. 81). Na construção do sistema, é a lógica que fornece auxílio para que as proposições venham à luz, e, assim, o cientista poderia “explicitar ou elucidar termos, os conceitos ou as estruturas do direito, analisando os seus elementos e mostrando como o todo é compreensível como ordenamento coerente das partes” (ROCHA, 1994, p. 2).

O sistema não é produzido, assim, a partir do arbítrio do legislador ou de fatos empíricos, mas do ato de conhecer levado a cabo por um sujeito cognoscente que, por ter um método, consegue fazer ciência, diferenciar-se de seu objeto.<sup>16</sup> Dessa maneira, a ciência do direito é ciência do direito positivo que é produzido *metodologicamente*, pela via lógica da proposição jurídica (CARRINO, 1992, p. 344) que possui, repita-se, um enfoque meramente descritivo, porque se presta exclusivamente a conhecer (TROPER, 1994, p. 41). Ao proceder dessa forma, Kelsen salva a incomunicabilidade entre ser e dever-ser, entre forma e conteúdo, sendo profundamente neokantiano. Por dois motivos. Primeiro porque parte do pressuposto de que “o objeto está determinado pela direção do conhecimento” (LOSANO, 1992, p. 20) até porque a lógica precede a experiência e torna inviável uma “coisa em si”. Segundo, pela tentativa de “elaborar um modelo de ciência jurídica que constitua a si própria e que seja dotada de igual força explicativa e dignidade lógica em relação às ciências naturais, mais especificamente à matemática, ciência formal e paradigma do conhecimento” (CARRINO, 1992, p. 41-42).<sup>17</sup>

---

Marburgo) foi bem diverso do de Kelsen, porquanto Stammler acabou por confeccionar uma doutrina jusnaturalista. Cf. Ferraz Júnior (1976, p. 39-47). Aliás, diga-se de passagem, as próprias considerações de Cohen em *Ethik des reinen Willens* também o levavam a um conceito de direito jusnaturalista. O próprio Kelsen notou que não poderia se apoiar totalmente em Cohen. Cf. Kelsen (1987b, p. 328).

<sup>16</sup> Tem-se, assim, um movimento muito semelhante à construção de uma metalinguagem do real ao estilo de Bertrand Russell, o que fica mais claro quando Kelsen concebe a norma como “esquema de interpretação”, consoante o entendimento de Rocha (1994, p. 69). No mesmo sentido, cf. Warat (1995, p. 50).

<sup>17</sup> Hermann Heller é particularmente ácido acerca de tais pressupostos “lógico-matemáticos” de Kelsen, que acabariam por fundamentar “uma teoria do Estado sem Estado”. Cf. Heller (1987, p. 43-53), principalmente. Heller também é crítico contumaz das implicações que tais pressupostos científicos da teoria pura do direito tinham para o conceito de soberania do jurista de Viena (HELLER, 1987, p. 116-121).



Em nenhum lugar essas premissas serão aplicadas com tanta ênfase quanto o foram na primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, em 1934 (KELSEN, 1996). Na ânsia de radicalizar a *pureza* e a *unidade* de seu projeto científico, a *Teoria Pura* acaba por ser a obra de Kelsen em que ele contrapõe, de forma mais forte, a diferença entre *ciência do direito* e *política do direito*. Mediante uma verdadeira *idée fixe* de conferir cientificidade ao conhecimento voltado ao objeto “direito”, Kelsen leva ao limite a associação entre *forma* e *normatividade*. Nessa senda, uma abordagem será tanto mais científica quanto mais se situar sob tal âmbito, o da “forma”, e não sob aquele do “conteúdo”.

