ADYR GARCIA FERREIRA NETTO

POSITIVISMO ENTRE KANT E KELSEN:

PARADIGMAS FILOSÓFICO, EPISTEMOLÓGICO E LINGUÍSTICO DO DIREITO POSITIVO E A FUNÇÃO CRIADORA DE DIREITOS DA NORMA NEGOCIAL

Londrina
2025

ADYR GARCIA FERREIRA NETTO

POSITIVISMO ENTRE KANT E KELSEN:

PARADIGMAS FILOSÓFICO, EPISTEMOLÓGICO E LINGUÍSTICO DO DIREITO POSITIVO E A FUNÇÃO CRIADORA DE DIREITOS DA NORMA NEGOCIAL

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Doutorado em Direito. Orientador: Prof. Dr. *Clodomiro José Bannwart Júnior.* Área de Concentração: Direito Negocial. Linha de Pesquisa: Relações negociais no direito público.

Londrina
2025

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

F383p FERREIRA NETTO, ADYR GARCIA .
POSITIVISMO ENTRE KANT E KELSEN : PARADIGMAS FILOSÓFICO, EPISTEMOLÓGICO E LINGUÍSTICO DO DIREITO POSITIVO E A FUNÇÃO CRIADORA DE DIREITOS DA NORMA NEGOCIAL / ADYR GARCIA FERREIRA NETTO. - Londrina, 2025.
534 f.

Orientador: Clodomiro José Bannwart Júnior.
Tese (Doutorado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2025.
Inclui bibliografia.

1. Filosofia kantiana - Tese. 2. Positivismo jurídico kelseniano - Tese. I. José Bannwart Júnior, Clodomiro . II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

ADYR GARCIA FERREIRA NETTO

POSITIVISMO ENTRE KANT E KELSEN: PARADIGMAS FILOSÓFICO, EPISTEMOLÓGICO E LINGUÍSTICO DO DIREITO POSITIVO E A FUNÇÃO CRIADORA DE DIREITOS DA NORMA NEGOCIAL

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Doutorado em Direito. Orientador: Prof. Dr. *Clodomiro José Bannwart Júnior.* Área de Concentração: Direito Negocial. Linha de Pesquisa: Relações negociais no direito público.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen
Universidade Federal Fluminense - UFF

Prof. Dr. Ánton Lois Fernandez Alvarez
Universidad de Vigo - UVIGO

Prof. Dr. Guillermo Suárez Blázquez
Universidad de Vigo - UVIGO

Londrina, 10 de março de 2025

À minha irmã, Thelma Eliza Garcia Ferreira, que dedicou a vida para salvar vidas humanas e não humanas.

AGRADECIMENTOS

Ao prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior (UEL), Coordenador em exercício do Programa de Doutorado em Direito Negocial, agradeço a orientação e o incentivo. A elegância de seu pensamento é envolvente, em toda conversa um aprendizado, um convite à reflexão filosófica e um renovar do espírito. Cada linha deste trabalho foi escrita com o sentimento de gratidão ao prof. Clodomiro, meu maior compromisso nesta jornada foi honrar sua confiança. Meu mestre, na academia e na vida.

Ao prof. Dr. Elve Miguel Cenci (UEL), primeiro Coordenador do Programa de Doutorado em Direito Negocial, que tem sido presença fundamental em minha trajetória acadêmica desde a graduação em Filosofia, agradeço as contribuições na Banca de Qualificação e a disposição de viajar até à Espanha para participar como membro da Banca de Defesa.

Ao prof. Dr. Ricardo Vélez Rodríguez (UGF), pelas contribuições na Banca de Qualificação e pelas enriquecedoras tertúlias históricas e filosóficas.

Ao prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen (UFF), que também acompanha minha trajetória acadêmica desde a graduação. Em 2002, integrou minha banca de Especialização em Filosofia Política e Jurídica, em 2025 será um dos membros da minha Banca de Doutorado em Direito. Sou grato pelas palavras de incentivo durante tantos anos, também agradeço por colaborar na viabilização desta defesa na Universidade de Vigo.

Ao prof. Dr. Ánton Lois Fernandez Alvarez (UVIGO), pela disposição em participar como membro da Banca de Defesa. Fui seu aluno nas aulas síncronas de doutorado, conhecê-lo pessoalmente foi um momento especial, espero reencontrá-lo para novas tertúlias históricas, filosóficas e jurídicas.

Ao prof. Dr. Guillermo Suárez Blázquez (UVIGO) pela disposição em participar como membro da Banca de Defesa. Também sou grato pelo esforço conjunto com o prof. Ánton e outros acadêmicos, para viabilizar o convênio institucional entre a UEL e a UVIGO.

A prof.ª Drª. Marlene Kempfer (UEL), pelos anos de parceria de trabalho em tantos eventos acadêmicos, exemplo raro de compromisso e dedicação ao magistério. Muitos livros citados neste trabalho foram indicados pela prof.ª Marlene durante o curso de Mestrado, quando fui seu aluno no ano de 2005. Há 20 anos compartilhamos a mesma reverência pelo positivismo jurídico kelseniano, a genuína paixão pelos estudos e pela vida acadêmica.

Aos demais professores, servidores da UEL e todos que estiveram comigo nesta jornada.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina e a Universidade de Vigo, Campus Ourense, Espanha.

Esta tese foi escrita no Café da Livraria (Boulevard) e no Chocolate Lugano (Aurora), agradeço o acolhimento, o carinho e a parceria de tantos anos.

NOTA DE ADVERTÊNCIA

A filosofia de Immanuel Kant e a teoria do direito de Hans Kelsen envolvem reflexões complexas, herméticas e inacessíveis ao espírito despreparado para as lutas do pensamento.

Poucas teorias foram tão minunciosamente exploradas e discutidas na história da filosofia e do direito como o criticismo kantiano e o positivismo jurídico kelseniano, muitos acadêmicos dedicaram a vida para estudar suas obras e fizeram da pesquisa a profissão. Para cada reflexão proposta há uma infinidade de interpretações que, em momentos, se coincidem, em outros se friccionam ou se contradizem, não há um único caminho pacífico, qualquer direção escolhida requer preparação para intensos enfrentamentos teóricos. As obras de Kant e Kelsen guardam riquezas inesgotáveis que continuarão sendo exploradas pelos estudiosos em diversas áreas do conhecimento.

Quando as doutrinas se entrelaçam, dois paradigmas de compreensão de mundo historicamente anacrônicos se sobrepõem criando um universo sem fronteiras ainda mais vasto e desafiador. Acrescentam-se às dificuldades, identificar as ideias que se convergem e se divergem, habituar-se com uma nova terminologia jusfilosófica impenetrável pela linguagem de uso público comum, razões pelas quais, a estilística utilizada para explorar os intrincados meandros do positivismo jurídico e suas heranças neokantianas, pode causar desconforto se julgado pelo espírito que se apegou a um pragmatismo imediatista e resistente ao pensamento filosófico.

Estudar Kant e Kelsen não é uma tarefa para apressados, para quem se arroga saber, para quem se satisfaz plenamente com as trivialidades fugazes do cotidiano, para quem nunca flertou e sentiu atraído pela inquietude filosófica da solidão, a vida intelectual é solitária. Pode ser uma ocupação incompreensível e sem sentido para quem pergunta para que serve estudar história, lógica, matemática ou filosofia, para quem não se maravilha com Dante, Camões, Bach ou Newton, para quem não tem a sensação inexplicável da alegria causada por um simples instante de aprendizado. Para estudar as obras de Kant e Kelsen é preciso a abnegação hierática que se tributa aos livros sagrados, suas ideias transcendem o tempo e dignificam a humanidade.

Se estudar e aprender Kant e Kelsen é difícil, escrever uma tese é ainda mais. Assim como Nietzsche descreve as sutilezas de seu ofício em Aurora[1], escrever uma tese é uma arte

[1] Paráfrase de Nietzsche ao descrever a filologia, a arte de estudar textos antigos. in.: NIETZSCHE, Friedrich. Aurora. Tradução de Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2007, p. 20-21.

de ourivesaria, “[...] é preciso manter-se afastado, tomar tempo, tornar-se silencioso, tornar-se lento, um domínio de ourives aplicado à palavra, uma arte que requer um trabalho sutil e delicado e que nada realiza se não for aplicado com lentidão”.

Não é possível caminhar nesta longa jornada entre Kant e Kelsen sem tropeços, sem acreditar que acertou, mas errou, sem ir, arrepender e voltar, recomeçar e escolher outro caminho, sem ter a sensação de que o novo caminho continuará sempre atormentado pelas eternas dúvidas de quem genuinamente busca o conhecimento.

Mas ao estudioso que se dedica a esta empreitada, mesmo sem grandes contribuições a oferecer, restará o consolo de que em todo instante será recompensado com a sublime experiência intelectual de fruir as mais elevadas e sofisticadas reflexões sobre a filosofia, a ciência e o direito, sensações reservadas somente àqueles que ousaram a iniciar e persistir nesta épica jornada pelo pensamento.

Grande é a responsabilidade de quem escreve. Agitar ideias é mais grave do que mobilizar exércitos. O soldado poderá semear os horrores da força bruta desencadeada e infrene; mas, enfim, o braço cansa e a espada torna à cinta ou a enferruja e consome o tempo. A ideia, uma vez desembainhada, é arma sempre ativa, que já não volta ao estojo nem se embota com os anos. A lâmina do guerreiro só alcança os corpos, pode mutilá-los, pode trucidá-los, mas não há poder de braço humano que dobre as almas. Pela matéria não se vence o espírito. A ideia do escritor é mais penetrante, mais poderosa, mais eficazmente conquistadora. Vai direto à cidadela da inteligência. Se a encontra desapercebida (e quantas inteligências desaparelhadas para lutas do pensamento!) toma-a de assalto, instala-se no seu trono e daí dirige e governa, a seu arbítrio, toda a atividade humana. Pelo espírito subjuga-se a matéria. Quantos crimes que se atribuem à força e são filhos da ideia! Se fora perfeita a justiça humana, muita vez, não sobre o braço que vibrou o punhal assassino, mas sobre a pena que semeou a ideia homicida, é que deveriam pesar os rigores da sua severidade. Grande sempre é a responsabilidade de quem escreve!

Leonel Franca[2]

Parece, portanto, que uma teoria pura do Direito, hoje, é extemporânea, quando, em grandes e importantes países, sob o domínio da ditadura de partido, alguns dos mais proeminentes representantes da jurisprudência não conhecem nenhuma tarefa mais elevada que a de servir - com a sua "ciência" - o poder ideológico do momento. Se o autor, porém, aventurou-se a publicar esta teoria geral do Direito e do Estado, foi com a crença de que, no mundo anglo-americano, onde a liberdade da ciência continua a ser respeitada e onde o poder político se encontra mais estabilizado que alhures, as ideias têm mais apreço que o poder; e também com a esperança de que, mesmo no continente europeu, após a sua libertação da tirania política, a geração mais jovem será conquistada pelo ideal de uma ciência do Direito independente; porque o fruto de uma tal ciência nunca pode ser perdido.

Hans Kelsen[3]

[2] FRANCA, Leonel. A igreja, a Reforma e a Civilização. 5. ed., Rio de Janeiro: Agir, 1948, p. 07.
[3] KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XXX.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia. POSITIVISMO ENTRE KANT E KELSEN: Paradigmas filosófico, epistemológico e linguístico do direito positivo e a função criadora de direitos da norma negocial. 2025. 534 f. Tese de doutorado (Doutorado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2025.

RESUMO

Percorrendo o fio metodológico que conduz a origem epistêmica da experiência jurídica à produção do direito no âmbito das relações negociais, a presente tese oferece um estudo sobre a fundamentação do positivismo jurídico kelseniano a partir da herança epistemológica kantiana e do paradigma linguístico da filosofia analítica, para responder: *Como é possível a função criadora de direitos da norma negocial, sem recorrer à ontologia linguística e às instâncias metajurídicas como a psicologia e a metafísica?* Para tanto, após apresentar um roteiro histórico das principais reflexões filosóficas sobre as teorias do conhecimento até o contexto da teoria pura do direito, o trabalho será dividido em três partes: Parte I: Paradigmas do positivismo; Parte II: O sistema positivo e, Parte III: O direito negocial. A Parte I, com objetivo de delinear os paradigmas filosófico, epistemológico e linguístico do direito positivo, diferencia a metodologia aplicada ao estudo descritivo do *ser* (*Sein*) e prescritivo do *dever-ser* (*Sollen*); analisa a objetividade das ciências sociais; explica a reação neokantiana contra o psicologismo do idealismo alemão; examina a *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) coheniana aplicada à teoria pura do direito; contrapõe a *Reinheit der Rechtswissenchaft* (pureza da ciência do direito) do positivismo jurídico com as teses jusnaturalistas, sociologistas e psicologistas; associa o discurso antimetafísico do positivismo jurídico com a filosofia analítica da linguagem; considera as estruturas formais do direito positivo como condições *a priori* da realidade jurídica; rompe o elo epistemológico entre razão teórica e prática; justifica a substituição da liberdade (lei apodítica da razão prática) pela norma jurídica como objeto do direito; distingue as *deskriptiven Rechtssätzen* (proposições normativas) das *präskriptiven Rechtsnormen* (proposições prescritivas) e, identifica as prerrogativas da ciência e da política jurídica. A Parte II, com objetivo de apresentar os fundamentos de validade da ordem jurídica positiva; posiciona a *Grundnorm* (regra base) como postulado lógico-transcendental do sistema jurídico positivo; apresenta os elementos lógicos/formais da *Stufenbau der Rechtsordnung*, a teoria da estrutura escalonada das normas do ordenamento positivo. A Parte III, com objetivo de enquadrar o direito negocial, os *Willensaktes* (atos de vontade) e a autonomia da vontade na teoria pura do direito, apresenta objeções à metafísica e ao psicologismo na fundamentação dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos - efeitos jurídicos) e, responde como é possível a função criadora de direitos da norma negocial - considerando o *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (O negócio jurídico como fato gerador de direito) - a partir dos pressupostos teóricos do positivismo jurídico de Hans Kelsen.

PALAVRAS - CHAVE: Filosofia kantiana, neokantismo e positivismo jurídico kelseniano; Epistemologia jurídica; Teoria pura do direito; Ciência normativa; Direito negocial.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia. POSITIVISMO ENTRE KANT E KELSEN: Paradigmas filosófico, epistemolóxico e lingüístico do dereito positivo e a función creadora de dereitos da norma negocial. 2025. 534 f. Tese de doutoramento (Doutoramento en Dereito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2025.

RESUMO

Percorrendo o fío metodolóxico que conduce á orixe epistémica da experiencia xurídica á produción do dereito no ámbito das relacións negociais, a presente tese ofrece un estudo sobre a fundamentación do positivismo xurídico kelseniano a partir da herdanza epistemolóxica kantiana e do paradigma lingüístico da filosofía analítica, para responder: *Como é posible a función creadora de dereitos da norma negocial, sen recorrer á ontoloxía lingüística e ás instancias metaxurídicas como a psicoloxía e a metafísica?* Para iso, tras presentar un itinerario histórico das principais reflexións filosóficas sobre as teorías do coñecemento até o contexto da teoría pura do dereito, o traballo dividirase en tres partes: Parte I: Paradigmas do positivismo; Parte II: O sistema positivo e, Parte III: O dereito negocial. A Parte I, co obxectivo de delinear os paradigmas filosófico, epistemolóxico e lingüístico do dereito positivo, diferencia a metodoloxía aplicada ao estudo descritivo do ser (*Sein*) e prescritivo do deber-ser (*Sollen*); analiza a obxectividade das ciencias sociais; explica a reacción neokantiana contra o psicoloxismo do idealismo alemán; examina a *Transzendentalen Methodologie* (Metodoloxía transcendental) coheniana aplicada á teoría pura do dereito; contrapón a *Reinheit der Rechtswissenchaft* (pureza da ciencia do dereito) do positivismo xurídico coas teses xusnaturalistas, sociologistas e psicologistas; asocia o discurso antimetafísico do positivismo xurídico coa filosofía analítica da linguaxe; considera as estruturas formais do dereito positivo como condicións *a priori* da realidade xurídica; rompe o elo epistemolóxico entre razón teórica e práctica; xustifica a substitución da liberdade (lei apodítica da razón práctica) pola norma xurídica como obxecto do dereito; distingue as *deskriptiven Rechtssätzen* (proposicións normativas) das *präskriptiven Rechtsnormen* (proposicións prescritivas) e, identifica as prerrogativas da ciencia e da política xurídica. A Parte II, co obxectivo de presentar os fundamentos de validez da orde xurídica positiva; posiciona a Grundnorm (regra base) como postulado lóxico-transcendental do sistema xurídico positivo; presenta os elementos lógicos/formais da *Stufenbau der Rechtsordnung*, a teoría da estrutura graduada das normas do ordenamento positivo. A Parte III, co obxectivo de enmarcar o dereito negocial, os *Willensaktes* (actos de vontade) e a autonomía da vontade na teoría pura do dereito, presenta obxeccións á metafísica e ao psicologismo na fundamentación dos *subjektiven Rechte* (dereitos subxectivos - efectos xurídicos) e, responde como é posible a función creadora de dereitos da norma negocial - considerando o *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (O negocio xurídico como feito xerador de dereito) - a partir dos presupostos teóricos do positivismo xurídico de Hans Kelsen.

PALABRAS - CLAVE: Filosofía kantiana, neokantismo e positivismo xurídico kelseniano; Epistemoloxía xurídica; Teoría pura do dereito; Ciencia normativa; Dereito negocial.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia. POSITIVISMO ENTRE KANT Y KELSEN: Paradigmas filosóficos, epistemológicos y lingüísticos del derecho positivo y la función creadora de derechos de la norma de negocial. 2025. 534 f. Tesis de Doctorado (Doctorado en Derecho Negocial) - Universidad Estatal de Londrina, Londrina, 2025.

RESUMEN

Siguiendo el hilo metodológico que lleva desde el origen epistémico de la experiencia jurídica hasta la producción de derecho en el ámbito de las relaciones comerciales, esta tesis ofrece un estudio sobre la fundamentación del positivismo jurídico kelseniano a partir de la herencia epistemológica kantiana y del paradigma lingüístico de la filosofía analítica, para responder: *¿Cómo es posible la función creadora de derechos de la norma de negocial sin recurrir a la ontología lingüística y a instancias metajurídicas como la psicología y la metafísica?* Para ello, tras presentar un recorrido histórico de las principales reflexiones filosóficas sobre las teorías del conocimiento hasta el contexto de la teoría pura del derecho, el trabajo se dividirá en tres partes: Parte I: Paradigmas del positivismo; Parte II: El sistema positivo y, Parte III: El derecho de la negocial. La Parte I, destinada a esbozar los paradigmas filosóficos, epistemológicos y lingüísticos del derecho positivo, diferencia la metodología aplicada al estudio descriptivo del ser (*Sein*) y el estudio prescriptivo del deber ser (*Sollen*); analiza la objetividad de las ciencias sociales; explica la reacción neokantiana contra el psicologismo del idealismo alemán; examina la *Transzendentalen Methodologie* (Metodología Trascendental) de Cohen aplicada a la teoría pura del derecho; contrasta la *Reinheit der Rechtswissenchaft* (pureza de la ciencia del derecho) del positivismo jurídico con las tesis del derecho natural, la sociología y la psicología; asocia el discurso antimetafísico del positivismo jurídico con la filosofía analítica del lenguaje; considera las estructuras formales del derecho positivo como condiciones a priori de la realidad jurídica; rompe el vínculo epistemológico entre la razón teórica y la práctica; justifica la sustitución de la libertad (ley apodíctica de la razón práctica) por la norma jurídica como objeto del derecho; distingue las *descriptiven Rechtssätzen* (proposiciones normativas) de las *präskriptiven Rechtsnormen* (proposiciones prescriptivas) e identifica las prerrogativas de la ciencia y la política jurídicas. Parte II, con el objetivo de presentar los fundamentos de validez del orden jurídico positivo; posiciona la Grundnorm (regla básica) como un postulado lógico-trascendental del sistema jurídico positivo; presenta los elementos lógicos/formales del *Stufenbau der Rechtsordnung,* la teoría de la estructura escalonada de las normas de ordenamiento positivo. La Parte III, con el objetivo de enmarcar el derecho mercantil, los actos de voluntad y la autonomía de la voluntad en la teoría pura del derecho, presenta objeciones a la metafísica y al psicologismo en la fundación de los derechos subjetivos y, responde cómo es posible la función creadora de derechos de la norma empresarial - considerando el *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (el negocio jurídico como hecho generador de derecho) - a partir de los presupuestos teóricos del positivismo jurídico de Hans Kelsen.

PALABRAS CLAVE: Filosofía kantiana, neokantianismo y positivismo jurídico kelseniano; Epistemología jurídica; Teoría pura del derecho; Ciencia normativa; Derecho negocial.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia. POSITIVISM BETWEEN KANT AND KELSEN: Philosophical, epistemological and linguistic paradigms of positive law and the rights-creating function of the negotiating norm. 2025. 534 f. Doctoral thesis (Doctorate in Negocial Law) - State University of Londrina, Londrina, 2025.

ABSTRACT

Following the methodological thread that leads from the epistemic origin of legal experience to the production of law within the scope of business relations, this thesis offers a study on the foundation of Kelsenian legal positivism based on Kantian epistemological heritage and the linguistic paradigm of analytical philosophy, in order to answer: *How is the rights-creating function of the negotiation norm possible, without resorting to linguistic ontology and metalegal instances such as psychology and metaphysics*? To this end, after presenting a historical outline of the main philosophical reflections on theories of knowledge up to the context of the pure theory of law, the work will be divided into three parts: Part I: Paradigms of positivism; Part II: The positive system and, Part III: Negotiation law. Part I, which aims to outline the philosophical, epistemological and linguistic paradigms of positive law, differentiates the methodology applied to the descriptive study of *being* (*Sein*) and the prescriptive study of what *should be* (*Sollen*); analyzes the objectivity of social sciences; explains the neo-Kantian reaction against psychologism of German idealism; examines Cohen's *Transzendentalen Methodologie* (transcendental methodology) applied to the pure theory of law; contrasts the *Reinheit der Rechtswissenchaft* (purity of the science of law) of legal positivism with the theses of natural law, sociology and psychology; associates the anti-metaphysical discourse of legal positivism with the analytical philosophy of language; considers the formal structures of positive law as *a priori* conditions of legal reality; breaks the epistemological link between theoretical and practical reason; justifies the replacement of freedom (apodictic law of practical reason) by legal norms as the object of law; distinguishes the *deskriptiven Rechtssätzen* (normative propositions) from the *präskriptiven Rechtsnormen* (prescriptive propositions) and identifies the prerogatives of legal science and policy. Part II, which aims to present the foundations of validity of the positive legal order; positions the *Grundnorm* (basic rule) as a logical-transcendental postulate of the positive legal system; and analyzes the logical/formal elements of *Stufenbau der Rechtsordnung*, the theory of the staggered structure of the norms of the positive legal system. Part III, with the aim of framing business law, *Willensaktes* (acts of will) and the autonomy of the will in the pure theory of law, presents objections to metaphysics and psychologism in the foundation of *subjektiven Rechte* (subjective rights - legal effects) and answers how the rights-creating function of the business norm is possible - considering the *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (The legal transaction as a law-generating fact) - based on the theoretical assumptions of Hans Kelsen's legal positivism.

KEYWORDS: Kantian philosophy, neo-Kantianism and Kelsenian legal positivism; Legal epistemology; Pure theory of law; Normative science; Negocial law.

LISTA DE ABREVIATURAS[4]

OBRAS DE IMMANUEL KANT

FM: *Welches sind die wirklichen Fortschritte, die die Metaphysik seit Leibnitzens und Wolf 's Zeiten in Deutschland gemacht hat?* - Progressos da metafísica - acerca da pergunta da Academia Real de Ciências de Berlim: Quais são os verdadeiros progressos que a metafísica realizou na Alemanha, desde os tempos de Leibniz e de Wolff?
GMS: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* - Fundamentação da metafísica dos costumes
KPV: *Kritik der Praktischen Vernunft* - Crítica da razão prática
KRV: *Kritik der Reinen Vernunft* - Crítica da razão pura*
MDS: *Die Metaphysik der Sitten* - A metafísica dos costumes
PROL: *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können* - Prolegômenos a toda metafísica futura que queira apresentar-se como ciência

OBRAS DE HANS KELSEN

ASL: *Allgemeine Staatlehre* - Teoria Geral do Estado
ATN: *Allgemeine Theorie der Normen* - Teoria Geral das Normas
GTLS: *General Theory of Law and State* - Teoria Geral do Direito e do Estado
HP: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehere: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* - Principais problemas da teoria jurídica do Estado: desenvolvido a partir da doutrina dos princípios jurídicos
RR: *Reine Rechtslehre* - Teoria Pura do Direito**
WIJ: *What is justice?* - O que é justiça?

OUTRAS ABREVIATURAS

MS: *Marburger Schule* - Escola de Marburgo
WK: *Wierner Kreis* - Círculo de Viena

---

[4] As citações das obras kantianas estão *cf.* a Sociedade Kant brasileira, que recomenda o padrão internacional estabelecido pela *Kant-Studien Philosophische Zeitschrift der Kant-Gesellschaft Hinweise für Autoren* (Revista Filosófica *Kant-Studien da Sociedade Kant* - Notas para Autores) da *Akademie-Ausgabe* (Edição da Academia) preparadas pela*: Kant-Forschungsstelle der Johannes Gutenberg-Universität Mainz* (Centro de Investigação Kant da *Universidade Johannes Gutenberg de Mainz*). Nas citações das obras de Hans Kelsen, serão utilizadas as codificações em alemão e inglês, de acordo com a língua original que a obra foi escrita. Vide normas e publicações dos *Hans Kelsen Werke* (trabalhos de Hans Kelsen) e dos parceiros de projeto: *Hans Kelsen Institut Wien* (Instituto Hans Kelsen de Viena); *Union der Deutschen Akademien der Wissenschaften* (União das Academias Alemãs de Ciências) e, *Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz* (Academia de Ciências e Literatura de Mainz). Lista das obras de Hans Kelsen em ordem cronológica, vide: https://kelsen.online/werke/werkliste.
* Nas citações da KrV, "A" representa a 1.ª ed. de 1781 e "B" a 2.ª ed. de 1787, p. ex.: KrV, A491/B519: 449, significa que a citação da Crítica da razão pura consta no §491 da 1.ª ed. e no §519 da 2.ª ed., na página 449 da obra citada na referência bibliográfica.
** Na *Reine Rechtslehre*, "RR1" representa a 1.ª ed. de 1934 e "RR2" a 2.ª ed. de 1960, p. ex.: RR1: 1, significa que a citação é da página 1 (um) da 1.ª edição da Teoria pura do direito citada nas referências.

SUMÁRIO

PROÊMIO 17

INTRODUÇÃO 21

CAMINHOS ENTRE A δόξα (DOXA) E A ἐπιστήμη (EPISTEME): ESTUDO PRELIMINAR SOBRE FILOSOFIA, CIÊNCIA E LINGUAGEM 42

PARTE I - PARADIGMAS DO POSITIVISMO 107

1. PARADIGMAS FILOSÓFICO E EPISTEMOLÓGICO DO POSITIVISMO 109

1.1. PARADIGMA LINGUÍSTICO DO POSITIVISMO 132

1.2. OBJETIVIDADE DAS CIÊNCIAS SOCIAIS 152

1.3. ANTIPSICOLOGISMO E FILOSOFIA ANALÍTICA 215

1.4. POSITIVISMO JURÍDICO, RAZÃO TEÓRICA E PRÁTICA 243

1.5. MÉTODO TRANSCENDENTAL COHENIANO E A PUREZA DO DIREITO 256

1.6. DIREITO ENTRE FATO E REPRESENTAÇÃO 282

1.7. PRINCÍPIO DE RETRIBUIÇÃO 299

1.8. RECORTE DO OBJETO E APRIORISMO NORMATIVO 323

SINOPSE DA PARTE I 347

PARTE II - O SISTEMA POSITIVO 352

2. ESTRUTURA LÓGICA DO DIREITO POSITIVO 354

2.1. FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO POSITIVO 378

SINOPSE DA PARTE II 391

PARTE III - O DIREITO NEGOCIAL 394

3. POSITIVISMO E DIREITO NEGOCIAL 396

3.1. A FUNÇÃO CRIADORA DE DIREITOS DA NORMA NEGOCIAL 405

SINOPSE DA PARTE III 476

CONCLUSÃO 479

O GIGANTE ADAMASTOR 489

CANTO DE ENCERRAMENTO 492

REFERÊNCIAS 494

PROÊMIO

E vós, Tágides minhas, pois creado
Tendes em mi hum novo engenho ardente;
Se sempre em verso humilde celebrado
Foi de mi vosso rio alegremente;
Dai-me agora hum som alto, e sublimado,
Hum estylo grandiloquo, e corrente;
Porque de vossas aguas Phebo ordene.
Que não tenham inveja ás de Hippocrene.

Luís de Camões[5]

Desbravar o terreno hostil das impressões vulgares e oferecer um caminho seguro para conduzir a produção do conhecimento científico, sempre foram iniciativas privilegiadas do pensamento filosófico. Não há ramo do saber, teórico ou prático, que ao indagar-se sobre os princípios em que se assentam a validade dos seus enunciados, não se reporte às categorias filosóficas fundamentais da inteligibilidade.

Entre os desafios do conhecimento científico, sobretudo no terreno das humanidades, onde são mais persuasivos os efeitos visíveis da experiência cotidiana, expor as raízes epistemológicas que jazem inertes sob o peso das opiniões, do bom senso e das certezas particulares, sempre foi a tarefa mais difícil[6].

René Descartes no *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences* (Discurso sobre o método para bem conduzir a razão e buscar a verdade nas ciências - 1637)[7], escreveu, na primeira linha, a célebre advertência: "*Le bon sens est la chose du monde la mieux partagée: car chacun pense en être si bien pourvu, que ceux même qui sont les plus difficiles à contenter en toute autre chose, n'ont point coutume d'en désirer plus qu'ils en ont*". (O bom senso é a coisa mais bem compartilhada do mundo: pois todos se acham tão bem dotados dele, que mesmo aqueles que são mais difíceis de agradar com qualquer outra coisa, não têm o hábito de desejar mais do que já tem).

---

[5] Pedido de Luís de Camões às Tágides que vivem nas águas do Rio Tejo, para que elas deem inspiração para escrever *Os Lusíadas*. Que ele interceda junto às Ninfas para me acompanharem na realização deste trabalho. Canto I, estrofe 4. In.: CAMÕES, Luís. Os Lusíadas. Rio de Janeiro: Pariz, 1859, p. 84.

[6] "É um paradoxo que a Terra se mova ao redor do Sol e que a água seja constituída de dois gases altamente inflamáveis. A verdade científica é sempre um paradoxo, se julgada pela experiência cotidiana, que apenas agarra a aparência efêmera das coisas". Marx apud Alves. In: ALVES, Rubem. Filosofia da ciência: Introdução ao jogo e suas regras. 10. ed. São Paulo: Edições Loyola 2005, p. 40.

[7] DESCARTES, René. Discours de la méthode. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1985, p. 1-2.

No campo jurídico, a produção do conhecimento científico, entremeio as dificuldades inerentes à epistemologia e o sincretismo metodológico que reivindica participação na análise de seu objeto de estudo, ainda enfrenta, como sempre advertiram os filósofos, a tendente (e crescente) subserviência dos teóricos ao seu caráter estritamente pragmático. Colateralmente, a opinião, *ab auctoritate*, vem, silente e gradativamente, dissociando a *jurisprudência* e a *prática jurídica* em geral da *Doutrina* e da *Filosofia do direito*.

Embora *Ciência do direito* e *Política jurídica* representem campos teóricos distintos, cujas fronteiras são bem definidas pelo *positivismo*, para prevenir-se das veleidades do arbítrio é prudente antes erigir uma plataforma epistêmica para nela firmar-se, e, só então, projetar um juízo sobre o mundo prático. Afinal, para bem aplicar o direito, primeiro é preciso conhecê-lo.

Digno de nota é que as diferenças entre a objetividade científica e o ativismo do arbítrio no campo jurídico - claro em sua empolgação pelos "tempos pós-modernos" - remontam o antigo embate entre a *δόξα* (opinião) e a *ἐπιστήμη* (conhecimento), entre a *σοφιστική ρητορική* (retórica sofística)[8] e a *ἐπιστήμην τῆς ἀληθείας* (ciência da verdade)[9] do discurso filosófico.

A trajetória milenar do direito produziu notáveis sistemas de organização do mundo jurídico que veem se aperfeiçoando para atender as necessidades de cada cultura, desde as históricas codificações[10] que tiveram o mérito de oferecer uma "visão de conjunto" das leis vigentes, até os tradicionais sistemas de fundamentação e "aplicação da justiça" baseados na cultura do *Civil law* e do *Common law*.

Contudo, se, no *plano sistêmico/formal* o direito é *unum et idem* (uno e o mesmo), somente uma *Doutrina do Direito Positivo* - alicerçada em categorias filosóficas da inteligibilidade[11] - seria capaz de reunir e compatibilizar em um paradigma estritamente jurídico, os pressupostos exigidos pela epistemologia para oferecer uma estrutura lógica-universal aos *ordenamentos normativos* e validar a produção do conhecimento jurídico objetivo. Apenas uma *Doutrina do Direito Positivo* seria capaz de delimitar a *norma jurídica* em seu domínio linguístico com *Eigengesetzlichkeit* (*autonomia*) e *methodische Reinheit* (*pureza metodológica*), para estudá-la como objeto privilegiado de uma categoria cognitiva

---

[8] "A retórica, na medida em que se entenda por isso a arte de persuadir, isto é, de iludir pela bela aparência (como ars oratoria) [...]". KANT, Immanuel. A crítica da faculdade de julgar. RJ: Vozes, 2016, §53, 327: 225.

[9] Met. α1, 982 a21-23: 9. ARISTÓTELES. Metafísica. (Edição Bilíngue). São Paulo: Edições Loyola, 2002.

10 P. ex.: o Codex Gregorianus (do jurisconsulto Gregório - século III d.C.), o *Codex Hermogenianus* (*Código de Hermógenes* - século III d. C.), o *Codex Theodosianus* (*Código de Teodósio* - século V d. C.), o *Corpus Iuris Civilis Romanii* (*Código de Justiniano* - século VI d. C.) e o *Code Napoléon* (*Código Napoleônico* - século XIX).

[11] Vide a conhecida metáfora de René Descartes em seus *Principes de la philosophie* (*Princípios da filosofia* - 1644) "[...] a filosofia é como uma árvore, cujas raízes são a Metafísica, o tronco a Física, e os ramos que saem do tronco são todas as outras ciências. DESCARTES, René. Princípios da filosofia. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 22.

própria do discurso científico do direito, inobstante a vigência e o conteúdo político que a *norma jurídica* incidentalmente abriga no espaço/tempo cultural.

Eis aí, a proposta de Hans Kelsen, como ensina Robert Walter[12]: "A doutrina do direito, de Hans Kelsen - também denominada Teoria Pura do Direito - é um programa para consideração científica, isto é, objetiva-intersubjetivamente comprovável - do objeto 'direito positivo'. Pode-se qualificá-la como uma teoria geral da dogmática do direito positivo".

A *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen orientou-se sob a luz da filosofia de Immanuel Kant, "*La philosophie kantienne fut donc pour moi, dès le début, la lumière qui me guida*"; (A filosofia kantiana foi, portanto, para mim, desde o início, a luz que me guiou)[13], o que exige, para sua compreensão, elevar o pensamento aos princípios gerais da *lógica*, das condições *a priori* da inteligibilidade, das metodologias aplicadas às ciências, enfim, transitar pelos domínios do *transcendentalismo kantiano*. Nota-se que as estruturas lógicas do *direito positivo* atuam como categorias *a priori* da experiência jurídica, quando recepcionam o fenômeno social produzindo o sentido de sua *juricidade*; *mutatis mutandis*, Kant[14] escreveu: "Como a cabeça de madeira da fábula de Fedro, uma doutrina do direito meramente empírica é uma cabeça possivelmente bela, mas infelizmente falta-lhe cérebro".

Para compreender Kelsen é viva a recomendação de J. Florentino Duarte[15]:

> Comporte-se - por mais ilustrado e ilustre e culto que seja - como um modesto discípulo leigo, que apenas deseja captar o pensamento e a intenção científicos do mestre [...] Se, porém, o leitor pretende criticar a Kelsen, então o problema assume outra projeção: arme-se, primeiro, de amplíssimos conhecimentos jusfilosóficos e, mesmo com uma bagagem científica imensa, o árduo labor será difícil, quiçá improfícuo, como aconteceu com aqueles que se arrojaram, se aventuraram, se arriscaram a tal cometimento.

Em tempo, para apresentar Kant, recorre-se às impressões do escritor russo Nikolai Mikhailovich Karamzin (1766 - 1826) na obra *Письма русского путешественника* (Cartas de um viajante russo - 1791), nas entrelinhas do curioso relato sobre seu encontro com o filósofo em Königsberg, sua cidade natal[16]: "*Вот вам, друзья мои, краткое описание весьма*

---

[12] WALTER, Robert. In.: KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. José Cretella Jr. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 21.
[13] KELSEN, Hans. Carta enviada à Julius Moór em 20 de fevereiro de 1927. In.: Documents de Kelsen en Hongrie: Hans Kelsen et Julius Modr. In: Droit et société. n° 7. Paris: L.G.DJ., 1987, p. 337.
[14] MS, B: 76.
[15] DUARTE, José Florentino. Palavras do tradutor - Para compreender Kelsen. in.: KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Porto Alegre: Fabris, 1986, p, V.
[16] КАРАМЗИН, Н. М. Письма русского путешественника. Ленингра́д: Наука, 1984, p. 21.

любопытной для меня беседы, которая продолжалась около трех часов. - Кант говорит скоро, весьма тихо и не вразумительно; и потому надлежало мне слушать его с напряжением всех нерв слуха. Домик у него маленькой, и внутри приборов не много. Все просто, кроме... его Метафизики". (Aqui, meus amigos, está uma breve descrição de uma conversa muito interessante para mim, que durou cerca de três horas. Kant fala rápido, muito baixo e pouco inteligível, e, portanto, tive que ouvi-lo com tensão em todos os meus nervos auditivos. A casa dele é pequena e não há muitos móveis. Tudo é simples, exceto... sua Metafísica).

*
* *

Desviar-se de Kant e Kelsen por atalhos pragmáticos é privar-se da oportunidade de fruir a sublime experiência intelectual com as mais sofisticadas e elevadas reflexões sobre filosofia, ciência e direito, a irrisão que os acusa de academicismo obsoleto e anacrônico, apenas dissimula falta de coragem, de espírito científico e amor pelo conhecimento.

Nullas ex omnibus rebus, quae in protestate mea non sunt, pluris facio,
quam cum Viris veritatem sincere amantibus foedus inire amicitiae[17].

[17] (Nada estimo mais, entre todas as coisas que não estão em meu poder, do que contrair aliança de amizade com homens que amem sinceramente a verdade). SPINOZA, Baruch. Pensamentos metafísicos, Tratado da correção do intelecto, Ética, Tratado político, Correspondência. Os pensadores. Tradução e notas de Joaquim de Carvalho. São Paulo: Abril 1973, p. 81. (Trad. do editor).

INTRODUÇÃO

> *Nous poserons ce premier axiome, que la réflexion philosophique est l'instrument irremplaçable du progrès du droit*.
>
> Michel Villey[18]

A transição para o século XX foi marcada por revoluções nas ciências empíricas que repercutiram no paradigma linguístico de apreensão da realidade, na fundamentação filosófica do conhecimento e nas construções teóricas no âmbito das relações humanas.

Período histórico notável pelas novas concepções científicas do mundo, também foi hostil à metafísica[19] e profícuo em sistematizar, entre as humanidades, modelos teóricos e procedimentos metodológicos inovadores para análise do fenômeno social[20].

Neste contexto, o espírito de objetividade e neutralidade que orientou o progresso do conhecimento nas ciências naturais, inspirou e marcou todo o espectro polissêmico do termo *positivismo*, que se difundiu nomeando doutrinas que pretendiam circunscrever em parâmetros que lhes são próprios, os instrumentos teóricos adequados para abordar de forma *autônoma*, *neutra* e *objetiva*, seus *objetos de estudo*.

O *positivismo* na sociologia, na economia, na filosofia e no direito, são exemplos desta iniciativa que trouxeram contribuições incontornáveis para a compreensão de suas respectivas áreas de pesquisa[21].

---

[18] (Colocaremos este primeiro axioma, que a reflexão filosófica é o instrumento insubstituível para o progresso do direito). VILLEY, M. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1962, p. 14. (Trad. Livre).

[19] O espírito: "[...] iluminista e de pesquisa antimetafísico dos fatos, se fortalece atualmente, tornando-se consciente de sua existência e de sua tarefa. Em muitos círculos, o modo de pensar calcado na experiência e avesso à especulação está mais vivo do que nunca, fortalecido precisamente pela nova resistência que se lhe oferece. Este espírito de uma concepção científica do mundo está presente no trabalho de pesquisa de todos os ramos da ciência empírica". HAHN, Hans; NEURATH, Otto, CARNAP, Rudolf. In. A concepção científica do mundo (1929). O Círculo de Viena. Cadernos de História e Filosofia da Ciência 10 (1986), pp. 5-20. p. 5. Disponível em: https://www.cle.unicamp.br/eprints/index.php/cadernos/article/view/1220/1011 Acesso em 25/02/2024.

[20] No fim do século XIX: "[...] a busca pela autonomia das chamadas Ciências do Espírito (*Geisteswissenshaften*), ou Ciências Humanas, teve sua importância acentuada. [...] a questão das Ciências Humanas e da relação delas com as Ciências Naturais ocupou um lugar de destaque já no âmbito do Positivismo". MARTINS, R. E. S. A ciência do direito como uma ciência humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. P. A.: Fi, 2016, p. 48.

[21] Sobre os *positivismos*, vide: Dr. Robinet, médico e discípulo de Augusto Conte: "Aos olhos pois, da *philosphia positiva*, que vê as cousas como ellas são, não há pois, nem transcendência nem imanência. As propriedades não são outra cousa mais que substância em ação [...] Tudo isto é um resto de metaphysica que não poderia admitir a filosofia positivista". Adap. de: ROBINET, Jean-François-Eugène. Philosophia positiva. Trad. B. V. Ramos. RJ: Cia. Brasil Editora, 1939, p. 37. *Cf.* John Neville Keynes, pai de John Maynard Keynes: "*We have seen that since*

No campo jurídico, as pretensões de cientificidade do *positivismo* encontraram no *corpus* doutrinário de Hans Kelsen (1881 - 1973) seus referenciais teóricos mais significativos, *v.g.*: a base epistêmica; a delimitação do objeto; a estruturação lógica de uma ordem normativa universal, o método e a linguagem jurídica capaz de produzir um conhecimento intersubjetivamente comprovável[22]; temas que ocuparam o pensamento de Kelsen desde sua primeira obra de expressão[23], a *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: *entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Principais problemas da teoria jurídica do Estado: desenvolvido a partir da doutrina dos princípios jurídicos - 1911)[24] e, que se aperfeiçoariam na consagrada *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito - 1934/1960).

O *corpus* doutrinário kelseniano é fragmentário, assistemático, extenso[25] e complexo. Além dos textos jurídicos, o conjunto das obras contempla diversas áreas do conhecimento, como: filosofia, ciência, lógica, sociologia, antropologia, psicologia, ideologia política e justiça. Os trabalhos escritos abrangem ≈ 70 anos de produção, período longo o suficiente para que sua *doutrina científica* enfrentasse provações de toda ordem, sobretudo das autocracias na primeira metade do século XX (e atuais correntes autoritárias), afinal, para transformar o direito em instrumento de poder político, antes é preciso rejeitar o caráter epistemológico de sua fundamentação e negar sua cientificidade.

A propósito, a separação entre *ideologia política* e *ciência jurídica* sempre foi uma advertência metodológica ignorada pelos críticos do *positivismo*.

Embora este trabalho se dedique à questões de epistemologia e ciência jurídica, para esclarecer o posicionamento *político* de Hans Kelsen, considerando o conturbado momento histórico em que viveu e ainda ressoa na atualidade, merece destaque a declaração do jurista

---

men's economic activities are determined partly by moral considerations, it may be necessary in positive economic science to take account of the operation of moral motives. It is not, however, the function of the science to pass ethical judgments; and political economy, regarded as a positive science, may, therefore, be said to be independent of ethics". (Vimos que, como as atividades econômicas dos homens são determinadas em parte por considerações morais, pode ser necessário que a ciência econômica positiva leve em conta a operação de motivos morais. Entretanto, não é função da ciência emitir julgamentos éticos; e a economia política, considerada como uma ciência positiva, pode, portanto, ser considerada independente da ética). KEYNES, N. J. The scope and method of political economy. UC, 1999, p. 32. (Doravante, todas as traduções serão livres).

[22] Sobre o "conhecimento jurídico comprovável", vide Robert Walter. In.: KELSEN, H. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. José Cretella Jr. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 21.

[23] Seu primeiro livro foi *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (A teoria do estado de Dante Alighieri - 1905).

[24] *Cf.* Kelsen: "*Das Ziel, auf das die „Hauptprobleme" gerichtet sind und das seither auch all meine anderen Arbeiten bestimmte, ist eine reine Rechtslehre als Theorie des positiven Rechtes*". (O objetivo para o qual se dirigem os "problemas principais" e que determinou todos os meus outros trabalhos desde então é uma teoria jurídica pura como uma teoria do direito positivo). HP: V.

[25] "[...] incluindo traduções e reimpressões, alcança mais de 620 títulos [...] os textos que versaram especificamente sua obra superam a cifra dos 1200". FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen hoje. In.: COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. 4.ed. SP: Saraiva, 2001, p. XIII. Vide tb.: *Hans Kelsen Werke.*

Andreas Voßkuhle na qualidade de *Präsident des Bundesverfassungsgerichts* (Presidente do Tribunal Constitucional alemão), em palestra proferida na *Universität Warschau* (Universidade de Varsóvia) na "XX Conferência Científica sobre o Estado Constitucional - 2016", momento em que Voßkuhle, ao considerar Kelsen o maior teórico da democracia do século XX, faz um importante resgate histórico para honrar sua memória contra a perseguição politica que sofreu e ainda sofre no meio acadêmico, por desinformação e incompreensão de sua teoria jurídica[26]:

> *Demokratie setzt u.a. Minderheitenschutz, eine effektive Opposition, Meinungsfreiheit, Pressefreiheit und Versammlungsfreiheit voraus. Und es war kein geringerer als der von den Nazis verfolgte große Rechtsgelehrte und Demokrat Hans Kelsen, der darauf hingewiesen hat, dass Demokratien dauerhaft nur funktionieren können, wenn Verfassungsgerichte ihre Voraussetzungen schützen. Verfassungsgerichte sorgen mit dafür, dass die Demokratie atmen kann!*

No início do século XX, época bipolarizada por extremismos políticos, tanto a *ciência jurídica* de Kelsen quanto sua convicção *democrática* sofreram investidas de ambos os frontes.

De um lado, Carl Schmitt (1888 - 1985), representando o Partido Nacional Socialista Alemão[27], em célebre debate com Kelsen sobre quem é *Der Hüter der Verfassung* (O guardião da Constituição), defendeu no texto *Der Führer schützt das Recht* (O *Führer* protege a lei), que a função de "Juiz Supremo do povo alemão" cabe ao Presidente do *Reich*[28]: "*Der Führer schützt das Recht* […] *Der wahre Führer ist immer auch Richter*". (O Führer protege a lei [...] O verdadeiro líder é sempre também um juiz). Hans Kelsen atribui à *Jurisdição Constitucional* (*i.e.*, a prerrogativa de interpretar e aplicar a Constituição) a um *órgão judicial* composto por profissionais do direito, um Supremo Tribunal Constitucional *jurídico*, não *político*. Desta proposta, surgiu na Constituição da Áustria de 1920 uma Corte independente de outros poderes

---

[26] (A democracia pressupõe, entre outras coisas, a proteção das minorias, uma oposição efetiva, a liberdade de opinião, a liberdade de imprensa e a liberdade de reunião. E foi ninguém menos que o grande jurista e democrata Hans Kelsen, que foi perseguido pelos nazistas, que apontou que as democracias só podem funcionar a longo prazo se os tribunais constitucionais protegerem seus pré-requisitos. Os tribunais constitucionais ajudam a garantir que a democracia possa respirar!). Discurso na abertura da conferência polaco-alemã conferência científica "Estado Constitucional", organizado na Universidade de Varsóvia pela Escola de Direito Alemão por ocasião do seu vigésimo aniversário. VOßKUHLE, Andreas. Grußwort zum deutsch-polnischen wissenschaftlichen Symposium „Der Verfassungsstaat" der Deutschen Rechtsschule an der Universität Warschau aus Anlass ihres 20. Jubiläums. (2016). Disponível em: 17370-prawo-konstytucji-verfassungsstaat-fragment.pdf Acesso em: 12/10/2024.

[27] "*Schmitt fue un nazi, desde su afiliación al partido en 1933 hasta la culminación de la Segunda Guerra Mundial en 1945, mientras Kelsen fue un socialdemócrata liberal, que debió abandonar su cargo en la Universidad de Colonia con la llegada del nazismo*". FARREL, M. D. Carl Schmitt, Hans Kelsen y La Corte Suprema. Disponível em: https://revistasdigitales.udesa.edu.ar/index.php/revistajuridica/article/view/85 Acesso em 20/10/2024, p. 209.

[28] SCHMITT, Carl. Der Führer schützt das Recht. Disponível em: https://www.flechsig.biz/DJZ34_CS.pdf Acesso em 15/10/2024.

e seu *controle concentrado de constitucionalidade*, *cf.* a orientação de Kelsen[29]: "Enquanto tribunal constitucional no sentido próprio da palavra, ou seja, com a função de proteger a Constituição, a Corte Constitucional decide sobre a inconstitucionalidade das leis, assumindo uma posição excepcional em face de todos os outros tribunais e autoridades administrativas".

O filósofo Robert C. van Ooyen tratando sobre o tema da *Verfassungsgerichtsbarkeit als Element pluralistischer Demokratie bei Kelsen* (A jurisdição constitucional como elemento da democracia pluralista na obra de Kelsen)[30], anota ainda que o "Tribunal kelseniano" é: "[...] *ein „Hüter der Verfassung" ist, aber gerade nicht im Verständnis der Entgegensetzung von Recht und Politik, sondern aus einem funktionalen Verständnis des Verfassungsbegriffs heraus*". ([...] um "guardião da Constituição", mas não em uma compreensão da oposição entre lei e política, mas em uma compreensão funcional do conceito de Constituição).

No outro extremo da política, Evguiéni Bronislávovitch Pashukanis (1891 - 1937)[31], o expoente do *marxismo soviético*, alegou que a *teoria pura do direito* não passa de uma "ciência burguesa enevoada de ideologismos"[32], e, paradoxalmente, concluía não ser possível um estudo avalorativo do direito, tal como pretendia o *normativismo kelseniano*, pois[33]: "[...] o direito, enquanto conjunto de normas, não é senão uma abstração sem vida"; afinal, Pashukanis acreditava na extinção do direito com o fim do capitalismo, *cf*. Harold J. Berman[34]: "*With the abolition of the market and of economic individualism there will come, in Pashukanis' words, 'the withering away of law in general, that is, the gradual disappearance of the juridical element from human relations'*". (Com a abolição do mercado e do individualismo econômico, virá, nas palavras de Pashukanis, "o desaparecimento da lei em geral, isto é, o desaparecimento gradual do elemento jurídico das relações humanas").

---

[29] KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20.
[30] OOYEN, Robert Chr. Van. Verfassungsgerichtsbarkeit als Element pluralistischer Demokratie bei Kelsen. In.: Hans Kelsen Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. X.
[31] Pachukanis alega que a "ciência do positivismo jurídico" não passa de uma "filosofia do direito burguês": "Para a filosofia do direito burguês, cuja maioria dos representantes se situa num terreno neokantiano, o problema aqui evocado se resolve mediante uma simples oposição entre duas categorias, a categoria do Ser e a categoria do Dever-Ser". PACHUKANIS, Evguiéni Bronislávovitch. Teoria geral do direito e marxismo. São Paulo: Acadêmica. 1988, p. 17. Pachukanis também é um crítico da concepção psicológica e sociológica (não marxista) do direito: "As teorias jurídicas sociológicas e psicológicas deixam normalmente fora do círculo das suas reflexões a forma jurídica; melhor dizendo, elas simplesmente não percebem o problema equacionado". Ibid. p. 19.
[32] "É contra a teoria normativa do Direito, a que define o Direito como um sistema de normas e especialmente a chamada teoria pura do Direito, que Pachukanis dirige sua crítica do ponto de vista de um marxismo ortodoxo, embora tenha sido a teoria pura do Direito que, bem antes de Pachukanis, tentou purificar a ciência tradicional do Direito de seus elementos ideológicos". KELSEN, H. A Teoria comunista do direito. SP: CC, 2021, p. 145.
[33] PACHUKANIS, E. B. Ibid. p. 17.
[34] BERMAN, Harold. J. Justice in the U.S.S.R. 3.ed. London: Oxford University Press,1963, p. 29.

Pashukanis "desapareceu" em 1937 em meio as repressões estalinistas[35], mas sabe-se pela pesquisa do político ucraniano Anatoly Wilhelmovich Yurkovsky (1925 -), que[36]: "*Пашуканис был арестован и приговорен к расстрелу*". (Pashukanis foi preso e condenado à morte) depois que o: "[...] *Прокурор СССР назвал его работу 'Общая теория права и марксизм: опыт критики основных понятий'* (1924 г.) *"вредительской' а самого Пашуканиса "вредителем*". (Procurador da URSS chamou sua obra "Teoria Geral do Direito e Marxismo: Uma Experiência de Crítica de Conceitos Básicos" (1924) de "sabotagem" e o próprio Pashukanis "sabotador").

No tenso período histórico entreguerras marcado pela ascensão das ditaduras, as três principais vertentes teóricas da *filosofia política e jurídica mundial* podem ser representadas pelos seus mais proeminentes juristas: O *Nacional Socialismo Alemão* de Carl Schmitt, o *Comunismo Soviético* de E. B. Pashukanis e a *Democracia Liberal* de Hans Kelsen[37].

Por desfecho deste adendo histórico e político, destaca-se que o conceito de democracia de Kelsen é proposto a partir de dois fundamentos: *Liberdade* e *igualdade*[38].

> Da ideia de que somos - idealmente - iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia [...].

No plano da esquematização científica do direito, o *positivismo kelseniano* está intacto! Mario G. Losano (1939 -)[39] lembra que uma doutrina: "[...] que resiste a duas guerras mundiais, a um exílio múltiplo e a meio século de polêmicas terá conquistado, na ciência do direito, uma posição bem definida e, em certa medida, definitiva". As questões controversas ainda remanescentes, tal como ocorrem na *filosofia kantiana*, refletem a marca do gênio quando imprime em sua obra que o significado dela seja inesgotável[40].

---

[35] CAFFÉ ALVES, Alaôr. Apresentação. In.: PACHUKANIS, E. B. Ibid. 1988, p. 5. Pachukanis foi substituído por Andréi Yanuárievich Vyshinski (1883 - 1954), jurista revolucionário próximo a Stalin.

[36] Юрковский А. В. Е. al. Теория Государства И Права Учебник. под редакцией А. В. Университета прокуратуры Российской Федерации, 2022, p. 81.

[37] "*Sin embargo, su con tacto no se limitaba de ninguna manera a los círculos "izquierdistas", tenía también una estrecha amistad con personalidades burguesas de la 'derecha', como el profesor Josef Schumpeter, posteriormente ministro de Finanzas y de quien había sido padrino de bodas; con los profesores Ludwig von Mises* [...]". MÉTALL. Rudolf Aládar. Hans Kelsen. Vida y obra. México, UNAM, 1976, p. 39.

[38] KELSEN, Hans. A essência e o valor da democracia. In.: A democracia. Trad. de Ivone C. Benedetti et al. Martins Fontes, 2000, p. 27.

[39] LOSANO, M. G. Introdução. In.: KELSEN, Hans. O problema da justiça. SP: Martins Fontes, 1998, p. XXXIII.

[40] Paráfrase de SCHOPENHAUER Apud RIBEIRO, Leonel. In: Regresso à Kant. Lisboa: UED, 2012, p. 12.

Assim como os escritos de Immanuel Kant (1724 - 1804) foram divididos pelos especialistas em duas fases, a *pré-crítica* (anterior as "obras críticas"), influenciada predominantemente pelo racionalismo alemão de Christian Wolff (1679 - 1754) e Gottfried Wilhelm Leibniz (1646 - 1716), e, a fase *crítica*[41], representando a autonomia do seu pensamento filosófico, a sequência cronológica das publicações das obras de Hans Kelsen também revela características pontuais em relação às influências teóricas no decorrer de seu desenvolvimento, dividida pelos estudiosos em quatro fases distintas: 1) *Construtivista*; 2) *Filosófica-transcendental*; 3) *Realista* e, 4) *Analítico-linguística*.

A periodização do pensamento jurídico kelseniano com demarcadores filosóficos, foi inicialmente proposta por Stanley L. Paulson (1941 -) em *Toward a periodization of the pure theory of law* (Reflexões sobre a Periodização da Teoria Pura do Direito - 1990)[42] e aperfeiçoada por Carsten Heidemann em *Die Norm als Tatsache*: *zur Normentheorie Hans Kelsens* (A norma como fato: Na teoria da norma de Hans Kelsen - 1997), contudo, ainda é uma classificação controversa e aberta na comunidade acadêmica.

Conforme Carsten Heidemann[43]:

> *Dabei unterschied ich vier Phasen, denen jeweils eine spezifische Konzeption der Rechtserkenntnis entspricht. Es lassen sich ausmachen: eine „konstruktivistische" Phase bis etwa 1915, eine „transzendental philosophische" Phase bis etwa 1935, eine „realistische" Phase bis Anfang der sechziger Jahre und eine bis zu Kelsens Tod im Jahre 1973 andauernde „sprachanalytische" Phase.*

No entanto, quando se pretende explorar as *raízes epistemológicas* do *positivismo* para compreender a *fundamentação jurídico-científica* da *função criadora* de *direitos* no âmbito *negocial*, o estudo deve dirigir-se à *teoria do conhecimento* de Kant e ao movimento

---

[41] Vide: FEEREIRA NETTO, Adyr G. Ética direito em Immanuel Kant. Engenho das Letras, 2020, p. 38.

[42] PAULSON, Stanley L. Reflexões Sobre a Periodização da Teoria do Direito de Hans Kelsen. In: de Júlio Aguiar de Oliveira et. al. (Coord.). Hans Kelsen. Teoria Jurídica e Política. São Paulo: Forense Universitária, 2013, p. 3.

[43] (Eu distingui quatro fases, cada uma das quais corresponde a um conceito específico de conhecimento jurídico. Pode-se identificar: uma fase "construtivista" até cerca de 1915, uma fase "filosófica transcendental" até cerca de 1935, uma fase "realista" até o início dos anos sessenta e uma fase "analítica linguística" que durou até a morte de Kelsen em 1973). HEIDEMANN, C. Die Norm als Tatsache. Disponível em: https://www. researchgate. net/publication/332698232 Acesso em 25/03/2024. p. 24. Vide: "*Arguably, the genesis of Kelsen's theory can be divided into four phases: a "constructivist" phase lasting until about 1916; a "neo-Kantian" phase lasting approximately until 1934, a "realist" phase lasting approximately until 1960, and a 'linguo-analytic' phase lasting until Kelsen's death in 1973*". (Indiscutivelmente, a gênese da teoria de Kelsen pode ser dividida em quatro fases: uma fase 'construtivista' que dura até cerca de 1916; uma fase "neo-kantiana" que dura aproximadamente até 1934, uma fase 'realista' que dura aproximadamente até 1960 e uma fase "linguo-analítica" que dura até a morte de Kelsen em 1973). HEIDEMANN, C. Hans Kelsen and transcendental method. Dispnível em: https://www.academia.edu/79906303/%20Hans_Kelsen_and_the_transcendental_method Acesso em 21/03/2024.

neokantista do século XIX, posto que a fase inicial - *Construtivista* - do pensamento jurídico de Kelsen, foi marcada, especialmente, pela publicação da *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: *entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Principais problemas da teoria jurídica do Estado: desenvolvido a partir da doutrina dos princípios jurídicos), uma obra *antipsicologista*[44] que prenunciava o uso da *Filosofia-transcendental*[45] na fundamentação do *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito).

Kelsen recepcionou os pressupostos epistemológicos da Crítica da razão pura para estruturar a doutrina do *positivismo jurídico*, à luz da interpretação de Hermann Cohen (1842 - 1918), *neokantiano* da *Marburg Schule* (Escola de Marburg), conforme declarou na introdução à segunda edição da *Hauptprobleme*[46]: "*Den entscheidenden erkenntnis-theoretischen Gesichtspunkt, von dem allein aus die richtige Einstellung der Begriffe Staat und Recht möglich war, gewann ich durch Cohens KANT-Interpretation* [...]"; (Adquiri o ponto de vista epistemológico decisivo a partir do qual a atitude correta em relação aos conceitos de Estado e de Direito foi possível através da interpretação de KANT por Cohen).

Na fase *Construtivista e filosófica-transcendental*, Kelsen pretendeu *desconstruir* as teorias tradicionais baseadas na tese da *vontade psicologizada* como fundamento do Estado e do Direito, para, só então, *reconstruir* uma autêntica *ciência jurídica* coroada com a publicação da obra *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito - 1934/1960). A fase *Realista* representa um "diálogo com o direito norte-americano" marcada pela publicação em inglês da obra *General Theory of Law and State* (Teoria Geral do Direito e do Estado - 1945).

A fase *Analítico-linguística* comumente é associada a uma possível disrupção com o *neokantismo*, quando Kelsen sugeriu uma revisão do "papel da lógica no direito" em suas correspondências com Ulrich Klug (1913 - 1993), entre os anos de 1959 e 1965[47], que culminaria na *Allgemeine Theorie der Normen* (Teoria geral das normas), obra póstuma

---

[44] Como será estudado, o *antipsicologismo* é uma característica do movimento neokantiano da *Marburg Schule*.

[45] "A fase transcendental, inicia-se por volta de 1922. Ela se desenvolve a partir da publicação, em 1934, da Introduction to the Problems of Legal Theory, que é a primeira edição da *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito). Heidemann entende - e compartilho com ele essa mesma avaliação - que a fase transcendental representa o mais rico e mais recompensador período de toda a obra de Kelsen. Como o rótulo 'transcendental' sugere - e também como Heidemann detalhadamente argumenta - é aqui que Kelsen propõe-se a elaborar uma amarração kantiana (ou neokantiana) para as construções centrais da primeira fase. A norma fundamental (*Grundnorm*) desempenha um papel central no projeto de Kelsen, e esta, que é a mais difícil das doutrinas de Kelsen, é interpretada por Heidemann em termos de duas ou, como ele argumenta, de três funções: validade, unidade formal e identidade". PAULSON, S. L. Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de H. Kelsen. In.: OLIVEIRA, J. A.; TRIVISONNO, A. (Org.). H. Kelsen: Teoria política e jurídica. RJ: Forense, 2013, p. 5-6-7.

[46] HP: XVII.

[47] Vide: KELSEN, H. Normas jurídicas e análise lógica (correspondência trocada entre os Srs. Hans Kelsen e Ulrich Klug). Trad. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, n.p.

publicada em 1979. São peculiaridades teóricas que compõem os *paradigmas filosófico*, *epistemológico* e *linguístico* do *positivismo jurídico*.

Yevgeny Bulygin (1932- 2021), jurista ucraniano notável pelos estudos do *positivismo* e aluno de Ulrich Klug[48] em *Köln* (Colonia), obteve doutoramento em direito em 1962 pela Universidade de Buenos Aires - UBA, cuja Tese já sugeria símile periodização filosófica do pensamento kelseniano[49]: "*From a chronological standpoint we can distinguish, roughly speaking, three main periods in Kelsen's thought. In the first period, the Kantian and the positivistic elements coexist more or less harmoniously* [...]". (Do ponto de vista cronológico, podemos distinguir, grosso modo, três períodos principais no pensamento de Kelsen. No primeiro período, o kantiano e os elementos positivistas coexistem mais ou menos harmoniosamente […]).

Considerando os propósitos epistemológicos desta pesquisa, percorre-se o processo histórico-filosófico que abrange, portanto, o "primeiro período kantiano" (*construtivista* e *filosófico-transcendental*), identificado, *cf. supra*, por Yevgeny Bulygin.

Criticismo e *Positivismo* são teorias de difícil conciliação, por vezes, antagônicas. A *Teoria pura* ao enunciar a *norma jurídica* como seu objeto de estudo, rejeita, com isso, a metodologia de transição da *razão teórica* (sobre o *ser*) *à razão prática* (sobre o *dever-ser*), que considera a *liberdade do arbítrio* como *lei apodítica* da *razão prática* - o *princípio metafísico* "do direito natural"[50] - pois, *cf.* Kant[51]*:* "A liberdade é [...] o único direito inato"; logo, "[...] uma filosofia prática, que não tem como objecto a natureza mas a liberdade do arbítrio, pressuporá e requererá uma metafísica dos costumes"[52].

---

[48] "*Nel biennio 1963-64 è in Germania, borsista della Fondazione von Humboldt, dove studia sotto la direzione di Ulrich Klug (a Colonia) e Hans Welzel (a Bonn*)". Em 1963-64 esteve na Alemanha, bolseiro da Fundação von Humboldt, onde estudou sob a direção de Ulrich Klug (em Colônia) e Hans Welzel (em Bonn). NAVARRO, Pablo E. et. al. Eugenio Bulygin. In Memoriam. Disponível em: https: // www. journal. edizioniets. eu/ index. php/ aed/ article/view/355/274 Acesso em 12/10/2024.

[49] BULYGIN, E. The Kantian and the Positivistic. In.: Essays in Legal Philosophy. NY: OU Press, 2015, p. 236. Bulygin foi um importante nome nos debates acadêmicos sobre o *positivismo jurídico*, mantendo diálogos com o dinamarquês Alf Ross e citado por Kelsen: "*No necesito decir qué impresión me produjo esta notícia. Que un hombre de la jerarquía intelectual de Kelsen haya leído y criticado el trabajo de un autor joven y totalmente desconocido (se trata de una de mis primeras publicaciones) es casi increíble*". BULYGIN, E. Validez y eficácia del Derecho. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 75-76.

[50] Aqui vale antecipar um rápido adendo explicativo: "*Aunque según Kelsen el objetivismo moral kantiano se aproxima a posiciones del derecho natural, al mismo tempo reconoce que es un error considerar a Kant un iusnaturalista, pues trató de poner fin al dogmatismo em la filosofía, enfrentándose a la metafísica de la teoría del derecho natural. Para Kant, la obligatoriedad de las normas "no se debe buscarse em la naturaleza humana ni em las circunstancias del universo que rodean al hombre, sino a priori, exclusivamente em conceptos de la razón pura* "". SEDÍN M., J. A. La filosofia moral de Hans Kelsen. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 120-121.

[51] MdS, 38: 56; MdS, 216: 23.

[52] Os pressupostos de cientificidade do *positivismo* rejeitam o *inatismo*, a *metafísica* ou qualquer *jusnaturalismo*.

Sobre estas divergências entre Kant e Kelsen no campo da *razão prática*, mormente em relação à "ideia de *dever-ser* jurídico", Bulgyin ainda observa que[53]: "*These ideas are not only difficult to reconcile but indeed are radically incompatible.* [...] *Both the Kantian and the positivistic persuasions are vividly present in Kelsen's works, and some of his main tenets can be traced back to these two greatly opposed philosophical traditions*". (Essas ideias não são apenas difíceis de conciliar, mas, de fato, são radicalmente incompatíveis. [...] Tanto as persuasões kantianas quanto as positivistas estão vividamente presentes nas obras de Kelsen e, alguns de seus principais princípios podem ser rastreados até essas duas tradições filosóficas muito opostas). Razões pelas quais, o jusfilósofo argentino Ricardo Alberto Guibourg (1938 -) ressalta a dificuldade de enquadrar a *Teoria pura do direito* em categorias filosóficas e históricas delimitadas em *marcos temporais*[54]: "[…] *riesgoso si se pretende encasillarlo en una taxonomía cuando las circunstancias y las ideas-fuerza entre las que la teoría pura fue concebida han cambiado mucho*".

A "substituição" da *liberdade* (objeto *da razão prática*[55] e princípio da *Metafísica dos Costumes*) pela *norma jurídica* como *objeto* do direito[56], é uma proposta que representa o espírito *antimetafísico* da *Teoria pura* e seu esforço metodológico para delimitar um *objeto de estudo próprio* da *ciência jurídica*, *i.e.*, para descrever como o direito "*é*".

Ao rechaçar a interdependência epistemológica entre *razão teórica* e *prática*, o *positivismo* delega a outros ramos das humanidades a prerrogativa de investigar os intrincados meandros do fenômeno jurídico conforme a metodologia e os instrumentos inerentes a cada especialidade, como da *política*, da *sociologia* e da reflexão valorativa de como o direito "*deve ser*". Neste sentido, vide o filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas (1929 -), que, no âmbito das ciências sociais, também altera o eixo metodológico da *razão prática kantiana* em sua *Teoria do agir comunicativo*[57]: "[...] substituo a razão prática pela comunicativa"; ou seja, Habermas transportou o conceito de *razão* para o *medium linguístico*, o meio pelo qual as interações humanas se interligam no *mundo da vida*.

Considerando que a *função criadora* de direitos da *norma negocial* não é *legitimada* pela *autonomia da vontade* (*razão prática*) ou por um *querer psicologizado*, mas *validada* pela

---

[53] BULYGIN, E., Loc. Cit.
[54] GUIBOURG, A. R. El legado de Kelsen. In.: La teoría del derecho de HK. Bogotá: UEC, 2011, p. 396.
[55] "Prático é tudo aquilo que é possível pela liberdade". KrV, A801/B829: 647.
[56] Tema explorado em vários textos, com destaque da obra *Das Problem der Gerechtigkeit* (*O problema da justiça* - 1960). Vide: KELSEN, Hans. O problema da justiça. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
[57] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. RJ: Tempo Brasileiro, 1997, p. 19.

epistemologia jurídica (*razão teórica*), através do *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito), este estudo limita-se a explorar os argumentos de fundamentação *jurídica-científica* e suas *raízes neokantianas* que permitem esta conclusão.

Kelsen inspirado pelo espírito *antimetafísico* de seu tempo, alinhou-se à *Analytical Philosophy* (Filosofia analítica), uma inovadora vertente da teoria do conhecimento iniciada por Friedrich L. Gottlob Frege (1848 - 1925)[58], fundador da *Lógica Moderna*, que contribuiu com o movimento *neokantiano Zurück zu Kant!* (Volta à Kant!) na resistência à incursão psicologista na *filosofia transcendental* durante o século XIX, que pretendia retirar da *razão teórica* e da *lógica-matemática*, a prerrogativa de dispor e explicar os princípios fundamentais de todo o conhecimento científico, *cf.* Scott Soames[59]: "*La tradición analítica se inicia em 1879, cuando Gottlob Frege inventa la lógica moderna con la finalidad de explicar cómo podemos alcanzar certeza em matemáticas*".

Neste sentido, vale uma rápida prolepse para antecipar que o *psicologismo* combatido pelos *neokantianos* pressupõe a redutibilidade do conhecimento a *unidade* de uma *consciência psicologizada*, à revelia, portanto, das funções lógicas da cognição e da síntese do entendimento, o que transgride as condições de possibilidade do conhecimento fixadas pelo *criticismo kantiano* e pelo anticognitivismo do *positivismo kelseniano*. Estas incursões psicologistas na filosofia transcendental são resíduos de um movimento revisionista do pensamento de Kant incitados pelos *idealistas alemães*, notadamente por Johann Gottlieb Fichte (1772 - 1814), Friedrich Wilhelm Joseph Schelling (1775 - 1854)[60] e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770 - 1831), que visaram contestar a cisão categórica entre sujeito-objeto na produção do conhecimento científico, e, por efeito, retirar da "razão kantiana" a autoridade alcançada frente ao projeto filosófico da modernidade.

A evolução do debate acerca da relação entre filosofia, lógica-matemática e epistemologia, atingiu sua máxima expressão nos *cálculos proposicionais* do *Principia Mathematica* (1910) de Alfred North Whitehead (1841-1947) e Bertrand Russell (1972-1970), que, paralelamente a *Logische Untersuchungen* (Investigações lógicas - 1900/01)

---

[58] "*Dummett, un incondicional defensor de la idea de que la filosofía analítica se origina con Frege, sostiene que la filosofía analítica merecería ser llamada 'anglo-austriaca' más que 'anglo-americana*"". GLOCK, Hans-Johann. Qué es la filosofia analítica? Madrid: Tecnos, 2012,102.
"*Without exception, the best philosophy departments in the United States are dominated by analytic philosophy, and among the leading philosophers in the United States* […]". (Sem exceção, os melhores departamentos de filosofia dos Estados Unidos são dominados pela filosofia analítica e estão entre os principais filósofos dos Estados Unidos). SEARLE, John. Contemporary Philosophy in the United States. Oxford: Blackwell, 2003, p. 1.
[59] SOAMES, Scott. El Surgimiento de la filosofia analítica. Trad. F. M. Wong et. al. Marid: Tecnos, 2019, p. 13.
[60] SCHELLING, F. Von. V Carta filosófica sobre o dogmatismo e o criticismo. SP: A. Cultural, 1973, p. 190.

de Edmund Husserl (1859 - 1938), marcaram a transição da *Filosofia Moderna* à *Contemporânea*. Trata-se do contexto histórico em que a *Filosofia analítica fregeana* foi aperfeiçoada pelo *neopositivismo lógico* do *Wierner Kreis* (Círculo de Viena), quando Bertrand Russell ao lado de George Edward Moore (1873-1958)[61], seu colega da Universidade de Cambridge, ambos mestres de Ludwig Joseph Johann Wittgenstein (1889-1951), formaram a linha de frente de um movimento intelectual que repercutirá na *refutação* da *metafísica* pela *análise lógica da linguagem*[62], na *Linguistic turn* (Virada linguística) e na fundamentação do discurso jurídico científico do *positivismo kelseniano*.

Habermas resume este cenário histórico do ponto de vista da teoria do conhecimento filosófico[63]: "Contra tal psicologismo levantaram-se, utilizando quase os mesmos argumentos, Ch. S. Peirce na América, Gottlob Frege e Edmund Husserl na Alemanha e G. E. Moore e B. Russell na Inglaterra. E, ao se recusarem a tomar a psicologia como base para a lógica, a matemática e a gramática, eles lançaram as bases para a filosofia do século XX".

Hans Kelsen fascinado pela lógica e pela matemática[64], o que explica em parte seu enfoque formalista do direito, encontrará na *epistemologia neokantiana* da *Marburg Schule* e sua visão matematizada do mundo, bem como no *antipsicologismo* da *Filosofia analítica*, o caminho seguro da linguagem e do método de produção do conhecimento científico, para instrumentalizar sua doutrina jurídica e oferecer uma abordagem objetiva e avalorativa para o estudo do direito, livre das quimeras e *sub-repções metafísicas*[65] do jusnaturalismo.

Em outras palavras, de acordo com as diretrizes *lógico-formais* da tradição *analítica da linguagem*, as *deskriptiven Rechtssätzen* (*proposições normativas* - da *ciência do direito*) - *i.e.*, descrições da *norma jurídica* como *objeto* de estudo da *Teoria pura do direito* - pertencerá a um discurso *metajurídico* próprio das ciências avaloralativas, apartado dos valores morais, dos critérios subjetivos de justiça, da linguagem do legislador e da prática jurídica em geral; *cf.* com R. Lazzarotto Simioni[66]: "Kelsen decidiu erigir a norma jurídica

---

[61] *Cf.* Stanford Encyclopedia of Philosophy, Moore também recusa a transição da razão teórica à prática: "[…] *he argues, Kant's conception of morality as founded on a priori principles of practical reason is untenable*". (ele argumenta que a concepção de moralidade de Kant, fundada em princípios a priori da razão prática, é insustentável). Disponível em: https://plato.stanford.edu/entries/moore/#4 Acesso em 25/08/2024.

[62] "[...] podemos dizer, em geral, sem nos comprometermos com uma definição particular de lógica: a lógica, num sentido qualquer, tem que ver com o *λόγος* enquanto linguagem". HIDEGGER, Martin. Lógica: A pergunta sobre a essência da linguagem. F. Caloustre Gublekian. Lisboa, 2008, p. 51.

[63] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Op. Cit. p. 27.

[64] Vide: MÉTALL, Rudolf Aladár. Hans Kelsen Vida y Obra. México: I. I. J., 1976. Passim.

[65] Fundamento falacioso que relaciona conceitos intelectivos e empíricos. Vide: KrV: A390: 391.

[66] LAZZAROTTO SIMIONI, R. A teoria pura do direito de Kelsen e a sintaxe linguística do neopositivismo lógico do círculo de Viena. Novos Direitos - RAICJ. V. 2 Nº 02, 2011, p. 123.

como a unidade analítica da sua teoria pura e separar o direito da ciência do direito na forma da relação entre linguagem e metalinguagem. A linguagem é a norma jurídica. A metalinguagem é a ciência do direito, cujo objeto são as normas jurídicas".

Rejeita-se a *razão prática*, mas acolhe-se a *razão teórica*, afinal, "*Man kann gegen oder mit Kant philosophieren, aber nie ohne ihn*". (Pode-se filosofar com ou contra Kant, mas não se pode filosofar sem ele)[67]; *i.e*., após a revolução cognitiva kantiana, independente da direção que caminha os "novos discursos filosóficos", sempre se reportarão aos pressupostos epistemológicos originais da Crítica da razão pura, como Schelling adverte[68]: "Somente a Crítica da Razão Pura é ou contém a doutrina-da-ciência propriamente dita, porque é valida para toda ciência", da mesma forma, Fichte[69], discípulo insurgente de Kant, ao tratar sobre as ciências em geral, ainda lembra da lições de seu mestre: "Uma ciência tem forma sistemática; todas as proposições contidas nela estão em conexão com um único princípio, e neste unificam-se em um todo - isto também todos admitem universalmente"[70]. São diretrizes epistemológicas da filosofia kantiana rigorosamente reproduzidas pelo *positivismo jurídico*, para organizar a "arquitetônica dos sistemas positivos".

Partindo do pressuposto da separação entre *razão teórica* e *prática*, com ressalvas ao aspecto *formal* da *coercibilidade jurídica*, ponto em comum entre Kant[71]: "O Direito está associado à faculdade de coerção" e Kelsen[72]: "[...] o direito é uma ordem coercitiva", considera-se, portanto, que não há nenhum compromisso ou filiação doutrinária entre a obra *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito - 1934/60) de Hans Kelsen, com as obras kantianas: *Kritik der praktischen Vernunft* (Crítica da razão prática - 1788); a *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito - *Jus*); a *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre* (Princípios metafísicos da doutrina da Virtude - *ethica*), que integram a *Metaphysik der Sitten* (Metafísica dos costumes - 1797), posto que a herança kantiana em Kelsen é de natureza *epistemológica e metodológica*, ou seja, originária da *Metaphysische der Natur* (Metafísica da natureza), temas apresentados na obra *Kritik der Reinen Vernunft* (Crítica da razão pura - 1781/87) e

[67] KÜHN, Manfred. In.: Katharina korb. Immanuel Kant: Ein Gentleman, der schweigt. Disponível em: https:// www. merkur. De /lokales/ wuermtal/ immanuel-kant-gentleman-schweigt-210901.html Acesso em 26/12/2023.
[68] SCHELLING, F. Von. V Carta filosófica sobre o dogmatismo e o criticismo. SP: A. Cultural, 1973, p. 190.
[69] FICHTE, John Gottlieb. Sobre o conceito da doutrina-da-ciência em geral. In.: FICHTE, John Gottlieb; SCHELLING, Friedrich Von. Escritos filosóficos. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 15.
[70] Fichte e Schelling são pós-kantianos da escola *idealista alemã,* mas divergem quanto à interpretação de kant.
[71] MS, §D: 44.
[72] GTLS: 27.

revisitados pelo *neokantismo* da *Marburg Schule* (Escola de Marburg) no século XIX, a base teórica de fundamentação da *ciência do direito positivo kelseniano*.

Simone Goyard-Fabre em suas lições sobre *Filosofia crítica* e *razão jurídica*, resume a importância do método de Kant para a ciência do direito de Kelsen[73]:

> Em Reine Rechtslehre, cujo título ecoa diretamente a Rechtslehre de Kant, a pedra angular da catedral jurídica é, no claro movimento metodológico do criticismo, a Idéia da razão cuja hipótese lógico-transcendental torna pensáveis e legítimas a arquitetura hierárquica e a abertura indefinida da pirâmide das normas do direito. Longe da inflação contemporânea das '*des*-construções', Kelsen salienta com uma força e uma precisão raras a necessidade de recorrer, na ciência do direito, à reflexividade de tipo kantiano, e explica que conhecer o direito é re-construí-lo segundo as exigências puras da razão crítica. Seu método analítico-crítico parte do direito positivo como de um dado e procura determinar o *a priori* transcendental sem o qual a ciência do direito seria inconcebível.

Entre as heranças do positivismo, importante lembrar que Hans Kelsen também deu continuidade ao projeto da *Autonomie des Rechts und der Rechtswissenschaft* (Autonomia da lei e da jurisprudência), ou ainda, da *autonomização* do saber jurídico, iniciado no século XIX pela *Analytical jurisprudence* (Jurisprudência analítica)[74], a "teoria científica do direito positivo" do britânico John Austin (1790 - 1859), *cf.* Kelsen[75]: "A orientação da teoria pura do Direito é, em princípio, a mesma chamada jurisprudência analítica. Como John Austin, no seu famoso *Lectures on Jurisprudence*, a teoria pura do Direito procura obter os seus resultados exclusivamente por meio de uma análise do Direito positivo".

Contudo, Kelsen identificou na *Analytical jurisprudence* de Austin problemas epistemológicos incompatíveis com as exigências de uma autêntica ciência jurídica, como traços de *psicologismo*, revisando-a à luz da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) de Hermann Cohen, quando nas discussões filosóficas oitocentistas contra os *idealistas alemães*, tratou sobre a produção do conhecimento científico, *cf.* Kelsen[76]:

---

[73] GOYARD-FABRE, Simone. Filosofia crítica e razão jurídica. SP: Martins Fontes, 2006, p. 227.

[74] Teoria pioneira em isolar o *direito positivo* como "objeto científico". "Pode-se concluir que a Teoria Pura continuou o método da Jurisprudência Analítica, de modo mais consistente do que Austin". BARACHO, J. A. O. Aspectos da Teoria de Kelsen. Disponível em: https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/823 Acesso em: 25/12/2023. "Kelsen, no sentido de purificar o Direito de elementos não jurídicos, reservando a outras esferas do saber a cogitação sobre o substrato social ou o conteúdo axiológico das normas de Direito como tais. Nessa tarefa, Hans Kelsen retomava o fio de desenvolvimento clássico da Ciência Jurídica posta pela Escola da Exegese e pela Escola Analítica inglesa [...]". REALE, M. Filosofia do direito. 19. ed. SP: Saraiva, 1999, p. 456.

[75] GTLS: XXX.

[76] KELSEN, Hans. Autobiografia. Trad. L. V. Borda. Bogotá. Universidad Extrernado de Colombia, 2008, p. 54.

"[...] *entonces me dediqué al estudio de los kantianos de Marburgo, especialmente de Cohen, cuya teoría del conocimiento me influyó persistentemente, sin que yo, sin embargo, lo hubiera seguido en todos los puntos* [...]".

A *Teoria pura do direito*, alinhada a *Linguistic turn* (Virada linguística) do *neopositivismo lógico* do *Wiener Kreis* (Círculo de Viena), mormente em relação à sua *primeira fase-analítico-sintática*[77], mantém o espírito *cientificista* e *antipsicologista* de Gottlob Frege, c*f.* destaca Michael Steven Green[78]: [...] *What Frege is to the interpretation of languages, Kelsen sought to save the logical analysis of legal systems by adopting a Kantian epistemology of legal meaning*, (O que Frege é para a interpretação de línguas, Kelsen é para a interpretação de sistemas jurídicos); isto porque, Hans Kelsen propõe subjacente à sua doutrina, uma inovadora *metalinguagem jurídica* livre de psicologismos, ecletismos conceituais e da herança ontológica grega, observando, assim, as exigências do *paradigma linguístico* do *neopositivismo lógico* para formulação das *deskriptiven Rechtssätzen* (proposições normativas), *objetivas* e *avaloralivas* do direito como objeto do conhecimento jurídico. Sobre este prisma linguístico, Paulo de B. Carvalho observa que[79]:

> [...] perceberam os neopositivistas lógicos que a linguagem natural, com os defeitos que lhe são imanentes, como por exemplo a ambiguidade, jamais traduziria adequadamente os anseios cognoscitivos do ser humano [...]"; logo, "[...] a necessidade de partir-se para a elaboração de linguagens artificiais, em que os termos imprecisos fossem substituídos por vocábulos novos [...].

Em que pesem divergências teóricas com o *neopositivismo lógico* do *Wierner Kreis*, está implícita na *Teoria pura do direito* a influência da postura *antimetafísica* da Escola vienense[80], bem como suas contribuições na análise lógica da linguagem, pois foram significativas na *instrumentalização científica* do *positivismo jurídico*, considerando que a *linguagem natural* utilizada para constituir conteúdos valorativos das *prescrições normativas* (legislativo), compartilhada pelos pareceres jurídicos e decisões dos órgãos

---

[77] Sobre a WK: "Kelsen vai usar apenas os aportes da primeira fase - analítico - sintática". LAZZAROTO, R. A TPD e sintaxe linguística do neopositivismo lógico do Círculo de Viena. N. D., v. 2, p. 121-146, 2011, p. 124.
[78] STEVEN GREEN, Michael. Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems. Disponível em: https:// scholarship. law. wm. edu/facpubs/173/ Acesso em 13/08/2024, p. 368.
[79] CARVALHO, P. B. Direito tributário, linguagem e método. 3.ª ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 21-22.
[80] "[...] Kelsen tem um tributo epistemológico principalmente com Carnap, e isso fica muito claro quando ele, Kelsen, escolhe fazer ciência apenas na ordem das proposições jurídicas (ciência), deixando de lado o espaço da 'realização concreta do direito' [...] Kelsen, portanto, privilegiou, em seus esforços teóricos, as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos, deixando a pragmática para um segundo plano: o da discricionariedade do intérprete". STRECK, Lênio. Verdade e consenso. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

aplicadores do direito (judiciário), ainda que revestida de tecnicismo terminológico, carrega imprecisões linguísticas incompatíveis com a objetividade científica[81], tais como a vaguidade, anfibolia[82], subjetividade e emotividade. Afinal, a textura do *texto normativo* intencionalmente deixada aberta pelo legislador, para dar *completude* ao ordenamento jurídico, *i.e*., para o magistrado fundamentar a *prestação judicial* ante qualquer caso concreto, permite toda sorte de opinião, ideologia e parcialidade, posto que a faculdade de *julgar* é um *ato de vontade* e não da *cognição científico-jurídica*.

A distância entre a *linguagem da norma* (prescrição, parecer e aplicação do direito) e a *metalinguagem descritiva do positivismo jurídico*, é a mesma que medeia a *jurisprudência* da *doutrina*, a *δόξα* (opinião) da *ἐπιστήμη* (conhecimento).

Se o *positivismo* não pretende *prescrever*, *interpretar* ou *aplicar* direitos[83], competências discursivas da *política jurídica*, mas *descrever* normas (*proposições normativas*), atribuição exclusiva da *ciência jurídica*, a *teoria pura* romperá, *cf. supra*, o vínculo entre *quod jus* (o que é direito) e *quid sit juris* (o que é de direito), ou, entre *Sein* (*ser*) e *Sollen* (*dever/ser*)[84]. Nas palavras de Hans Kelsen[85]:

> *La teoría jurídica pura es una teoría del Derecho positivo. En cuanto teoría, quiere limitarse a conocer única y exclusivamente su propio objeto. Se propone contestar a esta pregunta: ¿qué es y cómo es el Derecho? mas no le interesa plantearse la cuestión en torno a cómo debe ser, con arreglo a qué criterio debe ser construido. Es ciencia jurídica, no Política del Derecho.*

Neste sentido, acerca da rigorosa separação metodológica dos distintos campos de estudo (ciência e política), Albert Calsamiglia[86] anota que: "*En Kelsen el jurista teórico tiene un buen punto de partida, precisamente por haber sido el creador de la metodología más rigurosa del saber jurídico* […] *La metodología kelseniana podría caracterizarse como el método de la separación absoluta entre el ser y el deber ser*". Com efeito, o *positivismo jurídico* não infere por silogismos lógicos dedutivos (típica logicidade interna da

---

[81] *Cf.* Bertrand Russel: "[...] *todas estas nociones son inexactas y aproximadas, infectadas esencialmente de vaguedad, incapaces de constituir parte de una ciencia exacta*". RUSSELL, Bertrand. Atomismo Lógico. In.: AYER, A. J. In.: Positivismo lógico. México: FCE, 1981, p. 53-54.
[82] Em Kant: "[...] confusão entre o objeto puro do entendimento e o fenômeno". KrV, A270/B326: 306.
[83] "O fim da ciência jurídica não é julgar o direito positivo, mas tão só conhecê-lo em sua essência e compreendê-lo mediante a análise de sua estrutura lógico-imputativa". FREIRE S., R. M. Elementos de TGD. Op. Cit. p. 165.
[84] KELSEN, Hans. Autobiografia. Trad. L. V. Borda. Bogotá. UE de Colombia, 2008, p. 54. Vide também: "[...] é impossível deduzir uma proposição normativa de uma série de proposições descritivas e vice-versa [...] do ser, não se chega ao dever-ser e do dever-ser, não se chega ao ser". CARVALHO, P. B. Op. Cit. p. 23.
[85] KELSEN, Hans. El Método y los Conceptos fundamentales. Madrid: Reus, 2009. p.23.
[86] CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978, p. 8.

Rechtsstatik (Estática jurídica) dos *ordenamentos jusnaturalistas* deduzida por *Modus Ponens* ($P \rightarrow Q, P \vdash Q$)), a particularidade de uma obrigação jurídica (*dever-ser*), a partir de uma ideia geral de justiça (*ser*); em termos epistemológicos, seria recorrer a uma *projeção de hipóstase*[87], um procedimento sub-reptício comumente adotado pelas teses jusnaturalistas, sociologistas e psicologistas no processo de fundamentação do direito.

Sendo assim, na esteira do *antipsicologismo neokantiano* e alinhado à *Linguistic turn*, o *positivismo jurídico* também romperá com o tradicional paradigma *ontológico* (grego) de apreensão da realidade, e, com todas suas filiações linguísticas, por exemplo, com a *Innere Sprachform* (Forma interna da linguagem) de Wilhelm von Humboldt (1767 - 1835), filósofo mais influente no estudo da linguística na Alemanha do século XIX, que propôs uma estrutura *imanente* de regras *psicologizadas* da linguagem, e, que ainda serviu de base para a *Transformational Generative Grammar* (TGG); (Gramática Gerativa Transformacional - 1957), a *tese inatista* da linguagem do americano Noam Chomsky (1928 -)[88]. *Cf.* Patrick Flack[89]: "*Appearing in the work of Wilhelm von Humboldt (as innere Sprachform), the concept of inner form is at the heart of the development of a strong non-naturalistic, psychological approach to the study of language in the second half of the 19th century*". (Aparecendo na obra de Wilhelm von Humboldt (como *innere Sprachform*), o conceito de forma interna está no cerne do desenvolvimento de uma forte abordagem psicológica não naturalista para o estudo da linguagem na segunda metade do século XIX).

Ainda digno de nota, Humboldt foi o primeiro a compreender a linguagem como um sistema regido por princípios que subjazem as próprias estruturas do conhecimento que permitem o progresso cientifico, como destaca Sebastião Elias Milani[90]: "A relação da obra de Kant com a de Humboldt está no fato de ambos explicarem os fatos que pesquisaram

---

[87] O termo será estudado em apartado. Vide a "Guilhotina de Hume", quando é acionada contra as tentativas sub-reptícias do pensamento. In.: HUME, David. Tratado da Natureza Humana. SP: Ed. UNESP, 2000, p. 509.

[88] "[...] *there was a drive to amalgamate the philosophy of mind with empirical psychology. This was spearheaded from the philosophical side by Donald Davidson in the quest of a systematic theory of meaning for natural languages, and from the side of linguistics by Noam Chomsky with successive theories postulating hidden mechanisms underlying everyday grammar*". ([...] houve um impulso para amalgamar a filosofia da mente com a psicologia empírica. Isso foi liderado do lado filosófico por Donald Davidson na busca de uma teoria sistemática do significado para as línguas naturais, e do lado da linguística por Noam Chomsky com sucessivas teorias postulando mecanismos ocultos subjacentes à gramática cotidiana). KENNY, Anthony. Wittgenstein. Oxford: Blackwell Publishing, 2006, p. XIII. "[...] *we might instance Chomsky's idea that the mind possesses innately certain organizing principles of universal grammar as an abstract system underlying behavior*". ([...] podemos exemplificar a ideia de Chomsky de que a mente possui inatamente certos princípios organizadores da gramática universal como um sistema abstrato subjacente ao comportamento). Ibid. p. 116.

[89] FLACK, Patrick. Inner Form and the Development of the Concept of Expression in Structuralism and Phenomenology. Disponível em: https://doi.org/10.4000/hel.3516 Acesso em 04/09/2024. p. 88.

[90] MILANI, S. E. Historiografia linguística de Wilhelm Von Humboldt. SP: Paco editorial, 2012, p. 17.

por meio de uma regularidade física e metafísica [...]", associação compartilhada pelo entendimento de Danilo Marcondes[91]: "É de Kant que Humboldt parece derivar sua concepção de "forma linguística interna" (*Innere Sprachform*), que pode ser o equivalente, de um ponto de vista linguístico, da estrutura conceitual do pensamento subjetivo".

No entanto, como será estudado, todo discurso científico de filiação *analítico-linguística* (*antimetafísico*), como o *positivismo jurídico kelseniano*, torna-se incompatível com teorias *imanentes*, *psicologizadas* ou *inatistas* da linguagem.

Flack ainda reforça que as *teorias de sistemas* - teses que pressupõem estruturas imanentes (psicologizadas) e inatas da linguagem - perderam força com o novo *paradigma linguístico* do *neopositivismo lógico* no início do século XX, tema que será desenvolvido neste trabalho[92]: "*The relevance of inner form and its tradition seem to have abbetted at the turn of the 20th century, with the emergence and subsequent triumph of the decidedly anti-psychologistic paradigms of logical positivism, phenomenology and, of course, structuralism*". (A relevância da forma interior e sua tradição parecem ter diminuído na virada do século XX, com o surgimento e subsequente triunfo dos paradigmas decididamente antipsicológicos do positivismo lógico, da fenomenologia e, é claro, do estruturalismo).

Provido por este arcabouço teórico *antimetafísico*, *anti-inatista* e *antipsicologista*, Kelsen para dar continuidade ao projeto de *autonomização* do conhecimento *jurídico* à luz de uma inédita *Doutrina científica do direito*, depurou a *Analytical jurisprudence* de John Austin dos persistentes resíduos jusnaturalistas e despsicologizou[93] seus conceitos e fundamentos, considerando que ainda recorria a elementos de caráter *metajurídico* para legitimar uma suposta "vontade do Estado" como *fonte* de *juridicidade*, *cf.* Kelsen[94]: "*Austin shares the traditional opinion according to which law and Stat are two different entities, although he does not go so far as most legal theorists who present the State as the creator of the law, as the power and moral authority behind the law, as the god of the world of law*". (Austin compartilha da opinião tradicional segundo a qual o direito e o Estado são duas entidades diferentes, embora ele não vá tão longe quanto a maioria dos teóricos do direito que

[91] MARCONDES, D. Textos básicos de linguagem de Platão à Foucault. RJ: Jorge Zahar. Ed. 2009, p. 62.
[92] Loc.Cit.
[93] "[...] despsicologizar essas ciências formais bem como todas as ciências de fatos que enxergavam na vida psicológica regida por leis próprias e naturais os fundamentos de toda afirmação e de toda negação no plano do conhecimento humano". In.: GUIMARÃES, A. C. Husserl e a visão fenomenológica dos fundamentos do direito. In.: O fundamento do direito. RJ: M. A. Delgado, 2008, p. 148. Vide notas 56 e 62.
[94] TGDE, p. XXXVIII.

apresentam o Estado como o criador da lei, como o poder e a autoridade moral por trás da lei, como o deus do mundo do direito).

Tais aperfeiçoamentos metodológicos para a produção do conhecimento jurídico-científico, decorrem da originalidade do *positivismo jurídico kelseniano*, como também revelam os três vetores de racionalidade que compõem o espectro teórico do pensamento jurídico de Hans Kelsen: 1) *epistemológico*, 2) *psicológico/sociológico* e 3) *linguístico*[95]; desenvolvidos nas fases *kantianas* (*construtivista e filosófica-transcendental*) e *analítico-linguística.* De acordo com Friedrich Stadler[96], membro fundador do atual *Institute Vienne Circle* (IVC); (Instituto do Círculo de Viena)[97]: "[…] *la escuela jurídica vienesa de la teoría pura del Derecho, de Hans Kelsen, caracterizada por un sincretismo de neokantismo, neopositivismo y psicoanálisis*".

Os vetores de racionalidade são diretrizes filosóficas que atendem as necessidades de seu projeto doutrinário de tratar o *direito positivo* com *Eigengesetzlichkeít* (Autonomia), ou seja, de analisar com *métodos puros* (jurídicos) seu objeto de estudo.

À luz destas considerações, este trabalho orienta-se por esta tríade de racionalidade do pensamento jurídico de Kelsen destacada, *cf. supra*, por Friedrich Stadler e R. Lazzaroto Simioni, *i.e.*: na *fundamentação* do conhecimento científico-jurídico, na *metalinguagem descritiva* da *filosofia analítica* e na *rejeição* ao *psicologismo*, para, então, em posse destes expedientes teóricos, validar a função criadora de direitos da norma negocial nos termos da *Teoria pura do direito*, sem recorrer à *Sprachontologie* (ontologia da linguagem), à metafísica e à psicologia.

Hans Kelsen trouxe para o campo jurídico as regras gerais da lógica para analisar e validar a estrutura formal da *norma jurídica* (*nomoestática*) e do conjunto normativo (*nomodinâmica*); bem como para instrumentalizar seu programa teórico e torná-lo apto e autossuficiente para estudar o direito como objeto privilegiado de investigação da *ciência*

---

[95] "[...] torna-se possível entender as motivações da teoria pura do direito a partir de três vetores de racionalidade: a) uma crítica às concepções psicológicas e sociológicas de ciência do direito; b) a virada lingüística do neopositivismo lógico do Círculo de Viena; e c) a fundação de uma ciência genuinamente jurídica - e por isso pura - do direito". LAZZAROTO S. R. Op. Cit. p. 123. Vide: "*Kelsen parte de los resultados de las investigaciones de la escuela dogmática alemana e intenta - polemizando con sus predecesores - elevar la jurisprudencia a categoría de saber riguroso*. […] *Kelsen, como Kant, cree que la ciencia crea su objeto y que por tanto el saber juríd1co sólo será científico cuando haya conseguido un método exclusivo*". CALSAMIGLIA, A. Op. Cit. p. 7.

[96] STADLER, Friedrich. El Círculo de Viena. Empirismo lógico, ciencia, cultura y política. Trad. Luis Felipe Segura Martínez. Primera edición electrónica. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2013, p. 67.

[97] Continuação do WK. Vide: *Viener Kreis Gesellschft* e *Institut Wiener Kreis.* UNIVERSITÄT WIEN. Disponível em: https://philbild.univie.ac.at/en/about-us/departments/institute-vienna-circle/ Acesso em: 04/09/2024.

jurídica, a propósito, Kelsen afirma que[98]: "[...] não se pode falar, especificamente, de uma Lógica 'Jurídica'. É a Lógica Geral que tem aplicação tanto às proposições descritivas da Ciência do Direito - até onde a Lógica Geral é aqui aplicável quanto às prescribentes normas do Direito". Razões pelas quais, seu sistema doutrinário foi consagrado pela tradição acadêmica, como a matriz universal do pensamento científico jurídico.

Se a consistência da *teoria pura* como *programa científico* depende, *cf. supra*, da profundidade que enraíza seus pressupostos teóricos no terreno da epistemologia, do delineamento preciso do seu objeto e da objetividade dos seus enunciados, este trabalho percorrerá, de Kant à Kelsen, *o fio metodológico que conduz a origem epistêmica da experiência jurídica à validação da função criadora de direitos da norma negocial*, adotando como referenciais, a *filosofia kantiana*, o *transzendentale Methode* (método transcendental) *coheniano* e o paradigma linguístico do *neopositivismo lógico* do *Wiener Kreis* (Círculo de Viena).

Ocorre que o *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico), a *transação*, ou ainda, a *convenção*[99], termo traduzido para o espanhol da obra de Kelsen "*El contrato y el tratado: analizados desde el punto de la teoría pura del derecho*[100], apresenta um problema teórico para o *Direito Negocial*, pois, se: "*De acuerdo con la definición tradicional, convención es la concordancia de voluntades de dos o varios sujetos, tendiente a producir un efecto jurídico, es decir, a crear o extinguir una obligación y el derecho subjetivo correspondiente*"; como explicar, à luz do *positivismo jurídico*, a fundamentação epistemológica do direito criado? Para tanto, deve-se responder previamente quais são os pressupostos da *teoria pura do direito* para validar o processo de *juridicização* ou *Verrechtlichung* (*juridificação*) dos fatos, dos valores sociais e da *vontade dos particulares*, ou ainda: O que é necessário para constituir *juridicidade*, o caráter jurídico da realidade? Isto posto, este trabalho se propõe a reconstituir e explicar o anteparo epistemológico que suporta a criação de direitos conforme as diretrizes fixadas pela *Doutrina do Direito Positivo,* ou seja, pelos pressupostos supra mencionados, considerados, aqui, como *paradigmas do positivismo jurídico*.

Afinal, quando Kelsen pergunta: "*¿Cuál es el fundamento de validez de la norma contractual?*"[101], considera que as teorias tradicionais ao categorizarem a *relação negocial*

---

[98] ATN: 349.
[99] Todos estes termos significam "negócios jurídicos", *cf*. as traduções dos textos de Kelsen.
[100] KELSEN, Hans. El contrato y el tradado: analizados desde el punto de la teoria pura del derecho. Traducción de Eduardo García Máynez. México: Editora Nacional, 1979, p. 3.
[101] KELSEN, Hans. El contrato y el tradado. Loc. Cit.

como um *ato jurídico*, logo, sob uma perspectiva organizacional e estritamente dogmática vinculada a um conceito da *filosofia prática* (*metafísico* ou *psicologizado*) de "*autonomia privada da vontade*": "[...] *se cierra la posibilidad de captar en todos sus aspectos la esencia del fenómeno en cuestión. Dicha teoria pasa por alto una de las funciones más importantes de la convención: la función creadora de derecho*"[102]; assim também afirma o jurista alemão Hugo Sinzheimeir (1875 - 1945)[103]: "*Es gibt in der ganzen Rechtswissenschaft kaum ein wichtigeres Problem, als das der Rechtsbildung, d. h., die Frage danach, wie neues Recht entsteh*". (Dificilmente há problema mais importante em toda a ciência jurídica do que o da formação do direito, ou seja, a questão de como o direito novo é criado).

Compartilha-se vivamente a convicção de Hugo Sinzheimeir, de que o *problema* mais importante (e fascinante) da *ciência jurídica* é a *criação do direito*, em tela, a *função criadora de direitos da Norma Negocial*.

Ora, se Hans Kelsen recorre à *Crítica da Razão Pura*[104] de Immanuel Kant para posicionar um dos problemas fundamentais da *Teoria Pura do Direito*[105], ou seja:

> Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?

Per analogiam, pergunta-se: *Como é possível a função criadora de direitos da norma negocial, sem recorrer à ontologia linguística e às instâncias metajurídicas como a psicologia e a metafísica?*

Para tanto, apresenta-se um estudo introdutório[106] intitulado "Caminhos entre a *δόξα* (*doxa*) e a *ἐπιστήμη* (episteme): Estudo preliminar sobre filosofia, ciência e linguagem"; que oferece um panorama histórico da evolução do pensamento filosófico ocidental, as principais teorias do conhecimento, os avanços das ciências e seus respectivos paradigmas

---

[102] Ibid. p. 4.
[103] SINZHEIMER, Hugo. Zur Kritik des bürgerlichen Rechts. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). Arbeitsrecht und Rechtssoziologie Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt. 1976, p.418.
[104] "Schopenhauer classifica a Critica como 'o trabalho mais importante da literatura alemã' e considera qualquer homem uma criança até que tenha compreendido Kant [...]". DURANT, Will. A filosofia de Emanuel Kant ao seu alcance. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, "s.d.". p. 12.
[105] RR2: 141.
[106] Inspirado no "*Estudio preliminar de Adela Cortina Orts*". In.: KANT, Immanuel. "La metafísica de las Costumbres. Trad. y notas de Adela Cortina Orts y Jesus Conill Sancho. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. XV.

linguísticos. Após este percurso histórico incontornável para compreensão das origens filosóficas e científicas do *pensamento jurídico kelseniano*, este trabalho será dividido em três partes: Parte I: Paradigmas do positivismo; Parte II: O sistema positivo e, Parte III: O direito negocial.

A Parte I, com objetivo de delinear os paradigmas filosófico, epistemológico e linguístico do direito positivo, diferencia a metodologia aplicada ao estudo descritivo do ser (*Sein*) e prescritivo do dever-ser (*Sollen*); analisa a objetividade das ciências sociais; explica a reação neokantiana contra o psicologismo do idealismo alemão; examina a *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) coheniana aplicada à teoria pura do direito; contrapõe a *Reinheit der Rechtswissenchaft* (pureza da ciência do direito) do positivismo jurídico com as teses jusnaturalistas, sociologistas e psicologistas; associa o discurso antimetafísico do positivismo jurídico com a filosofia analítica da linguagem; considera as estruturas formais do direito positivo como condições *a priori* da realidade jurídica; rompe o elo epistemológico entre razão teórica e prática; justifica a substituição da liberdade (lei apodítica da razão prática) pela norma jurídica como objeto do direito; distingue as *deskriptiven Rechtssätzen* (proposições normativas) das *präskriptiven Rechtsnormen* (proposições prescritivas) e, identifica as prerrogativas da ciência e da política jurídica.

A Parte II, com objetivo de apresentar os fundamentos de validade da ordem jurídica positiva; posiciona a *Grundnorm* (regra base) como postulado lógico-transcendental do sistema jurídico positivo; apresenta os elementos lógicos/formais da *Stufenbau der Rechtsordnung*, a teoria da estrutura escalonada das normas do ordenamento positivo.

A Parte III, com objetivo de enquadrar o direito negocial, os *Willensaktes* (atos de vontade) e a autonomia da vontade na teoria pura do direito, apresenta objeções à metafísica e ao psicologismo na fundamentação dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos - efeitos jurídicos) e, responde como é possível a função criadora de direitos da norma negocial - *das Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (O negócio jurídico como fato gerador de direito) - a partir dos pressupostos teóricos do positivismo jurídico de Hans Kelsen.

Οὔτοι ἀπ' ἀρχῆς πάντα θεοὶ θνητοῖσ' ὑπέδειξαν,
ἀλλὰ χρόνωι ζητοῦντες ἐφευρίσκουσιν ἄμεινον[107].

[107] "Os deuses de início não mostram tudo aos mortais, mas os que investigam, com o tempo, descobrem o melhor". Xenófanes, DK21B18. In.: Filósofos épicos. RJ: Hexis: FBN, 2011, 32-33.

CAMINHOS ENTRE A δόξα (DOXA) E A ἐπιστήμη (EPISTEME): ESTUDO PRELIMINAR SOBRE FILOSOFIA, CIÊNCIA E LINGUAGEM

> *Καὶ τὸ μὲν οὖν σαφὲς οὔτις ἀνὴρ ἴδεν οὐδέ τις ἔσται εἰδὼς ἀμφὶ θεῶν τε καὶ ἅσσα λέγω περὶ πάντων· εἰ γὰρ καὶ τὰ μάλιστα τύχοι τετελεσμένον εἰπών, αὐτὸς ὅμως οὐκ οἶδε· δόκος δ' ἐπὶ πᾶσι τέτυκται.*
>
> Xenófanes[108]

Desde tempos imemoriais, esmerar-se na capacidade de realizar representações da experiência vivida e submetê-las ao exame do próprio pensamento, contrastou o humano da animalidade; demarcou os parâmetros *θεωρητικός* (teoréticos) de interpretação e do discurso sobre o mundo, conduziu o progresso das ciências e, na *πράξις* (prática), vem aperfeiçoando as regras que regulam o convívio humano. Sobre o conhecimento, *in verbis*, declarou Aristóteles (*Ἀριστοτέλης* 382 - 322 a. C.) na *Τὰ μετὰ τὰ φυσικά* (Metafísica)[109]: "*Πάντες ἄνθρωποι τοῦ εἰδέναι ὀρέγονται φύσει*"; (Todos os homens têm, por natureza, desejo de conhecer).

O esforço para separar o conhecimento *ἀληθής* (verdadeiro) do *ψεῦδος* (falso) sempre foi de iniciativa do pensamento filosófico. Parmênides (*Παρμενίδης* século VI. a. C.), autorizado pela deusa da justiça *Δίκη* (*Diké*)[110] a ter acesso a um saber inalcançável pela compreensão do senso comum, idealizou no poema *Περί φύσεως* (Sobre a Natureza)[111], o primeiro *μέθοδος* - *μετά* e *οδός* (método) para separar a *δόξα* (opinião) da *ἀλήθεια* (verdade)[112], propondo, à margem do misticismo, dos subjetivismos e certezas particulares[113], uma *θεωρία*

---

[108] (E ao certo nenhum homem sabe coisa alguma nem há de saber algo sobre os deuses nem sobre o todo de que falo; pois se, na melhor das hipóteses, ocorresse-lhe dizer algo perfeito, ele mesmo, no entanto, não saberia; opinião é o que se cria sobre tudo). XENÓFANES. Op. Cit. DK21B34: 45.

[109] ARISTÓTELES. Metafísica. Op. Cit., p. 5. Vide também Nicolás de Cusa: "*Así como todo lo que existe apetece aquello sin lo cual no puede existir, del mismo modo la vida intelectual apetece la sabiduría".* CUSA, Nicolás de. La paz de la fe. Carta a Juan de Segovia. Pamplona: Navarra,1996, p. 57.

[110] *Cf.* BITTAR, Educardo C. B. Curso de filosofia do direito. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 75.

[111] TRINDADE, José Santos. PARMÊNIDES. Da natureza. Brasília: Thesaurus, 2000, p. 22-23.

[112] As duas vias da verdade: *"ἐν τῶι σοι παύω πιστὸν λόγον ἠδὲ νόημα ἀμφὶς ἀληθείης· δόξας δ' ἀπὸ τοῦδε βροτείας μάνθανε κόσμον ἐμῶν ἐπέων ἀπατηλὸν ἀκούων".* (Aqui cesso para ti um discurso fiável e um pensamento acerca da Verdade; a partir daqui aprende opiniões de mortais, ouvindo o mundo enganoso de minhas palavras). DK28B8, Filósofos épicos Parmênides e Xenófanes, fragmentos/edição do texto grego, tradução e comentários Fernando Santoro; revisão cientifica Néstor Cordero. Rio de Janeiro: Hexis: F. Biblioteca Nacional, 2011, 51. p. 98,99.

[113] *"χρεὼ δέ σε πάντα πυθέσθαι ἠμὲν ἀληθείης εὐπειθέος ἀτρεμὲς ἦτορ ἠδὲ βροτῶν δόξας, ταῖς οὐκ ἔνι πίστις ἀληθής. ἀλλ' ἔμπης καὶ ταῦτα μαθήσεαι, ὡς τὰ δοκοῦντα χρῆν δοκίμως εἶναι διὰ παντὸς πάντα περ ὄντα".* (Mas é preciso que de tudo te instruas: tanto do intrépido coração da Verdade persuasiva quanto das opiniões de mortais em que não há fé verdadeira. Contudo, também isto aprenderás: como as aparências precisavam patentemente ser, por tudo como tudo quanto é). Parmênides, DK28B1, 24-32. Op. Cit.p. 85.

(*theoria*) para explicar o *λόγος* (*logos*), a lei inerente à *Φύσις* (*Physis*) - ou seja, somente um *discurso racionalmente ordenado* seria capaz de revelar e traduzir a *racionalidade* que legisla a relação harmônica dos elementos da natureza[114]; segundo Sexto Empírico (*Σέξτος Εμπειρικός* 160 d.C. - 210 d.C.)[115], Parmênides: "[...] *rechazó la razón sujeta a opinión* (*me refiero a la que acoge impresiones débiles*) *y asumió como criterio la razón cognitiva, esto es, la infalible, tras renunciar también él a confiar en los sentidos*".

Os traços iniciais da ontologia[116] linguística (grega) são atribuídos a Parmênides[117] quando estabelece, subjacente em seus poemas, a primeira *relação cognitiva* entre as *palavras* e o *mundo*[118], como infere-se da meticulosa análise de Nicola Stefano Galgano[119] dos fragmentos parmenidianos sobre os limites do dizível e do indizível: "*οὔτε γὰρ ἂν γνοίης τό γε μὴ ἐὸν* (*οὐ γὰρ ἀνυστόν*) *οὔτε φράσαις*' - 'pois nem conhecerias o que não é (pois não é exequível), nem o dirias [...]'; ou ainda: '*χρὴ τὸ λέγειν τε νοεῖν τ'ἐὸν ἔ μμεναι·'* - 'Necessário é o dizer e pensar que (o) ente é [...]', (DK 6.1); '[...] *οὐ γὰρ φατὸν οὐδὲ νοητόν / ἔστιν ὅπως οὐκ ἔστι*' - 'Pois não dizível nem pensável é que não é', (DK B 8-9)"[120]. Da mesma forma, Karl Popper[121] também identifica em Parmênides o marco inicial da metafísica da linguagem: "'Isto é'. Que pode ser interpretada: 'O cognoscível existe'. Ou, em forma tautológica: 'O que é, é'. Ou ainda, de modo igualmente tautológico. 'O que existe, existe'".

Do liame entre *linguagem* e *mundo*[122], surge a primeira implicação formal e ontológica de *identidade* (A = A), de *não contradição* ¬ (A ∧ ¬ A) e do *terceiro excluído* (A ∨ ¬ A), os princípios fundantes da lógica. *Cf.* Eliane C. de Souza[123]: "Não seria, pois, exagero dizer que a

---

[114] "Παρμενίδης και Ἐλεάτης, Parmênides e Heráclito - estes são os nomes dos dois pensadores, contemporâneos nas décadas entre 540 e 460, que, numa co-pertença única no início do pensar ocidental, pensam o verdadeiro. Pensar o verdadeiro significa experimentar o verdadeiro na sua essência e, em tal experiência essencial, saber a verdade do verdadeiro". HEIDEGGER, M. Parmênides. Trad. S. M. Wrublescky, RJ: USF, 2008, p. 13.

[115] EMPÍRICO, Sexto. Contra os dogmáticos. Trad. Juan Francisco M. Montiel. Madrid: Gredo, 2012, p. 106.

[116] A palavra "ontologia" foi popularizada por Gottfried W. Leibniz (1646 - 1716) e Christian Wolff (1679 - 1754), mas, segundo Alasdair MacIntyre, não é possível reivindicar precisamente a sua introdução na história. Disponível em: https://criticanarede.com/tes_conscihistorica.html Acesso em: 07/10/2023. *Idem* no verbete "ontologia" in: CAYGILL, Howard. Dicionário Kant. Trad. Álvaro Cabral. RJ: Jorge Zahar, 2000, p. 245.

[117] "De fato, a doutrina de Heráclito já contém uma crítica implícita à metafísica linguística de Parmênides". In.: RUSSELL, B. História do pensamento ocidental. RJ: Ediouro, 2002, p. 36

[118] Vide também o *Κρατύλος* (Crátilo) de Platão e as Categorias do *ὄργανον* (Órganon) aristotélico.

[119] (DK B 2.7-8). GALGANO, Nicola Stefano: Os limites da palavra: Parmênides e o indizível. Disponível em: http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/19_2_galgano.pdf Acesso em: 07/10/2023. p. 06.

[120] Ibid. p. 19.

[121] POPPER, Karl. O mundo de Parmênides. Trad. R. L. Ferreira. SP: UNESP, 2014, p.190 - 192.

[122] "Foi por isso que a linguagem pode surgir (se não existisse pensamento sem linguagem, jamais teria existido linguagem). Foi por isso que a filosofia pode surgir - como pensamento linguageiro, como palavra pensante, como lógos em ato. Filosofia se faz 'por discursos e raciocínios', constatava Epicuro, e eu não conheço nenhum filósofo que constitua exceção. COMTE-SPONVILLE, André. A filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 9.

[123] SOUZA, C. Um breve estudo sobre a lógica no poema de Parmênides. Cascavel: EDUIOESTE, 2006, p. 17.

lógica nasceu com Parmênides e que este tipo de discurso não parece de modo independente do discurso sobre o ser, o que podemos chamar de ontologia"; e, em Ernst Tugendhat, Parmênides foi[124]: "[...] o primeiro a refletir sobre o ser e o ente - a dizer: só pode haver um único ser sem determinações". Para estimar o alcance desta reflexão *ontológica* sobre o conhecimento, vale registrar a conhecida frase de Martin Heidegger (1889 - 1976)[125], quando associou o progresso científico ao discurso sobre o *ser*: "[...] a bomba atômica começou a explodir nos poemas de Parmênides, há dois mil e quinhentos anos"; e conclui: "[...] a ciência nunca existiria se a filosofia não a tivesse precedido e antecipado"[126].

Pouco adiante, nos diálogos platônicos, o *μέθοδος - μετά e οδός* parmenidiano aplicado à *Φύσις* (*Physis*) foi incorporado de forma análoga por Sócrates (*Σωκράτης* 369 - 399 a.C.)[127] na *πράξις* (*praxis*), o plano das relações humanas, ainda *cf*. Sexto Empírico (*Σέξτος Εμπειρικός*)[128]: "[...] *Sócrates había pasado de las investigaciones físicas al estudio de la ética*". Na *πράξις* (*praxis*), a *διαλεκτική* (dialética) - o método da *ἐπιστήμη* (episteme) - é um caminho[129] traçado pela tensão interlocutória engendrada em opiniões antagônicas na busca da *ἀλήθεια* (verdade).

O percurso dialógico ao longo do seu processo de "correição dialética", expõe as fragilidades do senso comum, ao mesmo tempo que consubstancia o conhecimento verdadeiro, *i.e.*, a *διαλεκτική* é capaz de separar as ideias falsas das verdadeiras, na medida em que a *δόξα* que se sustenta por uma cadeia causal, eleva-se acima do senso comum convertendo-se em

---

[124] TUGENDHAT, Ernst, WOLF, Ursula. Propedêutica lógico-semântica. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996, p. 158.

[125] Entrevista de M. Heidegger ao L` Express. Disponível em: https:// revistas. unal. edu. co/ index. php/idval/article/view/29089 Acesso em 27/09/2023. p. 03.

[126] HEIDEGGER. Martin. O que é isso a filosofia? SP: Nova Cultural, 1999, p. 29.

[127] "Heráclito e Parmênides ainda não eram 'filósofos'. Por que não? Porque eram os maiores pensadores. Maiores não designa aqui o cálculo de um rendimento, porém aponta para uma outra dimensão do pensamento. Heráclito e Parmênides eram 'maiores' no sentido de que ainda se situavam no acordo com o *Lógos*, quer dizer, com *Hén Pánta*. O passo para a 'filosofia', preparado pela sofistica só foi realizado por Sócrates e Platão. Aristóteles, então, quase dois séculos depois de Heráclito, caracterizou este passo com a seguinte afirmação: *kai dè kai tò pálai te kai nyn kai aei zotóumenon kai aei* aporoúmenon, *ti tò ón?* (Met. Z1, 1028b 2s). Na tradução isso soa: "Assim, pois, é aquilo para o qual a (filosofia) está em marcha já desde os primórdios, e também agora e para sempre e para o qual sempre de novo não encontra acesso (e que é por isso questionado): o que é o ente?" (*ti tò on)*". A filosofia procura o que é o ente enquanto é. A filosofia está a caminho do ser do ente, quer dizer, a caminho do ente sob o ponto de vista do ser". "[...] A filosofia é uma espécie de competência capaz de perscrutar o ente, a saber, sob o ponto de vista do que *ele é*, enquanto é ente". HEIDEGGER, Martin. Conferências e escritos filosóficos. Qu'est-ce que la Philosophie? Tradução Ernildo Stein. São Paulo, SP: Nova Cultural, 1996. p. 32 - 33.

[128] EMPÍRICO, Sexto. Op. Cit. p. 73.

[129] "Entre os passos para o caminho do conhecimento: 'Não falamos de conhecimento' se topamos com a verdade por acidente. Nesse caso, dizemos (como sem dúvida disse Xenófanes) que não a *conheceríamos,* apenas conjecturamos a respeito. Só falamos, pois, de "conhecimento" se pudermos dar *razões suficientes* ou *argumentos válidos suficientes* em apoio à nossa asserção, isto é, só falamos de conhecimento se a nossa asserção puder ser *justificada* ou *provada* por argumentos, pela razão". POPPER, Karl. O mundo de Parmênides. Ensaios sobre o iluminismo pré-socrático. Tradução Roberto Leal ferreira. São Paulo, SO: UNESP, 2014, p. 42.

ἐπιστήμη; logo, a ciência exigirá *método* e *sistema de conhecimento* (*doctrina*)[130], a despeito da opinião correta, *cf.* o diálogo entre Sócrates e Mênon[131]:

> Sócrates para Mênon: "[...] as opiniões que são verdadeiras, por tanto tempo quanto permaneçam, são uma bela coisa e produzem todos os bens. Só que não se dispõem a ficar muito tempo, mas fogem da alma do homem, de modo que não são de muito valor, até que alguém as encadeie por um cálculo de causa. [...] E quando são encadeadas, em primeiro lugar, tornam-se ciências, em segundo lugar, estáveis. E é por isso que a ciência é de mais valor que a opinião correta, e é pelo encadeamento que a ciência difere da opinião correta.

A *virada socrática* que analogamente aplicou o método da *Φύσις* à *πράξις*, foi eternizada na história da filosofia por Marco Túlio Cícero (106 - 43 a.C.)[132]: "*Socrates autem primus philosophiam devocavit e caelo et in urbibus conlocavit et in domus etiam introduxit et coëgit de vita et moribus rebusque bonis et malis quaerere*". (Sócrates, por primeiro, fez descer do céu a filosofia, colocou-a nas cidades, introduziu-a também nas casas e forçou a investigação sobre a vida e os costumes e sobre as coisas boas e as más); assim repetida por Michael Eyquem de Montaigne (1553 - 1592) nos seus *Les Essais*[133]: "*C'est luy, qui ramena du ciel, où elle perdoit son temps, la sagesse humaine, pour la rendre à l'homme*". (Foi ele quem trouxe de volta a sabedoria humana do céu, onde ela estava perdendo tempo, para devolvê-la ao homem).

Entretanto, foram os sistemas filosóficos de Platão e Aristóteles que demarcaram os parâmetros teóricos de compreensão da realidade, sobretudo na perspectiva da cisão entre espírito e matéria (*metafísica* e *física*). Reflexamente, as categorias *ontológicas* (*metafísicas*) da linguagem grega iniciada nos poemas parmenidianos, concomitante ao platonismo e ao aristotelismo, formataram os esquemas intelectivos do sujeito cognoscente na apreensão do

---

[130] "Não falamos de "conhecimento" se topamos com a verdade por acidente. Nesse caso, dizemos (como sem dúvida disse Xenófanes) que não a *conheceríamos,* apenas conjecturamos a respeito. Só falamos, pois, de "conhecimento" se pudermos dar *razões suficientes* ou *argumentos válidos suficientes* em apoio à nossa asserção, isto é, só falamos de conhecimento se a nossa asserção puder ser *justificada* ou *provada* por argumentos, pela razão". POPPER, Karl. O mundo de Parmênides. São Paulo, SO: UNESP, 2014. p. 42.

[131] PLATÃO. Mênon. Tradução de Maura Iglésias. São Paulo: Loyola, 2001, p. 102,103. Sobre a *doxa* (opinião) em Platão, vide também Hans Kelsen: "Um deles, o reino transcendente da idéia, 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. Se o primeiro desses mundos é o mundo do inteligível, o objeto, o único possível, aliás, do genuíno conhecimento racional, do pensamento puro e do verdadeiro saber - da episteme-, o segundo é o mundo do sensível, o objeto altamente questionável da percepção pelos sentidos, da mera opinião - da doxa". KELSEN, Hans. A ilusão da justiça. Trad. Sérgio Terallori. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 2.

[132] *Tuscul. Quaest*. L. V, n. 4. CÍCERO, M. T. Discussões Tusculanas. Uberlândia: EDUFU, 2014. p. 394-395.

[133] Vide MONTAIGNE, M. de. Ensaios. Livro II, Cap. XIII. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 333.

mundo sensível[134], e, até Kant no século XVIII, a *metafísica clássica* reinaria solitária como a ciência do inteligível, como resume o teólogo Henrique Cláudio de Lima Vaz, Sj[135]:

> De Platão à Kant (se prescindirmos das contestações céticas), a possibilidade da metafísica como ciência do inteligível foi admitida sem discussão. Na verdade, o passo inaugural da metafísica foi dado por Parmênides, e a audaz entrada do pensador eleata no mundo inteligível puro revelou-o dotado de propriedades que o distinguem radicalmente do sensível. O inteligível, na sua primeira manifestação ao pensamento, só pode ser pensado como Ser absoluto: o absoluto um, o que significa imediatamente sua identidade com o próprio pensamento: Com efeito, é o mesmo o pensar e o ser (DK, 28, B, 3).

Digno de nota é a representação artística da dicotomia filosófica entre o pensamento de Platão e Aristóteles interpretada pelo pintor renascentista italiano Raffaello Sanzio (1483 - 1520) no quadro *Scuola di Atene* (Escola de Atenas ≈ 1510), encomendado pelo Papa Júlio II para ornamentar a sala *Stanza della Segnatura* no Vaticano, *cf.* S. Martins: "No centro do cenário arquitetônico estão os dois grandes filósofos do mundo clássico, Platão e Aristóteles. Platão, que representa a filosofia abstrata e teórica, aponta para cima. Aristóteles, à direita, indica com um gesto o que está logo ao seu redor; ele representa a filosofia natural e empírica"[136].

Figura 1*: *Scuola di Atene di Raffaello Sanzio*

Al centro del gruppo di pensatori e di uomini di scienza dell'antichità, rappresentati nel loro incedere solenne, figurano Platone e Aristotele che rappresentano simbolicamente i due pilastri del pensiero occidentale.

[134] "As filosofias clássica e medieval tinham um grande compromisso com a dignidade e com os recursos da língua, [...] poderiam conciliar a mente com a realidade. Platão, Aristóteles, Duns Scotus e Tomás de Aquino, são arquitetos de palavras, construindo em torno da realidade, grandes edifícios de exposição". STEINER, G. Linguagem e Silêncio. SP: Cia Letras, 1988, p. 38.
[135] LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. Raízes da modernidade. Escritos de filosofia VII. SP: Loyola, 2002, p. 275.
[136] IMBROISI, M.; MARTINS, S. A Escola de Atenas, Rafael Sanzio. História das Artes, 2023. Disponível em: http://www.historiadasartes.com/sala-dos-professores/a-escola-de-atenas-rafael-sanzio/. Acesso em 03/10/2023.
* Figura 1: ARTE.IT. Map of art in Italy. Disponível em: https://www.arte.it/raffaello/loc/la-scuola-di-atene-2871 Acesso em 07/10/2023; Legenda: "No centro do grupo de pensadores e homens de ciência da antiguidade, representados no seu andar solene, estão Platão e Aristóteles que representam simbolicamente os dois pilares do pensamento ocidental". *Cf.* MUSEO A. ROCCAVILLA. Disponível em: http://www.museoalessandroroccavilla. It /2020/05/22/la-scuola-di-atene/ Acesso em 07/10/2023.

Sobre estes pilares do pensamento ocidental, Santo Agostinho (354 d.C. - 430 d.C.) na obra *De Magistro*[137] seguiu a *διαλεκτική* socrática/platônica (método dialógico) como forma de revelação das verdades interiores, *v.g.*, quando questiona Adeodato, seu filho, sobre a finalidade da linguagem: "*Quid tibi videmur efficere velle, cum loquimur?*". (O que compreendes desejarmos fazer ao falarmos?)[138], para explicar, evoca a memória da *verdade interior*: "[...] *sic quoque locutione nihil aliud agere quam commemorare, cum memoria, cui verba inhaerent, ea revolvendo facit venire in mentem res ipsas, quarum signa sunt verba*". (Assim, com a locução nada fazemos a não ser evocar à memória, fazendo-a agir e rememorando a mente as próprias coisas das quais são signos as palavras). Assim como em sua máxima: "*Ergo noli quaerere intelligere ut credas, sed crede ut intelligas: quoniam nisi credideritis, non intelligetis*". (Portanto, não procureis compreender para que possais crer, mas crede para que possais compreender: porque se não crerdes, não compreenderei)[139], demonstra que a busca da verdade (incluindo a justiça verdadeira)[140] deve ser realizada na interioridade da alma - no *Regressum a Deo suo* (retornar do seu Deus).

Agostinho anteciparia 12 séculos a "dúvida metódica" - "*Dubito, ergo cogito, ergo sum*". (*Duvido, logo penso, logo sou*) de René Descartes (1596 - 1650)[141], na formulação

---

[137] "Foi a leitura de Platão, na tradução certamente de Mário Vitorino, que então, tinha Agostinho cerca de trinta e dois anos, desferiu o primeiro golpe certeiro no maniqueísmo de Agostinho. Platão deu-lhe a conhecer um Deus sem limites, sem limitações, um Deus infinito e inextenso. Só Ele, só um ser assim, será o princípio e a razão de ser de tudo". *Cf*. nota de J. D. Pereira. p. 33. In.: AGOSTINHO, S. A cidade de Deus. Lisboa: C. Gulbenkian. 1996. *Cf*. a ciência neste período, a *H Μεγάλη Σύνταξις* (Grande coleção ou Almagesto séc. II d.C.), tratado matemático de Cláudio Ptolomeu (*Κλαύδιος Πτολεμαῖος* - 90 - 168 d.C.) defendia o geocentrismo, mas, antes, Aristarco de Samos (Αρίσταρχος ο Σάμιος séc. III a.C.), afirmava que a Terra gira em torno do Sol, seguido por Hipátia (Σάμιος Αλεξάνδρειας séc. IV d.C.) e, depois por Nicolau Copérnico (*Mikołaj Kopernik* 1473 - 1543) na obra *De revolutionibus orbium coelestium* (Das revoluções das esferas celestes - 1543), marcando o Renascimento.

[138] AGOSTINHO, Santo. De Magistro. Tradução de Antonio Minghetti. Porto Alegre: Fi, 2015, p. 27 - 130.

[139] CORPUS THOMISTICUM - Sancti Thomae de Aquino - Catena aurea in quatuor Evangelia Expositio in Ioannem a capite V ad caput XI. Disponível em: https://www.corpusthomisticum.org/cjo05.html Acesso em 10/01/2024. [86051] Catena in Io., cap. 7 l. 3.

[140] "E não conhecia a verdadeira justiça interior, que não julga segundo o costume, mas segundo a lei justíssima de Deus onipotente, à qual devem se conformar os hábitos morais dos diferentes países e épocas, de acordo com o país e a época, enquanto ela permanece sempre e em todo lugar, e não muda em lugares e tempos diferentes". AGOSTINHO, Santo. Confissões. Trad. Lorenzo Mammì. SP: Cia das Letras, 2017, Livro III, VII, 3. p, 58.

[141] Vide Descartes, *Meditatio II,* 3: "*Sed est deceptor nescio quis, summe potens, summe callidus, qui de industria me semper fallit. Haud dubie igitur ego etiam sum, si me fallit; et fallat quantum potest, nunquam tamen efficiet ut nihil sim quamdiu me aliquid esse cogitabo. Adeo ut, omnibus satis superque pensitatis, denique statuendum sit hoc pronuntiatum, Ego sum, ego existo, quoties a me profertur, vel mente concipitur, necessario esse verum*". Em francês*:* "*Mais il y a un je ne sais quel trompeur très puissant et très rusé, qui emploie toute son industrie à me tromper toujours. Il n'y a donc point de doute que je suis, s'il me trompe; et qu'il me trompe tant qu'il voudra il ne saurait jamais faire que je ne sois rien, tant que je penserai être quelque chose*". (Mas existe um enganador, não sei quem, muito poderoso, muito astuto, que sempre me engana deliberadamente. Não há dúvida, portanto, de que eu também existo, se ele me enganar; e ele engana tanto quanto pode, mas nunca me fará nada enquanto eu pensar que sou alguma coisa. Tanto é verdade que, com suficiente e superior consideração por todos, deve-se finalmente

do "*si enim fallor, sum*", (*pois, se engano, existo*) na *De Civitate Dei* (cidade de Deus)[142], bem como no racionalismo solipsista dos *Sollilóquios*, "diálogo com a própria razão": "Razão: Tu, que queres conhecer-te a ti mesmo, sabes que existes?"[143].

Seguindo esta tradição, de que a verdade e o conhecimento são vestígios da criação divina e o homem um *Imago Dei* (imagem de Deus), o agostiniano São Boaventura O.F.M. (1221 - 1274), *Doctor Seraphicus* da Igreja Católica, na obra *Itinerarium Mentis in Deum* (Itinerário da mente de Deus - 1259 d.C.), também busca no interior da alma as verdades de natureza divina, de acordo com o Frei J. C. Gonçalves[144]: "Servindo-se da dialéctica agostiniana, muito especialmente detectada na vida interior, bem como numa célebre doutrina dionisiana, Boaventura interpretou o movimento do espírito em termos de graus e hierarquias, de que o *Itinerarium Mentis in Deum* e as *Collationes in Hexaêmeron* são magnífica expressão literária"; *cf.* R. A. Rodrigues: "[...] percebemos que Boaventura está inspirando-se em Santo Agostinho, faz apenas alguns ajustes. Também é importante notar que Santo Agostinho lhe serve como um meio termo entre Aristóteles e Platão"[145]. O *Itinerarium* representa um caminho de ascese espiritual da fé cristã ao conhecimento, *i.e*., *Credo ut intelligam* (creio para conhecer), para chegar à metafísica, a verdade sobre as causas primeiras de índole platônica.

Após 9 séculos de "platonismo agostiniano", a monumental *Summa Theologiæ* (Suma Teológica) de São Tomás de Aquino (1225 d.C. - 1274 d.C.), obra expoente do pensamento *σχολαστικός* (escolástico), conciliou *fides et ratio*, fé e razão à luz do aristotelismo[146]. *Cf*. M. Baptista Pereira[147]: "[...] da crise do *Augustinismo* provocada pelo desenvolvimento e recepção das obras completas de Aristóteles nasceu a macroparadigma do teólogo mais moderno do sec. XIII - Tomás de Aquino - em que sai valorizada a razão, a natureza e a filosofia; da crise de uma Escolástica sistemática e especulativa, cada vez mais

---

determinar que esta afirmação, eu sou, eu existo, sempre que for proferida por mim, ou concebida na mente, deve necessariamente ser verdadeira). DESCARTES, René. Méditations métaphysiques. Disponível em: https://www.etudier.com/dissertations/Descartes-Cogito/609516.html Acesso em 17/01/2024.

[142] XI, XXVI: Disponível em: https://www.augustinus.it/latino/cdd/index2.htm. Acesso em 17/01/2024.

[143] AGOSTINHO. Sollilóquios. A vida feliz. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1998, p. 55.

[144] CERQUEIRA GONÇALVES, Frei Joaquim: São Boaventura Mestre da Vida espiritual. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/12377/1/V00402-265-276.pdf Acesso em 13-12-2018. p. 272.

[145] RODRIGUES, Ricardo António. Teoria do conhecimento em São Boaventura. Disponível em: https://www.periodicos.unifra.br/index.php/thaumazein/article/view/114 Acesso em: 09/07/2024. p. 106.

[146] "*Tomás era un teólogo profesional que había* dedicado su vida a la enseñanza y a la redacción de obras teológicas. Al mismo tiempo mantiene um constante acercamiento a las obras de Aristóteles. Y ésta es una de las claves fundamentales para comprender su obra". Introduccíon a la Suma de teologia de Santo tomas de Aquino por Gregorio Celada Luengo, O. P. in: AQUINO, S. T. de. Suma de teologia I. Traducción de José Martorell Capó. Cuarta edición (reimpresión), Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos Don Ramón de la Cruz, 2001, p. 08.

[147] PEREIRA BAPTISTA, Miguel. Prefácio da 4.ª edição. CUSA, Nicolau. A visão de Deus. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012, p. 12.

distante do texto bíblico e mais sensível às conclusões racionais do que as verdades fundamentais da fé e seu caráter existencial [...]". Tomás de Aquino introduziu a filosofia de Aristóteles na Idade Média pelo crivo exegético de seus comentários[148], o que influenciou, concomitante a formação das estruturas do conhecimento teológico da Igreja, o seu próprio pensamento sobre as ciências da natureza[149]: "*Intellectus in actu et intelligibile in actu sunt unum: sicut sensus in actu et sensibile in actu*"; *i.e*., o intelecto em ato é o inteligível em ato[150], afirmou na *Summa contra Gentiles*, sobre a verdade e a razão natural. *Cf.* Celina A. Lértora[151]: "[...] *en menos de diez años el Aquinate analizó la parte más importante de la obra física de Aristóteles; por la misma época componía la Suma Teológica y comentaba también la lógica y la metafísica aristotélicas. Estos textos son, por lo tanto, expresión de su pensamiento maduro* [...]"; e, acrescenta Gregório Celada Luengo[152]: "*Tomás era un teólogo profesional que había dedicado su vida a la enseñanza y a la redacción de obras teológicas. Al mismo tiempo mantiene um constante acercamiento a las obras de Aristóteles. Y ésta es una de las claves fundamentales para comprender su obra*".

Sobre Tomás de Aquino, ainda vale registrar o comentário de Hans Kelsen na obra *Recht und Gerechtigkeit* (*A justiça e o direito natural* - 1965)[153], ao tratar dos fundamentos de validade do direito de acordo com o jusnaturalismo escolástico e sua ideia de "natureza humana", isto é, sobre a imanência e a transcendência da razão divina e sua relação com a razão humana: "Segundo a doutrina de Stoa o direito natural é a expressão da razão divina. Esta é não apenas transcendente como também imanente, enquanto o homem nela participa ou, pelo menos, nela pode e deve participar. Nesta participação efectiva, ou moralmente postulada, da razão humana na razão divina discerne a Stoa a 'natureza do homem'".

---

[148] Vide: S. Thomae Aquinatis. *In Duodecim Libros Metaphysicorum Aristotelis Expositio* (Exposição dos Doze Livros de Metafísica de Aristóteles) e *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositivo* (Comentário à Ética a Nicômaco de Aristóteles).

[149] *Cf.* Kelsen: "A negação do dualismo do ser e dever-ser que os conceitos da Enteléquia e da razão prática implicam é um elemento essencial da Teoria do Direito Natural. Se esta assegura que as normas da conduta correta, i.e, da conduta moralmente boa, são encontráveis na natureza, na natureza das coisas, ou na natureza das pessoas como de um ser racional, então ela expressa o mesmo pensamento que Aristóteles formula na sua ἐντελέχεια e no seu νόύς πρακτικός. [...] Sobre este princípio fundamental aristotélico repousa a Teoria do Direito Natural de Thomás de Aquino, onde se manifesta completamente o caráter teológico desta Teoria. A Enteléquia aristotélica aparece inconfundivelmente na Summa contra gentiles". ATN: 87-88.

[150] CORPUS THOMISTICUM. Sancti Thomae de Aquino. Summa contra Gentiles. liber II a capite LVI ad caput XC. Disponível em: https://www.corpusthomisticum.org/scg2056.html Acesso em 02/02/2024.

[151] LÉRTORA, Celina. Estudo preliminar. In.: AQUINO, Tomás. Comentário a la física de Aristóteles. Traduccióonn de Celina A. Lértora Mendoza. España: EUNSA, 2011, p. 17-18.

[152] CELADA, Gregorio Luengo. O.P. Introducción a la Suma de teologia de Santo Tomas de Aquino. in: AQUINO, Santo Tomás de. Suma de teologia I. Traduccíon de José Martorell Capó. Cuarta edición (reimpresión), Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos Don Ramón de la Cruz, 2001, p. 08.

[153] KELSEN, Hans. A justiça e o direito natural. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Almeida, 2001, p. 143.

Um importante nome no esforço de aprimoramento e superação do pensamento medieval, sobretudo nos aspectos *epistemológicos* no campo da teologia, do direito e na fundamentação política do Estado, foi o espanhol Francisco Suárez Sj. (1548 - 1617). Filósofo e teólogo da *Escolástica tardia* (segunda escolástica ou pós-medieval), foi membro da *Compañía de Jesús*, a Ordem da *Contrarreforma* criada em resposta ao avanço do *protestantismo* na Europa.

A *Societas Iesu,* fundada em 1534 pelo basco Inácio López de Loyola, foi influente na "Espanha católica", seu método de ensino *Ratio Studiorum* (Regra de Estudos), consubstanciou e revigorou o pensamento teológico espanhol, contexto em que aflora a filosofia de Suárez, *cf.* M. Cavillo[154]: "*Al rebelarse Lutero contra Roma y quedar, desde ese día, declarados los bandos, España toma por sí la espada en defensa de la Iglesia; en adelante, su política estará subordinada a este empeño*".

A filosofia de Suárez é compreendida no aprimoramento de três vertentes teóricas predominantes do seu tempo[155]: o *tomismo* (de Aquino), a *Univocitas entis* (Teoria da *univocidade do ser* - "a criatura detém atributos do criador") de Duns Scotus (1266 - 1308) e o *nominalismo* de Guilherme de Ockham (1287 - 1347); neste sentido, Manuel Cavillo anota que Francisco Suárez[156]: "*Como miembro activo de la Compañía, escribe su Defenssio Fidei; como Filósofo, el De Legibus, y su obra toda de Filosofía y Teología.* [...] *en sus restantes obras, se discute su fidelidad a la doctrina escolástica-tomista, em su filosofía jurídica se mantiene, en cambio, en la tradición. No obstante, la magnitud de su obra y su personalidad, desbordan el simple desarrollo de las tesis de Santo Tomás, y hacen del Tratado de las Leyes el monumento escolástico de la Filosofía Jurídica*".

O jurista guatemalteco Luis Recasens Siches (1903 - 1977), autor de diversas obras sobre F. Suárez[157], ainda acrescenta que: "[...] *en la filosofía escolástica, cuyo momento más maduro en esta doctrina lo hallamos en la obra del P. Francisco Suárez. La doctrina de éste, con relación al pensamiento anterior, constituye un notorio progreso. Cierto que*

---

[154] CALVILLO, Manuel. Francisco Suarez. La filosofia jurídica. Mexico: El colégio de Mexico, 1945, p. 26.
[155] Vide Beatriz Helena Domingues: "A vitória do escolasticismo e a rejeição do nominalismo e do escotismo teve, por certo, uma história plena de debates e disputas intelectuais. A opção pela modernização da metafísica, expressa principalmente no trabalho de Francisco Suárez, não foi um ato isolado sem qualquer repercussão no estrangeiro. Ao contrário, esses esforços filosóficos renderam frutos no trabalho de Leibniz, Spinoza e nas universidades alemãs". In: DOMINGUES, Beatriz Helena. o Medieval e o Moderno no Mundo Ibérico e Ibero-Americano. Estudos Históricos, v. 10, n. 20, 1997. p. 195- 216. Disponível em: https: //periodicos. fgv.br/reh/article/view/2052/1191 Acesso em 07/06/2024. p. 205.
[156] CALVILLO, Manuel. Op. Cit. p. 30.
[157] SICHES, R. L. Tratado General de Filosofia del Derecho. 19. ed. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 430.

las directrices de su doctrina las hallamos ya en la obra de Santo Tomás; pero Suárez las lleva a un plenario desarrollo, con formidable agudeza y con originalidad".

Em suas *Disputationes metaphysicae* (Disputas metafísicas - 1597), *cf.* Nicolás Abbagnanano[158]: "[…] *un manual, completo y sistemático, de la metafísica escolástica, en el que se unen todos los puntos principales del tomismo con alguna concesión al nominalismo ockhamístico*"; Francisco Suárez propõe uma inovadora abordagem sobre os pressupostos filosóficos da metafísica que precedem a teologia revelada, o que remete às condições de possibilidade do entendimento kantiano, *cf.* Stephen Gaukroger[159]: "*Suarez, in the most influential Scholastic treatise on metaphysics of the early-modern era, tells us that we must pro- vide firm foundations in metaphysics before proceeding to theology, but that we must not forget that philosophy 'is the servant of divine theology*". (Suarez, no mais influente tratado escolástico sobre metafísica do início da era moderna, nos diz que devemos fornecer bases firmes na metafísica antes de prosseguir para a teologia, mas que não devemos esquecer que a filosofia 'é a serva da teologia divina'); bem como em Emmanuel J. Bauer[160]: "*Suárez and his teachings continued to influence philosophy well into the modern period, via German Scholasticism and in particular via Christian Wolff, who brought to a formal conclusion the new concept of metaphysics that originated with Duns Scotus and the structure of metaphysics that was manifested in Suárez*". (Suárez e seus ensinamentos continuaram a influenciar a filosofia até o período moderno, por meio da Escolástica alemã e, em particular, por meio de Christian Wolff, que levou a uma conclusão formal o novo conceito de metafísica que se originou com Duns Scotus e a estrutura da metafísica que se manifestou em Suárez).

No âmbito jurídico, estuda a origem do poder no *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* (Tratado sobre as leis e de Deus legislador - 1612), ainda ensina N. Abbagnano[161]: "*La tesis fundamental de esta obra estriba en que mientras el poder eclesiástico procede inmediatamente de Dios, el poder temporal procede solamente del pueblo. En efecto, todos los hombres nacen libres y el cuerpo político resulta de la libre reunión de los individuos, los cuales, explícita o tácitamente, reconocen el deber de ocuparse del bien común*".

---

[158] ABBAGNANO, Nicolás. História de la filosofia. Barcelona: Hora, S.A., 1994, p. 104.
[159] GAUKROGER, S. F. Bacon and the Transformation of Early-Modern Philosophy. Camb: CUP, 2004, p. 92.
[160] BAUER, Emmanuel J. Francisco Suárez (1548–1617): Scholasticism after Humanism. In.: Philosopher of the Renaissance. Translate by Brian Mcneil and Edited by Paul Richard Blum. The Catholic University of America Press Washington, D.C, 2010, p. 240.
[161] ABBAGNANO, Nicolás. Loc. Cit.

Trata-se de um estudo mais inclinado às questões práticas do direito, comparado com seus contemporâneos, posto que problemas práticos estavam distantes da introspecção intelectiva que ocupou os jesuítas no século XVI, sempre voltada para *ad majorem Dei gloriam* (para maior glória de Deus)"[162]; a propósito, Suárez em sua tese política/jurídica, a despeito dos contemporâneos[163]: "[...] *propone, en cambio, una intelectualmente más depurada y de mayor alcance en lo social*". Também foi defensor dos "direitos humanos naturais", *cf.* Manuel B. da Cruz e A. Vaz Pinto, s.j.[164]: "Francisco Suárez s.j. foi dos grandes opositores do absolutismo e da sua teoria do 'direito divino dos reis', ao afirmar, a par da origem divina do poder, o primado do povo na designação desse mesmo poder"; símile argumento foi retomado por John Locke (1632 - 1724) no *Primeiro Tratado sobre o Governo* contra a "tese do patriarcado" de Robert Filmer, que alegava a "transmissão do direito ao poder da monarquia por herança de Adão"[165].

Enfim, se, no âmbito teológico a *Reforma Protestante* marca historicamente o fim do período medieval, o pensamento de Francisco Suárez representa o novo aporte filosófico para a entrada da Igreja Católica na Modernidade[166].

À revelia da tradição religiosa e das discussões sobre a natureza metafísica do conhecimento, destaca-se no mesmo período, o método experimental de validação ou refutação de hipóteses científicas formulado por Galileu Galilei (1564 -1642) no *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo* (*O Diálogo sobre os dois principais sistemas do mundo* - 1632), segundo P. Mariconda[167], ele fez: "[...] uma defesa vigorosa da liberdade de pesquisa científica [...] as experiências sensíveis e as demonstrações necessárias são suficientes para decidir acerca das questões naturais [...] com base nesse binômio, liberdade de pesquisa e universalidade da razão, Galileu afirma a autonomia da ciência matemática com relação à teologia [...]".

A metodologia experimental de Galileu representa o marco da *emancipação da ciência* moderna em relação aos sistemas religiosos, consolidando o movimento *renascentista*.

---

[162] Vide VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 395.
[163] CALVILLO, Manuel. Op. Cit. p. 12.
[164] BRAGA DA CRUZ, Manuel e VAZ PINTO, António. Prefácio. In.: Francisco Suárez nos 400 anos da sua morte. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019, p. 7.
[165] Vide capítulo IX do Primeiro Tratado sobre o Governo: "Da monarquia por herança de Adão". In. LOCKE. John. Dois tratados sobre o Governo. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes: 1998, p. 289.
[166] "Seus ensinamentos, exceto no que concerne à sua filosofia política, tornaram-se um tipo de doutrina ortodoxa não-oficial da monarquia católica. Suárez foi a corporificação da forma pela qual a neo-escolástica reagiu ante os problemas fundamentais da época moderna". DOMINGUES, Beatriz Helena. Op. Cit. p. 207.
[167] MARICONDA. Pablo Rubén. O diálogo de Galileu e a condenação. Disponível em: https: //www. cle.unicamp.br/eprints/index.php/cadernos/article/view/631/509 Acesso em 07/10/2023, p. 102 e 142.

Seu contemporâneo, Francis Bacon (1561 - 1626), apresentou as primeiras críticas ao sistema aristotélico e ao pensamento *σχολαστικός* (escolástico) como "paradigmas de compreensão da realidade", propondo uma *Instauratio Magna*, uma "Grande Restauração" epistemológica para a produção do conhecimento científico.

Com o expurgo de "preconceitos medievais", *cf.* Bacon, "ídolos e noções falsas"[168]: "[...] que ora ocupam o intelecto humano e nele se acham implantados não somente o obstruem a ponto de ser difícil o acesso da verdade, como, mesmo depois de seu pórtico logrado e descerrado, poderão ressurgir como obstáculo à própria instauração das ciências, a não ser que os homens, já precavidos contra eles, se cuidem o mais que possam"; Bacon privilegiou o indutivismo (conclusões de leis gerais a partir de experimentos particulares) em seu *Novum Organum* - 1620. Enaltecendo a interpretação da natureza pela experiência empírica, fundou, ao lado de Galileu, a Ciência Moderna.

Neste contexto dos séculos XVI e XVII, o sol do embate acadêmico entre razão e sensibilidade está a pino. O Racionalismo de René Descarte (1596 - 1650) representado pelo seu *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences* (*Discurso sobre o método para bem conduzir a razão e buscar a verdade nas ciências* - 1637), de linhagem platônica, pretendeu demonstrar por método igualmente solipsista (presentes, *cf. supra,* em Sócrates, Platão e Santo Agostinho), a imanência da verdade inscrita nas ideias inatas. O império da razão sobre a matéria (o mundo como representação), a despeito das autoridades externas, determina o caráter absoluto da subjetividade na medida em que a unidade da razão inata contém, *em-si*, o fundamento da natureza humana.

A dedução cartesiana se opõe a confiar nos sentidos, considerando que as condições de certeza do conhecimento (os *arcanos da razão*), ou, a *res cogitans* (*espírito ou substância pensante*) - determinam que os fundamentos (as *ideias*) sempre precedem os dados *empíricos adquiridos, a rex extensa* (*matéria ou substância inerte*). A auto evidência desta prova (racional) está na matemática, cujos preceitos gerais se impõem de forma universal e se aplicam em todas as informações adventícias (adquiridas pelos sentidos).

Do outro lado do embate razão/sensibilidade, o empirismo de John Locke (1632 - 1724) em seu *Essay Concerning Human Understanding* (*Ensaio sobre o entendimento humano* - 1689)[169], rejeita a tese do inatismo, propondo que a mente é uma "*tábula rasa*", nela sendo

[168] BACON, Francis. Novum Organum: Verdadeiras Indagações acerca da Interpretação da Natureza. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 39.
[169] Obra de John Locke considerada fundadora do empirismo como teoria do conhecimento.

impressa informações que o sujeito experimenta do mundo através de suas faculdades sensoriais. Locke influencia David Hume (1711 - 1776) e George Berkeley (1685 - 1753)[170].

Digno de nota é que a dicotomia entre empiristas e racionalistas (indução/dedução) "determina traços culturais e geográficos" da "concepção ocidental do direito". Na Europa insular (e antigas colônias de língua inglesa), nota-se predomínio do direito *consuetudinário*, *i.e.*, a construção pela via indutiva (empirismo), de conceitos jurídicos gerais e abstratos a partir dos costumes, trata-se de um conjunto de decisões - *jurisprudência* - como ponta conclusiva de um processo metodológico que se inicia em casos concretos particulares - o *Common law* de origem anglo-saxã. Um exemplo próximo é o *Realismo Jurídico Norte-Americano* (das décadas de 1920 e 1940), teoria de índole pragmática que rejeita o jusnaturalismo e princípios metafísicos universais de justiça[171]. Na Europa continental, ao contrário, predomina a fundamentação do direito a partir de leis gerais (codificação), "impondo-se por *via dedutiva*" aos casos particulares - *cf*. o *Civil law* de origem germânica.

Curiosamente, como será visto na sequência, a categoria dos *juízos sintéticos a priori*[172] *kantiano* representará, para a epistemologia (e para a *doutrina do direito*), a união entre a Europa insular (*empirismo britânico*) e continental (*metafísica alemã*); pois relaciona as duas fontes do conhecimento (racional e empírica), *i.e.*, a universalidade da *metafísica* (centrada em juízos analíticos *a priori*) de "racionalistas continentais" como René Descartes (La Haye en Touraine/França), Gottfried W. Leibniz (Lípsia/Alemanha) e Christian Wolff (Breslávia/Reino da Prússia) e, a pluralidade dos dados da experiência sensível fornecida pela natureza (centrada em *juízos sintéticos*)[173], *cf.* o "empirismo insular" de origem britânica de John Locke

---

[170] *Cf.* Bertrand Russell: "Locke era contemporâneo e amigo de Newton. A sua grande obra, Na Essay concerning Human Understanding, foi publicada quase ao mesmo tempo que a Principia, de Newton [...] Foi ele um dos criadores do liberalismo do século dezoito: a democracia, a tolerância religiosa, a liberdade de empreendimento econômico, o progresso educacional – tudo isso devem muito a ele. A Revolução Inglêsa de 1688 incorporou suas ideias; A Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 exprimiam o que surgira, durante um século, de seus ensinamentos. E, em todos esses movimentos, a filosofia e a política marcharam de mãos dadas. Desse modo, foi extraordinário o sucesso prático das ideias de Locke. In: RUSSELL, Bertrand. Delineamentos da filosofia. Trad. Brenno Silveira. 2. ed. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1956. p. 306.

[171] "A principal característica que pode ser destacada para a diferenciação dos realistas aos demais teóricos do direito é a atitude dos magistrados no momento de decidir. Segundo o realismo, a atitude dos juízes realistas é reagir primeiramente aos fatos, ou seja, eles decidem de acordo com o que acreditam ser a melhor escolha conforme os fatos do caso e não necessariamente com a lei que poderia ser aplicada". MALLMANN, Liana Zerbielli Trentin; ZAMBAM, Neuro. Realismo jurídico norte-americano, fatos sociais e decisões judiciais. p. 159.

[172] "[...] juízos *a priori*, não aqueles que não dependem desta ou daquela experiência, mas aqueles em que se verifica absoluta independência de toda e qualquer experiência. Dos conhecimentos *a priori*, são puros aqueles em que nada de empírico se mistura. Assim, por exemplo, a proposição, segundo a qual toda a mudança tem uma causa, é uma proposição *a priori*, mas não é pura, porque a mudança é um conceito que só pode extrair-se da experiência". KrV, B3: 63.

[173] Embora todos os juízos da experiência sejam *sintéticos*, o conceito de *juízo sintético* não se confunde com o conceito de *juízo a posteriori* (a experiência como fonte de conhecimento). Vide: KrV, A7/B11: 69.

(Wrington/Inglaterra) e David Hume (Edimburgo/Escócia). Oportuno relembrar que as fases "*kantiana* e *realista*" de Hans Kelsen, citadas *ab initio*, representam, respectivamente, a influência filosófica do tempo em que viveu na Europa continental (*lógico-transcendental*) e nos EUA (*empírica-realista*), antiga colônia anglo-saxã.

Ainda no século XVII, o filósofo racionalista alemão Gottfried Wilhelm Leibniz (1646 - 1716) ao escrever os *Novos ensaios sobre o entendimento humano* ("novos" significa "continuidade" do *Ensaio sobre o entendimento humano* do empirista britânico John Locke 1632 - 1704)[174], adverte, porém, sobre a dicotomia entre o realismo aristotélico e o idealismo platônico: "[...] O dele se relaciona mais com Aristóteles, o meu radica mais em Platão, embora ambos nos distanciamos em muitos pontos da doutrina desses dois autores antigos"[175].

Leibniz adotando o estilo dialógico socrático/platônico, simulou um colóquio entre dois amigos, Filaleto e Teófilo, para representar a dicotomia entre o empírico (verdades de fato) e o racional (verdades da razão), concluindo, ao tratar sobre a configuração intelectiva do mundo sensível, pelo princípio *Praedicatum inest subject* (O predicado está no sujeito), segundo Leibniz[176]: "[...] *in every true affirmative proposition, necessary or contingent, universal or particular, the notion of the predicate is somehow included in that of the subject - praedicatum inest subjecto* [*Latin*]*, or I don't know what truth is!*" ([...] em cada proposição afirmativa verdadeira, necessária ou contingente, universal ou particular, a noção de predicado está de alguma forma incluída na de sujeito - *praedicatum inest subjecto* [latim], ou não sei o que é a verdade!). Filaleto (*Φιλάλεκτος*), em grego, "amigo da verdade", representa o empirismo de linhagem aristotélica/Lockeana; Teófilo (*θεόφιλος*), "amigo de deus", o porta voz do racionalismo platônico/leibniziano - o diálogo do *Novo ensaio* leibniziano propõe amizade entre ambos, entre o empírico e o racional.

Símile em Baruch Spinoza (1632 - 1677) no *Tractatus de intellectus emendatione* (Tratado da correção do intelecto ≈ 1677), segue o princípio *Ordo et connexio idearum idem est ac ordo et connexio rerum*[177] (A ordem e a conexão das ideias é o mesmo que a ordem e a conexão das coisas), são relações cognitivas entre a razão e o sensível que se aperfeiçoariam, no século XVIII, na inovadora categoria dos *juízos sintéticos a priori* do *criticismo kantiano*;

---

[174] Os "Novos ensaios" foi escrito entre 1701 e 1704, com a morte de Locke em 1704, Leibniz em respeito ao mestre não divulgou a obra, apenas em 1765, ≈ 50 após a morte de Leibniz, foi postumamente publicada.
[175] LEIBNIZ, G. W. Novos ensaios sobre o entendimento humano: SP: Abril Cultural, 1996, p. 21.
[176] LEIBNIZ, G. W. The Correspondence between Leibniz and Arnauld. Disponível em: https:// www. earlymoderntexts.com/assets/pdfs/leibniz1686a_2.pdf Acesso em 30/11/2023, p. 30.
[177] SPINOZA, Baruch. Tratado da correção do intelecto. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 410.

compartilha este entendimento, Willard V. O. Quine (1908 - 2000)[178]: "A divisão kantiana entre verdades analíticas e sintéticas já se prefigurava na distinção de Hume entre relações de ideias e questões de fato, e na distinção de Leibniz entre verdades de razão e verdades de fato".

A história da fundamentação filosófica do conhecimento centrada na busca da natureza da verdade, *adaequatio rei et intellectus* (adequação do real ao intelecto), hesitando entre o platonismo e o aristotelismo, entre a autonomia ou dependência da razão em relação à sensibilidade na constituição do saber, semeou as bases da argumentação epistemológica das escolas da teoria do conhecimento, convergindo seus ápices históricos nos embates entre o *racionalismo* de René Descartes (1596 - 1650) e o *empirismo* de John Locke (1732 - 1804); o *dogmatismo* de Christian Wolf (1679 - 1754) e o *ceticismo* de David Hume (1711 - 1776), o *criticismo* de Immanuel Kant (1724 - 1804) e o *idealismo* de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770 - 1831) e, como desfecho do quadro histórico, a transição da *Modernidade* para a *Contemporaneidade* marcada pela *fenomenologia* de Edmund Husserl (1859 - 1938)[179].

A *liberdade de pesquisa* e o *método experimental*, indispensáveis para conhecer objetivamente a *physis* (natureza), conforme o *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo* (1632) galileano e coroados com a publicação da *Philosophiae naturalis principia mathematica* (1687) de Isaac Newton (1643 - 1727), acentuaram as diferenças entre o progresso das ciências empíricas representado pela *metalinguagem avalorativa*, *objetiva* e *precisa* de suas fórmulas e modelos matemáticos, e a filosofia, que, desde Parmênides, permanecia recalcitrante nos dilemas insolúveis impostos pela *metafísica clássica* (estudo do *ser*).

Sobre a dedicação exclusiva à razão pelos dogmáticos alemães a despeito do conhecimento empírico (e a extensão sintética do conhecimento), Kant[180] comentou: "Ora, no tocante à ontologia, tem méritos incontestáveis o famoso Wolff pela clareza e precisão na análise daquela faculdade, mas não quanto à extensão do seu conhecimento [...]". A propósito, prenunciou Aristóteles na *Τὰ μετὰ τὰ φυσικά* (Metafísica)[181]: "[...] a questão que outrora se levantou, que ainda hoje é levantada e sempre será, que sempre é matéria de dúvida - a saber o que é o ser [...]"; pois:[182] "*και τα καθολικά πράγματα είναι, για τους άντρεσ, ακριβώς τα πιο δύσκολα να τα γνωρίζουν γιατί είναι τα πιο μακριά από τις λογικές αντιλήψεισ*". (E as coisas

[178] QUINE, Willard Van Ornan. Dois dogmas do empirismo. In.: De um ponto de vista lógico. Tradução de Marcelo Guimarães da Silva Lima. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1975, p. 237.
[179] *Cf.* apresentação da trad. Portuguesa. In.: HUSSERL, E. Investigações lógicas. V1. RJ: FU, 1975, p. XIX.
[180] FM, A, 12, 13: 14.
[181] ARISTÓTELES, Metafísica. PA: Edição do Globo, 1969, Livro VII, 1, 1028b. p. 148.
[182] ARISTÓTELES. Metafísica. (Edição Bilíngue). São Paulo: Edições Loyola, 2002, Met. α1, 982 a25: 9.

mais universais são, para os homens, exatamente as mais difíceis de conhecer por serem as mais distantes das apreensões sensíveis).

O embate entre a transcendência e a imanência da verdade, ou, a disputa entre racionalistas dogmáticos (metafísicos) e céticos (empiristas) sobre a natureza do conhecimento científico e o papel da razão e da sensibilidade na constituição do saber, foi demarcado até o século XVIII pelas teorias filosóficas de Platão e Aristóteles, tendo como paradigma linguístico de enquadramento da realidade (*Weltanschauungen* - visão de mundo), a ontologia grega.

Em *Über die von der Künigl* (Progressos da metafísica - 1804), no prefácio Kant[183] enfatizou precisamente a insistência da filosofia neste legado: "Este rumo dos dogmáticos, que provém de uma época ainda mais antiga do que a de Platão e Aristóteles e que engloba mesmo a de um Leibniz e de um Wolff [...]"; bem como nos *Prolegómenos a toda metafísica futura que queira apresentar-se como ciência*[184], ironizou a pretensão da *metafísica clássica*[185] de produzir ciência a margem do empírico, ocupando-se apenas de preceitos puramente analíticos que a estagnaram no tempo: "Parece quase ridículo que, enquanto todas as outras ciências progridem continuamente, ela ande constantemente às voltas no mesmo lugar, sem avançar um passo, ela que quer ser a própria sabedoria e cujos oráculos todos os homens consultam".

Digna de nota é a explicação de Kant[186] sobre os "impulsos *metafísicos*" (puramente analíticos) da razão para conhecer o mundo: "Seduzido por uma tal prova de força da razão, o impulso de ir mais além não vê limites. A leve pomba, ao sulcar livremente o ar, cuja resistência sente, poderia crer que no vácuo melhor ainda conseguiria desferir o seu voo. Foi precisamente assim que Platão abandonou o mundo dos sentidos, porque esse mundo opunha ao entendimento limites tão estreitos e, nas asas das idéias, abalançou-se no espaço vazio do entendimento puro".

---

[183] FM, A18: 17.
[184] Prol, A186/187: 160.
[185] Vide comentário de Kelsen: "*And just as Kant's transcendental philosophy energetically opposes all metaphysics, so the Pure Theory of Law takes aim at the natural law, which, in the field of social reality generally and the field of positive law in particular, corresponds exactly to meta- physics. I have elaborated on this in my monograph, Philosophical Foundations of Natural Law Theory and Legal Positivism, Lecture 31 of the Kant Society*". (E assim como a filosofia transcendental de Kant se opõe energeticamente a toda a metafísica, a Teoria Pura do Direito visa a lei natural, que, no campo da realidade social em geral e no campo do direito positivo em particular, corresponde exatamente à metafísica. Eu elaborei isso na minha monografia, Fundamentos Filosóficos da Teoria da Lei Natural e Positivismo Jurídico, Palestra 31 da Sociedade Kant). KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes. Trad. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, 1998, p.172.
[186] KrV, A5/b9: 67.

Ainda em *Über die von der Künigl*, Kant[187] adverte que a *metafísica* (*clássica*): "É um mar sem margens no qual o progresso não deixa vestígio algum e cujo horizonte não encerra nenhuma meta visível pela qual seja possível perceber até que ponto dela nos aproximamos [...] Pouco progresso nela se realizou desde os tempos de Aristóteles". Tal como um voo no vazio[188].

Contra os ideais dogmáticos que "deduzem realidades" por representações intelectuais exorbitando os limites das intuições sensíveis (*paralogismos transcendentais*)[189] da *metafísica clássica*[190], e, a redução *sintética* dos céticos empiristas que ignoram o conhecimento necessário e universal *a priori*, ou, de acordo com Kant[191]: "O idealista dogmático seria aquele que nega a existência da matéria, o idealista cético aquele que a põe em dúvida, pois a considera indemonstrável [...]"; a *Erkenntniskritik* (crítica do conhecimento) deveria unir, *ex expositis*, a *metafísica* e a *física*[192], como propõe o *idealismo transcendental* com a inédita categoria dos *juízos sintéticos a priori*[193]: "O fato da metafísica até hoje se ter mantido em estado tão vacilante

---

[187] FM, A11:13, FM, A21: 19.

[188] "Ora, a pergunta é esta, se a sabedoria vem de cima para baixo (através de *inspiração*) [(...)ou infundida] ou se levanta de baixo para cima [ao precisar subir penosamente], contanto que se esforce seriamente para isso. - A filosofia afirma o último: subir da terra ao céu (para cima), o misticismo, o primeiro: descer do céu para a terra". Kant, Immanuel. In.: Tradução e comentário de Adriano Perin e Joel Thiago Klein do Quarto fragmento. fragmento - *Mais um esboço de Kant ao prospecto de Jachmann* Encontrado e editado por Dieter Henrich. Disponível em: ANALYTICA, Rio de Janeiro, vol 13 nº 1, 2009, p. 165-196. https:// revistas. ufrj. br/ index. php/ analytica/article/viewFile/555/509 Acesso em 07/10/2019. p. 175.

[189] "O paralogismo lógico consiste na falsidade de um raciocínio quanto à forma, seja qual for, de resto, o seu conteúdo. Mas um paralogismo transcendental tem um fundamento transcendental, que nos faz concluir, falsamente, quanto à forma". KrV, A 341 B 399: 353.

[190] Vide Martin Heidegger sobre a metafísica tradicional (clássica): "Na metafísica, enquanto puro conhecimento racional do 'universal' no ente, e na respectiva totalidade das suas principais regiões realiza-se uma 'ultrapassagem' para além daquilo que a experiência pode a cada vez oferecer em termos do particular e do parcial. Ultrapassando o sensível, esse conhecimento procura apreender o ente-suprassensível". HEIDEGGER, Martin. Kant e o problema da metafísica. Trad. A. Franco de Sá e A. Casanova. Rio de Janeiro: Via Verita, 2019, p. 28.

[191] KrV, A377: 381. *Cf.* Will Dudley: "Kant argumenta que o idealismo transcendental responde de forma bem-sucedida ao ceticismo de Hume sem apelar ao racionalismo dogmático, e que é a única opção filosófica que permanece sendo possível na esteira de uma crítica profunda da razão". DUDLEY, Will. Idealismo alemão. Trad. Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 25.

[192] "[...] conciliar física e matemática como ciências intuitivas com a ontologia e a cosmologia racional". *Cf.* LINHARES, O. B. Sentido, Sensibilidade e intuição: Da Dissertação inaugural à Crítica. In.: Comentários às obras de Kant: Crítica da razão pura. J. T. Klein (org.). UFSC. Florianópolis, NEFIPO, 2012, p. 47.

[193] KrV, A856/B884: 685. Vide "Juízos analíticos relacionam proposições cujos predicados estão implícitos no sujeito (apenas explicativos), como: "O círculo é esférico". A "esfericidade" está contida no conceito de círculo. Juízos sintéticos relacionam proposições cujo predicado não está implícito no conceito do sujeito (são extensivos), como: "O círculo é branco". A "brancura" não está implícita ao conceito de "círculo", ela se estende, acrescenta, não é apenas explicativa como no analítico. A priori é o juízo necessário e universal, ou seja, é o conhecimento que não depende ou não tem origem em nenhuma experiência e não admite nenhuma exceção por não poder ser negado sem contradição (é a certeza das regras universais - é válido a priori), contudo, pode eventualmente ser comprovado pela experiência. A posteriori é o juízo que tem origem exclusiva na experiência (pelos sentidos) [...] os juízos da ciência são sintéticos a priori, pois são universais e constatados pela experiência (se misturam), ou seja, o conhecimento científico condiciona a multiplicidade da experiência a uma unidade necessária a priori". In.: FERREIRA NETTO, A. G. Ética direito em Immanuel Kant. aspectos estruturais e formais da Metafisica dos costumes. Londrina: Engenho das Letras, 2020, p. 42, nota 51. Vide também: "Juízo é um talento exercido pelo

entre incertezas e contradições é simplesmente devido a não se ter pensado mais cedo neste problema, nem talvez mesmo na distinção entre juízos analíticos e juízos sintéticos".

De acordo com Mafalda F. Blanc[194]: "Ao reduzir a ontologia à indagação das condições transcendentais dos objetos da experiência - os fenômenos, distintos da "coisa em si", (*Ding an Sich*) - e conceber aquelas como funções logicas do entendimento humano, Kant encerrou-se no âmbito antropológico do conhecimento finito, inviabilizando a metafísica", em Hans-George Gadamer[195]: "Se em Aristóteles a lógica precede a ontologia, em Kant é a lógica que determina a ontologia possível ou cognoscível, ou seja, a ontologia da realidade fenomênica". A filosofia de Kant, lembra Miguel Reale[196], permanece dualista: "[...] há a coisa em si e há o mundo dos fenômenos; há uma face do homem que é a do homem sensível e finito (*homo phaenomenon*) e uma outra que é a do homem como ser racional acima do espaço e do tempo (*homo* empirista) capaz de comandar os sentidos pelas leis da razão".

A díade *phaenomenon/noumenon* kantiana tem o mérito de separar o mundo da *causalidade* (natureza) e da *liberdade* (moral), as partes da díade não são, contudo, auto excludentes, posto que compõem as condições de possibilidade do saber. A fonte metafísica (*a priori*) universal do conhecimento, conciliada com as restrições sensoriais impostas pela sensibilidade, tal como a resistência do ar imposta ao voo do pássaro, configuram as condições transcendentais do entendimento inscritas na finitude espaço/temporal humana.

O *criticismo kantiano* como método capaz de *haurir de si mesmo*, da *razão teórica*, as leis *a priori* que legislam o conhecimento sobre a natureza (*Metafísica da natureza*), e, da ideia transcendental de *liberdade*, derivar analiticamente o princípio supremo da *razão prática* - da *Moral* (*Metafísica dos costumes*), rejeitará, com isso, *determinações* de natureza externa ao sujeito (heterônomas) na fundamentação do saber científico, ético e jurídico, perspectivas adotadas pelo paradigma cosmológico grego (ordem natural) ou da antiga *Philosophia ancilla theologiae* (A filosofia é serva da teologia), quando a ciência era subserviente à teologia no período medieval.

Sobre a "nova moral", observa Gilles Lipovetsky (1944 -)[197] que: "O verdadeiro mérito, mesmo em matéria religiosa, não está mais nos jejuns, nas penitências e nas orações, mas na

---

entendimento"; KrV, A133/B172: 203. "Proposições são sentenças que encerram a verdade ou a falsidade em si mesmas". ARISTÓTELES, Órganon. Trad. E. Bini. Bauru, SP: Edipro2010. Int.,17a1. ss. p. 84.

[194] BLANC FARIA, Mafalda de. Introdução à Ontologia. 2.ª ed. Lisboa: Piaget, 2011, p. 23.

[195] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3 ed, Editora Vozes, Petrópolis, 1999, p. 31.

[196] REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, 139.

[197] LIPOVETSKY, Gilles. A sociedade Pós-moralista. SP: Manole, 2005, p. 13.

obediência à lei moral da razão"; na letra de Johann Wolfgang von Goethe (1749 - 1843)[198]: "[...] após a queda das grandes cosmologias antigas, a natureza é insensível, o sol reluz sobre os maus e sobre os bons".

Com efeito, o *criticismo* consolidará a *autonomia moral* da razão e a *secularização* do *pensamento moderno*; *cf.* Luc Ferry (1951 -)[199]: "[...] o pensamento kantista é, por excelência, o que se instala na ruptura com o mundo antigo [...]"; bem como Michael Foucault (1926 - 1984)[200], em *Qu'est-ce que la critique? Critique et Aufklärung*, deve-se identificar em Kant a ruptura com autoridades políticas, religiosas e sistemas de valores éticos à margem da razão humana, quando o *Sapere Aude* (ouse a saber) e *o Aufklärung* (esclarecimento), símbolos de emancipação *cognitiva* e *moral* do sujeito, posicionam o *eu autônomo* (*a-histórico*) *kantiano* no eixo central da *Modernidade*[201].

As escolas da teoria do conhecimento, como o *dogmatismo*, o *ceticismo* e o *idealismo transcendental*, se caracterizam pelo "posicionamento da verdade" na relação sujeito/objeto, e, por consequência, como atribuem os papéis da razão e da sensibilidade na constituição do conhecimento científico. Tais pressupostos tornaram-se demarcadores na divisão da filosofia em "períodos históricos"[202], em tela, a *Modernidade* e a *Contemporaneidade*, posto que são os paradigmas filosóficos, científicos e linguísticos que se posicionam, respectivamente, o *criticismo kantiano* e o *positivismo kelseniano*, *referenciais teóricos* deste trabalho.

Os demarcadores históricos da *modernidade* são controversos e polissêmicos, podendo ser interpretados pela filosofia, ciência[203], economia, música, revoluções políticas e religiosas, navegações marítimas, entre outros; no sentido literário, por exemplo, o termo *modernidade* surge na *Renaissance Française* com *La querelle des Anciens et des Modernes*[204], (A Querela dos Antigos e dos Modernos), a conhecida polêmica entre Nicolas Boileau-Despréaux (1636 -

---

[198] Goethe apud FERRY, Luc. Kant: Uma leitura das três críticas. Trad. Karina Jannini. RJ: DIFEL, 2009, p. 75.
[199] FERRY, Luc. Kant: Uma leitura das três críticas. Trad. Karina Jannini. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009, p. 75.
[200] FOUCAULT, M. Qu'est-ce que la critique? Critique et Aufklärung. Bulletin de la Société française de philosophie, Disponível em: http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/critica. pdf Acesso em 21/10/2023.
[201] No campo da linguística, vide comentário de Noam Chomsky: "A 'Revolução cognitiva' renovou e reformulou muito dos *insights*, das realizações e das incertezas que podemos chamar de "a primeira revolução cognitiva" dos séculos XVII e XVIII, que foi a parte da revolução científica que modificou nossa compreensão de mundo. Reconheceu-se naquela época que a linguagem envolve o "uso infinito de meios finitos" na expressão de von Humboldt. In: CHOMSKY, Noam. Linguagem e mente: Trad. Lúcia Lobato. Brasília: UNB, 1998, p. 21.
[202] A periodicidade não obedece a critérios históricos, mas a demarcadores filosóficos de visão de mundo.
[203] Vide (adiante) John Deely sobre Charles Sanders Peirce: "*The last of the moderns and first of the postmoderns*".
[204] Vide MATEUS, Samuel. In.: A Querela dos Antigos e dos Modernos: um mapeamento de alguns topoi. Disponível em: https://journals.openedition.org/cultura/1124 Acesso em: 04/11/2023.

1711) e Charles Perrault (1628 - 1703) sobre a superioridade ou não da literatura do século XVII e XVIII em relação à antiguidade clássica grega e romana.

A propósito, a *renascença* foi um diálogo com o passado para resgatar *La Lumière* da racionalidade científica, superar o dogmatismo, o misticismo e o obscurantismo religioso que se instaurou na *Idade Média*.

O *Renascimento* e o *Iluminismo* prenunciaram a *Modernidade*, assim resume James Hankins[205]:

> *The fundamental assumption of all humanists, as of the Renaissance movement in general, was that the remains of classical antiquity constituted a great reservoir of excellence – literary, intellectual, artistic, and moral – to which debased and decadent modern times could turn in order to repair the damage wrought by the barbaric and corrupt medium aevum that had followed the fall of the Roman Empire.*

Na filosofia, malgrado a dificuldade inerente a tentativa de definir uma fronteira rígida dos domínios de uma teoria em contraste às demais[206], de seus elementos de ruptura no fluxo contínuo da história das ideias, a relação sujeito/objeto segue, *cf. supra*, no cerne do discurso filosófico da *modernidade*; Henrique C. de Lima Vaz, Sj. (1921 - 2002)[207], propõe que: "[...] foi no transcorrer da crise intelectual da Idade Média tardia, a partir de meados do século XIII que começa a delinear-se um novo sistema simbólico que irá presidir no ciclo da civilização do Ocidente como denominamos "modernidade". O acontecimento decisivo da origem desse processo foi a entrada definitiva da razão aristotélica no universo teológico cristão".

Bertrand Russell (1872 - 1970) em seus *Delineamentos da filosofia*[208], observa que a filosofia moderna é geralmente: "[...] considerada como tendo começado com Descartes [...]"; pois: "Na metafísica, ressaltou a separação existente entre o espírito e a matéria, ou entre a alma e o corpo [...], porém, as considerava como duas substâncias independentes que interagiam.

---

[205] (A suposição fundamental de todos os humanistas, assim como do movimento renascentista em geral, era que os restos da antiguidade clássica constituíam um grande reservatório de excelência — literária, intelectual, artística e moral — ao qual os tempos modernos degradados e decadentes poderiam recorrer para reparar os danos causados pelo bárbaro e corrupto medium aevum que se seguiu à queda do Império Romano). HANKINS, James. Humanism, scholasticism, and Renaissance philosophy. Disponível em: https: // www. jstor. org/ stable/ 10.1353/ ren.0.0241 Acesso em 2/08/2024, p. 32.

[206] Vide a conhecida metáfora de Otto Neurath: "*We are like sailors who have to rebuild their ship on the open sea, without ever being able to dismantle it in dry-dock and reconstruct it from the best components*". (Somos como marinheiros que têm que reconstruir seu barco em alto mar, sem jamais poder desmontá-lo em doca seca, e reconstruí-lo com os melhores componentes). NEURATH. Protocol Statements. Dordrecht: Reidel, 1983, p. 92.

[207] LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. Op. Cit. p. 28.

[208] RUSSELL, B. Delineamentos da filosofia. Trad. B. Silveira. 2. ed. SP, Ed. Nacional, 1956, p. 296 - 299.

Supôs ele que o fato mais certo do mundo é ‘Eu penso’; firmando a ‘tendência subjetiva’ da modernidade”. Heidegger também posiciona o *cogito cartesiano* no início da modernidade[209]:

> No início da filosofia moderna se encontra a proposição de Descartes: *ergo cogito, ergo sum*, ‘eu penso, logo eu sou’. Toda a consciência das coisas e do ente em sua totalidade é reportada à autoconsciência do sujeito humano como fundamento inabalável de toda certeza. A realidade do real determina-se no tempo subsequente como objetividade, como algo que é concebido por *meio* do sujeito e *para* este como aquilo que é lançado e mantido em oposição à ele.

Nestes termos de Heidegger, sugere-se a seguinte reflexão: A desconstrução da cosmovisão antiga e medieval (Natureza e Deus)[210] pelos avanços científicos, como a constatação da “erraticidade anárquica” dos corpos celestes descrita por Copérnico e Galileu nos séculos XV e XVI, superou o geocentrismo ptolomaico, o *κόσμος* (*cosmos*) grego e a própria ordem divina como referenciais (paradigmáticos) da ciência, do bom, do belo e do justo, revelando um universo geograficamente caótico, sem centro ou lados, não há em cima ou embaixo. Em meio ao caos, René Descartes no século XVII em um esforço solipsista, precisou lançar duas retas “no nada”[211], cruzá-las em um plano abstrato, interno ao sujeito para criar uma referência geométrica para dizer onde um simples ponto está.

Abaixo (figura 2), o ponto “P” posicionado a partir de referenciais exclusivamente racionais, internos ao sujeito, independente do mundo externo, pode ser considerado um símbolo da “subjetividade moderna”, ou, da Modernidade.

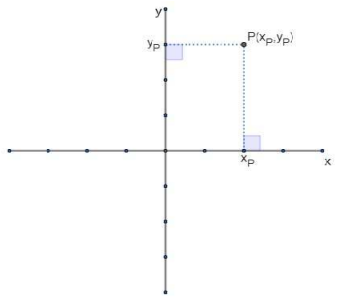


Figura 2: Ponto em um plano cartesiano

Um ponto qualquer do plano cartesiano é indicado a partir de suas coordenadas, que são representadas por um par ordenado, ou seja, um ponto é formado por um conjunto de dois números que possui uma ordem a ser seguida (ordenado). A notação do par ordenado ou ponto P é: P (x, y). X → à Abscissa e Y → à Ordenada.

Fonte e legenda[212].

---

[209] HEIDEGGER, Martin. Nietzsche II. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007, p. 95.
[210] Vide o fim dos sistemas cosmológico-ético e teológico-ético em Luc Ferry. In.: FERRY, Luc. FERRY, Luc. Kant: Uma leitura das três críticas. Op. Cit. 74-99.
[211] Mais tarde diria Kant: “[...] a geometria segue o seu caminho seguro através de puros conhecimentos *a priori*, sem que tenha de pedir à filosofia um certificado da origem pura e legítima do seu conceito fundamental de espaço”. KrV A47: 108.
[212] MUNDO DA EDUCAÇÃO. Plano Cartesiano. Disponível em: https:// mundoeducacao. uol. com. br/ matematica/plano-cartesiano.htm Acesso em 09/08/2024.

Assim como a posição de um ponto exige a construção de um referencial racional (interno), o sentido do mundo (externo), como a realidade empírica, a ciência ou a justiça, exigirá os mesmos pressupostos intelectivos da subjetividade, inscritos na natureza humana. Fora deles, o caos.

André Comte-Sponville (1952 -)[213] sugere outra interpretação: "Tanto se afirmou, desde Hegel e Husserl, que a filosofia moderna começava em Descartes [...] A filosofia moderna não começa com Descartes. Ela começa com Montaigne (1533-1592), logo seguido por Giordano Bruno (1548-1600) e Francis Bacon (1561-1626)".

Ernst Cassirer (1874 - 1945)[214], filósofo neokantiano da *Marburger Schule* (Escola de Marburgo), atribuiu à Nicolau de Cusa (1401- 1464) o ponto de partida do pensamento moderno, quando, na pretensão de conhecer Deus, identificou no sujeito uma: "[...] oposição do ser absoluto e o ser do empiricamente condicionado, no infinito e do finito [...] que deve ser entendida a partir das condições do conhecimento humano. Essa atitude caracterizaria Nicolau de Cusa como o primeiro pensador moderno". Também ensina David Albertson que[215]: "*Ernst Cassirer, Cohen's most prominent disciple, studied Cartesian mathematics in his doctoral research and went on to write a magisterial history of scientific epistemology, whose first volume in 1906 praised Nicholas as the first modern philosopher*". (Ernst Cassirer, o discípulo mais proeminente de Cohen, estudou matemática cartesiana em sua pesquisa de doutorado e passou a escrever uma história magistral da epistemologia científica, cujo primeiro volume em 1906 elogiou Nicholas como o primeiro filósofo moderno). Kelsen inspira-se em Cohen.

Não obstante a separação entre o "*ser* absoluto e o *ser* empiricamente limitado" mediada pela condição humana, importante destacar que, sob o ponto de vista teológico da *Docta Ignorantia*, *cf.* B. Mayta[216], o pensamento de Cusa: "[...] revaloriza a humanidade através da figura de Cristo: a individualidade já não constitui o limite do finito contrário à infinitude porque 'Cristo é a unidade do finito com o infinito"; ainda acrescenta N. Abbagnano[217]: "*Gusano no puede conceder a ninguna parte del mundo el privilegio de la perfección absoluta: todas las partes del mundo tienen el mismo valor y todas se acercan más o menos a la perfección-, pero ninguna la alcanza porque solamente es propia de Dios*".

---

[213] Vide: COMTE-SPONVILLE, André. A Filosofia. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p. 48.
[214] CASSIRER, Ernst. Indivíduo e Cosmos na Filosofia do Renascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.18.
[215] ALBERTSON, David. Mathematical theologies: Nicholas of Cusa and the legacy of Thierry of Chartres David Albertson. Oxford: Oxford University Press 2014, p. 4.
[216] MAYTA SAKAMOTO, B. A. Fundamentos da ordem astronômica em Newton. In.: Conhecimento: Fundamentação, estatuto e possibilidade. Orgs. C. A. Battisti; W. A. Frezzatti. Cascavel: Edunioeste, 2006, p. 45.
[217] ABBAGNANO, Nicolás. História de la filosofia. Op. Cit. p. 60.

Nicolau de Cusa utiliza argumentos teológicos *apofáticos* na "descrição de Deus", ou seja, considerando a incapacidade da razão de conhecer pela via afirmativa - positiva - como Deus *é*, a razão faz caminho inverso - negativo - assegurando o que Deus *não é*, logo, a expressão *Docta Ignorantia* (dada sua finitude, uma ignorância é *douta* quando *sabe* porque *não sabe*), lembra Martin Grabmann que[218]: "*Por su esencia es Dios incomprensible e inefable. Nuestro conocimiento de Dios es más un no-saber que un saber. San Agustín emplea ya la denominación, que encontramos en San Buenaventura y especialmente en Nicolás de Cusa, de la insuficiencia de nuestro conocimiento de Dios como docta ignorantia*".

A *Docta Ignorantia* também pretendeu expor o problema da unidade do conhecimento (o que coincide) na pluralidade das opiniões opostas, a *Coincidentia oppositorum* (coincidência nos opostos), como método para solucionar contradições dogmáticas da Igreja, em N. Cusa[219]: "*Aunque parece que hay diversidad en el modo de decir, el significado es el mismo, pues la Palabra del creador en la que ha creado todas las cosas no puede ser sino su sabiduría*". Considerando a separação do *res cogitam* da *rex extensa* - a substância pensante restrita ao corpo - questão epistemológica que ocupou a filosofia do conhecimento de Agostinho à Descartes - haverá em Cusa, portanto, uma coexistência entre o finito e o infinito sob ponto de vista teológico existencial (na figura de Cristo) e uma oposição entre ambos como condições do entendimento humano no anseio de conhecer Deus (seu *ser*)[220], assim entende Claudia D'Amico[221]: "*La desproporción entre lo finito y lo infinito deja al hombre ante la evidencia de la incognoscibilidad de lo absoluto. La docta ignorancia plantea no sólo ignorancia acerca de la verdad infinita sino también ignorancia respecto de la precisión o verdad de las cosas. No sólo Dios sino también el mundo en su verdad resultan inaccesibles para el hombre*".

D'Amico ainda destaca um estudo de Heidegger que propõe haver em Nicolau de Cusa uma inovação da "interpretação medieval" de Platão e Aristóteles em relação à "criação do mundo pela palavra", equiparando o *Verbum Divinum* com o poder simbólico da linguagem, pois a palavra humana que se exterioriza é sinal de um brilho interior (divino)[222]: "*El universo simbólico que para Nicolás de Cusa resulta la auténtica creación humana. Como dijimos, la*

---

[218] GRABMANN, Martin. História de la filosofia medieval. Barcelona: editorial Labor, 1928, p. 7.
[219] CUSA, Nicolás de. La paz de la fe. Carta a Juan de Segovia. Pamplona: Universidad de Navarra,1996, p. 56.
[220] *Cf.* J. R. Gonzales, Karl-Otto entende: "[...] *Cusanus das Vorstadium einer traszendentalen Sprachphiloso-phie, wobei er ihre traszendentale Grundlage in der theologisch-metha- physischen Lehre des Verbum findet*". ([...] Cusanus como o estágio preliminar de uma filosofia linguística transcendental, encontrando sua base transcendental no ensino físico teológico-meta-físico do verbo). GONZALES R, J. Die Metaphysik der Sprache. Disponível em: https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/70095 Acesoo em 06/08/2024. p. 152.
[221] D'AMICO. Nicolás de Cusa en la lectura de H-G Gadamer. Studium Philosophiae. BA: Rhesis, 2014, p. 103.
[222] Ibid. p. 105.

mente divina entifica, su Palabra creadora otorga el ser a las cosas, la mente humana asimila, crea la palabra como lugar humano del ser".

No Livro I Cap XI da *Docta Ignorantia*, com o título "A matemática ajuda-nos muitíssimo na apreensão das diversas coisas divinas", Cusa associa o raciocínio teológico aos cálculos matemáticos[223]: "Nenhuma outra via que não seja a dos símbolos é possível aceder às coisas divinas, poderemos então recorrer aos signos matemáticos como os mais convenientes por causa de sua incorruptível certeza"; *cf*. David Albertson[224]: "*Cusanus viewed his theological and mathematical explorations as belonging to the same integrated intellectual enterprise*". (Cusa via suas explorações teológicas e matemáticas como pertencentes ao mesmo empreendimento intelectual integrado). Em Philotheus Böhener e Étienne Gilson[225]: "[...] podemos usar das coisas sensíveis, e em particular dos conhecimentos matemáticos como ponto de partida para penetrar nos mistérios de Deus [...] o nosso saber parte daquilo que é seguro e tem a teoria do conhecimento de Nicolau de Cusa alguma proporção com o desconhecido. Ora, nada é mais seguro que a matemática [...] propõe seguir o exemplo dos antigos filósofos, e aplicar certas considerações matemáticas as coisas divinas".

In summa, a coexistência do finito e o infinito na subjetividade humana, *cf.* a teologia de Nicolau de Cusa, é um traço característico do pensamento moderno, cuja "crença na matemática" alcançaria Gottfried Wilhelm Leibniz (1646 - 1716)[226]: "*When God calculates and exercises his thought, the world is made*". (Quando Deus calcula e exercita seu pensamento, o mundo é feito); pois, para se chegar à verdade - na *mathesis universalis* - é necessário calcular, logo, sua conhecida expressão: "*Calculemus!*". Leibniz, simultaneamente a Isaac Newton, foi o precursor do *cálculo diferencial* e *integral* (infinitesimal) aplicados à álgebra e a geometria.

Aqui um curioso comentário de Edmund Husserl sobre Leibniz e a modernidade:[227]:

> O motivo impulsionador do começo da filosofia moderna, a ideia de uma completação e reformulação das ciências, conduziu também em Leibniz a incessantes esforços por uma lógica reformada. Mas, de maneira mais inteligente que os seus precursores, em lugar de invectivar a lógica escolástica como uma canga de fórmulas ocas, apreende-as como um valioso estágio prévio para a verdadeira lógica, o qual, não obstante a sua incompletude, é capaz de oferecer ao pensar uma verdadeira ajuda.

---

[223] CUSA, Nicolau. Douta Ignorância. Trad. J. M. André. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 21.
[224] ALBERTSON, David. Mathematical theologies: Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 1.
[225] BÖEHNER, P.; GILSON, E. História da Filosofia Cristã: Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 564.
[226] LEIBNIZ, G. W. In.: Hobbes and Spinoza Dialogue. Indianapolis: HP. Company, 1989, p. 270. (Nota).
[227] HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas. RJ: Forense universitária, 2014, p. 163.

Luis Sérgio Repa[228] já identifica no sistema crítico kantiano o principal referencial teórico do pensamento moderno: "[...] pretendo aqui relembrar primeiramente os principais motivos que levam então Habermas a atribuir a Hegel o posto de inaugurador do discurso filosófico da modernidade. Em seguida tentarei mostrar duas críticas a essa tese, reivindicando tal posto para Kant [...]". Ocorre que, segundo Jürgen Habermas[229] (1929-), foi Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770 - 1831) quem criou o termo *modernidade* para criticar a "personificação do caráter absoluto da subjetividade como forma de apreensão do Estado e da sociedade"; *i.e.,* na: "subjetividade abstrata no *cogito ergo sum* de Descartes e na figura da consciência de si absoluta de Kant"; considerando que *o espírito absoluto* de Hegel se opõe à cisão sujeito/objeto de Kant e de seu discípulo Johann Gottlieb Fichte (1762 - 1814)[230]; *cf.* Habermas[231]: "Ao criticar as oposições filosóficas entre natureza e espírito, sensibilidade e entendimento, entendimento e razão, razão prática e razão teórica, juízo e imaginação, eu e não eu, finito e infinito, saber e fé, Hegel pretende responder à crise que está na cisão da própria vida".

Cabe aqui lembrar que o estudo sobre o discurso filosófico da modernidade e sua transição para a contemporaneidade, sob o ponto de vista epistemológico (relação sujeito/objeto), contribui para a compreensão da fundamentação científica da *doutrina do positivismo jurídico kelseniano*[232].

---

[228] REPA Luiz Sérgio. Hegel, Habermas e a modernidade. Disponível em: https: // revistas. ufpr. br/ doispontos/article/view/20175/13345 Acesso em 06/10/2023, p. 152.

[229] HABERMAS, J. O discurso filosófico da modernidade. Trad. L. S. Repa. SP, M. Fontes: 2000, p. 28-29.

[230] "Hegel também aparece como uma síntese abrangente da corrente filosófica do Idealismo Alemão, pois atualiza as construções sistemáticas do chamado Idealismo subjetivo, de Kant e de Fichte, e do Idealismo objetivo, de Espinosa e Schelling" [...] "Nesta interpretação, a *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* é resultado da dialética da subjetividade, da objetividade e da ideia, do Idealismo subjetivo de Fichte e do Idealismo objetivo de Schelling, que culminam na síntese da estrutura do Sistema Filosófico hegeliano". BAVARESCO, Agemir; RAMALHO, Júlia Sebba; HELFER, Inácio (Orgs.). Enciclopédia de Hegel 1817 - 2017: duzentos anos de lógica - natureza – espírito. Agemir Bavaresco, Júlia Sebba Ramalho; Inácio Helfer (Orgs.). Porto Alegr: Editora Fi, 2017, p. 26.

[231] HABERMAS, J. Loc. Cit.

[232] "*Together with metaphysical dualism the representational theory of cognition has to be dismissed. It is impossible for cognition to play just a passive part in relation to its objects; it cannot be restricted to reflect things somehow existing in themselves, i.e., in a transcendent sphere.* [...] *[C]ognition has to play an active, creative part in relation to these objects. It is cognition itself which creates its objects from the material given to it by the senses according to its immanent laws. Cognition's being guided by rules guarantees the objective validity of its results.* [...] *What takes the place of metaphysical speculation is the task to determine the rules guiding the process of cognition, i.e., the objective conditions of this process*". (Juntamente com o dualismo metafísico, a teoria representacional da cognição tem que ser descartada. É impossível que a cognição desempenhe apenas um papel passivo em relação aos seus objetos; não pode ser restrito a refletir as coisas de alguma forma existentes em si mesmas, ou seja, em uma esfera transcendente. [...] [A] cognição tem que desempenhar um papel ativo e criativo em relação a esses objetos. É a própria cognição que cria seus objetos a partir do material dado a ela pelos sentidos de acordo com suas leis imanentes. A cognição é guiada por regras garante a validade objetiva de seus resultados. [...] O que toma o lugar da especulação metafísica é a tarefa de determinar as regras que orientam o processo de cognição, ou seja, as condições objetivas desse processo). In. HEIDEMANN, C. Facets of 'Ought' in Kelsen's Pure Theory of Law. Disponível em: https: //www. researchgate. Net/publication/263730727 Acesso em 25/03/2024.

Ainda digno de nota que a negação da oposição entre espírito e natureza foi proposta pelo *Monismo* de Friedrich Wilhelm Joseph Schelling (1775 - 1854) na obra *Ich als Prinzip der Philosophie: oder Über das Unbedingte im menschlichen Wissen* (Sobre o Eu Como Princípio da Filosofia ou sobre o Incondicionado no Saber Humano - 1975) que, ao romper com a teoria da "consciência" de Fichte (como será visto), fez surgir no idealismo (e no romantismo alemão[233]), a reação crítica do "Espírito absoluto" de Hegel na obra a *Phänomenologie des Geistes* (Fenomenologia do Espírito - 1807). Abaixo, a clara posição monista de Schelling[234]:

> Se deve cessar o conflito entre o sujeito e o objeto, então o sujeito precisa não ser mais obrigado a sair de si, ambos têm de tornar-se absolutamente idênticos, isto é, nem o sujeito deve perder-se no objeto nem o objeto no sujeito. Se uma dessas duas exigências fosse realizada, então, justamente por isso, nem o sujeito nem o objeto se tornaria *absoluto*, isto é, a síntese teria terminado numa tese. Se o sujeito fosse idêntico ao objeto não seria mais posto sob condição do sujeito, isto é, seria posto como *coisa em si*, como absoluto, e o sujeito, como o *cognoscente*, seria pura e simplesmente suprimido. Se, inversamente, o objeto fosse idêntico ao sujeito, este, justamente por isso, se tornaria *sujeito em si*, sujeito absoluto, mas o objeto, como cognoscível, isto é, como *ante-posto* em geral, seria pura e simplesmente suprimido. Uma das duas hipóteses tem de ocorrer. Ou não há sujeito e há um objeto absoluto, ou não há objeto e há um sujeito absoluto.

Na explicação de Humberto Schubert Coelho[235]:

> Schelling começara por trazer dinamicidade e processualidade fichteana ao seu primeiro monismo. Ele já não vê uma substância com duas faces, mas dois polos de um organismo. A dualidade é mais justificável quando o contraste e a diferença servem ao propósito de estimularem-se reciprocamente, produzindo movimento e diversidade. Como a dualidade, contudo, remonta à identidade, a mesma intuição intelectual com que o Eu se apreende como liberdade é transformada no poder superior da razão de vislumbrar a unidade total na identidade entre sujeito e objeto.

Ainda no século XIX, importante destacar que os parâmetros teóricos estabelecidos por Kant na *Crítica da razão pura* (*filosofia teórica*) e na *Crítica da razão prática (filosofia*

---

[233] *Cf.* Will Dudley: "A vida intelectual alemã em decorrência da revolução filosófica de Kant foi surpreendentemente rica e variada. O final do século XVIII e o início do XIX testemunharam o nascimento de Hamann e Herder; Goethe, Schiller e Hölderlin; os primeiros românticos, incluindo Novalis e Schlegel; e Schopenhauer". In.: DUDLEY, Will. Idealismo alemão. Op. Cit. p.65.

[234] SCHELLING, Friedrich Von. Cartas filosóficas sobre o dogmatismo e o criticismo. SP: Abril Cultural: 1973.

[235] SCHUBERT COELHO, Humberto. O monismo complexificado de Schelling. Disponível em: DOI: http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v23i1p13-26 Acesso em: 10/08/2024. p. 21.

prática), se ramificaram e orientaram as diferentes tendências do *neocriticismo alemão*[236], concentradas, respectivamente, nas escolas neokantianas *Marburger Schule* (Escola de Marburg)[237], marcada pela publicação da *Kants Theorie der Erfarung* (A teoria da experiência de Kant - 1871) de Hermann Cohen[238] (Não há dúvida de que a Escola de Marburg se identificou em grande parte com a tentativa de Cohen de combinar uma consideração sistemática da história da filosofia com a historicidade do transcendental) e, a *Süddeutsche Schule* (Escola do Sul da Alemanha ou Baden), fundada por WilheIm Windelband (1848 - 1915)[239].

Sobre o movimento do neokantismo, R. Carvalho e P. Oliveira[240] anotam: "[...] pode-se afirmar que referido movimento bifurca-se nas Escolas alemãs de Marburgo e de Baden. A primeira direciona seus questionamentos à Crítica da Razão Pura, ao passo que a segunda centra-se na Crítica da Razão Prática, possibilitando o impulso da chamada Filosofia dos Valores. Portanto, com o Neokantismo, são analisadas Natureza e Cultura".

É conhecida a crítica de Wildelband à Wilhelm Christian Ludwig Dilthey (1883 - 1911) sobre a divisão das ciências em *Naturwissenschaften* (ciência da natureza) e *Geisteswissenshaften* (ciência do espírito), por exemplo, *cf.* Windelband[241]: "*Für die Einteilung dieser auf die Erkenntnis des Wirklichen gerichteten Disziplinen ist gegenwärtig die Scheidung von Naturwissenschaften und Geisteswissenschaften geläufig; ich halte sie in dieser Form nicht für glücklich*". (Ao classificar essas disciplinas voltadas ao conhecimento da realidade, atualmente é comum a distinção entre ciências naturais e humanidades; não acho que seja feliz essa forma)"; no lugar, propõe diferentes categorias de apreensão científica da natureza e dos

---

[236] O lema do neokantismo, *Zurück zu kant!* (volta a kant!), foi inspirado na frase "*Also muss auf Kant zurückgegangen werden*" de Otto Liebmann, in. Kant und die Epigonen. Berlin: Reuther & Reichard, 1912, p. 85.
[237] "*The term "Marburg is a reference to the 'Marburg School', a renowned philosophical movement of the nineteenth century that understood the Kantian system as a critical 'methodology'*". (O termo Marburg' é uma referência à "Marburg School", um renomado movimento filosófico do século XIX que entendeu o sistema kantiano como uma 'metodologia' crítica). WIDNER, Elisabeth Theresia. Berlin: De Gruyter, 2023, p. 12.
[238] *Cf.* Massime Ferrari: "[...] *ist nicht zu bezweifeln, daß die Marburger Schule sich in großen Teilen mit dem von Cohen unternommenen Versuch, eine systematische Betrachtung der Geschichte der Philosophie mit der Historizität des Transzendentalen zu verbinden, identifiziert hat*". FERRARI, Massime. Ernst Cassirer Stationen einer philosophischen Biographie. Aus dem Italienischen übersetzt von Marion Lauschke. Hamburg: Felix Meiner Verlag Hamburg, 2003, p. 10.
[239] "*Windelband's main philosophical contribution consists in reformulating Kant's transcendental approach in terms of a "philosophy of values" that focuses philosophical analysis on questions of normativity*". (A principal contribuição filosófica de Windelband consiste em reformular a abordagem transcendental de Kant em termos de uma "filosofia de valores" que centra a análise filosófica em questões de normatividade). Standford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: https://plato.stanford.edu/entries/wilhelm-windelband/ Acesso em: 06/02/2024.
[240] CARVALHO, R. et al. Kant e Radbruch: Do Dualismo "Ser e Dever Ser" ao Trialismo. Disponível em: http:// www. publicadireito. com.br/ artigos/ ?cod =e8fd4a8a5bab2b37 Acesso em 02/04/2024, p. 4.
[241] WINDELBAND, W. Geschichte und Naturwissenschaftt. Strassburg: J.H. Heitz, 1904, p. 9.

projetos práticos culturais, como as *Gesetzeswissenschaften* (ciências nomotéticas) e as *Ereigniswissenschaften* (ciências idiográficas), conforme seu discurso *Geschichte und Naturwissenschaft* (História e ciências naturais)[242] no evento de inauguração da Reitoria da Universidade Kaiser Wilhelm de Estrasburgo em 01/05/1894.

Contudo, a *Marburger Schule* - que será analisada em apartado - é a base do *positivismo* de Kelsen, *cf.* dito *ab initio*[243]: "[...] *me dediqué al estudio de los kantianos de Marburgo, especialmente de Cohen, cuya teoría del conocimiento me influyó persistentemente, sin que yo, sin embargo, lo hubiera seguido en todos los puntos* [...]". Vale aqui destacar o caráter epistemológico da herança kantiana em Kelsen, *cf.* Ursula Renz[244]: "*The Marburg school's philosophy of culture is in the first place a critique of culture which reformulates Kant's critique of reason*". (A filosofia da cultura da escola de Marburg é, em primeiro lugar, uma crítica à cultura que reformula a crítica da razão de Kant).

Sobre a linguagem e a ciência neste contexto *neokantiano*, vale ainda registrar o comentário de Otfried Höffe[245]: "O último grande representante da "Escola de Marburgo", Ernst Cassirer (1874-1945), discute não apenas as novas descobertas da Física, da Teoria da relatividade e dos quanta [...] analisa a variada constituição do mundo no pensamento mítico, na linguagem ordinária e no mundo científico".

As formulações matemáticas no campo das ciências empíricas sempre foram referenciais incontornáveis para que a *filosofia do conhecimento* atualize e aperfeiçoe sua *Weltanschauungen* (visão de mundo). Tal como Euclides e Isaac Newton contribuíram com importantes postulados científicos para Kant configurar a *razão teórica* (epistemologia), e, posteriormente, a *razão prática* (ética e direito), escreve Gastón Bachelard, que[246]: "*Closer to our own time, it was Newtonian astronomy that lent its rigor to the Kantian categories and its absoluteness to the a priori forms of space and time. It was Newton's astronomy that laid the foundations of modern mathematical physics. Astronomical phenomena are in one sense the most objective and fully determined of all physical phenomena*". (Mais perto do nosso próprio tempo, foi a astronomia newtoniana que emprestou seu rigor às categorias kantianas e seu absoluto às formas a priori do espaço e do tempo. Foi a astronomia de Newton que lançou as

[242] Vide o discurso em: WINDELBAND, Wilhelm. Geschichte und Naturwissenschaft. Rede zum Antritt des Rektorats der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg gehalten am 1. Mai 1894. Disponível em: https://www.hs-augsburg.de/~harsch/germanica/Chronologie/19Jh/Windelband/win_rede.html Acesso em 06/02/2024.
[243] KELSEN, H. Autobiografia. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: UEC, 2008, p. 54.
[244] RENZ, Ursula. Critical idealism and concept of culture. Amsterdam: Springer, 2005, p. 329.
[245] HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. Trad. C. Viktor Hamm e V. Rohden. SP: Martins Fontes, 2005, p. 333.
[246] BACHELARD, Gastón. The new scientific spirit. Boston: Beacon Press Boston, 1984, p. 100.

bases da física matemática moderna. Os fenômenos astronômicos são, em certo sentido, o mais objetivo e totalmente determinado de todos os fenômenos físicos).

Estes referenciais *metalinguísticos* (modelos abstratos da física teórica) permitiram a filosofia aferir progressivamente os instrumentos de fundamentação do conhecimento científico, bem como identificar os entraves e as limitações que a formatação do *paradigma linguístico* (*enquadramento do mundo pela linguagem*) pode impor à apreensão objetiva do comportamento da natureza e dos costumes.

Não há, contudo, uma correlação necessária entre ciência e teoria filosófica do conhecimento[247], posto que são dois campos distintos, aquele para conhecer e este para explicar o conhecimento, por exemplo, enquanto alguns pressupostos da *mecânica newtoniana* tornaram-se anacrônicos na transição para o XX, ao considerar o *espaço* e o *tempo* como entes reais e absolutos, a teoria kantiana os rejeitavam *ab initio*[248], *cf*. anota Albert Einstein (1879 - 1955)[249]: "*Es característico de la teoría de Newton el que tenga que atribuir al espacio y al tiempo, y también a la materia, una existencia real independiente*".

Kant diverge de Newton, pois, espaço e tempo não existem *em-si mesmos* como partes autônomas inscritas na totalidade do universo, são categorias *a priori* (não puras) do entendimento sobre a experiência; ensina Alexandre Fradique Morujão[250] que: Uma análise mais atenta da forma do conhecimento mostra-nos que as formas a priori da sensibilidade - o espaço e o tempo - não são conceitos, mas intuições" [...]; i.e., "São formas cognitivas, formas a priori, com as quais se constrói a geometria (o espaço) e a aritmética (o tempo). São elas o fundamento dos juízos sintéticos a priori, garantia da universalidade e necessidade destas disciplinas".

Ademais, com o advento da *física quântica*, da concepção de sistemas alternativos da lógica (*Deviant Logic*)[251] e, da *Teoria da Relatividade Restrita* - 1905 de Einstein, o *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo* (1632) de Galileu, a *Philosophiae naturalis principia mathematica* (1687) de Newton e a *Crítica da Razão Pura* (1781) de Kant, baseadas na geometria de Euclides e na lógica aristotélica, responderão parcialmente as questões do século

---

[247] Já disse Novalis: "Filosofia não deve explicar a natureza, deve explicar a si mesma". NOVALIS; Pólen. Fragmentos, diálogos. Tradução Rubens Rodrigues Filho. São Paulo: Iluminuras, 1988. p. 158. (Pseudônimo filósofo e poeta alemão Georg Philipp Friedrich von Hardenberg - 1772 - 1801).

[248] "[...] o espaço e o tempo são intuições puras que contêm *a priori* a condição da possibilidade dos objetos enquanto fenômenos". KrV, A89/B122: 148.

[249] EISNTEIN, Albert. Sobre la Teoría de la Relatividad Especial y General. Madrid: E. Altaya, 1998, p. 6.

[250] Prefácio da trad. portuguesa da KrV. In.: KANT, I. Crítica da razão pura. Lisboa: C. Gulbenkian, 2001, p. 13.

[251] Vide: HAACK, Suzan. Deviant Logic. Some philosophical issues. Cambridge Univerty Press, 1974, p. 1.

XX[252]; ainda de acordo com Albert Einstein[253]: "*Las leyes de la Mecánica de Galileo-Newton sólo tienen validez para sistemas de coordenadas de Galileo*".

A afirmação de Kant[254] que as proposições da geometria (euclidiana): "[...] são conhecidas sinteticamente *a priori e* com uma certeza apodítica"[255]; por exemplo, o conhecimento universal e necessário de que a somatória dos ângulos (*α, β e θ*) internos de um triangulo é igual a 180º, dispensando o testemunho da experiência, logo, *a priori*, é válida para a geometria plana de Euclides, mas não corresponde ao paradigma da *relatividade* do espaço/tempo[256].

Razões pelas quais, desde o século XVIII vêm surgindo "geometrias práticas" (não-euclidianas)[257], como a *geometria hiperbólica* do russo Nikolai Lobachevsky (1792 - 1802) e a *geometria elíptica* do alemão Georg Friedrich Bernhard Riemann (1826 - 1866), pois, ao explicarem as *formas do espaço*, revisaram o 5.° *ἀξίωμα* (axioma) euclidiano[258] antecipando

---

[252] As equações diferenciais sobre o magnetismo (1864) de J. C. Maxwel (1831 - 1879), o estudo sobre radiações eletromagnéticas (1904) de H. Lorents (1854 - 1928), ambos servindo de base para a RR (1905) de A. Einstein (1879 - 1955), formaram a linha de frente da desconstrução do paradigma newtoniano/galileiano. *E.g.*: As equações de Einstein-Maxwell na *Teoria da Relatividade Restrita* modificaram a teoria da gravidade universal newtoniana desde sua fórmula fundamental: $F = G.\left(\frac{M.m}{d2}\right)$; onde F = força de atração; G = constante gravitacional e m = massa dos corpos (corpo 1 e 2) e, d = distância. Enquanto Newton considera espaço/tempo como fixos, a TRR as considera relativas, o que alteram a 'constante gravitacional', pilar central da mecânica newtoniana.