## 5 Validade formal como pertinência sistemática

Kelsen acredita que sua teoria é pura “porque ela procura uma cognição dirigida apenas ao direito, e porque ela procura eliminar de sua cognição tudo que não pertença ao seu objeto de cognição”, que, no caso, é o direito positivo: “a Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo” (KELSEN, 1996, p. 6). Na escolha do objeto, já se tem uma diferença e, portanto, uma exclusão. Se a Teoria Pura do Direito se ocupa somente de direito positivo, regras de outros sistemas normativos, como a moral ou o direito natural, excluem-se de seu horizonte cognitivo (WALTER, 2005, p. 12)<sup>18</sup> A escolha do objeto permite a Kelsen eximir-se de considerações sobre como o direito deveria ser. O direito que ele analisa é aquele que é válido. Daí “a teoria pura do direito é ciência do direito, mas não política do direito” (KELSEN, 1996, p. 6) porque ela “intenta responder a questões tais como ‘o que é o direito’ e ‘como o direito é feito’, mas não a questões como ‘o que o direito deveria ser’ ou ‘como o direito deveria ser feito’” (KELSEN, 1996, p. 6). *Tem-se aqui, nesta última transcrição, uma importante modificação do projeto de Kelsen, quando comparado aos Problemas Fundamentais.*

---

<sup>18</sup> Bem explicado, Kelsen entende que a sociologia do direito e o direito natural se igualam porque ambos querem compreender o conhecimento jurídico como sendo orientado não por enunciados normativos, mas sim enunciados causais oriundos da natureza. Cf. Kelsen (1997b, p. 85).

Com efeito, em 1911, Kelsen não estava interessado em saber como o direito surgia ou como ele se aplicava: somente em como ele poderia ser descrito por meio de proposições lógicas, como conceitos poderiam ser cientificamente formados. A questão da criação da norma é um âmbito em relação ao qual a teoria nada poderia dizer (KELSEN, 1997a, p. 131).<sup>19</sup> Mas não demorou muito para que isso mudasse. Em 1913, Kelsen “afirma que se deve captar juridicamente não só o *Sein*, o ser da norma jurídica, mas também o seu *Werden*, seu vir-a-ser” (LOSANO, 1992, p. 18). É a primeira manifestação de um processo que só iria tomar corpo em 1914, quando Kelsen tece pela primeira vez a diferença entre *aplicação* do direito e *teoria* do direito: é assim que essa nova preocupação, a de *como o direito é feito*, vem à tona (KELSEN, 2006, p. 15-16).

Em tal estudo, Kelsen afirma que “o ato de conhecimento especificamente jurídico pode ser distinto, de modo claro, em dois grupos” (KELSEN, 2006, p. 15). O primeiro modo de conhecimento jurídico é aquele em que “os suportes fáticos do mundo externo (enquanto elementos espirituais, representações na consciência do sujeito cognoscente) se contrapõem às normas jurídicas” (KELSEN, 2006, p. 15); trocando em miúdos, trata-se “da *aplicação do direito*, ou seja, da aplicação de proposições jurídicas a suportes fáticos concretos” (KELSEN, 2006, p. 16). Mas há um segundo caso de ato cognoscitivo jurídico. Nele, não se realiza um cotejamento entre fatos reais e normas jurídicas, pois, nesse segundo caso, somente se cuida de normas de direito. Nas palavras de Kelsen,

[...] *isso ocorre quando se buscam as normas que se referem a um determinado objeto para colocá-lo em um sistema, quando se estabelece, sem levar em conta um suporte fático concreto e seu juízo, que coisa é o direito a partir de uma certa direção, ou seja, quais são as normas válidas; quando, por exemplo, se descreve o sistema do direito privado francês ou o direito administrativo austríaco ou se procura entender quais são os conceitos de base com os quais se pode entender um sistema jurídico particular ou*

---

<sup>19</sup> “O direito é qualquer coisa de diverso da ciência do direito; somente esta última forma os conceitos jurídicos, enquanto o primeiro, o ordenamento jurídico, regula as relações da vida, e nessa atividade (na *criação de normas*) ele é essencialmente diverso da formação dos conceitos sobre a base do ordenamento jurídico”.

os ordenamentos jurídicos em geral. *Aqui não se trata, como no primeiro caso, de práxis jurídica, mas de teoria do direito.* (KELSEN, 2006, p. 16, grifos nossos).