[253] EISNTEIN, Albert. Sobre la Teoría de la Relatividad Especial y General. Op. Cit. p. 6.

[254] KrV A47: 108. Vide também: O espaço tem de ser originariamente uma intuição, porque de um simples conceito não se podem extrair proposições que ultrapassem o conceito, o que acontece, porém, na geometria. Mas essa intuição deve-se encontrar em nós *a priori*, isto é, anteriormente a toda a nossa percepção de qualquer objeto, sendo portanto intuição pura e não empírica. Com efeito, as proposições geométricas são todas apodíticas, isto é, implicam a consciência da sua necessidade como por exemplo: o espaço tem somente três dimensões; não podem ser, portanto, juízos empíricos ou de experiência, nem derivados desses juízos. KrV, B41: 92-93.

[255] "[...] estes princípios podem ser, sem dúvida, apodicticamente certos, mas não podem, em si mesmos (diretamente), ser conhecidos *a priori*". KrV, A737/B765: 607.

[256] "[...] *la geometría deja de ser una ciencia analítica y una matemática pura cuando se le aplica a un objeto particular, al espacio actual de los objetos existentes*". COUTURAT, Luis. La filosofia de las matemáticas em Kant. Prólogo y traducción de Miguel Bueno. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1960, p. 91.

[257] "A questão de saber se a geometria prática do mundo é ou não euclidiana tem um sentido preciso e a resposta só pode ser fornecida pela experiência. Toda medida de comprimento em física é, nesse sentido, uma questão de geometria prática; para que o mesmo ocorra com os comprimentos geodésico e astronômico é suficiente acrescentarmos a proposição experimental que afirma que a luz se propaga em linha reta - linha reta no sentido da geometria prática. A forma de conceber a geometria que descrevemos acima é tão importante que, sem ela, não teria sido possível construir a teoria da relatividade". EINSTEIN, Albert. Geometria e experiência. Disponível em: https://www.ime.usp.br/~pleite/ pub/artigos/einstein/ geometria_e_experiencia.pdf Acesso em 30/09/2023, p. 3.

[258] "E, caso uma reta, caindo sobre duas retas, faça os ângulos interiores e do mesmo lado menores do que dois retos, sendo prolongadas as duas retas, ilimitadamente, encontrarem-se no lado no qual estão os menores do que dois retos. In.: EUCLIDES. Os elementos. SP: UNESP, 2009, p., 86. Vide também: Miguel Reale: "Ora, as Geometrias não-euclidianas não são menos Geometrias do que a que começamos a estudar nos ginásios, embora não admitam o postulado acima enunciado, preferindo afirmar, como Riemann, que 'por um ponto tomado fora duma reta não se pode fazer passar nenhuma paralela a esta reta", ou então, como Lobatchewsky: 'Por um ponto tomado fora duma reta, pode-se fazer passar uma infinidade de paralelas a esta reta'. Trata-se, por conseguinte, de Geometrias igualmente rigorosas, cada qual no sistema de suas referências. Toda ciência depende, portanto, em seu ponto de partida, de certas afirmações, que se aceitam como condição de validade de determinado sistema ou ordem de conhecimentos". REALE, Miguel. Introdução à filosofia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p7.

modelos teóricos que responderiam (mais) adequadamente à *geometrização do eletromagnetismo*, *i.e.*, a influência das equações diferencias eletromagnéticas de James Clerk Maxwell (1831 - 1879) na explicação da distorção do espaço/tempo pelas ondas gravitacionais da Teoria da Relatividade Restrita de Albert Einstein, que, alteraram, com isso, a estrutura geométrica/cognitiva de interpretação dos fenômenos da natureza.

Renato Pettoelo escreve na introdução do livro de Moritz Schilik, *Texte zu Einsteins Relativitätstheorie* (textos sobre a Teoria da Relatividade de Einstein -1915) sobre o capítulo *Die philosophische Bedeutung des Relativitätsprinzips* (O significado filosófico do princípio da realtividade), que[259]: "[...] *la fisica degli ultimi anni si è nuovamente trovata di fronte a questioni di tale rilevanza da essersi spinta ben dentro l'epistemologia: essa ha sollevato il "principio di relatività", mettendo in discussione così la rigida validità della parte finora ritenuta meglio fondata della fisica, vale a dire la meccanica newtoniana, ed esigendo l'introduzione di una nuova concezione della natura del tempo, anzi del tempo e dello spazio*"; ([...] a física, nos últimos anos, mais uma vez se viu diante de questões de tal importância que se aprofundou na epistemologia: levantou o "princípio da relatividade", questionando assim a validade rígida da parte até então considerada mais bem fundamentada na física, ou seja, a mecânica newtoniana, e exigindo a introdução de uma nova concepção da natureza do tempo, ou melhor, de tempo e espaço).

Giovanni Reale e Dário Antíseri dedicaram um capítulo especial sobre as geometrias práticas (não euclidianas) na sua consagrada obra *História da filosofia*, devido a fundamental importância do seu estudo para a compreensão do processo de transição paradigmática da apreensão matemática e lógico-filosófica da realidade observável[260]:

> Pois bem, o primeiro fato a ressaltar é que elas aboliram o dogma da 'verdade' absoluta da geometria euclidiana. E note-se que as geometrias de Lobacewskij e Riemann foram somente as primeiras de muitas outras construídas por seus sucessores. [...] a aparição das geometrias não-euclidianas assestou um golpe decisivo a confiança ingênua na intuição, com sua pretensão de fundamentar axiomas e postulados e, portanto, de justificar todo o edifício da geometria.

[259] PETTOELLO, Renato. Introduzione. In.: SCHILICK, Moritz. Il significato filosofico del principio di relatività. Traduzione di Renato Pettoello. Brescia: Morcelliana, 2014, p. 36.
[260] REALE, G.; ANTISERI, D. História da filosofia, V.5. SP: Paulus, 2005, p. 361.

Com efeito, as estruturas *ontológicas da linguagem*[261] e da cognição como formas de apreensão objetiva do mundo, que remontam a antiguidade grega[262] (*metafísica clássica*), apresentam limitações e inconsistências em relação ao comportamento do universo observável, logo, a necessária adequação, *v.g.*, da *geometria axiomática de Euclides* por *geometrias práticas* como a *geometria diferencial de Riemann*, bem como da filosofia da linguagem e suas expressivas implicações na teoria do conhecimento [263].

Neste sentido, B. Saint-Sernin[264] anota: "[...] ao longo de mais de dois mil anos, as matemáticas se comportaram como se as leis da lógica [...] como se houvesse um direito universal e consuetudinário da razão. O que veio alterar essa confiança inabalável foi, no século XIX, o aparecimento da geometria não-euclidiana [...]".

Símile percepção de incompatibilidade entre linguagem e mundo ocorre na irresolução dos "limites do *ser*" do objeto da experiência em sua redução quântica, *i.e.*, da indeterminação da posição da matéria no cosmos, ou ainda, do sentido ontológico/existencial do fenômeno empírico no domínio subatômico.

O físico Werner Karl Heisenberg (1901 - 1976), Nobel de Física de 1932, ensinou, de acordo com a interpretação de Paul Davies, que[265]: "*At the heart of the quantum revolution is Heisenberg's uncertainty principle. This tells us, roughly speaking, that all physical quantities that can be observed are subject to unpredictable fluctuations, so that their values are not precisely defined*". (No cerne da revolução quântica está o princípio da incerteza de Heisenberg. Isto diz-nos, grosso modo, que todas as grandezas físicas que podem ser observadas estão

---

[261] "Por outro lado, como resulta dos ensinamentos de Einstein, o sistema geocêntrico de Ptolomeu e o sistema heliocêntrico de Copérnico não diferem senão pelo "modo de expressão", o que põe em realce o valor gnosiológico positivo de uma "diversidade de perspectivas". A nova visão das ciências não pode deixar de implicar a revisão do criticismo, em seu ponto de partida". *Cf.*: REALE, Miguel. Experiência e cultura: SP: Ed. USP, 1977, p. 39.

[262] "Nosso conhecimento de geometria, como o resto de nosso conhecimento, deriva-se parcialmente da lógica, e dos sentidos, e hoje sabemos ilusória a posição que a geometria parecia ocupar na época de Kant. É verdade que ainda há alguns filósofos que afirmam que o nosso conhecimento do axioma das paralelas, por exemplo, aplica-se ao espaço real e que não deve ser explicado empiricamente, porém, como asseverava Kant, deriva de uma intuição apriorística. Esta posição não é logicamente refutável, porém acho que perde toda a plausibilidade assim que percebemos como é complicada e derivativa a noção de espaço físico. Como vimos, a aplicação da geometria ao mundo físico de modo algum exige que haja de fato pontos e retas entre as entidades físicas". RUSSELL, B. Misticismo e lógica. Trad. Wilson Velloso. SP: CEN, 1957, p. 133. *Cogito, ergo sum es un juicio analítico: Parménides incluso lo consideró idéntico: tó γάρ αυτο νοειν έστιν τε καί ειναι (nam intelligere et esse idem est - "Pues ser y pensar es lo mismo"), Parménides en Clemente de Alejandría, Stromata* VI, 2, § 23. in: SCHOPENHAUER, Arthur. El mundo como voluntad y representación II. Editorisl Trotta, Madrid: 2009, p. 62.

[263] "[...] o problema da verdade das proposições geométricas desdobra-se em problema de verdade matemática, que se reduzira a ser consequência logica dos axiomas, e em um problema de verdade empírica, que conflui na epistemologia das ciências empíricas quando estas tratam da relação entre teoria e realidade". REALE, G.; ANTISERI, D. Op. Cit. p. 341.

[264] SAINT-SERNIN, Bertrand. A razão no Século XX. Brasília: UNB, 1998, p. 44-45.

[265] HEISENBERG, W. Physics and Philosophy. The Revolution in Modern Science. UK: Penguin, 1989, p. IX.

sujeitas a flutuações imprevisíveis, de modo que os seus valores não são definidos com precisão).

Já disse Heráclito[266]: *Φύσις κρύπτεσται φίλει.* (A natureza ama se esconder).

Na obra *Was ist Gerechtigkeit?* (*What is Justice?* - 1953/1957), Kelsen cita Heisenberg precisamente para destacar a relativização da "lei de causalidade" da natureza em função do princípio da indeterminação da estrutura quântica da matéria[267], bem como a necessidade de um *Gedankenexperiment* (experimento mental) para estimar probabilisticamente a posição e as condições do objeto da experiência, diz Kelsen[268]:

> *This is the "principle of uncertainty'' which was dis¬ covered and formulated by Heisenberg. If one assumes predictability as the criterion of causality, as is done in modern natural philosophy, and explains an event as causally determined when it can be safely predicted, there is, according to an interpretation suggested by certain physicists and philosophers no causality in the sphere of quantum mechanics, or, at least, causality cannot be proved even when it is "objectively" given.*

Estes pressupostos da física teórica repercutirão na rejeição da causalidade natural jurídica (tese jusnaturalista) e, por consequência, a adoção, ao invés de um *das Müssen der Kausalität* (um *dever* de *causalidade*) para o direito, um *das Sollen der Zurechnung* (um dever atribuído) conforme um *functor deontológico* de atribuição F: C → D, *i.e*, a cada objeto x ∈ C, logo, um objeto F(x) ∈ D, ou, simplesmente uma cópula lógico/formal (P → Q) de imputação normativa (hipótese de incidência implica em sanção) para estabelecer a racionalidade interna do discurso jurídico, uma *Kausalität und Zurechnung* (causalidade e imputação), *cf.* Kelsen[269]: "*El molde lingüístico en que tanto el principio de causalidad como el de imputación se expresan es un juicio hipotético en el que una condición determinada se enlaza con una determinada consecuencia*". Ainda diz Kelsen[270]: "*It is assumed that the main blow to the law of causality*

---

[266] B123 (DK). HERÁCLITO. Fragmentos contextualizados. São Paulo: Odysseus Editora, 2012, p. 121.

[267] "*Modernamente, el principio de causalidad hace crisis. Kelsen mismo, influido por Schrodinger, se pregunta si la formulación de tal principio no debe ser esencialmente modificada, y si tal cosa, vistos los resultados de la física moderna, no constituye "una transformación muy significativa de nuestra imagen del mundo". La legalidad inviolable de la naturaleza desaparece. La necesidad absoluta es sustituida por una probabilidad estadística y, según Reichenbach, no se puede predecir en el mundo físico sino bajo el concepto de probabilidad*". AYALA, Ricardo Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. Op. Cit. p. 64.

[268] WIJ: 319.

[269] KELSEN, Hans. Causalidad y imputación. Op. Cit. p. 11.

[270] (Este é o 'princípio da incerteza' que foi coberto e formulado por Heisenberg. Se alguém assume a previsibilidade como o critério da causalidade, como é feito na filosofia natural moderna, e explica um evento como causalmente determinado quando pode ser previsto com segurança, há, de acordo com uma interpretação

was dealt by the recently developed quantum mechanics, the mechanics of the subatomic particles". (Supõe-se que o principal golpe na lei da causalidade foi desferido pela mecânica quântica recentemente desenvolvida, a mecânica das partículas subatômicas); e continua:

> *This is the 'principle of uncertainty' which was discovered and formulated by Heisenberg. If one assumes predictability as the criterion of causality, as is done in modern natural philosophy, and explains an event as causally determined when it can be safely predicted, there is, according to an interpretation suggested by certain physicists and philosophers no causality in the sphere of quantum mechanics, or, at least, causality cannot be proved even when it is "objectively" given. But it is said that the causal determinateness of subatomic processes is unnecessary for arriving at physical laws for macroscopic phenomena. Such laws would not express absolute necessity, but merely statistical probability*.

A propósito, foi na *mecânica quântica* do físico dinamarquês Niels Henrik David Bohr (1885 - 1962) que Miguel Reale (1910 - 2006) encontrou inspiração para fundamentar e propor a metodologia da sua *Teoria Tridimensional do Direito*.

Niels Bohr estudando as estruturas atômicas da matéria, concluiu que um único método experimental não é capaz de capturar conceitualmente, *in totum*, as múltiplas facetas comportamentais das partículas subatômicas do fenômeno fotoelétrico, ou seja, não há como definir objetivamente, por um método experimental, a "natureza da luz", dada a coexistência de teorias aparentemente antagônicas, porém, *válidas* e *verificáveis,* como a teoria corpuscular e ondulatória (dualidade onda/partícula); razão pela qual, Bohr formulou o *princípio da complementaridade,* porquanto ambos resultados experimentais e científicos, não se excluem mutuamente, mas coexistem e se *complementam* para uma compreensão ampla e não parcial do fenômeno quântico. O *princípio da complementaridade* da física quântica proposto por Bohr foi incorporado pela *Teoria Tridimensional* de Miguel Reale como forma de expressar a indeterminação (*ontológica*) da natureza (do *ser*) jurídico, na medida em que a normatividade

---

sugerida por certos físicos e filósofos, nenhuma causalidade na esfera da mecânica quântica, ou, pelo menos, a causalidade não pode ser provada mesmo quando é "objetivamente" dada. Mas diz-se que a determinação causal dos processos subatômicos é desnecessária para chegar a leis físicas para fenômenos macroscópicos. Tais leis não expressariam necessidade absoluta, mas apenas capacidade de problemas estatísticos). WIJ: 319. "*Other physicists and philosophers, however, reject this conclusion. Planck, for example, says that this abandonment of the law of causality 'rests upon a confusion between the world of senses and the physical picture of the world'; and he comes to the result that 'there is fully as rigid a determinism in the world picture of quantum physics as in that of classical physics*'". (Outros físicos e filósofos, no entanto, rejeitam essa conclusão. Planck, por exemplo, diz que esse abandono da lei da causalidade 'repousa sobre uma confusão entre o mundo dos sentidos e a imagem física do mundo'; e ele chega ao resultado de que 'há um determinismo tão rígido na imagem de mundo da física quântica quanto na da física clássica'). WIJ: 342.

se manifesta como resultante dialética da imbricação dinâmica entre fatos (sociais) e valores (morais). *Cf.* Miguel Reale[271]: "Por força do princípio de complementaridade, opera-se um raciocínio dialético, também denominado 'dialética de implicação e polaridade', segundo a qual os elementos em contraste não se fundem, mas, ao contrário, se correlacionam, mantendo-se distintos". Em outras palavras, M. Reale contemporâneo destas realizações no campo da física teórica, reconhece que a teoria do direito não pode ficar a margem da interpretação científica da realidade e recepciona os pressupostos epistemológicos da física quântica, sobretudo a dualidade metodológica (onda/partícula)[272] de Niels Bohr acerca da luz, bem como o *princípio da incerteza* de Heisenberg, como modelos de referência da *Dialética da Complementaridade na Teoria Tridimensional do Direito*; de acordo com M. Reale[273]: "Essa colocação do problema da 'natureza da luz' segundo dois distintos pontos de vista que complementarmente se exigem e se completam seria a única em condição de conciliar a teoria da relatividade de Einstein com a dos quanta de ação de Plank e o princípio de indeterminação de Heisenberg".

Considerando a indeterminação do direito, coexistem, símile à onda/partícula de Bohr, duas teorias simultaneamente válidas (fático-valorativas), com metodologias distintas obtendo resultados aparentemente contraditórios sobre o mesmo objeto, pois, tal como se apresenta a imprevisibilidade do mundo quântico para os modelos matemáticos científicos, Miguel Reale interpreta que o fenômeno jurídico, de natureza ambígua, incerta e indeterminada, também não poderá ser contemplado *in totum* por teorias *unidimensionais* (parciais) do direito, como o *normativismo*, o *sociologismo* ou o *axiologismo*. *Cf.* a obra *Experiência e cultura*[274]:

> É dentro desse quadro compreensivo que devemos situar objetivamente o "princípio de complementaridade", proposto por Niels Bohr para descrever as aparentes (note-se: aparentes) contradições que surgem na discussão sobre a natureza da luz e das partículas materiais, frisando ele que foi exatamente por não se tratar de contradições reais, que empregou os termos "complementaridade" ou "reciprocidade" [...].

[271] REALE, M. Variações sobre a dialética. Disponível em: https://www.miguelreale.com.br/artigos/vdialetica.htm Acesso em 09/01/2024.
[272] "Não resta dúvida que nenhuma investigação sobre a Dialética, desde que não ancorada irremediavelmente em inamovíveis pressupostos ideológicos, poderá deixar de considerar a profunda reviravolta operada na esfera das ciências exatas, nestes últimos quarenta anos, graças ao 'princípio de complementaridade' apresentado pelo físico dinamarquês Niels Bohr, para pôr cobro ao conflito que contrapunha, em Microfísica, a teoria corpuscular à teoria ondulatória da luz". REALE, Miguel. Experiência e cultura. Op. Cit. p. 161.
[273] REALE, M. Variações sobre a dialética. Loc. Cit.
[274] REALE, Miguel. Experiência e cultura. Op. Cit. p. 162.

O fenômeno jurídico permeado pela dinâmica social, pela atividade economia e política, pelas transformações tecnológicas e culturais, recepcionará cada uma de suas facetas com suas propriedades peculiares, razão pela qual, também exigirá metodologias distintas e complementares não determinadas de forma exclusiva e unidimensional pela *sociologia* (fato), por legitimações *axiológicas* (valor) ou pelo *direito positivo* (norma). *Cf.* Miguel Reale[275]:

> De acordo com a Teoria Tridimensional do Direito, não há norma legal sem a motivação axiológica dos fatos sobre os quais os valores incidem. Daí a compreensão da norma jurídica como elemento integrante da relação fático-valorativa. Não é demais lembrar que só surgiu a citada teoria quando se reconheceu que fato, valor e norma se dialetizam de maneira complementar.

Com efeito, para M. Reale, o direito movimenta-se em permanente atualização dinâmica da interação entre suas múltiplas expressões fático/axiológicas, e, por *normatividade*, uma *resultante dialética* oriunda de um processo cultural e hermenêutico engendrado na tensão entre *fatos* e *valores* inscritos na realidade social.

Para o *tridimensionalismo jurídico*, o *positivismo* (lógica jurídica), a *sociologia* (empírica) e a *axiologia* (filosofia), oferecem interpretações válidas das distintas facetas do mesmo objeto, porém, parciais e complementares; a despeito disto, Miguel Reale[276] escreve que: "A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a 'implicação-polaridade' existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade)".

Importante fazer a ressalva de que Hans Kelsen não compartilha da ideia de que o objeto de estudo da ciência jurídica - o "direito positivo" - possa ser compartilhado por outros ramos do saber, contudo, não confundir o fenômeno jurídico que abrange cultura, valores etc., com o objeto "norma jurídica", assim ensina Stanley L. Paulson[277]:

> *Kelsen, que se comprometió como sus predecesores con la pureza metódica, no quiere tener nada que ver con esa idea de que uno y el mismo objeto puede*

---

[275] REALE, Miguel. Variações sobre a dialética. Loc. Cit.

[276] REALE, Miguel. Experiência e cultura. Op. Cit. p. 57. Vide tb.: "Da maior importância, no desenvolvimento de minhas ideias, foi a meditação sobre a posição do "valor" no quadro da "teoria dos objetos", então atualizada por Edmund Husserl sob a influência de Franz Brentano. Era, na época, dominante a compreensão do valor como uma "qualidade do ser", ou do "ente", correspondendo, em última análise, a um 'objeto ideal'". REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. Op. Cit. p. 92.

[277] PAULSON, Stanley L. Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen. Traducción del alemán de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 34.

> *ser asunto de diferentes métodos, y su crítica a la "teoría de las dos caras" de Jellinek parece ser implacable: si por hipótesis existen dos métodos, entonces hay también dos distintos asuntos u objetos, pues la identidad del objeto de conocimiento está condicionada por el método del conocimiento*.

Conclui-se que os estudos que relacionam *física quântica* e *geometrização do eletromagnetismo* para interpretar formas e interações gravitacionais da macroestrutura do universo, formaram *a linha de frente* da física teórica que *desconstruiu* o paradigma da mecânica newtoniana e *questionou* a competência humana em apreender o mundo exterior por categorias ontológicas da linguagem. Em outras palavras, a dimensão *ôntica*[278] do *ente* e seu sentido existencial *ontológi*co - o objeto da experiência em sua identidade metafísica (*ser*) inscrita na totalidade da *physis* - se revelam realidades incompatíveis com a nova *Weltanschauungen* da física e da epistemologia filosófica, considerando que só é possível supor a existência e a posição da matéria no espaço, abstratamente por cálculos e funções matemáticas de ordem *probabilística*, *cf.* K. Popper[279]: "Segundo as relações de incerteza de Heisenberg, toda medida de posição interfere com a medida da correspondente do momento"; isto é, não há *cosmos*[280] nem posição definida da matéria na *physis* - uma das faces da crise metafísica que trataram os *neopositivistas* lógicos do *Wierner Kreis* no início do século XX. Relativizado o *princípio de causalidade mecanicista* no âmbito da física quântica, rompe-se a relação bipolar e cognitiva entre o *ser* e o *ente*, ou, entre *noumenon* e *phaenomenon*, de acordo com Kelsen em *Was ist Gerechtigkeit?* (*What is Justice?* - 1953/1957)[281]: "*Whether or not there placement of absolute necessity by statistical probability in the notion of natural law is traceable to quantum mechanics with its principle of uncertainty may be left undecided. Even before Heisenberg's discovery, if the law of causality was used to predict future events, only a calculation of probability was possible*". (Se a substituição da necessidade absoluta pela probabilidade estatística na noção de lei natural é rastreável até a mecânica quântica com seu princípio de incerteza pode ser deixada sem dúvida. Mesmo antes da descoberta de Heisenberg, se a lei da

---

[278] Terminologia fenomenológica para descrever a matéria bariônica constituída de prótons, neutros e elétrons. "*Ontic is an adjective that Heidegger uses to designate a specific entity (or specific entities) as well as the description, interpretation or investigation of it (or them). Heidegger contrasts an ontic investigation with an ontological investigation that is directed at disclosing an entity's manner of being as such*". (Ôntico é um adjetivo que Heidegger utiliza para designar uma determinada entidade (ou entidades específicas), bem como a descrição, interpretação ou investigação dela (ou delas). Heidegger contrasta uma investigação ôntica com uma investigação ontológica que é direcionado a revelar a maneira de ser de uma entidade como tal). DAHLSTROM, Daniel O. The Heidegger dictionary. New York: Bloomsbury Academic, 2013, p. 146.

[279] POPPER. K. A lógica da pesquisa científica. 3. ed. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 241.

[280] Parmênides concebeu a concebeu não apenas a primeira ideia do cosmos (*κόσμος*) como a "planta baixa do universo". POPPER, Karl. O mundo de Parmênides. Op. Cit. p. 127.

[281] WIJ: 320.

causalidade fosse usada para prever eventos futuros, apenas um cálculo de probabilidade era possível). Bem como a reflexão de Kelsen em *Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip* (O surgimento da lei causal a partir do princípio da retribuição), como será analisado no tópico 1.7., "Princípio de retribuição"[282]:

> *Erblickt man die entscheidende Wendung in der Entwicklung des Kausalbegriffs darin, dass dieser nicht mehr eine absolute Notwendigkeit, sondern eine bloss statistische Wahrscheinlichkeit zum Ausdruck bringt, dann ist diese Wendung im Wesentlichen schon mit Humes Kritik erreicht, oder doch zur Genüge vorbereitet. Ist die Kausalität kein objektives Band zwischen Ursache und Wirkung, sondern eine blosse Denkgewohnheit, hervorgerufen durch die Beobachtung regelmässiger Abfolgen, dann ist jenes Element beseitigt, dem allein die absolute Notwendigkeit, die Unverbrüchlichkeit anhaften kann: der transzendente Wille, der diese objektive Verknüpfung stiftet*.

Segundo esta perspectiva de progressão da história do conhecimento, conclui-se que o exemplo mais representativo de ruptura de paradigma linguístico de apreensão da realidade, que repercutirá, também, na compreensão científica (*positiva*) do direito e das humanidades, é a objeção à *Mecânica newtoniana* com o advento da *física* quântica e sua relação na explicação da macroestrutura do universo, conforme a *Teoria da Relatividade Restrita* de Albert Einstein.

Precisamente sobre esta questão, Michael Friedman, notável pelos seus estudos que relacionam filosofia e a ciência do espaço/tempo - vide sua obra *Os Fundamentos Metafísicos das Ciências Naturais* - escreve em seu livro *Reconsidering logical positivism*[283], que:

> *Einsteinian relativity was a well-established part of main- stream physics; the "foundations crisis" in modern mathematics had reached a denouement, of sorts, with Gödel's incompleteness theorems. Finally, and perhaps most importantly, the positivists were no longer confronted with their philosophical competitors and rivals within the European philosophical tradition, the*

[282] (Se virmos o ponto de viragem decisivo no desenvolvimento do conceito de causalidade no facto de este já não exprimir uma necessidade absoluta, mas antes uma mera probabilidade estatística, então este ponto de viragem já foi essencialmente alcançado com a crítica de Hume, ou pelo menos suficientemente preparado. Se a causalidade não é um vínculo objetivo entre causa e efeito, mas um mero hábito de pensar, provocado pela observação de sequências regulares, então é eliminado aquele elemento ao qual a necessidade absoluta, a inviolabilidade, pode se agarrar: a vontade transcendente, que cria esta conexão objetiva). KELSEN, Hans. Die Entstehung Des Kausalgesetzes Aus Dem Vergeltungsprinzip (1939) The Journal of Unified Science (Erkenntnis). Vol. 8, No. 1/3 (Jun. 1, 1939), pp. 69-130 (62 pages). Published By: Springer Nature, 1939, p. 125.

[283] (A relatividade Einsteiniana era uma parte bem estabelecida da física do fluxo principal; a 'crise de fundações' na matemática moderna havia atingido um desfecho, de alguma forma, com os teoremas de incompletude de Gödel. Finalmente, e talvez o mais importante, os positivistas não foram mais confrontados com seus concorrentes filosóficos e rivais dentro da tradição filosófica europeia, os movimentos de reforma radical concorrentes do neo-Kantianismo de Marburg, a fenomenologia Husserliana e a 'hermenêutica existencial' de Heidegger". In.: FRIEDMAN, Michael. Reconsidering logical positivism. UK: CUP, 1999, p. XIV.

competing radical reform movements of Marburg neo-Kantianism, Husserlian phenomenology, and the "existential hermeneutics" of Heidegger.

De acordo com Bertrand Russell[284]: "Einstein inventou uma nova técnica, livre das suposições de Newton. Mas para fazê-lo, teve de alterar fundamentalmente as antigas ideias de espaço e tempo, que haviam permanecido inalteradas desde tempos remotos"; da mesma forma, R. DiSalle[285]: "[…] *recalling the over simplified view of the logical positivists: that Einstein had merely applied some empiricist and antimetaphysical standards to poorly defined conceptions of space and time*". ([...] lembrando a visão simplificada dos positivistas lógicos: que Einstein simplesmente aplicou alguns padrões empiristas e antimetafísicos a concepções mal definidas de espaço e tempo). Em que pese Einstein não acolher o apriorismo[286] cognitivo na geometria aplicada, não trata de refutar Kant[287], Newton ou Euclides, posto que eles propõem sistemas logicamente intocáveis, mas em advertir sutis inconsistências entre a epistemologia (teoria filosófica do conhecimento) e as inéditas variáveis empíricas enfrentadas pela física no século XX, *cf.* Luis Alberto Peluso[288]: "Em sua estrutura epistemológica, as teorias de Einstein

[284] RUSSELL, B. ABC da Relatividade. Direito da tradução dos editores. RJ: Zahar editores. 1963, p. 20.
[285] DiSALLE, Robert. Reconsidering Kant, Friedman, Logical Positivism, and the Exact Sciences. p. 198.
[286] "Em geral, os físicos da época acreditavam de bom grado que os conceitos e as leis fundamentais da física não constituem, no sentido lógico, criações espontâneas do espírito humano, mas antes que se pode deduzi-los por abstração, portanto por um recurso da lógica. Na verdade, somente a teoria da relatividade geral reconheceu claramente o erro dessa concepção". E conclui a seguir: "Antes de tratar do problema do espaço, gostaria de fazer uma observação sobre os conceitos em geral: eles dizem respeito a experiências dos sentidos, mas jamais podem ser deduzidos logicamente deles. Por causa desta evidência, nunca pude aceitar a posição kantiana do a priori". EINSTEIN, Albert. Como vejo o mundo. Trad. H. P. de Andrade. RJ: Nova Fronteira, 1981, p. 64-69.
[287] "Nosso conhecimento de geometria, como o resto de nosso conhecimento, deriva-se parcialmente da lógica, e dos sentidos, e hoje sabemos ilusória a posição que a geometria parecia ocupar na época de Kant. É verdade que ainda há alguns filósofos que afirmam que o nosso conhecimento do axioma das paralelas, por exemplo, aplica-se ao espaço real e que não deve ser explicado empiricamente, porém, como asseverava Kant, deriva de uma intuição apriorística. Esta posição não é logicamente refutável, porém acho que perde toda a plausibilidade assim que percebemos como é complicada e derivativa a noção de espaço físico. Como vimos, a aplicação da geometria ao mundo físico de modo algum exige que haja de fato pontos e retas entre as entidades físicas". RUSSELL, Bertrand. Misticismo e lógica. Tradução de Wilson Velloso. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, p. 133. Vide: "*Reichenbach, too, in his early work on relativity theory, articulated a new conception of the apriori closely analogous to the sophisticated neo-Kantian reading of Einstein's theory being developed by Cassirer at virtually the same time. And Carnap, in the early 19305, engaged in a well-known polemical exchange with Heidegger on the topic of "metaphysical pseudo sentence*". (Reichenbach, também, em seus primeiros trabalhos sobre a teoria da relatividade, articulou uma nova concepção do a priori intimamente análoga à sofisticada leitura neokantiana da teoria de Einstein sendo desenvolvida por Cassirer praticamente ao mesmo tempo. E Carnap, no início de 19305, se envolveu em uma conhecida troca polêmica com Heidegger sobre o tema de 'pseudo-sentenças metafísicas'). In.: FRIEDMAN, Michael. Reconsidering logical positivism. UK: Cambridge University Press, 1999, p. XII.
[288] PELUSO, Luis Alberto. Subsídios para uma interpretação do paradigma racionalista crítico de análise social. In: Paradigmas filosóficos da atualidade. Org. M. C. Maringoni de Carvalho. São Paulo: Papirus, 1989, p. 112.

diferiam da física newtoniana [...] pareciam sugerir que elas possuíam uma fundamentação epistemológica diferente daquelas propostas pelas teorias da ciência do século XIX"[289].

Aqui vale a nota de M. B. Pereira no prefácio da "A visão de Deus" de N. de Cusa[290]:

> A permanência do antigo não rouba mas colabora na originalidade do paradigma novo e, por isso, é impossível pensarmos hoje a realidade sem a aceitação do nosso 'reverso do espelho' ou da história da natureza desde Copérnico a Darwin e Einstein, sem a fulguração originalíssima da razão, da liberdade, da historicidade e da sociabilidade do homem estudadas nos diversos paradigmas tradicionais mas sobretudo nos da filosofia moderna e contemporânea [...].

Por fim, acerca da sobreposição dos paradigmas, Robert Disalle conclui[291]:

> *In Einstein's revolution, then, philosophical reflection plays some of the roles that were attributed to it by the logical positivists, and that Friedman has placed in a much clearer light: it provides a critical meta-scientific perspective on the foundations of the Newtonian paradigm, from which the inadequacy of some fundamental Newtonian concepts, and the need for a new coordinative definition, could be clearly seen.*

Considerando o conturbado contexto social e político em que Einstein (e Kelsen) viveu, honra-se, aqui, o registro da sua recomendação para as gerações futuras[292]: "Espero, portanto, que sadias relações se restabeleçam na Alemanha e que, no futuro, gênios como Kant e Goethe não sejam motivo de rito de um festival de cultura, mas que os princípios essenciais de suas obras se imponham concretamente na vida pública e na consciência de todos".

---

[289] "*The positivists' treatment of relativity, on the other hand, and of its special philosophical achievements, appealed to epistemological notions that now seem quite naive and out of touch with the nature and the practice of physics. Their belief that general relativity had eliminated all metaphysical entities in favor of immediately observable relations, and that this marked a decisive break with all previous theories of space and time, involved confusions about general relativity, the previous theories of space and time, and epistemology in general. It is with respect to the positivists' understanding of relativity, in particular, that Kant's understanding of Newtonian physics seems exemplary*". (O tratamento dos positivistas da relatividade, por outro lado, e de suas conquistas filosóficas especiais, apelou a noções epistemológicas que agora parecem bastante ingênuas e fora de contato com a natureza e a prática da física. Sua crença de que a relatividade geral havia eliminado todas as entidades metafísicas em favor de relações imediatamente observáveis, e que isso marcou uma ruptura decisiva com todas as teorias anteriores do espaço e do tempo, envolveu confusões sobre a relatividade geral, as teorias anteriores do espaço e do tempo e da epistemologia em geral. É com relação à compreensão da relatividade dos positivistas, em particular, que a compreensão de Kant da física newtoniana parece exemplar). DiSALLE, R. Op. Cit. p. 208.

[290] PEREIRA BAPTISTA, M. Prefácio. CUSA, Nicolau. A visão de Deus. Op. Cit. p. 20.

[291] (Na revolução de Einstein, então, a reflexão filosófica desempenha alguns dos papéis que lhe foram atribuídos pelos positivistas lógicos, e que Friedman colocou em uma luz muito mais clara: fornece uma perspectiva meta-científica crítica sobre os fundamentos do paradigma newtoniano, a partir da qual a inadequação de alguns conceitos newtonianos fundamentais e a necessidade de uma nova definição coordenativa poderiam ser claramente vistas). DiSALLE, R. Op. Cit. p. 200.

[292] EINSTEIN, Albert. Op. Cit. p. 46.

Na dimensão discursiva, paralelamente as questões metodológicas das ciências naturais, as expressivas inovações dos modelos teóricos sobre o comportamento dos objetos de estudo da física, trouxeram desafios inéditos à filosofia e ao estudo da linguagem, exigindo readaptar os instrumentos de apreensão, interpretação e comunicação da realidade; sobre este contexto, anota D. Marcondes[293]: "O uso da linguagem é uma forma de ação no real e não uma simples maneira de descrever uma realidade que se observa. Ao se examinar o uso da linguagem, está-se a própria existência do real". Assim, a linguagem deixa de ser um espelhamento das coisas do mundo para constituir o próprio mundo.

Ainda no contexto de transição para o século XX, o legado de Charles Sanders Peirce (1839 - 1914) é um marco significativo para o estudo da epistemologia, lógica, linguística, matemática, entre outras áreas. Autor da consagrada *Logic as Semiotic: The Theory of Signs* (Lógica enquanto Semiótica: A *Teoria dos Signos* - 1890), atribuiu à semiótica um estudo especial sobre a lógica, distinto das escolas filosóficas tradicionais e das teses psicologistas, *cf.* E. Sandoval[294]: "Sua 'semiótica' não é uma psicologia, isto é, não é uma questão para o sujeito. [...] é uma questão sobre a linguagem, o simbólico, a experiência, o outro, a realidade, o relacionamento, a mente e o significado; é ao mesmo tempo uma fenomenologia [...] acima de tudo, é uma filosofia da linguagem".

A separação entre *lógica* e *psicologia*[295] proposta por Peirce e pelo seu contemporâneo Franz Brentano, contribui para a compreensão dos *paradigmas científicos* e *linguísticos* do *positivismo jurídico* e a incursão kelseniana contra as teses do *cognitivismo metafísico* e do *psicologismo* na fundamentação do direito. Neste sentido, Vadim Vereniš[296] anota que: "*Another important (for legal theory) feature of a Peircean semiotics is that it rejects aprioristic basis of the universal, abstract propositional truth*". (Outra característica importante (para a teoria jurídica) da semiótica peirceana é que ela rejeita a base apriorística da verdade proposicional abstrata e universal).

---

[293] MARCONDES, Danilo. Duas concepções de análise no desenvolvimento da filosofia analítica. In: Paradigmas filosóficos da atualidade. Org. Maria Cecília Maringoni de Carvalho. São Paulo: Papirus, 1989, p. 27-28.

[294] SANDOVAL, Edgar. Semiótica dos Sentidos: Notas sobre uma Lógica dos Afetos. Disponível em: https://doi.org/10.22456/2179-8001.97210 Acesso em 16/02/2024, p. 4.

[295] Vide tb.: "*Kant's endeavor to separate the logical from the psycholog- ical parallels his attempt to separate the transcendental from the empirical* […]". (O esforço de Kant para separar o lógico do psicológico é paralelo à sua tentativa de separar o transcendental do empírico [...]). In.: LIMNATIS, Nectarios G. German Idealism and the problem of knowlodge: Kant, Ficht, Schelling and Hegel. V.8. Nova York: Springer, 2008, p. 32.

[296] VERENICH, Vadim. On relationships between the logic of law, legal positivism and semiotics of law. Department of Semiotics, University of Tartu. Disponível em: https: // ojs. Utlib .ee/ index. php/ sss/ article/ view/ SSS.2011.39.2-4.07 p. 165. Acesso em 15/02/2024. p. 165.

Peirce transitou pelo *paradigma científico moderno* de Isaac Newton e pelo *indeterminismo* (micro e macro física) do *pós-modernismo científico*, razão pela qual, para John Deely (1942 - 2017)[297], Pierce é: "[...] *is at once the last of the moderns and first of the postmoderns*". ([...] ao mesmo tempo o último dos modernos e o primeiro dos pós-modernos); *cf.*, C. T. Rodrigues[298]:

> Peirce buscou superar um dos principais problemas da filosofia moderna, o qual seja, a separação de natureza entre sujeito e objeto. Ora, se o objeto for completamente diferente do sujeito, como seria possível o conhecimento? Para superar essa dificuldade, ele empreendeu uma severa crítica aos pressupostos epistemológicos da filosofia moderna. O ponto de partida é a defesa de uma concepção radicalmente não-psicológica da lógica, quer dizer, não internalista, não mentalista e não subjetivista. Ao menos desde 1865, ele já criticava o problema de defender algum tipo de psicologismo na lógica, o que o faz anteceder em pelo menos um ano o próprio nascimento do termo.

Sobre Charles Sanders Peirce, escreveu Bertrand Russell[299]: "[...] *beyond doubt that he was one of the original minds of the later nineteenth century, and certainly the greatest American thinker ever*". ([...] sem dúvida que ele foi uma das mentes originais do final do século XIX, e certamente o maior pensador americano de todos os tempos); Karl R. Popper (1902 - 1994)[300] faz igual reverência: "Charles Sanders Peirce, grande matemático e físico americano e, creio, um dos maiores filósofos de todos os tempos. Ele não questionou a teoria de Newton; contudo, já em 1892, mostrou que essa teoria, ainda que verdadeira, não nos dava qualquer razão válida para acreditar que as nuvens fossem relógios perfeitos".

---

[297] "*Charles Peirce stands in this regard in a position analogous to the position occupied by Augustine as last of the Western Fathers and first of the medievals. Peirce, with his doctrine of signs consisting in irreducibly triadic relations as a new foundation and beginning for the philosophical enterprise as a whole, is at once the last of the moderns and first of the postmoderns. For what I see in postmodernism, before all else, is the possibility of a philosophical response to the shortcomings of the modern paradigm, a response which at once remedies those shortcomings and retrieves for philosophy its lost history in the context of-and as supremely relevant to the postmodern period which all agree we are entering without Much agreement on how it is to be defined*". (Charles Peirce situa-se, a este respeito, numa posição análoga à posição ocupada por Agostinho como o último dos Padres ocidentais e o primeiro dos medievais. Peirce, com a sua doutrina dos signos que consiste em relações irredutivelmente triádicas como uma nova base e início para o empreendimento filosófico como um todo, é ao mesmo tempo o último dos modernos e o primeiro dos pós-modernos. Pois o que vejo no pós-modernismo, antes de tudo, é a possibilidade de uma resposta filosófica às deficiências do paradigma moderno, uma resposta que ao mesmo tempo corrige essas deficiências e recupera para a filosofia a sua história perdida no contexto de - e como extremamente relevante ao período pós-moderno em que todos concordamos que estamos a entrar sem muito acordo sobre como será definido). DEELY, John. Roman Washington: CUA Press/AM Association, 1997, p. 93.

[298] RODRIGUES, Cassiano Terra: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. T. G. e Filosofia do Direito. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/charles-sanders-pierce_58e5e9ab124f5.pdf Acesso em 15/02/2024.

[299] RUSSELL, Bertrand. Wisdom of The West. (Editor) Paul Foulkes. N.Y.: Crescent Books, Inc.1959, p. 276.

[300] POPPER, Karl Raimund. Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária. São Paulo: USP, 1975, 198.

A propósito, a metáfora *Clouds and clocks* (*Nuvens e relógios*) é uma representação didática dos *paradigmas* de transição da *física moderna* para a "*física pós-moderna*". A *nuvem* representa o *indeterminismo pós-moderno* e o *relógio perfeito* o *determinismo ontológico moderno*, tal qual o funcionamento preciso do universo newtoniano.

Cf. Karl R. Popper[301]:

> *My clouds are intended to represent physical systems which, like gases, are highly irregular, disorderly, and more or less unpredictable. I shall assume that we have before us a schema or arrangement in which a very disturbed or disorderly cloud is placed on the left. At the other extreme of our arrangement, on its right, we may place a very reliable pendulum clock, a precision clock, intended to represent physical systems which are regular, orderly, and highly predictable in their behaviour.*

O descolamento de uma parcela da nova realidade empírica - entre *Clouds and clocks* - da capacidade de apreensão do mundo na relação sujeito cognoscente e objeto cognoscível[302] - anteriormente tão bem definida pela modernidade - intensificará o *espírito antimetafísico* que desencadeará a *Virada pragmática da linguagem*, contudo, a participação ativa da cognição (não passiva de espelhamento hipostasiado dos fatos) na constituição do objeto, ou, da regulação *a priori* da experiência, será um dos legados de Kant (reinterpretados pelos neokantianos) mais significativos para a fundamentação da *Grundnorm* (regra fundamental) e de toda *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) lógico/formal do *ordenamento jurídico positivo*.

No âmbito do discurso filosófico, a ruptura do paradigma da *Modernidade* para a *Contemporaneidade* foi realizada pela *Fenomenologia* de Edmund Gustav Albrecht Husserl (1859 - 1938) com a publicação da obra *Logische Untersuchungen* (Investigações lógicas v1-1900/v2-1901), que pretendeu revisar as condições de investigação do conhecimento

---

[301] (Minhas nuvens destinam-se a representar sistemas físicos que, como os gases, são altamente irregulares, desordenados e mais ou menos imprevisíveis. Presumo que temos diante de nós um esquema ou arranjo no qual uma nuvem muito perturbada ou desordenada é colocada à esquerda. No outro extremo do nosso arranjo, à sua direita, podemos colocar um relógio de pêndulo muito confiável, um relógio de precisão, destinado a representar sistemas físicos que são regulares, ordenados e altamente previsíveis em seu comportamento). POPPER, Karl Raimund. indeterminism and freedom human. in David Miller (org.), N. J. P. University Press, 1985, p. 247.

[302] Vid: "A humanização de todo o acto científico iniciada pela inclusão do sujeito na estrutura da pró- pria ciência é a superação da dicotomia, que, desde a separação cartesiana entre «res cogitans» e «res extensa», sujeita e objecto, perseguiu o conceito ocidental de ciência da natureza e se traduziu na oposi- ção entre concepção axiologicamente neutra de racionalidade científica e decisão axiológica pre-racional. A realidade de 'revolução científicas' com a inclusão do sujeito humano é a crítica à dicotomia, que situou numa objectividade pura ou numa razão abstracta os métodos a-históricos das Ciências da Natureza e remeteu para a subjectividade a irracionalidade dos valores". PEREIRA BAPTISTA, M. Prefácio. CUSA, Nicolau. A visão de Deus. Op. Cit. p. 22.

(consciência/fenômeno, ou, sujeito/objeto)[303] e superar a dicotomia intelectível/sensível na disputa da verdade, considerando, *cf. supra*, o contexto das transformações científicas.

O método fenomenológico de Husserl[304] expresso na máxima *Zurück zu den Sachen selbst* (de volta às coisas mesmas), dedica-se a "voltar ao *Lebenswelt*", a experiência com o "mundo da vida". De acordo com Hans-George Gadamer (1900 - 2002)[305]: "Aquilo que constituiu o gênio de Husserl foi o fato de ele [...] ter implodido a estreiteza do conceito de experiência reduzido às ciências e ter elevado o 'mundo da vida', a experiência realmente vivida no mundo, o tema universal da meditação filosófica".

Ressalta-se, contudo, que Edmund Husserl não nega o apriorismo de Kant como método para as ciências experimentais (nem Kelsen), aliás, seu pensamento teve influência da *Marburger Schule*, a escola neokantiana de Marburgo que deu continuidade a *razão teórica* e manteve as ressalvas ao dilema insolúvel do *noumenon* (a *coisa em si*), "o resto da crítica metafísica de Kant contra a metafísica clássica"[306].

O método fenomenológico iniciado por Edmund Husserl foi assimilado pelo seu discípulo Martin Heidegger (1889 - 1976) e deu suporte epistemológico para elaborar o conceito de *Dasein* (o *ser-aí*), a experiência concreta do homem na vida cotidiana, *cf. Sein und Zeit* (Ser e tempo - 1927)[307]: "O presente trabalho visa, em princípio, elaborar a questão do ser. Dentro desse quadro, a destruição da história da ontologia [...]"[308]; bem como observa Andreas

---

[303] "Já tivemos ocasião de fazer referência a Husserl, um dos mentores da Filosofia contemporânea". REALE, Miguel. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 138. "Como Husserl nos esclarece, a atitude natural da ciência positiva é sempre realista no sentido de que não reduz, nem subordina a realidade a condições subjetivas, nem faz da correlação sujeito-objeto um problema essencial e prévio. Ao contrário, a ciência positiva, como ciência de realidades, parte do pressuposto metodológico da autonomia do objeto, como dado empírico, cujas leis procura explicar". REALE, M. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 614.

[304] "Os estudos de Edmundo Husserl e seus continuadores vieram completar uma longa e fecunda serie de pesquisas, das quais resulta uma nova Ontologia, que, no nosso entender, abre perspectivas de grande fecundidade para a apreciação do fenômeno jurídico". REALE, Miguel. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 118.
"O método fenomenológico de Husserl é apontado por vários autores como o próprio da Filosofia do Direito e da Ciência do Direito mesma. REALE, Miguel. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 138. "O método fenomenológico de Edmundo Husserl (1859-1938) teve grande repercussão em vários domínios da ciência e tem sido aplicado, com sucesso, também por psicólogos, juristas [...]". REALE, Miguel. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 361.

[305] GADAMER, Hans-George. Hermenêutica em retrospectiva. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 113.

[306] Ibid. Loc. Cit.

[307] HIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Trad. Marcia de Sá Cavalcante. 10. ed., Vozes: Petrópolis, RJ, 2017, p. 61.

[308] "Here Heidegger challenged a central belief of the dominant philosophical school of the time, the neo-Kantianism that heavily influenced his early thought: that Kant was an epistemologist, whose aim was to explore the foundations of our knowledge, especially the sciences. The neo-Kantians rejected the development of Kantianism undertaken by the German idealists in the early nineteenth century: they - Fichte, Schelling and Hegel - tended to regard man as infinite, capable of knowing the innermost depths of God, the world and the soul". (Aqui, Heidegger desafiou uma crença central da escola filosófica dominante da época, o neokantismo, que influenciou fortemente seu pensamento inicial: que Kant era um epistemólogo, cujo objetivo era explorar os fundamentos de nosso conhecimento, especialmente as ciências. Os neokantianos rejeitaram o desenvolvimento do kantismo

Joachim Krell[309] sobre a tradicional cisão da consciência/mundo: "Heidegger se dirige radicalmente contra a cisão que a filosofia ocidental decretou entre o sujeito cognoscente (o eu) e o objeto (as coisas do mundo); na sua visão, este objeto já faz 'desde sempre' parte do próprio sujeito (o *ser-aí*), não havendo relações entre sujeito e objeto, mas apenas entre sujeitos" [310].

A concepção fenomenológica do mundo surtiu importantes reflexos na epistemologia, na literatura, no direito e na psicologia, por exemplo, na corrente existencialista francesa representada por Jean-Paul Sartre (1905 - 1980), quando homenageou a obra *Ser e tempo* de Heidegger em sua *L'être et le néant: Essai d'ontologie phénoménologique* (O ser e o nada: Ensaio de ontologia fenomenológica - 1943), livro que acirrou a crítica fenomenológica de Edmund Husserl e Marin Heidegger contra a herança dualista moderna que reduziu o mundo exterior às condições cognitivas do sujeito, negando a realidade empírica das coisas mesmas, *i.e.*, a *Zurück zu den Sachen selbst*.

Sartre propôs categorias conceituais (existenciais) como *l'être-en-soi* (*ser-em-si*), representando o mundo concreto, empírico, independente da consciência: "*l'être en soi est ce qu'il est, à celle qui désigne l'être de la conscience* [...] *L'être est. L'être est en soi*"[311] (O ser em si é o que é, para aquele que designa o ser da consciência [...] O ser é. O ser está em si mesmo); e, o *l'être-pour-soi* (*ser-para-si*), representando a liberdade da consciência humana, na medida em que experimenta o mundo (pelas escolhas existenciais), volta-se *para-si,* constituindo-se ontologicamente: "*on se libère de soi par l'acte même par lequel on se fait objet pour soi*". (nós nos libertamos de nós mesmos pelo próprio ato pelo qual nos tornamos um objeto para nós mesmos)[312]. Sartre também segue a metodologia fenomenológica na relação entre sujeitos (não entre sujeito/objeto) e conclui[313]: "*Mais si ma conscience pour soi doit être médiée avec elle-même par une autre conscience, son être-pour-soi-et par conséquent son être en général -*

empreendido pelos idealistas alemães no início do século XIX: eles - Fichte, Schelling e Hegel - tendiam a considerar o homem como infinito, capaz de conhecer as profundezas mais íntimas de Deus, do mundo e da alma). A HEIDEGGER DICTIONARY. Kant and the problem of metaphysics. Oxford: Blackwell, 1999, p. 108.

[309] KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/398 Acesso em: 25/12/2023. p. 114.

[310] "*Tanto Schelling como Heidegger se apoyan en la versión kantiana de la tesis según la cual el mundo no existe, y esto significa aquí que no es un objeto al que podemos referirnos en un nivel objetivo y, en consecuencia, no cumple un criterio necesario de existencia. Según Kant, existencia es una categoría, es decir, un concepto que solo tiene significación cuando se refiere a un objeto que puede darse sensiblemente. Y lo que puede darse sensiblemente tiene que estar dado de manera intuitiva y, con ello, como un individuo, como una cosa particular. Kant vio con claridad que el mundo no es un individuo. En consecuencia, por una parte, desarrolla argumentos a favor de que el mundo no es un objeto del conocimiento, lo cual presupondría que es posible referirse a él intuitivamente*". MARKUS, G. Sentido y existência. Una ontología realista. Barcelona: Herder, 2017, p. 245.

[311] SARTRE, Jean-Paul. L'être et le néant: Essai d'ontologie phénoménologique. Paris: Gallimard, 1976, p. 32 -33.

[312] SARTRE, Jean - Paul. Op. Cit. p. 100.

[313] Ibid. p. 274.

dépend de l'autre". (Mas se a minha consciência para si mesma deve ser mediada consigo mesma por outra consciência, o seu ser-para-si e consequentemente o seu ser em geral - depende do outro).

Enfim, a crítica sartreana contra o moderno[314]:

> *La pensée moderne a réalisé un progrès considérable en réduisant l'existant à la série des apparitions qui le manifestent. On visait par là à supprimer un certain nombre de dualismes qui embarrassaient la philosophie et à les remplacer par le monisme du phénomène. Y a- t-on réussi? Il est certain qu'on s'est débarrassé en premier lieu de ce dualisme qui oppose dans l'existant l'intérieur à l'extérieur. Il n'y a plus d'extérieur de l'existant, si l'on entend par là une peau superficielle qui dissimulerait aux regards la véritable nature de l'objet.*

Destaca-se também, sob influência do *novo paradigma* da *Filosofia Contemporânea*, a corrente da *Psicologia fenomenológica-existencial*, um movimento de insurgência contra as soluções tradicionais (das ciências naturais), na compreensão clínica do ser humano, inspirado fundamentalmente nas teorias filosóficas de Søren Aabye Kierkegaard, Edmund Husserl, Martin Heidegger, Merleau-Ponty, Jean-Paul Sartre e Karl Theodor Jaspers[315]; a exemplo da obra "*A descoberta do ser*", entre outras, do psicólogo americano Rollo May (1909 - 1994), teórico notável pela inédita forma de fundamentar a psicologia em conceitos filosóficos existenciais[316].

Por desfecho, uma reflexão de Miguel Reale[317] sobre a crise da modernidade:

> Talvez seja tarefa de nosso tempo, marcado por uma crise de estrutura, o restabelecimento da unidade num mundo aparentemente fraturado de suas raízes, revelando-se a aparência das contradições, para se captar a

---

[314] (O pensamento moderno fez progressos consideráveis ao reduzir o que existe à série de aparências que o manifestam. O objetivo era eliminar um certo número de dualismos que envergonhavam a filosofia e substituí-los pelo monismo do fenómeno. Tivemos sucesso? É certo que primeiro nos livramos deste dualismo que opõe o interior ao exterior no que existe. Não há mais nenhum exterior do existente, se com isso queremos dizer uma pele superficial que esconderia da vista a verdadeira natureza do objeto). SARTRE. J.-P. Op. Cit. p. 11.

[315] Vide EVANGELISTA, P. Um breve comentário de medard boss sobre psicoterapia de grupo. Rev. abordagem gestalt. vol.19 no.2 Goiânia dez. 2013. Disponível em <http:// pepsic. bvsalud. org/scielo. php?script= sci_arttext &pid=S1809-68672013000200009&lng=pt&nrm= iso>. Acesso em 20/11/2023.

[316] PONTE, C. R. Sales da, Reflexões críticas acerca da psicologia existencial de Rollo May. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-68672011000100008 Acesso em 27/11/2023.

[317] REALE, Miguel. Experiência e cultura. Op. Cit. p. 140. Vide também: "A influência do intuicionismo de Bergson ou da fenomenologia de Husserl e de Scheler evidencia-se, mais ou menos fortemente, em todos esses juristas que estudam a atualização espontânea do Direito e não abstraem' a norma da corrente da experiência jurídica". REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 245. *Cf.* M. Reale, na "[...] Teoria Tridimensional do Direito, acrescento um capítulo final dando realce ao conceito husserliano de "vida quotidiana" (*Lebenswelt*), no qual estamos todos imersos, os legisladores, os juízes e os juristas enquanto homens comuns". REALE, Miguel. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 553.

> complementaridade distinta dos opostos. [...] mister é retomar a interrompida meditação husserliana sobre o significado do mundo e da cultura para o homem, não para refazer a desesperada identificação hegeliana de realidade e ideal, mas para não se perder o que os une e o que os distingue.

Os novos paradigmas filosófico, científico e linguístico na transição para o século XX exigiu significativas revisões teóricas nas humanidades, período caracterizado pela consolidação dos *positivismos* que separaram, *cf. ab inito*, o domínio da objetividade da *ciência jurídica* e da subjetividade da *política do direito*.

De modo ilustrativo, na formulação das *doutrinas econômicas*, tal como o *positivismo sociológico*, *jurídico* e *filosófico*, Milton Friedman[318] ensina que a *economia positiva,* também movida pelo espírito científico: "[...] independe, em tese, de qualquer posição ética especial ou de juízos normativos.

No dizer de Keynes, ela trata "do que é' e não 'do que deveria ser'", no mesmo sentido, em Ludwig Von Mises[319]:

> [...] não é somente na história e nas outras ciências que fazem uso das ferramentas conceituais da investigação histórica que encontramos afirmações universalmente válidas sobre a ação humana. Tal conhecimento também constitui o fundamento das ciências normativas - ética, a filosofia do direito e a jurisprudência sistemática. A principal tarefa da filosofia política, da filosofia do direito e da ciência política é a obtenção de conhecimento universalmente válido dos fenômenos sociais[320].

Em outras palavras, os modelos macroeconômicos da *economia positiva* reproduzem matematicamente o comportamento das variáveis econômicas, como taxas de juros, câmbio, emprego e inflação, à margem dos interesses políticos. A separação entre *ser* e *dever-ser*; entre *objetividade* e *subjetividade*, sempre foram traços comuns das metodologias científicas.

Embora o século XX conserve *procedimentos metodológicos* da *razão teórica*[321], pois são formalmente válidos na estruturação de sistemas de conhecimentos em geral (*cf.* Schelling, *ut supra*, a *Crítica da Razão Pura* é válida para todas as ciências)[322], a índole *antimetafísica*

---

[318] FRIEDMAN, M. A Metodologia da Economia Positiva. Multiplic, v. 1, n. 3, 1981 (1953), p. 2.
[319] MISES, Ludwig Von. Problemas epistemológicos da economia. São Paulo: UICLAP, 2022, p. 78.
[320] Aqui uma curiosidade, Ludwig von Mises era amigo de Kelsen, por sua influência começou a ler Kant: "*Bajo la influencia de un amigo mayor conocí la obra de Schopenhauer y comencé, todavía en el Gimnasio, a leer a Kant*". KELSEN, Hans. Autobiografia. Bogotá. Universidad Extrernado de Colombia, 2008, p. 71.
[321] Como será visto, Kelsen se inspira na "metodologia transcendental" do neokantiano Hermann Cohen.
[322] "Será sacrilégio, por exemplo, pegar num aparelho epistemológico tão maravilhoso como a categoria Kantiana e demonstrar o seu interesse para a organização do pensamento científico?". BACHELARD, Gastón. A epistemologia. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 27.

deste período desconsiderou o "*sujeito transcendental kantiano*"[323]: "[...] a ideia de uma mera consciência que acompanha todos os conceitos" - ou, o "*eu transcendental*" - [...] pelo eu, penso sempre uma unidade absoluta, mas lógica, do sujeito [...]"; bem como o liame instalado entre a *Metaphysische der Natur* (*metafísica da natureza*) e a *Metaphysik der Sitten* (*metafísica dos costumes*) através da *liberdade*.

Importante destacar o comentário de Nectarios G. Limnatis, quando explica que Johann Gottlieb Fichte (1762 - 1814), primeiro filósofo do *idealismo alemão*, período entre Kant e Hegel[324]: "[…] *departs from the ambiguities of Kantian dualism. Although Kant had defended the two foldness of human agency, its natural and intelligible nature, he provided no convincing way to unite the spheres of theoretical and practical knowledge, let alone natural-scientific and moral action. Without such unity, the reality of practical reason is questionable, especially in light of the progress of naturalism*". ([...] se afasta das ambiguidades do dualismo kantiano. Embora Kant tenha defendido a dupla natureza humana, natural e inteligível, ele não forneceu nenhuma maneira convincente de unir as esferas do conhecimento teórico e prático, muito menos a ação natural-científica e moral. Sem tal unidade, a realidade da razão prática é questionável, especialmente à luz do progresso do naturalismo).

O *positivismo* em particular, também não reconhecerá a transição da *liberdade transcendental* para a *liberdade prática, cf.* Kant[325]: ("[...] a supressão da liberdade transcendental anularia simultaneamente toda a liberdade prática"), o que exclui a tentativa de fundamentar o *dever-ser jurídico* pelo princípio da *liberdade*, *cf.* Kant[326]: "[...] "O conceito de liberdade, na medida em que sua realidade é provada mediante uma lei apodíctica da razão prática, constitui a pedra angular de todo o edifício de um sistema da razão pura [...]".

Em outras palavras, a conversão da *liberdade transcendental* desenvolvida na Crítica da razão pura em *liberdade prática* pela Crítica da razão prática - princípio da *filosofia moral* (ética e direito)[327] - não será acolhido pelas linhas *positivistas* como pressuposto na fundamentação do direito. Trata-se da incomunicabilidade entre *Sein* (*ser*) e *Sollen* (*dever-ser*) estabelecida por Kelsen contra a *metafísica jusnaturalista* e, com efeito, contra as teses psicologistas e sociologistas. Vale lembrar que este "corte" foi sugerido já no século XVIII pela

[323] KrV, A346/B404: 356.newton
[324] LIMNATIS, Nectarios G. German Idealism and the problem of knowlodge: Kant, Ficht, Schelling and Hegel. V.8. Nova York: Springer, 2008, p. 73.
[325] KrV, A535/B563: 476.
[326] KpV, A4: 12.
[327] KrV, A535/B563: 476.

Guilhotina de David Hume (1711 - 1776)[328], que deverá ser acionada contra qualquer tentativa de inferir o *dever-ser* pela pressuposição do *ser*.

O processo de depuração de elementos incompatíveis à objetividade científica, ganhava corpo desde o *antipsicologismo* da lógica-matemática de Gottlob Fege (1848 - 1925) e o *neokantismo* da *Marburger Schule* no século XIX, e, se consolidou com a crise do *paradigma linguístico moderno* em sua pretensão de compartilhar pressupostos metafísicos entre as leis da natureza e a legislação da conduta humana. Lembra João Maurício Adeodato[329] que: "A Escola de Marburg também desempenhou papel importante no desenvolvimento da filosofia do direito ao insurgir-se contra o materialismo, o relativismo mais radical e o psicologismo, que Husserl também combateu, procurando uma base mais sólida em que assentar o conhecimento".

Sobre crise da metafísica na transição do século XIX para o XX, Klaus C. Köhnke[330] ainda ensina que:

> *In 1877 and 1878 there then followed the period during which the majority of the prominent neokantians made their closest approach to positivism - an approach which found expression in the work they published in the recently founded Vierteijahrsschrift fur Wissen - schaftliche Philosophie. Critique of metaphysics and rejection of the entire philosophical tradition reached their culmination during these years, but as early as 1878 there followed a turning towards practical philosophy and idealism which would be consolidated to offer to neokantianism alternatives to positivism.*

Jean-François Lyotard (1924 - 1998)[331], precursor do pensamento *pós-moderno*, na obra *La Condition Postmoderne* (A condição pós-moderna - 1979), retrata precisamente o contexto da "crise da modernidade" sob o ponto de vista da relação entre ciência e linguagem: "Desde o momento em que se invalidou o enquadramento metafísico da ciência moderna, vem ocorrendo não apenas a crise de conceitos caros ao pensamento moderno, tais como 'razão', 'sujeito', 'totalidade', 'verdade', 'progresso'; e conclui: [...] Assim, nasce uma sociedade que se baseia menos numa antropologia newtoniana (como o estruturalismo ou a teoria dos sistemas) e mais

---

[328] Vide: HUME, D. Tratado da Natureza Humana. Trad. de D. Danowiski. 2. ed. SP: Ed. UNESP, 2000, p. 509.
[329] ADEODATO, J. M. Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência. SP: Saraiva, 2009, p. 51.
[330] (Em 1877 e 1878, seguiu-se o período durante o qual a maioria dos proeminentes neokantianos fez sua aproximação mais próxima do positivismo - uma abordagem que encontrou expressão no trabalho que publicaram no recém-fundado na *Revista trimestral de filosofia científica*. A crítica da metafísica e a rejeição de toda a tradição filosófica atingiram seu ponto culminante durante esses anos, mas já em 1878 seguiu-se uma virada para a filosofia prática e o idealismo que se consolidariam para oferecer ao neokantismo alternativas ao positivismo). KÖHNKE, Klaus Christian. The rise of neo-Kantianism: German academic philosophy between idealism and positivism. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 252.
[331] JEAN-FRANÇOIS, Lyotard. O Pós-moderno. Trad. R. C. Barbosa. 3. ed. RJ: José Olympio. 1988, p. VIII.

numa pragmática das partículas de linguagem"[332]; acrescenta Danilo Marcondes[333] que: "[...] no nível da 'linguagem', temos *paradigmas e estruturas conceituais* formando a 'racionalidade' de determinada sociedade ou cultura em determinado período histórico, e constituindo a possibilidade de expressão linguística".

Eis aí, a chave disruptiva entre o paradigma científico e linguístico da *modernidade* e a *pós-modernidade* (subproduto da *Contemporaneidade*), com reflexo na fundamentação da moral. No campo científico, credita-se esta ruptura à física teórica (quântica, eletromagnetismo e TRR) e, no âmbito epistemológico, à *fenomenologia*.

Habermas lembra que[334]: "A partir da metade do século XIX a autoridade das ciências da experiência constrangeu a filosofia à assimilação. Desde então, qualquer dos renovados retornos à metafísica recebeu a pecha de reacionário. Entretanto, a adaptação da filosofia às ciências da natureza ou do espírito, à lógica ou à matemática, criou novos problemas [...]"; bem como Richard Rorty (1931 - 2007), notável pelo estudo sobre a *Virada pragmática da linguagem*, diz em sua obra *El giro lingúístico: Dificultades metafilosóficas de la filosofía lingüística*[335]que: "*La historia de la filosofía está puntuada por revoluciones contra las prácticas de los filósofos precedentes y por intentos de transformar la filosofía en una ciência - una disciplina en la que hubiera procedimientos de decisión reconocidos universalmente para probar tesis filosóficas*".

Digno de nota que, Richard Rorty atribui a Gustav Bergmann (1906 - 1987) a origem do termo "*Linguistic turn*"[336]: "*The phrase 'the linguistic turn' which Bergmann uses here and which I have used as the title of this anthology is, to the best of my knowledge, Bergmann's own coinage*". (A frase 'a virada linguística, que Bergmann usa aqui e que usei como título desta antologia é, até onde sei, a própria cunhagem de Bergmann).

Isto posto, conclui-se que os avanços na *física teórica* representam o ponto de início e a principal motivação da *Linguistic turn* (*Virada linguística*) na primeira metade do século XX.

A incompatibilidade entre as *metanarrativas* ancoradas em estruturas filosóficas de sistema - que pretendem contemplar a *razão teórica* e *prática* na unidade apriorística de um *sujeito transcendental* (chave da *modernidade*) - levou o sociólogo polonês Zygmunt Bauman

---

[332] Ibid. p. XVI.
[333] MARCONDES, Danilo. Textos básicos de linguagem de Platão à Foucault. RJ: Jorge Zahar. Ed. 2009, p. 31.
[334] HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988, p. 46.
[335] ROTY, Richard. El giro linguísitco - dificuldades metafilosóficas de la filosofia linguística. Traducción de Gabriel Bello. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998, p. 47.
[336] RORTY, Richard M. The Linguistic Turn. Essays in philosophical method. Edited by Richard M. Rorty. With two Retrospective Essays. Chicago: The University of chigado Press, 1992, p. 9.

(1925 - 2007)[337] à interpretação do fenômeno "pós-moderno" como uma atitude (prática) social, inconciliável aos preceitos universais e necessários da *Fundamentação metafísica dos costumes*: "[...] o pensamento e a prática morais da modernidade estavam animados pela crença e na possibilidade de um código ético não-ambivalente e não aporético [...] É a descrença nessa possibilidade que é pós-moderna, "pós" não no sentido cronológico [...] mas no sentido de implicar que os longos e sérios esforços da modernidade foram enganosos".

A "pós-modernidade" não é, portanto, uma teoria que pretende substituir a modernidade, mas uma leitura de um comportamento social que gradativamente liquefez as formas rígidas da moral, dos relacionamentos, do discurso sobre a verdade, e, as fronteiras entre a esfera pública e privada anteriormente demarcadas pela racionalidade moderna. Pós-modernidade não é uma proposta construtiva, mas uma atitude disruptiva.

A ruptura epistemológica entre *ser* e *dever-ser* associada às tragédias humanitárias do início do século XX, relativizou, no âmbito acadêmico europeu (da filosofia política e jurídica), a crença de que as "leis da razão" responderiam como *deve ser* o Direito, o Estado e a sociedade. Tema explorado no *Crepúsculo dos deveres*, a conhecida metáfora utilizada pelo sociológico Gilles Lipovetsky (1944 -) para se referir à crise da modernidade no campo dos valores.

A propósito, assim como Lyotard e Baumann, Gilles Lipovetsky foi notável por contribuir com a análise e compreensão do fenômeno social "pós-moderno", logo, são dignas de registro as seguintes passagens de sua obra *El crepúsculo del deber*[338]: "[...] *Stirner a Freud, de Marx a Nietzsche, de Sade a los surrealistas, se denuncian las quimeras del deber ser, la moral se analiza como utopía y falsa conciencia, atrofia de la vida y máscara de los intereses, hipocresía y disfraz de las pasiones inmorales*"; "*Durante el siglo XIX y hasta la Segunda Guerra Mundial, todos estos referentes fueron ampliamente resaltados por las corrientes de pensamiento más diversas*"[339]; "[...] *la época posmoralista es aquella en la que ya no se cree en la exigencia de una educación moral elevada, en la que inculcar principios morales superiores no es más que un objetivo marginal de la educación dada a los niños*". E, enfim, na obra *A sociedade pós-moralista* (1992)[340], G. Lipovetsky ainda conclui:

> Sociedade pós-moralista é a designação de uma época em que o sentido do dever é edulcorado e debilitado, em que a noção de sacrifício pessoal perdeu sua justificação social, em que a moral já não exige o devotamento a um fim

[337] BAUMAN, Zygmunt. Ética pós-moderna. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997, p. 15.
[338] LIPOVETISKY, Gilles. El crepúsculo del deber. Barcelona: Anagrama, 1992, p. 27.
[339] Ibid. p. 158.
[340] LIPOVETISKY, Gilles. A sociedade Pós-moralista. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 27.

> superior, em que os direitos subjetivos preponderam sobre os mandamentos imperativos, em que as lições de moral são encobertas pelo fulgor de uma vida melhor, do irradiante sol das férias de verão, do banal passatempo das mídias. Na sociedade do pós-dever, o mal é transformado em espetáculo atraente, e o ideal é subestimado.

Contudo, no campo jurídico, ocorre um fenômeno curioso. As teorias *positivistas* sofreram tenaz resistência dos jusnaturalistas que tinham por intuito "humanizar" o Estado e o Direito, desencadeando uma interpretação pejorativa do "positivista" como um teórico que ao "separar o direito da moral", "legitima" qualquer poder autocrático.

Nada mais equivocado sobre o propósito do positivismo. Kelsen testemunhou que[341]: "*Die traditionelle Rechtstheorie ist, seit der durch den Weltkrieg verursachten sozialen Erschütterung im Begriff, auf der ganzen Linie wieder zur Naturrechtstheorie zurück-zukehren; so wie ja auch die traditionelle Philosophie in vollem Regreß zur vorkantischen Metaphysik steht. In der gleichen politischen Situation wie der Feudaladel zu Beginn des 19*". (Desde a convulsão social causada pela Guerra Mundial, a teoria jurídica tradicional está em processo de retorno à teoria do direito natural ao longo de toda a linha; assim como a filosofia tradicional está em plena regressão à metafísica pré-kantiana. Na mesma situação política da nobreza feudal no início do século XIX).

Enfim, no contexto de ruptura do *enquadramento linguístico de apreensão da realidade* e da crítica fenomenológica contra as categorias cognitivas da filosofia moderna, surge o *positivismo lógico do Wierner Kreis*[342], cuja tese central rejeita, por princípio, a *cientificidade das proposições* à margem da verificabilidade. Cenário paralelamente acompanhado pela *incipiente progressão* no campo político e social da "atitude pós-moderna".

Segundo o destaque abaixo de Michael Friedman, a teoria filosófica do conhecimento do *Wierner Kreis* estava estreitamente ligada à revolução das ciências empíricas no início do século XX, como já mencionado, motivado pela desconstrução da percepção mecânica (causalidade) e geométrica do macrocosmo pela física teórica de Einstein, o que motivou o

---

[341] RR1: 36.

[342] *Cf.* Rudolf Carnap: "*El deseo de sustituir la poesía conceptual metafísica por un método de filosofar rigurosamente científico, seguiría siendo un piadoso deseo si el sistema de la lógica tradicional fuese el único instrumento lógico disponible. La lógica tradicional era totalmente incapaz de satisfacer los requisitos de riqueza de contenido, de rigor formal y de utilidad técnica que la nueva tarea le exigía. La lógica formal descansaba en el sistema aristotélico - escolástico que en el curso de su desarrollo ulterior sólo había tenido ligeras correcciones y ampliaciones*". CARNAP, R. La Antigua y nueva lógica. In.: Positivismo lógico. México: FCE, 1981. p. 139.

positivismo lógico a elaborar uma nova *Wissenschaftliche Weltauffassung* (visão científica do mundo)[343]:

> *Logical positivism is one of the central strands in the fabric of twentieth century thought. […] it was intimately intertwined with some of the most important scientific developments of the new century: in particular, with the development and propagation of Einsteinian relativity theory and with the great debates on the foundations of mathematics that culminated in Gödel's celebrated incompleteness theorems. Indeed, Einstein was on close terms with several of the leading members of the logical positivist movement - with Moritz Schlick, the founder and guiding spirit of the Vienna Circle, and Hans Reichenbach, the leader of the Berlin Society for Empirical Philosophy - and Gödel was himself apart-time participant in the Vienna Circle.*

Rudolf Carnap (1891 - 1970) na *Der logische Aufbau der Welt* (*The logical structure of the world* - A estrutura lógica do mundo - 1928)[344], escreve sobre a perspectiva desta nova proposta para a teoria do conhecimento: "*The main problem concerns the possibility of the rational reconstruction of the concepts of alfields of knowledge on the basis of concepts that refer to the immediately given*". (O problema principal diz respeito à possibilidade de reconstrução racional dos conceitos de todos os campos do conhecimento a partir de conceitos que se referem ao imediatamente dado)[345]; ou seja, "[...] a partir de conceitos que se referem ao imediatamente dado".

Significa dizer que o *Wierner Kreis* representa a tendência *empírica* e *antimetafísica* para a validação das *proposições científicas*, razão pela qual, o movimento também foi conhecido como *empirismo lógico* ou *neopositivismo*, de acordo com Victor Kraft[346]: "*Desde 1895 hubo en la Universidad de Viena una cátedra de filosofía de las ciencias inductivas, que fue creada para Emst Mach, quien la ocupó hasta 1901* [...] *Ya antes se habían impuesto en cierto sentido tendencias empiristas através de Franz Brentano. Theodor Gomperz y Jodl habían defendido una filosofía antimetafísica*", bem como em Jimena Canales[347]:

---

[343] (O positivismo lógico é uma das vertentes centrais do tecido do pensamento do século XX. [...] foi intimamente entrelaçado com alguns dos desenvolvimentos científicos mais importantes do novo século: em particular, com o desenvolvimento e a propagação da teoria da relatividade Einsteiniana e com os grandes debates sobre os fundamentos da matemática que culminaram nos célebres teoremas da incompletude de Gödel. De fato, Einstein estava em estreitas condições com vários dos principais membros do movimento positivista lógico - com Moritz Schlick, o fundador e espírito orientador do Círculo de Viena, e Hans Reichenbach, o líder da Sociedade de Filosofia Empírica de Berlim - e Gödel se afastou no Círculo de Viena). FRIEDMAN, M. Op. Cit. p. XI.

[344] CARNAP, R The logical structure of the world and pseudoproblems in philosophy. Chicago: OC, 2005, p. V.

[345] Este projeto científico de "unificação das ciências" a partir de conceitos "fisicalistas" (empirismo lógico), como será visto, não será acolhido pelo positivismo de Kelsen. Trata-se de uma divergência com o WK.

[346] KRAFT, Victor. El Círculo de Viena. Versión española de Francisco Gracia. Madrid: Taurus, 1986, p. 11.

[347] (Carnap se esforçou para mostrar como a física não precisava se envolver com essas outras disciplinas e poderia se sair melhor se purificada delas. Ele escreveu A Estrutura Lógica do Mundo para mostrar como o conhecimento

> *Carnap tried hard to show how physics did not need to engage with these other disciplines and could fare better if purified from them. He wrote The Logical Structure of the World to show how scientific knowledge could be traced back to simple sense data. By using clear, uncontested data as starting points, attaching them to numerical values, and combining them with clear mathematical rules, Carnap believed he could put science on firm, uncontestable footing*.

Importante registrar que a tendência empírica da filosofia alemã que vinha progredindo no final do século XIX, a exemplo da *Psychologie von Empirischem Standpunkt* (*Psicologia segundo o ponto de vista empírico* - 1874) de Franz Brentano, ao lado da *Zurück zu den Sachen selbst* fenomenológica das *Investigações lógicas* de Edmund Husserl (1900/1901), se consolidou na nova *Wissenschaftliche Weltauffassung* (Visão científica do mundo) do WK.

Contudo, não trata de uma redução do conhecimento científico ao *mens in corpore*, a despeito das entusiasmadas tentativas das *proto-psicologias* em alta neste período histórico, neste sentido, de acordo com Miguel Reale[348]: "A tese de que é possível e necessário distinguir os objetos ideais como unidades lógicas, não redutíveis a meros dados empíricos, já começara a criar corpo no século passado, graças a pensadores eminentes [...] como é o caso, por exemplo, de Franz Brentano (1838-1917)".

Em outras palavras, em que pese defender a psicologia como uma ciência dos fenômenos psíquicos, Franz Brentano dissociou as representações intelectuais e associações lógicas do empírico, *i.e.*, a redução do conhecimento ao psicologismo[349], tema que pode ser

---

científico poderia ser rastreado até dados sensoriais simples. Usando dados claros e incontestáveis como pontos de partida, anexando-os a valores numéricos e combinando-os com regras matemáticas claras, Carnap acreditava que poderia colocar a ciência em bases firmes e incontestáveis). CANALES, J. The physicist & the Philosopher - Einstein, Bergson, and the debate that changed our understanding of time. Princeton: PU, 2015, p. 155.

[348] REALE, Miguel. Filosofia do direito. Op. Cit., p. 186.

[349] Vide *Psychologism* no verbete *naturalism*: "*Nonetheless, twentieth-century philosophy has been largely anti-naturalist. Both phenomenology in the Husserlian tradition and analytic philosophy in the Fregean tradition, together with their descendants, have been united in rejecting psychologism, a species of naturalism according to which empirical discoveries about mental processes are crucial for understanding the nature of knowledge, language, and logic. In order to defend the autonomy of philosophy against inroads from descriptive science, many philosophers have tried to turn the tables by arguing for the priority of philosophy over science, hence over any of its alleged naturalist implications*". (No entanto, a filosofia do século XX tem sido em grande parte antinaturalista. Tanto o fenômeno na tradição Husserlian quanto a filosofia analítica na tradição Fregean, juntamente com seus descendentes, foram unidos na rejeição do psicologismo, uma espécie de naturalismo de acordo com a qual as descobertas empíricas sobre processos mentais são cruciais para entender a natureza do conhecimento, da linguagem e da lógica. A fim de defender a autonomia da filosofia contra as incursões da ciência descritiva, muitos filósofos tentaram virar a mesa argumentando pela prioridade da filosofia sobre a ciência, portanto, sobre qualquer uma de suas supostas implicações naturalistas). The Cambridge Dictionary of Philosophy. General Editor Robert Audi. 2. ed. New York: University Press, 1999, p. 597.

consultado em sua obra *Vom sinnlichen und noetischen Bewusstsein* (*Sobre a consciência sensória e noética* - 1928)[350].

Curiosamente, fez-se uma associação indevida do psiquismo de Brentano com o inatismo de René Descartes do ponto de vista da subjetividade, logo, merece registro a nota explicativa de Federico Boccaccini[351]: "*En rejetant l'idée qu'ici Brentano s'inspire de Descartes et de sa conception internaliste de la connaissance, où l'évidence est strictement reliée à une épistémologie de la première personne, il nous semble qu'elle relève plutôt de l'activité intellectuelle en tant que processus non-discursif, où sa source doit être repérée dans le concept aristotélicien de 'noésis' en tant qu'immédiateté*". (Ao rejeitar a ideia de que Brentano aqui se inspira em Descartes e na sua concepção internalista de conhecimento, onde a evidência está estritamente ligada a uma epistemologia da primeira pessoa, parece-nos que ela se relaciona antes com a atividade intelectual como um processo não discursivo, onde sua fonte deve estar localizada no conceito aristotélico de "noésis" como imediatismo).

A dissociação das categorias filosóficas do conhecimento do fenômeno psíquico é um pressuposto crucial na compreensão do *anticognitivismo kelseniano* contra a "legitimação" do direito[352] à margem da epistemologia; reflexamente, o *positivismo* se oporá à *teoria da vontade* (psicológica) de Bernhard Windscheid (1817 - 1892) na fundamentação do *direito subjetivo* e da função criadora de direitos nas *relações negociais* dogmaticamente reduzida a um *ato jurídico*, meramente subjetivo.

Estas críticas já constavam na obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehere*: *entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Principais problemas da teoria jurídica do Estado: desenvolvido a partir da doutrina dos princípios jurídicos - 1911) de Hans Kelsen.

Dentro destas considerações históricas, vale dizer ainda que o *Wierner Kreis* foi a continuidade da *Verein Ernst Mach* (Sociedade Ernst Mach), homenagem ao físico e filósofo

---

[350] Noética é um termo aristotélico que se refere a aspectos metafísicos do intelecto, considerada por Brentano.

[351] BOCACCINI, Federico. La vérité efficace: L'origine du concept de vrai chez Brentano entre evidenz philosophie et pragmatisme. In.: Franz Brentano's metaphysicis and psychology. Ion Tănăsescu (ed.) 2012, Bucharest: Zeta books, p. 432-4333.

[352] Neste contexto é pertinente o argumento de Rudolf Carnap: "O desenvolvimento da lógica moderna possibilitou uma nova e contundente resposta à questão da validade e justificativa da metafísica. As pesquisas da lógica aplicada e da teoria do conhecimento, que têm como objetivo clarificar o conteúdo cognitivo dos enunciados científicos, e talvez o significado dos termos que ocorrem nesses enunciados, por meio da análise lógica, conduziram a dois resultados: um positivo, outro negativo. O resultado positivo é elaborado no domínio da ciência empírica; vários conceitos de vários ramos da ciência são clarificados; suas conexões lógico-formais e epistemológicas são explicitadas. No domínio da metafísica, incluindo toda a filosofia do valor e as teorias normativas, a análise lógica conduz ao resultado negativo de que os enunciados tratados nesse domínio são inteiramente sem significado". CARNAP, Rudolf. The Elimination of Metaphysics Through Logical Analysis of Language. Tradução de William Steinle. Cognitio, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 293-309, jul./dez. 2009, p. 293-294.

austríaco Ernst W. J. W. Mach (1838 - 1916)[353], que depurou a ciência de conceitos metafísicos inobserváveis, como éter, substância, espaço/tempo absoluto, formando a base para a concepção da Teoria da Relatividade Restrita de Albert Einstein. Ernst Mach criou a Cátedra das Ciências Indutivas na Universidade de Viena em 1901[354].

O *Wierner Kreis* foi fundado em 1929 por Moritz Schlick (1882 - 1936), o primeiro a analisar sob o ponto de vista filosófico a Teoria da Relatividade de Einstein na obra *Raum und Zeit in der gegenwärtigen Physik* (Espaço e tempo na física contemporânea - 1917), ao lado de Otto Neurath (1882 - 1945) e Rudolf Carnap (1891 - 1970).

Lembra Victor Kraft[355] que:

> [...] *se publicó un pequeño escrito programático Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis, realizado por Carnap, Hahn y Neurath, que exponía brevemente el origen y los miembros, la actitud y los fines de esta sociedad de trabajo. Es taba dedicado a Schlick y le fue entregado a su vuelta a Viena en octubre de 1929 'en señal de agradecimiento y de alegría por su permanencia en Viena', como se decía expresamente en el prefacio. El 'Círculo de Viena' entraba así en la vida pública.*

Cf. mencionado, a *Wissenschaftliche Weltauffassung: Der Wiener Kreis* (A concepção científica do mundo: O Círculo de Viena) é o manifesto inaugural do WK[356]. A. Jules Ayer[357] na obra *Positivismo lógic*o de Charles Leslie Stevenson, ensina que o termo é caracterizado por:

> [...] *un grupo de filósofos, hombres de ciencia y matemáticos que se denominaron a sí mismos, el Círculo de Viena. Desde entonces, su significado se ha extendido hasta abarcar a otras formas de la filosofía analítica; de esta manera, los discípulos de Bertrand Russell, G. E. Moore o Ludwig Wittgenstein en Cambridge, o los miembros del movimiento contemporáneo de Oxford sobre análisis lingüísticos, pueden hallarse caracterizados también como positivistas lógicos*.

---

[353] curiosamente, segundo Djacir Menezes: "Mach, grande físico da Universidade de Viena, cuja *Mechanik und ihrer Entwicklung* trazia notável ensaio de Petzoldt sobre as relações do pensamento de seu autor com a Teoria da Relatividade, foi um dos homens que mais impressionaram e influíram em Pontes de Miranda". In.: DJACIR, Menezes. Hans Kelsen e Pontes de Miranda Kelsen e Pontes de Miranda. In: Estudos de Filosofia do Direito: uma visão Integral da obra de Hans Kelsen. PRADO, Luiz Regis, KARAM, Munir (Coord.). SP: RT, 1985, p. 31-45.
[354] KRAFT, Victor. Op. Cit., p. 11.
[355] Ibid. p. 13.
[356] *Cf.*: HAHNS, Hans; Otto, CARNAP, Rudolf. In. A concepção científica do mundo (1929). Disponível em: https:// www. cle. unicamp. br/eprints/index.php/cadernos/article/view/1220/1011 Acesso em 25/02/2024.
[357] AYER, Alfred Jules: In.: Introduccíon del compilador. México: Fondo de Cultura Economica, 1981, p. 9.

Importante destacar que, embora *filosofia* da *linguagem* e *linguística* se confundam[358], *i.e.*, levantem as mesmas questões sobre a linguagem, o que dificulta definir o início, a distinção e a delimitação entre os dois campos de estudo[359], é razoável atribuir à *Linguistic Turn* (*Virada Linguística*)[360], início do século XX, o marco da filosofia da linguagem como *disciplina autônoma*, considerando as profundas transformações do paradigma científico contemporâneo.

Mas não se pode esquecer que o *Κρατύλος* (Crátilo - séc. V. a.C.) de Platão[361], diálogo sobre a "correção dos nomes" (das coisas), entre *Ἑρμογένης* (Hermógenes, em defesa de Parmênides) e *Κρατύλος* (Crátilo, discípulo de Heráclito), foi considerado o primeiro tratado de linguística, seguido pelo *ὄργανον* (Órganon - séc. IV, a.C.) aristotélico (*Categorias* e *Da interpretação*), as primeiras reflexões sobre o *sentido* das palavras em um *sistema linguístico*.

A propósito, o primeiro estudo *morfológico* da linguagem (unidade das palavras) foi feito por Dionísio da Trácia (*Διονύσιος ὁ Θρᾷξ* -170 a.C. - 90 a.C.) na obra *Τέχνη Γραμματική* (*Téchné grammatiké*), quando analisou antigos textos literários a partir das "palavras" (*λέξῐς*)

---

[358] *Cf.* Paulo Ottoni: "Austin questiona a fronteira entre a filosofia e a lingüística nas suas reflexões sobre a linguagem ordinária, ao discutir sobre a possibilidade de se estabelecer esta fronteira, ele comenta: Onde está a fronteira? Há uma em alguma parte? Você pode colocar esta mesma questão nos quatro cantos do horizonte. Não há fronteira. O campo está livre para quem quiser se instalar. O lugar é do primeiro que chegar. Boa sorte ao primeiro que encontrar alguma coisa. Considero essa resposta uma das maiores contribuições de Austin e também a sua auto-localização histórica: não é possível pensar na linguagem de forma compartimentada, institucionalizada". OTTONI, Paulo. John Langshaw Austin e a visão performativa da linguagem. Disponível em: https: //doi.org/ 10. 1590/S0102-44502002000100005 Acesso em: 09/02/2024.

[359] Da mesma forma, em Sofia Miguens: "Existem, evidentemente, diferentes concepções quanto à centralidade da Filosofia da linguagem nos planos de estudos de Filosofia; importa por isso mesmo tornar claros os pressupostos que conduziram à proposta que aqui se explora. O curso apresentado no presente manual procura conciliar um ponto de vista temático- centrado nas questões. do sentido e da referência ou, mais em geral, na questão das relações entre a linguagem, o pensamento e o mundo - com um ponto de vista histórico. A referência histórica central do programa são as obras de Gottlob Frege, Bertrand Russell e Ludwig Witttgenstein. Em termos cronológicos isso significa que o curso se centra no desenvolvimento da disciplina entre as últimas décadas do século XIX em meados do século XX. E nesse período que se define a problemática da filosofia da linguagem a que se pode chamar contemporânea". MINGUENS, Sofia. Filosofia da linguagem: uma introdução. Porto: Departamento de Filosofia da Faculdade da Universidade do Porto, 2007, p. 9.

[360] "*Since (in Ludwig Wittgenstein's famous phrase) philosophical problems arise from a "bewitchment of our intelligence by means of language," philosophers hoped that by attend- ing to ordinary language use, they could provide a "therapy" to dispel the pseudoproblems haunting the history of philosophy. In the course of this exploration, early versions of linguistic philosophy associated with the Vienna Circle and logical positivism, which had aimed at a rigorously scientific analysis of language, acquired a 'softer' Wittgensteinian hue*". Uma vez que (na famosa frase de Ludwig Wittgenstein) os problemas filosóficos surgem de um 'enfeitiçamento de nossa inteligência por meio da linguagem', os filósofos esperavam que, atendendo ao uso comum da linguagem, pudessem fornecer uma 'terapia' para dissipar os pseudoproblemas que assombram a história da filosofia. No curso dessa exploração, as primeiras versões da filosofia linguística associadas ao Círculo de Viena e ao positivismo lógico, que visavam a uma análise rigorosamente científica da linguagem, adquiriram uma tonalidade wittgensteiniana 'mais suave'". CLARK, Elizabeth Ann. History, theory, text: historians and the linguistic turn. Mass: Harvard University, 2004, p. 29.

[361] PLATÃO. Diálogos VI: Crátilo (ou da correção dos nomes), Cármides (ou da moderação), Laques (ou da coragem), Íon (ou da Ilíada), Menexeno (ou oração fúnebre) Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2010. Vide também sobre a linguística em: ARISTÓTELES, Órganon. Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analítico posteriores, Tópicos refutações sofísticas. Trad. Edson Bini. 2.a ed. Bauru, SP: Edipro2010.

isoladas, sua fonética (pronúncia) e as estruturas gramaticais na formação das frases (*λόγος*), categorizando-as em: *nome* (*ὄνομα*), verbo (*ῥῆμα*), artigo (*ἄρθρον*), *advérbio* (*ἐπίρρημα*), conjunção (*σύνδεσμος*) etc. *Cf*. Carlos García Gual[362]: "*La Gramática (griega) de Dionisio es el primer texto teórico sobre una lengua en la cultura occidental*", seguido por outras obras clássicas que influenciaram a base da gramática das línguas européias, como as *Institutiones Grammaticae* de *Priscianus Caesariensis* no século V d.C.*,* o manual que apresenta um estudo sistemático da gramática latina, base para educação e o ensino do latim na Idade Média. Bernard Colombat (*et al.*) lembra que há quatro pilares fundamentais da gramática[363]: A *Tékhne* de Dionísio, *Sobre a sintaxe* de Apolônio Díscolo, da *Ars grammatica* de Élio Donato e das *Institutiones grammaticae* de Prisciano.

Por desfecho deste apêndice histórico, vale lembrar que o filósofo e linguista suíço Ferdinand de Saussure (1857 - 1913) deu início a *linguística moderna*, marcada pela publicação póstuma de seu *Cours de linguistique générale* (Curso de Linguística Geral - 1916), obra que introduziu o termo *semiologia* - a *Ciência Geral dos Signos*. A propósito, Pierre Bourdieu (1930 - 2002)[364] faz uma curiosa relação entre Saussure e Kelsen:

> A tentativa de Kelsen, firmada no postulado da autodeterminação da pesquisa tão-só no enunciado das normas jurídicas de qualquer dado histórico, psicológico ou social e de qualquer referência às funções sociais que a aplicação prática destas normas pode garantir, é perfeitamente semelhante à de Saussure que fundamenta a sua teoria pura da língua na distinção entre a linguística interna e a linguística externa, quer dizer, na exclusão de qualquer referência às condições históricas, geográficas e sociológicas do funcionamento da língua ou das suas transformações.

O *positivismo lógico* do WK, inicialmente identificado como uma *filosofia analítica,* exerce significativa influência em Kelsen, não em relação ao seu projeto científico (do WK) de unificar os conceitos das ciências de acordo com um *empirismo lógico*, mas no enquadramento linguístico (antimetafísico) da sua realidade e na produção de sentido do discursivo jurídico.

A "*analítica*" que inspira Hans Kelsen, ou, a *análise lógica dos enunciados linguísticos*, inevitavelmente também remete à *Crítica da razão pura* e a questão dos *juízos analíticos* e *sintéticos;* lembra Willard O. Quine[365] que: "[...] a intenção de Kant, evidente mais pelo uso que ele faz da noção de analiticidade do que por sua definição da mesma, pode ser reformulada

---

[362] GARCIA GUAL, Carlos. Nota editorial. TRACIO, Dionisio. Gramática. Madrid: Editorial Gredos, 2002, p. 8.
[363] COLOMBAT, B. et al. Uma história das ideias linguísticas. São Paulo: Contexto, 2017, p. 110.
[364] BOURDIEU, P. O poder simbólico. Trad. F. Tomaz. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 210 (N2).
[365] QUINE, W. V. O. Dois dogmas do empirismo. Op. Cit. p. 237

deste modo: um enunciado é analítico quando verdadeiro em virtude de significados e independente de fatos". De acordo com a ressalva de A. J. Ayer e confirmada por Z. Loparic[366]:

> [...] Kant é o verdadeiro precursor, senão o fundador, da filosofia analítica moderna, entendida ainda como analítica do entendimento (isto é, dos conceitos e dos juízos) e da razão (ou seja, das provas) e não como analítica da linguagem [...] Nessa perspectiva, o *linguistic turn* na filosofia analítica é mais uma questão de método, relacionado ao problema da calculabilidade, do que uma perspectiva totalmente nova sobre a problemática do significado.

Em tempo, sobre a influência da *filosofia analítica* em Kelsen, ainda é oportuno antecipar uma breve conexão entre Bertrand Russell (1872 - 1970), Ludvig Wittgenstein (1889 - 1951) e a instrumentalização científica do *positivismo jurídico*, pois, Kelsen colmatou a insuficiência da *Sprachontologie* (ontologia da linguagem - grega e moderna) e a incompatibilidade com o paradigma linguístico do *positivismo lógico* - especialmente pela filosofia da linguagem de Bertrand Russell e Ludwig Wittgenstein - para a configuração lógica do *discurso jurídico* e a produção de conhecimento através de *proposições descritivas* do *direito positivo,* como objeto de investigação científica.

Digno de nota que Wittgenstein, discípulo de Bertrand Russell, deu continuidade as contribuições do alemão Friedrich Ludwig Gottlob Frege (1848 - 1925) na área da lógica matemática e na análise dos problemas semânticos da epistemologia[367], *cf*. C. Delacampagne[368]: "[...] a "filosofia analítica de língua inglesa tem como ancestral Frege, que é também precursor do "neopositivismo" continental e - pela influência que exerceu na Investigações lógicas - um dos inspiradores da filosofia husserliana, cujos adeptos continuam sendo numerosos na França e nos países latinos [...]".

Da mesma forma, J. A. Giannotti em sua apresentação do *Tractatus Logico-Philosophicus*[369]: "A obra de Gottlob Frege ocupa sem dúvida um dos pontos mais altos na história da lógica, podendo apenas ser comparada com a de Aristóteles ou a de Leibniz [...]". Como será visto, Frege contribuirá com a resistência dos *neokantianos* contra o *psicologismo* que estava em ascensão desde os *idealistas alemães*.

---

[366] LOPARIC, Zeljko. A semântica transcendental de Kant. 3. ed. Campinas: UNICAMP, 2005, p. XXIII.
[367] Vide "Sobre o sentido e referência" FREGE, Gottlob. "Sobre o sentido e referência". Disponível em: http://www.revistafundamento.ufop.br/Volume1/n3/vol1n3-2.pdf Acesso em: 10-12-2018.
[368] DELACAMPAGNE, C. História da filosofia do século XX. RJ: J. Zahar, 1995. p. 124-125.
[369] Na apresentação da obra de WITTGEINSTEIN, Ludwig. Tractatus Logico-Philosophieus Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: USP, 1968. p. 3.

A *Filosofia do atomismo lógico* de B. Russell é, portanto, a primeira referência, *cf.* L. F. Coelho[370], para o discurso jurídico: "Kelsen internaliza essa cosmovisão, concebendo, nas entrelinhas da teoria pura, que a norma jurídica é o 'átomo' do direito, sua menor partícula irredutível e que o fenômeno jurídico é o aglomerado desses átomos ou partes componentes [...]"; bem como do *Tractatus Logico-Philosophicus*[371] - 1921) de Ludvig Wittgenstein, discípulo de Russell, observa R. Lazzarotto Smimioni[372] que Hans Kelsen: "[...] assimilou a virada linguística de Wittgenstein, ao entender a linguagem da norma como um esquema de interpretação do mundo"; no aforismo 4024 do *Tratactus*, diz Wittgenstein: "Entende-se a proposição caso se entendam suas partes constituintes".

Considerando ainda a *norma jurídica* o *átomo lógico*, a estrutura formal mínima, na qual se reduz o direito (inspirado em Russell), logo, tornar-se-á *objeto de estudo* da ciência jurídica e *esquema linguístico* (inicial) para atribuição de *sentido jurídico* ao fenômeno social (inspirado em Wittgenstein); *cf.* Kelsen[373]: "[...] A norma funciona como esquema de interpretação". Neste sentido, sobre os esquemas lógicos da linguagem, Hans-Johann[374] anota que B. Russell: "[...] aplicou as novas técnicas lógicas não só aos fundamentos da matemática, mas também a problemas tradicionais da epistemologia e da metafísica. Com efeito, ele tinha a esperança de que elas colocariam a filosofia, como um todo, no caminho seguro de uma ciência"; no entanto, Wittgenstein, menos preocupado do que seu mestre B. Russell com a epistemologia, dedicou-se a purificar a linguagem de elementos *sem sentido* (*metafísicos*) na relação com a realidade, *i.e*., propôs um *isomorfismo lógico* entre os *enunciados linguísticos* e o *mundo*[375], ou, entre *proposições descritivas* e o *estado de coisas possíveis*[376], como critério demarcador da verdade ou falsidade dos enunciados científicos.

---

[370] COELHO, L. F. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. In: PRADO, L. R. Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 52.

[371] O título *Tractatus Logico-Philosophicus* é uma homenagem ao *Tractatus Theologico-Politicus* (1670) do holandês Baruch Spinoza, obra sobre política e intolerância religiosa.

[372] LAZZAROTTO S, R. A teoria pura do direito de Kelsen e a sintaxe linguística do neopositivismo lógico do círculo de Viena. Novos Direitos - Revista Acadêmica do Instituto de Ciências Jurídicas**.** V. 2 Nº 02, 2011, p. 42.

[373] RR2: 3.

[374] GLOCK, Hans-Johann. O que é filosofia analítica? Trad. R. Hfmeister Pich. Porto Alegre: Penso, 2011, p. 38.

[375] Vide *Teoria figurativa ou pictórica*: *Aforismos* 2.1. Figuramos os fatos; 2.11. A figuração representa a situação no espaço lógico, a existência e inexistência de estados de coisas; 2.12: A figuração é um modelo da realidade. WITTGEINSTEIN, Ludwig. Tractatus Logico-Philosophicus. Trad. J. A. Giannotti. SP: USP, 1968, p. 142-143.

[376] Sacha Calmon N. C., sobre normas jurídicas na Teoria Geral do Direito, observa que: "Distinguem-se das orações descritivas - asserções - e de outros tipos de orações porque a seu respeito não faz sentido predicar verdade ou falsidade. De uma diretiva se pode dizer que é justa ou não, conveniente ou inconveniente, eficaz ou ineficaz, nunca que é falsa ou verdadeira. Isto porque os atributos de verdade ou falsidade implicam cotejar a asserção sobre um fato com o fato mesmo. As orações diretivas, não estando destinadas a dar informações sobre a realidade, descomportam juízos de verdade". Calmon Navarro Coelho, S. (2008). Norma Jurídica e Lei são Figuras Teóricas Diferentes. Revista Brasileira De Estudos Políticos, 98, 175-204. https://doi.org/10.9732/73, p. 180.

Neste sentido, Habermas ensina que[377]:

> *Hoy la problemática tradicional de la conciencia ha sido sustituida por la problemática del lenguaje* [...] *Las 'formas de vida' de Wittgenstein* [...] *no obedecen ya a las reglas de síntesis de una conciencia en general, sino a las reglas de la gramática de los juegos de lenguaje";* e continua*: Las proposiciones permitidas en el lenguaje universal corresponden exclusivamente a estados de cosas, que, cuando existen, representan hechos en el mundo. Las proposiciones que, como son las del Tractatus, tienen por misión expresar la forma lógica bajo la que podemos representar con sentido estados de cosas, se refieren reflexivamente al lenguaje universal como tal y no pueden por tanto pertenecer a él.*

Sobre Wittgenstein, Hans - Johann[378] ainda observa que: "As proposições da lógica como '(p v ~p)' não são nem generalizações indutivas nem descrições de como as pessoas pensam, de um mundo de fundo platonista ou dos traços mais difundidos da realidade". Nota-se, aqui, a desconstrução da *Sprachontologie* (ontologia da linguagem) de linhagem grega como fundamento do princípio do terceiro excluído ($A \vee \neg A$), como também recorda Gabriel Markus[379]: "[...] *en el plano de la teoría del conocimiento y de la semántica, está también en la línea platónica que va de Platón a Frege, la cual insiste en que la verdad o lo verdadero no es una función del linguaje*". A índole antimetafísica do pensamento de Wittgenstein pode ser expressa em conhecidos *aforismos:* 5.6: "Os limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo"[380]; 65[381]: "Quando os jogos de linguagem mudam, há uma modificação nos conceitos e, com as mudanças nos conceitos, os significados das palavras mudam também" e, 7[382]: "Sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar".

Cf. a interpretação de Gabriel Markus[383]:

> *Wittgenstein nos ha enseñado que en todo caso la significación no es algo que en general hallemos previamente sin más, sino que con frecuencia o en la mayoría de los casos es producida por los hablantes de una comunidad situada en el plano histórico. Como quiera que se entienda esta observación, ella contiene en todo caso una verdad, pues nuestros conceptos están referidos de algún modo a un lenguaje, ya que en definitiva nos hallamos de antemano en el lenguaje (codificado lingüísticamente), articulándolo y revisándolo.*

---

377 HABERMAS, Jürgen. La logica de las ciencias sociales. Op. Cit. p. 203 e 207.
378 GLOCK, Hans-Johann. Oo. Cit. p. 41.
379 MARKUS, G. Sentido y existência. Una ontología realista. Trad. R. Gabás. Barcelona: Herder, 2017, p. 6.
380 WITTGEINSTEIN, L. Tractatus Logico-Philosophicus. Op. Cit. p. 111.
381 WITTGEINSTEIN, L. Da certeza. Trad. M. Elisa Costa. Portugal: Edições 70, 1969.
382 WITTGEINSTEIN, L. Tractatus Logico-Philosophicus. Op. Cit. p. 281.
383 MARKUS, G. Op. Cit. p. 88.

Neste contexto de mudança dos paradigmas de apreensão e discurso sobre a realidade, de rejeição da metafísica e da *Sprachontologie* (ontologia da linguagem), Rudolf Carnap em *The Elimination of Metaphysics Through Logical Analysis of Language* (*A Superação da Metafísica pela Análise Lógica da Linguagem* - 1931) resume as pretensões da *filosofia analítica*[384]: "Nossa tese, portanto, é a de que a análise lógica revela que os pretensos enunciados da metafísica são na verdade pseudoenunciados"[385].

Avishai Margalit ainda lembra que[386]:

> *Wittgenstein had an influence on the linguistic turn because he diagnosed the disease, and because he found in language the cure for the metaphysical malaise. On Carnap's testimony, Wittgenstein influenced the anti-metaphysical move by introducing what he calls 'Wittgenstein's principle of verifiability'. This principle was adopted by the Vienna Circle as a tool for disqualifying metaphysical sentences as 'meaningless' in not being verifiable in principle. Verification is what gives a sentence its meaning.*

No mesmo sentido, da revolução contra a metafísica e a linguagem natural, o filósofo do *pragmatismo americano* Richard Rorty (1931 - 2007)[387] anota que: "*El giro lingüístico es una reacción contra la visión de la filosofía como una disciplina que busca la solución de ciertos problemas tradicionales, generados (aparentemente) por ciertas creencias de sentido común*"; bem como o filósofo da linguagem americano Scott Soames (1946 -)[388]: "*La filosofía analítica no nace como una rebelión autoconsciente contra lafilosofía occidental precedente*".

A filosofia da linguagem se difundiu no século XX assumindo diversas feições *pragmáticas*, Christian Delacampagne[389] lembra que: "[...] Nos Estados Unidos, a difusão do

---

[384] CARNAP, Rudolf. La Antigua y nueva lógica. México: Fondo de Cultura Económica, 1981. p. 293.

[385] "Os representantes da concepção cientifica do mundo postam-se decididamente no solo da simples experiência humana. Lançam-se confiantemente ao trabalho de remover do caminho o entulho metafísico e teológico dos séculos; ou como pensam alguns, após um intervalo metafísico, voltam a uma imagem unitária e imanente (*diesseitig*) do mundo, como, em certo sentido, a que já estava à base da crença mágica, livre de teologia, dos princípios". HAHN, Hans; NEURATH, Otto, CARNAP, Rudolf. In. A concepção científica do mundo (1929). O Círculo de Viena. Cadernos de História e Filosofia da Ciência 10 (1986), pp. 5-20. p. 18. Disponível em: https://www.cle.unicamp.br/eprints/index.php/cadernos/article/view/1220/1011 Acesso em 01/04/2022.

[386] (Wittgenstein teve uma influência na virada lingüística porque diagnosticou a doença e porque encontrou na linguagem a cura para o mal-estar metafísico. No testemunho de Carnap, Wittgenstein influenciou o movimento antimetafísico ao introduzir o que ele chama de 'princípio de verificabilidade de Wittgenstein'. Este princípio foi adotado pelo Círculo de Viena como uma ferramenta para desqualificar sentenças metafísicas como "sem sentido" por não serem verificáveis em princípio. A verificação é o que dá significado a uma frase). MARGALIT, Avishai. Wittgenstein's Knight Move: Hacker on Wittgenstein's Influence on Analytic Philosophy. In.: GLOCK, Hans-Johan and HYMAN, John. Wittgenstein and Analytic Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 11.

[387] ROTY, Richard. El giro linguísitco. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998, P. 93.

[388] SOAMES, Scott. El Surgimiento de la filosofia analítica. Trad. F. M. Wong et. al. Marid: Tecnos, 2019, p. 13.

[389] DELACAMPAGNE, Christian. Loc. Cit.

positivismo lógico - que ali se chama 'empirismo lógico', por sugestão de Carnap em *Confirmabilidade e significação* - seu primeiro texto publicado diretamente em inglês - foi facilitada pela orientação majoritariamente pragmatista da filosofia americana a partir do início do nosso século"[390].

Na sequência cronológica da tendência ao *pragmatismo linguístico*, John Langshaw Austin (1911 - 1960), filósofo britânico e aluno de Wittgeinstein, propõe a *Speech act theory* (*Teoria dos atos de fala* - 1965/póstuma), que trata da pluridimensionalidade dos sentidos das expressões comunicativas, conforme as interações linguísticas no contexto da ação, rompendo com os tradicionais critérios objetivos de identidade do espelhamento entre linguagem e realidade. Seu aluno John Rogers Searle (1932 -), em sua visão *performativa da linguagem*, também entende que os sentidos das palavras dependem da ação dos interlocutores no evento de uma enunciação real.

Estes exemplos são formas do *pragmatismo linguístico*[391] se expressar, quando o traço distintivo destas teorias, é considerar variáveis-contingenciais (não estruturais), como a intencionalidade do falante, a fala *em-si*, e os efeitos produzidos nos interlocutores num contexto de ação no espaço/tempo da enunciação real dos *atos de fala*[392].

De acordo com a lição de Charles Morris[393]: "[…] *pragmatics is that portion of semiotic which deals with the origin, uses, and effects of signs within the behavior in which they occur; semantics deals with the signification of signs in all modes of signifying; syntactics deals with combinations of signs without regard for their specific significations or their relation to the behavior in which they occur".* ([…] pragmática é aquela parte da semiótica que trata da origem, dos usos e dos efeitos dos signos no comportamento em que ocorrem; a semântica trata da significação dos signos em todos os modos de significação; a sintática lida com combinações de signos sem levar em conta seus significados específicos ou sua relação com o comportamento em que ocorrem).

---

[390] "[...] O pragmatismo de James (morto em 1910) e de Pierce (morto em 1914) é, até a Segunda Guerra Mundial, o movimento dominante nas universidades de além Atlântico. Ele inspira em graus diversos, o "Novo realismo" (1912) Ralph Barton Perry, (1876 - 1957), William Pepperell Montague (1873-1953), assim como o "realismo crítico" (1920) como de A. O. Lovejoy (1873-1962) e G. Santayana (1863-1952)". Loc. Cit.

[391] *Cf.* Habermas: "A pragmática linguística serviu à formulação de uma teoria do agir comunicativo e da racionalidade. Ela constituiu o fundamento de uma teoria crítica da sociedade e abriu caminho para a concepção da moral, do direito e da democracia ancorada na teoria do discurso". HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação, ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. Edições Loyola, São Paulo, SP: 2004. p. 8.

[392] FERREIRA N., A. G. A linguagem filosófica de Immanuel Kant. Disponível em: https:// repositorio. ufsc. br/bitstream/handle/123456789/204514/PGET0408-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y Acesso em: 12/02/2024.

[393] MORRIS, C. Signs, language and behavior. NY: *Braziller, 1946, p. 219.*

Para resumir este contexto histórico baseado no *pragmatismo linguístico*, em que a filosofia da linguagem também deve oferecer subsídio à "lógica das ciências sociais", explicando seus fundamentos à margem das antigas estruturas da linguagem pré-ordenadas pela ontologia e pela psicologia (como será visto), recorre-se mais uma vez ao ensinamento de Habermas[394]:

> *De ahí que la filosofía lingüística no entienda ya, como la fenomenología, la conexión entre intención y acción a partir de una constitución de plexos de sentido, es decir, en el marco transcendental de un mundo que se construye a partir de actos de conciencia. El entrelazamiento de intenciones, con que también se topa el estudio de la acción intencional, ya no se explica por una génesis transcendental del 'sentido', sino mediante un análisis lógico de significados lingüísticos. El análisis lingüístico conduce, al igual que el fenomenológico, a la fundamentación de una sociología comprensiva que estudia la acción social en el plano de la intersubjetividad.*

Neste período, destacam-se ainda o *Realismo ontológico* do austríaco Gustav Bergmann (1906 - 1987), que ofereceu resistência ao *positivismo lógico*, ponderando sobre a existência de realidades autônomas em relação à linguagem que, juntamente com o *Pragmatismo* do americano Richard Rorty (1932 - 2007), formaram linhas alternativas ao *positivismo lógico* em suas pretensões científicas no âmbito da linguagem.

Aliás, Habermas escreveu sobre Rorty[395]:

> Em sua impressionante 'Crítica à filosofia', R. Rorty desenvolve argumentos metafilosóficos que nos levam a duvidar que a filosofia possa de fato desempenhar os papéis do indicador de lugar e juiz que lhe foram atribuídos pelo mestre-pensador Kant. [...] No conceito kantiano de uma razão formal e em si diferenciada está delineada uma teoria da modernidade.

As demais ramificações da *Erkenntnistheorie* (*teoria do conhecimento*) e da *filosofia da linguagem* que se desdobraram a partir do século XX, escapam do propósito deste roteiro que pretendeu apresentar um panorama histórico da trajetória das principais ideias que fundamentaram as teorias do conhecimento até o contexto da doutrina do *Direito Positivo*.

Sem este estudo preliminar, não seria possível compreender as críticas ao cognitivismo psicologista, a metafísica e ao sociologismo, à luz da *Reinheit der Rechtswissenchaft* (pureza da ciência do direito) do *positivismo jurídico kelseniano*.

---

[394] HABERMAS, Jürgen. La lógica de las ciências Sociales. Op. Cit. p. 203.
[395] HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. RJ: Tempo brasileiro, 1989, p. 20 - 21.

Após esta breve trajetória histórica sobre os "Caminhos entre a "*δόξα* (doxa) e a *ἐπιστήμη* (episteme): Estudo preliminar sobre ciência, filosofia e linguagem", cujo eixo temático foi a relação entre *sujeito* e *objeto* e a linguagem na constituição do saber, resta configurar o *paradigma filosófico*, *científico* e *linguístico* do *positivismo kelseniano* para responder:

Como é possível a função criadora de direitos da norma negocial, sem recorrer à ontologia linguística e às instâncias metajurídicas como a psicologia e a metafísica?

Felix qui potuit rerum cognoscere causas[396]

[396] "Feliz daquele que pôde conhecer as causas das coisas". "Verso de Virgílio (Geórgicas, II, 489), citado frequentemente para sublinhar a felicidade daqueles cuja inteligência penetra os segredos da natureza e se eleva acima das vulgares superstições". LAROUSSE, K. Pequeno dicionário enciclopédico. RJ: Larousse, 1980, p. 899.

PARTE I - PARADIGMAS DO POSITIVISMO

OBJETIVOS DA PARTE I

Delinear os paradigmas filosófico, epistemológico e linguístico do direito positivo; diferenciar a metodologia aplicada ao estudo *descritivo* do *ser* e *prescritivo* do *dever-ser*; analisar a objetividade das ciências sociais; explicar a reação neokantiana contra o psicologismo do idealismo alemão; examinar a *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) coheniana aplicada à teoria pura do direito; contrapor a *Reinheit der Rechtswissenchaft* (pureza da ciência do direito) do positivismo jurídico com as teses jusnaturalistas, sociologistas e psicologistas; associar o discurso antimetafísico do positivismo jurídico com a filosofia analítica da linguagem; considerar as estruturas formais do direito positivo como condições *a priori* da realidade jurídica; romper o elo epistemológico entre razão teórica e prática - *Sein* (ser) e *Sollen* (dever/ser); justificar a substituição da liberdade (lei apodítica da razão prática) pela norma jurídica como objeto do direito; distinguir normas e proposições jurídicas e, identificar as prerrogativas da ciência e da política jurídica.

1. PARADIGMAS FILOSÓFICO E EPISTEMOLÓGICO DO POSITIVISMO

> Filosofia é uma interpretação hipotética do desconhecido (como na metafísica) ou do conhecido de forma inexata (como na ética ou na filosofia política); é a trincheira adiantada no cerco à verdade. Ciência é o território capturado; e por detrás dele ficam as regiões seguras nas quais o conhecimento e a arte constroem o nosso mundo imperfeito e maravilhoso. A filosofia parece estar parada, perplexa; mas isto é só porque ela deixa os frutos da vitória para suas filhas, as ciências, enquanto ela própria segue adiante, divinamente descontente, em direção ao incerto e ao inexplorado.
>
> Will James Durant[397]

O primeiro passo que conduz à compreensão do pensamento de um teórico é colocar-se em seu lugar. É preciso abstrair de toda subjetividade para tomar sua posição sem contaminá-lo com interferências estranhas à cosmovisão do seu tempo, para entendê-lo, deve-se evitar anacronismos conceituais, defrontar-se *vis-à-vis* com os problemas do seu objeto de estudo, com os métodos e os recursos teóricos utilizados para solucioná-lo, enfim, despir-se de preconcepções para, então, imergir no *hic et nunc*[398] que irrompeu seu pensamento em teoria.

Quando Walter Benjamim (1892 - 1940) traduziu os versos de Charles Baudelaire, ensinou em *Die Aufgabe des Überstzers* (A tarefa do tradutor - 1923)[399] que: "*Übersetzung ist eine Form. Sie als solche zu erfassen, gilt es zurückzugehen auf das Original. Denn in ihm liegt deren Gesetz als in dessen Übersetzbarkeit beschlossen*"; (A tradução é em primeiro lugar uma forma. E concebê-la como tal significa antes de tudo o regresso ao original em que ao fim e ao cabo se encontra afinal a lei que determina e contém a "traduzibilidade" da obra); analogamente, para compreender uma teoria é preciso encontrar sua "traduzibilidade", isto é, a compreensibilidade de seu significado no contexto que foi concebida.

Quem se propõe a estudar uma teoria, deve-se, como o tradutor de Benjamim, regressar às circunstâncias que a produziram, apreendê-la em seus termos, reconstituí-la sem trair sua essência. Sendo assim, acrescenta-se à responsabilidade de quem estuda, aprende e transmite o

---

[397] DURANT, Will. James. A história da filosofia. Trad. L. C. N. Silva. RJ: Nova Cultural, 1996, p. 26.

[398] "*Hic et nunc: C'est la situation de tout être, de tout sujet, de tout événement: son ancrage singulier dans l'universel devenir*". (É a situação de todo ser, de qualquer sujeito, de qualquer evento: sua ancoragem singular no devenir universal). COMTE-SPONVILLE, André. Dictionnaire philosophique. 4e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2013, p. 427.

[399] BENJAMIM, Walter. A tarefa do tradutor: quatro traduções para o português BH: Fale/UFMG 2008, p. 26.

que aprendeu, o compromisso ético de ser fiel ao autor das ideias originais[400], como ensina o filósofo e teórico literário Antonie Berman (1942 - 1991) sobre o ato da tradução[401]: "O ato ético consiste em reconhecer e em receber o Outro enquanto Outro".

Para compreender o estatuto teórico do *positivismo jurídico kelseniano* e identificar as sutilezas conceituais que lhes são próprias ante o contexto da profícua discussão acerca da produção do conhecimento nas ciências naturais e sociais na transição para o século XX, propõe-se algumas breves reflexões preliminares sobre "teorias, métodos e anacronismos".

Uma teoria é concebida para reunir em um domínio específico de conhecimento, os instrumentos e métodos necessários para explicar de forma precisa e objetiva um determinado objeto de estudo. Seu propósito é conhecer seu objeto em uma perspectiva específica.

Se uma teoria propõe termos, conceitos ou soluções para problemas circunstanciais (não é o caso de Kant ou Kelsen), estas proposições podem ser validadas, rejeitadas ou readequadas no confronto com a dinâmica do tempo, contudo, ainda assim, não se refuta teorias, *in totum*, à margem das próprias premissas, suas conclusões permanecem válidas dentro de seu contexto e dos limites de seus referenciais históricos[402].

Pelo mesmo princípio, modelos teóricos que pretendem enquadrar abstratamente uma conjuntura social específica, como eventualmente ocorre entre as humanidades - aliás, pretensão notadamente praticada pela economia política - não devem, em suas interpretações, exorbitar o alcance que seus instrumentos teóricos permitem concluir sobre a realidade, pois, tais metodologias de apreensão são formas *constitutivas* de um *conhecimento específico* restritas a *uma perspectiva* do objeto de estudo.

Em outras palavras, o conhecimento subordinado ao método, limita-se a uma percepção parcial do objeto e da sua realidade, *i.e.*, o saber está sempre circunscrito aos esquemas

---

[400] Vide o exemplo citado por Pablo Natorp sobre os estudos kantianos de Hermann Cohen: "[...] *en las tres obras fundamentales que dedica a interpretar a Kant, ha insistido continuamente en ello; las tesis kantianas deben primeramente ser puestas en claro en su sentido literal y entendidas según aquel principio que les es propio y originariamente constituído, antes de emprender una superación de Kant*". NATORP, Pablo. Kan y la Escuela de marburgo. Conferência sustentada en la sesión de la sociedad Kantiana de Halle del 27 de abril de 1912. (Publicada en el tomo XVII de los Kantstudien). México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 1956, p. 12.

[401] BERMAN, A. A tradução e a letra ou o Albergue do longínquo. Florianópolis: PGET/UFSC, 2013, p. 95.

[402] Aqui vale a advertência de Sebastiano Maffetone ao tartar do tema na introdução de sua obra *Marx in the 21st Century*: "[…] *we will discuss his work here only in a theoretical perspective, leaving the more political aspects and the charismatic-religious nature of his character in the back- ground. The advantage of our position consists in the fact that, all things considered, to understand the political and prophetic Marx it is essential to understand what he said in his theory*". ([...] discutiremos seu trabalho aqui apenas em uma perspectiva teórica, deixando os aspectos mais políticos e a natureza carismática-religiosa de seu caráter no fundo. A vantagem da nossa posição consiste no fato de que, considerando todas as coisas, para entender o Marx político e profético, é essencial entender o que ele disse em sua teoria). MAFFETONE, Sebastiano. Marx in the 21st Century. A critical introduction. New York: Routledge, 2022, p. 4.

condicionantes de apreensão do próprio modelo teórico; neste sentido, Miguel Reale tratando sobre a perspectiva científica do saber jurídico, anota que[403]: "[...] para ver as coisas sob certo prisma, devemos seguir a via correspondente e apropriada. O problema do método é correlato ao problema do objeto". Nesta citação, o "prisma" é a interpretação jurídica do fenômeno social, também *cf.* Boris Walentinowitsch Jakowenko (1884 - 1949)[404]: "*Ebenso wie die Einzelwissenschaften ihre eigenen Gegenstände und ihre eigene Methode haben, ist die Philosophie ihrerseits auf besondere Gegenstände und auf eine eigentümliche Methode angewiesen*"; (Assim como as ciências individuais têm seus próprios objetos e seu próprio método, a filosofia, por sua vez, depende de objetos particulares e de um método peculiar).

Com efeito, se as formulações teóricas realizadas a partir de um conjunto de percepções vinculadas ao espaço/tempo cultural são, *in genere*, *leituras da realidade* que se elevam indutivamente à modelos gerais abstratos, tais formulações não se convertem, *Deus ex machina*, em *discursos prescritivos* atemporais e aplicáveis aos fatos em qualquer época. Por exemplo, não se explica ou se aplica o modelo teórico da Economia Clássica liberal[405], nem a crítica ao capitalismo nos termos marxistas da "luta de classes"[406] do século XIX, ao contexto socioeconômico da "cultura pós-moderna" do século XXI.

Considerando, entre outros motivos, que a "interpretação dicotomizada" da sociedade em "super e infraestruturas" baseadas na Revolução Industrial Inglesa[407] - em seus moldes de

---

[403] REALE, Miguel. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 76.

[404] JAKOWENKO, Boris Walentinowitsch. Was ist die Transzendentale Methode? In.: Bericht über den III. Internationalen Kongress für Philosophie. Op. Cit. p. 788.

[405] *Cf.* Adyr G. F. Netto: "[...] John Maynard Keynes que teve toda sua formação acadêmica influenciada pela economia clássica, "Na teoria clássica [...] na qual me formei", percebe o erro de se aplicar anacronicamente as mesmas leis abstratas de um modelo teórico supostamente genérico a um cenário tão peculiar e dinâmico como o do seu tempo, afinal, a economia não é uma ciência que enquadra seu objeto com leis universais e atemporais, como querem os idealistas, mas opera com elementos sociais instáveis e, tais elementos (variáveis) convenientemente cristalizados nas expressões matemáticas da *economia positiva* pela condição *ceteris paribus*, assumiriam gradativamente comportamentos e valores de relação de grandeza distintos daqueles previstos no paradigma clássico. As correlações da função $y = f(x)$ entre as variáveis do conjunto da base empírica se tornaram incompatíveis com a lógica dos modelos teóricos consagrados no século XIX, como exemplo, a coexistência temporal - e "contraditória" - entre redução drástica de consumo (C↓), superacumulação (S↑), subinvestimento (I↓), oferta excedente (O↑) e deflação (P↓), eis aí, a 'equação simplificada' da Grande Depressão. In.: FERREIRA NETTO, Adyr G. Panorama histórico e geopolítico do século XX. No prelo.

[406] "A história de toda a sociedade até aqui é a história de lutas de classes". MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. O manifesto comunista. Tradução de Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 40. "Até aqui, no século XIX".

[407] Vide Friedrich Engels em "*Die Lage der arbeitenden Klasse in England* 1887". (A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra): "*Wenn wir jetzt die Verhältnisse, unter denen die englische Arbeiterklasse der Städte lebt, in ziemlicher Ausführlichkeit betrachtet haben, so wird es nun an der Zeit sein, aus diesen Tatsachen weitre Schlüsse zu ziehn und diese wiederum mit dem Tatbestande zu vergleichen. Sehn wir denn zu, was für unter solchen Umständen aus den Arbeitern selbstgeworden ist, was für Leutewir an ihnen haben, wie ihr korperlichen, intellektueller und moralischer Zustand beschaffen ist*". (Agora que consideramos detalhadamente as condições em que vive a classe trabalhadora inglesa nas cidades, é hora de tirar mais conclusões destes fatos e de compará-

reprodução material da vida e na divisão social do trabalho daquele "capitalismo selvagem" - é incompatível com as *Social Network*, com a *Virtual Economy* e a exponencial *Artificial Intelligence*, que veem fragmentando as relações de produção de capital em formas atomizadas e difusas no influxo de uma revolução geracional, fora do alcance, portanto, das categorias generalizadoras de apreensão da realidade.

Se o substrato empírico da realidade social possui uma dinâmica incompatível com os modelos generalizantes, não se subsumi, *ad aeternum*, o fato ao modelo. Nota-se que a "sociedade líquida" (para usar um termo da sociologia baumaniana) - de desconstrução da racionalidade moderna - vem se intensificando e questionando a capacidade das metanarrativas socioeconômicas de capturar o fenômeno social em rígidas categorias abstratas de apreensão.

O liberalismo clássico e o marxismo, exemplos *supra* citados, são formulações teóricas (da economia política) que respondem a comportamentos peculiares dos agentes sociais de seu tempo, atualmente de interesse da história e da economia política para compreender a formação do Estado contemporâneo, aliás, esta é a única forma "anacrônica válida" de analisá-las, a partir das impressões do presente para entender a construção histórica, *cf.* Sebastiano Maffetone[408]:

> *From the historical and philosophical point of view it is interesting - more so than putting the past on trial - to try to understand in the simplest way possible what Marx has really said and to what extent the things he said can still be considered important today. Naturally, in this way we reason in light of an anachronism: that is, we evaluate Marx in the present and under our contemporary gaze, and not from the perspective of the time in which he lived.*

Sobrepor intencionalmente o modelo teórico ao fato social com intuito de preservar a ideologia em detrimento da dinâmica relacional *in concretu*, é uma *contradictio in adiecto*, isto é, uma inconsistência entre os "termos internos" que constituem a racionalidade do próprio modelo, quando, por exemplo, a teoria deixa de ser uma interpretação atualizada das

---

las novamente com os fatos. Vejamos então que tipo de pessoas os próprios trabalhadores se tornaram sob tais circunstâncias, que tipo de pessoas temos neles, como você condição física, intelectual e moral). In.: ENGELS, Friedrich. Die lage der arbeitenden klasse in England. Berlim: Dietz Verlag, 1952, p. 135.

[408] (Do ponto de vista histórico e filosófico, é interessante - mais do que colocar o passado em julgamento - tentar entender da maneira mais simples possível o que Marx realmente disse e até que ponto as coisas que ele disse ainda podem ser consideradas importantes hoje. Naturalmente, desta forma, raciocinamos à luz de um anacronismo: isto é, avaliamos Marx no presente e sob nosso olhar contemporâneo, e não da perspectiva do tempo em que ele viveu). MAFFETONE, Sebastiano. Op. Cit. p. 22. Afinal: "*I cannot imagine a sociologist who does not take into account the Marxian vision of the class struggle, or a historian who completely neglects the materialistic conception of history, or finally, an economist who knows nothing of Marx's crisis theory*". (Não consigo imaginar um sociólogo que não leva em conta a visão marxista da luta de classes, ou um historiador que negligencia totalmente a concepção materialista da história ou, finalmente, um economista que não sabe nada da teoria da crise de Marx). MAFFETONE, Sebastiano. Op. Cit. p. IX.

transformações sociais para tornar-se uma cartilha ideológica de Estado, assumindo, na contramão de seus pressupostos (*descritivos*), um *status* deontológico (*prescritivo*) para regular seu objeto, ou seja, coagir pela força do direito como a cultura e a economia *devem ser*.

Por exemplo, a sociologia em geral, de natureza *descritiva*, explica o fenômeno social sem impor nenhum ideal de *dever-ser,* nenhum valor pode ser a conclusão de uma *descrição*. Neste sentido, José A. Sedín Mateos ensina que[409]: "*Y al igual que la moral y el derecho operan como órdenes independientes, para KELSEN, las disciplinas científicas que describen y sistematizan sus normas y construyen sus conceptos, a saber: la ética y la ciencia del derecho, tanbíen deben mantener uma independência recíproca, para no incurrir em sincretismo metódico*". Diz Kelsen em artigo sobre a fundamentação da sociologia do direito[410]: "*Una regla que ha sido obtenida a partir de un modo de consideración* (*Betrachtung*) *causal-explicativo no es más que una regla de ser incapaz de dar una indicación acerca de lo que debe-ser. Lo que debe suceder no es, evidentemente, una cuestión que atañe al modo de consideración* (*Betrachtung*) *causal-explicativa*", ou ainda: "*Para el conocimiento, un valor no puede ser el resultado, a través de una evolución, de una realidad, precisamente porque el valor está dado a una dirección de conocimiento diferente de la que se ocupa de la realidade* (*Wirklichkeit*)".

Sendo assim, não está subtendida na metodologia de "apreensão descritiva" do fenômeno social, a conversão imediata de seus resultados conclusivos em formas prescritivas ou "reguladoras da realidade", esta inversão metodológica produziu ideologias de Estado que impuseram valores anacrônicos à sociedade, invertendo e pervertendo suas premissas fundamentais. O modelo estatal regulador da vida social que se impõe resgatando valores do passado é reacionário, o que antecipa valores do futuro é progressista, ambos são anacrônicos, atritam e agridem o presente.

Sobre fatos, ideologias e interpretações, é memorável a lição de Sherlock Holmes[411] quando em meio as suas investigações, foi provocado a opinar sobre um bilhete misterioso, e, com a honestidade intelectual e a objetividade do cientista, respondeu: "É um erro grave formular teorias antes de se conhecerem os fatos. Sem querer, começamos a distorcer os fatos para se adaptarem às teorias, em vez de formular teorias que se ajustem aos fatos".

---

[409] SEDÍN MATEOS, J A. La filosofia moral de Hans Kelsen. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 145.
[410] KELSEN, Hans. Uma fundamentacíon de la socioloía del derecho. Disponível em: Disponível em: https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcvx0r2 Acesso em 30/04/2024. p. 218.; 231-232.
[411] Sherlock Holmes é uma personagem das ficções de Conan Doyle. In: CONAN DOYLE, Arthur. Sherlock Holmes: Um estudo em vermelho. Tradução de Louisa Ibánez. Rio de Janeiro: HarperCollins, 2017, p. 35 e 245.

Para não incorrer a este erro no âmbito da *ciência jurídica*, do sincretismo metodológico que trata as *deskriptiven Rechtssätzen* (proposições normativas) e as *präskriptiven Rechtsnormen* (proposições prescritivas) com o mesmo aparato teórico, convertendo o direito em mero instrumento ideológico de Estado, a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen adotou como primeiro procedimento metodológico - considerando que o Direito é uma disciplina permeada por valores que regulam a vida social - a distinção das competências discursivas da *ciência normativa* (*descritiva*) e da *política jurídica* (*prescritiva* ou aplicadora de direitos). Diz Kelsen[412]: "[...] mesmo que a predição seja em certa medida possível, ela não constitui tarefa da ciência do Direito, a qual somente pode descrever as normas individuais, produzidas pelos tribunais, e as normas gerais, produzidas pelos órgãos legislativos e pelo costume, depois de elas serem vigentes". São campos com objetos e proposições distintas, logo, exigem fundamentos, métodos e estruturas linguísticas distintas. Com efeito, a *teoria pura* não interpreta fatos ou a *juridicidade* "implícita aos fatos" (tese jusnaturalista), mas constitui a estrutura lógica-normativa *a priori* que atribui a *juridicidade* aos fatos (pelo processo de *juridificação* - *Verrechtlichung*), seu objeto de estudo, portanto, é a *norma* (*constitutiva* da realidade jurídica) e a *juridicidade* do *conteúdo normativo* (*constituída pela norma*), como en

Desde sua publicação em 1934, nenhuma outra doutrina ou programa teórico substituiu a *Teoria Pura do Direito* no campo da produção do conhecimento jurídico científico, no sentido de oferecer o aparato instrumental teórico - *objetivo* e *avalorativo* - para dizer *o que é* e *como é* o direito. A valoração de como o direito *deve ser*; seu conteúdo fático/axiológico; qual o bem jurídico deve ser protegido e, quais os elementos ou argumentos metajurídicos que legitimam a justiça e a melhor forma de aplicá-la, são questões de outra ordem e escapam do alcance instrumental do *positivismo jurídico*, são perspectivas do direito que continuam abertas às metodologias e análises de outras disciplinas, como a sociologia, psicologia, entre outras, lembra M. Pelegrino da Silva[413] que:

> Kelsen não apenas concordou com o método defendido pelo Círculo de Viena, mas também incorporou um dos princípios fundamentais deste movimento intelectual em seu pensamento, a saber, a ideia de que cada ciência específica (tal como, exemplificativamente, a ciência do direito) precisa levar em consideração os conhecimentos das outras disciplinas que possuem o mesmo objeto de estudo e integrá-los em sua própria construção, de tal modo que um mesmo objeto pudesse ser investigado a partir de diferentes perspectivas.

[412] RR2: 63.
[413] SILVA, M. P. Conexões entre Kelsen e o Círculo de Viena. Disponível em: https://doi.org/10.25247/P1982-999X.2019.v19n2.p117-151 Acesso em 14/06/2024.

Assim, a *teoria pura* não reivindica nenhuma exclusividade de estudo sobre os elementos metajurídicos que constituem a totalidade do fenômeno jurídico, *cf.* P. Chianssoni[414]:

> *Assume, in quanto normativismo, che il diritto sia fatto di norme. Ciò avviene, tuttavia, sulla base di un'opzione epistemologica chiaramente denunziata, senza avanzare alcuna pretesa di esclusività. Adotta inoltre una teoria delle norme giuridiche corroborata dall'esperienza: considerandole ora come norme-monadi in actu, cristallizzate in giochi di produzione-applicazione oramai conclusi e suscettibili in quanto tali di una de- scrizione statica; ora come norme cornici in potentia, suscettibili di una descrizione dinamica al servizio di future applicazioni*.

A *teoria pura* não invalida, portanto, as demais interpretações do fenômeno jurídico, Miguel Reale ainda reforça que[415]: "As ciências não se distinguem umas das outras pelo objeto material, mas sim pelo formal [...] O que diversifica um ramo do saber é seu objeto formal, ou seja, a especial maneira com que a matéria é apreciada, vista, considerada. O objeto formal de uma ciência, portanto, liga-se ao ângulo especial de apreciação de um objeto material". No mesmo sentido, de interpretações do fenômeno jurídico, Matthias Jestaedt escreve que[416]:

> *Wonach aber bestimmt sich dieses Eigene, das Proprium der Rechtswissenschaft? Die Antwort lässt sich auf der Grundlage von Kelsens erkenntnistheoretischem Ausgangs- punkt entwickeln. Diesen hat er dem Neukantianismus, ins- besondere jenem Marburger Prägung, entlehnt; er besagt, dass der Gegenstand einer Disziplin sich über die Methode »konstituiert«, was nichts anderes bedeutet, als dass das, was man erkennt (Gegenstand), in strikter Abhängigkeit von dem steht, womit respektive auf welchem Wege man dieses Etwas erkennt (Methode).*

---

[414] (O normativismo assume que o direito é composto de normas. Isto ocorre, porém, com base numa opção epistemológica claramente denunciada, sem qualquer pretensão de exclusividade. Adota também uma teoria das normas jurídicas corroborada pela experiência: considerando-as agora como normas-mônadas in actu, cristalizadas em jogos de produção-aplicação agora concluídos e suscetíveis como tais de uma descrição estática; agora como quadros normativos in potentia, suscetíveis de uma descrição dinâmica a serviço de aplicações futuras). CHIASSONI, Pierluigi. Giacomo Gavazzi e la teoria kelseniana della scienza giuridica. Teoria del diritto e filosofia analítica studi in ricordo di giacomo gavazzi. Torino: G. Giappichelli editore, 2012, p. 128.

[415] REALE, Miguel. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 74; 76.

[416] (Mas como essa peculiaridade, a propriedade da jurisprudência, é determinada? A resposta pode ser desenvolvida com base no ponto de partida epistemológico de Kelsen. Ele pegou emprestado isso do neokantismo, especialmente da cunhagem de Marburg; significa que o objeto de uma disciplina é "constituído" pelo método, o que significa nada além de que o que se sabe (objeto) é estritamente dependente do que ou de que maneira se reconhece esse algo (método)). JESTAEDT, Matthias. Hans Kelsens Reine Rechtslehre Eine Einführung. In.: KELSEN, Hans. Reine Rechtslehre Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik Studienausgabe der 1. Auflage 1934. herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, XXXV.

*
* *

A produção do conhecimento jurídico comprometida com as disciplinas que atendem as questões do cotidiano - aqueles ramos da dogmática que tratam pontualmente da legislação vigente e da cultura jurídica local - também enfrenta "seus *anacronismos*", por exemplo, quando uma "teoria dos negócios foi vinculada a uma lei, como um Código Civil ab-rogado". Neste caso é possível reinterpretar e readequar os conceitos da teoria *ad hoc*, de acordo com a validade e as transformações da legislação, contudo, não se pode "atualizar" um *sistema doutrinário* como de Kelsen[417] ao sabor das intempéries culturais (e legais), na medida em que ele *antepara* no *âmbito epistemológico* as "condições de possibilidade" da existência do próprio direito e do sentido do *discurso jurídico científico/universal*.

A revogação de toda uma legislação desde a Constituição, em nada altera os pressupostos teóricos do *positivismo jurídico*, a validade doutrinária não está sujeita a vigência da lei e das circunstâncias políticas e sociais contingentes a um determinado instante histórico, não se revoga as estruturas universais das ciências e as diretrizes epistemológicas da *Teoria Geral do Direito* por decreto, *sic et simpliciter*!

O *positivismo kelseniano* não prova resistência das transformações culturais e legais no decurso do tempo. Insensível à fricção da realidade, atém-se, *tout court*, a recepcionar as metodologias e propriedades *apriorísticas* do conhecimento herdadas da epistemologia kantiana, para alicerçar as estruturas fundantes da ordem jurídica universal, bem como as diretrizes da filosofia da linguagem para a produção de um discurso jurídico objetivo.

De Immanuel Kant vem a base epistêmica para fundamentar a "constituição ativa" do seu objeto do conhecimento[418], bem como as estruturas lógicas - *a priori* - dos ordenamentos como sistemas universais de conhecimento; do *neopositivismo lógico*, vem as "propriedades

[417] "É mais fácil apontar as falhas e os erros na obra de um grande espírito do que dar uma perspectiva clara e completa do seu desenvolvimento. Pois as falhas são algo de particular e limitado que se deixa ver perfeitamente. Em contrapartida, constitui precisamente a marca que o génio imprime à sua obra que o significado desta seja inesgotável […] A perfeita obra-prima de um autêntico grande espírito terá uma acção cada vez mais profunda e intensa sobre todo o género humano, de tal modo que não pode saber-se a que séculos e países distantes se estenderá a sua luminosa influência". SCHOPENHAUER. Apud, RIBEIRO, Leonel. In: Regresso à Kant. Ética, estética, filosofia política. Lisboa: UED Unidade Editorial, 2012, p. 12.

[418] "Constituição ativa" significa dizer que o objeto da *ciência jurídica* não é dado. Não se trata de uma análise ou recepção passiva dos dados de um objeto determinado por uma realidade metajurídica, mas de um método de construção do objeto (a n*orma jurídica*) a partir de pressupostos epistemológicos do *positivismo jurídico*.

científicas" das *proposições descritivas* no âmbito jurídico. Lembra Luís Cabral de Moncada que[419]: "[...] os neokantianos de Marburgo se deixaram fortemente influenciar pelo pensamento naturalista do século XIX e se conservaram profundamente racionalistas, continuando a fazer derivar o objecto do pensamento das formas gerais do próprio pensamento (como, entre os juristas, STAMMLER e KELSEN) [...]".

O *positivismo* não faz uma leitura do comportamento mediado por normas[420], *cf.* Kelsen afirma[421]: "[...] *es necesario dejar claro que uma sociologia del derecho es essencialmente diferente, tanto en lo que se refiere al objeto como al método, de una ciencia del derecho que tiene como tarea conocer no lo que de hecho es sino lo que debe ser con arreglo al derecho, esto es una ciencia valorativa y no explicativa, en otras palabras, una ciencia del derecho normativa*"; afinal, como *ciência do direito*, o *positivismo jurídico kelseniano* trata das *condições de possibilidade* da descrição *jurídica-objetiva* da *norma* e da *realidade normada*; ainda *cf.* Kelsen[422]: "[...] são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas"; enfim, observa R. M. Freire Soares[423]:

> Com o advento da teoria pura do direito de Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, o positivismo jurídico se converte em uma variante de normativismo lógico, aprofundando o distanciamento da ciência do direito em face das dimensões valorativas e fática do fenômeno jurídico. A exigência da 'pureza do método' seria a condição da cientificidade da dogmática jurídica.

Se Kelsen pretende *criar uma ciência* para o direito a partir da epistemologia, não é sua tarefa *descrever* fatos à margem das estruturas *a priori* - lógico/normativas e linguísticas do direito positivo - nem *prescrever* valores e conteúdos para as regras de conduta, sob o risco de exorbitar os limites epistemológicos do conhecimento jurídico e recair em ideologismos, anacronismos e contradições, conforme já justificado.

---

[419] MONCADA, L. Cabral. Prefácio da primeira edição. In.: RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Tradução e prefácio do prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 15-16.

[420] "[...] assim como os neokantianos se esforçam por separar a "vigência" das normas jurídicas de toda sociabilidade (sociologia e jurisprudência; ser e dever ser em Kelsen), só podem nos oferecer, no melhor dos casos, uma interpretação imanente das normas jurídicas vigentes no momento dado, mas não uma explicação científica de seus conteúdos, de sua gênese e de sua revogação". LUKÁCS, Georg. A destruição da razão. São Paulo: Instituto Lukács, 2020, p. 569

[421] KELSEN, Hans. Uma fundamentacíon de la sociología del derecho. Op. Cit. p. 214.

[422] RR2: 50.

[423] FREIRE SOARES, Ricardo Maurício. Elementos de teoria geral do direito. Op. Cit. p. 164.

Cf. Kelsen, a predição, ou, "fazer profecias sobre as decisões dos tribunais"[424]: "[...] não constitui tarefa da ciência do Direito, a qual somente pode descrever as normas individuais, produzidas pelos tribunais, e as normas gerais, produzidas pelos órgãos legislativos e pelo costume, depois de elas serem vigentes"; e, como observa Ricardo E. Martins[425]: "[...] o Positivismo Filosófico deu o caráter teórico para a Ciência do Direito, excluindo, desta maneira, qualquer aproximação de suas atividades investigativas com as atividades de 'prudência', isto é, ético-práticas, que caracterizavam o conhecimento jurídico dos antigos".

O positivismo não se propõe, portanto, a ser uma teoria social ou hermenêutica para aplicação das normas vigentes, mas *ciência normativa,* como Kelsen escreve na Teoria Geral do Direito e do Estado[426]: "Quando esta doutrina é chamada 'Teoria pura do Direito', pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos a método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação".

O compromisso de Kelsen é com o conhecimento científico, e, em que pese "sinalizar parâmetros" para a interpretação/aplicação do direito com sua *moldura normativa* - vide capítulo 8 da *Teoria Pura do Direito* "A interpretação" - ao contrário de um senso comum ainda persistente no mundo jurídico, a *teoria pura* não se aventura pela seara jurisprudencial; tampouco se propõe a oferecer diretrizes metodológicas para conduzir o órgão aplicador do direito a uma única sentença verdadeira e correta, este não é o propósito de uma *ciência jurídica*, este é o campo da aplicação do direito, da *δόξα* (opinião)[427], não da *ἐπιστήμη* (conhecimento); consequentemente, o *positivismo jurídico* também não é um *legalismo* no sentido hermenêutico, como por vezes é associado e confundido com o *positivismo clássico* da Escola Exegética Francesa do século XIX.

Diz Kelsen[428]: "A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a "correta", não é sequer - segundo o próprio pressuposto de

---

[424] RR2: 63.
[425] MARTINS, Ricardo Evandro Santos. Op. Cit. 180 - 181.
[426] GTLS: 28.
[427] "*El origen de dóxa es el verbo δοκέω (dokéo), que quiere decir primero 'esperar', y solo secundariamente parecer; dóxa, en la lengua homérica, significa 'expectativa': οὐδ ἀπό δοκέω* (*oud' apó dóxes*) (*Il. X. 324; Od. XI. 344*) *quiere decir 'no de otro modo que como se esperaba'. Solo después de Homero viene dóxa a significar 'noción', 'opinión', 'juicio', sea o no bien fundado, sea o no verdadero. De ahí se pasa al sentido de «mera» opinión o conjetura; en forma más específica, opinión de los mortales* (*τὼν βασιλειῶν δόξα, tôn brotôn dóxa, Parménides*)*; o bien opinión de los demás, es decir, estimación, reputación fama; un paso más es el sentido de gloria o esplendor δόξα ἐν ὑφίστοις εθὼ* (*dóxa en hypsístois thêo = gloria in excelsis Deo*)". MARIÁS, Julián. Antropología metafísica: La estructura empírica de la vida humana. Madrid: Revista de Occidente, 1970, p. 14.
[428] RR2: 249.

que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito".

Vale anotar ainda que não há uma "hermenêutica científica" que revele uma única e verdadeira aplicação correta do direito, assim também entende Pierluigi Chianssoni[429]:

> *La teoria kelseniana della scienza giuridica e la teoria kelseniana del l'interpretazione scientifica - secondo la tesi dell'alternativa - sarebbero inconciliabili. La prima intende desumere dai materiali di un ordinamento giuridico un sistema di norme valide; la seconda suggerisce vi siano invece tanti sistemi, tra loro alternativi, quante sono le interpretazioni alternative delle norme generali messe in luce dalle tecniche ermeneutiche utilizzabili.*

Ainda para desmistificar uma "antiga lenda acadêmica sobre o positivismo"[430], que relaciona a *neutralidade axiológica* da *teoria pura* como uma "forma de viabilizar ou legitimar" ditaduras ou ideologias partidárias de Estado, quando o *positivismo* propõe uma fundamentação e uma apreciação *avalorativa* do direito, implica afirmar, evidentemente, que não foi pensado para satisfazer os interesses de uma interpretação alinhada a uma posição ideológica ou político-casual, não há nenhuma correlação possível entre a *ciência do positivismo jurídico* e a "viabilização teórica" das ditaduras do século XX (ou além dele).

O argumento da existência de um *poder legítimo* do direito ou a hipótese de uma *hierarquia pré-determinada de valores*, são expedientes teóricos associados as teses jusnaturalistas, diz Kelsen[431]: "A questão do conteúdo legítimo da ordem estatal não pertence à teoria geral do Estado, mas sim à política [...] Esta, se quiser manter o seu método em toda a sua pureza e integridade, deve, absoluta e rigorosamente, excluir qualquer intromissão do ponto de vista político", argumentos utilizados pela obra *Mein Kampf* na fundamentação do Estado, vide a divisão hierárquica entre raças e o *Führerprinzip* (princípio da liderança ou supremacia do líder), a exata antípoda da metodologia aplicada pela *Teoria Pura do Direito*. A propósito,

---

[429] (A teoria kelseniana da ciência jurídica e a teoria kelseniana da interpretação científica - de acordo com a tese da alternativa - seriam irreconciliáveis. O primeiro pretende inferir dos materiais de um sistema jurídico um sistema de normas válidas; o segundo sugere que existem tantos sistemas, alternativos entre si, quanto as interpretações alternativas das regras gerais destacadas pelas técnicas hermenêuticas utilizáveis). CHIASSONI, Pierluigi. Giacomo Gavazzi e la teoria kelseniana della scienza giuridica. Teoria del diritto e filosofia analítica studi in ricordo di giacomo gavazzi. Torino: G. Giappichelli editore, 2012, p. 128.

[430] Vide "A lenda do positivismo e suas teses". In: VALADÃO, Rodrigo Borges. Positivismo jurídico e Nazismo. Formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022. p. 56 - ss.

[431] GTLS: 34

Rodrigo Borges Valadão compartilha este entendimento[432]: "[...] os maiores teóricos do nacional-socialismo construíram suas doutrinas juspolíticas em conceitos idealistas ou metafísicos, geralmente em contraposição aos conceitos positivistas". Kelsen também escreve no prefácio da primeira edição da *Teoria pura do direito*[433]:

> Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é - asseguram muitos - aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros creem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateísta. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza.

Sobre a neutralidade doutrinária e científica de Kelsen, Rudolf Aladár Métall[434] faz uma importante observação em relação à sua biografia:

> [...] *Kelsen se mantuvo alejado de todo tipo de vínculos políticos partidistas, por lo cual jamás se afilió al Partido Social-Demócrata. Esto, no sólo porque rechazaba la teoría política del marxismo, sino también porque consideraba que un profesor e investigador en el área de las ciencias sociales no debería ingresar en ningún partido político, ya que con ello podía amenazar o restringir su independencia científica*.

Enfim, também é digno de destaque a conclusão de Juan Antonio García Amado em seu instrutivo texto: *É possível ser Antikelseniano sem Mentir sobre Kelsen*?[435]:

> Kelsen foi um grande desmistificador, como tal, foi depreciado e vilipendiado durante um século - o XX - que não por acaso foi o século dos grandes mitos políticos e das ideologias que trasladaram o pensamento religioso para

---

[432] (Neste particular, a relação entre o positivismo jurídico e a fundamentação teórica do nacional-socialismo deve ser vista sob uma dupla perspectiva: i) de um lado, todos os teóricos que deram suporte, ainda que involuntário, à ascensão do III Reich visavam desconstruir as concepções positivistas, até então dominantes; ii) de outro, o positivismo jurídico, especialmente o normativismo kelseniano, ocupou o papel de especial destaque de resistência teórica às doutrinas de suporte do nacional-socialismo). BORGES VALADÃO. Rodrigo. (2020). A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo. Revista Eletrônica Da PGE-RJ, 3(3). Disponível em: https://doi.org/10.46818/pge.v3i3.177 Acesso em 07/12/2024. p. 14.

[433] RR1: VIII.

[434] MÉTALL, Rudolf Aladár. Hans Kelsen Vida y Obra. Traducción del alemán Javier Esquivel. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 1976, p. 40.

[435] GARCIA A., J. A. É possível Ser Antikelseniano sem Mentir sobre Kelsen? Disponível em: https:// www. emerj. tjrj. jus. br/ revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n2/revista_v21_n2_52.pdf Acesso em 15/03/2024.".

> esquemas próprios do poder secular. Contudo, parece-nos cômica a obsessão de tantos professores que tentam projetar sobre Kelsen culpas que não são suas, mas deles próprios. Talvez porque, como diz um ditado espanhol, crê o ladrão que todos são de sua própria condição.

Se o *positivismo* não se propõe a teorizar sobre valores, dizer como o direito *deve ser* ou fixar parâmetros hermenêuticos para aplicar uma legislação vinculada ao espaço/tempo cultural, nenhuma ilustre autoridade judicial e nenhuma reunião de congressistas ou políticos a resvala como doutrina, nenhum tribunal rejeita ou valida o *positivismo* quando se aplica ao alvedrio da subjetividade de seus representantes, uma interpretação da lei vigente na solução de um caso concreto.

A sede teórica do *positivismo* está no plano da *epistemologia jurídica* e da *Teoria Geral do Direito*. Eis aí a arena legítima para debatê-la, lugar inóspito para as opiniões.

Kelsen pretendeu explicar o que *é* e *como é* o Direito utilizando instrumentos próprios, que as disciplinas jurídicas em sua época não disponibilizavam, logo, a necessidade de criá-los a partir de um novo paradigma *doutrinário*.

Embora na história da teoria do direito a *jurisprudência analítica* de John Austin no século XIX já fizesse semelhantes incursões no campo científico jurídico, isolando o *direito positivo* como objeto de uma ciência autônoma (autonomização do saber jurídico), o ineditismo do *positivismo kelseniano* reside na forma *pura* de conhecê-lo, *i.e*., a partir de um sistema doutrinário independente de narrativas metajurídicas, sem empréstimos linguísticos ou metodológicos de áreas afins, como a história, sociologia, psicologia ou até a teologia.

Kelsen não separa o Estado como uma entidade autônoma e produtora do Direito[436]: "A tese que acabamos de desenvolver (de harmonia com a qual Estado e Direito são a mesma coisa, sendo o Estado idêntico à ordem jurídica"; separá-los em entidades apartadas ensejaria um jusnaturalismo que confunde a existência de direitos com uma suposta "vontade estatal" - *i.e.*, como se houvesse no Estado uma fonte psicologizada, metafísica ou religiosa do *dever jurídico* positivado - ou ainda, como se o *dever* - *ser* (obrigações do direito) estivesse vinculado a uma "vontade" pré-existente e a positivação apenas um processo legislativo formal que materializa o valor jurídico (*em-si*) no texto normativo.

[436] GTLS: 31.

Curiosamente, este também é o argumento que justifica a "Teoria monista constitucional" de Hans Kelsen:[437]

> *Erhebt man sich über ihn, geht man von der Geltung des über den einzelstaatlichen Rechtsordnungen stehenden Völkerrechtes, dem Primat der Völkerrechtsordnung aus, dann erscheint der Staatsvertrag als eine über den vertragschließenden Staaten stehende Teilrechtsordnung, die gemäß einem Rechtssatz des Völkerrechts von einem spezifischen Organ der Völkerrechts gemeinschaft: einem aus den Repräsentanten der vertragschließenden Staaten zusammengesetzten Organ, erzeugt wird.*

A propósito, na *Hauptprobleme der Staatsrechtslehere*, Kelsen utiliza o mesmo argumento entre a cisão dualista entre direito público e privado na estrutura interna do ordenamento jurídico[438]:

> *Otro dualismo que amenaza con desintegrar la unidad del sistema del derecho, preocupación central de la presente obra, al igual que el que separa el derecho objetivo del derecho subjetivo, es el dualismo entre el derecho público y derecho privado* [...] *También esta antinomia, que proyecta su sombra sobre toda nuestra sistemática científica, procede de la teoría del derecho romano y es, al igual que la que se establece entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo.*

Ser e *dever-ser* pertençam à domínios diferentes, as teses jusnaturalistas não fazem essa distinção, contudo, para o *positivismo*, não há Estado fora do Direito como não há Direito fora do Estado[439], ambos não dependem de *valores* do *dever-ser*, posto que são formalmente equivalentes (sinônimos) no âmbito do *ser*. Esta é a "[...] natureza ominijurídica do Estado"[440] e do Direito. Sobre Estado e Direito em Kelsen, diz Eduardo Bittar[441]: "[...] em sua teoria, a noção de Estado se identifica com a noção de Direito, sendo que este consiste no

---

[437] (Se alguém se elevar acima dele, assumirá a validade do direito internacional que está acima dos sistemas jurídicos dos estados individuais, a primazia da ordem jurídica internacional, então o tratado internacional aparece como uma ordem jurídica parcial que está acima dos estados contratantes e é governada por um órgão específico de direito internacional de acordo com um princípio jurídico de direito internacional Comunidade: um órgão composto por representantes dos Estados contratantes). KELSEN, Hans. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit: Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte / Berichte von Heinrich Triepel, Hans Kelsen, Max Layer und Ernst von Hippel. Berlin: W. de Gruyter, 1929, p. 41.

[438] HP, XLII.

[439] Destaque de Recaséns Siches: "[…] 1.° la identidad absoluta de Estado y Derecho, y 2.ª, la necesidad de una unidad sistemática que domine a todas las normas supuestas como Derecho positivo vigente". In.: KELSEN, Hans. Compêndio de Teoria General del Estado. Trad. R. Siches y J. de Azcárate. México: Colofón, 1992, p. 9-10.

[440] HP, LII.

[441] BITTAR, Eduardo Carlos B. A Justiça Kelseniana. p. 544. Disponível em: https:// www. revistas. usp.br / rfdusp/ article/ view/67517. Acesso em 18/10/2024.

ordenamento de normas jurídicas coercitivas da conduta. Assim, todo Estado é um ordenamento jurídico, mas nem toda ordem jurídica é um Estado".

Cf. Kelsen[442]: "*Es una tendencia característica de la especulación metafisico-religiosa hacer desaparecer la diferencia entre realidad y valor, entre el 'ser' yel 'deber ser*'"; e a teoria pura do direito mostra que[443]:

> [...] o Estado como ordem social deve ser necessariamente idêntico ao Direito ou, pelo menos, com uma ordem jurídica específica, relativamente centralizada, isto é, a ordem jurídica nacional em contraposição com a ordem jurídica internacional, altamente descentralizada. Justamente como a teoria pura do Direito elimina o dualismo de Direito e justiça e o dualismo de Direito objetivo e subjetivo, ela abole o dualismo de Direito e Estado. Ao fazê-lo, ela estabelece uma teoria do Estado como uma parte intrínseca da teoria do Direito e postula a unidade do Direito nacional e do internacional dentro de um sistema que compreende todas as ordens jurídicas positivas.

É digna de nota uma curiosa citação de Robert Walter, comparando a perspectiva exclusivamente jurídica do Estado de Hans Kelsen (Estado como sinônimo de Direito) com a pluridimensionalidade da ideia de Estado de George Jellinek (1851 - 1911).

Considerando esta passagem da obra *Allgemeine Staatslehre* (Teoria Geral do Estado - 1901) de Jellinek[444]:

> *Für die Staatslehre zeigt sich der Zusammenhang mit anderen Wissensgebieten sofort in voller Klarheit dadurch, daß sie eine Lehre von menschlichen Einrichtungen ist, die sich durch und an Menschen betätigen. Gegenstand aller staatlichen Tat sind die leiblichen und geistigen Zustände der Menschen und deren Wirken auf die Außenwelt, und sie werden nur erschlossen durch Kennnisse, die an sich außerhalb dcr Wissenschaft vom Staate liegen.*

Robert Walter faz o contraponto de Kelsen[445]:

> Um ponto característico da Teoria Pura do Direito é sua exclusão de um exame jurídico do Estado, como fenômeno particular, junto à ordem jurídica. Kelsen

---

[442] KELSEN, Hans. ¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin. Buenos Aires: Katz, 2006, p. 40.
[443] TGLS: XXXI.
[444] (No caso da teoria do Estado, a conexão com outros campos do conhecimento é imediatamente mostrada com total clareza pelo fato de ser uma doutrina de instituições humanas que atuam através e sobre os homens. O objeto da ação do Estado são as condições corporais e mentais dos homens e seus efeitos sobre o mundo exterior, e elas só são abertas pelo conhecimento que em si mesmo está fora da ciência do Estado). JELLINEK, George. Allgemeine Staatslehre. Berlin: Verlag Von Julius Springer, 1929, p73-74.
[445] WALTER, Robert. In.: KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. José Cretella Jr. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 21.

> vê o Estado como ‘uma unidade especificamente normativa e, de maneira alguma, como uma formação, de alfa modo compreensível, mediante a legalidade causal’. Kelsen estabeleceu essa teoria, em especial contra a teoria dos dois rostos, de Georg Jelinek, a qual compreendia o Estado tanto como ‘instituição jurídica’ quanto, também, como ‘formação social’. A forma na qual duas ‘partes’ tão heterogêneas de um "objeto" são apreendidas por meio de uma ciência é algo que, em Jellinek, não chega a ser esclarecida. Kelsen se empenha em assinalar que o problema central da "doutrina do Estado" deve ser conceituado e tratado como problema jurídico.

Neste contexto histórico que antecedeu Kelsen, entre os esforços para organizar o direito em um sistema independente e estudá-lo com *Eigengesetzlichkeit* (autonomia), de “maneira exclusivamente jurídica”, como observa Rodrigo Cadore[446]: “A teoria pura surge como uma decidida metateoria sobre o conhecimento jurídico, que apresenta intuições ainda vacilantes sobre a *Eigengesetzlichkeit* (isto é: sobre o modo específico de funcionamento) do direito”. Também merecem destaque Karl Friedrich Gerber (1823 - 1891) e Georg Jellinek (1851- 1911), ao se preocuparem em realizar a separação de uma “realidade científica para o direito”, *cf.* P. C. Pimenta Velloso[447]: “Ao defender o estudo do direito apartado de considerações históricas e políticas, porque exteriores a ele, Gerber instituiu um rígido dualismo entre as noções de ideia e de ciência ‘real’”, e, “[...] Ao formular sua teoria do Estado, Jellinek dá mais um passo na concepção autônoma de direito”.

Ainda acrescenta Mario G. Losano que[448]:

> Karl Friedrich Gerber (1823 - 1891), juspiblicista e homem político ligado por estreita amizade e afinidade intelectual a Jhering, pôs ordem no direito público comum alemão aplicando-lhe o nome de sistema [...] mesmo querendo separar o direito da política, sua exposição nem sempre é jurídico-positiva; além disso, como jurista prático e como político, Gerber está mais interessado no conteúdo do que na forma do sistema [...] Seu sistema deriva do sistema Wolff-kantiano. No vértice está um princípio único, identificado na vontade: vontade do indivíduo no direito privado, vontade geral no direito público [...] A ciência produz direito somente se produz sistema, ou seja, se ‘reconduz o material oferecido pelo direito positivo aos seus princípios’.

---

[446] CADORE, Rodrigo. A Teoria Pura do Direito como produto da Escola Jurídica de Viena: o período inaugural da Reine Rechtslehre (1911-1930). In.: Múltiplos Olhares sobre o Direito. Homenagem aos 80 anos do ProftssorEmérito Celso Lafir- Vol l. Aari Marcelo Solon et. al. (orgs). São Paulo: Qyartier Latin, 2022, 341.

[447] PIMENTA VELLOSO, Paula Campos. Uma ambiguidade com pretensões duradouras: a formulação liberal da representação profissional e sua distinção em face do corporativismo. CONFLUÊNCIAS. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito. Vol. 19, nº 3, 2017. pp. 57-89, p. 72. Disponível em: https:// doi.org/ 10.22409/ conflu19i3.p520 Acesso em 10/05/2024.

[448] LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. Volume 1: das origens à escola histórica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 381 - 382.

Nota-se que a semelhança do *positivismo*, houve a tentativa de sistematização do conhecimento jurídico, mas sem o cuidado metodológico da *Reinheit der Rechtswissenchaft* (pureza da ciência do direito) de Kelsen, que separou o conteúdo da forma. Ocorre que nestas teorias, a *vontade psicologizada* se posiciona como princípio, em Kant, *e.g*., este lugar seria "ocupado" pela *liberdade prática*, em Kelsen, pela *Grundnorm* (regra ou Norma Fundamental).

No final do século XIX, a ausência de um expediente teórico exclusivamente jurídico, possibilitou que diversas disciplinas extravagantes reivindicassem para si a legitimidade de dizer *o que é* o direito e o Estado, *cf.* Daniel Barile da Silveira [449]: "Kelsen já havia tecido severas críticas a Kantorowicz e Erlich, contestando o posicionamento desses autores quanto a afirmarem ser a Sociologia do Direito a única ciência capaz de definir o fenômeno jurídico, o que reduzia a Ciência do Direito a uma disciplina sociológica"; além das incursões da sociologia, destaca-se a inusitada proposta de uma "Escola Livre do Direito", que atribuiria a *pessoa* do juiz a prerrogativa de dizer o que o direito *é,* a margem da legislação ou de quaisquer referenciais doutrinários.

Sobre esta curiosa passagem da história do direito, que, a propósito, ganhou contornos teóricos e relativa notoriedade no período, recorre-se a explicação de D. Barile da Silveira em seu artigo sobre sociologia e dogmática jurídicas[450]:

> A discussão entre Sociologia Jurídica e Dogmática Jurídica trazida por Weber no seio de Economia e sociedade remonta, em realidade, à celeuma engendrada por dois antecessores seus, Herman Kantorowicz e Eugen Erlich, precursores da chamada 'Escola do Direito Livre' e do 'Movimento Sociológico do Direito', até então com relativa influência nas academias jurídicas alemãs. Pregavam estes dois autores, em suma e basicamente, a ideia de que a lei não poderia criar efetivamente o Direito, visto que tal tarefa era destinada ao órgão vivo, ao elemento subjetivo do Direito, o juiz (*giurisprudenzia*). Deste modo, qualquer ciência que fosse válida deveria pautar-se nos acontecimentos da realidade, nos elementos empiricamente constatáveis.

Dispensa-se elencar fatos históricos para convencer-se de que a discricionariedade irrestrita das decisões monocráticas sempre foi eivada de interesses alheios a justiça, e, o

---

[449] BARILE, Daniel Silveira. Max Weber e Hans Kelsen: A sociologia e a dogmáticas jurídicas. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 27, p. 171-179, nov. 2006. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-44782006000200012 Acesso em 01/03/2024.

[450] BARILE DA SILVEIRA, Daniel. Max Weber e Hans Kelsen. A sociologia e a dogmática jurídicas. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-44782006000200012 Acesso em 30/04/2024. p. 172.

acúmulo das funções de legislador e julgador em único indivíduo é a fórmula do autoritarismo: *Quis custodiet ipsos custodes*? (Quem vigia os vigilantes?), perguntou Juvenal[451].

Também já alertava Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807), relator do Código Civil Francês (Código Napoleônico de 21/03/1804)[452], em seu memorável *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil* de 1801, (Discurso preliminar do primeiro projeto do Código Civil de 1801)[453]: "*On a moins à redouter l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magis- trat qui peut être réformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable*". (Temos menos a temer a arbitrariedade regulada, tímida e circunspecta de um magistrado que pode ser reformado e que está sujeito à ação em confisco, do que a arbitrariedade absoluta de um poder independente que nunca é responsável).

Momento que merece a seguinte reflexão de Kelsen sobre os "limites das decisões judiciais" perante o enquadramento da realidade pelo direito positivo[454]:

> *La jurisprudencia no es el derecho creador y regulador, como la geometría no es el arte de la formación de los cuerpos; por eso, cometiendo una grave falta artística el escultor que, al modelar una materia, no tenga en cuenta sus especiales cualidades, los límites que van implícitos en el contenido de ella y que, evidentemente, ejercen también una acción sobre la forma, no puede achacarse esta misma falta al geómetra teórico que determina la forma de un cuerpo.*

A propósito, quando em 1929 houve a reforma constitucional na Áustria alterando o texto inicialmente proposto por Hans Kelsen em 1920, alteração com intuito de permitir o governo (poder executivo) indicar os juízes da *Verfassungsgerichtshof* (Corte Constitucional) para exercerem o controle de constitucionalidade dos próprios atos governamentais, o presidente do partido Social-Democrata, Karl Seitz, também prefeito e governador de Viena, indicou Hans Kelsen como "homem de confiança" para exercer a função de Ministro, que foi prontamente recusada[455]: "Recusei resolutamente, em primeiro lugar, porque não queria exercer

---

[451] JUVENAL. Sátira VI, linhas 346-348, Op. Cit. p.73.
[452] "Minha verdadeira glória não reside em haver vencido quarenta batalhas. Waterloo apagará a lembrança delas. Mas o que viverá para sempre é o meu Código Civil". Cf. LOBATO GÓMEZ, J. Miguel. O Código Bicentenário. Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: https:// www. emerj. tjrj. jus.br/ revistaemerj_ online/ edicoes/ revista26/ revista26.pdf Acesso em 12/08/2024.
[453] PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discours préliminaire du premier projet de Code civil. Disponível em: https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf Acesso em 29/03/2024, p. 22.
[454] HP: 79.
[455] KELSEN, Hans. autobiografia de Hans Kelsen. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Introdução Matthias Jastaedt. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 92.

uma função judicial como homem de confiança de partido nenhum; considerava isso incompatível com a independência de um magistrado, mesmo supondo, como Seitz assegurou-me enfaticamente, que eu não precisava assumir nenhum vínculo com o partido".

Nesta transição para o século XX marcada por um cenário caótico em meio a uma rapsódia de opiniões esparsas sobre o Direito e o Estado, Kelsen propõe, portanto, que o princípio metodológico fundamental para produzir conhecimento *científico-jurídico* - a partir de uma doutrina própria - é *libertar o direito de todos os elementos que são estranhos a ele*[456]; o resultado deste procedimento inédito de *desimplicação* entre ideologia, subjetividade e conhecimento - entre a *doxa* e a *episteme* - é a *Teoria Pura do Direito*.

Para desfecho deste contexto, recorre-se à didática de Miguel Reale[457]:

> Quando Hans Kelsen, na segunda década deste século, desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito, a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios. Foi, dentro desse quadro, que se manifestou o movimento de 'purificação' do Direito, que teve como centro a capital da Áustria. Kelsen chamou sua doutrina de Teoria Pura, por querer livrá-la de elementos metajurídicos, excluindo do campo próprio e específico do jurista uma série de problemas, apesar de reconhecer sua legitimidade no plano da Psicologia, da Moral, da Economia, da Sociologia, da História ou da Política.

*
* *

Como sugerido na *Die Aufgabe des Überstzers* (Tarefa do tradutor) de Benjamim, não se inicia o estudo de Kant ou Kelsen memorizando conceitos esparsos e descontextualizados da *Crítica da razão pura* ou da *Teoria pura do direito*, mas buscando seu *hic et nunc*, *i.e.*, perguntando os motivos pelos quais as doutrinas foram propostas, quais os problemas e os meios utilizados para solucioná-los no momento histórico/filosófico que foram concebidas. Conforme a *Opus Magnum* kantiana[458]: "[...] o verdadeiro problema da razão pura está contido na seguinte pergunta: como são possíveis os juízos sintéticos a priori?".

---

[456] RR1: 12.
[457] REALE, M. Filosofia do direio. Op. Cit. p. 486.
[458] KrV, B19: 75.

Em outras palavras: como é possível um conhecimento extensivo - que se expande na medida da experiência sensível - ser ao mesmo tempo universal e necessário? Isto é, científico. A *Opus Magnum* kelseniana, aludindo a Kant, pergunta[459]: "[...] como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?". Ou seja: como é possível *descrever objetivamente* a *norma válida* - um objeto de conteúdo subjetivo e valorativo - a partir de um sistema autônomo de conhecimento? O estudioso do *positivismo* enfrentará estas questões.

Se um *fenômeno social* pode ser objeto de estudo de vários ramos do conhecimento, qual é a "parcela *jurídica*" a ser analisada por *técnicas estritamente jurídicas*? A *juridicidade* (o que é jurídico) é constituída pelas relações humanas, logo, prerrogativa de estudo privilegiado da sociologia? A *juridicidade* é metafísica (jusnaturalista)? A *juridicidade* está na subjetividade do ato que a constituiu, logo, cabe a psicologia explicar? Ou ainda, a pergunta da *epistemologia jurídica* que motiva a pesquisa desta tese: *Como é possível a função criadora de direitos da norma negocial, sem recorrer à ontologia linguística e às instâncias metajurídicas como a psicologia e a metafísica*?

Responder tais perguntas a partir dos pressupostos teóricos do *positivismo jurídico kelseniano* (respostas que constituem alguns traços de ineditismo da proposta desta Tese), exige a reconstrução dos recursos filosóficos e epistemológicos do contexto em que a doutrina foi concebida (paradigmas); pretensão parcialmente realizada no estudo preliminar "entre a *δόξα* (*opinião*) e a *ἐπιστήμη* (*episteme*)" - o roteiro filosófico da evolução do pensamento científico que conduziu à formulação das teorias de Kant e Kelsen. Resta, agora, analisar pontualmente os expedientes filosóficos, epistemológicos e linguísticos elegidos por Hans Kelsen para a fundamentação da *Teoria pura do direito*.

Como sugere Will James Durant no mote deste capítulo - que a filosofia abre o caminho para as conquistas dos demais ramos do conhecimento[460] - se a teorização do direito em todas as épocas ancora-se na singular percepção filosófica[461] e científica que, em cada tempo,

---

[459] RR2: 141.

[460] Vide também em Heidegger: "A filosofia procura um saber que, ao mesmo tempo, está antes de toda a ciência e vai para além de toda a ciência; ela procura um saber que não está necessariamente ligado às ciências". HEIDGGER, M. Lógica: A pergunta sobre a essência da linguagem. Tradução de Maria Adelaide Pacheco e Helga Hook Quadrado, revisão da tradução Irene Borges Duarte: Fundação Caloustre Gublekian. Lisboa, 2008, p. 55.

[461] *"λιστ' ἂν ἔχοι ὁ θεός. ἀναγκαιότεραι μὲν οὖν πᾶσαι ταύτης, ἀμείνων δ' οὐδεμία".* (Todas as ciências são mais necessárias do que esta, mas nenhuma lhe será superior). (A2, Met. 983a 10) ARISTÓTELES. Metafísica. V. II. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 13.

enquadram linguisticamente o mundo, reunir os instrumentos teóricos de apreensão da realidade utilizados pelo *positivismo jurídico kelseniano* torna-se indispensável.

Por exemplo, não há como compreender Aristóteles sem a prévia noção de *κόσμος* (*cosmos*), modelo grego de mundo do qual depende o sentido da *εὐδαιμονία* (*eudaimonia*), do *υπέρτατο αγαθό* (*bem supremo*) ou da *δικαιοσύνη* (*dikaiosynê*/justiça)[462]; não há como se aventurar pelas obras de Kant sem primeiro familiarizar-se com a lógica aristotélica, com a geometria de Euclides, a Revolução Copernicana, a mecânica newtoniana e o embate entre céticos e dogmáticos; da mesma forma, não há como compreender Kelsen à margem de Kant, das metodologias científicas desenvolvidas no contexto da transição para o século XX e do esforço dos teóricos em produzir ciência social, enfim, sem reunir os elementos que formaram a visão científica do mundo em sua época.

Paradigma(s) é a reunião destes recursos - filosóficos, epistemológicos e linguísticos - que constituíram a concepção *científica* do *positivismo jurídico*.

Embora o termo *paradigma* seja inspirado em Thomas Samuel Kuhn (1922 - 1996)[463]: "Considero 'paradigmas' as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência"; não se confunde com ele no sentido de representar uma comunidade de pesquisadores que compartilham o mesmo *problem*a e *método* de análise de um objeto específico "durante algum tempo", *i.e.*, o paradigma[464] da "ciência normal".

---

[462] Vide Werner Jaeger: "O conceito de cosmos constituiu até os nossos dias uma das categorias essenciais de toda concepção do mundo, embora nas modernas interpretações científicas tenha gradualmente perdido o sentido metafísico original. A idéia do cosmos mostra, com simbólica evidência, a importância da primitiva filosofia natural para a formação do homem grego. Assim como em Sólon o conceito ético-jurídico da responsabilidade deriva da teodicéia para a epopéia, também em Anaximandro a justiça do mundo recorda que o conceito grego de causa (αιτία), fundamental para o novo pensamento, coincidia originalmente com o conceito de culpa e foi transferido da imputação jurídica à causalidade física. Esta transposição espiritual está ligada à transposição análoga dos conceitos de *cosmos*, *dike* e *tisis*, originários da vida jurídica, para o acontecer natural. O fragmento de Anaximandro permite-nos obter uma visão profunda do desenvolvimento do problema da causalidade a partir do problema teológico. A sua Dike é o princípio do processo de projeção da polis no universo". JAEGER, Werner. Paidéia. A formação do homem grego. Trad. Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 203.

[463] KUHN, Samuel Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 13.

[464] *Paradaigme*: *Un exemple privilégié ou un modèle, qui sert à penser. Le mot, qu'on trouve chez Platon ou Aristote (paradeigma), sert surtout, aujourd'hui, en épistémologie ou en histoire des sciences. C'est l'un des concepts majeurs de Thomas S. Kuhn, dans La Structure des révolutions scientifiques. Un paradigme, c'est l'ensemble des théories, des techniques, des valeurs, des problèmes, des métaphores, etc., que partagent, à telle ou telle époque, les scientifiques d'une discipline donnée : c'est la 'matrice disciplinaire' qui leur permet de se comprendre et d'avancer. C'est aussi, et par là même, ce qui est transmis aux étudiants, à la même époque, qui leur permet de comprendre la science de leur temps, de s'y reconnaître et d'y travailler. L'état normal des sciences (la 'science normale', dit Kuhn) est celui où un paradigme règne*". (Paradigma: Um exemplo ou modelo privilegiado, que serve para pensar. A palavra, encontrada em Platão ou Aristóteles (*paradeigma*), é usada principalmente, hoje em dia, em epistemologia ou história da ciência. Este é um dos principais conceitos de

Beneficiando-se da referência, a ideia de *paradigma* aproxima-se mais do sentido sociológico que Thomas Kuhn apresentou no complemento do posfácio de 1969 da sua obra *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen* (*A estrutura das revoluções científicas* - 1962), ou seja, neste sentido, paradigma[465]: "Indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas por membros de uma comunidade"; assim também observa Rudolf A. Métall[466]: "*Si el desarrollo histórico de las teorías fuese un progreso acumulativo y rectilíneo, como para calificarlo de racional, la teoría de Kelsen se hubiera convertido hace ya tiempo en un "paradigma" en sentido kuhniano y sería el fundamento teórico de una "tradición de ciencia normal" jurídica*".

Considera-se, portanto, *paradigma* o conjunto das percepções e referências teóricas que constituíram a *Kelsens Weltanschauung* (visão de mundo de Kelsen), seu *hic et nunc*, ou seja, a compreensão científica da realidade no contexto da *Teoria Pura do Direito*; a perspectiva dos seus vetores de racionalidade (epistemológico, psicológico/sociológico e linguístico), enfim, a reunião dos recursos teóricos que instrumentalizaram o *positivismo* em seu objetivo de criar uma *ciência jurídica*, da mesma forma, em J. Habermas[467]: "Tomou-se costume aplicar à história da filosofia o conceito de 'paradigma', oriundo da história da ciência, e dividir as épocas históricas com o auxílio de 'ser', 'consciência' e 'linguagem'".

Sendo assim, os paradigmas filosófico, epistemológico e linguístico do *positivismo* (para esta análise em tela) é contemplado, *in summa, pela razão teórica kantiana* e pelo *positivismo lógico* do WK, que serão estudados na sequência após algumas breves considerações sobre a "objetividade das ciências sociais".

Thomas S. Kuhn, em A Estrutura das Revoluções Científicas. Um paradigma é o conjunto de teorias, técnicas, valores, problemas, metáforas, etc., que compartilham, nesta ou naquela época, os cientistas de uma determinada disciplina: é a «matriz disciplinar» que lhes permite se entender e avançar. É também, e por isso mesmo, o que é transmitido aos alunos, ao mesmo tempo, que lhes permite compreender a ciência do seu tempo, reconhecer-se e trabalhar nela. O estado normal da ciência (a «ciência normal», diz Kuhn) é aquele em que reina um paradigma). COMTE-SPONVILLE, André. Dictionnaire philosophique. Op. Cit. p. 665. *PARADIGMA, término usado por Thomas Kuhn (The Structure of Scientific Revolutions [La estructura de las revoluciones científicas], 1962) para designar a un conjunto de creencias científicas y metafísicas que forman un entramado teórico en el que pueden contrastarse, evaluarse y, en caso de necesidad, revisarse las teorías científicas*. Diccionario Akal de Filosofía. Traducción de Huberto Marraud y Enrique Alonso. Madrid: Akal, 2204, p. 734. Vide também a ideia de "modelo" ou "arquétipo" em Platão. "Mas em tudo, o mais importante é começar pelo princípio, de acordo com a natureza. Deste modo, no que diz respeito a uma imagem e ao seu arquétipo, temos que distinguir o seguinte: os discursos explicam aquilo que é seu congénere. Por isso, os discursos claros, estáveis e invariáveis explicam, com a colaboração do intelecto, o que é estável e fixo - e tanto quanto convém aos discursos serem irrefutáveis e insuperáveis, em nada devem afrouxar esta relação". PLATÃO. Timeu-Crítias. (29b3-5), Op. Cit. p. 96.

[465] KUHN, Thomas Samuel. Op. Cit. p. 220.

[466] MÉTALL, Rudolf Aladár. Hans Kelsen Vida y Obra. Op. Cit. p. 40.

[467] HABERMAS, Jürgen. Pensamentos pós-metafísicos: Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990, p. 21 - 22.

A partir destes referenciais, para responder *como é possível a função criadora de direitos da norma negocial, sem recorrer à ontologia linguística e às instâncias metajurídicas como a psicologia e a metafísica*, o *positivismo kelseniano* será abordado, *cf.* justificado, pelos seus três eixos argumentativos[468]: 1) *epistemológico* (*construtivista*), que trata do fundamento *filosófico-transcendental* da ciência jurídica conforme a *razão teórica kantiana*; 2) *psicológico/sociológico*: que trata da crítica à concepção psicologista, empirista e jusnaturalista do direito e, 3) *Linguístico*: que trata da filosofia *analítico-linguística* do *positivismo lógico* do *Wierner Kreis* para a produção do discurso jurídico objetivo.

[468] "[...] torna-se possível entender as motivações da teoria pura do direito a partir de três vetores de racionalidade: a) uma crítica às concepções psicológicas e sociológicas de ciência do direito; b) a virada lingüística do neopositivismo lógico do Círculo de Viena; e c) a fundação de uma ciência genuinamente jurídica - e por isso pura - do direito". LAZZAROTO SIMIONI, R. Op. Cit. p. 123. "*Kelsen parte de los resultados de las investigaciones de la escuela dogmática alemana e intenta - polemizando con sus predecesores - elevar la jurisprudencia a categoría de saber riguroso*. […] *Kelsen, como Kant, cree que la ciencia crea su objeto y que por tanto el saber jurídico sólo será científico cuando haya conseguido un método exclusivo*". CALSAMIGLIA. Op. Cit. p. 7.

1.1. PARADIGMA LINGUÍSTICO DO POSITIVISMO

> A linguagem somente passa a dominar a cena filosófica a partir do século XIX, como uma reação ao idealismo, seja o transcendental de matriz kantiana, seja o absoluto de inspiração hegeliana, bem como ao empirismo psicologista na esteira de John Stuart Mill. Tal movimento da filosofia contemporânea rumo a uma crítica da linguagem, redundará no nascimento de uma verdadeira "filosofia da linguagem", uma filosofia que tem como concepção básica a análise da linguagem e do processo de significação, seja por uma corrente 'analítica' que estuda a linguagem ideal, ou por uma corrente 'pragmática', que investiga a linguagem ordinária e seu uso efetivo nos diversos contextos cotidianos [...] pela primeira vez no pensamento ocidental, a visão platônica do mundo foi questionada na sua raiz, ou seja, no pressuposto de que existe uma separação, e mesmo uma oposição, entre a realidade "nua" e a representação linguística dessa realidade.
>
> Rachel Nigro[469]

Preliminarmente, cabe relembrar que, embora o *Positivismo jurídico kelseniano* seja chamado, entre outras denominações, de "Escola vienense do direito", não se cofunde com o *Positivismo lógico* do Círculo de Viena, também conhecido no meio acadêmico por *Empirismo Lógico* ou *Neopositivismo*. Contudo, ambas as escolas compartilham símile *paradigmas* de apreensão e explicação científica do mundo. *Cf.* Robert Walter[470]:

> *En este punto conviene aclarar que la Teoría Pura del Derecho, al contrario de lo que frecuentemente se supone, nada tiene que ver con el positivismo filosófico, ni tampoco con el neopositivismo del círculo de Viena próximo a Moritz Schlick. Como se sabe, Schlick rechaza por principio una consideración normativa, lo que Kelsen no podía aceptar* [...] *En el afio 1963 se preguntó a Kelsen sobre sus relaciones con el Neopositivismo del Círculo de Viena y dio en los pontos esenciales la siguiente respuesta.*

Hans Kelsen não frequentou os encontros da *Verein Ernst Mach* (Sociedade Ernst Mach)[471], embora tivesse se formado em direito na mesma *Universität Wien* e desempenhado atividades acadêmicas como professor de 1919 a 1929[472], precisamente o mesmo ano da

---

[469] NIGRO, Rachel. A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. Op. Cit. p. 178.
[470] WALTER, Robert. La doctrina del Derecho de Hans Kelsen. Bogotá: UEC, 2001, p. 42.
[471] Movimento já mencionado no *Estudo preliminar* que culminou no *Wierner Kreis* (Círculo de Viena).
[472] Vide: KELSEN, Hans. autobiografia de Hans Kelsen. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Introdução Matthias Jastaedt. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 79.

publicação da *Wissenschaftliche Weltauffassung: Der Wiener Kreis* (A concepção científica do mundo: O círculo de Viena - 1929), o "registro de nascimento" do *Wierner Kreis* (Círculo de Viena). Havia diversos "Círculos de Viena" simultâneos que dividiam as salas e horários da *Universität*, a propósito, Kelsen frequentou os encontros do *Viennese Psychoanalytical Society* (Sociedade Psicanalítica Vienense), em algumas participações debateu ao lado de Sigmund Freud (1856 - 1939), *cf.* Ricardo Borrmann[473]: "[…]*Kelsen was invited to hold a conference at the Psychoanalytical Society, apparently by Freud himself*". ([...]Kelsen foi convidado a realizar uma conferência na Sociedade Psicanalítica, aparentemente pelo próprio Freud), mas para resistir a tentativa de Freud em fundamentar o direito pela psicologia, ao mesmo tempo que aponta as contribuições dos encontros com Freud na construção da *Teoria Pura do Direito*, rendendo uma obra dedicada ao tema, intitulada *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse* (O Conceito de Estado e a Psicologia Social. Com consideração especial da teoria da multidão de Freud - 1922). Como observa Ricardo Borrmann[474]: "*Freud's thinking definitely contributed to the construction of Kelsen's legal philosophy, particularly in his deconstruction of the duality between State and Law, which is a key element in the construction of the Kelsenian State concept and a basis of his further Pure Theory of Law theory*". (O pensamento de Freud contribuiu definitivamente para a construção da filosofia jurídica de Kelsen, particularmente em sua desconstrução da dualidade entre Estado e Direito, que é um elemento-chave na construção do conceito de Estado Kelseniano e uma base de sua teoria posterior da Teoria Pura do Direito). Friedrich Stadler também anota que[475]: "*Bereits vor dem Ersten Weltkrieg wurde ab 1907 in dem Zirkel um Philipp Frank, Otto Neurath und Hans Hahn im Anschluss an Mach über die Wissenschaftlichkeit der Philosophie, speziell über eine Synthese von Empirismus und Konventionalismus (Duhem, Poincaré, Brentano, Meinung, Husserl, Helmholtz, Freud), diskutiert*". (Mesmo antes da Primeira Guerra Mundial, a partir de 1907, o círculo em torno de Philipp Frank, Otto Neurath e Hans Hahn discutiu a ciência da filosofia, especialmente sobre uma síntese de empirismo e convencionalismo (Duhem, Poincaré, Brentano, Meinong, Husserl, Helmholtz, Freud). Contudo, Robert Walter conclui [476]: "*Bermerkenswert erscheint es jedoch,*

[473] BORMANN, Ricardo. Law and psychoanalysis: close intertwining between Hans Kelsen and Sigmund Freud. Justiça do direito v. 35, n. 1, p. 6-35, Jan./Abr. 2021, p. 14. Disponível em: https:// seer. upf. br/ index.php/rjd/article/view/12543 Acesso em 12/10/2024.
[474] Loc. Cit.
[475] STLADER, Friedrich. Prolog: Zum Aufstieg der wissenschaftlichen Philosophie im Überblick Friedrich Stadler, Wesen nnd Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Wien: Springer, p. XIX.
[476] WALTER, Robert. Hans Kelsens Rechtslehre. Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1999, p. 18.

daß eine relevante wissenschaftli che Beziehung zu den wissenschaftlichen Strömungen der damaligen Zeit nicht besteht. Zwar gibt es einen gewissen Kontakt zwischen Kel sen und Freud, doch hat dieser - ungeachtet der persönlichen Bezie hung - wissenschaftlich bescheidene Auswirkungen". (Parece digno de nota, no entanto, que não há relação científica relevante com as correntes científicas da época. Embora haja algum contato entre Kelsen e Freud, isso teve um efeito cientificamente modesto, independentemente da relação pessoal).

Como ainda será estudado, em geral, o movimento filosófico do *Wierner Kreis*[477] foi herdeiro do *neokantismo*, da *filosofia analítica fregeana* e do cientificismo antimetafísico, aliás, no início do século XX o neopositivismo já era predominante na Europa e seus referenciais teóricos mais conhecidos são o *Principia Mathematica* (Whitehead/Russell), a *Filosofia do atomismo lógico* de Bertrand Russell e o *Tractatus Logico-Philosophicus* de Ludwig Wittgenstein.), bem como Hans Kelsen (um teórico do direito).

Eis aí, o ambiente acadêmico que Hans Kelsen desenvolveu sua *Teoria pura do direito*[478], o "ar que se respirava" nas universidades alemãs era do *Empirismo lógico* e da *antimetafísica* destes filósofos da ciência, de acordo com o então professor da *Universität Wien* (até 1952), Victor Kraft (1880 - 1975)[479]: "*Er ist wohl die wichtigste ernstzunehmende Erscheinung in der Philosophie der Zwischenzeit zwischen den beiden*

---

[477] Atualmente: "*The Institute Vienna Circle (IVC) is part of the Faculty of Philosophy and Education. The IVC stands in the tradition of the historical 'Vienna Circle'. In this sense, the IVC supports philosophical research projects that respond critically and constructively to issues arising in the individual sciences*". (O *Institute Vienna Circle* (IVC) faz parte da Faculdade de Filosofia e Educação. O IVC está na tradição do histórico "Vienna Circle". Nesse sentido, o IVC apoia projetos de pesquisa filosófica que respondem de forma crítica e construtiva a questões que surgem nas ciências individuais). In.: UNIVERSITÄT WIEN. Disponível em: https: // philbild. univie. ac. at/en/about-us/departments/institute-vienna-circle/ Acesso em 04/10/2024. Sobre o trágico fim do *Wierner Kreis*, vide o resumo: "*Viena, 1934: guerra civil en Austria. Los socialdemócratas, aplastados. Neurath escapa al exilio neerlandés. La Sociedad Ernst Mach, disuelta por la policía. El Círculo de Viena apenas se tolera en Viena. La cátedra de Hahn, abolida tras la muerte prematura de un matemático. Fracasa el golpe de Estado nazi. El Círculo de Viena se desgasta. Se dan debates tensos sobre enunciados protocolares. Schlick y Neurath se lanzan feas acusaciones. El Círculo se divide por culpa de Wittgenstein. Gödel cae presa de problemas mentales. Tarski y Turing se encargan de recoger el testigo de su trabajo. 1936: el acosador de Schlick lo mata a tiros. La prensa culpa a la víctima. 1937: los pensadores vieneses, pensando en la que les viene encima, se disgregan. Menger emigra a los Estados Unidos; Waismann, al Reino Unido, y Popper, a la remota Nueva Zelanda*". SIGMUND, Karl. El sueño del Círculo de Viena. Barcelona: Shackleton Books, 2027, p. 313.

[478] "Tres elementos importantes influyen en su obra y determinan en Kelsen su concepción excluyente de un Derecho Natural o de la idea de una justicia absoluta: el positivismo científico, el idealismo trascendental de Kant y la nueva versión de este último pensamiento a través de la filosofía neokantiana, especialmente en la obra de los filósofos de Marburgo, Cohén y Natorp". AYALA, Ricardo Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1965. Disponível em: http: // www. ulpiano. org. ve/ revistas/ bases/ artic/ texto/ RDUCV/ 30/ rucv_1964_30_55-78.pdf Acesso em 31/10/2024. p. 56.

[479] KRAFT, Victor. Der Wiener Kreis Der Ursprung des Neopositivismus Ein Kapitel der jüngsten Philosophiegeschichte. Wien: Springer-Verlag, 1950, p. III.

Weltkriegen". (Ele é provavelmente o fenômeno sério mais importante na filosofia do intervalo entre as duas guerras mundiais).

A propósito, Alfred Jules Ayer observa que a partir destes filósofos da *linguagem* que se dedicaram à *lógica-matemática*, o significado do Círculo de Viena[480]: "[...] *se ha extendido hasta abarcar a otras formas de la filosofía analítica; de esta manera, los discípulos de Bertrand Russell, G. E. Moore o Ludwig Wittgenstein en Cambridge, o los miembros del movimiento contemporáneo de Oxford sobre análisis lingüísticos, pueden hallarse caracterizados también como positivistas lógicos*". Bem como em Luis Alberto Warat[481]: Tradicionalmente sustenta-se que Kelsen sofre influência de uma dupla fonte de inspiração em suas ideias metodológicas vertebrais: Kant e o positivismo científico, respectivamente redefinidos pelo neokantismo e o positivismo lógico. A fusão de algumas ideias do kantismo com outras do positivismo determinou um processo dialético entre ambas as posturas, cuja síntese é a teoria pura do Direito".

*
* *

Um aparte sobre o termo "*neopositivismo lógico*":

O significado do termo "lógico" do *Empirismo lógico* ou *Neopositivismo lógico*, tem origem, sobretudo, no esforço do *neokantiano* Gottlob Frege, fundador da *Filosofia analítica e da Lógica Moderna,* em sua cruzada epistemológica e *antipsicologista* contra o *romantismo* e o *idealismo alemão*, um movimento revisionista da filosofia de Kant iniciados por Fichte, Hegel e Schelling.

O tema sobre o embate entre neokantianos e idealistas será cuidadosamente estudado adiante, mas, provisoriamente, para apenas compreender a expressão "*neopositivismo lógico*", vale adiantar que, diferente dos românticos e idealistas, Frege defendia que os princípios fundantes da cognição devem ser reduzidos à *lógica-matemática*, posicionamento que reverbera em Hans Kelsen e na sua abordagem formalista e cientificista do direito, influência

[480] AYER, Alfred Jules. Historia del movimiento del positivismo lógico. Introduccíon del compilador. In.: Positivismo lógico. Trad. de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel. (org) A. J. Ayer. México: Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 9.
[481] WARAT, L. A. Introdução geral ao direito II – Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 131.

determinante também na concepção da *filosofia analítica* do *Wierner Kreis* e na *Linguistic turn* (Virada linguística) como superação da *Sprachontologie* (ontologia da linguagem).

O termo "lógico" na *epistemologia fregeana* (incorporado pelo *neopositivismo lógico*), remete à ideia de que o conhecimento científico não é um fenômeno *psíquico* nem *estético* (no sentido de uma *aisthésis* - da indissociabilidade entre *razão* e *natureza*), como sugerido pela interpretação dos românticos e idealistas contra a separação dicotômica entre o *a priori* e o a *posteriori kantiano* como condições da experiência humana, mas, de outro modo, diferente da interpretação romântica e idealista, para os *neokantianos* o discurso sobre o fundamento da ciência é de natureza filosófica. Em outras palavras, a regressão de todo o conhecimento científico para Frege convergiria não em um fenômeno psíquico ou estético, mas em princípios fundantes da própria lógica-matemática. Aliás, a lógica desde o *Ὄργανον* (Organon) aristotélico sempre foi um ramo da filosofia, logo, cabe à filosofia e não a psicologia, a prerrogativa de discorrer sobre os fundamentos do conhecimento científico.

Em poucas palavras, Friedrich Waismann explica esta ideia[482]: "*Frege, considering the formalist view on the nature of mathematics, i.e. the view according to which mathematics is nothing but a manipulating of symbols in accordance with arbitrarily chosen rules - a sort of a game with ink-marks on paper instead of chessmen on a board* […]". (Frege, considerando a visão formalista sobre a natureza da matemática, ou seja, a visão segundo a qual a matemática nada mais é do que uma manipulação de símbolos de acordo com regras escolhidas arbitrariamente - uma espécie de jogo com marcas de tinta no papel em vez de peças de xadrez em um tabuleiro). O termo "*neo*" de *neopositivismo*, tem origem provável na filosofia do francês Henri Bergson (1859 - 1941), na defesa do *Intuicionismo* contra o *determinismo empírico* de Augusto Comte (1798 - 1857).

Em conhecida passagem de sua obra *L'evolution creatrice* (Evolução criativa - 1907), diz Bergson que[483]: "*En définitive, l'intelligence, envisagée dans ce qui en paraît être la démarche originelle, est la faculté de fabriquer des objets artificiels, en particulier des outils à faire des outils, et d'en varier indéfiniment la fabrication*". (Em suma, a inteligência, considerada no que parece ser sua abordagem original, é a capacidade de fazer objetos artificiais, em particular ferramentas para fazer ferramentas, e variar sua fabricação indefinidamente); ou seja, ao contrário de Auguste Comte, Bergson entende que não é possível

[482] WAISMANN, Friedrich. The Decline and Fall of Causality. In.: Causality and logical positivism. Vienna circle institute yearbook. Dordrecht/New York: Springer, 2011, p. 189.
[483] BERGSON, Henri. L'evolution creatrice. Quatrième Édition. Paris: Félix Alcan, 1908, p. 151.

um “contato com o real”, pois a “razão” em seu impulso vital, ou, “*élan vital*”, nos termos bergsonianos, apenas cria mecanismos para interagir esteticamente (*intuitivamente*) com uma parte fragmentada e superficial de uma “suposta realidade autônoma ao sujeito” .

Miguel Reale em seu texto “Bergson, ponto de partida”[484], que o considera o maior filósofo francês do século XIX, faz exatamente esta relação entre a *intuição* de Bergson e o *empirismo* de Comte, citando uma expressão conhecida nos estudos bergsonianos, quando a razão cria “*des outils à faire des outils*” (Ferramentas para fazer ferramentas).

Pode-se considerar que este “ponto de partida de Bergson” apontado por Miguel Reale, este “*des outils à faire des outils*”, inspirou o *intuicionismo* de Edmund Husserl, posto que a *Fenomenologia* também é um método de “experiência estética” de interação com o mundo, representado pelo seu lema *Zurück zu den Sachen selbst* (voltar às coisas mesmas), relembrando o lema fenomenológico, método distinto de modelos abstratos ou das categorias lógicas-matemáticas da filosofia analítica do conhecimento.

Assim, o *Positivisme nouveau* - “*novo - neo” positivismo* representa uma contraposição, uma “superação metodológica” do “velho positivismo” sociológico de Augusto Comte, como didaticamente explica Matsui Hisashi[485]:

> *Dans une conférence faite devant les membres de la Société française de philosophie le 2 mai 1901, Henri Bergson (1859-1941) propose un projet de recherche appelé “métaphysique positive”. Cette expression peut sembler contradictoire pour les positivistes qui opposent le "positif” à la métaphysique. Bergson lui-même n’accepterait pas une interprétation qui le rattache à la philosophie positive d’Auguste Comte (1798-1857). Bien qu’il s’intéresse à la classification conçue par ce dernier, il a en effet laissé à titre confidentiel une critique sévère dans un entretien avec Jacques Chevalier. Le projet de “métaphysique positive” pouvait également étonner les membres qui avaient assisté à la séance de la même société le 28 février 1901. Édouard Le Roy (1870-1954), disciple de Bergson, y a donné une conférence provocatrice qu’il a publié le mois suivant sous le titre ‘Un positivisme nouveau’. Ce*

[484] Vide: REALE, Miguel. Bergson, ponto de partida. Disponível em: https:// www. miguelreale. com. br/ artigos/ bergson.htm Acesso em 07/10/2024.

[485] (Em uma palestra proferida aos membros da Sociedade Filosófica Francesa em 2 de maio de 1901, Henri Bergson (1859-1941) propôs um projeto de pesquisa chamado “metafísica positiva”. Essa expressão pode parecer contraditória para os positivistas que opõem o “positivo” à metafísica. O próprio Bergson não aceitaria uma interpretação que o ligasse à filosofia positiva de Auguste Comte (1798-1857). Embora esteja interessado na classificação elaborada por este último, de fato ele deixou uma dura crítica de forma confidencial em uma entrevista com Jacques Chevalier. O projeto de “metafísica positiva” também poderia surpreender os membros que haviam participado da reunião da mesma sociedade em 28 de fevereiro de 1901. Édouard Le Roy (1870-1954), discípulo de Bergson, deu uma palestra provocativa que publicou no mês seguinte sob o título “Um Novo Positivismo”. Este novo positivismo se opõe ao "velho positivismo" proposto por Auguste Comte). HISASHI, M. La “métaphysique positive” de Bergson et la pensée positive en France au 19e siècle. p. 59. Disponível em: https://philosophy-japan.org/wpdata/wp-content/uploads/2017/03/Tetsugaku_Vol1_4.Matsui.pdf Acesso em 04/10/2025.

> *positivisme nouveau s'oppose à 'l'ancien positivisme' proposé par Auguste Comte.*

Contudo, o comentário sobre Bergson não pode avançar sem uma importante advertência! De que ele *não* faz parte do *neopositivismo lógico*, a menção refere-se apenas a que origem do termo "neopositivismo" já se encontrava nos seus escritos filosóficos. A ideia de que *intuição* como pressuposto epistemológico do científico é incompatível com a tradição da *filosofia analítica*, considerando que "intuição" está mais próxima ao instintos do que aos princípios da lógica-matemática, c*f.* Paul Valéry[486], o intuicionismo de Bergson:

> […] *è il vero centro di tutta la sua riflessione filosofica e quella da cui si dipartono tutti gli altri aspetti del suo pensiero. Proprio l'irriducibilità della coscienza alla conoscenza matematico-scientifica e la priorità che viene assegnata all'intuizione immediata di sé stessi nell'introspezione e nel cogliere il mondo esterno, pone la riflessione di Bergson in una visione del tempo alternativa rispetto a quello considerato dalle scienze positive*.

Por desfecho, uma conhecida passagem irônica na obra *The philosophy of Bergson* (A filosofia de Bergson - 1914), Bertrand russell faz uma associação entre o *intuicionismo* de Bergson e o instinto dos animais[487]:

> […] *They are never wholly without each other, but in the main intellect is the misfortune of man, while instinct is seen at its best in ants, bees, and Bergson. The division between intellect and instinct is fundamental in his philosophy, much of which is a kind of Sandford and Merton, with instinct as the good boy and intellect as the bad boy. Instinct at its best is called intuition. 'By intuition', he says, "I mean instinct hat has become disinterested, selfconsciousm capable of reflecting upon its object and of enlarging it indefinitel" (C. E., p. 118). The account of the doings of intellect is not always easy to follow, but if we are to understand Bergson we must do our best.*

---

[486] ([...] é o verdadeiro centro de toda a sua reflexão filosófica e aquele de onde partem todos os outros aspectos de seu pensamento. É precisamente a irredutibilidade da consciência ao conhecimento matemático-científico e a prioridade que se atribui à intuição imediata de si mesmo na introspecção e na apreensão do mundo externo, que coloca a reflexão de Bergson em uma visão alternativa do tempo em relação àquela considerada pelas ciências positivas.). VALÉRY, Paul. Henri Bergson. Editrice Veneta, 2018, p. 30.

[487] ([…] Eles nunca estão totalmente um sem o outro, mas no intelecto principal está o infortúnio do homem, enquanto o instinto é visto no seu melhor nas formigas, nas abelhas e em Bergson. A divisão entre intelecto e instinto é fundamental em sua filosofia, muito da qual é uma espécie de Sandford e Merton, com o instinto como o bom menino e o intelecto como o mau menino. O instinto no seu melhor é chamado de intuição. 'Por intuição', diz ele, 'quero dizer que o instinto se tornou desinteressado, autoconsciente capaz de refletir sobre seu objeto e ampliá-lo indefinidamente' (C. E., p. 118). O relato dos feitos do intelecto nem sempre é fácil de seguir, mas se quisermos entender Bergson, devemos fazer o nosso melhor). RUSSELL, B. The philosophy of Bergson. Glasgow: Jas. MacLehose and Sons, 1914, p. 4.

*
* *

Sempre importante lembrar que a *Teoria pura do direito* de Hans Kelsen incorpora elementos teóricos fundamentais para sua cientificidade, oriundos da *filosofia analítica* e da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) de Hermann Cohen, sem os quais, não seria possível entender a resposta à pergunta: *Como é possível a função criadora de direitos da norma negocial, sem recorrer à ontologia linguística e às instâncias metajurídicas como a psicologia e a metafísica*?

Ressalta-se ainda que Hans Kelsen segue a "linha epistemológica" do *antipsicologismo* e do *anticognitivismo* da *Filosofia analítica* para fundamentar seu projeto científico jurídico. De acordo com Vladimír kubeš[488]: "*, Auch hier knüpft der Marburger Neukantianismus an die Kant'sche Lehre, dass seine Kritik nicht psychologisch interpretiert werden darf an. Der Antipsychologismus bedeutet das Bemühen um die unbedingte Apriori tat der logischen Gesetze, den Widerstand gegen jeden Versuch, die Logik auf die Psychologie oder die zeitlos geltenden logischen Gesetze auf die psychologischen Wirklichkeitsgesetze zurückzuführen*". (Também aqui o neokantismo de Marburg está ligado aos ensinamentos de Kant, que suas críticas não deveriam ser interpretadas psicologicamente. O Antipsicologismo significa lutar por uma prioridade incondicional de leis lógicas, a resistência a toda tentativa de usar a lógica a psicologia ou as leis lógicas eternamente válidas podem ser atribuídas às leis psicológicas da realidade).

Estes dois termos - *antipsicologismo* e *anticognitivismo* - serão estudados adiante.

Embora existam muitas semelhanças entre o *positivismo jurídico* e o *neopositivismo lógico*, sobretudo pelo mútuo caráter *antimetafísico* do ponto de vista epistemológico e linguístico, Kelsen não compartilha todas as ideias e pressupostos que envolvem o projeto filosófico do *Wierner Kreis*, notavelmente abrangente, considerando que o Círculo tratava ainda de temas como direito, moral, economia e modelos teóricos para fundamentar modelos teóricos para as humanidades em geral.

[488] KUBEŠ, Vladimír. Hans Kelsens und Franz Weyrs Leben und Werk (Einige Skizzen). Jaromír Tauchen [Hrsg.]. Brno: Masaryk univerSitY, 2024, p. 77.

Conforme a declaração de alguns dos fundadores do *Wierner Kreis*, Hans Hahn, Otto Neurath e Rudolf Carnap[489]:

> O Círculo de Viena acredita cumprir uma exigência do presente [...] trata-se de elaborar instrumentos intelectuais para o quotidiano; para o quotidiano do erudito, mas também para o quotidiano de todos os que de algum modo colaboram na consciente configuração da vida. A intensidade vital, visível nos esforços por uma transformação racional da ordem social e econômica, permeia também o movimento da concepção cientifica do mundo.

Muitos recursos teóricos do *Wierner Kreis* se adequaram ao projeto científico-jurídico de Hans Kelsen, que também rejeita o *status ontológico* da linguagem, quando propõe a construção *semântica* do discurso jurídico a partir da *norma jurídica. Cf.* Clemens Jabloner[490]: "*Die Reine Rechtslehre und den Wiener Kreis verband das Streben nach einer rationalen, empirischen und metaphysikfreien Beschreibung der Welt. Zwischen beiden Schulen stand die Skepsis des Wiener Kreises gegen die Annahme einer eigenständigen Sphäre des Sollens. Für Neurath war Kelsen Daher zwar ein Überwinder theologischer Restbestände in der Staatslehre, aber doch „nicht ganz metaphysikfrei*". (A doutrina jurídica pura e o Círculo de Viena estavam unidos pela busca de um descrição racional, empírica e livre de metafísica do mundo. Entre as duas escolas estava o ceticismo do Círculo de Viena contra a suposição de uma esfera independente do que deveria ser. Kelsen era, portanto, a favor de Neurath, embora seja um superador de resíduos teológicos na teoria política, mas ainda "não totalmente isento de metafísica").

Tal como no *atomismo* de Bertrand Russell, Kelsen considera a *norma* (do direito positivo) uma "*proposição atômica*", embora não use esta terminologia, a ideia está implícita à teoria pura, no momento em que a norma representa a estrutura mínima na qual se reduz o sentido da *juridicidade*, ou, mais precisamente, a partir da qual se produz o sentido do discurso jurídico, sobretudo no plano de sua "apreensão científica", como já dito alhures por L. F. Coelho[491]: "Kelsen internaliza essa cosmovisão, concebendo, nas entrelinhas da teoria pura, que a norma jurídica é o 'átomo' do direito, sua menor partícula

---

[489] HAHN, Hans; NEURATH, Otto, CARNAP, Rudolf. In. A concepção científica do mundo (1929). O Círculo de Viena. Cadernos de História e Filosofia da Ciência 10 (1986), pp. 5-20. p. 9. Disponível em: https://www.cle.unicamp.br/eprints/index.php/cadernos/article/view/1220/1011 Acesso em 25/02/2024.

[490] JABLONER, Clemens. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte. Wien: GmbH, 2012, p. 337.

[491] COELHO, L. F. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. In: PRADO, L. R. Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 52.

irredutível e que o fenômeno jurídico é o aglomerado desses átomos ou partes componentes"; também dizem Renato Treves e Jean-François Perrin, que, para Kelsen[492]: "[...] *le droit n'est pas autre chose que concept, ou mieux ensemble de concepts intellectuels purs qui sont produits par une activité cognitive créatrice d'un droit réduit à un ensemble de propositions juridiques, constitutives de la science du droit*". (O direito nada mais é do que um conceito, ou melhor, um conjunto de conceitos intelectuais puros que são produzidos por uma atividade cognitiva que cria um direito reduzido a um conjunto de proposições jurídicas, constitutivas da ciência do direito).

Neste sentido de um "paradigma linguístico de cunho fiscalista" (*e.g. atomismo lógico*), o discurso científico do *Neopositivismo lógico* produz-se a partir de "unidades analíticas da lógica-matemática", ou, de modo inverso, a ciência se reduz à um princípio unificado da lógica, na terminologia do *Wierner Kreis*, uma *Einheitswissenschat* (ciência unificada). Friedrich Stadler anota que[493]: "*De este modo, mientras que en el empirismo lógico tiene lugar una integración del empirismo y el racionalismo clásicos con ayuda del instrumental de la moderna lógica matemática, con la idea más comprensiva de 'la concepción científica del mundo' se buscaba no sólo la superación de la metafísica, sino también la de la filosofía misma, con el propósito de constituir una ciencia unificada con terminología fisicalista*".