Quando se depara com tais afirmações, emergem dois aspectos intrigantes. Primeiro, como se mencionou, Kelsen, ainda que timidamente, redefine seu conceito de conhecimento jurídico, uma vez que confere o *status* de conhecimento para a atividade de aplicação do direito.<sup>20</sup> Em segundo lugar, vê-se que o contato com o neokantismo de Cohen, iniciado em 1912, já rende os primeiros resultados, especificamente no que toca a esse conceito de ciência de Kelsen, que acabou de ser transcrito. A teoria do direito aborda seu objeto mediante a confecção de um *sistema*. O critério de pertinência a esse sistema é a *validade*, e, assim, o sistema como construto científico é composto de “normas determinadas enquanto proposições jurídicas válidas” (KELSEN, 2006, p. 16)<sup>21</sup> Daí se infere: pertinência sistêmica e validade, em Kelsen, igualam-se. Logo, existência é validade (CELANO, 1999, p. 328-329).<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Esse será um importante passo rumo à adoção da *Stufenbaulehre* de Adolf Julius Merkl – discípulo de Kelsen – que dará azo à criação da famosa pirâmide normativa, que tem como pressuposto a diferença entre criação/aplicação do direito. Uma diferença que, para Kelsen e para Merkl, é apenas de grau (MERKL, 1987a, 1987b).

<sup>21</sup> Estudiosos da teoria de Kelsen gostam de lembrar que esse domínio de validade que aqui se refere seria o “domínio de validade objetivo”, que é trata de normas. Ao lado dele, as normas jurídicas têm um domínio de validade espacial, um temporal e um pessoal. Contudo, para os fins desta pesquisa elas podem ser reduzidas ao domínio de validade objetivo, do qual todas são meras decorrências. Cf., todavia, Eisenmann (2003b, p. 405-412).

<sup>22</sup> De se conceder que Luis Fernando Barzotto, com suporte em Carlos Santiago Nino, encontra quatro sentidos para o conceito de validade em Kelsen: i) validade *qua* existência; ii) validade *qua* pertinência ao ordenamento jurídico; iii) validade *qua* nomogênese conforme ao que é previsto pelo sistema; e iv) validade *qua* obrigatoriedade (BARZOTTO, 2003, p. 37-40). Mesmo sabendo que tal autor não se limita ao mesmo período histórico ao qual esta investigação é dedicada, acredito que, mesmo a partir da primeira edição da Teoria Pura, os três sentidos de validade podem ser reduzidos à pertinência ao sistema do direito, ou seja: validade *qua* existência. O quarto significado, a meu sentir, parece ser uma decorrência da característica central das normas jurídicas em Kelsen: coatividade garantida pelo uso da força física em caso de resistência, ou seja, sanção estatal. Coisa que é exposta de forma mais exaustiva na segunda edição da teoria pura (KELSEN, 2000, p. 37. Sobre a tensa relação entre direito e força física na obra de Kelsen, cf. Motta (2006, p. 29-39).

Afinal, somente um conhecimento jurídico que tenha a *forma* como parâmetro pode servir de guia seguro para uma teoria pura do direito; nunca um *conteúdo*. Referências a partir do conteúdo somente servem para uma apropriação por parte do método sociológico ou de um direito natural. A forma, o direito positivo, é a garantia de que é o direito do Estado que é aplicado, e não os autoritarismos subjetivos oriundos de um direito natural. Para Kelsen, um direito natural, por ter um conteúdo imanente, é sempre autoritário. Já o direito positivo não, pois pode ter qualquer conteúdo: positivismo implica em relativismo (KELSEN, 1946, p. 27-28). Em síntese, o que importa é ter um critério de validade que dote os órgãos do Estado de competência para que possam publicar normas: hierárquica e subsequentemente, a existência da norma depende disso (PAULSON, 2000, p. 125-130).