Sobre a *norma jurídica* "ser uma *proposição atômica*" (átomo do direito)[494], ou ainda, uma "*unidade analítica* da *linguagem jurídica*", cabe preliminarmente cabe esclarecer que, segundo Bertrand Russell[495]: "Quando digo que minha lógica é atomista, quero dizer que participo da crença do senso comum de que existem muitas coisas separadas; não considero a aparente multiplicidade do mundo como consistindo simplesmente em etapas ou divisões irreais de uma única realidade indivisível [...] O propósito é que o átomo ao qual quero chegar é o átomo da análise lógica, não o átomo da análise física", aliás, Gregory Landini assegura que[496]: "*Russell's original logical atomism - the logical atomism of his Principia era - is alive and well*". (O atomismo lógico original de Russell - o atomismo lógico da era de sua

[492] TREVES, Renato; Perrin, Jean-François. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennes. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1987_num_7_1_968 Acesso em 05/09/2024. p. 328.
[493] STADLER, Friedrich. El Círculo de Viena. Empirismo lógico, ciencia, cultura y política. Traducción de Luis Felipe Segura Martínez. Primera edición electrónica. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2013, p. 29.
[494] Componente indivisível do direito, *ἄτομος* (*α* + *τέμνω*).
[495] RUSSELL, B. A filosofia do atomismo lógico. In.: Lógica e conhecimento. SP: Abril Cultural, 1974, p. 62.
[496] LANDINI, Gregory. Logical Atomism's Necessity. In.: Elkind, Landon D.C. and Gregory Landini (eds.). The Philosophy of Logical Atomism. A Centenary Reappraisal. Cham: Palgrave Macmillan, 2018, p. 65.

Principia - está vivo e bem). Sendo assim, a *norma jurídica* cumpre a mesma função - *analítico-linguística* - do *átomo lógico* na estruturação de um discurso *jurídico-científico* e *antimetafísico*.

Em resumo, Russell não parte do pressuposto de uma visão ontológica de um "todo" estrutural linguístico pré organizado psiquicamente, conforme as já mencionadas teorias da *Innere Sprachform* de Wilhelm von Humboldt e da *Transformational Generative Grammar* (TGG) de Noam Chomsky, o que enseja uma desconstrução ontológica da linguagem e por consequência na *Linguistic turn* (Virada linguística).

Ora, se a fundamentação do discurso jurídico, no sentido epistemológico, se "reduz" à *norma jurídica*, ou ainda, se o *Direito Positivo* só faz sentido a partir da redutibilidade da *juridicidade* à estrutura indivisível do *átomo do direito* (caso contrário seria um jusnaturalismo), este argumento de Kelsen, como será demonstrado no tópico sobre o "*Antipsicologismo e Filosofia analítica*", se reportará diretamente à *filosofia fregeana*, que reduzia (ou elevava) o conhecimento científico aos princípios da lógica-matemática (analíticos), por isto, o termo "*analítico*" se associa ao *positivismo jurídico kelseniano*.

Deve-se lembrar que a proposta de uma "teoria científica do direito" (ou de qualquer área com pretensão de cientificidade), deve-se ancorar em princípios da inteligibilidade e da epistemologia filosófica (não psicológica), o conhecimento jurídico não faz parte das percepções, do campo da opinião ou dos valores culturais, ao contrário, o esforço metodológico diz respeito ao estabelecimento de procedimentos objetivos do fenômeno jurídico. Uma vez estabelecida esta separação, delega-se ao campo da formação e aplicação do direito, os conteúdos políticos, valores culturais e toda sorte de opinião das autoridades judiciais.

Nota-se que, tal como o *princípio der Kausalität* (causalidade) ou *lei da natureza*, estabelece uma conexão entre dois eventos separados, *e.g*. o aquecimento de um metal (ΔT) e sua dilatação volumétrica (VO) obedecem a um coeficiente fixo (γ), *i.e*., ($\Delta V = VO \cdot \gamma \cdot \Delta T$)[497], a *norma jurídica* também estabelece uma relação lógica de *imputação* (*das Sollen der Zurechnung*) entre *antecedente* e *consequente lógico* (ou seja, hipótese de incidência e sanção ($H \rightarrow S$), para constituir o liame intrassistêmico da ordem jurídica universal, bem como o sentido científico de seu discurso. *Cf.* Kelsen[498]: "É pela natureza do laço que une a hipótese e a consequência que a lei jurídica - a regra de direito - diferem essencialmente, da lei natural: este laço não é necessariamente causal (*das Müssen der Kausalität*), mas a necessidade

[497] Fórmula da dilatação volumétrica, onde, ΔV = variação de volume; VO = volume inicial do corpo; γ = coeficiente de dilatação e, ΔT = variação térmica.
[498] ASL: 26

normativa (*das Sollen der Zurechnung*). Se chamarmos *imputação* à relação que a regra jurídica estabelece entre dois factos, a imputação é, na esfera do sistema chamado Estado ou direito, homóloga ao princípio de causalidade no sistema da natureza". Em artigo específico sobre "causalidade e imputação", Kelsen acrescenta[499]: "*A este enlace entre delito y sanción expresado mediante el término 'debe' es a lo que he propuesto denominar* '*imputación*'. *En modo alguno se introduce así una palabra nueva en una disciplina, pues esta disciplina opera ya desde muy antiguo con el concepto de* '*imputabilidad*'.Se o *princípio da causalidade* determina a relação mecânica e necessária entre os elementos da natureza tramando o tecido de sua racionalidade, o *princípio da imputação* (vincular significados jurídicos ao fato - *Tatbestand*), trama a racionalidade da experiência e o sentido do discurso jurídico, pela qual, a *norma* é o objeto da ciência do direito.

Cf. explica José A. Sedín Mateos[500]:

> *Las leyes del acontecer natural tienen la forma de enunciados hipotéticos que responden as esquema: 'si A es, entonces es (o será) B', donde A es una causa y B un efecto. Em este caso, el nexo que vincula la condición con una consecuencia expresa una relación causal. Desde el punto de vista lógico, las normas jurídicas son también enunciados hipotéticos que conectan un fenómeno o situación social – que opera como condición - con una consecuencia prevista o estipulada por el derecho.*

Sobre causalidade e imputação, a contribuição do jurista brasileiro Lourival Vilanova é fundametnal (1915 - 2001)[501]:

> Por leis causais, ou outras leis empíricas, ora se entendem as relações que estão compondo o real mesmo, ora a formulação, em textura de linguagem, dos enunciados ou proposições que procuram reconstruir conceptualmente aquelas leis que se encontram na realidade. Digamos, leis de nível n' e leis de nível n". As leis de nível n", as que estão no plano da ciência, articulam-se, no interior do sistema científico, consoante relações lógicas (pois são enunciados ou proposições com valor veritativo) e orientam-se gnoseologicamente pela verificação positiva com os fatos. Só atendendo a esses dois requisitos, obtém o sistema a validez lógico-formal e a validez sintético-material (a coerência interna e a concordância externa com o sistema dos fatos).

[499] KELSEN, Hans. Causalidad y imputación. Op. Cit. p. 6 - 7.
[500] SEDÍN MATEOS, José Antonio. La filosofia moral de Hans Kelsen. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 105.
[501] VILANOVA, L. Relação e causalidade no direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000, p. 36-37.

Segundo L. A. Warat, para estipular o valor de verdade da linguagem descritiva da *teoria pura do direito* de Kelsen[502]:

> [...] a validade é vista como uma relação entre norma e critério de validade. [...] Nesta perspectiva, a norma tem sentido e é válida quando existe uma relação de concordância entre a norma e o critério de validade [...] É preciso também lembrar que o critério de sentido é sempre uma proposta metalinguística, pela qual a validade de uma norma (que pertence a uma linguagem-objeto) surge da relação entre a referida linguagem objeto e a instância metalinguística que opera como sua condição de sentido.

Cabe advertir que há uma importante separação do empirismo lógico e positivismo jurídico, considerando que o objeto da ciência normativa kelseniana não é um dado empírico, como fatos sociais, a verdade (científica) do direito não é resultado da linguagem descritiva de acontecimentos e fatos empíricos. A análise do fenômeno social não é de interesse da ciência jurídica, apenas a conduta humana quando prevista por uma norma jurídica válida.

A interpretação da realidade social está à margem das categorias cognoscíveis do direito, como será estudado, o fenômeno das relações humanas - quando o comportamento está interligado ao direito - pertence ao campo da *sociologia jurídica*, não da *teoria pura do direito*.

Neste sentido, Clemens Jabloner observa que[503]:

> *It should first be noted that there was an unbridgeable rift between neopositivism and the Pure Theory of Law: Kelsen founded legal science as a 'normativist' science that deals with 'objectively' valid law. Here (objective) 'validity' is understood as the specific existence of legal norms. According to the Pure Theory there can be no doubt that legal norms - which belong to the realm of 'ought' - are not to be found in reality by empirical means. However, a mental operation, the assumption of the 'basic norm', makes it possible to describe legal norms as special kinds of 'realities'. In connection with law, 'positivism' implies a limitation to a regularly effective system of orders created by humans.*

---

[502] WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, Op. Cit. p, 43 (Nota 13).

[503] (Note-se, em primeiro lugar, que havia uma ruptura intransponível entre o neopositivismo e a Teoria Pura do Direito: Kelsen fundou a ciência jurídica como uma ciência 'normativista' que lida com o direito 'objetivamente' válido. Aqui a 'validade' (objetiva) é entendida como a existência específica de normas jurídicas. De acordo com a Teoria Pura, não há dúvida de que as normas jurídicas - que pertencem ao domínio do "dever" - não se encontram na realidade por meios empíricos. No entanto, uma operação mental, a assunção da 'norma básica', permite descrever as normas jurídicas como tipos especiais de 'realidades'. Em conexão com o direito, o 'positivismo' implica uma limitação a um sistema regularmente eficaz de ordens criadas pelos seres humanos). JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. European Journal of International Law 9 (1998). 368-385, p. 379. Disponível em: https://doi.org/10.1093/ejil/9.2.368 Acessso em 20/06/2024.

A *juridicidade*, portanto, não é um fenômeno natural passível de ser percebido pelos sentidos, nem flutua abstratamente aguardando ser capturada pela linguagem, ao contrário, a *lógica jurídica*, reduzida ao seu *átomo linguístico* e alinhada a *filosofia analítica*, igualam a realidade da norma a sua validação formal, ou seja, a *existência* do direito equivale a sua *validade*, *cf.* Kelsen[504]: "Quando se diz: 'uma norma vale', admite-se essa norma como existente. 'Validade' é a específica existência da norma, que precisa ser distinguida da existência de fatos naturais, e especialmente da existência dos fatos pelos quais ela é produzida". Robert Walter ainda anota que[505]: "A Teoria Pura do direito está assim, inteiramente consciente de que a *validade das normas* - ou seja, sua *existência específica no mundo do dever-ser* - requer uma fundamentação. Para isso serve a *teoria da norma fundamental*".

É possível afirmar, então, que Hans Kelsen inaugura uma *nova categoria do conhecimento* exclusiva da "cognição jurídica": "a *causalidade por imputação*". Com efeito, diz Eduardo Bittar[506]: "Para o positivismo kelseniano, a norma jurídica é o alfa (a) e o ômega (W) do sistema normativo, ou seja, o princípio e o fim de todo o sistema".

Neste sentido, Albert Calsamiglia ensina que[507]: "*El principio de imputación permite purificar a la ciencia del derecho de todo fenómeno físico* […] *Con esta primera purificación Kelsen, siguiendo a Kant, insiste en la distinción fundamental entre ser y deber ser y señala que la única posibilidad de elaborar una teoría jurídico normativa de carácter científico es aceptar este dualismo y atenerse a él*", como em A. Graça Neto[508]: "Este esquema de correspondência biunívoca, que faz derivar o valor verdade de cada proposição atômica da ciência jurídica a partir de uma 'norma atômica' que lhe dá suporte, certamente assegura a consistência lógica do saber jurídico em nível micro-estrutural"; em Zhiron Khujadze[509]: "*The science of law, i.e. cognition of the law, like every cognition, creates its object to the degree that it comprehends the object as a meaningful whole. Just as the chaos of sensual perceptions turns into an ordered unified system, i.e. "nature", as a result of its cognition by the natural*

---

[504] ATN: 3-4.
[505] WLATER, Robert. Op. Cit. p. 23
[506] BITTAR, Eduardo Carlos B. A Justiça Kelseniana. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 96, p. 541-563, 2001. p. 544. Disponível em: https:// www. revistas. usp.br / rfdusp/ article/ view/67517. Acesso em 18/10/2024.
[507] CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978, p. 91.
[508] GRAÇA NETO, Antônio. Kelsen e Wittgenstein: As interfaces da lógica. In.: Sequência: Estudos jurídicos e políticos. V. 17 n. 32 (1996). p. 120.
[509] KHUJADZE, Zhiron. Hans Kelsen's Basic Norm: Transition from the Transcendental-Logical. Condition to a Fiction. Journal of Law, No2, 2022. p. 11. Disponível em: https:// jlaw. tsu. ge/ index. php/ JLaw/ article/view/7014 Acesso em: 17/10/2024.

science, so the multitude of general and individual legal norms "becomes" a legal order by the science of law". (A ciência do direito, ou seja, a cognição da lei, como toda cognição, cria seu objeto na medida em que compreende o objeto como um todo significativo. Assim como o caos das percepções sensuais se transforma em um sistema unificado ordenado, ou seja, "natureza", como resultado de sua cognição pela ciência natural, a multidão de normas legais gerais e individuais "se torna" uma ordem legal pela ciência do direito).

Enfim, sobre a causalidade por imputação, Zhiron Khujadze ainda escreve que[510]:

> *Society, as an object of science, represents a normative order of human behavior and it must be based on some principle (in Kelsen's opinion, this principle does not as yet have its own name in science), which Kelsen calls the principle of "normative imputation", which just as causality connects a cause to an effect, also provides the possibility of connecting two elements, that sounds as: "If x, then the coercive act y ought to be executed" (it shares the feature of "causality" as of a Kantian category).*

A pergunta sobre o *fundamento da validade do direito*, *i.e*., a busca pela "legitimidade do direito em elementos *metajurídicos*" - vai além das fronteiras da categoria fundamental da *cognição jurídica* - pois o direito é autorreferencial e epistemologicamente capaz de constituir o próprio objeto pelo *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito), o contrário, "*buscar juridicidade*" como fundamento da sua validade é um argumento jusnaturalista, são proposições sem sentido, para usar da terminologia do *neopositivismo lógico.*

Trata-se de uma categoria cognitiva distinta da *causalidade* à qual Kant se dedica na *Metaphysische der Natur* (metafisica da natureza) e da *liberdade* como "causa livre" da *Metaphysik der Sitten* (metafísica dos costumes), no entanto, considerando o propósito científico do positivismo, Kelsen não prescinde da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) originária da Crítica da razão pura para fundamentar a *produção* do conhecimento *jurídico puro e objetivo*, mas à luz da interpretação de Hermann Cohen.

A "*causalidade por imputação*" pode ser considerada a "categoria epistemológica primordial da cognição jurídico-científica", com efeito, a *norma* sendo a *unidade analítica* - o *ἄτομος* (*α* + *τέμνω*) indivisível do direito - na qual se reduz a *juridicidade* e o *sentido jurídico*

[510] (A sociedade, como objeto da ciência, representa uma ordem normativa do comportamento humano e deve ser baseada em algum princípio (na opinião de Kelsen, esse princípio ainda não tem nome próprio na ciência), que Kelsen chama de princípio da "imputação normativa", que assim como a causalidade conecta uma causa a um efeito, também oferece a possibilidade de conectar dois elementos, que soa como: "Se x, então o ato coercitivo y deve ser executado" (ele compartilha a característica de "causalidade" como de uma categoria kantiana). KHUJADZE, Zhiron. Hans Kelsen's Basic Norm: Transition from the Transcendental-Logical. p. 08. Disponível em: https:// jlaw. tsu. ge/ index.php/JLaw/article/view/7014 Acesso em: 17/10/2024.

do discurso, torna-se, reflexamente, *objeto da ciência do direito*, assim como a *causalidade natural* é objeto das ciências empíricas e a *liberdade* (*causa livre*) objeto da *razão prática*.

Como será visto no próximo tópico sobre a "objetividade das ciências sociais", uma das condições de possibilidade da objetividade do conhecimento, ainda que tratando da "irracionalidade do fenômeno social"[511], reside em alguma *forma de causalidade*, não necessariamente de uma causalidade mecânica da natureza, o que remeteria a um tipo de *jusnaturalismo cosmológico*, por isso a necessidade de se esvaziar a linguagem jurídica de resíduos empíricos e metafísicos através do *positivismo lógico* e sua *filosofia analítica*. Como diz Luis Alberto Warat na obra *O direito e sua linguagem*[512]: "[...] Positivismo Lógico realça o rigor discursivo como o paradigma da ciência, ou seja, a produção de um discurso científico requer uma análise preliminar em termos de linguagem. Em outras palavras, onde não há rigor linguístico não há ciência. Fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo: é elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural".

Em *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (Natureza e desenvolvimento da jurisdição estadual - 1929), diz Kelsen[513]: "*Die Berufung auf das „Irrationale" aber kann ich im Bereiche wissenschaftlicher Erkenntnis, die ihrem Wesen nach auf Rationalisierung des Erkenntnisobjektes gerichtet ist, nicht gelten lassen. Das ist Metaphysik und gehört in die Theologie*". (Mas não posso aceitar o apelo ao "irracional" na esfera do conhecimento científico, que por sua própria natureza visa racionalizar o objeto do conhecimento. Isso é metafísica e pertence à teologia).

Aliás, vale recordar que Hans Kelsen ao tratar sobre *Vergeltung und Kausalität* (Imputação e causalidade) do direito na obra: *Was ist Gerechtigkeit?* (*What is Justice?* - 1953/1957), já percebia a necessidade de superar o princípio mecânico da natureza desde os avanços da física quântica em Heisenberg[514]:

> *This is the "principle of uncertainty'' which was discovered and formulated by Heisenberg. If one assumes predictability as the criterion of causality, as*

[511] Max Weber diz que a realidade social: "[...] é em-si infinita e irracional". TRINDADE, Lucas S. Max Weber e a Formação Conceitual do Capitalismo. Recife: UFPE, 2016, p. 32-33.
[512] WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Op. Cit. p. 37.
[513] KELSEN, Hans. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit: Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte. Berlin: W. de Gruyter, 1929, p. 118.
[514] (Este é o "princípio da incerteza" que foi descoberto e formulado por Heisenberg. Se assumirmos a previsibilidade como critério de causalidade, como é feito na filosofia natural moderna, e explicarmos um evento como causalmente determinado quando ele pode ser previsto com segurança, não há, de acordo com uma interpretação sugerida por certos físicos e filósofos, nenhuma causalidade na esfera da mecânica quântica, ou, pelo menos, a causalidade não pode ser provada mesmo quando é "objetivamente" dada). WIJ: 319.

> *is done in modern natural philosophy, and explains an event as causally determined when it can be safely predicted, there is, according to an interpretation suggested by certain physicists and philosophers no causality in the sphere of quantum mechanics, or, at least, causality cannot be proved even when it is "objectively" given.*

Isto posto, a "realidade existencial" da *norma jurídica* equivale, para a *ciência jurídica*, a sua *validade*, posto que não é um dado da *natureza*, do *cosmos*, da *ontologia* ou da *vontade divina*, conforme observa Clemens Jabloner[515]:

> *Kelsen founded legal science as a 'normativist' science that deals with 'objectively' valid law. Here (objective) 'validity' is understood as the specific existence of legal norms. According to the Pure Theory there can be no doubt that legal norms - which belong to the realm of 'ought' - are not to be found in reality by empirical means. However, a mental operation, the assumption of the 'basic norm'. makes it possible to describe legal norms as special kinds of 'realities. In connection with law, 'positivism' implies a limitation to a regularly elective system of orders created by humans.*

Os ordenamentos *jusnaturalistas*, de modo inverso, vinculam pela via de uma *junção conceitual,* seja de conceitos empíricos ou valores de justiça psicologizados - logo, *sintéticos* e *não analíticos*[516] - algum tipo de relação de conteúdo entre *ser* e *dever-ser*, *cf.* José Lamengo[517]: "A estrutura expositiva e argumentativa de Fundamento do Direito Natural segundo os Princípios da Doutrina da Ciência baseia-se no método 'sintético' de demonstração".

Como será visto adiante, a via *analítica* do *método transcendental coheniano,* utilizado por Kelsen, não *sintetiza* conteúdos e, "*síntese*" é uma junção extensiva de conceitos, *i.e*., associa-se o conteúdo do predicado ao sujeito, no caso kantiano, por *dedução transcendental*.

Sobre esta relação epistemológica - *antimetafísica* e *linguística* - entre o *positivismo jurídico* e a *filosofia analítica* do *neopositivismo lógico*, cabe a advertência de Antonio Graça Neto, quando[518]: "[...] permite-nos afirmar a existência de uma sintonia entre as grandes linhas

---

[515] (Kelsen fundou a ciência jurídica como uma ciência 'normativista' que lida com leis 'objetivamente' válidas. Aqui, 'validade' (objetiva) é entendida como a existência específica de normas jurídicas. De acordo com a Teoria Pura, não pode haver dúvidas de que normas jurídicas - que pertencem ao reino do 'dever' - não devem ser encontradas na realidade por meios empíricos. No entanto, uma operação mental, a suposição da 'norma básica', torna possível descrever normas jurídicas como tipos especiais de 'realidades'. Em conexão com a lei, 'positivismo' implica uma limitação a um sistema regularmente eletivo de ordens criado por humanos.). JABLONER, Clemens: Kelsen and his Circle. p. 378. Disponível em: https://doi.org/10.1093/ejil/9.2.368 Acesso em 11/07/2024, p. 378.

[516] Por princípio, "Toda língua é um método analítico, e todo método analítico é uma língua". CONDILLAC, É. B. de. A língua dos cálculos. São Paulo: Abril Cultural e industrial, 1973. p. 143.

[517] LAMENGO, José. Apresentação. In.: FICHTE, John Gottlieb. O Fundamento do Direito Natural segundo os Princípios da Doutrina da Ciência.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. XIII.

[518] GRAÇA NETO, Antônio. Kelsen e Wittgenstein: As interfaces da lógica. In.: Sequência: Estudos jurídicos e políticos. V. 17 n. 32 (1996), p. 117.

filosóficas de Kelsen, do Círculo de Viena e do Wittgenstein do '*Tractatus*'. Entretanto, é bom salientar: a coincidência está no nível programático, dos grandes objetivos epistemológicos. Num plano mais operacional, são muito consideráveis as diferenças procedimentais entre Kelsen e o positivismo lógico [...] Curiosamente temos aqui um ponto que parece unir Kelsen ao Wittgenstein do '*Tractatus*': a ideia de que o discurso da ciência era composto de pequeninos tijolos isolados (as proposições atômicas) e não de segmentos textuais extensos".

A referência mais significativa sobre a relação entre *positivismo* e *neopositivismo* (ou *Empirismo lógico*) é a resposta que o próprio Kelsen deu a Henk L. Mulder, em carta enviada em 05/05/1963, reproduzida por Clemens Jabloner no texto "*Kelsen and his Circle: The Viennese Years*"[519]: "*The Vienna Circle, which thrived in the interwar years, actively sought to found philosophy on the basis of Logical Empiricism. Its influence was far-reaching and represents - with its numerous ramifications - an exceptional Austrian contribution to intellectual life in the twentieth century* […] *It seems natural to link the legal positivism of the Pure Theory of Law with the Vienna Circle's neopositivism. But let us first hear what Kelsen had to say on the matter*"; (O Círculo de Viena, que prosperou nos anos entre guerras, procurou ativamente fundar a filosofia com base no Empirismo Lógico. A sua influência foi de longo alcance e representa - com as suas numerosas ramificações - uma contribuição austríaca excepcional para a vida intelectual do século XX [...] Parece natural vincular o positivismo jurídico da Teoria Pura do Direito ao neopositivismo do Círculo de Viena. Mas vamos primeiro ouvir o que Kelsen tinha a dizer sobre o assunto [...]).

A resposta de Hans Kelsen[520]:

> *In response to your letter of March 31,1 would like to Inform you that I did not belong to the so-called 'Vienna Circle' In the stricter sense of the word. I had personal contacts with this circle through my acquaintance with Prof. Schlick, Dr. Otto Neurath, Prof. Phillipp Frank and Prof. Victor Kraft What connected me to the philosophy of this circle - without being Influenced by It - was Its antimetaphyslcal thrust. From the very beginning I rejected the moral philosophy of this circle - as is formulated in Schlick's 'Issues of Ethics'. However, the writings by Phillipp Frank and Hans Relchenbach on causality did influence my view of this issue.*

[519] JABLONER, Clemens: Kelsen and his Circle: The Viennese Years. Op. Cit. p. 378.

[520] (Em resposta à sua carta de 31 de março, gostaria de informar que não pertenço ao chamado "Círculo de Viena", no sentido mais estrito da palavra. Tive contatos pessoais com este círculo através de meu conhecimento com o Prof. Schlick, Dr. Otto Neurath, Prof. Phillipp Frank e Prof. Victor Kraft, o que me conectou à filosofia deste círculo - sem ser influenciado por ela - foi seu impulso antimetafísico. Desde o início rejeitei a filosofia moral deste círculo - como é formulada em 'Questões de Ética'. Contudo, os escritos de Phillipp Frank e Hans Relchenbach sobre causalidade influenciaram a minha visão desta questão). Loc. Cit.

Importante destacar desta nota que, entre o *neopositivismo* e o *positivismo jurídico* há pontos de contato no âmbito da ciência e de distanciamento no campo dos valores.

Entre os pontos em comum, destacam-se: o mesmo espírito antimetafísico e cientificista, o paradigma linguístico da filosofia analítica e a visão relativista sobre o problema da causalidade, o que refletirá no "relativismo moral" de Kelsen quando excluiu qualquer consideração sobre a possibilidade da existência de valores morais e de justiça absolutos e universais. Em relação ao paradigma linguístico, deve-se recordar que os neopositivistas, dedicados em abordar as questões científicas por categorias filosóficas do conhecimento, sobretudo pela lógica-matemática, testemunhavam a física teórica de Einstein romper o "relógio newtoniano" - *Clouds and clocks* (*Nuvens e relógios*) para relembrar de Karl Popper - logo, a linguagem precisa ser repensada.

Um exemplo desta "preocupação neopositivista" de relacionar filosofia e ciência, está na obra de Bertand Russel *The A B C of Relativity* (ABC da Relatividade - 1925)[521]: "Todos sabem que Einstein fez algo surpreendente, mas são poucos os que conhecem exatamente o que ele fez. É geralmente reconhecido que ele revolucionou a nossa concepção do mundo físico, mas os novos conceitos estão envoltos de no tecnicismo da Matemática [...] Muitas das novas ideias podem ser expressadas em linguagem não-matemática, mas nem assim deixam de ser difíceis. O que se faz necessário é uma alteração do nosso quadro imaginário do mundo [...]". Bertrand Russel conclui que, superadas "as linhas retas de Euclides"[522]: "As proposições que eram provadas pelo raciocínio tornaram-se agora convenções [...]"; claramente uma alusão ao novo paradigma linguístico da filosofia analítica e prenúncio da *Linguistic turn*, contexto da construção da teoria pura do direito.

Uma nota importante: a expressão "teoria pura do direito" era usado por Kelsen antes de publicar a *obra* "Teoria pura do direito", ou seja, deve-se ter cuidado no uso da expressão pois pode significar tanto a teoria quanto a obra.

Vale acrescentar ainda que o *Wierner Kreis* possui um projeto filosófico amplo que também pretendia estabelecer uma *Einheitswissenschat* (ciência unificada) para todas as áreas do conhecimento, estabelecendo, com isso, critérios de demarcação entre ciência e pseudociência.

---

[521] RUSSELL, Bertrand. ABC da Relatividade. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1963, p. 11.
[522] Ibid. p. 216.

Neste sentido, destaca-se o comentário de Elizabeth Ann Clark[523]:

> *Analytical philosophers of history in the 1940s and 1950s embraced a positivist model that privileged law-governed types of ex- planation and attacked their idealist counterparts, such as R. G. Collingwood, who claimed the uniqueness of historical knowing. How could history be classified as a science, they asked, if it did not conform to an (allegedly) universal mode of explanation shared by all sciences?*

É nesta perspectiva que Hans Kelsen afirma não ter sido influenciado pelos neopositivistas, ou seja, de não compartilhar o projeto de unificação das ciências e da fundamentação das teorias morais, considerando que o *positivismo jurídico* pretendia apenas munir-se de instrumentos e métodos científicos do *paradigma linguístico* da *filosofia analítica*, dada a sua atualização com a física teórica contemporânea.

Dentro deste enquadramento científico-linguístico, a teoria pura apenas pretendeu alcançar uma Autonomie des *Rechts und der Rechtswissenschaft* (Autonomia do direito e da jurisprudência), ou seja, conhecer avaloralivamente seu objeto - a *norma jurídica* - sem a interferência de elementos metajurídicos e sincretismos científicos.

Sendo assim, no contexto que foi concebida a teoria pura do direito, a forma "linguística ideal" da produção de um conhecimento objetivo, e, intersubjetivamente comprovável, foi inspirada na *filosofia analítica* do *neopositivismo lógico*.

Na terminologia kelseniana, que difere a *linguagem da norma* da *metalinguagem científica do direito*, as *proposições jurídicas* correspondem a descrição objetiva e avalorativa do direito positivo como objeto de estudo da ciência jurídica.

---

[523] (Os filósofos analíticos da história nas décadas de 1940 e 1950 empunharam um modelo positivista que privilegiava os tipos de explicação regidos pelo direito e atacava seus homólogos idealistas, como R. G. Collingwood, que reivindicava a singularidade do conhecimento histórico. Como poderia a história ser classificada como ciência, perguntavam, se não se conformava a um modo (supostamente) universal de explicação compartilhado por todas as ciências?). CLARK, Elizabeth Ann. History, theory, text: historians and the linguistic turn. Mass: Harvard University, 2004, p. 29.

1.2. OBJETIVIDADE DAS CIÊNCIAS SOCIAIS

> Se é lícito dizer-se que a ciência natural pôde ir até ao ponto de levar a cabo a sua independência da política, isso sucedeu porque existia nesta vitória um interesse social ainda mais poderoso: o interesse no progresso da técnica que só uma investigação livre pode garantir. Porém, da teoria social nenhum caminho tão direto, tão imediatamente visível, conduz a um progresso da técnica social produtora de vantagens indiscutíveis, como o da física e da química conduz às aquisições que representam a construção de máquinas e a terapêutica médica. Relativamente às ciências sociais falta ainda - e o seu estado pouco evoluído não é das razões que menos concorrem para tal - uma força social que possa contrabalançar os interesses poderosos que, tanto aqueles que detém o poder como também aqueles que ainda aspiram ao poder, têm numa teoria à medida dos seus desejos, quer dizer, numa ideologia social.
>
> Hans Kelsen[524]

O fenômeno social é complexo, sobre ele incidem valores e variáveis de toda ordem que se alteram no espaço e no tempo, sua dinâmica acrescenta desafios intransponíveis para a tarefa de identificar os fatores determinantes do seu processo de formação à luz da objetividade científica. Como identificar e reunir as causas naturais, psicossociais, econômicas, políticas ou culturais que constituem as relações humanas e enquadrá-las em um conjunto fenomênico coeso e singular, passível de ser analisado com clareza e distinção por uma categoria específica do conhecimento?

Tratando sobre a "lógica das ciências da cultura" na introdução à *Metodologia das ciências sociais* de Max Weber, M. Tragtenberg compartilha a questão[525]: "Na medida em que a pesquisa para compreender o conjunto das relações causais é infinita, o suceder de um fenômeno é inesgotável conceitualmente. A área de pesquisa que abrange a análise deve ser delimitada mediante uma seleção [...] Como verificar a imputação de forma empírica, à procura da relação causal que opera no fenômeno específico?".

A propósito, entre as dificuldades fundamentais das ciências humanas está, precisamente, o recorte de seu objeto de estudo a partir de um influxo de variáveis, *em - si*, irracional, e, definir a metodologia adequada para conhecê-lo. Afinal, como uma ciência

---

[524] RR1: IX.
[525] TRAGTENBERG, Maurício. Introdução à edição brasileira. In.: WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais. Trad. A. Wernet. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. XXII.

que pretende estudar a sociedade demarcaria os contornos e as particularidades teóricas de seu objeto de estudo? Reconstitui-se as variáveis que deram causa a um evento para identificar padrões factuais de comportamento? Deve-se explorar os meandros de um fenômeno social, capturar uma de suas múltiplas causas condicionantes, por exemplo, a econômica, política ou jurídica, como objeto de estudo e interpretá-la conforme os interesses e o alcance teórico de uma especialidade? Ou ainda, no caso do direito que também compreende relações humanas, o *positivismo jurídico* se propõe a ser uma ciência social? Enfim, qual a validade científica e os critérios de verdade e verificabilidade dos enunciados de uma pretensa *ciência social*?

Depois das grandes revoluções sociais[526] e a "propensão histórica ao cientificismo" na transição para o século XX, estas questões instigaram as humanidades a perguntarem se é possível o conhecimento objetivamente válido no campo da vida cultural. Não sem razão, neste período surgiram nomes como Auguste Comte (1798 - 1857), Karl Marx (1818 - 1883), David Émile Durkheim (1858 - 1917) e Maximilian Karl Emil Weber (1864 - 1920), notáveis em formular os primeiros modelos teóricos e metodologias inovadoras para interpretar e descrever as foças que constituem formas específicas de comportamento em determinados fenômenos coletivos, assim também anota Antony Giddens[527]:

> O estudo objectivo e sistemático da sociedade e do comportamento humano é uma coisa relativamente recente, cujos inícios remontam aos finais do século XVIII. Um desenvolvimento-chave foi o uso da ciência para se compreender o mundo - a emergência de uma abordagem científica teve como consequência uma mudança radical nas formas de ver e entender as coisas.

Embora as teorias sociológicas não sejam, aqui, objetos de análise, para distinguir o *positivismo jurídico* de uma *ciência social,* ou, os objetos e metodologias da *ciência jurídica* e da *sociologia jurídica*, que, historicamente pareceram indissociáveis, segue-se a recomendação de Kelsen para distingui-las, conforme ensina Rudolf Aladar Métall[528]: "*Le pareció, entonces, que era urgente establecer una rigurosa distinción de la ciencia jurídica, por una parte, de la ética y, por otra, de la sociología*".

---

[526] A Revolução Francesa e a Revolução Industrial na Grã-Bretanha no século XVIII, foram eventos determinantes para o desenvolvimento de teorias sobre os fenômenos sociais.
[527] GIDDENS, Anthony. Sociologia. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 6.
[528] MÉTALL, Rudolf Aladar. Hans Kelsen vida y obra. Op. Cit. p. 15.

A separação da objetividade da *ciência jurídica* dos valores éticos em geral, e, dos fundamentos da *razão prática* da *filosofia moral* kantiana, será um tema explorado no próximo tópico.

Preliminarmente, cabe lembrar que "positivismo" é um termo comum entre teorias que compartilharam o espírito cientificista e *antimetafísico* na transição para o século XX, porém, não se pode confundir seu *sentido jurídico* com o *sociológico* e o *filosófico*, pois, não há entre eles nenhuma filiação ou compromisso doutrinário, *cf.* André Franco Montoro[529]: "O positivismo jurídico, apesar de ligar-se à mesma linha de pensamento, não se confunde com positivismo filosófico e o positivismo científico"; em Norberto Bobbio[530]: "A expressão 'positivismo jurídico' não deriva daquela de 'positivismo' no sentido filosófico [...] mas da locução contraposta àquela de *direito natural*".

Por fim, o jurista dinamarquês Alf Ross (1899 - 1979), fundador de uma escola positivista chamada "*Realismo jurídico escandinavo*", foi discípulo de Kelsen e propõe a mesma interpretação de Bobbio, acrescentando uma sutil observação[531]:

> *Aunque se le usa con frecuencia, la expresión "positivismo jurídico" nunca ha tenido un significado que haya recibido aceptación general. En la mayoría de los casos, la expresión es usada vagamente, sin ninguna connotación definida. Si ha de designar un punto de vista contrario a la filosofía del derecho natural, tiene que ser tomada como que significa no una doctrina específica, sino un amplio enfoque general frente a los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho. Del mismo modo, la expresión opuesta, "derecho natural" tiene que ser entendida también en forma amplia como designando una actitud o punto de vista general.*

Considerando que os "positivismos" *jurídico*, *sociológico*, *lógico* e a *ciência social* em geral, recorrentemente ainda são confundidos, recomenda-se levantar alguns apontamentos sobre a *lógica das ciências sociais* do ponto de vista da demarcação do *objeto* e da *metodologia* para distingui-la, ao menos, da *ciência jurídic*a, *cf.* Kelsen[532]: "[...] *es necesario dejar claro que una sociología del derecho es esencialmente diferente, tanto en lo que se refiere al objeto como al método, de una ciencia del derecho que tiene como tarea conocer no lo que de hecho es sino lo que debe ser con arreglo al derecho*".

---

[529] MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. São Paulo: Martins, 1972, p. 338.
[530] BOBBIO, N. O positivismo jurídico. Trad. M. Pugliesi, E. Bini e C. E. Rodrigues. SP: Ícone, 1995, p. 15.
[531] ROSS, Alf. El Concepto de validez y otros ensayos. Buenos Aires: Fontamara, 2006, p. 8.
[532] KELSEN, Hans. Uma fundamentacíon de la sociologia del derecho. Op. Cit. p. 214.

Vide o quadro geral, *infra supra,* elaborado por Pierluigi Chiassoni e Giacomo Gavazzi, que esclarece a divisão destas áreas a partir do pensamento de Kelsen[533]:

> *Tre discipline formano il nucleo della mappa kelseniana del sapere giuridico (nel senso esteso di "attinente al diritto"): (1) la filosofia analitica della giustizia, che consiste nell'anali- si razionale - semantica e logica - delle dottrine della giustizia, anche ad uso delle investigazioni di sociologia giuridica; (2) la sociologia giuridica, che assolve compiti descrittivi, di esplicazione causale, e predittivi nei limiti, secondo Kelsen alquanto ristretti, in cui si possono formulare previsioni ragionevolmente fondate circa le future decisioni di organi giuridici; (3) la giurisprudenza normativa, che si articola a sua volta nella teoria giuridica ("teoria generale") pura e nella dottrina giuridica ("scienza giuridica") pura - in termini austiniani: in una giurisprudenza generale e una giurisprudenza particolare.*

Não há consenso entre os teóricos sobre o objeto e o método das ciências sociais, por exemplo, a *Física social comteana* pretende descrever as leis internas, constantes e reiteradas das relações humanas que regem a dinâmica social com o mesmo rigor metodológico das ciências da natureza; o *Materialismo dialético marxista* interpreta a história social conforme um "processo evolucionista" ritmado por formas de produção econômica e material na manutenção da vida coletiva; o *Determinismo durkheimiano* erige o *fato social* como objeto de estudo, considerando-o com um conjunto de acontecimentos externos (ao sujeito) e gerais de uma conduta coletiva que se impõe coercitivamente aos indivíduos, sintetizados na conhecida expressão "A realidade social precede o indivíduo", de acordo com o sociólogo russo Nicholas Sergeyevitch Timasheff (1886 - 1970)[534]: "*Durkheim believes that 'the determining cause of a social fact should be sought among the social facts preceding it and not among the states of the individual consciousnesses*'". (Durkheim acredita que 'a causa determinante de um fato social deve ser buscada entre os fatos sociais que o precedem e não entre os estados das consciências individuais').

Aqui, uma atenção especial ao conceito de *fato social* proposto por Émile Durkheim na obra *As Regras do Método Sociológico* (1895), pois ele o trata como uma "consciência

---

[533] (Três disciplinas formam o núcleo do mapa kelseniano do conhecimento jurídico (no sentido ampliado de 'relativo ao direito'): (1) a filosofia analítica da justiça, que consiste na análise racional - semântica e lógica - das doutrinas da justiça, também para uso em investigações de sociologia jurídica; (2) sociologia jurídica, que realiza tarefas descritivas, causais, explicativas e preditivas dentro de limites bastante estreitos, segundo Kelsen, nos quais previsões razoavelmente bem fundamentadas podem ser formuladas em relação a decisões futuras de órgãos jurídicos; (3) jurisprudência normativa, que por sua vez se divide em teoria jurídica pura ("teoria geral") e doutrina jurídica pura ("ciência jurídica") - em termos Austinianos: em uma jurisprudência geral e uma jurisprudência particular). CHIASSONI, Pierluigi. Giacomo Gavazzi e la teoria kelseniana della scienza giuridica. Teoria del diritto e filosofia analítica studi in ricordo di giacomo gavazzi. Torino: G. Giappichelli editore, 2012, p. 116.

[534] TIMASHEFF, N. S. Sociological Theory: Its nature and growth. New York: Random House, 1967, p. 118.

coletiva" portadora de existência e características próprias, um acontecimento cuja realidade empírica converge diversas variáveis socialmente imbricadas, mas que difere da somatória das partes ou dos elementos individuais que o constitui. Analogamente, não se verificam marés e correntes oceânicas nos átomos de hidrogênio e oxigênio, tampouco na sua mera somatória, são atributos dos oceanos, não de suas partes constitutivas, assim como o *Fato social* possui atributos inexistentes nas *consciências individuais*.

"*A réalité à laquelle la notion de conscience collective*" (a realidade à qual a noção de consciência coletiva - expressão *durkheimiana*), é dotada, portanto, de uma objetividade independente dos caracteres introspectivos do indivíduo, *i.e.*, da cognição, da subjetividade ou da psicologia[535] como formas ativas na constituição de seu objeto de estudo.

Do ponto de vista metodológico, a realidade *em - si* do *fato social durkheimiano,* confronta as *categorias apriorísticas* do conhecimento em Kant, da *norma jurídica* como condição da existência do direito em Kelsen e da *subjetividade* do *Tipo ideal* de Weber para análise do fenômeno social; *cf.* E. Durkheim[536]: "É fato social toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o individuo uma coerção exterior; ou ainda, toda maneira de fazer que em geral na extensão de uma sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui uma existência própria, independente de suas manifestações individuais".

Sendo assim, o *fato social* adquire a forma e conteúdo de um corpo tangível, conciso e independente dos indivíduos, podendo ser explorado de forma objetiva por metodologias das teorias sociais, como ensina Nicholas Sergeyevitch Timasheff (1886 - 1970) sobre Durkheim em sua *Sociological Theory*[537]: "*The sociologist must seek objectivity: when he studies society he must, like the natural scientist, assume that he may be entering a realm of the unknown and the unexplored*". (O sociólogo deve buscar a objetividade: quando ele estuda a sociedade, ele deve, como o cientista natural, supondo que possa estar entrando no reino do desconhecido e do inexplorado).

Contudo, elege-se a perspectiva weberiana como referência para fazer uma aproximação com o *positivismo*, considerando que Hans Kelsen reconhece a teoria de Max Weber como a mais bem sucedida em definir o enquadramento de seu objeto do *ponto sociológico*, ou melhor,

---

[535] "*Social facts are not a product of individual human wills and hence can not be ascertained by psychological investigation*". (Os fatos sociais não são produto das vontades humanas individuais e, portanto, não podem ser apurados pela investigação psicológica); "*Social facts are not a product of individual human wills and nesse can not be ascertained by psychological investigation*". (Os fatos sociais não são um produto da vontade humana individual e não podem ser verificados por investigação psicológica). TIMASHEFF, N. S. Op. Cit. p. 111.
[536] DURKHEIN, É. As Regras do Método Sociológico. Trad. Paulo Neves. 3. ed. SP: Martins Fontes, 2007, p. 13.
[537] TIMASHEFF, N. S. Sociological Theory. Loc. Cit.

a "forma sociológica de apreensão e compreensão do fenômeno jurídico"; como mostra Ricardo Evandro Martins[538]:

> "[...] Kelsen confessara ter sido influenciado por Weber quando o sociólogo alemão distinguiu bem as Ciências teoréticas das práticas. Pois, enquanto as Ciências teoréticas constroem "juízos de fato", que dizem "como seu objeto de estudo é", as Ciências práticas constroem "juízos de valor", que dizem "como deve ser seu objeto de estudo". A distinção é importante para mostrar que, apesar da Ciência do Direito ser normativa, pois seu objeto de estudo é uma norma de dever-ser, a abordagem sobre tal objeto é de "ser" (ontológica), isto é, só se preocupa em saber "como é" o objeto.

Cf. Kelsen[539]:

> Até agora, a tentativa mais bem-sucedida de definir o objeto de uma sociologia do Direito foi feita por Max Weber". "Ele escreve: 'Quando nos ocupamos com 'Direito', 'ordem jurídica', 'regra de Direito', devemos observar estritamente a distinção entre um ponto de vista jurídico e um sociológico. A jurisprudência pede as normas jurídicas idealmente válidas [...] A sociologia investiga o que efetivamente está acontecendo na sociedade porque existe certa possibilidade de que os seus membros acreditem na validade de uma ordem e adaptem [*orientieren*] a sua conduta a essa ordem". Daí, segundo essa definição, o objeto de uma sociologia do Direito é a conduta humana que o indivíduo adaptou (*orientiert*) a uma ordem porque considera essa ordem como sendo 'válida'; e isso significa que o individuo cuja conduta constitui o objeto da sociologia do Direito considera a ordem da mesma maneira que a jurisprudência considera o Direito. Para ser o objeto de uma sociologia do Direito, a conduta humana deve ser determinada pela ideia de uma ordem válida.

A *sociologia jurídica*, ramo da sociologia ou ciência social voltada ao direito, como diz Kelsen[540]: "*La sociología del derecho, en sentido estricto, no es una ciencia propia (keine eigene issenschaft); se trata de una parte extraída de un modo completamente arbitrario - desde el punto de vista del conocimiento sociológico - de una ciencia general que considera y explica la vida social*"; possuem, portanto, campo de estudo, propósitos, objetos e métodos distintos da *ciência do direito*, como também ensina o professor de sociologia jurídica, Reza Banakar (1959 - 2020)[541]: "*Sociology of law employs social theories and applies social scientific methods to the study of law, legal behaviour and legal institutions in order to describe and analyse legal phenomena in their social, cultural and historical contexts. It is therefore often*

---

[538] MARTINS, Ricardo Evandro Santos. A ciência do direito como uma ciência humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. Porto Alegre: Editora Fi, 2016, p. 201.
[539] GTLS: 253-254.
[540] KELSEN, Hans. Uma fundamentacíon de la sociologia del derecho. Op. Cit. p. 254.
[541] BANAKAR, R. and Max Travers. Introduction to Law and Social Theory. (Oxford: Hart Publishing). p. 3.

considered as a sub-discipline of sociology or an interdisciplinary approach within academic law or legal studies". (A sociologia do direito emprega teorias sociais e aplica métodos científicos sociais ao estudo do direito, do comportamento jurídico e das instituições jurídicas, a fim de descrever e analisar fenômenos jurídicos em seus contextos sociais, culturais e históricos. Portanto, é frequentemente considerada uma subdisciplina da sociologia ou uma abordagem interdisciplinar dentro do direito acadêmico ou dos estudos jurídicos).

Isto posto, ainda que a *norma jurídica válida* seja referência à sociologia e contemple conteúdos sociais, a mera previsibilidade hipotética e abstrata da incidência de um fato (que eventualmente pode acontecer), não converte o conteúdo normado em matéria de estudo sociológico, pois, *cf.* a citação *ut supra*, de Kelsen sobre Weber, o objeto da sociologia jurídica depende de uma *percepção social* da validade da norma, cujo comportamento resultante, com efeito, afere a *eficácia da norma*.

Kelsen lembra que[542]: "*Mit der prinzipiellen Ablehnung der Faktizität als Kriterium für die Positivität des Rechtes ist jedoch keineswegs das Problem der tatsächlichen Wirksamkeit des Rechtes (richtiger der Rechts-vorstellungen) überhaupt, noch auch jeder Zusammenhang dieser Wirksamkeit mit der Geltung des positiven Rechtes gelengnet. Es kommt nur darauf an, das Problem*". (No entanto, com a rejeição em princípio da factualidade como critério para a positividade do direito, o problema da eficácia real do direito (mais correto das ideias legais) não é de forma alguma, nem qualquer conexão dessa eficácia com a validade do direito).

Assim, o *fato social* (*durkheimiano*) ou a mera sociabilidade de uma determinada cultura (a margem da moldura normativa válida), também não contém *juridicidade* (*a priori - em - si* mesma) para converter-se naturalmente em objeto de uma *ciência jurídica*, a despeito do conhecido brocardo latino *Ubi societas, ibi ius* (Onde há sociedade, há direito). Recorrendo a letra de Roberto Vernengo[543]: "*Por 'contenido' o 'materia' del derecho se entiende los hechos regulados; los mismos quedan determinados por las referencias de la oraciones que componen las normas que constituyen ese derecho objetivo*"; o conteúdo (normado), portanto, previsto pela *linguagem prescritiva* do direito positivo, embora tenha origem nos fatos e valores sociais, mais uma vez, não se confunde com o objeto de estudo da

[542] KELSEN, Hans. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1928, p. 94.
[543] VERNENGO, Roberto José. El derecho como hecho o como norma. Disponível em: https:// revista. fder. edu. uy/ index. php/ rfd/article/view/410/449 Acesso em 13/05/2024. p. 197.

sociologia jurídica, pois esta dependerá tanto da constatação empírica do comportamento social como "resposta coletiva ao preceito normativo" (*eficácia do direito*), bem como de informações metajurídicas próprias de sua linguagem, a exemplo do *significado sociológico* que estabelece um padrão comportamental que caracteriza o conjunto fenomênico derivado do direito válido. Kelsen lembra que[544]: "[...] *el cometido de una sociología también es investigar las causas de la ineficacia del derecho, es decir, los motivos de los comportamientos antijurídicos, dicha sociología debe desvelar todo el mecanismo del acaecer social para resolver sus problemas*"; e, ainda, diz Kelsen[545]: "*Man vergesse nicht, daß Weber die Faktizität im Auge behalten will und daher selbstverständlich eine unbegrenzte Wirksamkeit ausschließen muß.* [...]". (Não se deve esquecer que Weber quer ficar de olho na facticidade e, portanto, deve, é claro, descartar a eficácia ilimitada).

Contudo, para que o estudo do direito também não se disperse em uma rapsódia de dogmatismos esparsos e contraditórios (*Antithetik/thesis cum antithesi*)[546]; cada jurista uma opinião, um conceito, uma teoria, Kelsen propõe que os fundamentos de *juridicidade*, de estruturação dos sistemas normativos e seus critérios de validação, compartilhem uma base epistêmica comum na qual se assentam as diretrizes gerais que regulam os ordenamentos jurídicos particulares. A base epistêmica é oferecida pela *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) - principiológica e racional - no sentido formal, da *Marburg Schule*, logo, a categoria jurídica de cognição é *ex princiipis*.

Aqui uma interessante observação de Kant[547]:

> O conhecimento histórico é *cognitio ex datis* e o racional, *cognitio ex principiis*. Qualquer conhecimento dado originariamente, seja qual for a sua origem, é histórico naquele que o possui, quando esse não sabe nada mais do que aquilo que lhe é dado de fora, seja por experiência imediata, ou por uma narração, ou mesmo por instrução de conhecimentos gerais [..] Por isso, aquele que aprendeu especialmente um sistema de filosofia, por exemplo o de Wolff, mesmo que tivesse na cabeça todos os princípios, explicações e demonstrações, assim como a divisão de toda a doutrina e pudesse, de certa maneira, contar todas as partes desse sistema pelos dedos, não tem senão um conhecimento histórico completo da filosofia wolffiana.

---

[544] KELSEN, Hans. Loc. Cit. p. 254.
[545] KELSEN, Hans. Der soziologische und der juristische staatsbegriff: kritische untersuchung des verhältnisses von staat und recht. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1928, p.168.
[546] Sobre "Antithetik*/thesis cum antithesi"*, vide dogmática e antitética da razão pura in.: KrV, A421/B449: 414.
[547] KrV, A836/B864: 671.

Ou seja, há o conhecimento a partir de *dados* (história) ou de *princípios* (filosofia) - vale lembrar que esta divisão foi herdada de Christian Wolff (1679 - 1754) e sua obra *Discursus praeliminaris de philosophia in genere* (Discurso preliminar de filosofia em geral - 1728)[548] - nesta perspectiva, o direito positivo não trata de buscar categorias cognitivas para compreensão do direito inscrito na história, mas de sua realidade jurídica, *cf.* Christian Krijnen[549]:

> *Jahrhundert setzt dann u.a. das Bemühen um eine wissenschaftstheoretisch positionierte Geschichtsphilosophie ein, die nach den Möglichkeitsbedingungen wissenschaftlicher Geschichtsschreibung fragt, und wofür bisweilen auch der Neukantianismus als Gewährsmann auftritt. Denkt man an den südwestdeutschen Neukantianismus oder Cassirer, dann ist eine solche Einschätzung auch nicht abwegig? Schon bei Cohen aber bleiben, wie bei Kant, methodologische Probleme der Historiographie im Hintergrund.*

Bem como Joseph Raz[550]: "*Kelsen postulates the existence of basic norms because he regards them as necessary for the explanation of the unity and normativity of legal systems. A legal system is not a haphazard collection of norms. It is a system because its norms, as it were, belong together. They are interrelated in a special way*". (Kelsen postula a existência de normas básicas porque as considera necessárias para a explicação da unidade e normatividade dos sistemas jurídicos. Um sistema legal não é uma coleção aleatória de normas. É um sistema porque suas normas, por assim que eram, pertencem juntas. Eles estão inter-relacionados de uma maneira especial). Considera-se, ainda, que a *validade da norma* do *direito positivo* atravessa gerações e inúmeras transformações culturais sem necessariamente alterar a literalidade de seu texto (*prescritivo*), logo, o interesse da sociologia corresponde ao comportamento social derivado de uma *crença* - incidental e contingente em cada tempo - sobre um certo "*sentido de validad*e" da norma que é "social ou culturalmente interpretado" (*cf.* o comportamento empiricamente verificado), independente do *sentido técnico/jurídico* de sua

---

[548] Vide: "*The three types of human knowledge: history, philosophy, and mathematics*". (Os três tipos de conhecimento humano: história, filosofia e matemática). In: WOLFF, Christian. Preliminary discourse on philosophy in general. *Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company*, 1963, (§§ 1-28), p. 3- 16.

[549] (No século XIX, entre outras coisas, o esforço para criar uma filosofia da história posicionada na filosofia da ciência, que questiona sobre as condições de possibilidade da historiografia científica e para a qual o neokantismo às vezes também aparece como fiador. Se pensarmos no neokantismo do sudoeste alemão ou em Cassirer, então tal avaliação não é absurda. Mas mesmo com Cohen, como com Kant, os problemas metodológicos da historiografia permanecem em segundo plano). KRIJNEN, Christian. Geschichtsphilosophie bei Kant, im Neukantianismus und im gegenwärtigen Kantianismus. In.: KRIJNEN, Christian Der Begriff der Geschichte im Marburger und südwestdeutschen Neukantianismus. Herausgegeben von, Christian Krijnen, Marc de Launay. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2013, p. 30.

[550] RAZ, Joseph. The authority of law. Essays on Law and Morality. NY: Oxford University Press, 1979, p. 123.

validade, ou, ainda, da *ratio legis* (*razão de ser*) do texto normativo, seja no âmbito da intenção do legislador no ato de sua criação ou da interpretação pelo órgão aplicador do direito.

Sendo assim, o objeto da *sociologia jurídica* embora esteja inserido no contexto de um direito vigente (no tempo e no espaço cultural), possui um significado (sociológico) independente da "linguagem da norma"[551] - *técnica prescritiva* - do direito positivo. Não parece, portanto, haver na formação acadêmica de um sociólogo, a necessidade de uma disciplina especial para a leitura dos códigos ou para conhecer técnicas de interpretação do sentido jurídico das orações que textualmente expressam-se como normas.

Mas como é possível, então, a objetividade do conhecimento sobre um fenômeno complexo (*em-si* irracional), permeado por tantas variáveis e valores indeterminados? Weber no ensaio *A "objetividade do conhecimento" na ciência social e na ciência política* - 1904, publicado na obra póstuma *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (Metodologia das ciências sociais - 1922) faz a pergunta[552]:

> Qual é a validade dos juízos de valor que um determinado autor sugere como estando corretos no que tange a projetos práticos? Até que parte esta discussão fica no terreno das reflexões científicas, já que o elemento característico do conhecimento científico consistiria na 'validade' objetiva dos resultados da pesquisa, que são todas por 'verdades'?

Weber questionou a pretensão de objetividade do conhecimento científico da sociologia ao considerar que - símile à percepção de Kelsen em relação às teorias do direito de seu tempo - para a sociologia também não estava definido um método *descritivo* apropriado para analisar projetos da vida prática, no sentido de seguir diretrizes principiológicas de uma teoria geral unificada, posto que as formulações teóricas no âmbito da sociologia em seus múltiplos significados, comumente estavam atreladas a uma *técnica especializad*a com (único) objetivo de formular *juízos valorativos* sobre determinadas medidas estatais que impactam o comportamento social.

A proposta weberiana, assim como foi exposto no tópico anterior sobre metodologias e anacronismos, desautoriza a extração de *juízos valorativos* e *prescritivos* a partir de análises e procedimentos científicos (inversão entre *descrição* e *prescrição*), logo, *cf.* Weber[553]: "A consideração científica pode ser submetida, incondicionalmente, a questão

---

[551] Vide a citação de Paulo de Barros Carvalho na introdução sobre a "linguagem da norma".
[552] WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais. Trad. A. Wernet. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 108.
[553] Ibid. p. 109.

de se determinados meios são apropriados para alcançar os objetivos pretendidos"; pois as técnicas sociológicas da sua época consistiam em analisar políticas econômicas com propósitos ideológicos, sem, contudo, estabelecer critérios de objetividade ou subjetividade da análise das medidas estatais como objetos de estudo - "[...] muito comum entre os homens de práxis - de que a economia política deveria emitir juízos de valor a partir de uma específica 'cosmovisão econômica'"[554] - sendo assim, não havia distinção entre o conhecimento acerca do que *é* (*ser*) o fenômeno econômico daquilo que a sociedade *é* ou *deveria ser*, esta postura, de acordo com Weber [555]: "[...] foi se transformando lentamente, sem que, no entanto, se introduzisse uma divisão de princípios entre o conhecimento daquilo 'que é' e daquilo que "deve ser'".

A metodologia weberiana no âmbito da produção do conhecimento sociológico, separando *ser* e *dever-ser* (*teoria* e *práxis*), equiparasse a proposta Kelseniana de separar *descrição* e *prescrição* na *teoria pura do direito*, como observa Ricardo Martins[556]: "Neste texto clássico de Sociologia, Weber diz-nos que as Ciências Humanas, também chamadas de Ciências do Espírito ou de Ciências da Cultura, eram consideradas, no passado, como produtoras de conhecimento "técnico" voltado mais para a prática. [...] A abordagem formalista do Direito, com base em Weber, fundamentou a posição de Kelsen em firmar o entendimento de que seu trabalho somente serve para 'necessidades teoréticas' e nunca 'práticas'"; interpretação compartilhada por Ulisses Schimill[557]: "[...] *el princípio de la pureza metódica, el cual se revela como el princípio de la verdad en el campo de las ciencias jurídicas y políticas* [...] *WEBER mismo postuló la exclusión de los juicios de valor en la sociología*".

Bem como a socióloga francesa Catherine Colliot-Thélène (1950 - 2022) corrobora com esta afirmação de que Weber e Kelsen compartilham a dicotomização kantiana entre *ser* (*Sein*) e *dever-ser* (*Sollen*)[558]: "*Weber and Kelsen both spoke the Neo-Kantian language, and with this language, they shared a very particular ontology, whereby 'is' (Sein) and 'ought' (Sollen) are two independent worlds, referring to cognitive patterns that must also be entirely diferent*". (Weber e Kelsen falavam a língua neokantiana e, com essa língua, compartilhavam uma

[554] WEBER, Max. Loc. Cit.
[555] Ibid. Loc. Cit.
[556] MARTINS, R. E. S. Op. Cit. p. 180.
[557] SCHIMILL, U. O. Introducción. In.: KELSEN, Hans. Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base em la doctrina de la proposición jurídica). México: Porrúa, 1987, p. XXXIV.
[558] COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. Kelsen reading Weber: is a sociological concept of the State possible? In.: The Reconstruction of the Juridico-Political. Affinity and Divergence in Hans Kelsen and Max Weber. New York: Routledge, 2016, p. 104.

ontologia muito particular, segundo a qual "é" (*Sein*) e "deveria" (*Sollen)* são dois mundos independentes, referindo-se a padrões cognitivos que também devem ser totalmente diferentes).

Enfim, para Max Weber[559], a: "Sociologia (no sentido aqui entendido desta palavra empregada com tantos significados diversos) significa: uma ciência que pretende compreender interpretativamente a ação social e assim explicá-la causalmente em seu curso e em seus efeitos"; a propósito, segundo Jürgen Habermas, esta definição de sociologia é uma a resposta a pregunta que foi inicialmente colocada aqui como o problema da objetividade das ciências sociais[560].

> *¿Cómo son posibles las teorías generales de la acción social? Las teorías generales permiten la deducción de hipótesis acerca de regularidades empíricas; estas hipótesis legaliformes sirven a la explicación. Pero a diferencia de los procesos naturales, las regularidades de la acción social ofrecen la peculiaridad de resultar comprensibles. La acción social pertenece a la clase de las acciones intencionales, a las que entendemos reconstruyendo su sentido. Los hechos sociales nos resultan accesibles por vía de una comprensión de la motivación que les subyace.*

Ainda que a *sociologia jurídica* como um ramo das ciências sociais esteja implexa ao direito positivo e em todas as expressões normativas derivadas do ordenamento jurídico - como as decisões com efeito *erga omnes* dos tribunais superiores quando influenciam a vida coletiva - seu interesse está voltado, como visto, a um *certo comportamento* (coletivo) decorrente do impacto que a "interpretação social" realiza da norma válida, não do órgão do judiciário.

Se o segmento da realidade a ser analisado é o conjunto de relações conceituais de significado cultural a partir da *norma válida*, logo, a explicação das causas do comportamento social não depende de leis inerentes a sociedade, de dados empiricamente determinantes ou de um fato dotado de uma realidade *em-si*, como admitiam seus contemporâneos, mas da conexão de sentido entre conceitos e percepções individuais e sociais tendo como referência as leis jurídicas. Como diz Gabriel Cohn[561]: "[...] Weber e suficientemente tributário de uma concepção positivista sobre a unidade do método científico para insistir, no ensaio sobre a objetividade, em que a ciência e constituída não pela articulação objetiva entre 'coisas', mas pela articulação conceitual entre 'problemas'".

---

[559] WEBER, Max. Economia e sociedade. Brasília: UNB, 2000. p. 4-5.
[560] HABERMAS, Jürgen. La logica de las ciencias sociales. Trad. M. J. Redondo. Madrid: Tecnos, 1988, p. 91.
[561] COHN, G. Crítica e resignação. Fundamentos da sociologia de Max Weber. SP: T. A. Queiroz, 1979, p. 133.

Interessante notar que, quanto mais geral e abstrata for a lei, mais frágil é sua conexão de causalidade com a eficácia da resposta social. *Cf.* U. Schimill Ordóñez[562]: "*Todo concepto construido, en consecuencia, tiene un menor nivel de generalidad pero mayor contenido conceptual. Su dominio de objetos es más restringido y, por tanto, se encuentra lógicamente más cercano a las proposiciones de experiencia o 'juicios de percepción' como diria Kant. El objeto o finalidad es hacer la reconstrucción conceptual de los fenómenos Sociales*".

Sendo assim, o conhecimento *objetivo* dos acontecimentos cultuais está configurado *cf.* padrões estabelecidos por relações *subjetivas* (valorativas ou conceituais), da mesma forma, todo conhecimento da realidade está subordinado ao observador (sociólogo), quando demarca parâmetros teóricos entre as variáveis de um encadeamento causal infinito e irracional, e, estabelece um sentido sociológico ao fenômeno, assim escreve Max Weber[563]: "O domínio do trabalho científico não tem por base as conexões 'objetivas entre as coisas', mas as conexões conceituais entre os problemas. Só quando se estuda um novo problema com o auxílio de um método novo e se descobrem verdades que abrem novas e importantes perspectivas é que nasce uma nova 'ciência'".

A *sociologia weberiana* também abre as portas para a análise psicossocial do comportamento ao considerar que cada especialidade possui esquemas próprios de interpretação do fenômeno em comum, ainda que permeado de um influxo imbricado de fatos e valores indissociáveis.

Há exemplos análogos nas ciências da natureza, como a física, que analisa a queda de um objeto sem levar em consideração em seus modelos matemáticos, as reações químicas do mesmo objeto em seu percurso, é necessário outra abordagem e outra *metalinguagem* do *mesmo fenômeno*, logo, seus *objetos de estudo* e metodologias não se confundem. Reforça-se esta proposta *weberiana* com a explicação de Julien Freund[564]:

> *La sociología jurídica tiene por objeto comprender el comportamiento significativo de los miembros de un grupo con respecto a las leyes en vigor y determinar el sentido de la creencia en su validez o en el orden que han establecido. Se esfuerza, por lo tanto, en captar en qué medida se observan las reglas del Derecho y cómo orientan los individuos su conducta según ellas. Para la dogmática jurídica una norma es válida en cuanto se establece o figura en un código; para la sociología, se trata de controlar su importancia*

[562] SCHIMIL, Ulises Ordóñez. El concepto del derecho en als teorias de Weber y de Kelsen. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/970/9.pdf Acesso em 06/08/2024. p. 165.
[563] WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais. Op. Cit. p. 121.
[564] FREUND, Julien. Sociologia de Max Weber. Trad. A. G. Novales. Barcelona: Península, 1985, p. 220.

> *en el curso de la actividad social de los individuos, va que está muy lejos de ser cierto que una ley establecida sea siempre respetada.*

Se o objeto da *sociologia jurídica* depende da compreensão de uma crença coletiva sobre a *validade da norma*, ou melhor, de um significado que membros de um grupo atribuem a validade de determinado comando jurídico, que, por sua vez, reflete em um padrão de comportamento social, logo, este binômio crença/comportamento sinaliza a possibilidade "de objetividade científica" quando estabelece uma conexão de causa/efeito que determina a resposta social ao direito (*eficácia*) em uma cultura específica, de interesse da *sociologia jurídica*, não da *ciência do direito positivo*.

Observa Reza Banakar, que[565]:

> *Whereas Weber sought an explanation for the normativity of law in reason, calculations and motivations that the social actor employs to justify his/her actions (in this case following the law), others have tried to find it in the law itself, in its specific form of reasoning or discourse, and thus implicitly attribute it to the law rather than to the subject's use of the law or to the actor's cognition or thought processes. We argued that the actor's role in this respect has become increasingly unstable as, on the one hand, his/her habitus starts losing its normativity while, on the other hand, he/she gains reflexivity vis-à-vis social structures.*

O acontecimento social permeado por uma "complexidade irracional" é apreendido por parâmetros teóricos que atribuem nexo de causalidade para o sentido do discurso sociológico. Neste sentido, Anthony T. Kronman[566] ensina que: "*Weber believed that every scientific explanation - whether of a meaningful sort or not - must be framed in causal terms. All causal propositions assert a connection between one event (the explanandum) and one or more temporally antecedent events (the explanans) which are claimed to be its causal ground. This is just as true in physics and astronomy as it is in sociology*". (Weber acreditava que toda explicação científica - seja ela significativa ou não - deve ser enquadrada em termos causais. Todas as proposições causais afirmam uma conexão entre um evento (o *explanandum*) e um ou

[565] (Enquanto Weber buscou uma explicação para a normatividade da lei na razão, cálculos e motivações que o ator social emprega para justificar suas ações (neste caso, seguindo a lei), outros tentaram encontrá-la na própria lei, em sua forma específica de raciocínio ou discurso, e, portanto, atribuí-la implicitamente à lei e não ao uso da lei pelo sujeito ou aos processos de cognição ou pensamento do ator. Argumentamos que o papel do ator a esse respeito se tornou cada vez mais instável à medida que, por um lado, seu habitus começa a perder sua normatividade enquanto, por outro lado, ele/ela ganha reflexividade em relação às estruturas sociais). BANAKAR, Reza. Normativity in Legal Sociology. Switzerland: Springer, 2015, p. 221.

[566] KRONMAN, Anthony T. Max Weber. Santdford: Standford University Press, 1983, p. 25 - 26.

mais eventos temporalmente antecedentes (os e*xplanans*) que são reivindicados como sua base causal. Isto é tão verdadeiro na física e na astronomia quanto na sociologia).

Como já está evidenciado, a causalidade aqui não significa reduzir a sociologia a um *determinismo empírico*, mas ao nexo (conceitual) parametrizado pelo binômio crença/comportamento, Kelsen lembra que[567]: "*Si existen unas ciencias sociales distintas de las ciencias de la naturaleza, su objeto habrá de ser descrito conforme a un principio distinto del principio de causalidad*"; bem como M. Tragtenberg[568]: "[...] a cultura não está eternamente determinada, mas constitui-se através de áreas autônomas do conhecimento, redefinindo o problema da causalidade", portanto[569]: "Weber procurava garantir a objetividade das ciências sociais através de pressupostos que garantissem certa neutralidade valorativa e ao mesmo tempo, cobrava o rigor da explicação causal".

A sociologia jurídica ao exigir um recorte e um enquadramento causal específico (subjetivo e valorativo) do evento empírico, possui causalidade e objetividade que lhes são próprias, contudo, suas conclusões tornam-se complementares ao entendimento do *fenômeno jurídico, in totum*, eventualmente contribuindo para formulação de *normas jurídicas eficazes* em determinados contextos sociais, ainda que seu objeto e método sejam distintos da *ciência jurídica*, que pretende conhecer a *norma* e o *sistema de normas* independente de dados empíricos, de causas psicológicas individuais, comportamentais ou expedientes metajurídicos, posto que se trata de uma *ciência normativa* e não uma ciência social.

Em outras palavras, o comportamento que respeita ou não a regra do direito é derivado de uma causa, esta causa (crença ou conceito) e a conexão do comportamento empírico como efeito causal, tornam-se objeto de estudo da *sociologia jurídica*, cuja abordagem metodológica depende, *cf. supra*, de uma forma específica e pré-determinada de enquadrar o fenômeno mediante uma categoria de conhecimento, símile ao modelo matemático da física, que interpreta o fenômeno conforme esquemas prévios de compreensão.

Da mesma forma, em Pedro R. David[570]: "*La sociología, para Weber, es la ciencia que trata de comprender e interpretar la acción social a fin de lograr una explicación*

---

[567] KELSEN, Hans. Causalidad y imputacíon. p. 3. Disponível em: https:// www.boe. es/biblioteca_ juridica/ anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-S-1956-20000300027 Acesso em 19/05/2024.
[568] TRAGTENBERG, M. In.: WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais. Op. Cit. p. XXII.
[569] Ibid. p. XXI.
[570] DAVID, Pedro R. Sociología Jurídica: Perspectivas fundamentales. BA: Editorial Astrea, 1980, p. 142.

causal de su curso y efectos. La acción es social solamente cuando, en virtud de la significación subjetiva que le otorga el individuo que actúa, toma en cuenta la conducta de otros y se orienta en sus desarrollos", vale-se ainda da sua didática para reforçar o reconhecimento de Kelsen e a compreensão da validade social da norma[571]:

> *La definición de la sociología del derecho en Max Weber rinde tributo, como ya vimos, al positivismo jurídico, pero está lejos de satisfacer a Kelsen. En efecto, para Weber, la jurisprudencia se refiere a normas jurídicas idealmente válidas, e investiga la significación normativa que debe atribuirse a un enunciado que pretende representar una norma jurídicas. La sociología representa lo que realmente acontece en una sociedad, por cuanto existe cierta probabilidad de que sus miembros crean en la validez de un determinado orden y orienten su conducta hacia ese orden. Para Kelsen, ello constituye una definición demasiado estrecha, porque prescindiendo de cualquier orientación especifica de los individuos, un hecho deviene antijurídico aunque el que lo cometa no esté orientado hacia ese orden o haya pensado en él. Desde luego, Kelsen opera aquí nuevamente desde su tajante distinción entre ciencias del ser y ciencias del deber ser, ya que solamente una conducta puede ser objeto de la sociología del derecho en la medida en que esté determinada por un sistema normativo que constituya el objeto de su ciencia jurídicas o teoría pura del derecho*.

Max Weber teve influência de Wilhelm Christian Ludwig Dilthey (1833 - 1911), considerando a crítica aos seus contemporâneos ao adotarem procedimentos metodológicos das ciências da natureza[572] para estudar eventos culturais, *cf.* Dilthey[573]: "*Erkenntnisse der Naturwissenschaften vermischen sich mit denen der Geisteswissenschaften*", (As descobertas das ciências naturais se misturam com as das humanidades), razão pela qual, ele dividiu os campos do saber, como já dito alhures, em *Naturwissenschaften* (ciência da natureza) e *Geisteswissenshaften* (ciência do espírito - de onde surge os termos "ciências humanas e humanidades") em sua obra *Einleitung in die Geisteswissenschaften* (*Introdução às ciências humanas* - 1883)[574].

---

[571] Ibid. p. 146.

[572] Vide também Kelsen: "*El Derecho es un fenómeno social, pero la sociedad es un objeto por entero diferente de la naturaleza: uno y otra conexionan sus elementos respectivos de modo radicalmente diverso. Si la ciencia jurídica no ha de resolverse en ciencia natural, precisa distinguir entre Derecho y naturaleza con la máxima pulcritud. Pero esto presenta graves dificultades, porque el Derecho - o lo que, en principio es conocido bajo este nombre - parece radicar, en parte al menos, en el reino de la naturaleza: aparentemente, posee una existencia del todo natural*". KELSEN, H. El Método y los Conceptos fundamentales. Madrid: Reus, 2009, p. 24.

[573] DILTHEY, W. Einleitung in die Geisteswissenschaften. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1990, p. 18.

[574] "*Die tiefere Begründung der selbständigen Stellung der Geistes- wissenschaften neben den Naturwissenschaften, welche Stellung den Mittelpunkt der Konstruktion der Geisteswissenschaften in diesem Werke bildet, vollzieht sich in diesem selber schrittweise, indem die Analysis des Gesamterlebnisses der geistigen Welt, in seiner Unver- gleichbarkeit mit aller Sinnenerfahrung über die Natur, in ihm durch- geführt wird".*

Weber assimilou também a compreensão de *Lebensphilosophie* (filosofia da vida) de Dilthey, ao requerer a reconstrução hermenêutica de significados da *Erlebnis* (experiência vivida) das ações humanas contextualizadas em eventos sociais; pois, para Dilthey[575]: "*El resultado más simple que nos puede proporcionar el análisis de la realidad histórico-social se halla en la psicología; es, por lo tanto, la primera y más elemental de todas las ciencias particulares del espíritu; así, pues, sus verdades constituyen el cimiento de la edificación ulterior*".

Weber, mais uma vez, não estuda o "fato social" como um dado objetivo e empiricamente determinado, mas pela *perspectiva subjetiva* e *valorativa* de uma *crença individual* (ou *social*) que por sua vez enseja padrões de comportamento, Mário Bunge[576] lembra que: "Uma controvérsia clássica na ciência social e sua metodologia é se o estudo da sociedade pode e deve ser independente de valores. Enquanto Marx pensava que isso não podia acontecer, Weber ensinava que isso devia ocorrer".

Neste sentido, sobre a metodologia do conhecimento, Jürgen Habermas[577] também ensina que: "*Max Weber was not interested in the relationship between the natural and cultural sciences from an epistemological point of view, as were Rickert and Cassirer*". (Max Weber não estava interessado na relação entre as ciências naturais e culturais do ponto de vista epistemológico, assim como Rickert e Cassirer); nota-se, aqui, uma clara influência kantiana na sociologia weberiana, embora divirjam do ponto de vista epistemológico, convergem-se no sentido metodológico, *cf.* Habermas, com os maiores expoentes *neokantianos* da sua época, os alemães Heinrich Rickert (1863 - 1936) e Ernst Cassirer (1874 - 1945). Outra herança kantiana é que Weber considerava que o objeto da sociologia tem origem em *operações constitutivas* de um *agente humano.*

Para melhor contextualizar o *neokantismo*, um breve comentário de Frederick C. Beiser[578]: "*Customarily, neo-Kantianism is divided into three main schools or groups: the Marburg school, whose chief protagonists were Hermann Cohen* (*1842-1918*)*, Paul Natorp* (*1854-1924*) *and Ernst Cassirer* (*1874 - 1945*)*; the Southwestern, Baden or Heidelberg school,*

DILTHEY, Wilhelm. Einleitung in die Geisteswissenschaften". (A justificação mais profunda da posição independente das humanidades ao lado das ciências naturais, que posição forma o centro da construção das humanidades nesta obra, ocorre gradualmente, realizando a análise da experiência geral do mundo espiritual, em sua incompatibilidade com toda a experiência dos sentidos sobre a natureza). DILTHEY, W. Op. Cit. p. 9.

[575] DILTHEY, Wilhelm. Introduccion a las Ciencias del Espiritu. México: FCE, 2015, p. 71.

[576] BUNGE, Mário. Dicionário de filosofia. Trad. G. K. Guinsburg. São Paulo: Editora Perspectiva, 2002, p. 400.

[577] HABERMAS, Jürgen. On the logic of the social sciences. Massachusetts: MIT Press, 1988, p. 10.

[578] Ibid. p. 2.

whose major representatives were Wilhelm Windelband (*1848 - 1915*)*, Heinrich Rickert (1863 - 1936) and Emil Lask* (*1875 - 1915*)*; and the neo-Friesian school in Göttingen under the leadership of Leonard Nelson* (*1882 - 1927*)". (Habitualmente, o neokantismo é dividido em três escolas ou grupos principais: a escola de Marburg, cujos principais protagonistas foram Hermann Cohen (1842–1918), Paul Natorp (1854 - 1924) e Ernst Cassirer (1874 - 1945); a escola do Sudoeste, Baden ou Heidelberg, cujos principais representantes foram Wilhelm Waschband (1848 - 1915), Heinrich Rickert (1863 - 1936) e Emil Lask (1875 - 1915); e a escola neo-Friesiana em Göttingen sob a liderança de Leonard Nelson (1882 - 1927))[579]. *Cf.* Sebastian Luft e Fabien Capeilleres[580]: "*The term 'neo-Kantianism' was not used until the late 1880s, and then in a polemical fashion by its critics. The neo-Kantian movement, however, was (with the possible exception of the Marburg School), far from unitary and cohesive, as evidenced by the alternative names for this movement: (neo-) Criticism and neo-Fichteanism, among others. But around 1900, "neo-Kantianism" stuck. The demarcations concerning who belongs to this movement and who does not are to this day contested*". (O termo "neokantismo" não foi usado

[579] vide verbete *neo-kantism*: "*This term is often used to describe a number of heidegger dicinspired by Immanuel Kant (1724 - 1804) that emerged in Germany during the second half of the nineteenth century and came to an end with World War I. One of the key questions that these movements discussed had to do with the nature of scientific knowledge and methodology in the social versus the natural sciences; the role of culture was also at the center of neo-Kantianism. Weber drew heavily on neo-Kantianism to construct a social science that differed from the natural sciences. In doing so, he especially relied on the work of Heinrich Rickert. The various schools of neo-Kantianism are mostly named after their geographical locations. The one that influenced Weber most was the Baden or Southwestern School in which Wilhelm Windelband and Heinrich Rickert were key figures. Windelband (1848 - 1915) introduced the distinction between idiographic and nomothetic sciences, that is, sciences that try to describe and explain single events, versus sciences that seek to establish general laws. Heinrich Rickert (1863–1936), who was a disciple of Windelband's, emphasized the infinite richness of reality, and the way in which scientists choose their topics because of their values (so-called value-relevance). Weber was inspired by many of Rickert's ideas, but, as usual, he added to them and changed them to suit his own thinking. It should finally also be noted that Weber was influenced by movements of thought other than neo-Kantianism. How much he knew of Kant's work is unknown*". (Este termo é frequentemente usado para descrever uma série de movimentos filosóficos inspirados por Immanuel Kant (1724-1804) que surgiram na Alemanha durante a segunda metade do século XIX e chegaram ao fim com a Primeira Guerra Mundial. Uma das principais questões que esses movimentos discutiram tinha a ver com a natureza do conhecimento científico e da metodologia nas ciências sociais versus naturais; o papel da cultura também estava no centro do neo-kantianismo. Weber se baseou fortemente no neo-kantianismo para construir uma ciência social que diferia das ciências naturais. Ao fazer isso, ele confiou especialmente no trabalho de Heinrich Rickert. As várias escolas do neo-kantianismo são nomeadas principalmente após suas localizações geográficas. A que mais influenciou Weber foi a Escola Baden ou Sudoeste, na qual Wilhelm Windelband e Heinrich Rickert foram figuras-chave. Windelband (1848-1915) introduziu a distinção entre ciências idiográficas e nomotéticas, ou seja, ciências que tentam descrever e explicar eventos únicos, versus ciências que buscam estabelecer leis gerais. Heinrich Rickert (1863-1936), que era um discípulo Windelband, enfatizou a riqueza infinita da realidade e a maneira como os cientistas escolhem seus tópicos por causa de seus valores (a chamada relevância de valor). Weber foi inspirado por muitas das ideias de Rickert, mas, como de costume, ele as adicionou e as mudou para se adequar ao seu próprio pensamento. Finalmente, também deve ser notado que Weber foi influenciado por outros movimentos de pensamento além do neo-kantianismo. O quanto ele sabia do trabalho de Kant é desconhecido). The M. Weber Dictionary: S.S. Sciences, 2016, p. 223.

[580] LUFT, Sebastian and CAPEILLERES, Fabien. Neo-Kantianism in Germany and France. In.: The History of Continental Philosophy. Durham: Taylor & Francis, 2010, p. 48.

até o final da década de 1880, e depois de forma polêmica por seus críticos. O movimento neokantiano, no entanto, estava (com a possível exceção da Escola de Marburg), longe de ser unitário e coeso, como evidenciado pelos nomes alternativos para esse movimento: (neo) crítica e neo-fichteanismo, entre outros. Mas por volta de 1900, o "neokantismo" pegou. As demarcações sobre quem pertence a esse movimento e quem não pertence são contestadas até hoje). Também digno de nota, o resumo de Lydia Patton para compreender este cenário histórico em que Hans Kelsen aparece sob influência do neokantiano Hermann Cohen[581]: "*Cohen's students included August Stadler, Albert Gorland, and the philosopher of law Rudolf Stammler. The Marburg School's socialist theory was a foundation for the theories of Karl Vorlander and Franz Staudinger. This tradition of Marburg socialist theory came to influence Eduard Bernstein (a student of Marx's), Ludwig Woltmann (a Marxist socio-biologist), and Hans Kelsen (a legal theorist) as well*". (Os alunos de Cohen incluíam August Stadler, Albert Gorland e o filósofo da lei Rudolf Stammler. A teoria socialista da Escola de Marburg foi a base para as teorias de Karl Vorlander e Franz Staudinger. Essa tradição da teoria socialista de Marburg veio a influenciar Eduard Bernstein (um aluno de Marx), Ludwig Woltmann (um sócio-biólogo marxista)". Cabe recordar que tais metodologias (ciências da natureza e do espírito) desdobraram-se da dicotomização entre as escolas *neokantianas Marburg Schule* (*razão teórica*) e a *Süddeutsche Schule* (*razão prática*)[582], a propósito, ainda observa Habermas[583]: "*It is precisely Kant's distinction between the empirical and the transcendental realms, a distinction that placed nature and spirit in irreconcilable opposition, that was put into question when the new historical-hermeneutic sciences analyzed spirit (Geist) as a fact*". (É precisamente a distinção de Kant entre os reinos empírico e transcendental, uma distinção que colocou a natureza e o espírito em oposição irreconciliável, que foi questionada quando as novas ciências histórico-hermenêuticas

[581] PATTON, Lydia. Preface. In.: Hermann Cohen's History and Philosophy of Science. A thesis submitted to McGill University in partial fulfilment of the requirements of the degree of Ph.D. p. 12. Disponível em: https://philarchive.org/archive/PATHCH Acesso em 25/3/2023.
[582] *Cf.* Otfried Höffe[582]: "O 'colapso do Idealismo' na Alemanha favorece não apenas o pensamento materialista. Ele estimula também a pesquisa positiva e uma filosofia comprometida com ele. No novo clima de um *pathos* da ciência e da experiência, verifica-se um retorno a Kant que, em consciente contramarcha às especulações idealista, idealista-tardia e materialista, destaca o ponto de vista crítico de Kant e sua significação empírico-científica. O neokantismo, que domina a filosofia acadêmica pelo menos durante o meio século entre 1870-1920, todavia, não quer simplesmente repetir mecanicamente Kant. Em regra, seus representantes estão convencidos de que 'compreender Kant significa ir além dele' (Windelband). No centro do neokantismo encontra-se a Filosofia como Teoria do Conhecimento e como disciplina fundante das ciências, primeiro das ciências naturais matemáticas, e então das ciências da cultura (do espírito), em Cassirer, enfim, também do mundo não-científico".
[583] Ibid. p. 24.

analisaram o espírito (*Geist*) como um fato). Weber ao fixar conexões *conceituais* entre ações, vincula-se à *Geisteswissenshaften* (*Ciências do espírito*) de linhagem da *razão prática*, tal como Dilthey[584]:

> *Todas estas ciencias se refieren a los hombres, a sus relaciones entre sí y con la naturaleza exterior* [...] *¿Qué es lo común a todas estas ciencias en su relación con los hombres, en la relación entre estos y con la naturaleza exterior? Todas se fundan en la vivencia, en la expresión de vivencias y en la comprensión de esta expresión. La vivencia y la comprensión de toda clase de expresiones de vivencias fundamentan todos los juicios, conceptos, conocimientos que son propios de las ciencias del espíritu.*

Quando se pressupõe uma categoria *a priori* do saber, no sentido de que há um pressuposto lógico que antecede, regula e confere sentido a realidade externa[585], significa dizer que não é possível a objetividade do conhecimento sociológico a partir de um *fato social* como uma entidade autônoma (crítica à Durkheim), nem da redução à uma cosmovisão econômica (crítica à Marx), mas das relações conceituais entre *ações individuais*.

Esta sociologia de natureza "compreensiva[586]", atribui uma função de imputação causal ao *Tipo ideal*, símile a função que Kelsen atribui à norma (como será visto), pois o sentido do discurso *sociológico cf.* Weber, ou melhor[587]: "A validade objetiva de todo saber empírico baseia-se única e exclusivamente na ordenação da realidade dada segundo categorias que são subjetivas, no sentido específico de representarem o pressuposto do nosso conhecimento e de associarem, ao pressuposto de que é valiosa, aquela verdade que só o conhecimento empírico

---

[584] DILTHEY, Wilhelm. El mundo histórico. México: FCE, 2014, p. 92.

[585] "Dilthey afirma que existem dois tipos de experiência: a 'experiência externa' e a 'experiência interna' [*äußerer und innerer Erfahrung*], as quais estão na base da diferenciação dos tipos de ciência e de seus respectivos métodos. [...] A experiência externa é o que delimita o âmbito das ciências naturais [*Naturwissenschaften*]. Por experiência externa Dilthey entende aquilo que é dado nos sentidos, ou seja, as percepções. Já a experiência interna é aquela que delimita o âmbito das ciências humanas, que Dilthey chama de 'ciências do espírito' [*Geistwissenschaften*]". REZENDE JR, J. O problema da experiência na disputa sobre o método científico: Dilthey, Windelband e Rickert. Disponível: http://ww w .ucs. br/ etc/ revistas/ index. php/ conjectura. Acesso em 05/07/2024. p. 141.

[586] "A investigação 'compreensiva' dos motivos do historiador é uma imputação causal no mesmo sentido lógico que a interpretação causal de qualquer processo individual da natureza, pois a sua finalidade é a constatação de uma razão 'suficiente' (pelo menos, como hipótese), bem como o é também a finalidade da pesquisa das partes individuais dos complexos processos naturais [...] Amaneira de usar a categoria de causalidade realmente difere de disciplina para disciplina e, num certo sentido , realmente temos de admitir tal fato - com isso se modifica também o seu conteúdo. De modo que, a nosso ver, da totalidade das suas partes, às vezes uma, às vezes outra, perderia o seu sentido se encarássemos com seriedade a aplicação do princípio da causalidade e a levássemos às últimas consequências". WEBER, Max. Op. Cit. p. 98.

[587] WEBER, Max. Op. Cit. p. 153.

nos pode proporcionar". Ulises Ordóñez Schimil[588] ensina que não há uma realidade *em-si* ou hipostasiada das relações sociais:

> […] *Weber observa que la relación social no constituye sustancia alguna. No debe ser hipostasiada, pues sólo 'consiste, pues, plena y exclusivamente, en la probabilidad de que se actuará socialmente, en una forma (con sentido) indicable'. Señala que en una relación social puede ser permanente, es decir, que exista, en este caso la probabilidad de la repetición continuada de una conducta con el sentido de que se trate... La existencia de relaciones sociales consiste tan sólo en la presencia de este 'chance' la mayor o menor probabilidad de que tenga lugar una acción de un sentido determinado y nada más.*

Embora esta ideia de apriorismo não seja uma categoria do entendimento tal como Kant preconizou para o conhecimento acerca da natureza (*Metaphysische der Natur*) na KrV[589], *i.e.*, passando ao largo de questões epistemológicas como a "consciência" ou o "eu transcendental"[590] (*cf.* Habermas, *ut. supra*), a "imagem mental" do *Tipo ideal* se apresenta como um "arquétipo teórico" - um *juízo de atribuição de significado* - uma categoria racional para apreensão do irracional, ou, uma condição para a objetividade do discurso sociológico[591]

---

[588] SCHIMIL, Ulises Ordóñez. El concepto del derecho en als teorias de Weber y de Kelsen. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/970/9.pdf Acesso em 06/08/2024. p. 166-167.

[589] "*Could these value relations, which are methodologically determining, themselves be open to social-scientific analysis as a real context operating on the transcendental level? Could the empirical content of the fundamental decisions shaping the choice of a theoretical principle itself be elucidated in the context of social processes? It seems to me that it is precisely in Weber's theory of science that one can demonstrate the connection between methodology and a sociological analysis of the present. Weber himself, however, like the Neo-Kantians in general, was enough of a positivist to forbid himself this type of reflection*". (Essas relações de valor, que são metodologicamente determinantes, poderiam estar abertas à análise socio científica como um contexto real operando no nível transcendental? O conteúdo empírico das decisões fundamentais que moldam a escolha de um princípio teórico em si poderia ser elucidado no contexto dos processos sociais? Parece-me que é precisamente na teoria da ciência de Weber que se pode demonstrar a conexão entre a metodologia e uma análise sociológica do presente. O próprio Weber, no entanto, como os Neokantianos em geral, foi positivo o suficiente para se proibir esse tipo de reflexão). HABERMAS, J. On the logic of the social sciences. MIT Press, 1988, p. 16.

[590] Heidegger: "No pensamento moderno *ratio,* razão, é a essência da subjetividade, isto é, da egoidade do homem. Por isso, para Kant, o homem é aquele "animal" *(animal)* que pode dizer "eu". [...] "A essência da subjetividade, chamada por egoidade da *perceptio* e da *repraesentatio,* é, assim, essencialmente distinta do "egoísmo" do eu individual e, de acordo com Kant, a essência do ego consiste precisamente no vigor da consciência em geral, como a essência de uma humanidade que se coloca para si mesma". HEIDEGGER, M. Parmênides. Op. Cit. p. 197.

[591] "[...] não é somente na história e nas outras ciências que fazem uso das ferramentas conceituais da investigação histórica que encontramos afirmações universalmente válidas sobre a ação humana. Tal conhecimento também constitui o fundamento das ciências normativas - ética, a filosofia do direito e a jurisprudência sistemática. A principal tarefa da filosofia política, da filosofia do direito e da ciência política é a obtenção de conhecimento universalmente válido dos fenômenos sociais". MISES, Ludwig Von. Problemas epistemológicos da economia. São Paulo: UICLAP, 2022, p. 78.

pela perspectiva do observador, fazendo jus à herança neokantiana da *Süddeutsche Schule* (*razão prática*)[592].

Este pressuposto metodológico de organização da realidade social é, nas palavras de Max Weber[593]:

> *Er ist ein Gedankenbild, welches nicht die historische Wirklichkeit oder gar die ‚eigentliche' Wirklichkeit ist, welches noch vielweniger dazu da ist, als ein Schema zu dienen, i n welches die Wirklichkeit als Exemplar eingeordnet werden sollte, sondern welches die Bedeutung eines rein idealen Grenz begriffs hat, an welchem die Wirklichkeit zur Verdeutlichung bestimmter bedeutsamer Bestandteile ihres empirischen Gehaltes gemessen, mit dem sie verglichen wird. Solche Begriffe sind Gebilde, in welchen wir Zusammenhänge unter Verwendung der Kategorie der objektiven Möglichkeit konstruieren, die unsere, an der Wirklichkeit orientierte und geschulte Phantasie als adäquat beurteilt.*

Em tempo, Max Weber esclarece que o *Tipo ideal* é um arquétipo lógico do pensamento e uma necessidade metodológica de investigação do fenômeno social, reforçando a rejeição da ideia que reduz a dimensão fática das relações humanas a uma realidade empírica "fechada *em-si mesma*", como objeto "passivo de descrição" da sociologia[594]:

> No que diz respeito à investigação, o conceito de tipo ideal propõe-se a formar o juízo de atribuição. Não é uma 'hipótese', mas pretende apontar o caminho para a formação de hipóteses. Embora não constitua uma exposição da realidade, pretende conferira ela meios expressivos unívocos [...] Obtém-se um tipo ideal mediante a acentuação unilateral de um ou de vários pontos de vista e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados, difusos e discretos que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo os pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim de se formar um quadro homogêneo de pensamento.

---

[592] "Para Weber, antes de qualquer coisa, todo objeto científico é puramente racional, pois ele mesmo é uma construção do pensamento, e não uma realidade que, por sua vez, é em-si infinita e irracional". TRINDADE, Lucas S. Max Weber e a Formacao Conceitual do Capitalismo. Recife: UFPE, 2016, p. 32-33.

[593] (É uma imagem mental que não é a realidade histórica nem mesmo a realidade 'real', que se destina ainda menos a servir de esquema no qual a realidade deveria ser classificada como exemplo, mas que tem o significado de um conceito de fronteira puramente ideal, com o qual a realidade é medida para ilustrar certos componentes significativos do seu conteúdo empírico, com os quais é comparada. Tais conceitos são estruturas nas quais construímos conexões usando a categoria de possibilidade objetiva, que nossa imaginação treinada e orientada para a realidade julga ser adequada). WEBER, Max. Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922, p. 194.

[594] WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais. Op. Cit. p. 109.137 - 138.

E, pela explicação de Kelsen[595]:

> *Dies muß Weber gegenüber nur darum bemerkt werden, weil der „Staat im Sinne der „verstehenden Soziologie“ offenbar ein „Idealtypus“, eine begriff- liche Konstruktion streng zweckrationalen Handelns, d. h. ein ge- dachtes Zwecksystem ist, das man als Deutungsschema menschlichen Handelns benützt. „Verstehen“, und zwar als „Staat“ verstehen kann man menschliches Verhalten nur insoweit, als es diesem „kon- struierten“, gedachten System entspricht.*

Por desfecho, o *positivismo jurídico* em contraste com as ciências sociais, embora adote semelhantes *intellectus archetypus* apriorísticos para atribuir sentido à sua realidade, como o nexo de *imputação normativa* na ausência de uma *causalidade empírica* no direito, a produção de seu *conhecimento* consiste em *descrever*, não um comportamento social, mas a *norma jurídica* como objeto de estudo, e, a *conduta humana*, *cf.* Kelsen[596]: “[...] só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”.

Cabe ainda a advertência do jurista canadense Michel Coutu, sobre o cuidado de fazer a aproximação entre Weber e Kelsen do ponto de vista do arquétipo do *Tipo ideal*:[597]

> *The interrogation then extends to the central Weberian methodological device, the Ideal type, as these legal concepts are transformed into idealized organizational forms through which to interpret the degree of collective direction and co-ordination of human action. The initial affinity between Kelsen and Weber regarding the essentially cognitive character of the notion of the State is also, through Kelsen’s critique of Weber, an instance of intense divergence*.

---

[595] (Isso só deve ser observado em relação a Weber porque o ‘estado’ no sentido de ‘entender a sociologia’ é obviamente um ‘Tipo ideal’, uma construção conceitual de ação estritamente racional de propósito, ou seja, um sistema imaginário de propósitos que é usado como um esquema interpretativo da ação humana. O comportamento humano só pode ser ‘compreendido’, ou melhor, entendido como um ‘Estado’, na medida em que corresponde a esse sistema "construído", imaginado). KELSEN, HANS. Der soziologische und der juristische staatsbegriff: kritische untersuchung des verhältnisses von staat und recht. TÜBINGEN: J. C. B. Mohr, 1928, P.158.

[596] RR2: 50.

[597] (A interrogação então se estende ao dispositivo metodológico weberiano central, o tipo Ideal, à medida que esses conceitos legais são transformados em formas organizacionais idealizadas por meio das quais se interpreta o grau de direção coletiva e coordenação da ação humana. A afinidade inicial entre Kelsen e Weber em relação ao caráter essencialmente cognitivo da noção de Estado também é, por meio da crítica de Kelsen a Weber, um exemplo de intensa divergência). COUTU, Michel. Max Weber and Hans Kelsen: formal rationality and legitimacy of modern law. In.: The Reconstruction of the Juridico-Political. Affinity and Divergence in Hans Kelsen and Max Weber. New York: Routledge, 2016, p. 8.

Por conclusão, percebe-se que o fenômeno social pode ser objeto de estudo de diversas especialidades das ciências humanas, porém, cada especialidade em seu escopo, projeta no fato um conjunto de impressões e interpretações segundo seu aparato teórico de significação, a *juridicidade*, portanto, não pode ser considerada como uma propriedade intrínseca à facticidade ou aos "influxos e injunções de forças e valores socialmente imbricados", mas como um predicativo atribuído por instrumentos de apreensão restritos ao domínio do direito positivo.

Trata-se de um compromisso que, no início do século XX, o *positivismo* e as formulações teóricas em geral prestavam ao paradigma linguístico do Círculo de Viena e sua concepção científica e antimetafísica do mundo.

Entretanto, convém lembrar que a *teoria pura* ao atribuir aos instrumentos do direito positivo a prerrogativa exclusiva de apreender juridicamente o fenômeno social, não pretende com isso, afirmar que o direito constituído pelo efeito da apreensão seja puro, posto que é animado por elementos fáticos/valorativos ainda passíveis de percepção e análise dos múltiplos ramos das humanidades, como a história, a sociologia ou a psicologia[598].

Significa afirmar que o fenômeno jurídico constituído pela norma (*a priori*) e seu conteúdo vinculado, poderá ser objeto de uma apreensão pura, tal como esclarece Kelsen: "*The law may be the object of different sciences; the Pure Theory of Law has never claimed to be the only possible or legitimate science of law. Sociology of law and history of law are others. They, together with the structural analysis of law, are necessary for a complete understanding of the complex phenomenom of law*"[599]. Afinal, "[…] *la teoría pura del derecho es una teoría pura del derecho, no la teoría de un derecho puro como sus críticos han afirmado erróneamente a veces*"[600].

Kelsen oferece um "método puro" - exclusivamente jurídico - para descrever avaloralivamente um objeto constituído de uma estrutura normativa *a priori* (estrutura

[598] Umas das heranças epistemológicas do neokantismo, foi a resistência contra a teses do psicologismo como fundamento do conhecimento científico: "Não obstante esta diferença fundamental, existem não menos essenciais coincidências entre as duas escolas neokantianas, as quais giram em torno ao seu comum rechaço do psicologismo". In.: GONZÁLEZ PORTA, M. A. A polêmica em torno ao psicologismo de Bolzano a Heidegger. Síntese. REV. DE FILOSOFIA V. 31 N. 99. Belo Horizonte, v. 31, n. 99. 2004, p. 124.

[599] (O direito pode ser objeto de diversas ciências; a Teoria Pura do Direito nunca reivindicou ser a única ciência do direito possível ou legítima. A sociologia do direito e a história do direito são outras. Elas, juntamente com a análise estrutural do direito, são necessárias para uma compreensão completa do complexo fenômeno do direito). KELSEN, H. Law, State and Justice in the Pure Theory of Law. In.: WIJ: 294.

[600] KELSEN, H. ¿Que és la teoria pura del derecho? (1953). Trad. E. G. Valdéz. México DF: Distribuiciones Fontamara, 2009, p. 30.

nomológica) animada por elementos socialmente dinâmicos, ou seja, a *Rechtsnorm* (*norma jurídica*) sendo uma *prescrição valorativa* - um imperativo da vontade humana - poderá ser descrita objetivamente por enunciados científicos jurídicos (avalorativos) qualificados como *deskriptiven Rechtssätzen* (proposições normativas).

Um estudo sobre direito constitucional representaria um conjunto de *proposições normativas* restrito à ciência jurídica, bem como o sentido de *juridicidade* (constitucional) que a *norma* atribui à realidade[601], porém, a forma como se constituem empiricamente os valores recepcionados pela Constituição e os impactos sociais causados pela sua promulgação, são objetos de estudos abertos às demais disciplinas, como a história, sociologia ou psicologia.

Se o direito positivo tem a prerrogativa exclusiva de vincular *juridicidade* ao conteúdo, compete à *teoria geral do direito positivo* oferecer os instrumentos capazes de produzir um conhecimento estritamente jurídico, *i.e.*, a *Reinheit der Rechtswissenchaft* (pureza da ciência do direito) consiste em conhecer o direito com seus próprios meios[602], como pretende Kelsen, a despeito das demais humanidades: "Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, [...] intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto"[603]. Ricardo Maurício Freire Soares[604] acrescenta:

> A teoria pura do direito consiste em uma reação ao sincretismo epistemológico no conhecimento jurídico, afirmando a autonomia e a especificidade metódica da ciência do direito, comprometidas seja pela tentativa metafísica do jusnaturalismo de convertê-la em uma filosofia da justiça (subordinação da validade pela legitimidade), seja pela tentativa empirista do historicismo e do sociologismo jurídico [...].

Sendo assim, assumir a prerrogativa de analisar a dimensão estritamente jurídica (nomológica/estrutural) do direito e a *juridicidade* que ela atribui ao fato como objetos de estudo, revela um dos aspectos da *Reinheit der Rechtswissenchaft* (pureza da ciência do direito)[605] que o *positivismo* propõe para reivindicar autonomia da produção do conhecimento para a ciência jurídica.

---

601 "Toda proposição jurídica que pretenda descrever perfeitamente este Direito deve conter tanto o elemento formal como o elemento material". RR2: 161.
602 "Nós, juristas, não precisamos de empréstimos linguísticos pois encontramos na realidade que nos é própria, o instrumental lógico mais adequado e necessário". REALE, M. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 254.
603 KELSEN, H. Normas jurídicas e análise lógica. Loc. Cit.
604 FREIRE SOARES, R. M. Op. Cit. p. 164.
605 "Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental". KELSEN, H. Normas jurídicas e análise lógica. Loc. Cit.

cf. Kelsen[606]:

> *Mi crítica, orientada a la pureza del método jurídico, iba no tanto contra la confusión del conocimiento jurídico-positivo con postulados políticos, sino antes que nada contra el sincretismo de una consideración sociológica o psicológica dirigida a las normas de derecho y su contenido, al cobijar lo jurídico con la conducta efectiva de los hombres y su transcurso conforme a las leyes de la naturaleza. En mi opinión, la imprescindible pureza metódica para la ciencia jurídica, no ha sido garantizada de manera tan rigurosa por ningún filósofo como Kant al subrayar la oposición de deber ser y ser. Por eso la filosofia kantiana fue desde el comienzo mi guía.*

Feitas estas considerações sobre a *metodologia das ciências sociais,* pergunta-se: Como Kelsen explica o recorte do objeto de estudo e a metodologia da *ciência jurídica*? Como estabelecer um *nexo de causalidade* a margem do empírico ou de um padrão comportamental da sociedade, para a produção de um conhecimento objetivo e avalorativo para o direito?

Para responder estas questões, adentra-se na filosofia kantiana, no neokantismo e no paradigma linguístico do positivismo jurídico.

[606] KELSEN, H. Autobiografia. Op. Cit. p. 54.

1.3. REAÇÃO NEOKANTIANA AO PSICOLOGISMO

> *La Théorie Pure du Droit a rendu la philosophie de Kant beaucoup plus fertile pour le droit; elle a contribué à son perfectionnement sans adhérer en tous points à la philosophie kantienne du droit. Si l'on estime que l'œuvre de Kant est représentative de la vraie philosophie allemande, la Théorie Pure du Droit est la plus allemande de toutes les philosophies du droit élaborées en Allemagne depuis l'époque de Kant. En disant cela, je m'adresse à tous ceux qui, dans l'atmosphère pestiférée de nos jours, se contentent de combattre la Théorie Pure du Droit en prétendant qu'elle est anti- allemande sans essayer de la comprendre.*
>
> Hans Kelsen[607]

A objeção de Hans Kelsen contra o sincretismo metodológico que se aventurou pelo campo jurídico relativizando as fronteiras da sua realidade, exigiu a concepção de uma Teoria Geral do Direito[608] fundamentada em diretrizes da lógica e da epistemologia capaz de instrumentalizar e suportar um programa científico jurídico que seja apto e suficiente para produzir com *Eigengesetzlichkeít* (autonomia), um conhecimento objetivo e intersubjetivamente demonstrável, reconhecendo, contudo, a importância das demais disciplinas em interpretar as múltiplas facetas do fenômeno jurídico, *cf.* seus objetivos e o que permitem seus respectivos instrumentos de análise. Observa Mário Giuseppe Losano[609] que o *positivismo jurídico*: "[...] se localiza entre as doutrinas avalorativas, ou seja, as teorias que se propõem a descrever o próprio objeto e não a lhe atribuir um entendimento tido por melhor que outros, propondo-se a fazer ciência [...]"[610].

---

[607] (A Teoria Pura do Direito tornou a filosofia de Kant muito mais fértil para o direito; ela contribuiu para o seu aperfeiçoamento sem aderir em todos os aspectos à filosofia kantiana do direito. Se considerarmos que a obra de Kant é representativa da verdadeira filosofia alemã, a Teoria Pura do Direito é a mais alemã de todas as filosofias do direito desenvolvidas na Alemanha desde a época de Kant. Ao dizer isto, dirijo-me a todos aqueles que, na atmosfera de peste dos nossos dias, se contentam em combater a Teoria Pura do Direito, alegando que ela é anti-alemã, sem tentarem compreendê-la). In.: TREVES, Renato, Perrin Jean-François. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennes. Op. Cit. p. 334.

[608] "A Teoria Pura do Direito é uma teoria [...] em geral, não de uma ordem jurídica especial". RR2: 1.

[609] LOSANO, M. G. O valor da justiça na obra de Kelsen. UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, 2014, p. 32.

[610] Vide o interessante comentário de Joseph Ra
z sobre as "diversas interpretações" do mesmo fenômeno: "*Often what passes for several interpretations does not amount to an affirmation of interpretive pluralism. Several interpretations may illuminate several different aspects of the same work. For example, one may concentrate on the iconography of a painting, the other on its formal structure. Both can be integrated in a single more complete interpretation of the painting. Interpretive plural- ism*

Em razão de um senso comum ainda persistente no mundo acadêmico entre os "não-iniciados" no estudo do *positivismo jurídico*, que confunde *ciência jurídica* com teoria da argumentação, com decisões judiciais, sociologismos, axiologismos, política e toda sorte de teorias sobre o direito, deve-se insistir que Hans Kelsen propõe uma "*teoria pura do direito*", nota-se pela simples leitura do título de sua obra: "*Teoria Pura do Direito*". Não é, pois, uma "teoria do direito puro", posto que o fenômeno jurídico é tensionado pela moral, pelos valores da cultura e pela política.

Neste sentido, importante o posicionamento de Kelsen sobre a distinção entre *direito* e *teoria do direito*[611]:

> *L'offuscamento della distinzione tra diritto e teoria del diritto e teoria una tendenza molto caratteristica della scienza borghese del diritto. Tale offuscamento ha qui diverse cause. Esso si spiega in primo luogo con la sopraccennata azione reciproca tra i due livelli dell'ideologia. Quando si parla del diritto invece che di teoria del diritto, si sostiene ad esempio che e il diritto a compiere questa o quella distinzione o che è il diritto a presupporre questa o quella cosa, mentre nei fatti e soltanto la teoria del diritto che compie la distinzione o la presupposizione in questione, al fine di interpretare la relata del diritto esistente in una direzione già interamente determinata, e precisamente politicamente determinata.*

A *methodische Reinheit* (pureza metodológica) é atributo da *teoria científica do direito*, não dos fatos e valores que compõem o fenômeno social do direito. A *epistemologia jurídica*, a *pureza metodológica*, enfim, não se explicam por conceitos jurídicos, ao contrário, os conceitos jurídicos são desenvolvidos *a partir* de princípios gerais da lógica, da epistemologia e da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) aplicados em todos os

---

is manifested by the fact that several competing interpretations can all be good interpretations: for example, that both Glenn Gould's and Wilhelm Kempff's interpretations of Beethoven piano sonatas can be excellent". (Muitas vezes, o que passa por várias interpretações não equivale a uma afirmação de pluralismo interpretativo. Várias interpretações podem iluminar vários aspectos diferentes do mesmo trabalho. Por exemplo, um pode se concentrar na iconografia de uma pintura, o outro em sua estrutura formal. Ambos podem ser integrados em uma única interpretação mais completa da pintura. O plural interpretativo se manifesta pelo fato de que várias interpretações concorrentes podem ser boas interpretações: por exemplo, que as interpretações de sonatas de piano de Beethoven de Glenn Gould e Wilhelm Kempff podem ser excelentes". RAZ, Joseph. Between Authority and Interpretation on the Theory of Law and Practical Reason. NY: Oxford University Press, 2009, p. 226.

[611] (A indefinição da distinção entre direito e teoria do direito e da teoria é uma tendência muito característica da ciência jurídica burguesa. Essa ofuscação tem várias causas aqui. Explica-se, em primeiro lugar, pela já mencionada acção recíproca entre os dois níveis de ideologia. Quando falamos de direito em vez de teoria do direito, argumentamos, por exemplo, que é o direito que faz esta ou aquela distinção ou que é o direito que pressupõe isto ou aquilo, quando na verdade é apenas a teoria do direito que faz a distinção ou pressuposto em questão, a fim de interpretar os relatos do direito existente numa direção já inteiramente determinada e precisamente determinada politicamente). KELSEN, Hans. La teoria generale del diritto e il materialismo storico. Introduzione e iraduzione di Francesco Riccobono Roma: Christengraf, 1979, p. 69.

ramos do conhecimento científico, razão pela qual, a explicação do *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (negócio jurídico como fato gerador de direito), não pertence a outro ramo, senão da Teoria geral do direito positivo. Neste sentido, Pierluigi Chiansoni ainda acrescenta que a *Teoria pura do direito* contém[612]: "[...] um nível metateórico e metadogmático, no qual se situa uma epistemologia jurídica pura: uma teoria das condições às quais a teoria geral e o estudo doutrinário do direito podem ser considerados atividades genuinamente científicas, idôneas a procurar um conhecimento objetivo e exato do direito positivo".

Tal como no projeto *crítico kantiano*, quando a *filosofia prática* que contempla a *ética* e o *direito* só poderia ser desenvolvida após estabelecidos os princípios gerais da *razão teórica*, *i.e.*, das condições de possibilidade do conhecimento humano, para que o direito não se reduza a mera opinião, o *positivismo jurídico* também assenta a dogmática jurídica em princípios gerais da cognição, o direito é pensado a partir de uma base epistêmica suportada por diretrizes do conhecimento científico e não da mera opinião de um jurista. Afinal, o direito não deve ser, como dantes, um castelo ideológico que paira no ar ao sabor do autoritarismo partidário, dos ajustes espúrios da política e de projetos pessoais de poder, os conteúdos e valores relevantes à sociedade que pretendem ser abrigados por sistemas normativos, esperam apoiar-se, ao menos, em pilares estáveis no terreno da inteligibilidade e da cientificidade.

Como diz Miguel Reale sobre o compartilhamento de diretrizes comuns à todos os sistemas de conhecimento[613]: "Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários"; e conclui: "[...] toda e qualquer ciência implica a existência de princípios, uns *universais* ou *omnivalentes* (ou seja, comuns a todas as ciências); outros *regionais* ou *plurivalentes* (comuns a um grupo de ciências) e outros, ainda, *monovalentes*, por só servirem de fundamento a um único campo de enunciados".

A lógica geral e os princípios da inteligibilidade fazem parte deste núcleo comum das ciências, no entanto, o conhecimento jurídico também possui domínio próprio, como disse Miguel Reale, regido por princípios *monovalentes* exclusivos do discurso jurídico.

Com efeito, um dos legados mais importantes que Hans Kelsen deixou e permanecerá inalterável, foi a concepção de uma realidade exclusiva para o direito que só permite ser

---

[612] CHIASSONI, Pierluigi. O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen. Tradução Heleno Taveira Torres; Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 532.
[613] REALE, Miguel. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 60.

explorada e conhecida por instrumentos que lhes são próprios, circunscritos aos domínios da *Teoria Geral do Direito Positivo*.

Quando Miguel Reale[614] escreve que:

> Há um grande equívoco em pensar que nós podemos transferir categorias lógicas de um campo para outro, empregando uma terminologia emprestada da Física, da Anatomia ou da Biologia, para se explicar melhor o fenômeno jurídico. O Direito tem sua dignidade, o que quer dizer suas categorias próprias de pensamento. Nós, juristas, não precisamos de empréstimos linguísticos pois encontramos na realidade que nos é própria, o instrumental lógico mais adequado e necessário.

Significa dizer, ao menos sob o ponto de vista do *positivismo*, que o direito não precisa recorrer às terminologias e instrumentais teóricos das demais áreas das humanidades para conhecer seu objeto, no entanto, uma pretensa ciência jurídica deve compartilhar, mais uma vez, como todas as ciências, os princípios gerais da inteligibilidade humana, as diretrizes gerais da lógica e das metodologias desenvolvidas pela teoria do conhecimento, pois contemplam as regras da produção do conhecimento científico para todas as áreas, uma prerrogativa exclusiva de estudo da filosofia epistemológica, neste sentido, diz Matheus Pelegrino da Silva[615]:

> Kelsen não apenas concordou com o método defendido pelo Círculo de Viena, mas também incorporou um dos princípios fundamentais deste movimento intelectual em seu pensamento, a saber, a ideia de que cada ciência específica (tal como, exemplificativamente, a ciência do direito) precisa levar em consideração os conhecimentos das outras disciplinas que possuem o mesmo objeto de estudo e integrá-los em sua própria construção, de tal modo que um mesmo objeto pudesse ser investigado a partir de diferentes perspectivas.

Bem como Martin Heidegger[616]: "A lógica, enquanto ciência, brota da filosofia, como toda e qualquer ciência [...]", e, *cf. ab initio*, não há ramo do saber, teórico ou prático, que ao indagar-se sobre os princípios em que se assentam a validade dos seus enunciados, não se reporte às categorias filosóficas fundamentais da inteligibilidade.

As objeções de Kelsen também retroagem às tentativas anteriores de se propor uma ciência exclusiva para o direito, posto que não cumprem os requisitos gerais da metodologia

---

[614] REALE, Miguel. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 249.
[615] Pelegrino da Silva, Matheus. Conexões entre Kelsen e o Círculo de Viena. Connections between Kelsen and the Vienna Circle. Ágora Filosófica, Recife, v. 19, n. 2, p. 117-151, mai./ago., 2019. p. 118. Disponível em: https://www1.unicap.br/ojs/index.php/agora/article/view/1440 Acesso em 19/07/2002.
[616] HEIDEGGER, M. Lógica: A pergunta sobre a essência da linguagem. F. C. Gublekian. Lisboa, 2008. p. 43

científica, profundamente debatidos e ressignificados na transição para o século XX, direcionando-se, particularmente, à *Analytical jurisprudence* (Jurisprudência analítica) de John Austin, teoria que inspirou a proposta do positivismo em *autonomizar* o saber jurídico. Assim advertiram as primeiras linhas da *Teoria pura do Direito*[617]: "[...] a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política".

Hans Kelsen estrutura e instrumentaliza seu programa científico à luz da *Erkenntniskritik* (crítica do conhecimento) de Kant, no entanto, como já mencionado, mediado pelas discussões oitocentistas do *neocriticismo alemão*, sobretudo pelas contribuições de Hermann Cohen na metodologia do conhecimento, *cf.* Hans-Diter Kelin[618]: "*Aus dem methodischen Erbe von Kants Transzendentalphilosophie unternahm"*; (A partir do legado metodológico da Filosofia Transcendental de Kant); *i.e.*, Cohen a interpretou como *Eine Methode fur die Eine Erkenntnis* (um método para o conhecimento), ou, mais precisamente, um *Transzendentale Methode* (*método transcendental*), que será aplicado por Hans Kelsen pela *Reinheit der Methode* (pureza do método) da *doutrina científica do direito*.

Para Hermann Cohen, a filosofa é um estudo sobre a "razão científica" e trata da *forma do conhecimento*, passando ao largo do *conteúdo* do conhecimento ou dos aspectos psicológicos (da consciência) do sujeito cognoscente, ou seja, o *Transzendentale Methode* (*método transcendental*) de Cohen como *forma* de conhecer, dispensa qualquer especulação sobre uma possível consciência psicologizada por trás do "*eu/sujeito transcendental*", princípio mais geral da cognição humana *cf.* a Crítica da razão pura*,* assim ensina o neokantiano russo Boris Walentinowitsch Jakowenko (1884 - 1949)[619]: *Diese Methode bezeichnet eine Resignation in bezug auf Wunder, auf die „vortheoretische" Tatsache, auf das Leben und Erlebnis; darum ist sie skeptisch. Sie bereitet der Tra,nszendentalität eine vollständige Befreiung von dem Psychologismus; darum ist sie an den Transzendentalismus angewiesen.*"; (Este método denota uma resignação em relação aos milagres, ao fato "pré-teórico", à vida e à experiência; é por

[617] RR2: 1.
[618] KLEIN, Hans-Diter. Hermann Cohen und der kritische Idealismus. Österreichische Akademie der Wissenschaften Kommission für Geschite und Philosophie der Wissenschaften. Disponível em: https:// www.oeaw.ac.at/kgpw/arbeitsgruppen/hermann-cohen-und-der-kritische-idealismus Acesso em 02/09/2024.
[619] JAKOWENKO, Boris Walentinowitsch. Was ist die Transzendentale Methode? In.: Bericht über den III. Internationalen Kongress für Philosophie. Op. Cit. p. 799.

isso que ela está cética. Prepara a transcendentalidade para a libertação completa do psicologismo; É por isso que depende do transcendentalismo).

Significa dizer que filosofia do conhecimento, epistemologia, método científico ou a fundamentação da própria ciência, não são objetos da psicologia.

A proposta filosófica de transpor os limites da razão kantiana para perscrutar a "*consciência* como a parte mais íntima e fundamental do sujeito", foi motivada pelos *idealistas alemães*, entre eles, Fichte, Hegel e Schelling, notadamente influenciados pelo *Romantismo* em ascensão de Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832)[620], *cf.* Alena Brunelli, o traço distintivo do *romantismo* de Goethe é que ele[621]: "*Es lädt den Leser dazu ein, über die menschliche Existenz und ihre Beziehungen zur natürlichen Welt nachzudenken und die tiefe Verbundenheit zwischen ihnen zu erkennen*". (Convida o leitor a refletir sobre a existência humana e sua relação com o mundo natural, reconhecendo a profunda conexão entre eles); ou seja, os *idealistas românticos* também enalteciam a relação do homem com o mundo, à sensibilidade e à criatividade do "eu" na experiência estética com o mundo sensível, enfim, um *Rückkehr zur Natur* (retorno à natureza).

Também digno de nota o precioso ensinamento de Sebastian Luft sobre alguns aspectos fenomenológicos pouco conhecidos, mas que dão suporte filosófico a arte e o romantismo de J. W. Goethe[622], considerando[623]:

> *The phenomenological aspect of Goethe, which also accounts for his difference with Newtonianism, is his decidedly subjective account of nature, of our experience of it, not nature itself as a noumenal entity governed by static laws. Hence, just as Goethe was a transcendental philosopher despite his rejection of Kantianism, he was equally a phenomenologist avant la lettre,*

---

[620] *Cf.* Will Dudley: "Schelling começou a publicar quando ainda era adolescente, atraindo rapidamente a atenção e a admiração do grande Goethe, e em 1798, com 23 anos, foi nomeado a uma cátedra de filosofia de Jena. Juntando-se a Fichte na faculdade, Schelling foi considerado como um herdeiro incipiente e justo da tradição kantiana, e sua ascensão foi ainda mais acelerada quando Fichte foi repentinamente desligado da universidade no ano seguinte. Enquanto esteve em Jena, Schelling participou e se beneficiou de um círculo intelectual que incluiu um número de figuras-chave no nascimento do romantismo". DUDLEY, Will. Idealismo alemão. Op. Cit. p.132.

[621] BRUNELLI, Alena. Romantik und Natur in Goethes Werken. Disponível em: https:// urn. nsk. hr/ urn: nbn: hr: 162:013422 Acesso em 09/09/2024. Zadar: Sveučilište u Zadru, 2004, p. 40.

[622] Interessado pelas ciências, Goethe escreve obras como a *Versuch die Metamorphose der Pflanzen zu erklären* (Metamorfose das Plantas - 1790) e a *Zur Farbenlehre* (Teoria das cores - 1810). Manteve contato com diversos filósofos, entre eles Wilhelm von Humboldt e Benjamin Constant.

[623] (O aspecto fenomenológico de Goethe, que também explica sua diferença com o newtonianismo, é seu relato decididamente subjetivo da natureza, de nossa experiência dela, não a natureza em si como uma entidade numenal governada por leis estáticas. Portanto, assim como Goethe foi um filósofo transcendental apesar de sua rejeição ao kantismo, ele foi igualmente um fenomenólogo *avant la lettre*, devido ao seu fascínio pela aparência e manifestação da natureza no sujeito experimentador). LUFT, Sebastian. The Space of Culture Towards a Neo-Kantian Philosophy of Culture (Cohen, Natorp, and Cassirer). Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 146.

> *due to his fascination with the appearance and manifestation of nature in the experiencing subject.*

Trata-se de uma postura perante o conhecimento que ignora as rígidas categorias do entendimento iluminista e o projeto filosófico da modernidade pautado na autoridade da razão, como também ensina Anthony K. Jensen[624]:

> *Kant (1724-1804) was doubtless the most famous living philosopher of Goethe's youth. Yet Goethe only came to read him seriously in the late 1780s, and even then only with the help of Karl Reinhold (1757-1823). While he shared with Kant the rejection of externally imposed norms of ethical behavior, his reception was highly ambivalent. In a commemoration for Wieland (1773-1813) he asserts that the Kritik der reinen Vernunft (1781/7) is "a dungeon which restrains our free and joyous excursions into the field of experience.*

Neste sentido de retorno à natureza, posteriormente explorado pela fenomenologia com o lema *Zurück zu den Sachen selbst* (voltar às coisas mesmas), Michael James Inwood acrescenta que paralelamente a Goethe, J. W. Friedrich Hegel[625]: "*In rough outline, however, he saw the world as a whole on the model of a mind, a mind which, as it were, projects an object ('nature') of which it can be conscious. This object develops by stages into men, and they become conscious not only, in various ways, of nature but of the cosmic mind itself and of its relationship to nature*". (Em linhas gerais, no entanto, ele viu o mundo como um todo no modelo de uma mente, uma mente que, por assim dizer, projeta um objeto ('natureza') do qual pode ser consciente. Esse objeto se desenvolve por etapas nos homens, e eles se tornam conscientes não apenas, de várias maneiras, da natureza, mas da própria mente cósmica e de sua relação com a natureza).

No entanto, a *Erkenntniskritik* (crítica do conhecimento) *kantiana* não reconhece a tentativa de reduzir as categorias do entendimento a uma "unidade psicologizada" que antecede e governa o conhecimento - *e.g.*, um sujeito histórico - ou ainda, convergir a filosofia transcendental em um conceito psicológico de consciência, como fizeram os idealistas.

Nas palavras de Kant, o *sujeito transcendental* não se confunde com a ideia de consciência[626]: "Por este 'eu', ou 'ele', 'aquilo' (a coisa) que pensa, nada mais se representa

---

[624] JENSEN, Anthony K. Johann Wolfgang von Goethe (1749 -1832). In.: The Internet Encyclopedia of Philosophy (IEP). Disponível em: https://iep.utm.edu/goethe/ Acesso em 30/09/2024.
[625] INWOOD, Michael James. Hegel. London: Routledge & Kegan Paul, 2003, p. 18.
[626] KrV, A346/B404: 356.

além de um sujeito transcendental dos pensamentos"; portanto, é comum confundir-se[627]: "[...] a *abstração* possível da minha existência, empiricamente determinada, com a suposta consciência de uma existência possível do meu eu pensante *isolado* e julgo *conhecer o* que há em mim de substancial como sujeito transcendental, quando apenas tenho no pensamento a unidade da consciência, que é o fundamento de toda a determinação, considerada como simples forma de conhecimento [...]", ou seja[628]: "[...] sujeito transcendental, que nos é desconhecido empiricamente, deve ser pensado como fundamento desses fenômenos e seu encadeamento. Esse fundamento inteligível não se refere às questões empíricas, mas diz respeito, de certa maneira, ao pensamento no entendimento puro [...]".

A objeção do neokantismo é que estes pressupostos da Crítica da razão pura não deveriam ser reinterpretados à luz da "criatividade estética" de um "eu" e de uma consciência psicologizada, ou, para usar um termo que surgirá depois com Sigmund Freud (1856 - 1939), pelos *Triebe und Triebschicksale* (instintos e suas vicissitudes)[629], que trata de uma síntese da "energia psíquica" que precipuamente atende as exigências de sua natureza fisiológica, cuja interação com o mundo fenomênico ignora quaisquer categorias transcendentais do conhecimento e os limites da própria razão, caminho que optaram os românticos idealistas.

Importante destacar que o debate entre o *idealismo alemão* e o *neokantismo* durante o século XIX, orbita precisamente em torno do tema da "invasão psicologista[630]" na filosofia kantiana, ou melhor, no *sujeito transcendental* da Crítica da razão pura, debate que irá repercutir diretamente na *adesão* do argumento *epistemológico jurídico* de viés *filosófico* (não psicológico) pelo *positivismo kelseniano*, e, por consequência, em sua proposta de fundamentar o *direito subjetivo* e as *normas negociais* por critérios de validação estabelecidos por postulados *jurídicos-científicos*, não psicológicos.

Importante destacar que para fundamentar a *juridicidade* dos acordos privados, ainda que travados pelo princípio da *autonomia da vontade dos indivíduos*, o *positivismo jurídico* se opôs às teorias tradicionais dos *das Rechtsgeschäft* (negócio jurídico) em geral, que sempre

---

627 KrV, A395/B427: 396
628 KrV, A546/B574: 482
629 Vide: FREUD, Sigmund. Triebe und Triebschicksale (1915). Studienausgabe Band III. Psycholgie des Unbewußten. Frankfurt: Fischer Taschenbuch Verlag. 1982.
630 PSICOLOGISMO (in. *Psychologism;* fr. *Psycbologisme-,* ai. *Psychologísmus;* it. *Psicologismo).* 1. Este termo tem origem no séc. XIX; designa em primeiro lugar qualquer filosofia que assuma como fundamento os dados da consciência, como reflexão do homem sobre si mesmo. ABBAGNANO, Nicolás. Dicionário de filosofia. Tradução da 1.ª edição brasileira coordenada e revisada por A. Bossi; revisão da tradução e tradução de novos textos de Ivone C, Benedetti. 5. ed. SP: Martins Fontes, 2007, p. 811.

recorreram à *vontade psicologizada* (quando não *metafísica*) dos particulares para justificar a "causa" dos direitos subjetivos e dos efeitos jurídicos por eles pactuados.

Para o *positivismo*, só a lei é fonte de lei, aliás, desde John Austin[631]: "*Every legal right is the creature of a positive law*"; (Cada direito legal é criatura de uma lei positiva); ou seja, só o *direito positivo* é fonte de *direito* e objeto de estudo exclusivo da *ciência normativa*. Aliás, uma curiosa nota de Albert Calsamiglia em relação à ideia dos costumes como "fonte do direito", de acordo com o positivismo[632]:

> *Respecto a la costumbre existe un problema semejante. Kelsen cree que la costumbre puede ser considerada por la constitución como hecho creador de derecho. El problema surge cuando la constitución no dice nada respecto a la costumbre y ésta es considerada como hecho creador de derecho por los órganos de aplicación. El jurista vienés tiene que suponer que la norma fundamental habilita a la costumbre como hecho creador de derecho.*

Se a *Reinheit der Methode* (pureza do método) da *doutrina científica do direito* exclui questões de natureza psicológica para validar o direito e o conhecimento jurídico, logo, o *método transcendental coheniano* (como será abordado adiante), torna-se referencial epistemológico para o positivismo, considerando que ele se dirige às[633]: "[…] *formale Bedingungen der Möglichkeit der Erfahrung und damit der Erfahrungsgegenstände*". (condições formais da possibilidade da experiência e, portanto, dos objetos da experiência), ou seja, da possibilidade do conhecimento *a priori* independente, como se disse, das especulações sobre a "consciência" - ser ou não - um precedente do *eu transcendental*.

Em outras palavras, o estudo coheniano foi direcionado à *razão especulativa kantiana*, apartando-se de qualquer abordagem sobre o sujeito cognoscente, bem como dos possíveis desdobramentos que qualquer psicologismo poderia ter na *filosofia prática* (ética e direito). Razões pelas quais, Cohen condenou a incursão dos *idealistas alemães* pelos meandros "transcendentais da subjetividade", sob o pretexto de encontrar um suposto conteúdo subjacente às funções lógicas da razão, como, de alguma forma, fizeram Fichte, Schelling e Hegel, ao questionarem a cisão categórica da filosofia entre *razão* e *sensibilidade* já estabelecida por Kant desde a obra *De mundi Sensibilis atque intelligibilis forma et principiis* (Sobre a forma e princípios do mundo sensível e inteligível - 1770).

---

631 AUSTIN, John. The province of jurisprudence Determined. London: J. M., Albermarle Street, 1832, p. p. 301.
632 CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978, p. 36.
633 COHEN, H. Kants Theorie der Erfahrung. Berlin: Ferd. Dümmlers Verlagsbuchhandlung, 1871, p. 179.

De outro lado, para o *idealismo* - em que pesem as divergências com os teóricos da psicologia de sua época - tanto a lógica, como a matemática e a filosofia, se entrelaçam com a psicologia e a experiência com o mundo exterior (típico do pensamento romântico em ascensão), logo, a necessidade de um "aperfeiçoamento" da filosofia kantiana que fosse capaz de *unificar*, em uma "*fenomenologia do espírito*", toda a experiência humana, diluindo a rígida demarcação fronteiriça das fontes *a priori* e *a posteriori* do conhecimento pela experiência estética com o mundo.

Para o *neokantismo*, isto não é apenas uma má interpretação da Crítica da razão pura, mas uma deturpação de toda a filosofia kantiana, logo, "contra o *Rückkehr zur Natur* (retorno à natureza)" pelos *românticos idealistas* - *cf.* Agemir Bavaresco (et al.)[634]: "Hegel retoma a noção de Natureza exposta por Espinosa, Schelling e o Romantismo e a integra à sistemática da Filosofia do real"; ou ainda[635]: "Ediovani A. Gaboardi em *O evolucionismo idealista de Hegel na introdução da filosofia da natureza* entende que 'o idealismo de Hegel' permite-lhe assumir uma visão mecanicista de natureza e, ao mesmo tempo (e como consequência), derivar dela a necessidade de uma abordagem teleológica" - logo, diante destas incursões à *filosofia transcendental*, também a necessidade de estudar novamente Kant, sob o lema: *Zurück zu Kant!* (volta a Kant!). Como escreveu o filósofo italiano Renato Pettoello[636]: "*O Kant, chi ti salverà dai kantiani*?". (Oh Kant, quem vai te salvar dos kantianos?).

Talvez, no direito, houvesse também a necessidade de um movimento *Zurück zu Kelsen* (Volta a Kelsen), considerando a desfiguração de seu pensamento no ambiente acadêmico jurídico, lugar onde deveria ser sacramentalmente cuidado.

Ocorre que os filósofos *idealistas*, movidos por uma índole *revisionista* do pensamento kantiano, propuseram, *cf. supra*, "teses de natureza monista" (de rejeição à dicotomia sujeito-objeto), contestando a divisão das categorias *apriorísticas* da *razão pura* e da experiência com o mundo sensível, com isso, visaram também comprometer o projeto da razão iluminista, considerando que, após a Revolução Copernicana do conhecimento, a razão passando a regular os objetos da sensibilidade, também seria capaz de haurir de si mesma as leis daquilo que *é* e do que *deveria-ser* - a "fórmula da modernidade" - que, segundo Jürgen Habermas[637], foi

---

[634] BAVARESCO, Agemir; RAMALHO, Júlia Sebba; HELFER, Inácio (Orgs.). Enciclopédia de Hegel 1817 - 2017: duzentos anos de lógica - natureza - espírito [recurso eletrônico] / Agemir Bavaresco, Júlia Sebba Ramalho; Inácio Helfer (Orgs.). Porto Alegre: Editora Fi, 2017, p. 27.
[635] Ibid. p. 13.
[636] PETTOELLO, Renato. Introduzione. In.: SCHILICK, Moritz. Il significato filosofico del principio di relatività. Traduzione di Renato Pettoello. Brescia: Morcelliana, 2014, p. 21.
[637] HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. São Paulo, Martins Fontes: 2000. p. 29.

atribuída a Hegel, considerando que foi o primeiro a conceber a *modernidade* como esta ruptura histórica, no momento em que a "subjetividade dos novos tempos" se apresenta como uma necessidade de "haurir de si mesma tudo que é normativo".

Por consequência, as objeções *idealistas* visaram desconstruir a base transcendental do criticismo da razão moderna e o suporte epistemológico da ciência, da *razão prática*, do direito e do conhecimento em geral, *cf.* Jules Vuillemin[638]:

> *Au lieu que chez Kant le primat de la Raison pratique a un sens transcendantal, c'est-a-dire qu'il répond à la volonté de fonder la possibilité d'une limite de la connaissance et d'instituer sur la découverte de cette limite le trait d'union entre le monde sensible et le monde intelligible, ce primat chez a un sens psychologique dans la mesure où il est immédiatement traduit en termes de conscience de soi et que, par l'intervention de l'intuition intellectuelle à laquelle il recourt alors nécessairement, il nivelle le monde de l'être et le monde du devoir-être, perdant ainsi la signification transcendantale du concept de noumène pour en établir la signification métaphysique.*

A experiência com mundo, dirão os *idealistas*, extrapolam os limites transcendentais da razão, e, o *Aufklärung* (esclarecimento) bem como o *Sapere Aude* (ouse a saber), símbolos do pensamento moderno, deveriam ser superados.

De acordo com o filósofo polonês Tomasz Kubalica[639]: "*Im neunzehnten Jahrhundert war die Erkenntnistheorie der gemeinsame Nenner der philosophischen Opposition gegenüber dem deutschen Idealismus geworden, die sich jedoch auch in Bezug auf Kants Kritik der reinen Vernunft herausgebildet hatte. Im Zentrum dieser Erkenntnistheorie stand vor allem die Methodologie der Natur - und Geschichtswissenschaften*". (No século XIX, a epistemologia havia se tornado o denominador comum da oposição filosófica ao idealismo alemão, que também se desenvolveu em relação à Crítica da Razão Pura de Kant. No centro dessa epistemologia estava, acima de tudo, a metodologia das ciências naturais e históricas).

Os *idealistas* ao considerarem a necessidade de buscar uma "essência e unidade para a cognição", à revelia das *categorias a priori do entendimento*, consideraram também uma

---

[638] (Se em Kant o primado da Razão prática tem um significado transcendental, isto é, responde ao desejo de fundar a possibilidade de um limite de conhecimento e de estabelecer na descoberta deste limite a ligação entre o mundo sensível e o mundo inteligível, esta primazia em Fichte tem um significado psicológico na medida em que se traduz imediatamente em termos de autoconsciência e que, através da intervenção da intuição intelectual à qual ele necessariamente recorre, ele nivela o mundo do ser e o mundo do deveria ser, perdendo assim o significado transcendental do conceito de número para estabelecer seu significado metafísico). VUILLEMIN, Jules. L'héritage kantien et la révolution copernicienne; Fichte, Cohen, Heidegger. Paris: PU de France, 1954, p. 138.

[639] KUBALICA, Tomasz. Unmöglichkeit der Erkenntnistheorie Leonard Nelsons Kritik an der Erkenntnistheorie unter besonderer Berücksichtigung des Neukantianismus. Frankfurt: PL, 2017, p. 57-58

possível volta à unidade cartesiana da consciência e da natureza humana[640], expressa na conjunção entre o *res cogitans* e na *res extensa*[641].

Neste sentido, vale relembrar o ensinamento de Martin Heidegger sobre a unidade da "autoconsciência do sujeito cartesiano":

> No início da filosofia moderna se encontra a proposição de Descartes: *ergo cogito, ergo sum*, "eu penso, logo eu sou". Toda a consciência das coisas e do ente em sua totalidade é reportada à autoconsciência do sujeito humano como fundamento inabalável de toda certeza. A realidade do real determina-se no tempo subsequente como objetividade, como algo que é concebido por *meio* do sujeito e *para* este como aquilo que é lançado e mantido em oposição à ele.

Decorrente destas incursões ao transcendentalismo pelos idealistas românticos, surgiram diversas ramificações e propostas epistemológicas pós-kantianas, de cunho metafísico, psicológico e a reação *lógico-transcendental neokantiana*, esta última iniciada por Hermann Cohen e que repercutirá no *positivismo jurídico* de Hans Kelsen, *cf.* Simone Goyard-Fabre[642]: "[...] o neokantismo balizou o caminho no qual o racionalismo crítico deveria encontrar no universo jurídico, escutando a mensagem kantiana, as condições da pensabilidade e da legitimidade do direito".

Tomasz Kubalica ainda oferece um resumo didático destas ramificações teóricas pós-kantianas que merece destaque[643]: "*Im Sinne der Philosophie von Kant, die nach den notwendigen Bedingungen der Möglichkeit der Erkenntnis gefragt hat, wurde „die Frage nach dem Wesen der Erkenntnis in die Frage nach den Voraussetzungen derselben umgestaltet ". Als Folge der Frage nach der Deutung dieser Voraussetzungen wurden verschiedene Arten der Erkenntnistheorie ausgelöst: (1) die metaphysische, (2) die psychologisch - genetische und (3) die transzendental-logische*". (No sentido da filosofia de Kant, que indagava sobre as condições necessárias para a possibilidade de cognição, 'a questão da essência da cognição foi transformada na questão dos pressupostos dela'. Como consequência da questão da

---

[640] "A consciência não é outra coisa senão a presença do espírito que vem esclarecer toda coisa. É a clareza interior e imediata da luz natural toda pura. Em outros termos, a consciência, imediata e interior, se traduz por uma dupla metáfora: aquela da vista - na passagem da *Recherche de la Vérité* que se segue imediatamente à ocorrência do termo 'consciência' - e aquela da luz. É uma visão esclarecedora antes que esclarecida". FAYEL, E. Descartes e a consciencia em la rercherche de la verite par la lumiere naturelle. Educação e Filosofia, Uberlândia, v. 26, n. 51. Disponível em: https://seer.ufu.br/index.php/educacaofilosofia/article/view/17636. Acesso em: 07/09/2024.
[641] HEIDEGGER, Martin. Nietzsche II. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007. p. 95.
[642] GOYARD-Fabre, Simone. Op. Cit. p. 227.
[643] KUBALICA, Tomasz. Ibid. p. 58.

interpretação desses pressupostos, vários tipos de epistemologia foram acionados: (1) a metafísica, (2) a psicológica-genética e (3) a lógica-transcendental).

Nota-se que todos estas considerações teóricas foram fundamentais para a percepção paradigmática do *positivismo jurídico* e para uma visão integral do pensamento kelseniano.

Já se pode antecipar, portanto, que o legado da *metodologia transcendental coheniana* - dedicada a *forma de conhecer objetos,* desinteressada em conteúdos psicológicos e recusando reduzir o conhecimento a um conceito de consciência - repercutirá diretamente no *positivismo jurídico* na revisão epistemológica de todas as tentativas anteriores de fundamentar a *juridicidade* em elementos *metajurídicos* como a autonomia da vontade.

Por exemplo, a *Anlaytical jurisprudence* de John Austin propôs separar Estado e Direito, afirmando que o direito (*juridicidade*) decorre da "vontade estatal", outro exemplo, como será visto, a tese da *origem* dos direitos subjetivos e do direito negocial, do *pandectista*[644] alemão Bernhard Windscheid[645], que, após críticas à sua tese, precisou reconsiderar que a "vontade" não é do titular, mas do ordenamento, contudo, continua sendo a "vontade" o fundamento originário do direito. Ora é a "vontade" do indivíduo, do ordenamento ou do Estado. O positivismo colocará termo à questão pela cientificidade.

Considerando os propósitos deste trabalho, mais uma vez, insiste-se que a importância de compreender a interpretação coheniana da *filosofia transcendental* como "método da experiência", diz respeito ao fato de que ela foi adotada por Hans Kelsen para depurar a fonte dos direitos subjetivos e a validade da função criadora de direitos da norma negocial, de elementos psicologizados e estranhos à epistemologia jurídica.

Em geral, a proposta coheniana abriu caminho para Hans Kelsen dar suporte ao processo de purificação dos elementos *metajurídico*s (sociologismo, psicologismo e metafísica) de toda sua *ciência do direito*.

---

644 "Pandectistas" foram os juristas da escola *Pandektenwissenschaft* (estudo dos padenctas) que estudaram o Digesto de Justiniano. "(*Digesta, Pandecta*, ou *Codex enucleati juris*). Compõe-se de 50 livros, que se dividem, segundo a matéria, em títulos, excetos os três livros, XXX, XXXi, XXXii '*de legatis, et fideicommissis*' que quando se citam para diferença um dos outros se acrescenta i, ii, iii". In.: VIEIRA DA SILVA, L. A. História interna do Direito Romano Privado até Justiniano. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2008, p. 36.

645 O *Pandektenwissenschaft* (estudo dos padenctas), foi a base do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* - Código Civil alemão de 1900), que teve a participação de Bernhard Windscheid. *Cf.* Peter Ashton: "A primeira comissão preparatória composta de 11 juristas iniciou seus trabalhos ainda em 1874. Bernhard Windscheid era um dos onze. Windscheid assumiu no mesmo ano (1874) a sua cátedra de Direito Romano na Universidade de Leipzig e, à época, o seu Manual Direito das Pandektas dominava a Ciência e Prática jurídicas na Alemanha. A 'comissão dos onze'trabalhou 13 anos antes de portas fechadas e, em 1887, apresentou a sua primeira versão de um BGB". ASHTON, Peter Walter. A História da Elaboração do BGB Alemão. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS p. 225. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70711 Acesso em 16/09/2024.

A *pureza metodológica* do *positivismo jurídico*[646] baseada na *Kants Transzendental philosophie* (Filosofia transcendental de Kant) interpretada por Cohen, torna-se um instrumento fundamental para separar o estudo da *ciência jurídica* (*ciências das normas*), não apenas do psicologismo, mas do sincretismo metodológico das ciências sociais, da política, da teoria da argumentação, da axiologia e das demais incursões à realidade jurídica. Neste sentido, Kelsen escreve em sua autobiografia que[647]: "*Con la profundización en la corriente de Marburgo de la filosofía kantiana, tendiente a la más elevada pureza metódica, se agudizó mi visión sobre las numerosas y muy graves perturbaciones experimentadas por la teoría jurídica a través de las tendencias políticas conscientes o inconscientes de los autores*".

As interpretações cohenianas da filosofia transcendental que consideram aspectos formais da metodologia do conhecimento científico - possível *a priori* - também foram aplicadas pelo *positivismo jurídico* para prevenir qualquer "associação jusnaturalista" em relação aos princípios fundantes da *teoria pura do direito*, por exemplo, que comumente se faz contra a *Grundnorm* (Norma Hipotética Fundamental), confundindo-a com uma norma jurídica, por vezes com a Constituição, como um mandamento estatal, ou até mesmo com toda sorte de psicologismo, posto que trata de um postulado da epistemologia jurídica. Em Eduardo Bittar[648]: "Esta não é a norma constitucional de um Estado (Constituição da Argentina, Constituição da França, Constituição do Brasil...), mas sim um pressuposto lógico do sistema, o cume da pirâmide escalonada de normas jurídicas. Ela não existe historicamente, e nem fisicamente, mas é pressuposta logicamente".

Robert Walter faz a mesma ressalva de que não se pode confundir a *Grundnorm* com qualquer ordem superior jusnaturalista[649]:

> *Mit der Lehre von der Grundnorm soll aber auch deutlich gemacht werden, daß die Reine Rechtslehre die positive Rechtsordnung nicht auf eine „höhere Ordnung" - etwa eine Moralordnung oder ein Natur recht- zurückfuhrt. Sie*

---

[646] "Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito". RR2: 1.

[647] KELSEN, H. Autobiografia. Op. Cit. p. 57.

[648] BITTAR, Eduardo Carlos B. A Justiça Kelseniana. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 96, p. 541-563, 2001. p. 546. Disponível em: https:// www. revistas. usp.br / rfdusp/ article/ view/67517. Acesso em 18/10/2024.

[649] (A doutrina da norma básica também pretende deixar claro que a doutrina jurídica pura não rastreia a ordem jurídica positiva de volta a uma "ordem superior" - como uma ordem moral ou uma lei natural. Ele quer representar apenas a lei positiva. No entanto, como ela o apresenta apenas sob o pressuposto da norma básica, todas as objeções que acusam a Doutrina Pura do Direito de sustentar a opinião de que todo ser humano é obrigado a obedecer aos sistemas positivos efetivos de ordem - por mais repreensíveis que sejam - são ineficazes). WALTER, Robert. Hans Kelsens Rechtslehre: Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1999, p. 16.

> *will eben ausschließlich das positive Recht darstellen. Indem sie dieses aber eben nur unter der Annahme der Grundnorm darstellt, gehen alle Einwände ins Leere, die der Reinen Rechtslehre vorwerfen, sie vertrete die Meinung, daß jeder Mensch verpflichtet sei, den effektiven positiven Anordnungssystemen - und seien sie noch so verwerflich - zu gehorchen.*

À luz da interpretação coheniana da filosofia transcendental, não há nada para se especular sobre uma "ontologia jusnaturalista" da *Grundnorm*, seria ceder às quimeras estéticas dos românticos. A *Grundnorm* como postulado da *epistemologia jurídica* é herança deste momento da história, da reação neokantiana contra o idealismo e o psicologismo.

*
* *

Uma breve nota sobre a *Grundnorm* neste contexto histórico citado, *ut. supra*, por Tomasz Kubalica, sobre as interpretações pós-kantianas da lógica-transcendental associadas ao *positivismo kelseniano*. *Cf.* Kelsen, a *Grundnorm* é um *pressuposição lógico-transcendental*[650], legado deste debate, mas o tema será desenvolvido em apartado.

Preliminarmente, a *Grundnorm* (Norma hipotética fundamental) é a regra base do sistema normativo positivo, um princípio axiomático que converge toda a validade do sistema de normas em uma unidade lógica, *cf.* Kelsen[651]: "Uma 'ordem' e um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade.

Renato Treves e Jean-François Perrin compartilham o entendimento de que a *Grundnorm* tem origem na filosofia kantiana, mais precisamente, do método desenvolvido por Cohen no embate contra os idealistas[652]:

> *Même si, dans un certain sens, il est exact d'affirmer que la théorie de la norme fondamentale trouve son origine dans le principe de l'économie de la pensée de Mach et dans la théorie de la fiction de Vaihinger, je préfère renoncer, à la suite de nombreux malentendus, à m'inspirer de ces deux*

[650] RR2: 141.
[651] RR2: 21.
[652] (Mesmo que, em certo sentido, seja correto afirmar que a teoria da norma fundamental tem sua origem no princípio da economia do pensamento de Mach e na teoria da ficção de Vaihinger, prefiro abster-me, na esteira de numerosos mal-entendidos, de me inspirar nesses dois autores. O ponto principal é que a teoria da norma fundamental deriva inteiramente do método de hipótese desenvolvido por Cohen). TREVES, Renato; Perrin, Jean-François. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennes. Op. Cit. p. 335.

> *auteurs. L'essentiel est que la théorie de la norme fondamentale découle entièrement de la méthode de l'hypothèse développée par Cohen.*

Ocorre que não há nenhum elemento empírico ou valorativo na *Grundnorm*, bem como não carrega nenhum conteúdo deontológico ou vontade psicologizada. A *Grundnorm* trata de uma princípio formal dos sistemas de conhecimento herdado da filosofia kantiana, atuando como um *estatuto teórico*, tal como - na terminologia positivista - um *Erkenntnistheoretische Prinzip* (Princípio epistemológico), ou ainda, um *Ausgangspunkt fuer die juristische Konstruktion* (Ponto de partida para a construção jurídica) na *configuração arquitetônica*[653] *dos ordenamentos positivos*[654], conferindo-lhe validade, identidade e unidade, e, assim, capacitando "o sistema de normas" a recepcionar toda sorte de conteúdos fático/valorativos e "torná-los jurídicos"[655]. Afinal, diz Hans Kelsen que a Teoria pura do direito[656]: "*Sie ist im Sinne der Kantischen Philosophie erkenntnis-theoretisch-transzendental, nicht metaphysisch-transzendent. Gerade dadurch bewahrt sie ihre radikal anti- ideologische Tendenz* [...]". (É epistemológico-transcendente no sentido da filosofia kantiana, não metafísico-transcendente. É precisamente por isso que ela mantém sua tendência radicalmente anti-ideológica).

Em Kelsen[657]: "Uma 'ordem' é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade". Mais uma vez, todo este aparato teórico é suportado pela interpretação coheniana da filosofia crítica kantiana, utilizada por Kelsen como forma de conhecer o direito, *cf.* Stefan Hammer[658]: "[...] Kelsen estava plenamente consciente de que a noção de norma fundamental era a chave necessária para se fundar uma teoria do direito livre da metafísica e do sincretismo metodológico".

Este "*sistema de conceitos puros fundamentais*", *cf.* a expressão utilizada por Claus-Wilhelm Canaris, para se referir às estruturas lógicas do *positivismo*, são[659]: "[...] categorias puramente formais, que subjazem a qualquer ordem jurídica imaginável, ao passo que a unidade

---

[653] *Mutatis mutantis*: "Por *arquitetônica* entendo a arte dos sistemas. Como a unidade sistemática é o que converte o conhecimento vulgar em ciência, isto é, transforma um simples agregado desses conhecimentos em sistema, a arquitetônica é, pois, a doutrina do que há de científico no nosso conhecimento em geral e pertence, assim, necessariamente, à metodologia". KrV A832/B860: 669.

[654] "Uma 'ordem' é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade". RR2: 21.

[655] "Tornar jurídico" não é mágica jusnaturalista, pois a *juridicidade* depende de uma estrutura *a priori*.

[656] RR1: 35.

[657] RR2: 21.

[658] HAMMER, Stefan. A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law? In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms*: critical perspectives on kelsenian themes. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 177-194, 1998.

[659] CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na Ciencia do Direito. 3. ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbekian, 2002, p. 27.

valorativa é sempre de tipo material e só pode realizar-se numa ordem jurídica historicamente determinada; sobre isso, porém, os sistemas de puros conceitos fundamentais, pela sua própria perspectivação, não querem nem podem dizer nada".

Afinal, como já se disse alhures, o direito não é um amontoado de regras que flutuam no nada e que se relacionam ou se aplicam aleatoriamente ao alvedrio das autoridades, ao contrário, o direito é um conjunto de *normas positivas* que se apoia em uma *Der Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) formal, pré-ordenada e fundamentada por diretrizes gerais da lógica e da teoria do conhecimento.

*
* *

Uma palavra a mais sobre neokantismo:

> *Kelsen orientó se en sus estudios jurídicos, desde un principio, hacia el espíritu de la Filosofía kantiana. El imperativo de pureza metódica encontró una firme base en la radical oposición kantiana, entre el ser y el debe ser. Kelsen, en un comienzo, tomó la filosofía kantiana en la forma que la habían dado los filósofos de la escuela sudoccidental alemana, y entre ellos, de un modo muy especial Windelband y Rickert. Después de la publicación de los Hauptprobleme y con motivo de una recensión de esta obra, aparecida en los Kantstudien* (*1912*)*, consagró Kelsen su atención a la Filosofía neokantiana de la escuela de Marburg* […].
>
> Recaséns Siches[660]

A *Marburg Schule* ("*la corriente de Marburgo de la filosofía kantiana*") pertence ao *neocriticismo* (ou neokantismo)[661], um movimento acadêmico no século XIX liderado pelos filósofos Hermann Cohen, Heinrich Rickert, Wilhelm Windelband, Paul Gerhard Natorp e Ernst Cassirer, com intuito de *reabilitar a filosofia kantiana* e responder ao revisionismo da "filosofia transcendental" proposta pelos *idealistas alemães*, entre eles, Fichte, Hegel e Schelling.

Ricardo E. S. Martins recomenda que[662]: "A primeira coisa a ser dita sobre o Neokantismo é que se trata de um movimento pelo retorno a Kant, para, dentre outros objetivos, refutar o Psicologismo dominante no século XIX"; da mesma forma, Frederick C. Beiser[663]:

---

[660] SICHES, R. Estudio preliminar. KELSEN, H. Compêndio de Teoria General del Estado. Op. Cit. p. 9-10.

[661] *NEO-KANTIANISM (Neukantianismus). Neo-Kantianism is one of Germany's most important philosophical movements of the later 19th and early 20th centuries. Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, and Emil Lask were the main representatives of the Southwest German school. They tried to supplement Immanuel Kant's theory of knowledge with a value-philosophy and a methodology for the humanities. They divided reality into two different realms: the theoretical realm of the facts of natural science and the practical realm of values, which were studies in the humanities. Hermann Cohen, Paul Natorp, and Ernst Cassirer belonged to the rival School of Marburg. This school used Kant's theory of knowledge to explain the possibility of science, and thus reduced his philosophy to epistemology*. (O neokantismo é um dos movimentos filosóficos mais importantes da Alemanha do final do século 19 e início do século 20. Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert e Emil Lask foram os principais representantes da escola do sudoeste da Alemanha. Eles tentaram complementar a teoria do conhecimento de Immanuel Kant com uma filosofia de valor e uma metodologia para as humanidades. Eles dividiram a realidade em dois domínios diferentes: o domínio teórico dos fatos das ciências naturais e o domínio prático dos valores, que eram estudos nas humanidades. Hermann Cohen, Paul Natorp e Ernst Cassirer pertenciam à rival Escola de Marburgo. Esta escola usou a teoria do conhecimento de Kant para explicar a possibilidade da ciência e, assim, reduziu sua filosofia à epistemologia). A HEIDEGGER DICTIONARY. Ibid. p.197.

[662] MARTINS, R. E. S. A ciência do direito como uma ciência humana: Porto Alegre: Editora Fi, 2016, p. 38.

[663] BEISER, Frederick C. The Genesis of Neo-Kantianism. 1796-1880. Oxford University Press, 2014, p. 17.

"[...] *there was the reaction against the psychological interpretation of Kant in the 1870s and 1880s by the later neo-Kantians, especially by Windelband and Cohen. The argument that Kant's transcendental philosophy is epistemology and not psychology made it seem legitimate to leave out of account a tradition of interpretation that had stressed the psychological aspect of Kant's Project*". (Houve a reação contra a interpretação psicológica de Kant nas décadas de 1870 e 1880 pelos neo-kantianos posteriores, especialmente por Windelband e Cohen. O argumento de que a filosofia transcendental de Kant é a epistemologia, e, não a psicologia, fez parecer legítimo deixar de fora uma tradição de interpretação que havia enfatizado o aspecto psicológico do projeto de Kant).

Em que pese *psicologismo* ser uma terminologia do século XIX, que ainda fez oposição ao *hegelianismo* (principal teoria do *idealismo*), considera-se que a mera tentativa de relacionar a filosofia a uma "autoconsciência do sujeito" - na unidade de um "eu psíquico" - é uma forma incipiente de *psicologismo*, ou seja, termo também utilizado para[664]: "[...] designar a confusão entre a gênese psicológica do conhecimento e sua validade; ou a tendência a julgar justificada a validade de um conhecimento, quando na verdade só se explicou seu acontecimento na consciência". O *idealismo alemão* é conhecido sobretudo pelas críticas de Friedrich Hegel[665] contra o *Aufklärung* (esclarecimento) e o projeto iluminista do século XVIII, promoveu a descrença na razão moderna em sua obra *Glauben und Wissen* (Fé e saber - 1802), conforme escreve Espen Hammer[666]:

> *In his earliest phase of serious intellectual engagement, in Tübingen, Bern and Frankfurt in the 1790s, Hegel appeared as a strong critic of the Enlightenment project, arguing that it promotes an instrumental, fragmenting, and ultimately distorted vision of rationality. The Enlightenment had celebrated understanding [Verstand] or reflection at the expense of reason [Vernunft]).*

A insurgência do *idealismo* contra a rigidez estrutural da *razão teórica* - motivo da reação dos *neokantianos* da *Marburg Schule* e fundamental para compreensão da

---

[664] ABBAGNANO, N. Dicionário de filosofia. SP: Martins Fontes, 2007, p. 811.
[665] "Assim, Hegel foi certamente o maior teórico da cultura do idealismo alemão [...]". PLEINES, Jürgen-Eckardt HEGEL, Friedrich. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010, p. 16.
[666] (Em sua primeira fase de sério engajamento intelectual, em Tübingen, Berna e Frankfurt na década de 1790, Hegel apareceu como um forte crítico do projeto do Iluminismo, argumentando que ele promove uma visão instrumental, fragmentadora e, em última análise, distorcida da racionalidade. O Iluminismo celebrou a compreensão [*Verstand*] ou a reflexão à custa da razão [*Vernunft*]). HAMMER, Espen. Habermas and Kant - Hegel contrast. In. German idealism. NY: Routledge, 2007, p. 115.

epistemologia jurídica da *teoria pura do direito* - trata da questão da *redução formalista* do *sujeito* - "*eu transcendental*" (a-histórico) - como pré-condição da experiência sensível.

Ao contrário de estabelecer uma dicotomia na relação sujeito-objeto (*cf.* o *idealismo subjetivo*), separando categoricamente as funções lógicas da razão dos dados brutos dos objetos da experiência empírica (pilares da "Revolução Copernicana" do conhecimento), os *idealistas* entenderam, com nuances teóricas particulares a cada filósofo (Fichte, Schelling e Hegel), que as condições cognitivas da experiência com o mundo *transcendem* as categorias puras do entendimento, no momento em que o *criticismo* circunscreve em seu domínio, as *origens*, as *limitações* e a *extensão* da *Vernunft* (razão).

Nesse sentido, Juan Adolfo Bonaccini[667] anota que: "A Fenomenologia de Hegel, portanto, reformula uma parte da metafísica especial, a saber, a psicologia, ao relacioná-la parcialmente com a teoria do conhecimento e com a teologia, compreendendo a alma e o que ela pode e deve conhecer, ao mesmo tempo, no plano humano e divino, no plano da consciência singular e no plano da consciência universal", bem como em Michael James Inwood[668]: "*Hegel, however, does not accept the sharp dichotomy between the a priori and the empirical that Kant presented to him. (It is not clear, of course, that he properly understood it.) Our knowledge of nature, for example, is, in its broad outlines at least, both a posteriori and a priori, both discovered empirically by scientists and subsequently derived from pure thought by philosophers*". (Hegel, no entanto, não aceita a nítida dicotomia entre o a priori e o empírico que Kant lhe apresentou. (Não está claro, é claro, se ele entendeu corretamente.) Nosso conhecimento da natureza, por exemplo, é, pelo menos em suas linhas gerais, tanto a posteriori quanto a priori, ambos descobertos empiricamente por cientistas e subsequentemente derivados do pensamento puro por filósofos).

Há, portanto, uma desconfiança dos *idealistas* em relação à separação entre as funções lógicas da cognição e a experiência sensível exigidas pelo criticismo. Neste contexto pós-kantiano, a "autoridade da *razão*" está *sub judice* e as fronteiras rígidas do *discurso filosófico da modernidade* foram intencionalmente fragilizadas, o que permitiu a incursão das teses psicologistas para reivindicaram para si a prerrogativa de fundamentar o conhecimento.

---

[667] BONACCINI, Juan Adolfo. "O Conceito hegeliano de "Fenomenologia" e o problema do Ceticismo". Disponível em: http://www.hegelbrasil.org/revista.htm. Acesso em 30/08/2024. p. 59.
[668] INWOOD, Michael James. Hegel. London: Routledge & Kegan Paul, 2003, p. 117.

Em contrapartida, houve um movimento de *reabilitação* do criticismo *pelos neokantianos*, liderado por filósofos de duas escolas diferentes*, a Süddeutsche Schule* (Escola de Baden)[669] e da *Marburg Schule* (Escola de Marburg)[670], esta segunda orientou a metodologia do conhecimento do *positivismo jurídico* de Hans Kelsen, como ensina Helmut Holzhey[671]:

> *Although the Marburg and the Southwest schools were separated by virtue of the fact that they had different founders, they did share a common critical idealism that distinguished them from a critical realism as it was propounded for instance by Alois Riehl. This third large scale attempt to re-appropriate Kant's critical philosophy in a contemporary form was marked by an appreciation of tradition and of empiricism. Not only were the empirical sciences analyzed here in order to identify their rational a priori elements, but the 'real' elements representing the given were acknowledged as well. In general, the early neo-Kantianism of the 1870s was characterized by a multitude of ties to positivismo.*

Os neokantianos alegam que os *idealistas* chegam a uma conclusão equivocada devido uma deturpação intencional dos próprios termos do *criticismo*, pois, quando não se faz a distinção entre apriorismo e experiência, negando os princípios metafísicos reguladores e constitutivos da razão, consideram que a interação entre sujeito e natureza transcende qualquer tentativa de se estabelecer categorias *a priori* do conhecimento, sendo assim, todos os pressupostos, métodos e propósitos da filosofia crítica são transgredidos.

Por exemplo, Michael Tsarion ensina que Schelling, juntamente com[672]: "[…] *Fichte and Hegel had been driven to philosophy in their youth partly by the need to refute Kant's agnostic philosophy which, figuratively speaking, leaves us at the door of the unobservable, unknowable 'noumenal', and the sign which said no further*". (Fichte e Hegel foram levados à filosofia em sua juventude em parte pela necessidade de refutar a filosofia agnóstica de Kant

---

669 Da *Süddeutsche Schule*, destacam-se: WilheIm Windelband (1848 - 1915); Heinrich Rickert (1863-1936); Emil Lask (1875 - 1915); Gustav Radbruch (1878-1949); Max Ernst Mayer (1875-1924); Manuel García Morente (1886-1942); Luís Cabral de Moncada (1888-1974).

670 Da *Marburg Schule*, destacam-se: Hermann Cohen (1842 -1918); Heinrich Rickert (1863 - 1936); Paul Gerhard Natorp (1854 - 1924); Ernst Cassirer (1874 - 1945).

671 (Embora as escolas de Marburg e do Sudoeste tenham sido separadas em virtude do fato de terem fundadores diferentes, elas compartilhavam um idealismo crítico comum que as distinguia de um realismo crítico, como foi proposto, por exemplo, por Alois Riehl. Esta terceira tentativa em grande escala de reapropriar a filosofia crítica de Kant de forma contemporânea foi marcada por uma apreciação da tradição e do empirismo. Não apenas as ciências empíricas foram analisadas aqui para identificar seus elementos a priori, mas os elementos 'reais' reais" que representam o dado também foram reconhecidos. Em geral, o início do neo-Kantianismo da década de 1870 foi caracterizado por uma infinidade de laços com o positivismo). HOLZHEY, Helmut. Hermann Cohen's critical Idealism. Edited by Reinier Munk University of Leiden and Vrije Universiteit. Amsterdam: Springer, 2005, p. 6.

672 TSARION, Michael. Op. Cit. p. 36.

que, figurativamente falando, nos deixa à porta do 'numenal' inobservável e incognoscível, e do signo que não dizia mais nada); e, que *cf.* Schelling, [673]: "*To the Transcendental Philosophy, Nature is nothing but the organ of self-consciousness, and everything in Nature is only necessary because only through such a Nature can self-consciousness be achieved*". (Para a Filosofia Transcendental, a Natureza nada mais é do que o órgão da autoconsciência, e tudo na Natureza é necessário apenas porque somente através de tal Natureza a autoconsciência pode ser alcançada).

No entanto, importante lembrar que Kant afirma na Crítica da razão pura que o termo "*crítica*" é uma investigação[674]: "[...] da faculdade da razão em geral, com respeito a todos os conhecimentos a que pode aspirar, *independentemente de toda a experiência*; portanto, a solução do problema da possibilidade ou impossibilidade de uma metafísica em geral e a determinação tanto das suas fontes como da sua extensão e limites; tudo isto, contudo, a partir de princípios"; e que[675]: "Na verdade, a metafísica outra coisa não é senão o inventário, sistematicamente ordenado, de tudo o que possuímos pela razão pura".

Enfim, para Kant, a Crítica da razão pura[676]: "É um tratado acerca do método, não um sistema da própria ciência; porém, circunscreve-a totalmente, não só descrevendo o contorno dos seus limites, mas também toda a sua estrutura interna".

Seria legítimo, então, nas pretensões de um tratado do método explorar o conteúdo da cognição? Desconsiderar estes pressupostos basilares da Crítica da razão pura não é "questionar o criticismo", é criar outra filosofia, afinal, como Christian Krijnen lembra da advertência de Kant[677]: "*In seiner Vorrede zu den Metapbysischen Anfangsgründen der Naturwissenschaft klärt Kant nicht nur Begriffe wie Natur und Wissenschaft, sondern er lehnt auch die Möglichkeit eines gewissen Typus von Wissenschaft ab, nämlich eine Naturwissenschaft des Geistes, d.h. eine empirische Psychologie*". (Em seu prefácio aos Fundamentos Metafísicos das Ciências Naturais, Kant não apenas esclarece conceitos como natureza e ciência, mas também rejeita a possibilidade de um certo tipo de ciência, ou seja, uma ciência natural da mente, ou seja, uma psicologia empírica).

---

[673] TSARION, Michael. Op. Cit. p. 13.
[674] KrV, AXII: 31,32.
[675] KrV, AXX: 36.
[676] KrV, B XXIII: 49.
[677] KRIJNEN, Christian. Geschichtsphilosophie bei Kant, im Neukantianismus und im gegenwärtigen Kantianismus. . In.: KRIJNEN, Christian Der Begriff der Geschichte im Marburger und südwestdeutschen Neukantianismus. Herausgegeben von, Christian Krijnen, Marc de Launay. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2013, p Op. Cit. p. 43.

Os comentários abaixo de Frederick C. Beiser, retirados de duas de suas obras referenciais sobre o tema, ajudam a esclarecer didaticamente o "problema" apontado pelos idealistas sobre o "transcender as categorias do entendimento na experiência com o mundo" e a relativização da autoridade da "razão moderna". Frederick C. Beiser em *German idealism: the struggle against subjectivism* (Idealismo alemão: a luta contra o subjetivismo)[678]*:*

> *There was first of all the 'subjective' or 'formal' idealism of Kant and Fichte, according to which the transcendental subject is the source of the form but not the matter of experience. Contrary to it, there was the 'objective' or 'absolute' idealism of the romantics (Hölderlin, Novalis, Schlegel, Schelling, and the young Hegel), according to which the forms of experience are self-subsistent and transcend both the subject and object. The basic difference between these forms is simple and straightforward. While subjective idealism attaches the forms of experience to the transcendental subject, which is their source and precondition, objective idealism detaches them from that subject, making them hold for the realm of pure being as such.*

Em *The Fate of Reason German Philosophy from Kant to Fichte* (O Destino da Razão Filosofia Alemã de Kant a Fichte)[679]:

> *During the period between Kant's first Kritik and Fichte's first Wissenschaftslehre* (*1781-1794*)*, philosophers devoted themselves to a single fundamental problem. They returned again and again to this problem, though it had many guises, and though its presence was not always clearly recognized. If we were to formulate this issue in a single phrase, then we might call it 'the authority of reason'. It arises as soon as we begin to question our apparently healthy and natural faith in reason. Why should I listen to reason? What reason do I have to obey it? We demand that a person's beliefs and actions be rational; to say that they are irrational is to condemn them. But*

---

[678] (Havia em primeiro lugar o idealismo 'subjetivo' ou 'formal' de Kant e Fichte, segundo o qual o sujeito transcendental é a fonte da forma, mas não a questão da experiência. Ao contrário disso, havia o idealismo 'objetivo' ou 'absoluto' dos românticos (Hölderlin, Novalis, Schlegel, Schelling e o jovem Hegel), segundo o qual as formas de experiência são auto-subsistentes e transcendem tanto o sujeito quanto o objeto. A diferença básica entre esses formulários é simples e direta. Enquanto o idealismo subjetivo atribui as formas de experiência ao sujeito transcendental, que é sua fonte e pré-condição, o idealismo objetivo os separa desse sujeito, fazendo com que eles mantenham o reino do ser puro como tal). BEISER, Frederick C. German idealism. Ibid. p. 11.

[679] (Durante o período entre a primeira *Crítica* de Kant e a primeira *Doutrina da Ciência* de Fichte (1781-1794), os filósofos se dedicaram a um único problema fundamental. Eles retornaram repetidamente a esse problema, embora ele tivesse muitas aparências, e embora sua presença nem sempre fosse claramente reconhecida. Se fôssemos formular essa questão em uma única frase, então poderíamos chamá-la de 'a autoridade da razão'. Ela surge assim que começamos a questionar nossa fé aparentemente saudável e natural na razão. Por que eu deveria ouvir a razão? Que razão eu tenho para obedecê-la? Exigimos que as crenças de uma pessoa e ações sejam racionais; dizer que elas são irracionais é condená-las. Mas por que fazemos tal exigência? Qual é a justificativa para isso? Ou, em suma, de onde vem a autoridade da razão?). BEISER, Frederick C. The Fate of Reason German Philosophy from Kant to Fichte. Massachusetts: Harvard University Press, 1987, p. 01.

> *why do we make such a demand? What is the justification for it? Or, in short, whence the authority of reason*?

Neste período[680] de tensões e irrupções do pensamento kantiano, que representa o próprio discurso filosófico da modernidade, conforme já observado, surgiram novas teorias e interpretações do criticismo que abriram as portas para as incursões empíricas e psicologizadas à *filosofia transcendental* e a contrapartida das respectivas "resistências neokantianas".

Pode-se considerar que o resultado mais expressivo deste momento histórico para o *positivismo jurídico* é a compreensão *analítica* do direito e toda sua *pureza metodológica*, tema que tem origem na discussão neokantiana sobre a natureza do conhecimento da lógica.

Sendo assim, estes pilares fundamentais da *Teoria pura do direito* estão suportados pelas conclusões *neokantianas* oriundas do debate com o *idealismo* e o *psicologismo* sobre a relação entre *epistemologia, lógica* e *psicologia*, temas nevrálgicos para este trabalho. Neste sentido, vale lembrar dos 3 (três) vetores de racionalidade do pensamento jurídico de Hans Kelsen que orientaram este trabalho, conforme indicados por Friedrich Stadler e R. Simioni Lazzaroto: 1) *epistemológico*, 2) *psicológico/sociológico* e 3) *linguístico*[681]:

> [...] torna-se possível entender as motivações da teoria pura do direito a partir de três vetores de racionalidade: a) uma crítica às concepções psicológicas e sociológicas de ciência do direito; b) a virada linguística do neopositivismo lógico do Círculo de Viena; e c) a fundação de uma ciência genuinamente jurídica - e por isso pura - do direito.

Antes, porém, de tratar sobre a importância do estudo da relação entre *lógica*, *psicologia* e *epistemologia* - cujo maior expoente foi Friedrich Ludwig Gottlob Frege (1848 - 1925) - é conveniente apresentar breves reflexões sobre o fio condutor filosófico que levou o *positivismo jurídico kelseniano* a se alinhar a Hermann Cohen e a *Marburg Schule*, bem como estabelecer

---

680 "*Simply defined, neo-Kantianism, in a historical sense, was the movement in 19th-century Germany to rehabilitate Kant's philosophy. Neo-Kantianism was the predominant philosophical movement in Germany in the final decades of the 19th century, and its influence spread far and wide, to Italy, France, England and Russia*". (Simplesmente definido, o neo-kantianismo, em um sentido histórico, foi o movimento na Alemanha do século XIX para reabilitar a filosofia de Kant. O neo-kantianismo foi o movimento filosófico predominante na Alemanha nas últimas décadas do século XIX, e sua influência se espalhou por toda parte, para a Itália, França, Inglaterra e Rússia). BEISER, Frederick C. The Genesis of Neo-Kantianism. Op. Cit. p. 1.

681 LAZZAROTO SIMIONI, Rafael. A Teoria pura do direito de Kelsen e a sintaxe linguística do neopositivismo lógico do Círculo de Viena. Op. Cit. p. 123.

alguns paralelos com as vertentes teóricas que pretenderam revisar o pensamento de Kant a partir de interpretações *psicologistas*.

Cronologicamente aparece Johann Gottlieb Fichte (1762 - 1814), o primeiro *idealista* que se interessou pela questão da "consciência" no plano transcendental, *cf*. observa José Lamengo no campo jurídico[682]: "Ao 'deduzir' o conceito de Direito como condição da autoconsciência, Fichte unifica numa teoria transcendental do Eu a teoria transcendental da experiência e a teoria transcendental da liberdade [...]". Naturalmente que a tese da teoria transcendental da liberdade de Fichte, permeada por traços jusnaturalistas, não pertence ao paradigma do positivismo jurídico[683]. De acordo com J. Lamengo, J. G. Fichte[684]:

> [...] à semelhança de Kant (1724 -1804), estabelece como ponto de partida da sua abordagem o problema da relação da liberdade com o conceito de Direito, o modo como procede à 'dedução' do conceito de Direito (como condição da autoconsciência e não a partir da lei moral e das suas exigências) confere à 'dedução' do conceito de Direito uma importância fundamental na reconstrução das condições de possibilidade da 'experiência'"; significa dizer que: "Fichte configura as noções básicas do seu programa filosófico de uma fundamentação em termos sistemáticos absolutos da filosofia idealista transcendental.

No entanto, como denunciaram os *neokantianos*, a tentativa de estabelecer uma relação entre a "liberdade" como *princípio do direito* deduzida a partir das "condições de uma consciência psicologizada", e, não de uma *fundamentação metafísica da Lei Moral*[685], se revelará "apenas" como uma reaproximação anacrônica ao cartesianismo, inobstante as advertências da *Crítica da razão pura* sobre a separação entre os pressupostos da *filosofia transcendental* e da *psicologia*[686] (em geral), tanto no sentido da "*psicologia racional*" (termo utilizado por Kant parar se referir ao *cogito cartesiano*[687]) como da "*psicologia*

---

[682] LAMENGO, José. Apresentação. In.: FICHTE, John Gottlieb. O Fundamento do Direito Natural segundo os Princípios da Doutrina da Ciência. Trad. José Lamengo. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 2012, p. XI.
[683] Para compreender uma série de críticas que Hans Kelsen faz contra as teses jusnaturalistas, ao sociologismo e ao psicologismo, deve-se resgatar os pressupostos metodológicos da *razão teórica* interpretados por Hermann Cohen, quando ofereceu resistência contra a tendência *psicologista* da teoria do conhecimento dos idealistas, pois, sua *metodologia transcendental* repercutirá, além da *estruturação sistêmica* dos *ordenamentos positivos*, também na fundamentação epistemológica dos direitos subjetivos e da função criadora de direitos da norma negocial.
[684] LAMENGO, José. Op. Cit. p. VIII.
[685] Vide: "As acepções da liberdade na filosofia crítica". In.: FERREIRA NETTO, A. G. Ética e direito em Immanuel Kant: aspectos estruturais e formais da Metafísica dos costumes. Op. Cit. p. 83, ss.
[686] "[…] A metafísica da natureza pensante chama-se *psicologia* e, pela razão acabada de apontar, trata-se aqui apenas do *conhecimento racional* da alma". KrV, A846/B876: 678.
[687] KrV, A399/B529: 398.

empírica": ("[...] a psicologia empírica deve ser completamente banida da metafísica e já está dela completamente excluída pela ideia desta ciência)[688].

As psicologias "racional e empírica renasceram", portanto, e são retomadas pelo *idealismo alemão* para questionar a competência da *Crítica da razão pura* em estabelecer a origem, os limites e a extensão, *cf. supra*, da própria *Vernunft* (razão)[689]. Martina Huttar lembra que[690]: "*Hans Kelsens Reine Rechtslehre stellt eine klare Gegenposition dar zu*

---

[688] KrV, A849/877: 679.

[689] Aqui merece a repodução da explicação de Frederick C. Beiser cobre as variações psicologistas racionalista e empirista: "*The general fact obscured by Hegel's history of philosophy is that there were two opposing idealist traditions in Germany in the late 18th and early 19th centuries. There was the rationalist-speculative tradition of Reinhold, Fichte, Schelling and Hegel, and the empiricist-psychological tradition of Fries, Herbart and Beneke. These traditions were opposed in five fundamental ways. - The rationalist-speculative tradition rejected, while the empiricist-psychological tradition accepted, Kant's transcendental idealism in its original intended sense, that is, the limitation of knowledge to appearances and the distinction between appearances and the thing-in-itself. Rather than decrying the thing-in-itself as the great weakness of the Kantian system, as Fichte, Schelling and Hegel had done, Fries, Herbart and Beneke regarded it as its great strength. - The rationalist-speculative tradition employed a deductive or dialectical method, believing in the powers of pure thought or a priori reasoning to reach substantive conclusions; the empiricist-psychological tradition, however, stressed the importance of an empirical method, insisting that pure thinking alone could reach no substantial conclusions and that knowledge must receive its content from experience. - In Schelling and Hegel, the rationalist-speculative tradition developed into an "objective" or "absolute idealism", according to which all reality is the manifestation of the ideal, where these ideals are forms or archetypes existing independent of human consciousness; the empiricist-psychological tradition stuck to "subjective idealism", protesting that there are no such ideals and that all knowledge is relative to human consciousness. - The rationalist-speculative tradition attempted to surmount Kant's dualisms between understanding and sensibility, essence and existence, form and content, through an organic concept of nature; the empiricist-psychological tradition, however, wanted to retain these dualisms, and disputed the constitutive validity of that organic concept. - The rationalist-speculative tradition believed in the unity of reason, that is, that there is a single source of theoretical and practical reason; the empiricist-psychological tradition disputed that there is any such unity and stressed the fundamental divide between theoretical and practical reason*". (O fato geral obscurecido pela história da filosofia de Hegel é que havia duas tradições idealistas opostas na Alemanha no final do século XVIII e início do século XIX. Havia a tradição racionalista-especulativa de Reinhold, Fichte, Schelling e Hegel, e a tradição empirista-psicológica de Fries, Herbart e Beneke. Essas tradições eram opostas de cinco maneiras fundamentais. - A tradição racionalista-especulativa rejeitou, enquanto a tradição empirista-psicológica aceitou, o idealismo transcendental de Kant em seu sentido original pretendido, isto é, a limitação do conhecimento às aparências e a distinção entre aparências e a coisa em si. Em vez de condenar a coisa em si como a grande fraqueza do sistema kantiano, como Fichte, Schelling e Hegel fizeram, Fries, Herbart e Beneke a consideraram sua grande força. - A tradição racionalista-especulativa empregava um método dedutivo ou dialético, acreditando nos poderes do pensamento puro ou do raciocínio a priori para chegar a conclusões substantivas; a tradição empirista-psicológica, no entanto, enfatizou a importância de um método empírico, insistindo que o pensamento puro sozinho não poderia chegar a conclusões substanciais e que o conhecimento deve receber seu conteúdo da experiência. - Em Schelling e Hegel, a tradição racionalista-especulativa se desenvolveu em um "idealismo objetivo" ou "absoluto", segundo o qual toda realidade é a manifestação do ideal, onde esses ideais são formas ou arquétipos existentes independentemente da consciência humana; a tradição empirista-psicológica se ateve ao "idealismo subjetivo", protestando que não existem tais ideais e que todo conhecimento é relativo à consciência humana. - A tradição racionalista-especulativa tentou superar os dualismos de Kant entre entendimento e sensibilidade, essência e existência, forma e conteúdo, por meio de um conceito orgânico de natureza; a tradição empirista-psicológica, no entanto, queria reter esses dualismos e contestava a validade constitutiva desse conceito orgânico. - A tradição racionalista-especulativa acreditava na unidade da razão, ou seja, que há uma única fonte de razão teórica e prática; a tradição empirista-psicológica contestou a existência de tal unidade e enfatizou a divisão fundamental entre a razão teórica e a razão prática.). BEISER, F. Ibid. p. 12.

[690] HUTTAR, Martina. Hans Kelsen und Sigmund Freud. p. 71. Disponível em: https: // core. ac. uk/ download/ 11596155.pdf Wien: Acesso em 12/10/2024.

„jedwede[r] Form von organischen oder vitalistischen Sichtweisen des Staates, die diesen wie ein Lebewesen, einen ins Große gewendeten Menschen (makroanthropos) betrachten". (A Doutrina Pura do Direito de Hans Kelsen representa uma clara contraposição a qualquer forma de visão orgânica ou vitalista do estado que o considere como um ser vivo, um ser humano transformado no grande (macroanthropos)).

Ocorre que a *psicologia racional* do século XIX, um ensaio anacrônico, quiçá involuntário dos idealistas (considerando a nota de Michael James Inwood sobre se Hegel, de fato, compreendeu a metodologia kantiana), *mutatis mutandis*, "indiretamente" reabilitou a distante "unidade da consciência cartesiana", contudo, incorrendo na mistura de *apercepções transcendentais* e *intuições empíricas*, efeito dos "*Paralogismos da razão pura*" (erros lógicos que confunde "razão" e uma suposta "consciência empírica) já denunciados na *Primeira crítica kantiana*.

Para compreender a acusação *neokantiana* de que os *idealistas* cometeram *paralogismos* ao aderirem a hipótese da unidade da consciência da *psicologia racional cartesiana*, seguem-se, preliminarmente, os seguintes conceitos:

Cf. Michael Tsarion[691]: "*The man who believes all that exists is the product of consciousness is referred to as an Idealist.* […] *After all, an Idealist supposes that because he, as a human, thinks and has consciousness, all he sees must be an emanation of consciousness*". (O homem que acredita que tudo o que existe é produto da consciência é chamado de Idealista. [...] Afinal, um idealista supõe que, porque ele, como humano, pensa e tem consciência, tudo o que vê deve ser uma emanação da consciência).

Em L. Thorpe: "'*Paralogism' is, literally, an illogical or fallacious argument, but Kant seems to use the word in a more specific sense to refer to a syllogism in which there is equivocation, with the middle term being taken in two senses*". ('Paralogismo' é, literalmente, um argumento ilógico ou falacioso, mas Kant parece usar a palavra em um sentido mais específico para se referir a um silogismo no qual há equívoco, com o termo médio sendo tomado em dois sentidos)[692], bem como em Will Dudley[693]: "Os paralogismos resultam de uma inferência enganosa que afirma ser o sujeito da experiência ele mesmo uma substância. [...] a da psicologia racional se apoia numa grande confusão entre a consciência empírica e a ideia da

[691] TSARION, Michael. SCHELLING Understanding German Idealism. Unslaved Media, 2016, p. 9.
[692] THORPE, L. The Kant dictionary. NY: Bloomsbury, 2015, p. 152.
[693] DUDLEY, Will. Idealismo alemão. Op. Cit. p.46.

alma. As proclamações subsequentes sobre 'a alma' e suas propriedades são, portanto, nem verdadeiras nem falsas, mas em última instância sem sentido".

Para o idealismo prosseguir com a afirmação de que a dicotomização da realidade sensível e intelectiva devem se explicadas a partir de uma teoria monista da consciência, certamente é preciso renunciar à ideia de fundamentar a ciência e o método do conhecimento, assim resume Will Dudley[694]:

> "Nas ciências naturais o eclipse do Idealismo alemão coincidiu com o dramático progresso da pesquisa empírica, que fez a ontologia *a priori* de Hegel de a natureza parecer irrelevante e sem sentido. Pensava-se que Kant tinha uma compreensão melhor da relação entre a filosofia e a ciência natural; de acordo com Kant, a contribuição da filosofia está limitada no estabelecimento das condições necessárias e dos ideais reguladores que permitem e orientam a aquisição do conhecimento empírico. Em torno de 1860 esta convicção se desenvolveu num verdadeiro movimento, conhecido como neokantianismo, que adotou como seu grito de guerra o *slogan*: 'De volta a Kant!'"

Ressalva-se também que F. W. J. Schelling, não aderiu a tese da unidade da consciência cartesiana. Segundo a interpretação de Will Dudley, Schelling afirma que[695]:

> [...] a questão com que a filosofia crítica de Kant começa é idêntica à questão central de sua própria iniciativa: "Como são possíveis juízos sintéticos *a priori*? [...] Esta questão em sua mais alta abstração não é outra do que: Como é possível para o Eu absoluto sair de si e opor a si um não eu ("UHK": 81)? A equação de Schelling destas questões bem diferentes torna-se possível graças à fusão do epistemológico e o ontológico que subjaz em todo este ensaio. Kant fez uma pergunta epistemológica (Como é possível saber se alguma coisa é necessária e universalmente verdadeira que não seja uma relação conceitual analítica?) à qual Schelling oferece uma transformação ontológica (como é possível que haja assuntos diferenciados e objetos sem os quais não haveria necessidade de síntese cognitiva?).

Percebe-se que a questão levantada por Schelling, de que, como é possível a existência de objetos à margem da síntese da cognição (que Kant negava), está no âmago de toda tradição da filosofia pós-moderna, como visto no estudo preliminar sobre a transição da filosofia moderna à contemporânea.

Precisamente sobre o tema, M. Tsarion escreve sobre Schelling[696]: "*It is not a question of minds interacting with matter, but of Spirit interacting with itself in objectified form. In this*

---

[694] Ibid. p. 228.
[695] Ibid. p. 138.
[696] TSARION, Michael. Op. Cit. p. 39.

way Schelling was able to reject Kant's 'noumenal' dimension and the conundrums it gives rise to. The so-called noumenal realm is unknown only because it is the ground from which Self-consciousness arises. Although it is unknowable to us, we know it exists". (Não é uma questão de mentes interagindo com a matéria, mas do Espírito interagindo consigo mesmo de forma objetivada. Dessa forma, Schelling foi capaz de rejeitar a dimensão 'numenal' de Kant e os enigmas que ela gera. O chamado reino numenal é desconhecido apenas porque é a base da qual surge a autoconsciência. Embora seja incognoscível para nós, sabemos que existe).

Contudo, nota-se que, de um modo geral, entre Descartes, Kant e Scheling, preserva-se a ideia de que a razão regula o conhecimento, a distinção de Shelling é considerar que a própria razão é um produto da natureza.

Cf. Michael Tsarion[697]:

> *Most Idealists and Rationalists, from Descartes, Kant and Fichte onwards, devalue nature or think of it as relatively insignificant to their metaphysical or epistemological conceptions. It certainly is not considered the creator of all. This was not the case for Schelling mind you. His almost pantheistic ideas raise the ontological status of nature to a high level. After all, as he well knew, thought is an attribute of mind. But mind is an attribute of body which is in turn a product or emanation of nature, which does not think in a recognizably human manner.*

Cf. Agemir Bavaresco (et al.)[698]:

> Por outro lado, já mais perto de Hegel e de nós, o caminho filosófico de Espinosa, Kant, Fichte e Schelling também converge no sistema hegeliano como uma síntese entre substância e sujeito, entre idealismo subjetivo e objetivo na noção especulativa que atravessa toda a filosofia hegeliana. Entre o conhecido dualismo kantiano entre número e fenômeno, em categorias lógico-transcendentais simplesmente aplicadas aos fenômenos, e a indiferença schellinguiana entre Natureza e Espírito vem a síntese do modelo sistemático hegeliano configurado na unidade e universalidade da Ideia filosófica e a multiplicidade dos círculos que formam o Sistema Filosófico.

---

[697] (A maioria dos idealistas e racionalistas, de Descartes, Kant e Fichte em diante, desvaloriza a natureza ou pensa nela como relativamente insignificante para suas concepções metafísicas ou epistemológicas. Certamente não é considerado o criador de tudo. Note bem, este não foi o caso de Schelling. Suas ideias quase panteístas elevam o status ontológico da natureza a um alto nível. Afinal, como ele bem sabia, o pensamento é um atributo da mente. Mas a mente é um atributo do corpo que é, por sua vez, um produto ou emanação da natureza, que não pensa de uma maneira reconhecidamente humana). TSARION, M. SCHELLING Understanding German Idealism. Unslaved Media: Kindle Edition, 2016, p. 11.

[698] BAVARESCO, Agemir; RAMALHO, Júlia Sebba; HELFER, Inácio (Orgs.). Enciclopédia de Hegel 1817 - 2017: duzentos anos de lógica - natureza - espírito [recurso eletrônico] / Agemir Bavaresco, Júlia Sebba Ramalho; Inácio Helfer (Orgs.). Porto Alegr: Editora Fi, 2017, p. 46-47.

Paralogismo é um conceito kantiano também utilizado por Cohen para acusar os problemas lógicos do idealismo ao reabilitar a ideia de unidade da consciência, *cf*. Cohen na obra *Kants Theorie der Erfahrung* (Teoria da experiência em Kant - 1871) [699]: "*Der Paralogismus ist ein iu der Form fehlerhafter Schluss, weil im Ober - und im Untersatze nicht dasselbe Wesen gredacht wird. Auf diesen fehlerhaften Schluss, welchen Kant in vier Arten zerlegt, ist die rationale Psychologie aufgebaut* [...]". (O paralogismo é uma inferência falha em sua forma, pois a mesma essência não é pensada nas orações superiores e inferiores. A psicologia racional é construída sobre esta conclusão errônea [...]). A Crítica da razão pura já havia denunciado os procedimentos *sub-reptícios* (ficção do intelecto produzida pela intromissão de um conceito sensível como se fosse intelectual), utilizados por Descartes para associar a *alma* (pensamento) à *substânci*a (*res cogitans*)[700].

Em outras palavras, o "*cogito, ergo sum*" (penso, logo existo) é um argumento incompatível com a categoria dos *juízos sintéticos a priori*, uma vez que integra o *res cogitans* e *res extensa* (o *analítico* e o *sintético*) em uma "categoria *inata*" da "unidade da consciência" e da própria "natureza humana", *cf.* Kant[701]: "De tudo isto se depreende que a psicologia racional tem a sua origem num simples mal-entendido. A unidade da consciência, que serve de fundamento às categorias, é aí considerada uma intuição do sujeito enquanto objeto e, em seguida, a ela aplicada a categoria da substância". Em *Was ist die Transzendentale Methode*? (O que é o Método Transcendental) Boris Walentinowitsch Jakowenko (1884 - 1949) também chega nesta importante conclusão[702]: "*Dabei kommt für uns nicht der sogenannte empirische wie auch nicht der sogenannte metaphysische oder transzendente Psychologismus in Betracht. Diese beiden sind schon durch Kantische Kritik überwunden, und die Cohensche „Logik der reinen Erkenntnis", das glänzendste Werk unserer Zeit, formuliert uns endgültig die logische Unmöglichkeit dieser Psychologismusarten*". (Nesse contexto, não levamos em consideração o chamado psicologismo empírico, nem o chamado psicologismo metafísico ou transcendente. Ambos já foram superados pela crítica kantiana, e a "Lógica do Conhecimento Puro" de Cohen, a obra mais brilhante de nossa época, fórmula de maneira definitiva a impossibilidade lógica desses tipos de psicologismo).

---

[699] COHEN, Hermann. Kants Theorie der Erfahrung. Op. Cit. p. 157.
[700] KrV, A341/B399: 353.
[701] KrV, A381/B422: 384.
[702] JAKOWENKO, Boris Walentinowitsch. Was ist die Transzendentale Methode? In.: Bericht über den III. Internationalen Kongress für Philosophie. p. 787. Disponível em: https://doi.org/10.5840/wcp31909228 Acesso em 25/12/2024.

Sobre a incompatibilidade entre princípios empíricos da psicologia e as regras gerais da lógica, importante para compreender a herança kantiana na *pureza metodológica do positivismo*, vale conferir o estudo da "*Doutrina transcendental dos elementos*" na Crítica da razão pura[703]: "Enquanto lógica pura não tem princípios empíricos, por conseguinte nada vai buscar à psicologia (ao contrário do que por vezes se tem julgado) pelo que esta não deverá ter influência alguma sobre o cânone do entendimento. É uma doutrina demonstrada, e tudo nela tem de ser certo inteiramente a priori".

Kant também deixa claro no capítulo sobre a "*Explicação preliminar da possibilidade das categorias como conhecimento a priori*", que[704]: "[...] na medida em que a imaginação é espontaneidade, também por vezes lhe chamo imaginação produtiva e assim a distingo da imaginação reprodutiva, cuja síntese está submetida a leis meramente empíricas, as da associação, e não contribui, portanto, para o esclarecimento da possibilidade de conhecimento *a priori*, pelo que não pertence à filosofia transcendental, mas à psicologia".

In summa, há uma série de advertências da Crítica da razão pura contra qualquer tentativa de "*psicologizar a filosofia transcendental*", defendidas pelo *neokantismo* e desconsideradas pelo *idealismo*.

Vale-se mais uma vez recorrer a didática de Frederick C. Beiser para esclarecer este intrincado ponto que colocou em oposição estas duas tradições teóricas - *psicologismo racionalista* e *empírico* - contras as quais reagiriam a *Marburg Schule*[705]: "[…] *for the rationalist-speculative tradition, Kant was too much of an empiricist; but for the empirical-psychological tradition, he was too much of a rationalist. For both traditions, Kant's grand attempt to synthesize rationalism and empiricism seemed a hopeless delusion*". (para a tradição racionalista-especulativa, Kant era muito empirista; mas para a tradição empírico-psicológica, ele era muito racionalista. Para ambas as tradições, a grande tentativa de Kant de sintetizar o racionalismo e o empirismo parecia uma ilusão sem esperança). Contudo,

[703] Krv, A54: 116.
[704] KrV, B152: 177.
[705] (Reinhold, Fichte, Schelling e Hegel leram a filosofia de Kant como um empreendimento fundacional ao longo das linhas cartesianas, isto é, seu objetivo é fornecer uma base auto evidente para o conhecimento, completamente imune à dúvida cética. Eles sustentaram que a filosofia de Kant contém primeiros princípios auto evidentes - a saber, a possibilidade da experiência, a unidade da apercepção, os fatos da consciência, o conceito de representação, a identidade sujeito-objeto - dos quais poderia derivar dedutivamente todas as suas conclusões centrais sobre a estrutura do conhecimento humano). BEISER, K. The genisis of Neo-Kantianism. Op. Cit. p. 14.

Boris Walentinowitsch Jakowenko (1884 - 1949) alerta que[706]: "*Allein wenn auch ein solcher Tatbestand beide obengenannten Psychologismusarten einfach zum Tode verurteilt, gibt er doch keine endgültige Entscheidung über jede mögliche Psychologismusart. Der Psychologismus lebt noch, und, wie gesagt, er befindet sich in der Periode seiner Kulmination*"; (Mas, mesmo que tal fato condene simplesmente ambos os tipos de psicologismo mencionados acima à morte, não se pode considerar que isso forneça uma decisão final sobre todos os tipos possíveis de psicologismo. O psicologismo ainda está vivo e, como mencionamos, encontra-se em um período de culminância).

Ainda que as duas vertentes teóricas reivindicassem a legitimidade de representar o "*Der Geist der Kantischen Philosophie*" (o espírito da filosofia kantiana), suas em suas interpretações conduziram o debate em direções opostas do projeto original do *criticismo*, *i.e.*, *cf*. Beiser[707]: "

> *Reinhold, Fichte, Schelling and Hegel read Kant's philosophy as a foundationalist enterprise along Cartesian lines, that is, its aim is to provide a self-evident basis for knowledge, one completely immune from sceptical doubt. They maintained that Kant's philosophy contains self-evident first principles - namely, the possibility of experience, the unity of apperception, the facts of consciousness, the concept of representation, subject - object identity - from which it could derive deductively all its central conclusions about the structure of human knowledge.*

Por outro lado, a outra vertente da psicologia empírica[708]:

> *The philosophers in the empiricist-psychological tradition, however, read Kant's philosophy in a completely different light, though one that seemed no less sanctioned by Kant's texts. For Fries, Herbart and Beneke, Kant's transcendental philosophy was not a foundationalist but a psychological or anthropological project whose chief task was to describe human psychology and the basic workings of the human mind. Kant's aim was to realize the old Enlightenment project for a science of human nature or anthropology.*

---

[706] JAKOWENKO, Boris Walentinowitsch. Was ist die Transzendentale Methode? In.: Bericht über den III. Internationalen Kongress für Philosophie. Op. Cit. p. 788.
[707] Ibid. p. 13 - 14.
[708] (Os filósofos da tradição empirista-psicológica, no entanto, leram a filosofia de Kant sob uma luz completamente diferente, embora não parecesse menos sancionada pelos textos de Kant. Para Fries, Herbart e Beneke, a filosofia transcendental de Kant não era um projeto fundacionalista, mas psicológico ou antropológico cuja principal tarefa era descrever a psicologia humana e o funcionamento básico da mente humana. O objetivo de Kant era realizar o antigo projeto iluminista para uma ciência da natureza humana ou antropologia). Loc. Cit.

Digno de nota é o comentário de Hannah Arendt em *Vom Leben des Geistes* (*A vida do espírito - 1978*), sugerindo que os *idealistas alemães* se esqueceram que a *filosofia especulativa* (*Metaphysische der Natur*) da *Crítica da razão pura* já havia superado os antigos problemas epistemológicos da *metafísica clássica* e do *racionalismo cartesiano*[709]:

> [...] a nova leva de filósofos - Fichte, Schelling, Hegel - não teria agradado Kant. Liberados por ele do velho dogmatismo escolástico e de seus exercícios estéreis, e encorajados a cultivar o pensamento especulativo, eles seguiram, na verdade, o exemplo de Descartes: saíram em busca de certeza, apagaram novamente a linha demarcatória entre pensamento e conhecimento, e acreditaram honestamente que os resultados de suas especulações tinham o mesmo tipo de validade que os resultados dos processos cognitivos.

Ou, mais precisamente, como explica Ursula Renz (*cf. infra*), na realidade os *idealistas alemães* "não esqueceram" os ensinamentos de Kant, esquecimento seria um eufemismo para um mal entendimento da proposta crítica, razão pela qual, o lema neokantiano *Zurück zu Kant!* (De volta a Kant!), inspirado na frase "*Also muss auf Kant zurückgegangen werden*" (Então temos que voltar a Kant), de Karl Otto Heinrich Liebmann (1874 - 1939)[710], não deve ser interpretada como se Kant tivesse sido esquecido, mas, mal entendido, logo, a necessidade de consultá-lo novamente, continua Ursula Renz[711] que: "*Certainly, the need for a 'return to Kant' did not grow out of the conviction that he had been forgotten, but, in a way, from the very opposite view. Continual reference to Kant had been the cause of distortion of his authentic thought by his followers, who had always emphasized its less valid aspects (thing-in-itself), neglecting more and more his truly valuable contribution* (*the transcendental*)". (Certamente, a necessidade de um 'retorno a Kant' não saiu da convicção de que ele havia sido esquecido, mas, de certa forma, da visão muito oposta. A referência contínua a Kant tinha sido a causa da distorção de seu pensamento autêntico por seus seguidores, que sempre enfatizaram seus aspectos menos válidos (coisa em si), negligenciando cada vez mais sua contribuição verdadeiramente valiosa (o transcendental)).

Estes debates entre a defesa de Kant contra as vertentes revisionistas e "monistas" da "psicologia racional e empírica", estão no cerne do problema epistemológico de

---

[709] ARENDT, Hannah. A vida do espírito. RJ: Relume Dumará, 2000, p. 50.
[710] LIEBMANN, Otto. Kant und die Epigonen. Op. Cit. p. 85.
[711] RENZ, Ursula. Zwischen erkenntnistheoretischem Rationalismus und wissenschaftsphilosophischem Empirismus. Zu Cohens Philosophiebegriff. In.: The Critical Philosophy of Hermann Cohen. Translated by John Denton. Nova York: State University of New York, 1997, p. 2.

Hermann Cohen e de sua proposta de uma *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental). Cohen inspirado nos cânones da *razão teórica kantiana*, pretendeu explicar o "método da experiência" do ponto de vista da forma de conhecer, referência para toda *pureza metodológica* do *positivismo jurídico* de Hans Kelsen, que rejeitará, com isso, tanto o sincretismo científico na análise do *direito* como *objeto* do conhecimento, quanto a origem metajurídica dos direitos subjetivos, bem como a "legitimação" da função criadora de direitos da norma negocial, conforme os *desejos subjetivos* e a *autonomia privada da vontade* explicada a partir da psicologia e da metafísica.

Cohen não "busca verdades ontológicas", pois desenvolve um método que investiga as condições lógicas de possibilidade para fundamentar o conhecimento sem recorrer à fatos empíricos, de forma a reconstruir conceitualmente as condições sob as quais os fatos podem ser conhecidos. Seu método de análise se dedica a compreender como a ciência moderna aplica os princípios transcendentais kantianos, conforme o argumento de que as leis científicas são construções racionais, baseadas na função sistemática da razão, e não meramente descrições do mundo empírico. Cohen utiliza a *metodologia transcendental* para criticar o empirismo e o psicologismo de sua época, ressaltando que o conhecimento não se reduz a uma mera acumulação de dados sensoriais ou a processos psicológicos.

Summa summarum, a filosofia kantiana separou as categorias discursivas da psicologia (racional ou empírica) da fundamentação da produção do conhecimento científico, logo, a impossibilidade, nos termos da Crítica da razão pura, da relação entre psicologia e os fundamentos da lógica, da matemática e da teoria do conhecimento em geral.

*
* *

Considerando que o movimento neokantiano foi reforçado pelo *antipsicologismo* da *Lógica-matemática* do filósofo Gottlob Frege (1848 - 1925), fundador da *Filosofia analítica*, e, como já mencionado, fundamental para a epistemologia do século XX, para o estudo da linguagem do *neopositivismo lógico* da *Wierner Kreis*, para a *Linguistic turn* (*Virada linguística*), e, para a *Teoria pura do direito*, algumas breves observações sobre

Frege são oportunas antes de examinar mais cuidadosamente a proposta da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) coheniana.

Considerando, portanto, que *metalinguagem descritiva do positivismo jurídico* - a *linguagem da ciência jurídica* - tem por *paradigma linguístico* a *fase-analítico-sintática*[712] do *neopositivismo lógico,* torna-se fundamental para o estudioso de Kelsen saber, que é a partir da iniciativa de Frege de livrar a lógica e a matemática do psicologismo, que Hans Kelsen também livrará o direito de todos os sincretismos científicos e elementos estranhos à natureza de seu objeto, afinal, Kelsen também compartilhava do pressuposto que[713]: "Os princípios da Lógica não se referem aos reais atos de pensamento - estes são objetos da Psicologia, não da Lógica - senão aos ideais conteúdos de atos de pensamento, ao sentido de atos de pensamento, o pensado, e por conseguinte ainda muito menos a atos de vontade". Boris Walentinowitsch Jakowenko (1884 - 1949) reforça o entendimento[714]: "*Die Wissenschaft (mit der Logik inklusive) kann nur als ein Ganzes gegeben sein. Nur als ein Ganzes ist sie von jedem Psychologismus, von jeder Psychologisierung ihres Wesens frei*"; (A ciência (incluindo a lógica) pode ser oferecida apenas em sua totalidade. Somente de forma integral é que se encontra isenta de qualquer psicologismo, de qualquer psicologização de sua essência); bem como Wayne Cristaudo[715]:

> *The following claim from Frege, though, takes us back to what lends credence to Dummett's identification of "the linguistic turn" to a moment when the potential disjuncture of that turn has not become manifest, because the way language is being construed here is, as this and the citations immediately following it indicate, in such close association with logic.*

---

[712] "Kelsen vai usar apenas os aportes da primeira fase - analítico - sintática". LAZZAROTO, R. A TPD e sintaxe linguística do neopositivismo lógico do Círculo de Viena. N. D., v. 2, p. 121-146, 2011, p. 124.
[713] ATN: 22.
[714] JAKOWENKO, Boris Walentinowitsch. Was ist die Transzendentale Methode? In.: Bericht über den III. Internationalen Kongress für Philosophie. Op. Cit. p. 795.
[715] (A seguinte afirmação de Frege, no entanto, nos leva de volta ao que dá credibilidade à identificação de Dummett da 'virada linguística' para um momento em que a disjunção potencial dessa virada não se manifestou, porque a maneira como a linguagem está sendo interpretada aqui é como isso e as citações imediatamente seguintes indicam, em associação tão próxima com a lógica). CRISTAUDO, Wayne. Idolizing the Idea. A Critical History of Modern Philosophy. London: Lexington Books, 2020, p. 196.

Ou seja, nesta histórica passagem da *Begriffsschrift* (Ideografia ou escrita conceitual) de Gottlob Frege, pode ser interpretada como o marco inicial de uma ideia e um processo intelectual que culminará na *Linguistic turn* (Virada linguística)[716]**:**

> *Wenn es eine Aufgabe der Philo80phie ist, die HeITschaft des Wortes über den menschlichen Geist zu brechen, indem sie die rräuschungen aufdeckt, dio durch den Sprachgebrauch über die Beziehungen der Begriffe oft fast unvermeidlich entstehen, indem sie den Gedanken von demjenigen befreit, womit ihn allein die Beschaffenheit des sprachlichen Ausdrucksmittels behaftet, so wird meine Begriffsschrift, fllr diese Zwecke weiter ausgebildet, den Philosophen ein brauchbares Werkzeug werden können.*

A construção doutrinária do *positivismo jurídico* está inscrita no contexto da *Linguistic turn* (Virada linguísitca) de esvaziamento das ilusões ontológicas e das relações entre conceitos da linguagem, o que repercutirá diretamente na refutação das teses jusnaturalistas e do psicologismo dos conceitos jurídicos, *cf.* Wayne Cristaudo[717]: "*The importance of this logically "analytic" approach to propositions is evident in Frege's remark that "I do not begin with concepts out of which the thought or judgment is composed, but I get to the parts of the thought through its analysis*". (A importância dessa abordagem logicamente "analítica" das proposições é evidente na observação de Frege de que não começo com conceitos dos quais o pensamento ou julgamento é composto, mas chego às partes do pensamento por meio de sua análise).

Pode se considerar também que esta forma metodológica de explicar os fundamentos do conhecimento científico é o prenúncio da *norma jurídica* como a *unidade lógica-analítica* do direito, isenta de qualquer vestígico de psicologismo, ou seja, a norma como o "átomo lógico" do direito - no sentido do *atomismo lógico* do *neopositivismo,* ou, da *filosofia analítica* de Bertrand Russell (a ser examinado).

Conforme já dito alhures por L. F. Coelho, Hans Kelsen concebe[718]: "[...] nas entrelinhas da teoria pura, que a norma jurídica é o 'átomo' do direito, sua menor partícula irredutível e que o fenômeno jurídico é o aglomerado desses átomos ou partes componentes

---

[716] (Se é tarefa da filosofia quebrar o domínio da palavra sobre a mente humana, descobrindo as ilusões que muitas vezes e quase inevitavelmente surgem através do uso da linguagem sobre as relações entre os conceitos, libertando o pensamento daquilo que por si só o causa. Se os meios linguísticos de expressão forem afetados, então a minha escrita conceptual, mais desenvolvida para estes fins, poderá tornar-se uma ferramenta útil para os filósofos). FREGE, Gottlob. Begriffsschrift und andere Aufsätze Zweite Auflage Mit E. Husserls und H. Scholz' Anmerkungen herausgegeben von Ignacio Angelelli. Zürich: Georg Olms Verlag, 1993, p. XII, XIII.

[717] CRISTAUDO, Wayne. Ibid. p. 192.

[718] COELHO, L. F. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. In: PRADO, L. R. Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Op. Cit. p. 52.

[...]", ou seja, a partir de uma partícula atômica - a norma jurídica como unidade analítica da linguagem - isenta de conteúdos, de relações conceituais, valores ou de determinações psíquicas, se constrói todo edifico da *metalinguagem descritiva avalorativa* do *positivismo jurídico científico*.

1.3. ANTIPSICOLOGISMO E FILOSOFIA ANALÍTICA

> […] *What Frege is to the interpretation of languages, Kelsen sought to save the logical analysis of legal systems by adopting a Kantian epistemology of legal meaning*.
>
> Michael Steven Green[719]

Se, como diz o mote, o que Frege é para a interpretação de línguas, Kelsen é para a interpretação de sistemas jurídicos, então, fazem-se necessários alguns breves apontamentos sobre o contexto histórico dos debates teóricos em que se concebeu a *filosofia analítica*, considerando que é a partir do pensamento *fregeano* que se pode compreender o processo argumentativo que culminou na eliminação de impurezas metafísicas e psicologizadas da linguagem e orientou a fase *Analítico-linguística*[720] do pensamento jurídico de Kelsen.

Na esteira da defesa *neokantiana* contra o revisionismo dos *idealistas alemães*, surge, portanto, na *filosofia analítica fregeana* os primeiros delineamentos teóricos do *Paradigma linguístico do positivismo jurídico kelseniano*. *Cf.* Steven Green[721]: "*Logic was rescued from 'psychologism' (as the empiricist movement in logic came to be known by its detractors) in the late nineteenth and early twentieth centuries, primary by Gottlob Frege.' the father of the analytic philosophy of language*". (A lógica foi resgatada do "psicologismo" (como o movimento empirista na lógica passou a ser conhecido por seus detratores) no final do século XIX e início do século XX, principalmente por Gottlob Frege, o pai da filosofia analítica da linguagem).

Neste contexto, o debate sobre o psicologismo se acirra no campo da *análise* da fundamentação da *lógica* e da *matemática*, seara dos princípios gerais e fundantes de todo o conhecimento científico, tendo por expoente, como dito, o filósofo alemão Friedrich Ludwig Gottlob Frege (1848 - 1925), fundador da *Analitycal Philosophy* (Filosofia analítica), cujo pensamento repercutirá diretamente, na conhecida *Uberwindung der*

---

[719] (O que Frege é para a interpretação de línguas, Kelsen é para a interpretação de sistemas jurídicos). STEVEN GREEN, Michael. Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems. Disponível em: https:// scholarship. law. wm. edu/facpubs/173/ Acesso em 13/08/2024, p. 368.
[720] *Cf. ab initio*, uma das fases da periodização filosófica do pensamento jurídico de Kelsen
[721] Loc. Cit. p. 367.

Metaphysik durch logische Analyse der Sprache (*Refutação da metafísica pela análise lógica da linguagem* - 1932)[722] de Rudolf Carnap, na *filosofia analítica* do *neopositivismo* do *Wierner Kreis* de Russell e Wittgenstein, e, no "esvaziamento de elementos ontológicos e psicologizados" dos conceitos e dos enunciados *jurídicos científicos* da *Teoria pura do direito* de Hans Kelsen. A repercussão deste estudo que relaciona epistemologia, lógica e matemática e seus reflexos na linguagem, bem como na produção do conhecimento científico, pode ser resumida na explicação de Wayne Cristaudo[723]:

> *Insofar, then, as analytical philosophy was looking for the kind of truth that was able to be presented as logical, yet also capable of being subject to standards of veracity that were not merely subjective, but capable of being built upon just as laws of natural science are developed, it was inevitable that language itself would become a central problem for it. Thus according to Michael Dummett, 'analytic philosophy' was born when the 'linguistic turn' was taken," and he sees Frege as the philosopher who decisively takes that turn.*

Ainda que não haja absoluta concordância em todos os pontos das teorias propostas entre estes pensadores, como Russel, Carnap, Wittgenstein e Kelsen, eles se movimentam, sem exceção, por símile impulso filosófico desencadeado por Frege, *cf.* Evaldo Sampaio[724]:

> As questões filosóficas da linguagem interessaram ao autor da *Die Grundlagen der Arithmetik*, em meio à sua procura obstinada por uma fundamentação lógica da Matemática. Tratava-se ali de uma oposição ao movimento psicologista do século XIX e seu projeto de redução de qualquer operação racional à experiência psicológica. A senda aberta por Frege influenciou diretamente Russell, o jovem Wittgenstein e o Positivismo Lógico. Daí que a Filosofia Analítica tenha, a princípio, acolhido uma orientação estritamente lógico-matemática para discutir os problemas filosóficos.

---

[722] "[...] podemos dizer, em geral, sem nos comprometermos com uma definição particular de lógica: a lógica, num sentido qualquer, tem que ver com o *λόγος* enquanto linguagem". HIDEGGER, Martin. Lógica: A pergunta sobre a essência da linguagem. Tradução de Maria Adelaide Pacheco e Helga Hook Quadrado, revisão da tradução Irene Borges Duarte. F. Caloustre Gublekian. Lisboa, 2008, p. 51.