## **6 Apoteose da unidade: a norma fundamental**

Diante do que foi exposto, percebe-se que a *Teoria Pura* é a construção de um sistema de validade em sentido neokantiano, como os sistemas de Emil Lask, Stammler ou Cohen.<sup>23</sup> *O que vai diferenciá-la das outras construções neokantianas é o modo mediante o qual Kelsen concebe um sistema e seu critério de validade.* Contudo, há algo em comum em relação a Cohen: a condição de um conhecimento que tem por modelo uma lógica matemática é uma “origem”, uma *Ursprung*.

Uma “origem” coloca uma lógica da validade em relação de precedência ao mundo fenomênico, que é concebido a partir do processo de conhecimento: o objeto é criado a partir da direção do conhecimento

---

<sup>23</sup> Para Lask, como aponta de forma ímpar Tercio Sampaio Ferraz Júnior, a ciência do direito apresenta o direito em sua “conexão sistemática”. O que acaba por dar azo a uma diferença muito semelhante àquela efetuada por Kelsen entre norma e proposição normativa. Afinal, para Lask, “a ‘ciência do direito’ ou ‘jurisprudência’ é um ‘conhecer’. Como tal, tem um ‘material’, que deve ser ‘conhecido’ mediatamente, ou seja, por intermédio de uma ‘forma teórica’ ou ‘categoria’. Distinga-se, pois, o ‘material’ do ‘objeto’. O ‘material’ a ser ‘conhecido’ é a ‘realidade jurídica’ tomada não na sua totalidade, mas num dos seus fatores constitutivos. [...] Trata-se, pois, de uma relação entre ‘norma’, enquanto ‘material’, e uma ‘categoria’, denominada por Lask ‘significação jurídica’” (FERRAZ JÚNIOR, 1976, p. 141-142).

(CARRINO, 1992, p. 171-172). Uma “origem” confere pureza, para Cohen, porque livra o sujeito cognoscente de seus preconceitos ontológicos. Assim também é para Kelsen, o qual tem na norma fundamental, *Grundnorm*, a “origem” de seu sistema normativo, que é conceituada como “uma norma válida cuja validade não é derivada de qualquer outra norma válida” (CELANO, 1999, p. 325). Nas palavras de Kelsen:

[...] é necessário sempre partir de uma certa norma pressuposta [haver] como ultimamente válida e suprema. O problema da validade desta última, tida hipoteticamente como pressuposto de todas as normas e de todo conhecimento jurídico, se situa fora de tal conhecimento jurídico. De fato, essa norma pressuposta como última e suprema é, para assim dizer, o ponto de Arquimedes a partir do qual vem colocado em movimento o mundo do conhecimento jurídico. (KELSEN, 2006, p. 17).

Precisamente pelo fato de conceber a norma fundamental como algo que “se situa fora de tal conhecimento jurídico”, teóricos como Alexander Hold-Ferneck gostavam de qualificá-la como sendo uma “inclinação jusnaturalista” por parte de Kelsen (HOLD-FERNECK, 2002, p. 80).<sup>24</sup> No entanto, mostra-se preferível ver a norma fundamental como um artefato utilizado por Kelsen para salvar a “guilhotina de Hume”, a separação entre ser e dever-ser. Com a norma fundamental, o dever-ser, o direito, não precisa ser fundado em uma grandeza da ordem do ser, como a força, a revolução, enfim (BELLINAZZI, 1998).

Do excerto acima transcrito é de se notar, sobremaneira, a similitude do procedimento de Kelsen com o de Cohen na construção por um sistema de conhecimento puro. E também por esse motivo a norma fundamental de Kelsen terá uma função muito semelhante à *Ursprung* de Cohen (BINDREITER, 2001, p. 145-147): conhecimento e validade (CARRINO, 1999, p. 103).<sup>25</sup> O próprio Kelsen fornece a mostra mais

<sup>24</sup> Cf. a resposta de Kelsen em Kelsen (2002).