[723] (Na medida em que, então, a filosofia analítica procurava o tipo de verdade que pudesse ser apresentada como lógica, mas também capaz de estar sujeita a padrões de veracidade que não fossem meramente subjetivos, mas capazes de serem construídos assim como as leis da ciência natural são desenvolvidas, era inevitável que a própria linguagem se tornasse um problema central para ela. Assim, de acordo com Michael Dummett, a 'filosofia analítica' nasceu quando a 'virada linguística' foi tomada", e ele vê Frege como o filósofo que decisivamente toma essa virada). CRISTAUDO, Wayne. Ibid. p. 195.

[724] SAMPAIO, Evaldo. A virada linguística e os dados imediatos da consciência. p. 53. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31732017000200003 Acesso em 28/09/2024.

Contudo, no amplo fronte teórico que se abriu entre as vertentes filosóficas *pós-kantianas*, o objetivo deste tópico não é estudar exaustivamente os argumentos das teses neokantianas ou psicologistas da filosofia, mas identificar como o *resultado* desta disputa influencia a concepção da *Teoria pura do direito*, a consideração ou não da *psicologia* na fundamentação da criação do direito, e, sobretudo, o que significa e como se aplica o termo "*filosofia analítica*" nos quadros do *discurso jurídico-científico* do *Direito Positivo*.

A propósito, em certa medida, este era o projeto de Frege, ou seja, não discutir apenas o conteúdo da epistemologia, mas sua relação com outros ramos do saber, *cf.* Anthony Kenny[725]: "*While he was writing his logicist works, from Begriffsschrift onwards, Frege was not interested in epistemology for its own sake, but he was concerned to set out the relationship between epistemology and other related disciplines*". (Enquanto escrevia suas obras logicistas, de *Begriffsschrift* em diante, Frege não estava interessado na epistemologia por si só, mas estava preocupado em estabelecer a relação entre a epistemologia e outras disciplinas relacionadas).

Não se pretende, portanto, reconstituir ou tratar das questões que envolvem o embate direto entre *filosofia* e *psicologia*, embora esse confronto também tivesse ocorrido neste período, mas, em linhas gerais, apresentar a resistência *neokantiana* contra toda sorte de teorias filosóficas que recorreram à elementos *psicologizados* para questionar os cânones epistemológicos da *filosofia transcendental*, posto que o *positivismo jurídico kelseniano* é uma vertente da teoria do direito que nasce precisamente deste debate, e, se vale dos instrumentos epistemológicos e metodológicos aperfeiçoados neste profícuo contexto de disputas intelectuais.

*
* *

Antes, porém, um breve comentário sobre a ideia de *analítica kantiana* e da *Filosofia analítica* fregeana: *Analítico* é termo que remonta Aristóteles, quando se dedicou à *análise* dos *silogismos* como forma de demonstrar um *raciocínio lógico formal*[726] na obra *Órganon* - um conjunto de textos sobre a *lógica* em *geral*. Segundo Howard Caygill[727], foi na Renascença que

[725] KENNY, Anthony. Philosophy in the Modern World. V.4. Oxford: Clarendon Press, 2007, p. 155-156.
[726] Vide os "Analíticos" in.: ARISTÓTELES, Órganon. Op. Cit.
[727] CAYGILL, Howard. Dicionário Kant. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 20.

a base aristotélica da "lógica retórica" - que faz distinção entre *inventio* (invenção) e *dispositivo* (disposição) - foi reorganizada e ressurgiu com os termos - respectivamente correspondentes - de "analítica (*inventio*) e dialética (*dispositivo*)", mais utilizados atualmente no âmbito da teoria da argumentação, neste sentido, vide em Kant na Crítica da razão pura: "Da divisão da lógica geral em analítica e dialéctica"[728]. Contudo, os conceitos de *analítica* e *dialética* recebem do criticismo *novas* atribuições para fundamentação da teoria do conhecimento[729].

O primeiro passo para compreender o termo *analítica* está na introdução da Crítica da razão pura, quando Kant estabelece a diferença entre juízos *analíticos* e *sintéticos*[730]:

> Em todos os juízos, nos quais se pensa a relação entre um sujeito e um predicado (apenas considero os juízos afirmativos, porque é fácil depois a aplicação aos negativos), esta relação é possível de dois modos. Ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo que está contido (implicitamente) nesse conceito A, ou B está totalmente fora do conceito A, embora em ligação com ele. No primeiro caso chamo *analítico* ao juízo, no segundo, sintético. Portanto, os juízos (os afirmativos) são analíticos, quando a ligação do sujeito com o predicado é pensada por identidade; aqueles, porém, em que essa ligação é pensada sem identidade, deverão chamar-se juízos sintéticos.

Em outras palavras, um juízo é *analítico* quando em um enunciado que contém *dois termos separados* do tipo ("S" é "P"), *i.e.,* "(sujeito) + (verbo copulativo) + (predicado)", *e.g.*, "(o círculo) + (é) + (redondo)", o conceito do *predicado* nada acrescenta ao conceito de *sujeito*, e, sendo seus conceitos meramente *explicativos* (não *extensivos*), *a razão não necessita sintetizar* (vincular) *os* conteúdos entre os juízos, como será visto, através da "*dedução transcendental*". Logo, dispensa-se o testemunho da experiência para expressar um *juízo analítico*, posto que é meramente e tautológico (o contrário do *sintético*).

---

[728] KrV, A58: 119.

[729] "Por diferente que seja o significado em que os antigos empregavam esta designação de uma ciência ou de uma arte, pode todavia deduzir-se com segurança do seu uso real, que a dialética entre eles era apenas a *lógica da aparência*, uma arte sofistica de dar um verniz de verdade à ignorância, e até às suas próprias ilusões voluntárias, imitando o método de profundidade que a lógica em geral prescreve e utilizando os seus tópicos para embelezar todas as suas alegações vazias. Ora convém fixar esta advertência segura e útil: que a lógica geral, *considerada como organon*, é sempre uma lógica da aparência, isto é, dialética. Pois, dado que nada nos ensina acerca do conteúdo do conhecimento, mas apenas acerca das condições formais da sua concordância com o entendimento, que aliás em relação aos objetos são totalmente indiferentes, a pretensão de servir como instrumento (organon) para, ao menos pretensamente, alargar e ampliar os conhecimentos, não pode senão redundar em oco palavreado, onde se afirma com certa aparência de verdade ou se contesta a bel-prazer tudo o que se quiser". KrV, A62/B86: 121.

[730] KrV, A7/B11: 69.

Cf. Kant[731]: Quando digo, por exemplo, que todos os corpos são extensos, enuncio um juízo analítico, pois não preciso de ultrapassar o conceito que ligo à palavra corpo para encontrar a extensão que lhe está unida; basta-me decompor o conceito, isto é, tomar consciência do diverso que sempre penso nele, para encontrar este predicado; é pois um juízo analítico. Sendo assim[732]: "Os juízos analíticos não nos ensinam, propriamente, sobre o objeto, nada mais do que contém já o conceito que dele temos, porque não estendem o conhecimento para além do conceito do sujeito, mas apenas esclarecem esse conceito".

Outro exemplo de Kant, didático para compreender a relação com a *lógica-matemática* de Frege[733] é que: "À primeira vista poder-se-ia, sem dúvida, pensar que a proposição 7 + 5 = 12 é uma proposição simplesmente analítica, resultante, em virtude do princípio de contradição, do conceito da soma de sete e de cinco [...] No conceito de uma soma de 7 + 5 pensei que *devia* acrescentar cinco a sete, mas não que essa soma fosse igual ao número doze. A proposição aritmética é, pois, sempre sintética [...]".

Contudo, considerando a tentativa de Frege de despsicologizar o conhecimento de "conteúdos da consciência" e transformar as matemáticas em ramificações dos princípios fundantes da lógica {*identidade* (A = A), de *não contradição* ¬ (A ∧ ¬ A) e do *terceiro excluído* (A ∨ ¬ A)}, então, estas proposições da aritmética exemplificadas por Kant na KrV podem ser *substituídas* por *símbolos formais*, logo, vazias de *conceitos*, ou, de dados extensivos ao sujeito da proposição para serem *sintetizados*, o que permite decompor todo raciocínio matemático em cálculos proposicionais lógicos que se relacionam *analiticamente*.

Na *Filosofia analítica fregeana,* sendo a lógica autoexplicativa e tautológica - a partir de seus princípios fundantes - as relações *simbólicas* da aritmética não necessitam *sintetizar* a extensão conceitual predicativa vinculada ao sujeito, "conectar juízos" seria a função da *dedução transcendental* na *filosofia kantiana*, que estabelece um vínculo válido (conceitual) dos *juízos sintéticos a priori* como condição de possibilidade do conhecimento, no caso, da aritmética. *Cf.* a didática de A. L. Bucchile Fagion[734]:

> Uma dedução como a transcendental visa estabelecer a validade objetiva de um princípio sintético a priori. Significa apresentar um terceiro termo que se encarregue de conectar necessariamente dois termos que, isolados, não estão

[731] Loc. Cit.
[732] KrV, A736/B764: 606.
[733] KrV, B15:72-73; KrV B16:73.
[734] LUISA BUCCHILE FAGGION, Andréa. Comentários à dedução "transcendental" do princípio moral na ''Fundamentação da metafísica dos costumes''. Kant e-prints, Campinas, SP, p. 1-9, 2023. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/kant/article/view/8672546. Acesso em: 28 set. 2024.

> em relação de implicação. Para que a dedução tenha sucesso, é preciso que aquilo que deve ser deduzido seja demonstrado como condição de possibilidade para algo que é dado independentemente (justamente o terceiro).

Lembrando que o termo "*dedução*", mais uma vez, que "vincula os conteúdos dos dois termos (sujeito e predicado) dos *juízos sintéticos*", não possui o mesmo significado em Kant e René Descartes, que comumente se confunde, ou seja, com o "sentido geométrico para significar toda a inferência necessária a partir de outras proposições conhecidas com certeza"[735], *e.g*., a "*dedução lógica* por *Modus Ponens* ($P \rightarrow Q, P \vdash Q$)", para Kant, "*dedução*" é um termo inspirado na demonstração de direitos que tem origem na prática jurídica de sua época, vide o capítulo II, primeira sessão [§ 13], "Dos princípios de uma dedução transcendental em geral" da Crítica da razão pura[736]:

> Quando os jurisconsultos falam de direitos e usurpações, distinguem num litígio a questão de direito (*quid juris*) da questão do fato (*quid facti*) e, ao exigir provas de ambas, dão o nome de dedução à primeira, que deverá demonstrar o direito ou a legitimidade da pretensão. Servimo-nos de uma porção de conceitos empíricos sem que ninguém o conteste, e mesmo, sem dedução, julgamo-nos autorizados a conferir-lhes um sentido e uma significação imaginada, porque temos sempre à mão a experiência para demonstrar a sua realidade objetiva.

Sendo assim, aplicando a *perspectiva analítica fregeana* na *lógica-matemática*, o *conceito* de "7 (sete)" e "5 (cinco)" que na introdução da Crítica da razão pura são "informações extensivas" ao conceito de "12 (doze)" - ou seja, necessitam ser *sintetizados* pela razão, considerando que o conceito de "12 (doze)" como sujeito não contempla o conceito de "5 (cinco)" e "7 (sete)" como predicados - pela perspectiva da *lógica formal fregeana*, esses conceitos são totalmente dispensados, uma vez que na *Filosofia analítica* há uma *identidade* entre *lógica* e *matemática*, o que dispensa a *dedução transcendental* no sentido kantiano, mais uma vez, porque não vincula conteúdos de dois termos ("S" e "P") de uma proposição.

Logo, diferente de Kant, em Frege as proposições matemáticas não são *sintéticas*, mas *analíticas*, o que, desde já, é possível compreender a relação do termo *Filosofia analítica*, também para designar uma *análise lógico-formal* da decomposição da estrutura da linguagem em partículas, bem como o esvaziamento ontológico de suas estruturas - *Innere Sprachform* - (prenúncio da *linguistic turn*), o que incide diretamente na rejeição a qualquer *psicologismo* na

[735] Vide: CAYGILL, Howard. Op. Cit. p. 91.
[736] KrV, A84/B116: 145.

tentativa de explicar os fundamentos mais gerais do conhecimento. *Cf*. Rachel Nigro[737]: "No lugar de uma filosofia centrada na consciência e no sujeito, presa ao mentalismo e consequente psicologismo, surge uma filosofia que, através de uma investigação sobre o funcionamento da própria língua, tenta esclarecer os problemas filosóficos tradicionais através de uma crítica da própria linguagem em que tais problemas são elaborados"; e, como já mencionado, vide Danilo Marcondes[738]: "É de Kant que Humboldt parece derivar sua concepção de 'forma linguística interna' (*Innere Sprachform*), que pode ser o equivalente, de um ponto de vista linguístico, da estrutura conceitual do pensamento subjetivo".

Naturalmente que todas estas ideias, tanto de Kant como de Frege, foram continuamente questionadas por filósofos e matemáticos, a exemplo de Quine e os americanos Ruth Barcan Marcus (1921 - 2012) e Saul Aaron Kripke (1940 - 2022)[739] a partir de novo paradigma, como no campo da semântica e da *lógica modal*, que integram no domínio da argumentação lógica, elementos como o *tempo*, a *possibilidade* e a *necessidade*, ou seja, são tipos de variáveis que acrescentam uma nova categoria de raciocínio, como exemplo, os juízos "*analíticos a posteriori*", inexistentes até então, mas são hipoteticamente possíveis considerando o *status* das novas variáveis em "condição *modal*" das possibilidades futuras.

Aqui uma curiosidade sobre a *lógica modal* aplicada ao direito, Geraldo Ataliba no prefácio da obra *As estruturas logicas do direito positivo* (1977) de Lourival Vilanova (1915 - 2001), escreve[740]: "Decide-se a favor da Logica Jurídica como um ramo da Lógica Formal. Não vê a Logica Jurídica como simples Logica Geral aplicada ao Direito, ou como Lógica Formal com exemplos jurídicos, ou como metodologia da investigação e aplicação do Direito"; a seguir, L. Vilanova propõe que há uma *tripartição modal* do *dever-ser* do direito positivo[741]: "O conectivo dever-ser triparte-se em três relacionais específicos; obrigatório (O), proibido (V) e permitido (P). Não entram na categoria de relacionais reflexivos, isto é, aqueles que satisfazem a forma lógica 'x R x', como 'igual a', 'equivalente a', 'idêntico a'. Inexiste possibilidade lógica (e ontológica) de alguém juridicamente proibir-se a si mesmo, obrigar-se

---

[737] NIGRO, Rachel. A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. Disponível em: http:// direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/nigro_direito34.pdf Acesso em: 29/01/2024, p. 180.
[738] MARCONDES, Danilo. Textos básicos de linguagem de Platão à Foucault. Op. Cit. p. 62.
[739] "Casullo, em artigo de 1977, *Kripke on the A Priori and the Necessary*, examina os argumentos de Kripke contra a tese tradicional, amplamente aceita entre os filósofos, de que todo o conhecimento a priori é de proposições necessárias, e de que todas as proposições necessárias são cognoscíveis *a priori*". Sobre o tema, vide o artigo: XAVIER, Rejane. A metafísica naturalizada de Saul Kripke. v. 8 n. 2 (2007), Maio/Agosto, p. 139. Disponível em: https://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/5817 Acesso em 14/09/2024.
[740] ATALIBA, G. Prefácio. In.: VILANOVA, L. As estruturas lógicas do direito positivo. SP: Noeses, 2005, 21.
[741] Ibid. p. 76.

a si mesmo [...] Esses três modais deixam lugar a operações puramente formais, sem sabermos conteúdo nenhum de norma nenhuma. Posso tomar um deles como primitivo (indefinível) e definir os demais com base nesse modal primitivo. Kelsen inclina-se para o modal obrigatório, Von Wright para o permitido".

Em Vilanova, os três *modais* do *dever-ser* do direito positivo podem ser expressos em linguagem simbólica[742]: "[...] V (p) = 0 (¬ p) = P (p)".

O que se pretende demonstrar é que a redução da aritmética à cálculos lógicos proposicionais (*analíticos*), independentemente das críticas e aperfeiçoamentos filosóficos subsequentes é uma ideia que representa historicamente o marco da *Lógica Moderna* e da *Filosofia analítica*, ou seja, o início de uma *linguagem artificial* livre de *conteúdos psicologizados*, própria para a *objetividade das ciências* e incorporado como *paradigma linguístico* por Hans Kelsen na abordagem avalorativa da *Teoria pura do direito* para análise da *norma jurídica* como objeto de estudo científico.

Cf. Anthony Kenny[743]:

> *Frege agreed with Kant against Mill that mathematics was known a priori, and like Kant he thought that geometry rested on intuition. But his thesis that arithmetic was a branch of logic meant that it was not synthetic, as Kant had claimed, but analytic. It was based, if Frege was right, solely upon general laws that were operative in every sphere of knowledge and needed no support from empirical facts. Arithmetic had no separate subject matter of its own any more than logic had.*

Para Kant, *analítica* também é uma ideia implícita na base estrutural das três críticas, revelando: "conceitos e princípios" na *Crítica da razão pura* (primeira crítica); os "princípios da *razão prática pura*" na *Crítica da razão prática* (segunda crítica) e, os "princípios das faculdades estética e teológica" na *Crítica da faculdade do juízo* (terceira crítica).

Pela perspectiva do conceito de "*analítica*", Kant também divide a obra *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Fundamentação da metafísica dos costumes - 1785) - texto fundamental na intermediação entre a *razão teórica* e *prática* - em 3 (três) seções: 1) Primeira seção: *Transição do conhecimento moral da razão para o conhecimento filosófico*; 2) Segunda

---

[742] Ibid. p. 77.

[743] (Frege concordou com Kant contra Mill que a matemática era conhecida *a priori* e, como Kant, pensava que a geometria se baseava na intuição. Mas sua tese de que a aritmética era um ramo da lógica significava que ela não era sintética, como Kant afirmava, mas analítica. Baseava-se, se Frege estava certo, apenas em leis gerais que operavam em todas as esferas do conhecimento e não precisavam de apoio de fatos empíricos. A aritmética não tinha um assunto próprio separado, assim como a lógica não tinha). KENNY, Anthony. Philosophy in the Modern World. V.4. Oxford: Clarendon Press, 2007, p. 41.

seção: *Transição da Filosofia Moral Popular para a Metafísica dos Costume* e, 3) Terceira seção: *Transição da Metafísica dos Costumes para a Crítica da Razão Prática Pura*, sendo as duas primeiras seções, *analíticas*, a terceira *sintética*.

Proceder "*analiticamente*" na primeira e segunda secção da GMS significa uma *análise* (decomposição das partes) dos conceitos do senso comum até encontrar o princípio que subjaz a ideia de uma moral "popular", e, proceder "*sinteticamente*" para transição à terceira secção, significa dizer que, a partir da "*dedução metafísica*", encontra-se na razão a *lei suprema da moral*, ou seja, utilizando conhecimento *a priori* sem o uso de elementos empíricos, e, consequentemente, por meio da "*dedução transcendental*", Kant *justifica* a pretensão de uso prático do *princípio da moralidade* já estabelecido pela *dedução metafísica*. Aqui vale uma nota de Rudolf Carnap lembra que[744]: "[...] existem enunciados que são verdadeiros apenas em virtude de sua forma (tautologias, de acordo com Wittgenstein; eles correspondem aproximadamente aos "juízos analíticos" de Kant). Eles não dizem nada sobre a realidade. As fórmulas da lógica e da matemática são dessa espécie. Eles não são em si mesmos enunciados factuais, mas servem para a transformação de tais enunciados".

A *dedução kantiana* não é um procedimento lógico do tipo *Modus Ponens* ($P \rightarrow Q, P \vdash Q$), mas uma forma demonstração de uso legítimo de um argumento que tem origem na prática jurídica de sua época. *Cf.* Kant[745]:

> Esta segunda secção foi, pois, como a primeira, puramente analítica. Ora para estabelecer que a moralidade não é uma quimera vã, coisa que se deduz logo que o imperativo categórico e com ele a autonomia da vontade sejam verdadeiros e absolutamente necessários como princípio a priori, é preciso admitir um *possível uso sintético da razão pura prática*, o que não podemos arriscar sem o fazer preceder de uma *crítica* desta faculdade da razão. Na última secção exporemos os seus traços principais, suficientes para o nosso propósito.

Nota-se que estas seções da *Grundlegung* representam um marco teórico no próprio *corpus doutrinário kantiano*, precisamente porque indicam os primeiros elementos de transição entre a Crítica da razão pura (KrV - *filosofia teórica*) e a Crítica da razão prática (KpV - *filosofia moral*), entre o que *é* o que *deveria ser*.

---

[744] CARNAP, Rudolf. The Elimination of Metaphysics Through Logical Analysis of Language. A Superação da Metafísica pela Análise Lógica da Linguagem. Tradução de William Steinle. Cognitio, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 293-309, jul./dez. 2009, p. 305.
[745] GMS, BA, 96: 91.

Embora Kelsen não seja explícito em relação aos argumentos específicos desta obra, pode-se afirmar que o *positivismo jurídico* (de linhagem *analítico-linguística*) não compartilha a transição do argumento *analítico* da segunda seção para o argumento *sintético* da terceira seção, pois, metodologicamente, Kelsen separa o *ser* do *dever-ser*, alegando que uma única e mesma razão não pode ser dividida em uma função *teórica* e *prática,* diz Kelsen[746]: "O conceito, em si contraditório, da razão prática, que, simultaneamente, é conhecer e querer, e no qual portanto é suprimido o dualismo do ser e dever-ser, é o fundamento da Ética kantiana". Por outro ângulo, a norma do direito positivo como unidade analítica do discurso jurídico não é um dever categórico da *razão prática*, tal como Kant responde à pergunta[747]: "Como é que é possível uma tal proposição prática sintética a priori? e por que é que ela é necessária? Pois, como Kant escreveu na KrV[748]: "[...] a forma lógica de um juízo, introduz também, mediante a unidade sintética do diverso na intuição em geral, um conteúdo transcendental nas suas representações do diverso".

Em Kant a *metafísica* é fundamento da *razão teórica* e da *razão prática* - (conhecimento objetivo da *física* sobre "*o que é*" e para os deveres *"*o que *dever-ser"*). A *razão prática* (Segunda Crítica), que demonstra como a *vontade* humana tem interesse na *liberdade* como princípio supremo da conduta, sustenta o edifício da *Philosophia Moralis* (Filosofia Moral), ou simplesmente, Moral.

Em outras palavras, diferente do positivismo kelseniano, em Kant há um princípio *a priori* em comum que contempla os *deveres éticos* e *jurídicos* em um único arcabouço epistemológico, no "eu transcendental"[749], por vezes interpretados com uma teoria do jusnaturalismo racional.

Este tema está presente nos textos kantianos: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre - Princípios metafísicos da doutrina do Direito* (*ius*) *e a Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre - Princípios metafísicos da doutrina da Virtude* (*ethica*) - pois, para Kant[750]: "A metafísica divide-se em metafísica do uso *especulativo e* metafísica do uso *prático* da razão pura e é, portanto, ou *metafísica da natureza* ou *metafísica dos costumes.* A primeira contém todos os princípios da razão, derivados de simples conceitos (portanto com

[746] ATN: 100.
[747] GMS, BA96: 91.
[748] KrV, B105: 136.
[749] "A identidade do 'eu transcendental' é a norma segundo a qual serão ligadas todas as representações entre si, mas também a norma segundo a qual todas elas serão ligadas a mim [...]". FLORES, P. H. (2019). Kant e o problema do sujeito. *Sofia*, *8*(2), 66–79. https://doi.org/10.47456/sofia.v8i2.19267. p. 73.
[750] KrV, A842/B870: 675.

exclusão da matemática), relativos ao conhecimento teórico de todas as coisas; a segunda, os princípios que determinam *a priori e* tornam necessários o *fazer* e o *não fazer*"; ambos implicam na mesma razão, na mesma Crítica da razão pura, o que foi rejeitado por Kalsen quando acusa que a mesa razão não pode ter simultaneamente a faculdade de descrever e prescrever.

Eis aí um indicativo, como será visto, para solucionar o dilema entre a herança kantiana e as reservas *antimetafísica* e *antipsicologista* da *pureza metodológica* da *Teoria pura do direito*, que desconsidera, à luz da interpretação da *Erkenntniskritik* (crítica do conhecimento) do *neokantiano* Hermann Cohen - o "conteúdo transcendental" - a *unidade da razão* como condição necessária para o método científico da experiência.

Importante: É na terceira seção da *Grundlegung* que Kant afirma que "O Conceito da Liberdade é a chave da explicação da Autonomia da Vontade"[751].

Sendo a *autonomia da vontade* um conceito fundamental para *o Direito Negocial*, uma breve nota: Na *Grundlegung*, a *liberdade prática* (A liberdade como independência do arbítrio frente à coação dos impulsos da sensibilidade), tem por fundamento uma lei *a priori* (princípio supremo da moralidade) que se "deduz" *analiticamente*, mas que se converte em *liberdade prática* pela ação moral incondicionada, com efeito, fundamento para os *imperativos do dever-ser jurídico*.

A Ação moral (no mundo prático) acrescenta o componente conceitual *sintético* à ideia *numênica* e *transcendental* de *liberdade*[752], *i.e*., os imperativos morais - as leis para as máximas morais que se estendem aos deveres jurídicos - são *sintéticos a priori* pelo fato de que a ação que *realiza* seu objeto (a *liberdade do arbítrio*) - manifesta no mundo concreto (por meio da ação) a *autonomia da vontade,* sempre em conforme com a *lei metafísica* estabelecida pela *razão* como fundamento *prático*[753].

Autonomia da vontade é, portanto[754]: "[...] uma disposição do arbítrio que reconhece como praticamente necessário, quer dizer, conforme a lei estabelecida pela razão como fundamento prático, um interesse pela *liberdade* como causa *noumênica* da ação [...]".

---

[751] GMS, BA, 97,98: 93.

[752] "Como conceito *transcendental*, a *liberdade* se tratava apenas de uma antinomia insolúvel para a *razão teórica, pois sendo noumeno* (conceito do mundo intelectivo), não há o componente *sintético* que se exige para a produção do conhecimento científico (considerando este um saber sintético a priori), na razão prática, contudo, a liberdade é pressuposto metafísico da ação que se realiza pela conduta que será considerada moral, sendo, então, a *razão prática* complementar à *razão teórica* no sistema kantiano". FERREIRA, NETTO. Adyr G. Ética e direito em Immanuel Kant. Op. Cit. p. 52.

[753] Vide: FERREIRA, NETTO. Adyr G. Op. Cit. p. 52.

[754] Ibid. p. 95.

Agir conforme a *autonomia da vontade* é agir de acordo com a *lei metafísica* - inscrita em todos os seres racionais - não é portanto, agir pelos impulsos da sensibilidade (explicado pela psicologia), ou agir por outros móbiles ou fins. Trata-se do conceito mais importante da *moral moderna*, considerando que a *autonomia da vontade* é uma lei "autoimposta", não por Deus, pela natureza ou por autoridades de outra ordem, senão da autoridade da própria razão, a autonomia da vontade está subentendida a uma *filosofia moral pura* abstraída das subjetividades, cuja origem se encontra *a priori*, isto é, seu fundamento é derivado da *razão pura*, expurgado de toda experiência empírica, valorativa e de toda corrupção dos princípios supremos da moralidade.

Aqui, a *autonomia da vontade* - um termo criado por Kant na *Grundlegung* - é também um expediente teórico comumente utilizado por *teorias normativas* (*deontológicas*) - do *dever-ser* - tradicionais para caracterizar o *Direito Negocial*, considerando que a essência de qualquer *negócio jurídico* é a "declaração livre da vontade", que deveria ter por fundamento um *conceito metafísico* de *liberdad*e, como diz Kant[755]: "Notemos no entanto provisoriamente que só o imperativo categórico tem o carácter de uma lei prática, ao passo que todos os outros se podem chamar em verdade princípios da vontade, mas não leis". A "declaração consciente de um desejo" não é um princípio da *autonomia da vontade*.

Negócios jurídicos são "*negócios*", exatamente por vincular a produção de efeitos jurídicos a "manifestação livre da vontade", *i.e.*, o direito negocial tem por "essência" a "liberdade de contratar", ou, ainda, o "*princípio* da *autonomia da vontade*".

Em que pese "volição", "manifestação livre da vontade", "conveniência do interesse" e tantos outros termos utilizados de forma genérica pela dogmática jurídica, a mera "declaração consciente do desejo" é uma expressão vazia de significado, não possui nenhuma precisão conceitual e está à margem da *filosofia prática* e da ordem epistemológica que a *ciência jurídica* exige.

Eis, aí, também, a diferença entre o *cientificismo* do *positivismo jurídico* na abordagem do *Direito Negocial* e o *pragmatism*o das demais teorias contratuais, ou seja, não basta declarar que "volição" é uma "declaração consciente da vontade", é preciso, antes, buscar na história dos embates intelectuais o argumento que sustente *o que é* a "consciência", e, sobretudo, se a consciência deve ou não ser um pressuposto da teoria do conhecimento, pois, conforme a linhagem *analític*a e *antipsicologista fregeana,* seguida pelo *positivismo jurídico*, não há

[755] GMS, BA, 50: 57.

qualquer relação, diz Kelsen[756]: "A teoria da Consciência como legislador moral frustra-se, sobretudo, no fato de que a consciência, nem como sentimento nem como conhecimento, pode estabelecer normas, porque normas que prescrevem como a gente deve conduzir-se apenas podem ser o sentido de ato de vontade".

Logo, não há respaldo na psicologia para dar suporte a origem da função criadora de direitos da norma negocial, ainda que a psicologia possa ter a prerrogativa de dizer o que é a consciência.

In summa, a "declaração consciente da vontade como fundamento dos *das Rechtsgeschäft* (negócio jurídico)" - expressão comum nos manuais de direito negocial - é um mero *flatus vocis*, um sopro da voz, não possui significado na *ciência jurídica kelseniana*.

Ora, se a *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (GMS) é a obra de transição entre a *razão teórica e prática* da filosofia kantiana, aliás, vide a ordem cronológica das publicações: Crítica da razão pura (1781) - GMS (1785) - Crítica da razão prática (1788), significa dizer que ela carrega argumentos sensíveis para o rompimento do positivismo jurídico com a *Filosofia Moral kantiana*, *i.e.*, se a *Teoria pura do direito* é herdeira da *razão teórica* e *não prática*, e, a *Grundlegung* representa a pedra angular do criticismo que faz a intermediação entre a KrV e a KpV, ao negar a transição, o *positivismo* afirma a incomunicabilidade entre *ser* e *dever-ser*[757], a incomunicabilidade entre a *ciência jurídica* e a *Filosofia moral*, a incomunicabilidade dos argumentos *analíticos* para os *sintéticos* da terceira seção da GMS, e, por desfecho, negando a tese de que os *imperativos* da *razão prática* são *sintéticos a priori*, desconsidera a hipótese da *liberdade do arbítrio* como princípio de um *direito inato* (*jusnaturalista*).

Já é possível presumir que o *fundamento da função criadora de direitos da norma negocial*, segundo o positivismo, de linhagem *analítico-linguística*, não pode ser a *autonomia da vontade* no sentido *metafísico* ou *psicológico*.

Vale reforçar que, conforme o *paradigma linguístico* desenvolvido a partir da *Filosofia analítica*, contexto que a *teoria pura* de Hans Kelsen foi concebida, os *imperativos jurídicos* também não poderiam ser, como na razão prática kantiana, *proposições sintéticas a priori*.

---

[756] ATN: 106-107.

[757] "*Cuando Kelsen establece la oposición entre las categorías irreductibles de ser y deber ser lo hace en un plano lógico-formal, en relación a los juicios que determinan. Juicios enunciativos y normativos. No tiene la palabra ser ningún matiz metafisico. Solamente lógico*". AYALA, Ricardo Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. Op. Cit. p. 62.

Sem recorrer à metafísica e o psicologismo, o direito positivo só é possível a partir da ideia da *norma jurídica* como *unidade analítica da linguagem*, a *estrutura lógica* mínima que confere sentido da *juridicidade* e do *discurso jurídico científico*.

Quando Frege reduziu as proposições da matemática ao raciocínio lógico, dispensando conceitos e elementos empíricos da realidade sensível para articular uma linguagem objetiva, a proposta foi incorporada pelo discurso *jurídico-científico* do *positivism*o, reforçando a cisão da metalinguagem *descritiva* científica da linguagem *prescritiva* da norma jurídica.

*
* *

Feitas estas considerações sobre o termo *analítica* "entre Kant e Frege", ainda é prudente relembrar, para não se perder em digressões de outra ordem, que as *raízes epistemológicas da Teoria pura do direito* se estendem por este fio metodológico que se inicia com a *razão teórica* kantiana, passa pelo *antipsicologismo* da *lógica-matemática* dos *neokantianos* e pelo *neopositivismo* (*filosofia analítica*) da *Wierner Kreis*, pois, como dito, *ab initio*, são os *demarcadores filosóficos* representativos das diversas fases do pensamento jurídico kelseniano e os respectivos paradigmas (filosófico, epistemológico e linguístico) do direito positivo.

Percorrendo este mesmo caminho é possível compreender como Kelsen se afastou dos sincretismos científicos e de qualquer tentativa jusnaturalista de se apoiar em elementos *metajurídicos* para "legitimar" a origem do direitos subjetivos e a fundamentar *das Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (O negócio jurídico como fato gerador de direito). O *positivismo* de Hans Kelsen seguiu o caminho da *pureza metodológica*, assumindo a postura tradicional *antimetafísica* e *antipsicologista* das linhas *analíticas* da *lógica* e da *matemática*, tão caras à Frege, Carnap, Russell e Wittgenstein.

A compreensão do que é ciência pelos filósofos analíticos repercutirá, portanto, na decisão de Kelsen para fundamentar o *positivismo* como uma *ciência pura* e *particular* do direito, apoiando-se, *cf. supra*, em argumentos *de natureza epistemológica* e não *psicológica*. *Cf.* Klaus C. Köhnke[758]: "[...] *los progresos de la filosofia universitaria se dieron sobre todo*

[758] KÖHNKE, Klaus Christian. The rise of neo-Kantianism: German academic philosophy between idealism and positivism. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 115.

en torno a los problemas lógicos y gnoseológicos, en parte a causa de la disputa con la psicología, en parte a causa de aquella con los métodos de las ciencias particulares".

A *Filosofia Analítica* de Frege, seguida por Carnap, Russell e Wittgeinstein e o movimento *neopositivista* da *Wierner Kreis* (Círculo e Viena) - aliás, as expressões *filosofia analítica* e *neopositivismo lógico* se tornariam equivalentes - é, portanto, uma teoria chave para compreender o contexto acadêmico em que Kelsen concebeu a doutrina científica do *direito positivo*, também conhecida como *Escola jurídica de Viena*.

Sobre esta influência de Frege e Russel no *neopositivismo lógico* da WK, Avishai Margalit acrescenta que[759]: "*Carnap mentions Wittgenstein, along with Frege and Russell, as the philosophers who influenced him most.* […] *It helps assess Wittgenstein's influence on analytic philosophy, since Carnap's own influence on logical positivism needs no documentation*". (Carnap menciona Wittgenstein, junto com Frege e Russell, como os filósofos que mais o influenciaram. [...] Isso ajuda a avaliar a influência de Wittgenstein na filosofia analítica, uma vez que a própria influência de Carnap no positivismo lógico não precisa de documentação).

Importante salientar que o *neokantismo* mesmo sendo uma reação ao *psicologismo* do *idealismo alemão*[760]: "[...] *The neo-Kantians rejected the development of Kantianism undertaken by the German idealists in the early nineteenth century: they - Fichte, Schelling and Hegel* […]"; (Os neokantianos rejeitaram o desenvolvimento do kantismo empreendido pelos idealistas alemães no início do século XIX: eles - Fichte, Schelling e Hegel […]); ou ainda, *cf.* Will Dudley[761] as: "Reações ao Idealismo alemão, especialmente as dos neokantianos, positivistas lógicos e de Bertrand Russell, foram também instrumentais na fundação da filosofia analítica, que hoje revela e se beneficia de uma avaliação crescentemente sofisticada da tradição filosófica europeia"; e, considerando o termo *psicologismo*[762], em geral, conforme sugere Frederick C. Beiser[763]: "*One common definition of 'psychologism' specifically concerns logic. It is defined as the doctrine that logic is based on "laws of thought", where these laws are deter- mined by human nature and valid only for it*". (Uma definição

[759] MARGALIT, Avishai. Wittgenstein's Knight Move: Hacker on Wittgenstein's Influence on Analytic Philosophy. In.: GLOCK, Hans-Johan and HYMAN, John. Wittgenstein and Analytic Philosophy. Essays for P. M. S. Hacker. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 9-10.
[760] A HEIDEGGER DICTIONARY. Op. Cit. p. 108.
[761] DUDLEY, Will. Idealismo alemão. Op. Cit. p.15.
[762] As várias vertentes do psicologismo que invadiram a filosofia, não serão objetos deste trabalho, no entanto, sobre o assunto, vide o estudo Types of Psychologism de Jitendra Nath Mohanty. in.: MOHANTY, Jitendra Nath. The Concept of 'Psychologism' in Frege and Husserl. Op. Cit. p. 14.
[763] BEISER, Frederick. The genisi of Neo-Kantianism. Op. Cit. p. 80.

comum de "psicologismo" diz respeito especificamente à lógica. É definido como a doutrina de que a lógica é baseada em "leis do pensamento", onde essas leis são dissuadidas pela natureza humana e válidas apenas para ela); conclui-se, então, que o problema fulcral do conhecimento neste período consiste precisamente na discussão pós-kantiana sobre os fundamentos epistemológicos e filosóficos acerca da lógica e da matemática.

Neste sentido, explicando as caracterísitcas do pensamento de Frege, Günther Patzig escreve[764]: "*Es ist Aufgabe der philosophischen Reflexion, auf die Bedingungen der Möglichkeit dessen zu reflektieren, was Mathematik ist und leisten kann. Entsprechendes gilt für die übrigen Wissenschaften und auch für weite Bereiche des praktischen Lebens*". (É tarefa da reflexão filosófica refletir sobre as condições de possibilidade do que a matemática é e pode alcançar. O mesmo se aplica às outras ciências e também a vastas áreas da vida prática).

A *Lógica-matemática* de Gottlob Frege representa um marco na história da filosofia, que, motivado pelo esforço antipsicologista neokantiano, teve o mérito de reinterpretar os fundamentos da aritmética que estavam intocáveis desde Euclides e Aristóteles, e, por consequência, acabou por fundar a *Lógica Moderna*, *cf.* Scott Soames[765]: "*La tradición analítica se inicia en 1879, cuando Gottlob Frege inventa la lógica moderna con la finalidad de explicar cómo podemos alcanzar certeza en matemáticas. Su estrategia consistió en reducir las matemáticas superiores a la aritmética (proyecto que ya se encontraba en marcha), para luego reducir la aritmética a la lógica*"; Franz von Kutschera compartilha essa interpretação, que[766]: "*Gottlob Frege gehört zu den Pionieren der modernen Logik, ja er kann als deren eigentlicher Begründer angesehen werden. Sein Werk ist daher zunächst für die Geschichte der Logik von Interesse, darüber hinaus aber auch für die der Philosophie*". (Gottlob Frege é um dos pioneiros da lógica moderna, na verdade, ele pode ser considerado seu verdadeiro fundador. Seu trabalho é, portanto, de interesse em primeiro lugar para a história da lógica, mas também para a da filosofia).

---

[764] PATZIG, Günther. Vorworte (Prefácio). In.: FREGE, Gottlob. Funktion, Begriff, Bedeutung Fünf logische Studien Herausgegeben und eingeleitet. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2008, p. XIX.
[765] SOAMES, Scott. El surgimento de la filosofia analítica. Madrid: Tecnos, p. 14.
[766] KUTSCHERA, Franz. Gottlob Frege Eine Einführung in sein Werk. Berlim: de Gruyter,1989, p. V.

A preocupação de Frege de afirmar o fundamento filosófico da lógica-matemática contra seus contemporâneos[767], vale a nota de Tom Sorel e G. A. J. Rogers[768]: "*The classical example of the intimacy of history to philosophy is given by the first part of Frege's Grundlagen der Arithmetik. Almost half of Frege's book is devoted to discussing and refuting the views of other philosophers and mathematicians*". (O exemplo clássico da intimidade da história para a filosofia é dado pela primeira parte do *Grundlagen der Arithmetik de Frege*. Quase metade do livro de Frege é dedicado a discutir e refutar os pontos de vista de outros filósofos e matemáticos).

Enfim, são contextualizações que justificam a atitude de Frege reagir contra a incursão psicologista na matemática[769]: "[...] *so that I found myself forced to enter a little into psychology, if only to repel its invasion of mathematics. Besides, even mathematical textbooks do at times lapse into psychology*". (De modo que me vi forçado a entrar um pouco na psicologia, nem que seja para repelir sua invasão na matemática. Além disso, até mesmo livros didáticos de matemática às vezes caem em psicologia).

Já comentado *en passant*, Frege também contribuiu para criação de um sistema de *lógica simbólica* na obra *Begriffsschrift, eine der arithmetischen nachgebildete Formelsprache des reinen Denkens* (Conceitografia: uma linguagem formular do pensamento puro modelada na aritmética - 1879)[770], para representar a estrutura formal dos enunciados científicos, livres de elementos impuros da linguagem natural.

Nas palavras de Frege em outra obra, a *Begriffsschrift und andere Aufsätze* (Escrita conceitual e outros ensaios - 1879)[771]: "*Die Arithmetik, wie ich im Anfange bemerkt habe, ist der Ausgangspunkt des Gedankenganges gewesen, der mich zu meiner Begriftsschrift geleitet hat. Auf diese Wissenschaft denke ich sie daher auch zuerst anzuwenden, indem ich ihre Begriffe weiter zu zergliedern und ihre Sätze tiefer zu begründen suche".* (A aritmética, como observei no início, foi o ponto de partida da linha de pensamento que me levou à minha tese.

---

[767] "*Der Kampf mit der vermeintlich heimtückischen Sprache, der dann mit Wittgenstein zum Panier der Philosophie wurde, ist freilich oft das Resultat falscher eigener Ansichten*". (A luta com a linguagem supostamente insidiosa, que então se tornou o padrão da filosofia com Wittgenstein, é, naturalmente, muitas vezes o resultado das próprias visões incorretas de alguém). KUTSCHERA, Franz. Ibid. p. 138.

[768] ROGERS, G. A. J. Analytic philosophy and history of philosophy. Oxford: Clarendon Press, 2005, p. 24.

[769] FREGE, Gottlob. The foundations of arithmetic. A logico-mathematical enquiry into the concept of number. Translated by J. L. Austin. 2nd. Ed. New York: Harper Torchbook, 1953, p. XX.

[770] Vide: Begriffsschrift, eine der arithmetischen nachgebildete Formelsprache des reinen Denkens. Zweite Auflage. Mit E. Husserls und H. Scholz' Anmerkungen herausgegeben von I. Angelelli. Zürich: G. Verlag, 1983.

[771] FREGE, Gottlob. Begriffsschrift und andere Aufsätze Zweite Auflage Mit E. Husserls und H. Scholz' Anmerkungen herausgegeben von Ignacio Angelelli. Zürich: Georg Olms Verlag, 1993, p. XIX.

Penso, portanto, em aplicá-lo a esta ciência em primeiro lugar, procurando dissecar ainda mais seus conceitos e fundamentar suas proposições mais profundamente).

Os símbolos da lógica formal são recorrentes neste trabalho, já utilizados, como exemplo: "a cada objeto x ∈ C, logo, um objeto F(x) ∈ D; ou ainda, P → Q", entre outros, também muito empregados por Kelsen e sempre presentes em seus diálogos com Ulrich Klug (1913 - 1993)[772], filósofo alemão notável em relacionar *lógica formal* e *lógica jurídica,* bem como em desenvolver argumentos jurídicos utilizando cálculos proposicionais em sua obra *Juristische Logik* (Lógica jurídica - 1958)[773].

Acrescenta-se que a *Lógica Moderna fregeana* aprimorou a compreensão da tradicional "dicotomia lógica" do enunciados entre *sujeito-predicado* (P → Q) aplicada de Aristóteles à Kant, substituindo-as pelos conceitos de *argumento* e *função* no seu mais famoso texto: *Über Sinn und Bedeutung* (Sobre sentido e a referência - 1892)[774].

Para resumir em uma ideia, vide sua advertência no prefácio da obra *Begriffsschrift, eine der arithmetischen nachgebildete Formelsprache des reinen Denkens*[775]:

> *Die festeste Beweisführung ist offenbar die rein logische, welche, von der besondern Beschaffenheit der Dinge absehend, sich allein auf die Gesetze gründet, auf denen alle Erkenntnis beruht. Wir theilen danach alle Wahrheiten, die einer Begründung bedürfen, in zwei Arten, indem der Beweis bei den einen rein logisch vorgehen kann, bei den andern sich auf Erfahrungsthats&chen stützen muss.* […] *Also nicht die psychologische Entstehungs- weise, sondern die vollkommenste Art der Beweisführung liegt*.

Nota-se neste fragmento que Frege argumenta em favor da *melhor forma* do argumento científico a despeito de seu "conteúdo psicológico", e, ao "desconsiderar as particularidades das coisas", resume sua compreensão de uma abordagem *analítica* da *lógica-matemática* que repercutirá na *filosofia* da *linguagem* e na fase *Analítco-linguísitca* do pensamento jurídico de Hans Kelsen.

---

[772] Ulrich Klug foi professor de Y. V. Bulygin, referência neste trabalho. Vide: NAVARRO, Pablo E. et. al. Eugenio Bulygin. In Memoriam. Disponível em: https://doi.org/10.36446/af.2021.498 Acesso em 12/10/2024.
[773] Vide: KLUG, Ulrich. Juristische Logik. 4. neubearb. Auflage, Berlin; Heidelberg; NY, 1982.
[774] Vide seu mais famoso texto "*Über Sinn und Bedeutung*". In.: FREGE, G. Funktion, Begriff, Bedeutung Fünf logische Studien Herausgegeben und eingeleitet von Günther Patzig. Göttingen: V & R, 2008, p. 23.
[775] (A prova mais forte é obviamente a puramente lógica, que, desconsiderando a natureza especial das coisas, se baseia unicamente nas leis nas quais se baseia todo o conhecimento. Dividimos então todas as verdades que requerem justificação em dois tipos, em que para alguns a prova pode proceder de forma puramente lógica, para outros deve basear-se em factos empíricos […] Portanto, não é o modo psicológico de origem, mas a maneira mais perfeita de raciocinar [...]). FREGE, G. Begriffsschrift. Op. Cit. p. III.

A *decomposição analítica* das estruturas internas da linguagem em símbolos lógicos por Frege foi aperfeiçoada por Bertrand Russel, que ainda desenvolveu novas *fórmulas* e *cálculos proposicionais*, aliás, Scott Soames destaca uma curiosidade conhecida entre os estudiosos da lógica simbólica[776]: "*El sistema de Frege contenía una contradicción que fue descubierta en 1903 por Bertrand Russell y que llevó a este último a heredar la tarea de reducir la aritmética a la lógica. Russell completó dicha tarea en Principia Mathematica* (*Russell y Whitehead 1910, 1911, 1913*)*, valiéndose de una versión más compleja de las ideas de Frege*".

A propósito, anota Antony Kenny[777]: "*Wittgenstein's philosophy of language cannot be understood without some knowledge of the work of Frege and Russell and earlier logicians on which he built*". (A filosofia da linguagem de Wittgenstein não pode ser entendida sem algum conhecimento do trabalho de Frege e Russell e dos lógicos anteriores sobre os quais ele se baseou).

Tom Sorel e G. A. J. Rogers também apresentam uma explicação da influência da *Filosofia analítica* fregeana em Russell e Carnap que merce destaque[778]:

> *While the term has become rather diffuse of late, analytic philosophy was originally intended to be a way of doing philosophy that solves philosophical problems through logical analysis. A paradigm of this style of philosophy might be Frege's Foundations of Arithmetic or Russell's early essays, such as 'On Denoting', or Carnap's classic 'The Overcoming of Metaphysics through Logical Analysis of Language'. As practised more recently, analytic philosophy seems less a definite programme for doing philosophy through logical analysis than an approach to philosophy that values rigorous argumentation and clear thinking.*

A principal obra de Frege que relaciona filosofia e lógica-matemática, a *Die Grundlagen der Arithmetik: Eine logisch-mathematische Untersuchung über den Begriff der Zahl (Os fundamentos da aritmética: Uma Investigação Lógico-matemática sobre o conceito de número* - 1884), trata de um problema intrigante, quando faz uma pergunta filosófica aparentemente simples sobre a matemática: O que é um número? Como se dá a

---

[776] Loc. Cit.

[777] KENNY, Anthony. Wittgenstein. Oxford: Blackwell Publishing, 2006, p. 15.

[778] (Embora o termo tenha se tornado bastante difuso ultimamente, a filosofia analítica foi originalmente concebida para ser uma maneira de fazer filosofia que resolve problemas filosóficos por meio de análise lógica. Um paradigma desse estilo de filosofia pode ser os Fundamentos da Aritmética de Frege ou os primeiros ensaios de Russell, como 'On Denoting', ou o clássico de Carnap 'The Overcoming of Metaphysics through Logical Analysis of Language'. Como praticado mais recentemente, a filosofia analítica parece menos um programa definido para fazer filosofia por meio de análise lógica do que uma abordagem à filosofia que valoriza a argumentação rigorosa e o pensamento claro). SOREL, Tom; ROGERS, G. A. J. Analytic philosophy and history of philosophy. Oxford: Clarendon Press, 2005, p. 130.

relação entre eles? Ou, como diz Frege[779]: "[…] *is it not a scandal that our science should be so unclear about the first and foremost among its objects, and one which is apparently so simple?*". (Não é um escândalo que nossa ciência seja tão pouco clara sobre o primeiro e mais importante entre seus objetos, e que é aparentemente tão simples?). Entre as tentativas de resposta no embate entre *neokantianos* e *idealistas*, Frege afirma[780]:

> *Psychological treatments of logic arise from the mistaken belief that a thought (a judgement as it is usually called) is something psychological like an idea. This view leads necessarily to an idealist theory of knowledge; for if it is correct, then the parts that we distinguish in a thought, such as subject and predicate, must belong as much to psychology as do thoughts themselves. Now since every act of cognition is realized in judgements, this means the breakdown of every bridge leading to what is objective.*

A mesma explicação, na didática de Michael Steven Green:[781]

> *Logic was rescued from 'psychologism' (as the empiricist movement in logic came to be known by its detractors) in the late nineteenth and early twentieth centuries, primary by Gottlob Frege, the father of the analytic philosophy of language […] As recent work has shown, Frege's anti-psychologism was strongly influenced by Kant. Frege explained our non-empirical knowledge of meanings in a manner similar to Kant's explanation of our non-empirical knowledge of necessary relations in nature, such as causality. In this respect, Frege was part of the late nineteenth century philosophical movement away from empiricism and back to Kant.*

---

[779] Ibid. Loc. Cit.

[780] (Os tratamentos psicológicos da lógica surgem da crença equivocada de que um pensamento (um julgamento, como geralmente é chamado) é algo psicológico como uma ideia. Esta visão conduz necessariamente a uma teoria idealista do conhecimento; pois se estiver correto, então as partes que distinguimos num pensamento, tais como sujeito e predicado, devem pertencer tanto à psicologia quanto os próprios pensamentos. Agora, como todo ato de cognição é realizado em julgamentos, isso significa o colapso de toda ponte que leva ao que é objetivo). FREGE, Gotllob. Logic. In.; BEANEY, Frege. The Frege reader. Oxford; Massachussetts: Blackwell, 1997, pp. 244-245.

[781] (A lógica foi resgatada do 'psicologismo' (como o movimento empirista na lógica veio a ser conhecido por seus detratores) no final do século XIX e início do século XX, principalmente por Gottlob Frege, o pai da filosofia analítica da linguagem [...] Como trabalhos recentes mostraram, o antipsicologismo de Frege foi fortemente influenciado por Kant. Frege explicou nosso conhecimento não empírico de significados de maneira semelhante à explicação de Kant de nosso conhecimento não empírico de relações necessárias na natureza, tais · como causalidade. A este respeito, Frege fez parte do movimento filosófico do final do século XIX para longe do empirismo e de volta a Kant. A lógica foi resgatada do 'psicologismo' (como o movimento empirista na lógica veio a ser conhecido por seus detratores) no final do século XIX e início do século XX, principalmente por Gottlob Frege, o pai da filosofia analítica da linguagem [...] Como trabalhos recentes mostraram, o antipsicologismo de Frege foi fortemente influenciado por Kant. Frege explicou nosso conhecimento não empírico de significados de maneira semelhante à explicação de Kant de nosso conhecimento não empírico de relações necessárias na natureza, tais · como causalidade. A esse respeito, Frege fez parte do movimento filosófico do final do século XIX para longe do empirismo e de volta a Kant). STEVEN GREEN, Michael. Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems. Disponível em: https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/173/ Acesso em 13/08/2024, p. 367.

Sobre a influência e a relação da *Filosofia analítica* de Frege com o *positivismo jurídico* de Hans Kelsen, Michael Steven Green apresenta uma importante observação, citada desde o mote[782]: "*What Frege is to the interpretation of languages, Kelsen is to the interpretation of legal systems. In response to empiricist trends in the philosophy of law that had made legal meanings look scientifically disreputable, Kelsen sought to save the logical analysis of legal systems by adopting a Kantian epistemology of legal meaning*". (O que Frege é para a interpretação de línguas, Kelsen é para a interpretação de sistemas jurídicos. Em resposta às tendências empiristas na filosofia do direito que fizeram com que os significados jurídicos parecessem cientificamente desonrosos, Kelsen procurou salvar a análise lógica dos sistemas jurídicos adotando uma epistemologia kantiana do significado jurídico).

Repita-se: "O que Frege é para a interpretação de línguas, Kelsen é para a interpretação de sistemas jurídicos".

A *Filosofia analítica* de Frege "parecia ter sido seguida" pelas *Investigações lógicas* da *fenomenologia* de Edmund Husserl (1859 - 1938) e sua visão *fenomenológica do direito*[783], considerando que Husserl também rejeitou a tese de que as regras gerais da lógica possam ser explicadas a partir de argumentos empíricos da psicologia, *cf.* Jean-Cassien Billier[784]: "A reflexão sobre o direito de Husserl, pelo menos o aspecto que lhe é acessível pelo estudo de René Toulemont, parece não incidir sobre uma análise das estruturas jurídicas efetivas, mas sobre a forma geral da obediência ao direito: esta é designada como uma obrigação vinda de fora. Há um certo 'kantismo', pelo menos neste estágio, uma ideia muito geralmente kantiana (ou simplesmente muito geral?): o direito é o que nos obriga in foro externo"; bem como A. C. Guimarães também lembra que Edmund Husserl pretendeu[785]: "[...] despsicologizar essas ciências formais bem como todas as ciências de fatos que enxergavam na vida psicológica regida por leis próprias e naturais os fundamentos de toda afirmação e de toda negação no plano do conhecimento humano"; contudo, em que pese indícios de uma fase preliminar "neokantiana do pensamento de Husserl", Frege será o principal crítico de Husserl, e, como será visto, precisamente porque permitiu uma abertura

[782] STEVEN GREEN, Michael. Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems. Op. Cit. p. 368.
[783] BILLIER, Jean-Cassien. História da filosofia do direito. Barueri: Manole, 2005, p. 39.
[784] Habermas parece ter advertido que: "Depois que Frege substituiu a via régia mentalista da análise de sensações, representações e juízos por uma análise semântica das expressões linguísticas e Wittgenstein radicalizou a virada linguística numa virada de paradigma, as questões epistemológicas de Hume e Kant poderiam ter assumido um sentido novo, pragmático". HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação, ensaios filosóficos. Op. Cit. p. 08.
[785] GUIMARÃES, A. C. Husserl e a visão fenomenológica dos fundamentos do direito. In.: O fundamento do direito. RJ: M. A. Delgado, 2008, p. 148. Vide notas 56 e 62.

ainda maior para infiltração de teses psicologistas na filosofia, considerando que sua *fenomenologia* pressupõe "categorias filosóficas" como *intencionalidad*e e *consciência*. *Cf.* Husserl[786]: "O conhecimento é, em todas as configurações, uma vivência psíquica: é conhecimento do sujeito que conhece. Perante ele estão os objetos conhecidos. Mas, como pode estar certo da consonância com os objetos conhecidos, como pode ir além de si e atingir fidedignamente os objetos?

Embora Husserl tenha herdado a tendência do pensamento *neokantiano* e da *Filosofia analítica* que se deve buscar os fundamentos (últimos) da filosofia na lógica-matemática, aqui vale a nota de Urbano Zilles, que[787]: "Husserl usou o termo fenomenologia, pela primeira vez, nas Investigações Lógicas (1901), em lugar da expressão "Psicologia Descritiva", que usara até então. A consciência funda sentido como compreensão de algo que é (sentido do ser), através da intencionalidade, ou seja, através de sua orientação intencional para encher o vazio".

Ainda uma importante observação sobre Frege contra Husserl: Frege não direcionou suas críticas frontalmente aos *idealistas alemães*, ou contra Hegel, supondo ser seu representante mais expressivo, mas sim contra Edmund Husserl, considerando sua influência no início do século XX, segundo escreve Jitendra Nath Mohanty em *The Concept of 'Psychologism' in Frege and Husserl*[788]: "*It is time to recognize that Frege's attack on psychologism could not have been motivated by the idea of attacking (Hegelian) idealism. Hegel's idealism had ceased to be a dominant philosophical theory by the later half of the nineteenth century, and some philosophers even regarded psychologism as their way of correcting the alleged excesses of Hegelian idealism*". (É hora de reconhecer que o ataque de Frege ao psicologismo não poderia ter sido motivado pela ideia de atacar o idealismo (hegeliano). O idealismo de Hegel havia deixado de ser uma teoria filosófica dominante na segunda metade do século XIX, e alguns filósofos até consideravam o psicologismo como sua maneira de corrigir os supostos excessos do idealismo hegeliano. Dale Jacquette (1953 - 2016), filósofo americano estudioso do pensamento analítico, ainda acrescenta que, a despeito de

---

[786] HUSSERL, Edmund. A ideia de fenomenologia. Tradução de Artur Morão. 2 e.d. Lisboa, Portugal. Edições 70: 1958. p. 42.

[787] ZILLES, Urbano. Fenomenologia e teoria do conhecimento em Husserl. Revista da Abordagem Gestáltica – XIII (2): 216-221, jul-dez, 2007, p. 218. Disponível em: https://pepsic.bvsalud.org/pdf/rag/v13n2/v13n2a05.pdf Acesso em 30/09/2024.

[788] MOHANTY, Jitendra Nath. The Concept of 'Psychologism' in Frege and Husserl. In.: Philosophy, psychology, and psychologism. Critical and Historical readings on the psychological turn in philosophy. Edited by Dale Jacquette. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 113.

Hegel, Frege elegeu Husserl como um representante contemporâneo de toda incursão psicologista que relativizou o discurso filosófico, a ele, portanto, deveria ser responsabilizada a continuidade dos equívocos idealistas, assim diz Jacquette[789]: "*His was a principled wrath aimed at any insidious psychologism, which in the 1894 review he directed against Husserl almost as deputizing for everyone who had ever committed this error*". (Sua ira era baseada em princípios dirigida a qualquer psicologismo insidioso, que na revisão de 1894 ele dirigiu contra Husserl quase como representante de todos que já cometeram esse erro).

Jitendra Nath Mohanty explica o ponto de vista de Husserl sobre a "função da psicologia" de explicar certas conexões causais entre representações mentais e a realidade externa, contudo, como dito, a tese é rechaçada pelos neokantianios[790]: "*The "naturalism" that underlies naturalistic psychologism is, according to Husserl, a metaphysical thesis that regards the world as con ing only of individual things, cognizable by outer and/or inner perception, and the psychology based upon such a theory as one that undertakes the task of inquiring into causal relations among such individual mental contents and other mental contents and physical entities*". (O "naturalismo" subjacente ao psicologismo naturalista é, de acordo com Husserl, uma tese metafísica que considera o mundo como contendo apenas coisas individuais, cognoscíveis pela percepção externa e/ou interna, e a psicologia baseada em uma teoria como aquela que assume a tarefa de investigar as relações causais entre esses conteúdos mentais individuais e outros conteúdos mentais e entidades físicas). No entanto, conclui J. Mohanty[791]: "*Both Frege and Husserl reject them all, not psychological theories per se, but insofar as these psychological theories claim to provide the foundation for logic and mathematics and - only in Husserl's case -insofar as they advance a theory of the nature of consciousness*". (Tanto Frege quanto Husserl rejeitam todas elas, não as teorias psicológicas em si, mas na medida em que essas teorias psicológicas pretendem fornecer a base para a lógica e a matemática e - apenas no caso de Husserl - na medida em que avançam uma teoria da natureza da consciência).

Contudo, sobre o alinhamento de Kelsen com o neokantismo no contexto da crítica à Hegel, convém lembrar a observação de Albert Calsamiglia[792]: "*El formalismo kelseniano cae de lleno en la crítica de Hegel ya que considera el derecho como forma y su tratamiento del*

---

[789] JACQUETTE, Dale. Academic and Personal Life, the Review of Husserl, and Mathematical and Philosophical Correspondence (1894–1902). In.: Gottolob Frege. A Philosophical Biography. Dale Jacquette. Cambridge; Cambridge University Press 2019, p. 440.
[790] MOHANTY, Jitendra Nath. Op. Cit. p. 115.
[791] Loc. Cit.
[792] CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978, p. 198.

problema es meramente abstracto y general. La metodología kelseniana aferrada al neokantismo continúa, pese a las severas críticas de Hegel a la metodología kantiana, construyendo formas con contenidos variables o formas sin contenido". Tal crítica ficará nítida depois de fixada a relação entre positivismo e a *filosofia analítica* do *neopositvismo lógico*.

Frege no texto *Review of E. Husserl's Philosophie der Arithmetik* alega que Husserll mistura conceitos como: pensamento (que para Frege é objetivo) e representações mentais (que são subjetivas), bem como análise lógica e psicológica dos números e da matemática por Husserll, diz Frege[793]: "*Reading this work has enabled me to gauge the extent of the devastation caused by the irruption of psychology into logic, and I have taken it to be my task to exhibit that damage in the proper light. The errors which I believe I was compelled to point out are to be laid to the charge, not so much of the author, as of a widespread philosophical disease*". (A leitura deste trabalho me permitiu avaliar a extensão da devastação causada pela irrupção da psicologia na lógica, e considerei minha tarefa exibir esse dano sob a luz adequada. Os erros que acredito ter sido obrigado a apontar devem ser imputados, não tanto ao autor, mas a uma doença filosófica generalizada). Contudo, vale o registro de Robert Walter[794]: "*Kelsen ist mit Husserls Abgrenzung gegenüber dem Psychologismus einverstanden, den erwähnten Bemühungen seiner Schüler aber nicht gefolgt".* (Kelsen concordou com a demarcação de Husserl do psicologismo, mas não seguiu os esforços de seus alunos acima mencionados).

De interesse histórico, vale o registro que o embate da "era psicológica" alcança Martin Heidegger, que, com apenas 24 anos, escreve um artigo intitulado *Die Lehre vom Urteil im Psychologismus: Ein kritisch-positiver Beitrag zur Logik* (A doutrina do juízo no psicologismo: Uma contribuição crítico-positiva para a lógica - 1913), marcando seu primeiro posicionamento como filósofo *antipsicologista*[795]:

> *Der Aufschwung der psychologischen Forschung, die Reichhaitigkeit ihrer Ergebnisse ist heute unumstritten. Die Erfolge be- schränken sich aber nicht auf den engeren Bezirk der Psycho- logie. Ethische und ästhetische Untersuchungen, Pädagogik und Rechtspraxis suchen Vertiefung und Klärung durch die Psycho- logie. Und faßt man deren Begriff weiter, dann*

[793] Gottlob. Collected Papers on Mathematics, Logic, and Philosophy. Oxford: Basil Blackwell, 1984, p. 209.
[794] WALTER, Robert. Hans Kelsens Rechtslehre. Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1999, p. 17.
[795] (A ascensão da investigação psicológica e a riqueza dos seus resultados são hoje indiscutíveis. No entanto, os sucessos não se limitam à área mais restrita da psicologia. Os estudos éticos e estéticos, a pedagogia e a prática jurídica buscam aprofundamento e esclarecimento por meio da psicologia. E se considerarmos o conceito de forma mais ampla, então a literatura e a arte modernas também mostram influências do pensamento psicológico. Isso explica o termo "era da psicologia"). HEIDEGGER, Martin. Die lehre vom urteil im psychologismus: Ein kritisch-positiver Beitrag zur Logik. In.: Gesamtausgab. Abteilung: veröffentlichte schriften 1914-1970 band 1 frühe schriften. Frankfurt: Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1978.

> *zeigt auch die moderne Literatur und Kunst Einflüsse psychologischen Denkens. So erklärt sich das Wort vom „Zeitalter der Psychologie"*

A propósito, acrescenta Mario Ariel González Porta que[796]: "O artigo sobre a lógica 'contemporânea' serviu a Heidegger de base para a sua dissertação: '*Die Lehre vom Urteil im Psychologismus*'. A ideia fundamental deste escrito é que, se o psicologismo morreu, ele pode reviver a qualquer hora, ou seja, que ainda temos que colocar cadeados na tampa do caixão para não levar um susto". A *Filosofia analítica* dedicada a estudar a objetividade dos enunciados linguísticos, representa a linha de frente teórica para depurar definitivamente os resquícios teológicos e metafísicos da experiência humana com o mundo, ainda presentes em grande parte dos modelos teóricos com pretensão de cientificidade no início do século XX. Como já disseram alhures, Hans Hahn, Otto Neurath e Rudolf Carnap[797]:

> Os representantes da concepção cientifica do mundo postam-se decididamente no solo da simples experiência humana. Lançam-se confiantemente ao trabalho de remover do caminho o entulho metafísico e teológico dos séculos; ou como pensam alguns, após um intervalo metafísico, voltam a uma imagem unitária e imanente (diesseitig) do mundo, como, em certo sentido, a que já estava à base da crença mágica, livre de teologia, dos princípios.

E Victor Kraft[798]:

> *Las rigurosas exigencias del pensamiento científico han de valer también para la filosofía. La claridad univoca, el rigor lógico y la fundamentación suficiente son imprescindibles en ella, como lo son en las restantes ciencias. Las afirmaciones dogmáticas y las especulaciones incontroladas, tan extendidas todavía hoy en la filosofía, no deben presentarse en ella. Con ello venia dada también la oposición contra toda metafísica dogmático-especulativa. La metafísica había de ser eliminada por completo. Esta era la razón de que el Circulo de Viena estuviese vinculado con el positivismo*.

---

796 GONZÁLES PORTA, Mario Ariel. A polêmica em torno ao psicologismo de bolzano a heidegger. Síntese, Belo Horizonte, v. 31, n. 99, 2004. Disponível em: https://doi.org/10.20911/21769389v31n99p107-131/2004 Acesso em: 01/10/2024. Vide também: "Uma vez que, ao longo de todo o livro, se insiste em separar o plano lógico e o psicológico, inesperadamente, Heidegger parece lembrar que também há um problema que diz respeito ao vínculo entre ambos e sugere, sem maiores detalhes, que a resposta para esse problema deve-se buscar apelando a algum tipo de sujeito transcendental. Esse sujeito transcendental, com certeza, não é o kantiano, mas tem fontes mais imediatas. Essa fonte não é, porém, o neokantismo de Marburgo (para o qual o sujeito transcendental foi mais um problema que uma solução)". Ibid. p. 129.

797 HAHN, Hans; NEURATH, Otto, CARNAP, Rudolf. In. A concepção científica do mundo (1929). O Círculo de Viena. Cadernos de História e Filosofia da Ciência 10 (1986), pp. 5-20. p. 18. Disponível em: https://www.cle.unicamp.br/eprints/index.php/cadernos/article/view/1220/1011 Acesso em 01/04/2022.

798 KRAFT, Victor. El Círculo de Viena. Versión española de Francisco Gracia. Madrid: Taurus, 1986, p. 23.

No âmbito jurídico, especificamente da *teoria pura*, a importância desta separação entre epistemologia e psicologia incide, além da fundamentação da teoria do conhecimento e na epistemologia jurídica, também na *praxis* judicial, pois, o *positivismo kelseniano* estabelece uma distância intransponível entre *atos cognitivos* (conhecimento jurídico) *e atos de vontade* (aplicação do direito)[799], *cf.* Kelsen[800]: "A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica".

Sendo assim, o *conteúdo prescritivo* das *normas jurídicas* pode derivar da vontade, dos acordos da vontade, de imperativos morais, dos valores democráticos ou culturais, bem como ser explicado pela psicologia, pela sociologia, metafísica ou teologia, mas nenhum *ato volitivo* fundamenta a *juridicidade*, a validade (existência) ou a função criadora de direitos das normas jurídicas. Neste sentido, Volker Neumann pergunta[801]: "*Wenn nun aber das positive Recht von Menschen gesetzt wird, ist es dann nicht das Produkt von empirischen Gesetzgebungsakten, d. h. von Seinstatbeständen? Dieser Schluss ist mit der zweiten Frontstellung der reinen Rechtslehre, nämlich der strikten Trennung von Sein und Sollen, unvereinbar*". (Mas se a lei positiva é postulada por seres humanos, ela não é então o produto de atos legislativos empíricos, isto é, de fatos do ser? Essa conclusão é incompatível com a segunda posição frontal da doutrina jurídica pura, a saber, a separação estrita entre ser e dever).

Há uma separação entre *ato cognitivo* e *ato de vontade*, aquele pertence à ciência jurídica, este à produção do conteúdo das normas pelo legislador e à aplicação da norma ao caso concreto pelo órgão judicial competente. Por exemplo, Javier Dorado Porras ensina que Alf Ross adota símile compreensão do positivismo de Kelsen sobre a função da interpretação/aplicação do direito[802]:

> [...] *el significado de todas las palabras del lenguaje natural es vago, de forma que 'su campo de referencia es indefinido y consiste en una zona central de aplicaciones acumuladas, que se transforma gradualmente en un círculo de incertidumbre que abarca posibles usos de la palabra en condiciones especiales no típicas'. Puesto que el lenguaje de las normas jurídicas no es*

[799] Donde deriva a divisão da *ciência jurídica* e da *hermenêutica jurídica*, bem como os fundamentos de *validação da função criadora de direitos da norma negocial* contra a redução dos direitos objetivos à psicologia e, na classificação dogmática dos *negócios jurídicos* no quadro dos *atos jurídicos*, quando parece sugerir que a criação do direito novo emana da volição, a revelia da *epistemologia jurídica* para sua fundamentação.
[800] RR2: 250
[801] NEUMANN, Volker. Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. HFR 9/2012. (Humboldt Forum Recht). Disponível em: https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/hfr/deutsch/2012-09.pdf Acesso em 13/08/2024, p. 6.
[802] DORADO PORRAS, Javier. Jusnaturalismo Y Positivismo Jurídico: Una Revisión De Los Argumentos En Defensa Del Iuspositivismo. Madrid: Dykinson, 2004, P. 40.

> *un lenguaje formalizado, sino que consiste en un uso del lenguaje natural, estás presentan los mismos problemas de determinación de su significado, y en este sentido, se hace necesaria la interpretación judicial, entendida como aquella 'actividad que se dirige a exponer el significado de una expresión'.*

Momento em que é importante relembrar a principal pergunta deste trabalho, para reforçar o entendimento que se deve manter firme no curso do estudo sobre a análise da linguagem e da fundamentação epistemológica do direito: *Como é possível a função criadora de direitos da norma negocial, sem recorrer à ontologia linguística e às instâncias metajurídicas como a psicologia e a metafísica?*

Para resumir esta breve trajetória do *neokantismo*, do *antipsicologismo*, da *filosofia analítica fregeana* e suas implicações na teoria filosófica do conhecimento e sua influência na concepção científica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, recorre-se à didática e a autoridade de Steven Green na obra *Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems* [803]:

> *Kelsen modeled his approach after the anti-psychologists. To be sure, in arguing that legal meaning exists only as represented by a subject, Kelsen's approach to the law sounds straightforwardly Kantian:* "[…] *The science of law as cognition of the law, like any cognition, has constitutive character it 'creates' its object insofar as it comprehends the object as a meaningful whole'. But like the neo-Kantians, rather than speaking of necessary relations between legal meanings as having their source in a transcendental self, Kelsen makes room for these truths through a rigorous distinction between empirical investigation of the psychological, political, and sociological causes of our judgments about legal meaning and an investigation of legal meaning itself. Therefore, just as Frege refused to discuss the relationship between meanings and the people who know them,'" because any attempt to show such a relationship would inevitably psychologize what must be conceived of as independent of human beings, so Kelsen drew a rigid separation between legal meanings and the social, political, and psychological character of the people who know them, because any attempt to show such a relationship would inevitably reduce legal meaning to these social, political, and psychological*

[803] (Kelsen modelou sua abordagem com base nos antipsicólogos. Para ter certeza, ao argumentar que o significado legal existe apenas como representado por um sujeito, a abordagem de Kelsen à lei soa diretamente kantiana: "[...] A ciência do direito como cognição do direito, como qualquer cognição, tem caráter constitutivo, ela 'cria' seu objeto na medida em que compreende o objeto como um todo significativo'. Mas, como os neokantianos, em vez de falar de relações necessárias entre significados legais como tendo sua fonte em um eu transcendental, Kelsen abre espaço para essas verdades por meio de uma distinção rigorosa entre investigação empírica das causas psicológicas, políticas e sociológicas de nossos julgamentos sobre o significado legal e uma investigação do próprio significado legal. Portanto, assim como Frege se recusou a discutir a relação entre significados e as pessoas que os conhecem", porque qualquer tentativa de mostrar tal relação inevitavelmente psicologizaria o que deve ser concebido como independente dos seres humanos, Kelsen traçou uma separação rígida entre significados legais e o caráter social, político e psicológico das pessoas que os conhecem, porque qualquer tentativa de mostrar tal relação inevitavelmente reduziria o significado legal a esses sociais, fatos políticos e psicológicos. Podemos indagar sobre sociologia, política e psicologia, ou podemos indagar sobre direito. As duas formas de indagação não podem ser misturadas). GREEN, Steven. Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems. Op. Cit. p. 398.

> *facts. We can inquire about sociology, politics, and psychology, or we can inquire about law. The two forms of inquiry cannot be mixed.*

Já se disse que Hans Kelsen aplica a *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) *coheniana* - da *Marburg Schule* - na elaboração da *Teoria Pura do Direito*, contudo, antes de adentrar neste estudo, ainda é importante reforçar a compreensão da influência da *filosofia analítica* e do *antipsicologismo neokantiano* como referenciais teóricos, posto que são fundamentais para o rompimento do *positivismo* com as *teses jusnaturalistas* e a *filosofia moral* em geral. A "separação entre direito e moral" em Kelsen é objeto de grande confusão no meio acadêmico.

Portanto, dedica-se um capítulo para explicar o rompimento da *teoria pura do direito* com a *filosofia prática kantiana* (separação epistemológica entre direito e moral), do ponto de vista da *cognição jurídica*, considerando a resistência que ainda permanece no ambiente acadêmico sobre o que significa a separação entre *Sein* (*ser*) e *Sollen* (*dever-ser*), ou seja, entre *positivismo jurídico* e *valores morais*, ou ainda, entre a objetividade avalorativa da *ciência jurídica* e a subjetividade valorativa da *política jurídica*.

Se a *Teoria Pura do Direito* é herdeira da *razão teórica* kantiana, interpretada à luz da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) de Hermann Cohen, logo, isenta de valores, subjetividades e conteúdos psicologizados, a ciência jurídica limita-se a ser um estudo objetivo e avalorativo sobre o que o direito *é* (*Sein*), não sobre o que *deveria s*er (*Sollen*).

1.4. POSITIVISMO JURÍDICO, RAZÃO TEÓRICA E PRÁTICA

> [...] *planté-ase la cuestión de distinguir no sólo entre Derecho y naturaleza, sino entre el Derecho y los restantes fenómenos espirituales, en particular, entre el Derecho y las otras especies normativas. Para ello, hay que comenzar por romper la conexión en que se ha presentado siempre al Derecho con la moral, Ello no significa, naturalmente, que se niegue valor al postulado de que el Derecho deba ser 'moral', es decir, bueno, ese postulado es evidente. Lo que se rechaza es, únicamente, aquella concepción según la cual el Derecho, considerado en sí mismo, es una parte de la moral y que, por tanto, en cuanto tal Derecho, es en algún sentido y hasta cierto punto, un fenómeno ético.*
>
> Hans Kelsen[804]

Um ponto chave para entender a separação entre *ser* e *dever-ser*, está na obra *Was ist Gerechtigkeit?* (*What is Justice?* - 1953/1957) de Kelsen, em uma importante passagem, do ponto de vista epistemológico, que indica *não* ser função da *razão prescrever* normas de conduta, mas *descrever* a realidade[805]:

> *Norms prescribing human behavior can emanate only from human will, not from human reason; hence the statement that man ought to behave in a certain way can be reached by human reason only under the condition that by human will a norm has been established prescribing this behavior; human reason can understand and describe such behavior but cannot prescribe it. To detect norms of human behavior in human reason is the same illusion as to deduce them from nature.*

Contudo, não obstante a influência da filosofia kantiana, e, em que pese Hans Kelsen não considerar Kant necessariamente um jusnaturalista[806], a *Teoria pura do direito*

---

[804] KELSEN, Hans. El Método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Op. Cit. p. 31.

[805] (As normas que prescrevem o comportamento humano podem emanar apenas da vontade humana, não da razão humana; logo, a afirmação de que o homem deve se comportar de uma certa maneira só pode ser alcançada pela razão humana sob a condição de que, por vontade humana, uma norma tenha sido estabelecida prescrevendo esse comportamento; a razão humana pode entender e descrever tal comportamento, mas não pode prescrevê-lo. Detectar normas de comportamento humano na razão humana é a mesma ilusão que deduzi-las da natureza). WIJ: 20-21.

[806] "*Aunque según Kelsen el objetivismo moral kantiano se aproxima a posiciones del derecho natural, al mismo tempo reconoce que es un error considerar a Kant un iusnaturalista, pues trató de poner fin al dogmatismo em la filosofía, enfrentándose a la metafísica de la teoría del derecho natural. Para Kant, la obligatoriedad de las normas 'no se debe buscarse em la naturaleza humana ni em las circunstancias del universo que rodean al*

preveniu-se contra o principal argumento de fundamentação dos imperativos do *dever-ser* da *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito - Jus) kantiana ancorados em princípios da *razão teórica*, pois, isto enseja uma proposta jusnaturalista, *i.e.*, o de afirmar a *liberdade*, objeto *noumênico* da *filosofia transcendental* na Crítica da razão pura, que se converte em um princípio da *razão prática*[807], bem como um *direito inato*, assim diz Kant[808]: "A liberdade (a independência em relação a um arbítrio compulsivo de outrem), na medida em que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, é este direito único, originário, que corresponde a todo o homem em virtude da sua humanidade".

Nesta passagem, "direito único e originário", significa dizer que a *liberdade* é o único direito *inato* em virtude da humanidade - inscrito na razão humana - pois, a *razão* exige como forma de autodeterminação da conduta, seguir uma lei incondicional (*a priori*), da moralidade como *fim em si*. Como se disse alhures, para Kant[809]: "A liberdade é [...] o único direito inato". Em *Das Problem der Gerechtigkeit* (O problema da justiça - 1960), Kelsen apresenta um problema de natureza epistemológica para separar o *ser* do *dever-ser*, alegando serem conclusões incompatíveis à uma única função da razão, *cf.* Kelsen[810]: "Se a razão teórica e a razão prática são uma e a mesma razão, esta não pode, como teórica, conhecer e, como prática, realizar uma função completamente distinta, ou seja, querer".

Eis, aí, o significado do *anticognitivismo* do *positivismo jurídico*, *i.e*., não reconhecer a faculdade da *razão teórica* de *prescrever* um *dever-ser* valorativo, logo, a intransponibilidade entre o *ser* e o *dever-ser* no domínio do conhecimento científico jurídico da *teoria pura do direito*. Ou ainda, não é possível, nos termos do *paradigma linguístico* da *filosofia analítica*, que uma *metalinguagem descritiva* e *avalorativa* aventurar-se pelo campo das subjetividades, da emotividade, da arte e da prudência (e *vice-versa*), típicas da jurisprudência e dos órgãos aplicadores do direito para solucionar os casos concretos.

Como já citado, Lazzarotto Simioni lembra que[811]: "Kelsen decidiu erigir a norma jurídica como a unidade analítica da sua teoria pura e separar o direito da ciência do direito na

---

hombre, sino a priori, exclusivamente em conceptos de la razón pura". SEDÍN MATEOS, José Antonio. La filosofia moral de Hans Kelsen. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 120-121.

[807] Sobre a liberdade como objeto da filosofia prática, vide: MdS: 23.

[808] Em Kant a *liberdade* é o único direito inato, ou seja, natural. MdS: 83.

[809] MdS, 38: 56; MdS, 216: 23.

[810] KELSEN, Hans. O problema da justiça. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 93.

[811] LAZZAROTTO SIMIONI, R. A teoria pura do direito de Kelsen e a sintaxe linguística do neopositivismo lógico do círculo de Viena. Novos Direitos - RAICJ. V. 2 No 02, 2011, p. 123

forma da relação entre linguagem e metalinguagem. A linguagem é a norma jurídica. A metalinguagem é a ciência do direito, cujo objeto são as normas jurídicas". Ocorre que o *positivismo jurídico* ao rejeitar as distintas funções de *descrever* (teórica) e *prescrever* (prática) derivadas das mesmas leis *a priori* - de uma única razão - rejeita com isso, a *liberdade* - *objeto* da *filosofia prática* - como princípio metafísico que converge a *doutrina do direito* (*Rechtslehre* - *ius*) e a *doutrina da virtude* (*Tugendlehre* - *ethica*) em um único sistema moral *a priori*: A *metafísica dos costumes*.

Lembra o jusfilósofo J. C. Martinéz Villalba, que as ideias da *razão prática*[812]: "[...] *serán abandonadas por los neokantianos, que sólo conservarán la Crítica de la razón pura. Algo semejante sucederá con el derecho. Desde entonces se insistirá en la rigurosa incomunicación entre el ser* (*Sein*) *y el deber ser* (*Sollen*) *que se ve como un a priori del sujeto*". Percebe-se também que na primeira obra de expressão de Hans Kelsen, a *Hauptprobleme der Staatsrechtslehere: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (*Principais problemas da teoria jurídica do Estado: desenvolvido a partir da doutrina dos princípios jurídicos*), já preconizava esta separação. Esta obra de 1911 *in statu nascendi*, como diz Ulissses Schimill[813]: "*Ya está allí claramente delineada, en verdad, la Teoría pura del derecho. Hallamos la base filosófica kantiana, la estricta separación entre los mundos del ser y del deber ser, entre las ciencias naturales y las ciencias normativas, entre causalidad e imputación jurídica, entre ciencia del derecho y sociología, entre la ley causal y norma*".

As *doutrinas metafísicas* kantianas do direito (*ius*) e da virtude ética (*ethica*), "espécies do gênero" *Philosophia moralis* (Filosofia moral), unidas por um princípio *a priori* em comum, já haviam sendo questionadas e dissociadas pelas novas formulações teóricas do século XIX, como já mencionado, pela *Analytical jurisprudence* de John Austin, porém, Kelsen ainda adverte que o "método da jurisprudência analítica" para isolar o direito positivo não foi suficiente, considerando que Austin ainda mistura elementos metajurídicos na fundamentação e explicação da *juridicidade*, *cf.* a *General Theory of Law and State* (Teoria Geral do Direito e do Estado - 1945)[814]: "*Much traditional jurisprudence is characterized by a tendency to confuse the theory of positive law with political ideologies disguised either as metaphysical speculation about justice or as natural-law doctrine*". (Grande parte da jurisprudência tradicional é

[812] MARTINÉZ, J. C. De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida. RDESG. V. 2, n. 2, jul.dez/2013, p 439.
[813] SCHMILL, Ulises Ordónez. Presentación. In.: KELSEN, Hans. Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado. Traducción de Wenceslao Roces. 2ª ed., México DF: Editorial Porrúa, 1987. p. XV.
[814] GTLS, p. XXXVII.

caracterizada por uma tendência a confundir a teoria do direito positivo com ideologias políticas disfarçadas de especulação metafísica sobre justiça ou de doutrina do direito natural). Importante lembrar que a separação entre *legalidade* (direito positivo) e *moralidade* (moral) foi se intensificando no debate acadêmico do século XIX, na medida em que teses *antipsicologistas* do *neokantismo* reagiram contra o *idealismo*, mas deve-se também considerar que mesmo entre os neokantianos, houve uma divisão em duas escolas distintas para se dedicarem as ciências da natureza (empíricas) e as ciências do espírito (humanidades).

De um lado a *Marburg Schule*, dedicada à metodologia da *razão teórica*, de outro a *Süddeutsche Schule* (Baden), dedicada à metodologia dos projetos práticos-culturais. Considerando que a produção do conhecimento científico do *positivismo jurídico* está alinhado com o *anticognitivismo metafísico* e o *antipiscologismo* da *Marburg Schule* (*Filosofia analítica e o método transcendental*), e, portanto, todo seu projeto metodológico voltado à *razão teórica*, a *Teoria pura do direito* revogará, *ipso facto*, a *liberdade* como "lei apodítica da *razão prática*"[815].

Em outras palavras, a *pureza metodológica* da *ciência normativ*a, em sua pretensão de objetividade e neutralidade, exigiu a incomunicabilidade entre o *ser* (*Sein*) e o *dever ser* (*Sollen*), desfazendo o elo epistemológico entre a *filosofia teórica* e *prática*, retirando a "pedra angular jusnaturalista" que sustenta o edifício da *razão pura*, pois, Kant considerava que [816]: "O conceito de liberdade, na medida em que sua realidade é demonstrada por uma lei apodítica da razão prática, constitui a pedra angular de todo um edifício da razão pura [...]".

Mario A. Gonzáles Porta observa que entre Marburg e Baden[817]: "[...] Não obstante esta diferença fundamental, existem não menos essenciais coincidências entre as duas escolas neokantianas, as quais giram em torno ao seu comum rechaço do psicologismo"; em Albert Calsamiglia[818]:

> *Cuando antes se hablaba de que Kelsen seguía el método de la Crítica de la Razón Pura kantiana para el estudio del derecho y acusaba a Kant que en su Crítica de la Razón Práctica abandonase este método e incurriera en el vicio iusnaturalista nos referíamos, y ahora quizá se puede precisar mejor, a que Kant considera el deber ser como moral mientas que Kelsen considera que el*

[815] "O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora; e este conceito é - como se mostrará - insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer [...]". RR2: 137.
[816] KpV, A5: 12.
[817] GONZÁLEZ PORTA, Mario Ariel. A polêmica em torno ao psicologismo de Bolzano a Heidegger. Síntese. REV. DE FILOSOFIA V. 31 N. 99. Belo Horizonte, v. 31, n. 99. 2004, p. 124.
[818] CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978, p. 88.

> *deber ser es una categoría lógica, con independencia de su normalidad o amoralidad.*

Neste sentido, de separação do direito e da moral pelo positivismo, herdando a razão teórica e rejeitando a razão prática, C. F. Consani compartilha o ensinamento de que[819]: "É exatamente na esteira da negação da metafísica que segue Kelsen ao retornar à filosofia de Kant. Kelsen interessa-se pela teoria do conhecimento kantiana e não pela sua filosofia moral e do direito, a qual ele considera incorrer nos mesmos problemas das teorias jusnaturalistas", ou seja, a crítica epistemológica do positivismo recai precisamente sobre o liame estabelecido entre a transição da *Crítica da razão pura* à *Crítica da razão prática*; c*f*. Kelsen[820]: "*La pureté de la méthode, indispensable à la science juridique, ne me sembla garantie par aucun philosophe avec autant de précision que par Kant avec son opposition de l'être et du devoir-être. La philosophie kantienne fut donc pour moi, dès le début, la lumière qui me guida*"; neste mesmo sentido, Wolfgang Shild resalta que[821]: "[...] *sobre el ser y el deber ser, para KELSEN signifique una discrepancia, no sólo de orden lógico-lingüístico, sino también de principio* […] *representan la discrepancia absoluta entre la realidad empíricamente comprobable y la ideología dependiente de la voluntad que la estatuya*".

Importante lembrar que o "argumento chave" desta transição dentro da ordem cronológica do *corpus* doutrinário kantiano, está na passagem da segunda para a terceira seção da *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (GMS - 1785), que se aperfeiçoará na "segunda crítica", a *Kritik der Praktischen Vernunft* (Crítica da razão prática - 1788). O jusnaturalismo em geral não faz distinção entre os discursos *descritivos* sobre o *ser* (*Sein*) e *prescritivos* do *dever -ser* (*Sollen*), como adverte Ricardo Soares[822]: "O jusnaturalismo confunde os planos do ser e do dever-ser. Isso porque, para a grande maioria dos jusnaturalistas, o direito injusto seria descaracterizado como fenômeno jurídico [...]"; ou seja, o pressuposto comum entre as teses jusnaturalistas é derivar um *dever ser* jurídico a partir de uma ideia de *ser* da justiça, afirmando, assim, que nenhuma norma poderia ser jurídica se não fosse justa, a propósito, já disse Alf

---

[819] CONSANI, C. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/9823. Acesso em: 06/08/2024, p. 127.
[820] (A pureza do método, indispensável à ciência jurídica, não me parece garantida por nenhum filósofo com tanta precisão quanto por Kant com sua oposição entre ser e dever ser. A filosofia kantiana foi, portanto, para mim, desde o início, a luz que me guiou). Carta enviada à Julius Moór em 20 de fevereiro de 1927. Documents de Kelsen en Hongrie: H. Kelsen et J. Moór. In: Droit et société. n° 7. Paris: L.G.DJ., 1987, p. 337.
[821] SHILD, W. Las teorías puras del derecho. Bogotá: Temis, 1983, p. 10-11.
[822] FREIRE SOARES, R. M. Elementos de teoria geral do direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 156.

Ross[823]: "Invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto".

Em Kelsen[824]:

> *The confusion of truth with justice is a characteristic element of unscientific, religious speculation. Truth in a scientific sense is the quality of a proposition, and a proposition is true if it is in conformity with reality; justice is the quality of human behavior or of a normative order established by acts of human behavior. It means conformity with a supreme norm presupposed to be valid. If, as it is assumed in theological speculation, reality is created by the will of God, who is absolutely just, and hence justice is immanent in reality, truth and justice seem to coincide.*

A justiça está sempre associada a ideia de "transferir" a insegurança dos valores da subjetividade para a segurança do reino dos ordenamentos sociais, para cumprir seu fim de ser aplicada em todos os casos particulares, diz Kelsen[825]:

> [...] *el concepto de justicia va unido a la tendencia de sacar el problema de la justicia del reino inseguro de los juicios subjetivos de valor, y ubicarlo em el terreno seguro de un ordenamiento social dado. 'Justicia', em este sentido, significa legalidad. Vale decir, conformidad con el derecho, observancia del derecho. Es 'justo' que una norma jurídica sea realmente aplicada em todos los casos em que de conformidad con su contenido, esa norma tiene que ser aplicada. Es 'injusto' que ella sea aplicada em un caso y no otro similar.*

Aqui vale resgatar o *Estudo preliminar* "Caminhos entre a δόξα (doxa) e a ἐπιστήμη (epistme)", para qualquer tentativa de inferir o *dever-ser* pela pressuposição do *ser*, deverá ser acionada a "Guilhotina de David Hume"[826]:

> Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas

[823] ROSS, Alf. Direito e Justiça. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p. 320.
[824] (A confusão da verdade com a justiça é um elemento característico da especulação religiosa não científica. A verdade em um sentido científico é a qualidade de uma proposição, e uma proposição é verdadeira se estiver em conformidade com a realidade; Justiça é a qualidade do comportamento humano ou de uma ordem normativa estabelecida por atos de comportamento humano. Significa conformidade com uma norma suprema pressuposta válida. Se, como se supõe na especulação teológica, a realidade é criada pela vontade de Deus, que é absolutamente justo, e, portanto, a justiça é imanente na realidade, a verdade e a justiça parecem coincidir). KELSEN, Hans. A New Science of Politics Hans Kelsen's Reply to Eric Voegelin's "New Science of Politics". A Contribution to the Critique of Ideology Edited by Eckhart Arnold. Frankfurt: Verlag, 2004, p. 55.
[825] KELSEN, Hans. Las metamorfosees de La idea de justicia. Buenos Aires: Editorial Losada, 1951, p. 261-262.
[826] HUME, David. Tratado da Natureza Humana. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 509.

> proposicionais usuais, como *é* e *não é*, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um *deve* ou *não deve*. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois como esse *deve* ou *não deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece totalmente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes.

No mesmo sentido, que a pressuposição da particularidade de um *dever-ser* a partir da afirmação universal de um *ser* - relação da qual dependem as teses jusnaturalistas - além de ser funções cognitivas de princípios distintos, metodologicamente também é rechaçada pelo positivismo jurídico por ser uma falácia lógica. Assim explica José A. Sedín Mateos que, para Kelsen[827]: "[…] *no cabe deducir enunciados prescriptivos a partir de meros enunciados factuales: del hecho de que algo es* (*ist*) *no puede deducirse que es debido* (*gesollt*) *y que, por tanto, debe tener lugar. Pretender lo contrario conduce a un sofisma lógico* (*Trugschluß*) *que había denunciado Hume y que desde los Principia Ethica de Moore* (1903) *se conoce como 'falacia naturalista'* [...] *la oposicíon lógica que separa categoricamente los mundos de Sein y el Sollen es, junto a la distincíon entre la ciencia del derecho y la política jurídica, uno de los pilares básicos sobre los que se asienta la teoria pura del derecho*", bem como ensina Yevgeny Bulygin, que a separação entre *ser* e *dever-ser* por Kelsen também é uma forma de isolar e delimitar o direito positivo como objeto de uma ciência autônoma[828]: "*The idea of a sharp separation between the 'world of Sein'* (*'is'*) *and the 'world of Sollen'* (*'ought'*) *already appears in Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911)*, Kelsen's second book. There he is anxious to isolate the 'proper object' of legal science, which, once determined, was supposed to make it possible for him to distinguish legal science from other sciences*". (A ideia de uma separação acentuada entre o 'mundo do *Sein*' ('*é*') e o 'mundo de *Sollen*' ('deve') já aparece em *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), o segundo livro de Kelsen. Lá ele está ansioso para isolar o 'objeto adequado' da ciência jurídica, que, uma vez determinado, deveria tornar possível para ele distinguir a ciência jurídica de outras ciências). Mario G. Losano resume didaticamente a proposta da autonomização do saber jurídico[829]:

---

[827] SEDÍN MATEOS, J A. La filosofia moral de Hans Kelsen. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 103 - 104.
[828] BULYGIAN, E. The Kantian and the Positivistic. Op. Cit. p. 239.
[829] (Diante dessa situação, a doutrina pura do direito nasceu como *actio finium regundorum*, buscando a eliminação radical de tudo o que foi psicológico ou sociológico que foi introduzido no conhecimento jurídico: com base no material oferecido pelo direito positivo (é isso que significa o termo 'Recht'), o objetivo é construir uma teoria (*'Lehre'*) descrevendo esse direito como uma ciência autônoma em relação às outras disciplinas: nessa autonomia consiste precisamente a pureza ('*Reinhei*t') da ciência jurídica. Assim, Kelsen rejeita tanto as doutrinas naturalistas

> *Data questa situazione, la dottrina pura del diritto nasce come actio finium regundorum, perseguendo l'eliminazione radicale di tutto ciò che di psicologico o sociologico sia stato introdotto nella conoscenza giuridica: fondandosi sul materiale offerto dal diritto positivo (questo significa il termine 'Recht'), si mira a costruire una teoria ('Lehre') descrivente tale diritto quale scienza autonoma rispetto alle altre discipline: in tale autonomia consiste appunto la purezza ("Reinheit") della scienza giuridica. Quindi Kelsen respinge tanto le dottrine naturalistiche o sociologiche (che, considerando il diritto come un frammento del mondo naturale e spiegandolo secondo la legge di causalità, trasformano la scienza giuridica da normativa in naturale), quanto le dottrine giusnaturalistiche (le quali si fondano non sul diritto positivo, bensí su postulati etico-politici, fungenti da criteri per valutare le norme giuridiche positive*).

Enfim, Ricardo A. Ayala acrescenta uma importante observação sobre o *dever-ser*[830]:

> *Kelsen no solamente considera el deber ser (sollen) como la cópula típica del juicio normativo, neutra a cualquier connotación de carácter ético, moral o axiológico, sino que al concebirla como categoría irreductible niega por anticipado cualquier derivación del ser al deber ser, o viceversa. Es conveniente repetir que el ser al cual se refiere Kelsen no es el Ser objeto de la Metafísica, sino el ser de la naturaleza en cuanto categoría que posibilita los juicios enunciativos que expresan las leyes de la naturaleza* [...].

Por consequência, a *Teoria pura do direito* substituirá a *liberdade,* um princípio metafísico do *dever-se*r (direito natural), pela *norma* como *arquétipo lógico-hipotético* condicional da *juridicidade* (logo, seu objeto de estudo), e, mais uma vez, recordando o tópico sobre a objetividade das ciências sociais, trata-se de expediente teórico símile ao *Tipo ideal weberiano*, para dar sentido sociológico ao seu objeto de estudo.

A *norma* confere o sentido jurídico à realidade, sua *juridicidade*, como ensina Maria H. Diniz[831]: "Foi, portanto, para salvaguardar a autonomia, a neutralidade e a objetividade da ciência do direito que Kelsen estabeleceu essa rigorosa atitude metódica, que deve manter-se alheia a aspectos axiológicos e sociais, tendo por objeto único a norma jurídica".

---

ou sociológicas (que, ao considerar o direito como um fragmento do mundo natural e explicá-lo de acordo com a lei da causalidade, transformam a ciência jurídica de normativa em natural), quanto as doutrinas do direito natural (que se baseiam não no direito positivo, mas em postulados ético-políticos, que servem como critérios para avaliar normas jurídicas positivas). LOSANO, Mário. L'introduzione dell'elemento dinamico nella dottrina pura. In.: KELSEN, Hans. La dottrina pura del diritto. Torino: Giulio Einaudi editore, 1966, p. XVII.

[830] AYALA, Ricardo Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. p. 76. Disponível em: http: // www. ulpiano. org. ve/ revistas/ bases/ artic/ texto/ RDUCV/ 30/ rucv_1964_30_55-78.pdf Acesso em 31/10/2024.

[831] DINIZ, Maria Helena. A ciência jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 19.

Da mesma forma, Michael H. Ducey também entende que a *razão prática* não pertence à metodologia da *teoria pura do direito*[832]:

> *If he grants Kant's distinction between pure and practical reason, the concession only results in his placing of jurisprudence entirely within the realm of pure, not practical, reason. This Kantian epistemology, however, is not the driving force in Kelsen's theory of law. It is rather the milieu or context in which he is working, and out of which ho is drawing the general logico-philosophical structure to suport his tllain concern, which is for the purity or legal theory*.

Percebe-se que no momento que o *positivismo jurídico* assume sua matriz científica *neokatiana* da *Marburg Schule*, seus parâmetros epistemológicos tornam-se incompatíveis com a *filosofia prática* ou com qualquer remanescente *psicologista* ou *sociologista* para análise do fenómeno jurídico, considerando que as estruturas lógico-formais apriorísticas do direito positivo, ou ainda - suas pressuposições *lógico-transcendentais* - conferem *juridicidade* à realidade fático-valorativa, o que explica um dos aspectos teóricos incompatível entre Kant e Kelsen, tal como observa Francesco Viola[833]: "*The established parameters of interpretation have determined that the philosophical matrices of Kelsen's thought have a markedly eclectic character. However, despite this eclecticism, the fact remains that the most powerful original influence is that of Kant* […] *Nevertheless, Kelsen distances himself from Kant in relation to practical philosophy commencing from the early works* [...]". (Os parâmetros estabelecidos de interpretação determinaram que as matrizes filosóficas do pensamento de Kelsen têm um caráter marcadamente eclético. No entanto, apesar desse ecletismo, o fato é que a influência original mais poderosa é a de Kant [...] No entanto, Kelsen se distancia de Kant em relação à filosofia prática a partir das primeiras obras [...]".

A propósito, diferente de Kelsen que considera Direito e Estado como sinônimos, Kant em sua obra *Die Metaphysik der Sitten* (A metafísica dos costumes - 1797) escreve que[834]: "Um Estado (*civitas*) é a união de um conjunto de pessoas sob leis jurídicas. Na medida em que estas, como leis *a priori*, são necessárias, ou seja, resultam por si dos conceitos do direito externo em

---

[832] (Se ele conceder a distinção de Kant entre razão pura e razão prática, a concessão apenas resultará na sua colocação da jurisprudência inteiramente dentro do domínio da razão pura e não da razão prática. Esta epistemologia kantiana, contudo, não é a força motriz da teoria do direito de Kelsen. É antes o meio ou contexto em que ele está trabalhando, e do qual ele está extraindo a estrutura lógico-filosófica geral para apoiar sua principal preocupação, que é pela pureza ou teoria jurídica). DUCEY, Michael H. The Legal Positivism of Hans Kelsen. Chicago: Loyola University Chicago, 1959, p. 09.

[833] VIOLA, Francesco. In.: Kelsenian Legal Science and the Nature of Law. Cham: Springer, 2017, p. 125.

[834] MDS, §45: 178.

geral (não são estatutárias), a sua forma é a forma de um Estado em geral, *i. e*., do Estado ideal, tal como ele deve ser segundo os puros princípios do Direito [...]".

Ora, se, em Kant[835]: "A liberdade (a independência em relação a um arbítrio compulsivo de outrem), na medida em que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, é este direito único, originário, que corresponde a todo o homem em virtude da sua humanidade", deduz-se que o Estado deve garantir, a partir de um direito natural, a liberdade do indivíduo frente a *nötigender Willkür* (arbitrariedade coercitiva) de outrem, ou seja, "Estado" é diferente de "Direito".

Do ponto de vista da história da teoria do direito, importante destacar ainda que, antes da *teoria pura do direito* de Hans Kelsen, a incipiente ciência jurídica, a chamada *jurisprudência analítica*[836] do britânico John Austin (1790 - 1859) - *jurisprudentia* foi sinônimo de "ciência jurídica" ou "ciência da lei" - que já separava os *objetos* e os *fundamentos* da *legalidade* (direito positivo) e da *moralidade* (direito natural) em distintas categorias de estudo na obra *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (*Aulas de teoria do direito ou a filosofia do direito positivo* - 1863 - sem tradução para o português).

De acordo com Austin[837]: *"Positive law and morality are distinguished by modern jurists into law natural and law positive* [...]", (O direito positivo e a moralidade são distinguidos pelos juristas modernos em direito natural e direito positivo). Austin identificava nas estruturas formais dos sistemas jurídicos, os contornos dogmáticos de uma *teoria geral* que investiga *o direito positivo* como *objeto* de estudo autônomo[838]: "*I mean, then, by 'General Jurisprudence', the science concerned with the exposition of principles notions distinctions which are common to systems of law* […]", (Quero dizer, então, por 'Jurisprudência Geral', a ciência preocupada com a exposição de noções de princípios que são comuns aos sistemas de direito [...]), deste modo[839], *"The matter of jurisprudence is positive law: law simply and strictly called* [...]", (A questão da jurisprudência é a lei positiva: lei simples e estritamente chamada [...]). Austin é o precursor em autonomizar o conhecimento jurídico por meio de uma *ciência do direito positivo*[840].

---

[835] MDS: 56.
[836] "[...] o nome antigo e clássico de Ciência do Direito era Jurisprudência". REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 128.
[837] AUSTIN, J. Lectures on Jurisprudence: The Philosophy of Positive Law. NY: H. H. Company, 1875, p. 13.
[838] Ibid. p. 149.
[839] Ibid. p. 18.
[840] "[...] *descubrí que ya medio siglo antes el gran teórico del derecho inglés John Ausntín había emprendido un intento enteramente semejante de una fundamentación de la ciencia del derecho*". KELSEN, Hans. Autobiografia. Op. Cit. p. 86-87.

No entanto, por restrições semelhantes à metafísica jusnaturalista da *razão prática,* pela influência *antipsicologista* do *neokantismo* e do espírito *cientificista* e *antimetafísico* no início do século XX, Kelsen também se distanciou da *jurisprudência analítica* ao considerar que sua construção teórica ainda recorria a elementos psicologizados típicos do direito natural, a exemplo da "vontade" soberana do Estado como fundamento da *juridicidade, cf.* Martina Huttar[841]: "*Hans Kelsen hält sämtliche psychologische Erklärungsversuche des Staates für gescheitert*"; (Hans Kelsen considera que todas as explicações psicológicas do Estado falharam).

Diz Kelsen[842]:

> Estas afirmações, que não têm o menor sentido positivo quando se queira ver nesta misteriosa 'vontade do Estado' uma realidade psíquica - psicologicamente falando, só há vontades individuais -, passam a tê-lo, pelo contrário, se considerarmos as palavras 'vontade do Estado' como uma expressão metafórica da validade objectiva da ordem normativa a que chamamos Estado. A existência do Estado é propriamente do domínio desta validade de direito (*Soll-Geltung*).

Neste sentido, Miguel Reale reforça aideia de que: "[...] o Direito jurisprudencial só o é enquanto emanação da soberania, de maneira que a fonte primordial da juridicidade é a vontade do Estado"[843], bem como Ricardo Evandro Martins, a vontade do Estado: "[...] não deveria ter significação psicológica, mas tão somente a significação de uma expressão normativa de Direito. Esta virada ao Normativismo, feita por Kelsen, que foi viabilizada através do primado da pureza metodológica, tinha como fundamento epistemológico a Filosofia do Neokantismo"[844], e, José A. S. Mateos também escreve sobre o distanciamento de Kelsen em relação à estes "positivismos anteriores", sobretudo de John Austin[845]:

> *La crítica de KELSEN a la teoría iusnaturalista se vincula prácticamente desde el comienzo a su empeño de fundamentar una ciencia jurídica rigurosa y autónoma, capaz de suministrar un conocimiento preciso y fiable de su objeto: las normas del orden jurídico-positivo. Desde su Habilitationsschrift* (*1911*) *en adelante, KELSEN tiene clara la necesidad de fundamentar la autonomía de la ciencia del derecho siguiendo caminos que no solo avanzan a contracorriente de la tradición del derecho natural, sino que también*

[841] HUTTAR, Martina. Hans Kelsen und Sigmund Freud. p. 71. Disponível em: https: // core. ac. uk/ download/ 11596155.pdf Wien: Acesso em 12/10/2024, p. 78.
[842] GTLS (1938). p. 11.
[843] REALE, M. Filosofia do direito. Op. Cit. 418.
[844] MARTINS, R. E. S. Op. Cit. p. 153 - 154.
[845] SEDÍN MATEOS, José Antonio. La filosofia moral de Hans Kelsen. Op. Cit. p. 51.