<sup>25</sup> David Dyzenhaus também identifica essa peculiaridade dúplice da *Grundnorm* que, para ele, informa a um só tempo que uma norma é tanto a fundação quanto o ápice de uma estrutura. Nisso também se pode ver uma espécie de “tensão” entre conhecimento e validade. Cf. Dyzenhaus (1999, p. 103).

eloqüente disso quando afirma, no §26 da *Teoria Pura do Direito* (1934), que sua teoria entende o direito como um sistema. Mas se é um sistema, como é ele possível? Essa é a indagação, profundamente neokantiana, feita por Kelsen no §27. Ele responde: é a norma fundamental que permite ao direito ser entendido *como* sistema de normas jurídicas. Conforme o próprio Kelsen aponta, uma pluralidade de normas não é, ainda, um sistema. “Uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, uma ordem, se a validade das normas pode ser remontada a uma única norma como último fundamento de validade” (KELSEN, 1996, p. 55).

A norma fundamental, assim, constitui “uma unidade na pluralidade de todas as normas”: isso é um sistema (p. 55). Aqui se pode ver que, ao formar um sistema, com unidade, com totalidade sistemática, a norma fundamental *possibilita* um ordenamento jurídico dotado de sentido (CARRINO, 1992, p. 95). A unidade acontece porque a norma fundamental pressuposta como base do ordenamento permite relacionar todas as normas a ela. Existe um *sistema* se existe uma *ordem*, e “para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si” (BOBBIO, 1999, p. 71).

Esse é o papel cognitivo da norma fundamental, que traduz em linguagem totalmente formal e dessubstancializada o fundamento do direito, sua *Ursprung* no sentido de Cohen, porque impede que a natureza, a moral, se ponham como a origem do direito (CARRINO, 1992, p. 95).<sup>26</sup> A *Ursprung* de Kelsen permite que ele possa afirmar de forma decisiva que um “dever-ser somente pode ser derivado de outro dever-ser” (WALTER, 2005, p. 42). E é por isso que a norma fundamental é condição de possibilidade de um conhecimento puro do direito, de uma teoria pura do direito.

<sup>26</sup> De se notar que, inicialmente, Kelsen se utilizava somente do conceito *Grundnorm* para designar a norma fundamental, mas também *Ursprungsnorm*. A propósito, ele se valia dos dois termos indiferentemente, consoante pode ser visto nesta passagem: “O conteúdo genérico da norma originária [*Ursprungsnorm*] que fundamenta o sistema da ordem jurídica é o estabelecimento de uma autoridade, de uma fonte de direito cujas manifestações têm força jurídica de obrigar: ‘comportem-se tal como os ordene a autoridade jurídica – o monarca, a assembleia popular, o parlamento, etc.’. Assim reza a norma fundamental [*Grundnorm*] (simplificando-a em homenagem à clareza)” Cf. Kelsen (1934, p. 128).

## 7 Conclusões

A construção da Teoria Pura do Direito teve como principal norte a questão metodológica. Conquanto essa assertiva se mostre válida para toda a trajetória intelectual de Kelsen, ela o é ainda mais para o “primeiro Kelsen” – aquele que estava a descobrir as possibilidades que uma teoria do conhecimento com premissas neokantianas (de Marburgo) tinha a lhe oferecer. A busca pela unidade, totalidade, coerência e pureza informam um conceito de direito completamente formal, que prescinde de qualquer referência ao conteúdo concreto que um ordenamento jurídico eventualmente assuma.

Tal postura, como visto, apoia-se na estanque separação entre ser e dever-ser. Esse pressuposto permite a Kelsen considerar somente o *dever-ser* – as proposições jurídicas que se extraem do direito positivo do ordenamento jurídico de um Estado – como referente apto a construir um conhecimento dotado com a generalidade e a universalidade que a equiparação da existência normativa à validade formal lhe propicia. Não menos verdade: a separação é também indiferença. E não é por outro motivo que a teoria do direito posterior a Kelsen partirá precisamente do questionamento dessa diferença: problematizando a desconsideração do *ser* (*Sein*).

Isso porque desconsiderar o *ser* leva, paradoxalmente, ao aceite de que qualquer coisa possa *ser* direito (MÜLLER, 2005, p. 155). Um teórico do direito que parte do critério kelseniano de cientificidade fica, por exemplo, impossibilitado de criticar uma ditadura, uma ordem política totalitária. Afinal, se existe um ordenamento jurídico, composto de vários degraus normativos, saber qual é o seu conteúdo é uma pergunta proibida ao cientista (TROPER, 1994, p. 177). O que vale, para Kelsen, é que as normas possam encontrar uma unidade em sua pluralidade: em última análise, por uma validação regressiva à norma fundamental (uma norma que não tem tradução positiva, que é pressuposta). E essa desconsideração do *ser* opôs dificuldades à “pureza da teoria pura”.

Com efeito, independentemente das contribuições individuais dos vários teóricos do direito situados após os giros hermenêutico e

pragmático, foi a própria *história* que colocou em desuso esse imenso esforço de Kelsen no sentido de construir uma teoria pura, formal, aconteudística.

Em 1923, foi possível a Kelsen afirmar que “resulta inadmissível valorar unicamente como ‘direito’ o ordenamento jurídico instaurado por via democrática” (KELSEN, 1989, p. 259). Tal assertiva pode ser compreendida como um mero desdobramento do método formal aplicado ao Estado. Afinal, direito válido é o direito existente, aquele passível de ser reconduzido (*rectius* imputado) ao aparato estatal, independente de como se *qualifique* o Estado (ditadura ou democracia) que põe tal direito: “todo Estado é Estado de Direito” (KELSEN, 1997, p. 262).<sup>27</sup> Entretanto, por mais que tenha sido plausível para Kelsen, no período situado entre 1911-1934, acreditar piamente nas possibilidades do direito positivo, na neutralidade da forma pela forma, os totalitarismos vivenciados pelo século XX – e sofridos pelo próprio Kelsen – atestam o perigo de se qualificar todo Estado como Estado de Direito. O imenso exercício teórico que buscava exorcizar o “conteúdo” e assim garantir a unidade do ordenamento – por meio da equiparação entre pertinência sistemática e validade – esconde mais riscos autoritários do que o contrário, consoante prescreviam as *intenções* de seu autor, Kelsen. Por essas e outras que Shakespeare (2004, p. 133) não perde a atualidade:

Intenções são escravas da memória,  
São fortes, mas têm vida transitória,  
Qual fruto verde que se ostenta, duro,  
E há de cair quando ficar maduro.<sup>28</sup>

*Intenções* à parte, o fato é que não há o Kelsen “cientista do direito” – com escritos rígidos, frios, sem concessões históricas, que cultua a forma – e o Kelsen “político do direito” – aquele dos belos escritos sobre democracia. Só existe um Kelsen, aquele que acredita que o direito

---

<sup>27</sup> De se notar que o trecho aqui transcrito consiste no último parágrafo de tal obra, cujo objetivo era o de nivelar a diferença entre conceito sociológico e conceito jurídico de Estado.

<sup>28</sup> *Hamlet* (Ato III, Cena II, vv. 191-192).



consiste em uma forma disponível, apta a ser preenchida de qualquer maneira: seja à maneira democrática, seja à maneira autoritária. “Aos vencedores, as batatas”: todo Estado é Estado de Direito.

## Referências

- ADEODATO, J. M. *A filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARZOTTO, L. F. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- BELLINAZZI, P. *Novecento Restauratore: filosofia e politica in Kelsen*. Pisa: ETS, 1998.
- BINDREITER, U. U. “Presupposing the Basic Norm”. *Ratio Juris*. vol. 14, n. 2. Oxford: Blackwell, 2001.
- BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 1997.
- BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista, Ariani Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste dos Santos. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.
- CALSAMIGLIA, A. “For Kelsen”. *Ratio Juris*. vol 13, n. 2. Oxford: Blackwell, jun. 2000.
- CARRINO, A. *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- CELANO, B. *La teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*. Bologna: Il Mulino, 1999.
- CHAZAL, J-P. “Philosophie du droit et théorie du droit, ou l’illusion scientifique”. *Archives de Philosophie du droit*. n. 45: L’américanisation du droit. Paris: Dalloz, CNRS, 2001.

- DE GIORGI, R. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell’epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Bari: De Donato, 1979.
- DYZENHAUS, D. *Legality and legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- EISENMANN, C. “Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen”. *Écrits de Théorie du Droit, de Droit Constitutionnel et d’Idées Politiques*. Ed. Charles Leben. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2003a.
- EISENMANN, C. “Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques”. *Écrits de Théorie du Droit, de Droit Constitutionnel et d’Idées Politiques*. Ed. Charles Leben. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2003b.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Ed. USP/Revista dos Tribunais, 1976.
- FREUND, J. *Sociologia de Max Weber*. Trad. Luis Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GROSSI, P. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- HELLER, H. “La crise della dottrina dello Stato” (1926). In: *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*. Ed. Pasquale Pasquino. Milão: Giuffrè, 1987a.
- HELLER, H. “La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale” (1927). In: *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*. Ed. Pasquale Pasquino. Milão: Giuffrè, 1987b.
- HÖFFE, O. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HOLD-FERNECK, A. “Lo Stato come superuomo con una discussione delle dottrine del diritto di Kelsen” (1926). In: KELSEN, H.; HOLD-FERNECK, A. *Lo Stato come Superuomo: un dibattito a Vienna*. Ed. Antonino Scalone. Turim: Giappichelli, 2002.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785). Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1995.

KELSEN, H. “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico” [Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode”, 1911]. In: CORREAS, O. (Org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989a.

KELSEN, H. “Carta de Hans Kelsen a Julius Moór (Viena, 20.2.1927)”. Trad. Michel Troper. *Droit & Societé*. n. 7. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

KELSEN, H. “Carta de Hans Kelsen a Renato Treves (Colônia, 3.8.1933)”. Trad. Giorgio Bomio. *Droit & Societé*. n. 7. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

KELSEN, H. “Dios y Estado” [“Gott und Staat”, 1923]. In: CORREAS, O. (Org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989b.

KELSEN, H. “El concepto de Estado de la sociologia comprensiva” [“Der Staatsbegriff der ‘verstehenden Soziologie’”, 1922]. In: CORREAS, O. (Org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989c.

KELSEN, H. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato: studio critico sul rapporto tra Stato e diritto* [“Der soziologische und juristische Staatsbegriff”, 1922]. Ed. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

KELSEN, H. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* [“Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik”, 1934]. Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1996.

KELSEN, H. “La idea del derecho natural” [“Die Idee des Naturrechts”, 1927]. In: KELSEN, H. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946, p. 13-52.

KELSEN, H. *Legge del Reich e legge del Land nella costituzione austriaca* [“Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung”, 1914]. Ed. Nicoletta Bersier Ladavac. Turim: Giappichelli Editore, 2006.

KELSEN, H. “Lo Stato come superuomo. Una risposta”. [“Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung”, 1926]. In: KELSEN, H. HOLD-FERNECK, A. *Lo Stato come Superuomo: un dibattito a Vienna*. Ed. Antonino Scalone. Turim: Giappichelli, 2002.

KELSEN, H. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* [“Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze”, 1911]. Ed. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

KELSEN, H. *Teoría General del Estado* [“Allgemeine Staatslehre”, 1925]. Trad. Luis Legaz y Lacambra. Madri: Editorial Labor, 1934.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito* [Reine Rechtslehre, 1960]. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, M. M. B. “Justiça Constitucional e democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário”. *Revista da Procuradoria-Geral da República*. n. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun. 1996.

LOSANO, M. G. *Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1992.

LUHMANN, N. *Struttura della società e semantica*. Trad. Maria Sinatra. Bari: Laterza, 1983.

MERKL, A. J. “Il duplice volto del diritto (1918)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987.

MERKL, A. J. “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931)”. In: *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Ed. Carmelo Geraci. Milão: Giuffrè, 1987.

- MOTTA, M. *Kelsen e il Leviatano*. Palermo: Sellerio Editore, 2006.
- MÜLLER, F. “Positivismo (apêndice)”. In: *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PAULSON, S. L. “Arriving at a defensible periodization of Hans Kelsen’s legal theory”. *Oxford Journal of Legal Studies*. vol. 19, Issue 2. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 351-364.
- PAULSON, S. L. “Hans Kelsen’s doctrine of imputation”. *Ratio Juris*. vol. 14, n. 1. Oxford: Blackwell, p. 47-63, mar. 2001.
- PAULSON, S. L. “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano”. In: *Doxa*. Alicante: Departamento de Filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, 1989.
- PAULSON, S. L. VAN ROERMUND, B. “Kelsen, Authority and Competence: an introduction”. *Law and Philosophy*. vol. 19, n. 2. Amsterdã: Springer Netherlands, março de 2000, p. 125-130.
- ROCHA, L. S. “Da teoria do direito à teoria da sociedade”. In: ROCHA, L. S. (Org.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994a.
- ROCHA, L. S. “Direito, complexidade e risco”. *Revista Seqüência*. Ano 15, N.º 28. Florianópolis: CGPD-UFSC, 1994b.
- SHAKESPEARE, W. *Hamlet*. Trad. Anna Amélia Carneiro de Mendonça. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 2004.
- SCHMILL, U. “Diálogo en Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen”. *Doxa*. Alicante: Departamento de Filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, n. 26. p. 583-608, 2003.
- SIMON, H. S. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Belo Horizonte: Argumentum, 2006.
- TREVES, R. “Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennees”. *Droit & Societé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 7, 1987.

TREVES, R. “Kelsen y la sociologia”. In: CORREAS, O. (Org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

TROPER, M. “Contribution à une critique de la conception kelsenienne de la science du droit”. In: TROPER, M. *Pour une théorie juridique de l’État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

TROPER, M. “Le positivisme juridique”. In: TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l’État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994a.

TROPER, M. “Y a-t-il un État nazi?”. In: TROPER, M. *Pour une Théorie juridique de l’État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994b.

VOEGELIN, E. “Kelsen’s Pure Theory of Law”. *Political Science Quaterly*. v. XLII, n. 2. Nova York: Academy of Political Science/ Columbia University, jun.1927.

VON WRIGHT, G. H. “Ser e Deber-ser”. In: AARNIO, A. et al. (Org.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

WALTER, R. “La dottrina del diritto di Hans Kelsen”. In: WALTER, R. *La teoria di Kelsen: contributi alla dottrina pura del diritto*. Ed. Antonino Scalone. Turim: Giappichelli, 2005a.

WALTER, R. “Origine e sviluppo dell’idea di norma fondamentale”. In: WALTER, R. *La teoria di Kelsen: contributi alla dottrina pura del diritto*. Ed. Antonino Scalone. Turim: Giappichelli, 2005b.

WARAT, L. A. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WEBER, M. “A ciência como vocação”. In: WEBER, M. *Ciência e política: duas vocações*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octany da Mota. Brasília; São Paulo: Universidade de Brasília/Cultrix, 1983.

*Recebido em: 13/02/2010*

*Revisado em: 29/04/2010*

*Aprovado em: 07/05/2010*