> *pretenden distanciarse de los planteamientos del positivismo jurídico anterior.*

Aliás, sobre a *Analytical Jurisprudence* de John Austin e os aspectos normativos da vida social - "os comandos (*commands*)" em geral e seus fundamentos, para usar da terminologia *austiniana* - Pierluigi Chiansoni também percebe os problemas típicos do jusnaturalismo no pensamento de Austin, no que diz respeito a sua natureza epistemológica, ou seja, a partir de intuições empírico-psicológicas, não faz distinção entre um comando justo ou injusto[846]:

> A noção austiniana de 'comando' é, pois, uma noção rigorosamente de tipo empírico-psicológico, de todo depurada, seja de componentes de caráter valorativo - de fato, Austin não nos oferece nem sequer subrepticiamente qualquer noção de 'comando *justo*', mas simplesmente de 'comando': justo ou injusto; seja de componentes de caráter normativo - em nenhum ponto, a redefinição austiniana de 'comando' remete, de fato, a normas de qualquer tipo.

A ciência normativa de Kelsen, ainda que uma forma de extensão ao projeto de *autonomização do saber jurídico* iniciado pela "ciência do direito positivo" de Austin, assume uma perspectiva epistemológica diferente e inovadora, livre da "vontade psicologizada", seja do indivíduo ou do Estado, de acordo com Andityas Matos[847]: "O normativismo kelseniano também chamado de normativismo lógico baseia-se na rigorosa distinção entre as esferas do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*), díade que funda o dualismo epistemológico entre fato e valor, de um lado, e cognição e volição, de outro. A norma jurídica é encarada como um possível esquema de interpretação de condutas humanas, configurando-se logicamente enquanto sentido objetivo de atos de vontade".

Ainda recorrendo à didática de Andityas Matos, reproduz-se o resumo do contexto histórico e teórico do *normativismo kelseniano*[848]:

> O normativismo é uma escola do pensamento jurídico de matriz juspositivista surgida no início do século XX. Por ser juspositivista, o normativismo jurídico aceita os seus dois principais postulados, quais sejam: a) limitação do objeto de estudo ao direito posto, ou seja, efetivamente existente na realidade social, o que traz como conseqüência a negação da existência de qualquer ordem jurídica metafísica, tal como a do direito natural; b) assunção de uma postura epistemológica orientada rumo à avaloratividade e à construção de um discurso científico rigoroso, no que se percebe a influência do Círculo de

[846] CHIASSONI, Pierluigi. O enfoque analítico na Filosofia do Direito: SP: Editora Contracorrente, 2017, p. 192.
[847] COSTA MATOS, Andityas Soares de. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011, p. 48.
[848] Ibid. p. 45.

> Viena de Carnap, Neurath e Schlick. O normativismo jurídico foi desenvolvido inicialmente por juspublicistas alemães como Edmund Bernatzik, Otto Mayer e Paul Laband que partiram dos trabalhos fundamentais de Carl Friedrich von Gerber e Georg Jellinek para tentar fundar uma visão científico-objetiva do Direito e do Estado. Contudo, somente a partir da obra de Hans Kelsen (1881-1973) o normativismo jurídico ganhou densidade teórico-filosófica, passando a ser intensamente debatido nos círculos acadêmicos.

Enfim, por desfecho destas considerações sobre a *razão teórica* e *prática kantiana,* com ênfase ao problema da *liberdade* como princípio *a priori* do direito natural, fazem-se agora necessárias algumas observações sobre a influência do *método transcendental coheniano* da *Marburg Schule* na *Teoria pura do direito*, considerando que, em geral, as teses jusnaturalistas subsequentes não distinguem o que *é* a justiça (ontologia) e o que *deve ser* o direito (deontologia). O *método transcendental* faz a distinção.

1.5. MÉTODO TRANSCENDENTAL COHENIANO E A PUREZA DO DIREITO

> *For it was Cohen who first introduced what he and others in the Marburg School called the 'transcendental method' with its point of departure in the fact of science. Far from beginning with the data of consciousness, which would have him following Kant, Cohen takes his task to be determining the presuppositions from which 'this fact of science derive[s] its certainty'.*
>
> Stanley Paulson[849]

O primeiro passo para estabelecer uma relação entre o *método transcendental* de Hermann Cohen com a *Teoria pura do direito*, inicia-se com a declaração de Hans Kelsen em carta enviada em 03/08/1933 para Renato Treves (1907 - 1992)[850], sociólogo italiano e tradutor de suas obras[851]:

> *II est absolument vrai que le fondement philosophique de la Théorie Pure du Droit repose sur la philosophie kantienne ou, plus précisément, sur l'interprétation cohenienne de sa philosophie. Le fait que, à l'instar de Cohen, j'aie appréhendé la Théorie de la Raison Pure comme une théorie de l'expérience, est assurément d'importance capitale par rapport à ma tentative d'appliquer la méthode transcendantale à la théorie du droit positif. […] Tout comme la philosophie transcendantale de Kant s'érige contre la métaphysique, la Théorie Pure du Droit s'érige contre le droit naturel, celui-ci étant le correspondant exact, dans le domaine de la réalité sociale, en général, et du droit positif en particulier, de la métaphysique.*

---

[849] (Pois foi Cohen quem primeiro introduziu o que ele e outros na Escola de Marburg chamaram de 'método transcendental' com seu ponto de partida no fato da ciência. Longe de começar com os dados da consciência, o que o faria seguir Kant, Cohen assume sua tarefa de determinar os pressupostos dos quais 'este fato da ciência deriva sua certeza'). PAULSON, Stanley. The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm. In.: Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law. Oregon: Hart, 2013, p. 55.

[850] A carta de Kelsen de 1933 para Renato Treves foi publicada pela primeira vez em francês, traduzida por Michel Troper, em Droit et Société, 7 (1987). In.: Normavism and norms. Critical perspectives on kelsenian themes. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 169.

[851] (É absolutamente verdade que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito repousa na filosofia kantiana ou, mais precisamente, na interpretação coheniana de sua filosofia. O fato de, como Cohen, eu entender a Teoria da Razão Pura como uma teoria da experiência, é certamente de capital importância em relação à minha tentativa de aplicar o método transcendental à teoria do direito positivo. [...] A Teoria Pura do Direito opõe-se ao direito natural, sendo este último o correspondente exato, no campo da realidade social, em geral, e do direito positivo, em particular, da metafísica). In. TREVES, Renato, Perrin Jean-François. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennes. In: *Droit et société*, n°7, 1987. Science du droit, sociologie. pp. 327-335. p. 334. "*Je publie ici la traduction française d'une lettre que Hans Kelsen m'a adressée le 3 août* 1933".

Quando Kelsen escreve "*Le fait que, à l'instar de Cohen, j'aie appréhendé la Théorie de la Raison Pure comme une théorie de l'expérience*"; (O fato de, como Cohen, eu entender a Teoria da Razão Pura como uma teoria da experiência), significa que a *razão teórica kantiana* contém os pressupostos *metodológicos* da ciência necessários para a experiência jurídica.

Como será estudado, sob as diretrizes da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) *coheniana*, o *positivismo jurídico* incorpora, basicamente, dois pilares epistemológicos do *neokantismo*: 1) o conhecimento não se reduz a uma mera reprodução descritiva e passiva de um objeto dado - sociológico, metafísico ou psicológio - o objeto de estudo do direito - a *norma jurídica* - é constituída a partir da categoria *Zurechnung* (imputação) criada por Kelsen. Este é o caráter *puro* da *ciência jurídica*, apartar seu objeto de elementos metajurídicos, e, 2) a inserção do "objeto juridicamente constituído" - a *norma* - em um sistema inteligível no sentido *jurídico*, ou seja, o próprio ordenamento jurídico. *Cf.* Kelsen, o direito não é[852]: "[...] uma norma isolada, mas um sistema de normas [...] e uma norma particular apenas pode ser considerada como norma jurídica na medida em que pertença a um tal ordenamento". Nota-se que este dois pilares constituintes da *Teoria pura do direito*, pertencem o primeiro período *neokantiano* do pensamento jurídico de Kelsen, *constitutivo* e *filosófico-transcendental*, pois formatam a base epistêmica da ciência jurídica.

Contudo, diferente de Kant, que estabelece uma relação entre epistemologia e filosofia moral, a *ciência do direito positivo*, seguindo o caminho *antimetafísico* e *antipsicologista* da *filosofia analítica* iniciado pelo *neokantismo* da *Marburg Schule*[853], passa ao largo da especulação sobre as questões subjacentes ao *sujeito transcendental*, como a *Gewissen* (consciência moral), para fundamentar as *máximas morais* a serem convertidas em leis jurídicas, ou, para justificar as leis do *dever-ser jurídico*.

Em outras palavras, para Kelsen, há uma distância intransponível entre o *método da filosofia transcendental* - para conhecer objetivamente o mundo - e as condições de cognoscibilidade do *sujeito transcendental*, supostamente capazes de demonstrar que os princípios *a priori* que regulam a natureza, são também os princípios *a priori* que legislam a lei suprema do dever moral.

Para Kelsen, a distância entre o alcance do *método transcendental* e as sutilezas psíquicas da *Gewissen* (consciência moral), que subjazem o "eu transcendental", é suficiente

[852] ASL: 33.
[853] Ou seja, não pretende ser uma ciência social, mas uma ciência do direito.

para fragilizar e romper qualquer relação de necessidade entre a *razão teórica* e *prática*, posto que são duas instâncias diferentes e incompatíveis para serem atributos da "mesma razão", ou seja, uma única razão com a faculdade de *descrever* e *prescrever*. Lembrando que, para Kelsen, não há justiça, valores ou imperativos absolutos do dever-ser impostos por um caráter apriorístico da razão.

Sendo assim, o esforço para conceber uma teoria dedicada ao estudo da transição entre a *metafísica da natureza* para a *metafísica dos costumes* a fim de encontrar uma lei universalmente justa, é inócuo, motivo pelo qual, Kelsen segue rigorosamente a epistemologia neokantiana da *Marburg Schule*, sem contudo, compartilhar o esforço de Hermann Cohen de sustentar uma filosofia prática, levando em conta, naturalmente, que o *positivismo jurídico* desconsidera que o direito esteja implícito ao domínio da *razão prática* (Filosofia moral).

Na didática de Mario García Berger[854]:

> *The Neo-Kantian movement sought to apply the method of the transcendental deduction to the cultural sciences (Kulturwissens-chaften). The oeuvre of Hermann Cohen is the best sample of this impetus. Kelsen himself saw his own theoretical edifice as the transcendental deduction of the a priori categories of the science of law. The pure theory of law is insufflated with the the same intention of desubstantialization and elimination of ontological dualisms as the Kantian and the Neo-Kantian philosophy, especially that of the Marburg school.*

Nota-se que o *positivismo* faz oposição as vertentes *pós-kantianas* que pretenderam resgatar na consciência um natureza metajurídica (jusnaturalista) como pressuposto de fundamentação do direito[855], seja no âmbito *teórico* ou *prático*, quando admitem uma forma de justiça ou *juridicidade a priori* inscrita na "natureza humana".

---

[854] (O movimento neokantiano procurou aplicar o método da dedução transcendental às ciências culturais (*Kulturwissens-chaften*). A obra de Hermann Cohen é a melhor amostra desse ímpeto. O próprio Kelsen via seu edifício teórico como a dedução transcendental das categorias a priori da ciência do direito. A teoria pura do direito é insuflada com a mesma intenção de dessubstancialização e eliminação dos dualismos ontológicos que a filosofia kantiana e neokantiana, especialmente a da escola de Marburgo). BERGER, Mario Garcia. The Legal Norm as a Function: The Influence of Ernst Cassirer and the Marburg Neo-Kantians. Disponível em: https:// revistas. juridicas. unam. mx/index.php/filosofia-derecho/article/ view/12449 Acesso em 01/10/2024. p. 262.

[855] "En la concepción de la filosofía que defendió el Círculo de Viena no hay en absoluto ninguna innovación revolucionaría. Kant redujo ya la filosofía a teoría del conocimiento, en tanto deba ser conocimiento', y el positivismo atribuyó todo conocimiento objetivo a las ciencias especiales". KRAFT, Victor. El Círculo de Viena. Versión española de Francisco Gracia. Madrid: Taurus, 1986, p. 207 - 208.

Vale lembrar que Kelsen não segue todos os aspectos da filosofia de Hermann Cohen[856]: "[...] *cuya teoría del conocimiento me influyó persistentemente, sin que yo, sin embargo, lo hubiera seguido en todos los puntos*"; sobretudo em sua tentativa de manter, ou melhor, "aprimorar" o vínculo epistemológico estabelecido pelo *criticismo* entre *razão teórica* e *prática*.

Contudo, Kelsen acolhe a perspectiva da *filosofia analítica* (*lógico-matemática*) e antimetafísica dos neokantianos, como visto, utilizada na fundamentação das ciências e que está presente na metodologia de Cohen. Isto também fica claro quando Urbano Zilles, ao comparar a filosofia de Edmund Husserl e Hermann Cohen, lembra que a lógica deve ser fundamento de qualquer sistema filosófico, pois,[857]: "[...] o ideal da pureza e o postulado da fundamentação da filosofia, sobretudo da teoria do conhecimento, da matemática ou das ciências naturais também podia encontrar-se em Cohen". São diretrizes gerais da lógica e da epistemologia seguidas pela *teoria pura do direito*.

Desta forma, a pressuposição de uma *juridicidade* à margem do *direito positivo* não está abrigada pela teoria do conhecimento, afinal, como admitir a existência ontológica - *em si mesma* - de normas jurídicas à margem do ato *criativo* da *vontade humana* (não confundir a *vontade em si* com norma jurídica), e, ainda, vincular um processo metodológico científico para produzir "conhecimento jurídico" sobre esta "suposta realidade"?

Ulises Schmill observa que o posicionamento de Kelsen em relação à epistemologia e o método do *direito natural*, envolve precisamente este problema[858]:

> *La idea central de los trabajos sobre el derecho natural consiste en afirmar su imposibilidad como objeto de un conocimiento científico. La existencia de normas jurídicas no positivas, es decir, de normas jurídicas que no han sido creadas por actos de voluntad humana, sino que se encuentran en la naturaleza del hombre, de la razón, en la naturaleza misma, etcétera, constituye un dogma y, por tanto; la ciencia no puede tener otra postura que su rechazo, pues normas no positivas no pueden ser objeto de conocimiento empírico.*

Por exemplo, em Kant, a lei do *dever-ser* funde-se com a própria *Gewissen* (consciência moral), *i.e.*, ser consciente da correção ou incorreção dos atos é uma atividade de uma razão julgadora dos fatos, o que implica, ao mesmo tempo, reconhecer uma lei *a priori* do *dever-ser*

---

[856] KELSEN, Hans. Autobiografia. Trad. L. V. Borda. Bogotá. Universidad Extrernado de Colombia, 2008, p. 54
[857] ZILLES, Urbano. Fenomenologia e teoria do conhecimento em Husserl. p. 216. Disponível em: https://pepsic.bvsalud.org/pdf/rag/v13n2/v13n2a05.pdf Acesso em 30/09/2024.
[858] SCHIMILL, O. Ulises. Introduccíon. In.: HP: XXXI.

como critério de correição dos atos. Contudo, Kant sempre separou a lei do *dever-ser* dos sentimentos e dos móbiles da subjetividade, não é correto dizer, portanto, que, mesmo em Kant, o fundamento da moral tenha alguma relação com a psicologia, como diz Jules Vuillemin[859]: "*La conscience morale est la clef de voûte du système copernicien, précisément parce qu'elle exprime en sa perfection l'identité de la conscience de soi et de la conscience de l'objet La découverte critique montre que l'autonomie n'est rien que la conscience du devoir. En ce point, la loi et le moi se confondent ; ou du moins ne se distinguent-ils que dans la mesure où celle-là est la ratio cognoscendi de celui-ci, celui-ci la ratio essendi de celle-là*". (A consciência moral é a pedra angular do sistema copernicano, precisamente porque expressa na sua perfeição a identidade da autoconsciência e da consciência do objeto. A descoberta crítica mostra que a autonomia nada mais é do que consciência do dever. Neste ponto, a lei e o eu se fundem; ou pelo menos só se distinguem na medida em que a primeira é a *ratio cognoscendi* da segunda, e a segunda a *ratio essendi* da primeira); porém, como já visto, esta tese não foi acolhida pelo *positivismo jurídico.*

*
* *

Aqui uma breve nota sobre a *filosofia moral coheniana* e *kantiana*, lembrando que Hans Kelsen discorda de ambos, como já antecipa Miguel Herszenbaun[860]:

> [...] *la ética kantiana no se sostiene sobre la aplicación del método trascendental y cae en la invocación de deberes universales, prescripciones no positivas emanadas de la razón pura. Ambas filosofías, que aplican adecuadamente el método trascendental en el terreno de la naturaleza, claudican ante las inclinaciones metafísicas en el terreno de la filosofía práctica"; portanto, diante disto: "Kelsen se presenta como el único heredero que ha comprendido el sentido de su legado, como el único dispuesto a aplicar adecuadamente el método en el terreno jurídico y así expulsar de allí a la metafísica*.

[859] VUILLEMIN, Jules. L'héritage kantien et la révolution copernicienne; Fichte, Cohen, Heidegger. Paris: PU de France, 1954, p. 3.
[860] HERSZENBAUN, M. Op. Cit. p. 58.

Cohen também faz crítica à *moral* kantiana, pois considera que não está amparada em um *faktum* (fato) - como na *Metaphysische der Natur* (metafisica da natureza), que se ancorou na *física newtoniana* - mas no *desiderato* de um *faktum*, ou, "no desejo de um fato análogo à ciência", não demostrado pelo *método transcendental*, *cf.* explica Miguel Herszenbaun[861]:

> *El método trascendental consiste en partir de un conocimiento o factum admitido y retroceder a sus condiciones de posibilidad. Así, el método trascendental de los neokantianos de Marburgo parte de la asunción del conocimiento científico de la física y las ciencias naturales y retrocede a las categorías o requisitos conceptuales lógico-epistemológicos necesarios para tales saberes científicos admitidos.*

Cf. Cohen no prefácio da sua *Ethik des reinen Willens* (Ética da Vontade Pura - 1904)[862]:

> *Das ist die neue Position, die wir hier der Ethik geben geben Während Kant zwar auch metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft geschrieben hat, dennoch aber in der Kritik der reinen Vernunft die eigentlichen metaphysischen Grundlagen der Naturwissenschaft ermittelt und aufgerichtet hat, so ist er Verein de er Ethik verfahren. In der Kritik der praktischen Weise auf die Rechtswissenschaft Bezug genommen und an ihr sich orientiert, wie dort an der Naturwissenschaft. Er hat vielmehr das analoge Faktum einer Wissenschaft als ein Desiderat bezeichnet, und dagegen nur das Analogon eines Faktums in Anspruch genommen. Daher ist der Unterschied entstanden, in dem das Recht bei ihm später, nämlich in seinen metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre der Ethik gegenüber befangen ist. Wir werden auf diesen Unterschied zwischen Recht und Sittlichkeit noch zurückzukommen haben. Hier soll nur hervorgehoben werden, dass Kant die Anwendung der transzendentalen Methode hier fallengelassen hat; dass er die Dedaktion der Ethik nicht an der Rechtswissenschaft vollzogen hat, wie die der Logik an der Naturwissenschaft.*

Cohen ao propor "sanar as lacunas de fundamento" da moral kantiana pelo seu *método transcendental*, exige um *faktum* de referência como nas ciências naturais, pois, *a moral em si mesma*, não pode ser um mero desiderato da *Gewissen* (consciência moral), ou ainda, se

---

[861] HERSZENBAUN, M. El método en la Teoría pura del Derecho de Kelsen en diálogo con Kant, el Neokantismo y la modernidad. Disponível em: https:// dx. doi. org/ 10.5209/ kant.88696_ Acesso em 11/07/2024. p. 58.

[862] (É esta a nova posição que aqui atribuímos à ética. Embora Kant também tenha escrito os fundamentos metafísicos da ciência natural, determinou e estabeleceu os verdadeiros fundamentos metafísicos da ciência natural na Crítica da Razão Pura, de modo que ele está unido em sua abordagem da ética. Na crítica à via prática, faz-se referência à ciência jurídica e orienta-se para ela, assim como às ciências naturais. Em vez disso, ele descreveu o *faktum* análogo de uma ciência como um desiderato e, em contraste, apenas reivindicou um *faktum* análogo. É por isso que surgiu a diferença em que o direito é posteriormente, nomeadamente nos seus fundamentos metafísicos iniciais, tendencioso contra a teoria jurídica da ética. Teremos que voltar a esta diferença entre direito e moralidade mais tarde. Deve-se apenas enfatizar que Kant abandonou aqui a aplicação do método transcendental; que ele não dedicou a ética e à jurisprudência como fez a lógica às ciências naturais). COHEN, H. Ethik des reinen Willens. p. 16.

submeter a uma variável totalmente ausente de "controle epistemológico". Héctor Oscar Arrese Igor resume este pensamento[863]: "*En el caso de la lógica, esto es de la filosofía teórica, el punto de partida es la ciencia matemático-natural. Pero en cuanto a la ética, o filosofía práctica, la cuestión se torna más compleja, porque el mismo Kant no tomó como referencia ningún corpus en particular. Cohen considera que esto es un hueco dejado por la filosofía moral de Kant, lo que intenta subsanar buscando la ciencia de referencia para la ética* […]". Contudo, para não confundir *faktum* com a redução do mundo a um mero fato científico, a ausência de um *faktum* na *filosofia moral*, significa a incapacidade de elevá-lo à cognição cientifica, o que implica dizer, que Cohen relaciona moral e epistemologia, como explica Sebastian Luft[864]:

> *Probably the most widely remembered phrase characterizing Marburg Neo-Kantianism is Cohen's assertion that the Kantian factum is the factum of the sciences (das Faktum der Wissenschaften); it is, arguably, also the most widely misunderstood and misinterpreted assertion. It is not a call to reduce the factum (of the world, of experience, or whatever else) to a scientific fact, but rather to elevate the world and its experience to scientific cognition.*

Kelsen, contudo, não compartilha esta pretensa conexão *coheniana* entre *filosofia moral*, *epistemologia* e *ciência*, *cf.* Renato Treves e Jean-François Perrin[865]:

> […] *j'ajoute que dans l'application des principes de la logique de la connaissance pure à l'étude du droit, Kelsen fait montre de plus de cohérence que Cohen, car contrairement à Kelsen, il réserve uniquement l'application des principes de la productivité de la pensée aux champs des sciences mathématiques et naturelles, et ne les applique pas au domaine des sciences morales. Dans son* "*Ethique de la volonté pure*" *(Ethik des reinen Willens), Cohen s'approche en effet de l'école du droit naturel en affirmant que la Fédération universelle des Etats est destinée à constituer l'Etat idéal.*

[863] ARRESE IGOR, Héctor O. El problema de la virtud en la ética de Hermann Cohen. Studia Kantiana 13 (2012): 17-29. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/studiakantiana/article/view/88823/47760 Acesso em: 05/09/2024.

[864] (Provavelmente, a frase mais amplamente lembrada que caracteriza o Neo-Kantismo de Marburg é a afirmação de Cohen de que o *factum Kantiano* é o factum das ciências (*das Faktum der Wissenschaften*); é, sem dúvida, também a afirmação mais amplamente incompreendida e mal interpretada. Não é um chamado para reduzir o fato (do mundo, da experiência, ou qualquer outra coisa) a um fato científico, mas sim para elevar o mundo e sua experiência à cognição científica). LUFT, Sebastian. The Space of Culture Towards a Neo-Kantian Philosophy of Culture (Cohen, Natorp, and Cassirer). Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 49.

[865] (Acrescento que na aplicação dos princípios da lógica do conhecimento puro ao estudo do direito, Kelsen mostra mais consistência que Cohen, porque ao contrário de Kelsen, ele reserva apenas a aplicação dos princípios da produtividade do pensamento aos campos da matemática e ciências naturais, e não as aplica ao campo das ciências morais. Em sua "Ética da Vontade Pura" (Ethik des reinen Willens), Cohen aborda a escola do direito natural ao afirmar que a Federação Universal dos Estados pretende constituir o Estado ideal). TREVES, Renato, Perrin Jean-François. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennes. Op. Cit. p. 329.

Bem como Carsten Heidemann, que explica, como já demonstrado, que Hans Kelsen ao separar razão teórica e prática, não pode aceitar a tentativa de Cohen de reabilitar a filosofia moral e jurídica do ponto de vista da ciência[866]:

> *On the one hand, Cohen's explanation of the transcendental method offered an ingenious way for Kelsen to solve several fundamental problems of his legal theory. Furthermore, Cohen - in his Ethics of Pure Will - had paved the way towards extending the transcendental method of Kant's theoretical philosophy to the region of practical or normative thinking. On the other hand, Kelsen did not appreciate Cohen's approach towards legal science. For legal science was taken by Cohen to be the "scientific fact" that served as the starting point for analyzing ethical principles. This was not acceptable for Kelsen's legal positivist approach, which aimed at strictly separating law and morality* […] *But the capacity of neo-Kantian epistemology to deal with some problems created by the basic theses of Kelsen's theory can be shown by fitting together the main tenets of the Pure Theory and those neo-Kantian elements that Kelsen appropriated.*

Por desfecho, a advertência de Rudolf Carnap[867]: *"In logic, there are no morals. Everyone is at liberty to build up his own logic, i.e. his own form of language, as he wishes. All that is required of him is that, if he wishes to discuss it, he must state his methods clearly and give syntactical rules instead of philosophical arguments*". (Na lógica, não há moral. Todo mundo tem a liberdade de construir sua própria lógica, ou seja, sua própria forma de linguagem, como ele deseja. Tudo o que é exigido dele é que, se ele quiser discutir isso, ele deve declarar seus métodos claramente e dar regras sintáticas em vez de argumentos filosóficos).

Isto posto, embora o primeiro período do pensamento de Kelsen - *construtivista* -seja herdeiro de Hermann Cohen, o positivismo jurídico não compartilha seu esforço em manter os pressupostos da epistemologia kantiana para fundamentar a filosofia moral.

*
* *

[866] (Por um lado, a explicação de Cohen sobre o método transcendental ofereceu uma maneira engenhosa para Kelsen resolver vários problemas fundamentais de sua teoria jurídica. Além disso, Cohen - em sua Ética da Vontade Pura - abriu o caminho para estender o método transcendental da filosofia teórica de Kant para a região do pensamento prático ou normativo. Por outro lado, Kelsen não apreciou a abordagem de Cohen em relação à ciência jurídica. Para a ciência jurídica foi tomada por Cohen como o 'fato científico' que serviu como ponto de partida para analisar princípios éticos. Isso não era aceitável para a abordagem positivista legal de Kelsen, que visava separar estritamente a lei e a moralidade. [Mas a capacidade da epistemologia neo-kantiana de lidar com alguns problemas criados pelas teses básicas da teoria de Kelsen pode ser demonstrada juntando os principais princípios da Teoria Pura e os elementos neo-kantianos que Kelsen se apropriou.]). HEIDEMANN, Carsten. Hans Kelsen and transcendental method. Northern Ireland Legal Quarterly [Vol. 55, No. 4]. p. 361. Disponível em: https:// www.academia. edu/ 79906303/ Hans_ Kelsen_ and_ the_ transcendental_method Acesso em 21/03/2024.

[867] CARNAP, Rudolf. The logical syntax of language. London: Routledge, 2007, p. 52.

Enfim, sobre o *transzendentale Methode* (método transcendental), Cohen escreve na obra *Das Prinzip der Infinitesimal-Methode und Seine Geschichte: Ein Kapitel zur Grundlegung der Erkenntniskritik* (O princípio do método infinitesimal e sua história: um capítulo sobre os fundamentos da crítica do conhecimento - 1883), que "seu método", inspirado em Kant, propõe abstrair o conteúdo da consciência (moral ou psicologizada) como parte de um processo, ou, como um "aparelho de reconhecimento" do próprio processo de produção do conhecimento", *i.e*., diferente de como ocorre na *Gewissen* (consciência moral) kantiana, assim, o *transzendentale Methode* (método transcendental) aplicado à experiência é autônomo em relação à *Gewissen*, que a dispensa como instância de reconhecimento do que é certo e o errado.

Cf. Cohen[868]:

> *Nehme ich hingegen die Erkenntniss nicht als eine Art und Weise des Bewusstseins sondern als ein Factum, welches in der Wissenschaft sich vollzogen hat und auf gegebenen Grundlagen sich zu vollziehen fortfährt, so bezieht sich die Untersuchung nicht mehr auf eine immerhin subjective Thatsache, sondern auf einen wie sehr auch sich vermehrenden, so doch objectiv gegebenen und in Principien gegründeten Thatbestand, nicht auf den Vorgang und Apparat des Erkennens, sondern auf das Ergebniss desselben, die Wissenschaft. Alsdann wird die Frage nahegelegt und unzweideutig: aus welchen Voraussetzungen dieser Thatbestand der Wissenschaft seine Gewissheit ableite.*

Repetindo a expressão "[...] *aus welchen Voraussetzungen dieser Thatbestand der Wissenschaft seine Gewissheit ableite*", como uma questão: Quais são os pressupostos responsáveis pela certeza do fato científico? De acordo com a interpretação de Carsten Heidemann sobre o pensamento de Cohen[869]: "[…] *to answer this question is, according to Cohen, the task of the transcendental method. It is not difficult to see the difference between Cohen's and Kant's conceptions. While Kant's indubitable starting-point is the transcendental unity of self-awareness - the necessity that the thought "I think" might accompany all our ideas - Cohen starts by presupposing what actually has to be proven: the objectivity of the results of the institutionalized sciences.* ([...] responder a essa pergunta é, de acordo com Cohen, a tarefa

[868] (Se, por outro lado, não tomo o conhecimento como uma forma de consciência especial ser um fato, que a ciência ocorreu e continua a ser realizada em determinadas razões, a pesquisa não se refere mais a um fato subjetivo, mas a uma existência que se multiplica, mas objetivamente dada objetivamente e fundada em princípios, não ao processo e ao aparelho de reconhecimento, mas ao resultado do mesmo, a ciência. Quais são os pressupostos responsáveis pela certeza do fato científico). COHEN, Hermann. Das Princip der Infinitesimal - Methode und seine Geschichte. Berlin: Ferd. Dümmlers Verlagsbuchhandlung Harrwitz und Gossmann, 1883, p. 5.
[869] HEIDEMANN, Carsten. Op. Cit. p. 354.

do método transcendental. Não é difícil ver a diferença entre as concepções de Cohen e Kant. Embora o ponto de partida indubitável de Kant seja a unidade transcendental da autoconsciência - a necessidade de que o pensamento 'eu acho' possa acompanhar todas as nossas ideias - Cohen começa pressupondo o que realmente tem que ser provado: a objetividade dos resultados das ciências institucionalizadas).

Digno de nota que, conforme observam Sebastian Luft e Fabien Capeilleres[870]: "*The Mar burg School is the most* '*compact*' *group within neo-Kantianism, judging from its self-understanding and outward projection. This unity is due to the method that its founder, Hermann Cohen (1842-1918), developed out ofhis Kant interpretation. This method is called the Transcendental Method, in recognition of Kant's method, although the term is itself not to be found in Kant's oeuvre*". (A Escola de Marburgo é o grupo mais "compacto" dentro do neokantismo, a julgar por sua autocompreensão e projeção externa. Essa unidade se deve ao método que seu fundador, Hermann Cohen (1842-1918), desenvolveu a partir de sua interpretação de Kant. Este método é chamado de *transzendentale Methode* (método transcendental), em reconhecimento ao método de Kant, embora o termo em si não seja encontrado na obra de Kant).

Em outras palavras, o *método transcendental* parte do pressuposto de que a forma de conhecer não necessita assegurar, ou provar, como a consciência se relaciona com o fato, ou ainda, como a perspectiva subjetiva do sujeito é capaz de um reconhecimento *a priori* do fato, (tal como as *categorias a priori* regulando o entendimento da experiência) mas, de outro modo, o *método transcendental* pretende dizer *como* a existência de um fato que objetivamente se multiplica, pode ser explicado, ou melhor, como as condições formais da experiência podem provar que o resultado de um fenômeno que se multiplica são resultados objetivos para as ciências.

Neste sentido, Moritz Schilick ensina que[871]:

> *Der logische Idealismus der Marburger Neukantischen Schule z.B. faßt die Wirklichkeit nicht auf als etwas der Wissenschaft fest Gegenüberstehendes, sondern behauptet, sie werde durch die Wissenschaft, durch das Denken erst*

[870] LUFT, Sebastian and CAPEILLERES, Fabien. Neo-Kantianism in Germany and France. Op. Cit. p. 52.

[871] (O idealismo lógico da Escola Neokantiana de Marburg, por exemplo, não concebe a realidade como algo firmemente oposto à ciência, mas afirma que ela é criada pela ciência, pelo pensamento, é um produto do pensamento, é claro que nunca foi totalmente produzida, mas um limite que a Ciência se aproxima assintoticamente ao infinito, o objeto do conhecimento é sua tarefa infinita). SCHLICK, Moritz. Texte zu Einsteins Relativitätstheorie. Eingeleitet, kommentiert und herausgegeben von Fynn Ole Engler. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 2019, 155-156.

> *geschaffen, sei Produkt des Denkens, freilich niemals fertig produziert, sondern eine Grenze, der sich die Wissenschaft ins Unendliche asymptotisch annähert, der Gegenstand der Erkenntnis sei ihre unendliche Aufgabe*.

É um raciocínio que inevitavelmente se remete à *Filosofia analítica* e à redução do conhecimento científico à *lógica-matemática*, bem como na *pureza metodológica* aplicada à *ciência jurídica* por Hans Kelsen - livre de psicologismos - como observam Sebastian Luft e Fabien Capeilleres[872]: "*Philosophy is no longer a science of ultimate foundations (Grundlagenwissenschaft) - the traditional task of metaphysics prior to Kant's transcendental turn - but is a science of laying foundations* (*Grundlegungswissenschaft*) *in 'pure thought'*"; (A filosofia não é mais uma ciência de fundamentos últimos (*Grundlagenwissenschaft*) - a tarefa tradicional da metafísica antes da virada transcendental de Kant - mas é uma ciência de estabelecer fundamentos (*Grundlegungswissenschaft*) no "pensamento puro").

Desta relação entre o *transzendentale Methode* (método transcendental), *filosofia analítica* e *positivismo*, Carsten Heidemann também ensina que[873]: "*The analytical method proceeds from certain judgments which are factually given 'as if' they are objectively valid to explore the preconditions of their being meaningful and valid. So, if there is a change of paradigm in the established sciences, or if certain tenets inside the sciences are proven to be false, then the results of the transcendental method might change as well*". (O método analítico procede de certos julgamentos que são dados factualmente "como se" fossem objetivamente válidos para explorar as pré-condições de sua significância e validade.

Portanto, se houver uma mudança de paradigma nas ciências estabelecidas, ou se certos princípios dentro das ciências forem provados falsos, os resultados do *transzendentale Methode* (método transcendental) também podem mudar).

Ou seja, método adequado para uma ciência jurídica que pretende ter resultados objetivos independente de elementos metajurídicos, como os valores contingências da política e das próprias divisões dogmáticas internas da lei, estabelecidas pela codificação (Constituição, Código Civil, penal, entre outros).

Zhiron Khujadze resume[874]:

---

[872] Loc. Cit. p. 55.
[873] HEIDEMANN, C. Facets of 'Ought' in Kelsen's Pure Theory of Law. Op. Cit. p. 4.
[874] (Kelsen estabelece a base epistemológica para a teoria da lei desenvolvida por ele sobre o método transcendental usado pelo neokantiano Herman Cohen, um método que se concentra na descoberta de condições necessárias não empíricas para a cognição de qualquer conhecimento. É verdade que Kant não usou o termo "método transcendental", embora ele use o termo "dedução transcendental", que é um método de descobrir as condições

> *Kelsen establishes the epistemological basis for the theory of law developed by him on the transcendental method used by neo-Kantian Herman Cohen, a method which is focused on the discovery of non-empirical necessary conditions for the cognition of any knowledge. It is true that Kant did not use the term "transcendental method", although he uses the term "transcendental deduction", which is a method of discovering the universal conditions of objective empirical knowledge.*

Mais uma vez, quando Cohen pergunta: *Aus welchen Voraussetzungen dieser Thatbestand der Wissenschaft seine Gewissheit ableite* (?). (Quais são os pressupostos responsáveis pela certeza do fato científico?), a partir do *criticismo*, ele trata de olhar para a Crítica da razão pura, não com intuito de encontrar uma explicação subjacente ao sujeito transcendental como princípio do conhecimento (*teórico* ou *prático*), como fizeram os idealistas alemães, mas para estabelecer um *transzendentale Methode* (método transcendental), ou ainda, estabelecer as condições formais da própria experiência possível, o que implica diretamente na concepção de uma *estrutura formal* para o *direito* e a *ciência do direito*, independente de *conteúdo* ou de *sínteses* de *conteúdo*, seja no âmbito do sujeito cognoscente ou dos elementos fático-axiológicos incidentais na norma jurídica como objeto de estudo científico, como escreve Albert Calsamiglia[875]: "*La teoría pura del derecho no es una teoría de 'un' derecho positivo sino que pretende ser una teoría general del derecho positivo. Pretende describir todo fenómeno jurídico mediante una serie de conceptos formales que servirían para todo derecho en todo tiempo y lugar*".

Deve-se lembrar que o compromisso científico - *anticognitivismo-metafísico e antipsicologista* - do método *positivista*, desconsidera, portanto, o traço *jusnaturalista kantiano* da "consciência", pois, segundo Kant, há uma implicação lógica em admitir que a *unidade da razão* é uma condição necessária para a *síntese a priori* do conhecimento, e, que a distingue da "consciência" responsável pela *mera apercepção empírica* dos objetos da sensibilidade e da "consciência de si mesmo"[876].

Esta "função cognitiva" nominada *apercepção transcendental,* ou, "*eu transcendental*" - é o fundamento último da experiência (princípios superiores do entendimento). *Cf*. Kant[877]: "Deste modo são possíveis os juízos sintéticos a priori, quando

---

universais do conhecimento empírico objetivo). .KHUJADZE, Zhiron. Hans Kelsen's Basic Norm: Transition from the Transcendental-Logical. Condition to a Fiction. Journal of Law, No2, 2022. p. 10. Disponível em: https:// jlaw. tsu. ge/ index. php/ JLaw/ article/view/7014 Acesso em: 17/10/2024.

[875] CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978, p. 22.

[876] Vide também os termos "transfenomenalidade" e "consciência não-tética ou cogito pré-reflexivo" em Sartre.

[877] KrV, A158/B197: 221.

referimos as condições formais da intuição a priori, a síntese da imaginação e a sua unidade necessária numa apercepção transcendental [...]"; assim, Kant[878]: "[...] *distinguished between empirical apperception, the person's awareness of himself which depends on the changing conditions of his consciousness, and transcendental apperception, or "purê reason," the inner, unchangeable fundamental, and therefore "transcendental" unity of consciousness*". ([...] distinguiu entre a apercepção empírica, a consciência da pessoa sobre si mesma que depende das condições mutáveis de sua consciência, e a apercepção transcendental, ou "razão pura", a unidade fundamental interna, imutável e, portanto, "transcendental" da consciência).

O "eu transcendental" ensejou posteriormente uma interpretação psicológica da filosofia kantiana para justificar a "existência do ego"[879], tese rejeitada pelo positivismo na fundamentação do *dever-ser jurídico*, Lourival Vilanova (1915 – 2001) ensina que[880]: "Um dos pontos construtivos da teoria de Kelsen encontra-se, sem dúvida, na concepção de normas jurídicas como entidades distintas da consciência que as representa".

Da mesma forma, resta comprometida a relação entre *razão teórica* e *prática*, bem como a fundamentação dos deveres *éticos* e *jurídicos* conforme *imperativos sintéticos a priori*. Se a realidade existencial da *norma jurídica, cf. supra,* equivale a sua *validade*, a teoria pura do direito não se propõe a uma "análise científica" de um fenômeno social, mas estuda e descreve normas, sendo assim, trata-se de uma *ciência normativa*.

O que justifica, mais uma vez, que as *normas* do *direito positivo* não são *proposições sintéticas a priori*, elas são *átomos lógicos* - no sentido *analítico* - de uma experiência jurídica possível, que se abstrai da necessidade dos pressupostos cognitivos de *síntese* conteúdos, seja pela "*dedução metafísica* ou *transcendental*" do sujeito cognoscente. A propósito, *cf.* Carsten Heidemann[881]: "*The transcendental method is at the core of a number of neo-Kantian theories, being the method of discovering non-empirical necessary conditions for any knowledge. As far as I can see, the term "transzendentale Methode" was not used by Kant himself*". (O método transcendental está no centro de várias teorias neo-kantianas, sendo o método de descobrir

---

[878] *Cf.* BORCHERT, M. Donald. In.: Encyclopedia of philosophy. V1. 2nd. ed. USA: Thomson Gale, 2006, p. 233.
[879] "*The transcendental unity of the self is the unearthed condition of the self. This moment will be conspicuously elaborated by Fichte*". (A unidade transcendental do eu é a condição desenterrada do eu. Este momento será conspicuamente elaborado por Fichte). LIMNATIS, Nectarios G. German Idealism and the problem of knowlodge: Kant, Ficht, Schelling and Hegel. V.8. Nova York: Springer, 2008, p. 37.
[880] VILANOVA, L. Op. Cit., p. 59.
[881] Ibid. p. 358.

condições necessárias não empíricas para qualquer conhecimento. Até onde posso ver, o termo "*transzendentale Methode*" não foi usado pelo próprio Kant).

Importante destacar que a filosofia *coheniana* - e seu *transzendentale Methode* (método transcendental) - é resultado de um esforço para impedir que a Crítica da razão pura, na fase pós-kantiana, fosse interpretada de forma a permitir incursões psicologistas na explicação da produção do conhecimento, como ainda ensina C. Heidemann[882]: "*Cohen, like most neo-Kantians, was an opponent of "psychologism", i.e. of the project to reduce epistemology or cognitive philosophy to psychology. But to search into 'reason itself' as a starting- point to discover self-awareness as necessarily accompanying all our ideas smacks of introspective psychology*". (Cohen, como a maioria dos neo-kantianos, era um oponente do 'psicologismo', ou seja, do projeto para reduzir a epistemologia ou a filosofia cognitiva à psicologia. Mas procurar a "razão em si" como um ponto de partida para descobrir a autoconsciência como necessariamente acompanhando todas as nossas ideias cheira a psicologia introspectiva).

Bem como em Massime Ferrari[883]: "*In der Tat ist das Charakteristische an Cohen (und an der Marburger Schule im allgemeinen) nicht nur die Inanspruchnahme der theore- tischen Perspektive als Leitlinie der historischen Forschung, sondern vielmehr der Versuch, die historische Ebene innerhalb der methodischen Neubegründung des Transzendentalen zu gewinnen, die auf die "Er- kenntniskritik«, d. h. die Reflexion auf die Bedingungen der Möglichkeit des »Faktums der Wissenschaft«, hinausläuft*". (De fato, a característica de Cohen (e da Escola de Marburg em geral) não é apenas o uso da perspectiva teórica como diretriz da pesquisa histórica, mas sim a tentativa de ganhar o nível histórico dentro da refundação metodológica do Transcendental, que se resume à 'crítica do conhecimento', ou seja, a reflexão sobre as condições da possibilidade do 'fato da ciência').

Desta forma, a *pureza metodológica* do *positivismo jurídico* não poderia admitir que sob as brumas de uma consciência psicologizada, poderia estar abrigada alguma fonte metajurídica capaz de legislar sobre a *razão teórica* e *prática* simultaneamente, ou seja, que o direito e a moral fossem doutrinas regidas pelos mesmos princípios apriorísticos que se convergem na unidade de uma razão metafísica de um sujeito transcendental, tal como propõe a *Filosofia Moral* kantiana na obra *Die Metaphysik der Sitten* (A metafísica dos costumes - 1797)[884].

---

[882] HEIDEMANN, Carsten. Op. Cit. p. 360.
[883] FERRARI, Massime. Ernst Cassirer Stationen einer philosophischen Biographie. Aus dem Italienischen übersetzt von Marion Lauschke. Hamburg: Felix Meiner Verlag Hamburg, 2003, p. 9.
[884] Vide: COHEN, Herman. Ethik des reinen Willens. Berlim: Bruno Cassirer, 1904, p. V.

Kelsen, portanto, não parece preocupado com a questão que envolve a disputa entre neokantianos e idealistas sobre dar continuidade à *razão teórica e prática*, mas *como* incorporar a epistemologia de Hermann Cohen na Teoria pura do direito, como um *método formal* de *toda experiência científica*, também capaz de fundamentar o conhecimento *jurídico científico*, *cf*. escreve Manfred Baum[885]:

> *Methode, transzendentale. Der Ausdruck 't.M.', der sich in Kants Werk nicht findet, wird seit Riehl (1876) und Cohen (1877) vor allem von dem letzteren und seiner Marburger Schule des Neukantianismus zur Charakterisierung der Philosophie Kants gebraucht, gleichbedeutend mit ‹kritischer Methode. Aus einem Begriff der Kantinterpretation ist dann eine Bezeichnung für mehrere sich an Kant anschließende philosophische Methoden geworden.*

Para acrescentar mais uma perspectiva de compreensão da influência da interpretação de Hermann Cohen (1842 - 1918) no positivismo, é preciso considerar que na Crítica da razão pura, a *causalidade* (lei da natureza) e objeto do saber da *razão de uso especulativo* - da *Metaphysische der Natur* (metafisica da natureza)[886] - é uma função lógica da cognição que se *mistura* com o *empírico*, ou seja, uma categoria *a priori* do entendimento - não *pura* - que *exige o testemunho da experiência* para verificar a relação entre causa e efeito da transformação da matéria inscrita no espaço/tempo, de acordo com Kant[887]: "Dos conhecimentos a priori, são puros aqueles em que nada de empírico se mistura contudo"; sendo assim, a universalidade de uma afirmação científica sobre a causalidade tem origem *metafísica*, uma vez que o universal e o necessário não são acessados pela via empírica indutiva.

Não havendo, portanto, relação de *causalidade material* (ou natural) da realidade jurídica - tese do *jusnaturalismo cosmológico* - para ser testemunhada ou verificada pela experiência, as "*funções lógicas da cognição jurídica*" na *teoria pura do direito*, limitam-se a *constituir* o *argumento transcendental,* ou seja, o processso de *juridificação*

---

[885] (Método, transcendental. O termo 'M.t.', que não se encontra na obra de Kant, foi utilizado desde Riehl (1876) e Cohen (1877), sobretudo por este último e pela sua escola neo-kantiana de Marburgo, para caraterizar a filosofia de Kant, como sinónimo de 'método crítico'. Um termo para a interpretação de Kant tornou-se então um nome para vários métodos filosóficos que seguem Kant). BAUN, Manfred. Methode, transzendentale. In.: Historisches Wörterbuch der Philosophie online. Disponível em: DOI: 10.24894/HWPh.2530 Acesso em 10/03/2024.

[886] "A legislação da razão humana (filosofia) tem dois objetos, a natureza e a liberdade e abrange assim, tanto a lei natural como também a lei moral, ao princípio em dois sistemas particulares, finalmente num único sistema filosófico. A filosofia da natureza dirige-se a tudo o que é; a dos costumes somente ao que *deve ser*". KrV, A840/B868: 674.

[887] KrV, B3: 63.

(*Verrechtlichung*) da realidade por meio da inédita categoria do conhecimento, como visto, da *causalidade por imputação*. A *cognição jurídica* é, portanto, condição *a priori* de *juridicidade*, sem se reportar ao que está subjacente ao *sujeito transcendental*, como a *consciência* ou a *psiquê*. Afinal, diz Kelsen[888]: "O fato de a norma jurídica vincular certa sanção a certa conduta faz com que a conduta oposta se torne um dever jurídico"; isto é, o vínculo de imputação que constitui a juridicidade.

Antes de explorar o tema o transcendentalismo coheniano, vide Kant[889]: "Chamo transcendental a todo o conhecimento que em geral se ocupa menos dos objetos, que do nosso modo de os conhecer, na medida em que este deve ser possível a priori"; destaca-se: "modo de os conhecer".

Em Carsten Heidemann[890]: "*Kelsen's neo-Kantian epistemology can account for the distinction between "is" and "ought", which can be traced back to the difference between the categories of causality and normative imputation - which in turn accounts for and is derived from the difference between natural sciences and legal science*". (A epistemologia neokantiana de Kelsen pode explicar a distinção entre "é" e "deveria", que pode ser rastreada até a diferença entre as categorias de causalidade e imputação normativa - que por sua vez explica e é derivada da diferença entre ciências naturais e ciências jurídicas).

Para Kelsen, como visto, considerar a norma jurídica como arquétipo formal é uma exigência lógica para o sentido do discurso jurídico à margem da psicologia, da metafísica e da sociologia[891], *i.e.*, de forma análoga à *Kausalität* (*causalidade*) como *categoria filosófica* (não psicológica) - *a priori* - do entendimento, que apreende e regula o desdobramento mecânico natural (lei da natureza), a *das Sollen der Zurechnung* (dever-ser por imputação), ou, a *imputabilidade jurídica* mediada pela norma (*direito positivo*), torna-se um pressuposto *lógico-transcendental* como condição da inteligibilidade para o sentido do direito, *cf.* Kelsen[892]: "*The Pure Theory of Law seeks to delimit cleary the object of its cognition*". (A Teoria Pura do Direito procura delimitar claramente o objeto de sua cognição),

---

[888] TGLS. p. 88.
[889] KrV, A25/B26: 79.
[890] HEIDEMANN, Carsten. Hans Kelsen and transcendental method. Op. Cit. p. 364.
[891] Vide: B. Russell: "Todas as ciências especiais se desenvolveram através do emprego de noções derivadas do senso comum, tais como: as coisas e as suas qualidades, espaço, tempo e causa. A própria ciência demonstrou que nenhuma dessas noções de senso como servirão completamente para uma explicação do mundo; mas não constitui; de modo algum, província de qualquer ciência especial empreender a necessária reconstrução de fundamentos. Esta deve ser a tarefa da filosofia". RUSSELL, Bertrand. Delineamentos da filosofia. Op. Cit. p. 8-9.
[892] KELSEN, Hans. Introduction to the Problems of Legal Theory: Op. Cit. p. 8.

e H. Martinez[893]: "*Hay otra dirección en el logicismo neokantiano que ha adquirido en los últimos tiempos gran notoriedad; me refiero a la escuela de Viena, cuyo más alto representante es Hans Kelsen*". Contudo, vale aqui ressaltar a advertência de José A. Sedín Mateos[894]: "*Para KELSEN, la teoría iusnaturalista se caracteriza por incurrir sistemáticamente em el error de ignorar las diferencias entre el ámbito de la naturaleza y el ámbito del derecho, entre legalidad causal y la legalidad normativa*".

Neste sentido, de comparação entre *causalidade* e *imputabilidade* do ponto de vista científico/jurídico, Carsten Heidemann ainda ensina que[895]: "*Natural and legal science, understood as systems of judgements, are identical with their respective cognitive objects. Nature consists of hypothetical judgements in which the category of causality is employed. Law consists of hypothetical judgements in which the category of normative imputation is employed, following the scheme 'If x, then coercive act y ought to be executed*"". (A ciência natural e jurídica, entendida como sistemas de julgamentos, são idênticas aos seus respectivos objetos cognitivos. A natureza consiste em julgamentos hipotéticos nos quais a categoria de causalidade é empregada. A lei consiste em julgamentos hipotéticos nos quais a categoria de imputação normativa é empregada, seguindo o esquema 'Se X, então o ato coercitivo deve ser executado'); Heidemann continua asseverando que: "*The Pure Theory does not deal with the law as a "given" object; rather, it plays the part of a transcendental philosophy of law by exploring the necessary conditions of legal science*"). (A Teoria Pura não lida com a lei como um objeto 'dado'; em vez disso, desempenha o papel de uma filosofia transcendental do direito, explorando as condições necessárias da ciência jurídica).

Da mesma forma em Mario García Berger[896]: "[…] *the Sollen (the category of imputation), is the expression of the progressive rule by means of which an authorized organ can attach a sanction to a certain conduct. In this process no moral value, judgement, ideal or obligation is in-volved. The Ought to refer only to the form of judgement of the science of law*".

---

[893] MARTINEZ. Op. Cit. p. 91 - 92.
[894] SEDÍN MATEOS, J A. La filosofia moral de Hans Kelsen. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 105.
[895] HEIDEMANN, Carsten. Op. Cit. p. 354.
[896] (A expressão 'ato de vontade' enfatiza que as normas não são o produto de um processo de pensamento. O emissor da norma deseja que a pessoa a quem a norma é dirigida se comporte de uma determinada maneira. Se esse testamento não existisse, não haveria nenhuma norma. No entanto, a noção de um ato intencional não é adequada para fazer o trabalho que Kelsen pretendia, uma vez que fica aquém de explicar a criação de normas jurídicas. A série de atos que produzem uma norma ocorre no mundo factual, mas claramente não precisam ser voluntários. O que realmente importa é que sejam produzidos processual e materialmente na forma indicada pelas normas superiores que regulam sua criação). BERGER, Mario Garcia. The Legal Norm as a Function: The Influence of Ernst Cassirer and the Marburg Neo-Kantians. Disponível em: https:// revistas. juridicas. unam. mx/index.php/filosofia-derecho/article/ view/12449 Acesso em 01/10/2024. p. 259.

([...] o Sollen a categoria de imputação é a expressão da regra progressiva por meio da qual um órgão autorizado pode anexar uma sanção a uma determinada conduta. Neste processo não está envolvido nenhum valor moral, julgamento, ideal ou obrigação. O Dever deve referir-se apenas à forma de julgamento da ciência do direito).

Considerando os propósitos científicos de Kelsen, justifica-se, portanto, sua aproximação à metodologia *neokantiana* para a fundamentação do conhecimento científico, segundo a interpretação de Hermann Cohen na obra *Das Princip der Infinitesimal - Methode und seine Geschichte* (O princípio do método infinitesimal e sua história - 1883), quando propôs o termo *transzendentale Methode* (método transcendental) - ou, uma *Ursprünglichkeitslehre* (teoria da originalidade) - em sua busca por uma base filosófica para fundamentar o conhecimento científico sobre a natureza, *cf.* Paul Natorp (1854 - 1924), junto com Hermann Cohen, fundador da *Marburg Schule*[897]: "*El punto de partida firme, el pensamiento orientador e inconmovible de todo nuestro filosofar es, como se ha dicho, el "método transcendental*".

Ainda sobre a ideia *transcendental* do *método coheniano*, Lucas Alessandro Duarte Amaral reforça que[898]: "[...] segundo Hermann Cohen, a investigação transcendental é metodológica, ou seja, ela não se volta aos conteúdos do conhecimento, senão que à 'nossa maneira de conhecer objetos na medida em que esse modo de conhecimento é possível a priori'".

Cf. destacam Renato Treves e Jean-François Perrin[899]:

> *Kelsen, s'opposant à d'autres néokantiens, n'applique pas intégralement les principes de la "Critique de la raison purê" de Kant, mais plutôt les principes de la "Logique de la connaissance purê" (Logik des reinen Erkenntnis) de Hermann Cohen. C'est en effet cet auteur qui réduit la critique kantienne à la logique pure, faisant exclusion de l'esthétique et de la dialectique transcendantale et qui remplace le principe kantien de la synthèse, lequel présuppose toujours une donnée sensible par un principe nouveau, celui de la*

[897] NATORP, Pablo. Kan y la Escuela de marburgo. Conferência sustentada en la sesión de la sociedad Kantiana de Halle del 27 de abril de 1912. (Publicada en el tomo XVII de los Kantstudien). Prólogo y traducción de Miguel Bueno. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 1956, p. 19.

[898] AMARAL, Alessandro Duarte A. L. (2020). "Método transcendental": do legado kantiano à filosofia juvenil de Ernst Cassirer no contexto da Escola (neokantiana) de Marburgo. Kant E-Prints, 14(3), 93-118. Recuperado de https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/kant/article/view/8672379. Acesso em 07/08/2024, p. 101.

[899] (Kelsen, opondo-se a outros neokantianos, não aplica plenamente os princípios da "Crítica da Razão Pura" de Kant, mas sim os princípios da "Lógica do Conhecimento Puro" de Kant (*Logik des reinen Erkenntnis*). Na verdade, é este autor quem reduz a crítica kantiana à lógica pura, excluindo a estética e a dialética transcendental, e quem substitui o princípio kantiano da síntese, que pressupõe sempre um dado sensível, por um novo princípio, o da fecundidade do pensamento puro, essencialmente autônomo. produção, sem contato com sensação e representação.). TREVES, R.; et. al. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennes. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1987_num_7_1_968 Acesso em 05/09/2024. p. 328 - 329.

> *fécondité de la pensée pure qui est esentielement production autonome, sans contact avec la sensation et la représentation.*

Se as categorias *a priori* do entendimento kantiano exigem a constatação empírica para produção do conhecimento científico da natureza, na *teoria pura do direito* preserva-se apenas o caráter *analítico* do argumento da *razão teórica*, separando-a da extensão s*intética* dos *imperativos morais* do *dever-ser* exigidos pela *razão prática,* conforme diz Kant[900]: "[...] esse dever categórico representa uma proposição *sintética a priori* [...]"; ou seja, aplicando o *transzendentale Methode* (método transcendental como uma teoria da experiência) de Cohen, Kelsen retira da norma (como arquétipo de apreensão da realidade) o caráter *imperativo* do *dever-ser* e a limita como um pressuposto *lógico-transcendental* no âmbito da *razão teórica* (*não prática*), Hermann Cohen em *Kants Theorie der Erfahrung* (*Teoria da Experiência de Kant - 1871*)[901]: "*Die Kritik der reinen Vernunft ist Kritik der Erfahrung. Von der genauen Bestimmtheit dieses Begrifis der Ei&hrung hängt es ab, ob Kant durch seine Kritik die nat Orltchen Ansprüche sowohl des Skepticismus der Empirie, als auch des Dogmatismus der reinen Vernunft, befriedigt, und damit den Streit derselben geschlichtet bat".* (A crítica da razão pura é uma crítica da experiência. Depende da definição exata desse conceito de origem se Kant satisfaz, com sua crítica, as reivindicações naturais tanto do ceticismo do empirismo quanto do dogmatismo da razão pura, e assim pede que a disputa delas seja resolvida).

Outro neokantiano da *Marburg Schule*, Ernst Cassirer (1874-1945), também destaca os problemas metodológicos da teoria moral e jurídica a partir do *sujeito transcendental*[902]: "[…] *aunque el 'empirismo' y el 'racionalismo' se diferencien en cuanto a su modo de concebir los medios de conocimiento específicos con que nos apropiamos el ser, ambos profesan la concepción fundamental común de que semejante ser 'existe', de que existe una realidad de las cosas que el espíritu tiene que asimilarse y reflejar dentro de si*".

Novamente, não há uma causalidade natural que justifique a necessidade do testemunho da experiência para atestar o caráter universal e extensivo (s*intético*) da *norma jurídica*, posto que a *norma* transfere unilateralmente a *juridicidade* ao fato. Para o direito positivo não há o que se falar sobre a conjunção *sintética* de conceitos a partir de uma estrutura *a priori* cognitiva que universaliza a lei da natureza, considerando que o conteúdo fático-axiológico que compõe

---

[900] KpV, A73: 55.
[901] COHEN, H. Kants Theorie der Erfahrung. Berlin: Ferd. Dümmlers Verlagsbuchhandlung, 1871, p. 3-4.
[902] CASSIRER, Ernst. Kant, vida y doctrina. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 176.

o direito é sempre relativo. Neste sentido, Albert Calsamiglia observa que[903]: "*El deber ser lógico no tiene para Kelsen ninguna connotación moral, y de ahí su divergencia con teoría del derecho de Kant. Kelsen se esfuerza en demostrar que el principio de imputación establece un nexo entre condición y consecuencia de un modo lógico y no metafísico. 'La noción de imputación tiene - escribe el jurista vienés - el mismo carácter lógico que la causalidad*". *Cf.* Kelsen, nem a ideia de *liberdade* como *causa livre* da *razão prática kantiana* escaparia da "lógica da imputação" (lembrar do *Princípio da incerteza* de Heisenberg estudado por Kelsen), a qual as normas jurídicas válidas também estão submetidas, pois, toda imputação, pressupõe a *modulação* de causas e efeitos recortados pelo *transzendentale Methode* (método transcendental), ou seja, a imputação estabelece um início de suas causas e um fim dos seus efeitos, tal qual os *direitos subjetivos* quando limitados na dimensão territorial e temporal por uma *norma válida*.

Diz Kelsen[904]:

> *Libre se considera todo aquello que no se halla sometido a la ley de causalidad. Suele decirse: el hombre es capaz de imputación moral o jurídica porque es libre o tiene una voluntad libre, lo cual, según la concepción usual, quiere decir que no está sometido a la ley causal determinadora de su conducta, por cuanto que su voluntad, ciertamente, es causa de efectos, pero ella misma efecto de causas.*

Contudo, faz uma ressalva[905]:

> Com efeito, a liberdade, que de fato está essencialmente ligada à imputação, não significa, como Kant supõe, sob a influência do dogma teológico da liberdade de arbítrio, a cessação da lei da causalidade, ou seja, que a vontade do homem, criado à semelhança de Deus, seja - como a vontade de Deus - causa de efeitos sem ser o efeito de uma causa. O que ela significa é que o homem, ou, mais corretamente, uma determinada conduta, a saber, a conduta determinada pela ordem moral ou jurídica, constitui o ponto terminal da imputação de uma outra conduta humana, por esta ordem normativa também determinada, imputação que se opera com base na mesma ordem normativa.

[903] CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978, p. 87.
[904] KELSEN, Hans. Causalidad y imputación. Op. Cit. p. 14.
[905] RR2: 262.

Resumindo a explicação de forma mais coloquial, levando em conta que, para Hans Kelsen os valores morais e de justiça são relativos, qualquer conteúdo pode ser jurídico, desde que abrigado pela estrutura *a priori* de uma norma válida. Como escreve Rudolf Carnap[906]:

> *The logical analysis of philosophical problems shows them to vary greatly in character. As regards those object-questions whose objects do not occur in the exact sciences, critical analysis has re veiled that they are pseudo-problems. The supposititious sentences of metaphysics, of the philosophy of values, of ethics (in so far as it is treated as a normative discipline and not as a psycho- sociological investigation of facts) are pseudo-sentences; they have no logical content but are only expressions of feeling which in their turn stimulate feelings and volitional tendencies on the part of the hearer.*

A discussão sobre a legitimidade de qual conteúdo ético, fático ou valor cultural deve ser abrigado, é um problema da *política jurídica*, não da *ciência jurídica*. Carsten Heideman resume[907]: "*To summarise: The conception of the "transcendental method" as the characteristic method of transcendental philosophy leading to a priori valid non-empirical conditions for knowledge is an invention of the neo-Kantian Hermann Cohen*". (Para resumir: A concepção do *transzendentale Methode* (método transcendental) como o método característico da filosofia transcendental que leva a condições não empíricas válidas a priori para o conhecimento é uma invenção do neo-kantiano Hermann Cohen).

Mais uma vez, diferente de Kant, Kelsen não considera os enunciados jurídicos como *sintéticos a priori* - "eticamente justos" - pois, ainda que as estruturas lógicas do direito representem um apriorismo que recepciona a realidade fática, não há uma causalidade metajurídica - à margem da norma válida - que justifique a possibilidade de enquadrá-lo na categoria de um juízo universal e necessário (*sintético a priori*).

Para não haver confusão de conceitos, importante lembrar que, em Kant, a ética também não prescreve leis jurídicas[908]:

> [...] a *ética* não propõe leis para as ações, mas leis para as *máximas* das ações, são princípios gerais que nada dizem sobre como se deve agir em casos

[906] (A análise lógica dos problemas filosóficos mostra que eles variam muito em caráter. No que diz respeito às questões de objetos cujos objetos não ocorrem nas ciências exatas, a análise crítica revelou que são pseudoproblemas. As supostas proposições da metafísica, da filosofia dos valores, da ética (na medida em que é tratada como uma disciplina normativa e não como uma investigação psicossociologia dos fatos) são pseudo-sentenças; elas não têm conteúdo lógico, mas são apenas expressões de sentimento que, por sua vez, estimulam sentimentos e tendências volitivas por parte do ouvinte). CARNAP, Rudolf. The logical syntax of language. London: Routledge, 2007, p. 278.
[907] CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978, p. 87.
[908] FERREIRA NETTO, Adyr. Ética e direito em Immanuel Kant. Op. Cit. p. 91.

> específicos, cabe ao *direto* restringir as *máximas* universais em formas particulares de ação, que demandaria, naturalmente, elementos coercitivos para orientar e determinar a conduta através do *dever* segundo a *lei externa (jurídica)*. A amplitude de incerteza do agir no campo da prática gerado pelos *deveres éticos* (ou *deveres de virtude*), faz destes deveres, *deveres imperfeitos*, que se aperfeiçoam na medida em que as *leis jurídicas* os especializam [...].

Importante insistir que as semelhanças entre Hermann Cohen e Hans Kelsen se restringem ao sentido *transcendental* do *método* da *experiência*, porquanto divergem sobre os fundamentos de uma teoria para o direito, como bem observa Helmut Holzhey[909]: "*Cohen was thinking of a pure jurisprudence in the sense in which it was conceived of by Rudolf Stammler in his book Die Lehre von dem Richtigen Rechte (1902) and as it would later be developed by Hans Kelsen in his Reine Rechtslehre (1934). However, Cohen's conception does differ significantly from the theories of these two authors*". (Cohen estava pensando em uma jurisprudência pura no sentido em que foi concebida por Rudolf Stammler em seu livro *Die Lehre von dem Richtigen Rechte* (1902) e como mais tarde seria desenvolvida por Hans Kelsen em seu *Reine Rechtslehre* (1934). No entanto, a concepção de Cohen difere significativamente das teorias desses dois autores).

Nota-se, aqui, os traços característicos da "primeira fase kantiana" - *construtivista* e *lógico-transcendental* - da periodização filosófica do pensamento de Hans Kelsen proposta por Stanley L. Paulson em *Toward a periodization of the pure theory of law* (Reflexões sobre a Periodização da Teoria Pura do Direito - 1990), por Carsten Heidemann em *Die Norm als Tatsache*: *zur Normentheorie Hans Kelsens* (*A norma como fato*: *Na teoria da norma de Hans Kelsen* - 1997) e por Yevgeny Viktorovich Bulygin em sua tese de doutorado *Validez y eficácia del Derecho* - 1962 pela Universidade de Buenos Aires (UBA)[910].

Sobre *teoria pura do direito* restringir-se ao *argumento analítico*, acrescenta-se a explicação de Reza Banakar[911]:

> *Legal positivism tries to provide an adequate account of law as it is, in contrast to how law ought to be, but it wishes to achieve this analytically and at the level of general theory, i.e. by clarifying the basic concepts and*

[909] HOLZHEY, Helmut. Cohen and the Marburg School in Context. In.: Amsterdan: Springer, 2005, p. 24 (N67).
[910] UBA - Universidade de Buenos Aires. Tabla de defensa de tesis aprobadas - Año 1962. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/doc_tesis_aprobadas_tabla_1962.php Acesso em 12/10/2024.
[911] (O positivismo jurídico tenta fornecer um relato adequado do direito como ele é, em contraste com o que o direito deveria ser, mas deseja alcançá-lo analiticamente e no nível da teoria geral, ou seja, esclarecendo os conceitos e estruturas básicas através dos quais observamos, descrevemos e entendemos o direito, em vez de através da investigação empírica das práticas e experiências mundanas de homens e mulheres que produzem e reproduzem a lei e suas instituições). BANAKAR, Reza. Normativity in Legal Sociology. Op. Cit. p. 25. Disponível em: https:// papers. ssrn. com/ sol3/papers. cfm?abstract_id=2308752. Acesso em 05/03/2024.

> *frameworks through which we observe, describe and understand law rather than through empirical investigation of the mundane practices and experiences of men and women who produce and reproduce the law and its institutions.*

Na obra *Kants Begründung der Ethik* (Os fundamentos da ética de Kant - 1877)[912], diz Cohen: "*Das vorliegende Buch bringt die Fortsetzung meiner Bestre- bungen für die Wiederherstellung der Kantischen Philosophie. In diesem Sinne habe ich die Interpretation von Kants Erfahrungslehre unternommen; und in derselben Tendenz versuche ich nunmehr seine Ethik zu erläutern*". (Este livro traz a continuação dos meus esforços para restaurar a filosofia kantiana. Nesse sentido, empreendei a interpretação da teoria da experiência de Kant; e na mesma tendência, agora tento explicar sua ética).

Hermann Cohen escreve sobre o problema do "conteúdo do método transcendental" como condição de possibilidade da experiência em sua *Kants Begründung der Ethik* (Os fundamentos da Ética de Kant)[913]:

> *Er erscheint noch heute so dürftig, jener Inhalt der trans-scendentalen Methode: die Erfabrung ist gegeben; es sind die Bedingungen zu entdecken, auf denen ihre Möglichkeit beruht. Sind die Bedingungen gefunden, welche die gegebene Erfahrun ermöglichen, in der Art ermöglichen, dass dieselbe als a priori giltig angesprochen, dass strenge Nothwendigkeit und unbeschränkte Allgemeinheit ihr zuerkannt werden kann, dann sind diese Bedingungen als die constituirenden Merkmale des Begriffs der Erfahrung zu bezeichnen, und aus diesem Begriff ist sodann zu deduciren, was immer den Erkenntnisswerth objectiver Realität beansprucht. Das ist das ganze Geschäft der Transscendental - Philosophie. Die Erfahrung ist also in Mathematik und reiner Naturwissenschaft gegeben.*

Para melhor compreender o *argumento transcendental*, importado por Kelsen do *neokantismo*, recorre-se a um simples esquema lógico elaborado por Stanley Paulson[914]: "*Se puede formular un argumento como una primera aproximación a una argumentación*

---

[912] COHEN, Hermann. Kants Begründung der Ethik. Berlin: Dümmler, 1877, p. V.

[913] (O conteúdo do método transcendental ainda hoje parece tão pobre: a experiência é dada; as condições nas quais se baseia a sua possibilidade devem ser descobertas. Uma vez encontradas as condições que tornam possível a experiência dada, que permitem que ela seja considerada válida *a priori*, e que a necessidade estrita e a universalidade ilimitada possam ser atribuídas a ela, então essas condições devem ser descritas como as características constitutivas do conceito da experiência e, deste conceito pode-se então deduzir o que quer que reivindique o valor cognitivo da realidade objetiva. Esse é todo o negócio da filosofia transcendental. A experiência é, portanto, dada em matemática e ciências naturais puras). COHEN, Hermann. Kants Begründung der Ethik. Berlin: Dümmler, 1877, p. 24-25.

[914] PAULSON, Stanley. The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm. In.: Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law. Oregon: Hart, 2013, p. 112-113.

transcendental, en el cual el conocimiento de una norma jurídica está dado (*premisa 1*) *y es dado en la categoría normativa como condición de la posibilidad de ese conocimiento* (*premisa 2), por ejemplo*:

Argumento I

> *1. Con base em su conocimiento jurídico uno sabe que esa* (*o aquella*) *norma jurídica vale* (*lo dado*).
> *2. Pero un conocimiento tal de una norma jurídica es posible si se supone la categoría de la imputación normativa* (*premisa 'transcendental'*).
> *3. La categoría de la imputación normativa se presupone* (*conclusión 'transcendental'*)".

Há um consenso entre os especialistas que alguns pressupostos *metodológicos* da *razão* teórica, o *transzendentale Methode* (método transcendental) como nomearam os neokantianos da *Marburg Schule* (Escola de Marburg)[915], constituem marcos significativos na fundamentação do positivismo jurídico, por exemplo, em Miguel Reale[916]: "Não será exagero dizer que a renovação da Filosofia do Direito, operada na primeira metade do século, se prende à atitude dos neokantianos, muito mais poderosa que a de qualquer outra corrente, inclusive no domínio do Direito Positivo"; e, Albert Calsamiglia[917]: "*Kelsen parte de los resultados de las investigaciones de la escuela dogmática alemana e intenta - polemizando con sus predecesores - elevar la jurisprudencia a categoría de saber riguroso*. […] *Kelsen, como Kant, cree que la ciencia crea su objeto y que por tanto el saber jurídico sólo será científico cuando haya conseguido un método exclusivo*".

No campo da fundamentação do *dever-ser* (*Sollen*) jurídico, a *Autonomie des Willens* (*autonomia da vontade*[918]) kantiana, entendida como uma faculdade de escolher aquilo que a razão estabelece como lei para si mesma, ou seja, uma disposição do arbítrio que reconhece a *liberdade* como princípio de conduta necessário da *razão prática* - o "imperativo da lei moral dentro de mim" - não poderá ser considerada como pressuposto

---

[915] "O 'Método Transcendental' não é, stricto sensu, um método revisionista. Ainda que seja consensual que, pelo menos desde Natorp, os neokantianos admitem que a ciência muda no decorrer de sua história, sua proposta não pode ser considerada uma abordagem revisionista, comparando-a com os casos dos consagrados autores de orientação neo-positivista, sobretudo a partir dos anos 1920-1930". DUARTE AMARAL, Lucas Alessandro. "Método Transcendental": Do legado kantiano à filosofia juvenil de Ernst Cassirer no contexto da escola (Neokantiana) de Marburgo. Kant e-Prints, Campinas, Série 2, v. 14, n. 3, pp. 93-118, set.-dez., 2019

[916] REALE, M. Filosofia do direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 113.

[917] CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978, p. 7.

[918] Autonomia da vontade: "*auto - si mesmo*" + "*νόμος - nomos*, lei" + "*voluntas* - vontade".

epistemológico da existência do direito, tampouco pode-se admitir um suposto juízo subjetivo ou uma forma psicologizada de um *querer* - tal como o desejo individual ou a "vontade do Estado" - como fontes, *em-si*, de *juridicidade*, por consequência, tal advertência alcançará também a função criadora de direitos norma negocial.

Por desfecho, a conclusão do próprio Kelsen[919]:

> *A partir de ahora, y como una consecuencia consciente y clara del enfoque epistemológico de COHEN, según el cual es la dirección del conocimiento la que determina el objeto del conocimiento, de tal modo que éste es creado partiendo de un origen lógico, empezamos a damos cuenta de que el Estado, en cuanto objeto del conocimiento jurídico, no puede ser otra cosa que derecho, ya que el conocer o el concebir jurídicamente no significa nunca sino el concebir algo como derecho.*

Feitas estas considerações, conclui-se que Hans Kelsen é um herdeiro da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) de Hermann Cohen, por consequência, eliminou da *epistemologia jurídica* a possibilidade de estabelecer uma relação entre *ser* e *dever-ser* como fazem as teses do direito natural, bem como rejeitou qualquer tentativa de buscar o fundamento dos direitos subjetivos e da função criadora de direitos da norma negocial, em instâncias metajurídicas como a ontologia, a metafísica e a psicologia.

O próximo tópico, "*Direito entre fato e representação*", reforça a rejeição das teses jusnaturalistas sob o ponto de vista da *lógico-formal*, um exercício da *linguagem* da *Filosofia analítica*, esta importante forma de expressar o pensamento científico, tão caro para o pensamento de Hans Kelsen, um amante da *lógica-matemática*.

Em tempo, reafirma-se aqui a proposta de que, assim como Immanuel Kant concebeu os *juízos sintéticos a priori* como a via do conhecimento objetivo acerca da natureza, Hans Kelsen também cria uma categoria de conhecimento inédita e exclusiva para a cientificidade jurídica: a *causalidade por imputação*.

Aliás, pode-se fazer o seguinte exercício de reflexão sobre as categorias do conhecimento criadas pelos pensadores em suas respectivas áreas, quando relacionam algum arquétipo de causalidade para compreender a realidade de seu objeto de estudo:

Se, em geral, as ciências da natureza pressupõem alguma lei de *causalidade* (relaciona causa e efeito), os demais ramos do conhecimento estabelecem relações similares:

- Na *Filosofia moral*, Kant criou a *liberdade* (relaciona razão e moralidade)

---

[919] HP, L.

- Na *Sociologia*, Weber criou a *ação social* (relaciona crença e comportamento)
- Na *Psicanálise*, Freud criou o *inconsciente* (relaciona psique e comportamento)
- No *Direito*, Kelsen criou a *imputação* (relaciona hipótese e sanção)

1.6. DIREITO ENTRE FATO E REPRESENTAÇÃO

> […] *the a priori must in no way be hypostatized, either in a metaphysical substance or in an organ or faculty of human physiological structure. The particular attention which Cohen devoted to the difference between metaphysical and transcendental deduction allows a rigorous definition of the purely functional or "formal" meaning of the a priori. [...] It is from this single mistake, the hypostatization of the a priori, that the ontological and psychophysiological interpretations of Kant derive. Critical philosophy must rigorously maintain a purely functional definition of the a priori itself.*
>
> Andrea Poma[920]

Do estudo até aqui desenvolvido sobre a relação entre Kant e Kelsen, conclui-se que uma importante resistência que a *teoria pura* impõe às humanidades em geral em relação à tentativa de se produzir conhecimento sobre o direito como objeto de estudo, é correlata àquela levantada pela categoria dos *juízos sintéticos a priori* contra a metafísica tradicional e o empirismo.

Em geral, as teses jusnaturalistas pressupõem uma *realidade jurídica* mediante representações, ou seja, ao afirmar que o direito decorre de um princípio geral de justiça, admitem a conversão de uma *ideia* em *substância* (do conceito ao fato), inferindo um *dever ser* (jurídico) a partir da premissa universal sobre o que a justiça *é* (*ser*), no entanto, como será visto, trata-se de um tipo de argumento sub-reptício que reduz as regras da lógica a um fenômeno psíquico. Em outras palavras, o argumento de que há uma relação necessária entre uma ideia geral e abstrata (um conceito universal de justiça) a um imperativo particular de conduta, sujeita-se à uma "armadilha psicológica" que pretende, à revelia da epistemologia, estabelecer uma logicidade material interna da linguagem capaz de reproduzir juridicidade - *Sollen* ou *dever-ser* - por desdobramentos silogísticos a partir da pressuposição de um *Sein* - *ser*.

---

[920] ([...] o a priori não deve de forma alguma ser hipostasiado, nem numa substância metafísica, nem num órgão ou faculdade da estrutura fisiológica humana. A atenção particular que Cohen dedicou à diferença entre dedução metafísica e transcendental permite uma definição rigorosa do significado puramente funcional ou "formal" do a priori. [...] É desse único erro, a hipostasiação do a priori, que derivam as interpretações ontológicas e psicofisiológicas de Kant. A filosofia crítica deve manter rigorosamente uma definição puramente funcional do próprio a priori). POMA, Andrea. Translated by John Denton. The Interpretation of Kant. In.: The Critical Philosophy of Hermann Cohen: (La Filosofia Critica DI Hermann Cohen). New York: State University of New York Press, 1997, p. 19.

Esta é uma forma sub-reptícia de associar um *dever-ser* a partir de um fenômeno psíquico, por exemplo: na prática judicial, decisões particulares que imputam um *dever-ser* casuístico não podem elevar-se ao *ser* (*Sein*) jurídico, ou, como no direito negocial, concluir que há direitos subjetivos criados a partir de um querer psicologizado incidental a um fato, isto seria o mesmo que concluir uma lei geral a partir de seus efeitos, procedimento conhecido na lógica por *Trugschluß* (sofisma lógico), um raciocínio "do tipo" *Modus Tollens*: $((P \rightarrow Q) \neg Q) \rightarrow \neg P$, que será rapidamente comentado.

Quando não se separa a epistemologia da argumentação, vários problemas lógicos surgem sobre a fundamentação do direito, por exemplo, a decisão de um magistrado (autônomo) deveria limitar-se a solução de um caso concreto, pois, de um fato particular não implica um conceito geral de direito, da mesma forma que o legislador não é onisciente (hipótese do legislador racional) para impor sua *onicompreensividade* jurídica a qualquer fato novo. Não se pode admitir nenhuma das duas vias como formas de demonstração da origem do direito, seja a via dedutiva ou a via indutiva.

São procedimentos admissíveis pela teoria da argumentação para solucionar as urgências cotidianas dos casos concretos, uma pela via indutiva e outra pela via dedutiva, contudo, não podem se confundir com procedimentos para *fundamentação epistemológica da criação de direitos*, nota-se que ambos os casos (dedução e indução) dispensam um *intellectus archetypus legalis*, método já desenvolvido na objetividade das ciências sociais.

Vale lembrar que Hans Kelsen faz parte da tradição neokantiana da *Marburg Schule*, que resistiu à invasão do psicologismo na *lógica-matemática*, na filosofia e no direito, neste sentido, Norberto Bobbio observa que[921]:

> *Me ocupo de manera particular de los neo-kantianos, cuya derivación más importante ha sido Kelsen, con su Escuela, porque me parece que en la Teoría Pura del Derecho de ellos, lejana tanto de la temática del legislador universal, propia de los iusnaturalistas, cuanto de la del juez autómata, propia de los positivistas, la conexión ideal entre derecho y lógica asume una tercera forma: quien haya leído la literatura que floreció en torno al neo-kantismo jurídico, sobre todo en Alemania y en Italia, sabe que el problema que entonces se colocó en el primer plano de la filosofia, del derecho fue aquel que se denominó el problema lógico del derecho*.

Ainda sobre o exemplo do magistrado autônomo e do legislador racional, são dois tipos de falácias lógicas do ponto de vista epistemológico - para fundamentação da *juridicidade* - em

[921] BOBBIO, Norberto. Logica y derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1965, p. 17.

outras palavras, o que se pretende sinalizar é que as duas formas de raciocínio confundem fato e representação pois são formas psicologizadas de sub-repção e hipostasia. O primeiro levaria ao raciocínio do tipo *Modus Tollens*: ((P → Q) ¬ Q) → ¬ P; ou seja, se Q é deduzível de P, mas se Q é falso (¬), então (→) P é falso (¬). Este é o modo de inferência apagógico[922], que pretende demonstrar que uma proposição é falsa pelo absurdo da proposição inversa, muito comum nas decisões judiciais que fazem do próprio argumento a razão de ser do ordenamento, ou seja, a "decisão é justa" então o ordenamento é justo, pois, o posto disso seria considerar o absurdo da injustiça, ou melhor, invalidar uma decisão é invalidar o ordenamento. A falácia consiste em estabelecer um vínculo necessário de justiça entre a decisão e o ordenamento, pois o ordenamento não "deixa de ser justo" pela injustiça da decisão. "O absurdo da proposição inversa" é exatamente argumentar que se deve invalidar o ordenamento em razão da injustiça de uma decisão.

Para ilustrar o primeiro caso, vide a explicação resumida de Vera Vidal[923]:

> 1. Admitir a falsificação de uma hipótese supõe aceitação da regra modus tollens: P ⊃ Q, ¬ Q
> ¬ P
> Quando se prediz um fenômeno e ele não ocorre, todo o conjunto teórico precisa ser revisto. Tal fato revela que há hipóteses incorretas, mas não diz quais. Uma experiência jamais invalida uma hipótese isolada e sim o conjunto teórico que a tornou possível.
> 2. A falsificação de uma hipótese não é suficiente para provar a verdade da hipótese concorrente, a qual, é também falsificável posto que sempre é possível encontrar outras mais satisfatórias. Já que o número de hipóteses é infinito, é sempre possível estabelecer uma infinidade de 'traduções simbólicas' para os mesmos dados.

Estes problemas típicos da lógica não considerados na aplicação do direito mas incontornáveis pela epistemologia jurídica. Pois bem, sobre o raciocínio do tipo *Modus Tollens*, Kant já advertia *na Crítica da razão pura*, no estudo sobre "a disciplina da razão pura em relação às suas demonstrações", que[924]: "[...] nunca se pode, por esta via, transformar uma

---

[922] O termo apagógico é mais utilizado no campo da argumentação, supondo que a partir de uma decisão judicial, poderia regressar a um modelo normativo racional, justificando a legitimidade da interpretação. *Cf.* Bustamante: "o argumento apagógico é uma exigência normativa de um grau mínimo de justificabilidade para qualquer enunciado jurídico". BUSTAMANTE, Tomas. O argumento ad absurdum na interpretação do direito. Seus usos e significado normativo: Disponível em: https: //www2. senado. leg. br/ bdsf/ bitstream/ handle/ id/ 496612/ 000967045.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 20/01/2024. Brasília a. 49 n. 196 out./dez. 2012, p. 15.
[923] VIDAL, Vera. Contribuições do sistema filosófico de Quine para as investigações da filosofia analítica. In.: Paradigmas filosóficos da atualidade. Campinas: Papirus, 1989, p. 63.
[924] KrV, A791/B819: 641.

hipótese em verdade demonstrada. O *modus tollens* dos raciocínios que concluem das conseqüências para os princípios não demonstra apenas de maneira rigorosa, mas também com muita facilidade. De fato, basta que se possa extrair uma única conseqüência falsa de um princípio, para este ser falso"; e continua:

> O modo apagógico de demonstrar é também a verdadeira ilusão com que se deixam prender sempre os admiradores da solidez dos nossos raciocínios dogmáticos; é, por assim dizer, o campeão que quer provar a honra e o direito inatacável do partido que abraçou, empenhando-se em cruzar o ferro com tudo o que o puser em dúvida, embora por essa fanfarronada nada se prove em favor da coisa, mas unicamente mostre as forças respectivas dos adversários ou mesmo apenas as do agressor.

O segundo argumento, do legislador racional, pressupõe a *onicompreensividade* jurídica do legislador, quando se aplica o raciocínio *Modus Ponens* (P → Q, P ⊢ Q) - contraposição do *Modus Tollens* - por um princípio geral de justiça a qualquer caso, típico da *Rechtsstatik* (Estática jurídica) dos ordenamentos jusnaturalistas, quando toda interpretação é interligada por uma logicidade de conteúdo independente do arquétipo *a priori*.

O positivismo considera os argumentos como pontas conclusivas de dois extremos de um raciocínio apagógico[925] e falacioso, seja pelo *Modus Tollens*: {((P → Q) ¬ Q) → ¬ P} ou pelo *Modus Ponens* {(P → Q, P ⊢ Q)}, isto é, tanto a via da generalização indutiva que eleva um fato a uma *representação jurídica* (conceito jurídico), quanto aquele que reduz a representação (conceito ou ideia de justiça) a um *fato jurídico*. Mais uma vez, aqui deve ser acionada a Guilhotina de David Hume, *cf.* recomendado por Adolfo Sánchez Vázquez[926]: "Tudo aquilo que pretende passar de um é a um dever ser, como se passa de uma premissa para uma conclusão, terá que cair necessariamente nessa guilhotina".

---

[925] Vide nos dicionários: "*Apagogique (raisonnement): C'est le nom savant ou cuistre du raisonnement par l'absurde (voir ce mot). Peut aussi désigner un raisonnement qui prouve la vérité d'une proposition par la réfutation non de sa seule contradictoire (comme dans le raisonnement par l'absurde) mais de toutes les propositions qu'on pourrait légitimement lui substituer, dans la solution d'un même problème. La lourdeur de la procédure n'excuse qu'à peine celle du mot*". In.: COMTE-SPONVILLE, André. Dictionnaire philosophique. Op. Cit. p. 83. Vide também o verbete: *Apagógico, ca*. (*Sobre el gr. παγωγή `reducción al absurdo'.*) *adj. Relativo a la reducción al absurdo*. 1846-47 DOMÍNGUEZ. 1944 REYES, A. Deslinde (1963) 103: *Hipótesis "falsa", que se admite para la contraprueba por absurdo o prueba apagógica. 1950 ERelig. católi. I 106b: Absurdo* (*Reducción al*)*: Es una demostración indirecta, o apagógica, consistente en rechazar una proposición* (*tesis*)*, haciendo ver las consecuencias falsas que de ella se seguirían*. 1976-79 FERRATER DFilos. *s/v reducción: Finalmente* [*se llama "reducción*"] *al método de prueba indirecta llamado a veces razonamiento apagógico*. DICCIONARIO HISTÓRICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Disponível em: https:// www. rae. es/ tdhle/ apag% C3% B3gico% 20ca Acesso em 07/10/2024.

[926] VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. São Paulo: Civilização Brasileira, 1986, p. 220.

Pretendeu-se nestes exemplos, apenas sinalizar, como será demonstrado, que o sociologismo, o psicologismo e o jusnaturalismo se excluem mutuamente como métodos científicos na pretensão de reivindicar para si a produção da juridicidade e do conhecimento jurídico da realdiade, seja pela indução ou pela dedução.

Ocorre que, para o positivismo, as teorias do direito natural (empírica, metafísica, psicologista etc.) se precipitam em argumentos que se impõe a revelia da teoria do conhecimento, pois, no plano científico, a conversão de um conceito (representação) de justiça a uma realidade jurídica (fato) sem a intermediação de uma estrutura de significação *a priori*[927] recai, como visto, em um *Trugschluß* (sofisma lógico), ou, mais precisamente, numa falácia de sub-repção.

Aquí uma importante nota explicativa sobre a falácia de sub-repção que Kant escreveu na icônica obra *De mundi sensibilis atque intelligibilis forma et principiis* (Sobre a Forma e os Princípios dos Mundos Sensível e Inteligível - 1770), que muitos estudiosos consideram a "Dissertação inaugural" da sua *fase crítica*[928]:

> *Now, since the tricks of the intellect by the subordination of sensuous concepts as though intellectual marks may be called, analogously to the accepted meaning, a fallacy of subreption, the exchanging of intellectual and sensual concepts will be a metaphysical fallacy of subreption, the intellectualized phenomenon, if the barbarous expression be permissible, and hence I call such a hybrid axiom as palms off the sensuous as necessarily adhering to the intellectual concept, a surreptitious axiom*.

No caso do método aplicado pelo *indutivismo sociológico*, observando dados empíricos e elevando-os à uma abstração generalizante, incorre-se em *Trugschluß* (falácia), pois é um procedimento que psicologicamente hipostasia (converte) uma *substância* (ente - empírico) em *ideia*, ou seja, transforma o *fato* em *conceito*, *v.g.*, admitir que valores consagrados por experiências socialmente reiteradas, como os costumes e as tradições, podem se elevar, *a surrectio*, ao conceito de direito por generalizações abstratas, reduzindo a *juridicidade* a um dado empiricamente condicionado.

---

[927] Já afirmava Austin: "*Every legal right is the creature of a positive law*". (Cada direito legal é criatura de uma lei positiva). AUSTIN, J. Op. Cit. p. 301. Vide também a corrente psicologista no séc. XIX.

[928](Agora, podendo chamar o vício de sub-repção as ficções do intelecto produzidas pela intromissão de um conceito sensível como se fosse intelectual, assim a troca do intelectual pelo sensível será um vício metafísico de sub-repção (fenômeno intelectualizado, se é permitida a bárbara expressão), e por isso chamo este axioma híbrido, que declara o sensível como necessariamente adstrito ao inteligível, como axioma sub-reptício). KANT, Immanuel. Kant's Inaugural Dissertation of 1770. Trad. W. J. Eckoff. NY: Columbia College, 1894, DI, §24, p.155.

Contra a sub-repção racionalista, Lourival Vilanova afirma: "O direito natural é uma hipóstase explicada psicologicamente. Só o direito positivo tem realidade"[929], e, contra a sub-repção empirista, também adverte: "Não só o direito, mas também a sociologia, a psicologia e as ciências culturais viram seus respectivos domínios invadidos pelo método indutivo-naturalista"[930]. Vilanova ainda acrescenta que a estrutura do direito positivo: "[...] é anterior à experiência, e, em consequência, não pode ser obtido por meio da generalização indutiva"[931].

O procedimento inverso, de converter uma *ideia* em *fato*, também incorre no mesmo *Trugschluß* subrepticio, como ensina Kant[932]: "[...] *como las ilusiones del entendimiento, par ataviar el concepto sensible como nota intelectual pueden llamarse* (*por analogía con el significado corriente*) *un vicio de subrepción, el trueque de los inteligibles y los sensibles será un vicio metafísico de subrepción* [...]*"*.

Em outras palavras, não se deduz o fato jurídico a partir de representações, por relações analíticas entre representações como faz o jusnaturalismo racional, ou, por fenômenos psíquicos como nas teses psicologistas, assim como não se abstrai a *juridicidade* indutivamente (redução empirista sociologista), o direito é, portanto, *constituído* de uma ordenação normativa *a priori* que recepciona a realidade sem nenhuma *juridicidade em si*.

Não há *juridicidade* implícita aos dados da sensibilidade, como nos fatos sociais, assim como não há *juridicidade metafísica* independente dos fatos sociais.

Peter Langford et al, apresentam um exemplo sobre a hipostasiação do Estado pela teoria política[933]:

> *The incoherence of the political theory is overcome by revealing it to be derived from hypostatization: the comprehension of an ideal, cognitive notion as a real, concrete entity. The notion of the state is rendered juridical, and the*

[929] VILANOVA, L. Op. Cit. 2003, p. 65.
[930] Ibid. 2003, p. 64.
[931] Ibid. p. 67.
[932] KANT, Immanuel. De la forma y de los princpipios del mundo sensible y del mundo inteligible. Traducción: Juan David García Bacca. Repositório institucional - Universidad Nacional del Colombia, 1980, p. 64.
[933] (A incoerência da teoria política é superada ao revelar que ela é derivada de uma hipostasiação: A compreensão de uma noção ideal e cognitiva como uma entidade real e concreta. A noção de estado é tornada jurídica, e a hipostasiação dissolvida, por sua definição explícita como ficção legal. O Estado se torna uma noção puramente cognitiva de ciência jurídica que é introduzida para tornar o sistema legal de direito positivo mais compreensível. A dissolução da hipostasiação do Estado é a operação metodológica preliminar que permite o desenvolvimento do projeto Kelseniano. A definição do estado como uma noção jurídica cria a possibilidade de uma teoria da unidade e da normatividade de um sistema jurídico de direito positivo). LANGFORD, Peter. Conclusion: Positive Law and the Kelsenian Project. In.: Kelsenian Legal Science and the Nature of Law. Cham: Springer, 2017, p. 317 - 318.

> *hypostatization dissolved, by its explicit definition as a legal fiction. The State becomes a purely cognitive notion of legal science which is introduced in order to render the legal system of positive law more comprehensible. The dissolution of the hypostatization of the state is the preliminary methodological operation which enables the further development of the Kelsenian project. The definition of the state as a juridical notion creates the possibility for a theory of both the unity and normativity of a legal system of positive law will be required to postpone their destructive urges for another occasion.*

Sendo assim, a *juridicidade* não é, *per se*, fato ou representação, mas uma construção (ativa) da linguagem prescritiva do *direito positivo*, quando recepciona na sua ordenação normativa *a priori* (nomológica/estrutural), os conteúdos fáticos/valorativos animados pela realidade social.

Uma clara alusão à metodologia kantiana, pois, tal como a *Crítica da razão pura* atribui às funções lógicas do entendimento a capacidade de regular (legislar) os dados brutos captados pela sensibilidade ante a pluralidade e a dinâmica do fluxo caótico e sem sentido da experiência empírica[934], a *Teoria pura* atribui às estruturas formais do direito positivo o poder constitutivo de significação jurídica da realidade social.

C*f*. Kelsen[935]:

> [...] no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, "produz" o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos [...].

Consonante a percepção kantiana que os dados da experiência são regulados pelo apriorismo cognitivo[936] e que a partir dele se constrói a cientificidade, a *juridicidade* dos

---

[934] "Porque a nossa razão (subjetivamente) é ela própria um sistema, embora no seu uso puro, mediante simples conceitos, seja somente um sistema de investigação segundo princípios da unidade, ao qual só a experiência pode fornecer a matéria". KrV, A738/B766: 607.

[935] RR2: 52.

[936] Conforme Kant: "[...] mas que são esses objetos, como fenômenos, que se regulam pelo nosso modo de representação [...]". KrV, B XXI: 48. Vide também: "[...] as funções lógicas da *razão* humana é que regulam (*legislam*) o entendimento sobre os objetos da experiência empírica [...]". FERREIRA NETTO, A. G. Ética e direito em Immanuel Kant: aspectos estruturais e formais da Metafísica dos costumes. Londrina: Engenho das Letras, 2020, p.51. Cf. Stefan H.: *"By the same token, cognition of nature, according to Kant, can only refer to the conditions for possible experience, experience in which objects are given only as conditioned, namely, as causally conditioned. Thus, in keeping with Kant's critical theory of knowledge as Kelsen applies it to the law, the cognition of an absolute - that is, unconditioned* [...] *For Kelsen, the anti-metaphysical character of the Pure*

fatos sociais é regulada e construída a partir do enquadramento normativo positivo *a priori*; convicção igualmente compartilhada por Michael Steven Green quando conclui: "*In response to empiricist trends in the philosophy of law that had made legal meanings look scientifically disreputable, Kelsen sought to save the logical analysis of legal systems by adopting a Kantian epistemology of legal meaning*". (Em resposta às tendências empiristas na filosofia do direito que fizeram os significados jurídicos parecerem cientificamente desacreditados, Kelsen procurou salvar a análise lógica dos sistemas jurídicos adotando uma epistemologia kantiana do significado jurídico)[937].

Desta forma, o caráter universal do positivismo não está na metafísica ou nas leis naturais, mas na estrutura normativa *a priori* comum a todos os ordenamentos particulares, com destaque a ressalva de Lourival Vilanova que[938]: "[...] a universalidade do conceito do direito representa a máxima generalização de sua validade. A questão lógica consiste em fixar o conceito de tal forma que se aplique, em caráter absoluto, a qualquer objeto, a qualquer fenômeno jurídico no tempo, em dar um conceito que convenha ao direito romano, ao direito positivo, ao direito já sem validez, ao direito vigente, ao direito possível inclusive".

Tais observações remetem à refutação de qualquer tentativa de reconhecer em instâncias metajurídicas, como nos valores contingenciais da cultura, da justiça, da vontade do povo ou do Estado (esta última mantida pela *Analytical jurisprudence*), as fontes de *juridicidade*, pois a única fonte de direito é a norma jurídica. São típicos exemplos de falácias de sub-repção realizadas, ora pelo psicologismo hipostasiado[939] jusnaturalista

---

Theory of Law is documented in this parallel". (Da mesma forma, a cognição da natureza, de acordo com Kant, só pode referir-se às condições para a experiência possível, experiência em que os objetos são dados apenas como condicionados, nomeadamente, como causalmente condicionados. Assim, de acordo com a teoria crítica do conhecimento de Kant, uma vez que Kelsen a aplica à lei, a cognição de um absoluto - isto é, incondicionado [...] Para Kelsen, o carácter antimetafísico da Teoria Pura do Direito está documentado neste paralelo). HAMMER, S. A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law? In: PAULSON, S. L.; PAULSON, B. L. (orgs.). Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes. Trads. B. Litschewski, S. L. Paulson and M. Sherberg. NY: Oxford/Clarendon Press, pp. 177-194, 1998, p. 184.

[936] BOBBIO, N. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 62.

[937] STEVEN GREEN, M. Op. Cit. p. 368.

[938] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito, in Escritos Jurídicos e Filosóficos, Volume 1, editora AXIS MVNDI IBET, 1ª edição, São Paulo, 2003, p. 34.

[939] Vide: "Não obstante, nada é mais natural e mais sedutor do que a aparência, que nos faz tomar a unidade, na síntese dos pensamentos, por uma unidade percebida no sujeito desses pensamentos. Poder-se-ia chamar essa aparência a sub-repção da consciência hipostasiada (*apperceptionis substantiatae*). In.: KrV, A402: 401. Sobre a hipóstase, vide também o *frg.* do verbete: "Na linguagem moderna e contemporânea, esse termo é usado (mas raramente) em sentido pejorativo, para indicar a transformação falaz e sub-reptícia de uma palavra ou um conceito em substância, ou seja, numa coisa ou num ente". In.: ABBAGNANO, N. Dicionário de filosofia. SP: Martins Fontes, 2007, p. 475.

(*apperceptionis substantiatae*), ora pela generalização abstrata do indutivismo sociológico (*conceptus ratiocinantes*)[940].

Atribuir valor intrínseco ao *ser* - como um *dever ser* - é projetar hipóstase, ou seja, não se deduz o *dever ser* do *ser*, diz Kant[941]:

> Assim, todo o debate sobre a natureza do nosso ser pensante e a sua união com o mundo corporal é simplesmente uma consequência de se preencherem as lacunas da nossa ignorância mediante paralogismos da razão, transformando os seus pensamentos em coisas e hipostasiando-os, de onde resulta uma ciência imaginária, tanto do lado daquele que afirma, como do que nega, pretendendo cada um deles saber alguma coisa de objetos de que ninguém possui o mínimo conceito ou transformando as suas próprias representações em objetos, girando assim num eterno ciclo de equívocos e de contradições.

A *juridicidade* é, *tout court*, uma construção do *direito positivo*, uma prerrogativa exclusiva da *norma* como instrumento de apreensão e conversão da realidade a um fenômeno jurídico, ou, mais precisamente, de atribuição de significado de *dever ser* para uma relação fático-valorativa, sem o concurso de elementos estranhos ao domínio da teoria geral do direito, razão pela qual, a doutrina kelseniana também é conhecida como um *positivismo normativista*.

Considerando estas premissas, conclui-se que a experiência empírica e imediata com o fato não revela a "natureza jurídica" do direito, perspectiva epistemológica que tampouco reconhece como fonte de legalidade qualquer instância metajurídica, como é admitida no *ius naturale* cosmológico, teológico ou racional, seria recorrer, como já advertido, às especulações metafísicas e às inferências sub-reptícias que o espírito cientificista do *positivismo* por princípio rejeita[942].

O que se propõe é uma inversão na topologia das fontes de significação por um processo de *juridicização da realidade*, ou, como já se disse, de *Verrechtlichung* (*juridificação*) dos fatos, considerando que é pela intermediação de um instrumento formal pré-concebido pela doutrina do direito positivo, a *norma*, que, recepcionando o fato, o acolhe em seu campo semântico e lhe atribui significado jurídico. Segundo Kelsen: "[...] sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que

---

[940] Vide estes conceitos em: "Os conceitos da razão". KrV, B368: 334.
[941] KrV, A395/B427: 395.
[942] "A tendência antiideológica da Teoria Pura do Direito confirma que ela procura isolar o direito positivo de qualquer tipo de ideologia da justiça jusnaturalista". KELSEN, H. introd. à problemática do direito. Op. Cit. p. 77.

o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação"[943].

Na expressão "emprestar significado jurídico" está implícita que a *juridicidade* é uma atribuição normativa, logo, pode ser demovida conforme a previsão textual ou pela condição existencial (validação objetiva) da *norma*[944], não havendo nenhuma estabilidade de sentido ou de "significação jurídica" para além do seu enquadramento linguístico; um pré-requisito para a *ciência jurídica* (descritiva do objeto) e uma diretriz hermenêutica para a *política jurídica* (aplicação do direito)[945].

No processo de *juridicização da realidade* não se deve considerar - no âmbito epistemológico com reflexo na aplicação prática[946] - uma *logicidade* implícita na produção material do direito, *i.e.*, rejeitada a metafísica do direito natural e o *status* ontológico da linguagem, ainda que determinado conteúdo fático/valorativo seja recepcionado pelo ordenamento jurídico, não se reproduz, a partir deste conteúdo, *juridicidade* por desdobramentos silogísticos do tipo *Modus Ponens* ($P \rightarrow Q, P \vdash Q$)[947] à margem da *norma* como esquema inicial de interpretação.

Como lembra J. Clemens, a *relação material* entre lógica e direito no sistema positivo[948]: "[…] *no pueden deducirse de las normas jurídicas otras normas jurídicas mediante operaciones lógicas*"; assim, o plano da *existência* da *norma jurídica* corresponderá sempre ao plano da sua *validade*.

---

[943] RR2: 3.

[944] "As normas de uma ordem jurídica valem enquanto a sua validade não termina, de acordo com os preceitos dessa ordem jurídica. Na medida em que uma ordem jurídica regula a sua própria criação e aplicação, ela determina o começo e o fim da validade das normas jurídicas que a integram". RR2: 146.

[945] Uma conhecida passagem da *Teoria pura*, exemplifica o sentido jurídico atribuído aos fatos e atos da realidade social: "Se analisarmos qualquer dos fatos que classificamos de jurídicos ou que têm qualquer conexão com o Direito - por exemplo, uma resolução parlamentar, um ato administrativo, uma sentença judicial, um negócio jurídico, um delito, etc. -, poderemos distinguir dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito. Numa sala encontram-se reunidos vários indivíduos, fazem-se discursos, uns levantam as mãos e outros não - eis o evento exterior. Significado: foi votada uma lei, criou-se Direito. Nisto reside a distinção familiar aos juristas entre o processo legiferante e o seu produto, a lei". RR2: 2.

[946] Significa dizer que a *política jurídica*, o ato de legislar, interpretar ou aplicar o direito, não tem fundamento epistemológico, não é ato de conhecimento, mas de vontade.

[947] Caso contrário, cada intérprete do direito teria o poder de criar direito à margem da previsão normativa.

[948] CLEMENS, J. El concepto jurídico de la teoría pura del derecho. In.: BORDA, L. V. (Comp.). Hans Kelsen 1881 - 1973. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. n.º 30. Bogotá: UEC, 2004, p. 28.

Neste sentido, Bert van Roermund acrescenta uma explicação sobre a existência das normas e dos fatos[949]:

> *It is with facts, then, not with statements, that legal norms are to be contrasted. Statements can be true or false – including the statements by which the science of law describes the law. But given Kelsen's view of legal norms as 'objectively valid' - which means, as we saw, that the subjective ought-meaning of a law-making act is also its objective meaning - there really can be no 'invalid' norms, any more than there can be 'non-existent' facts. By Kelsen's own definition, the idea of an 'invalid law' is just as oxymoronic as the idea of 'non-existent fact'. 'A valid norm', by the same token, is a pleonasm. For validity is not a property or a value of norms. Validity is rather, Kelsen affirms, their specific mode of 'existence' - and existence is not a predicate in (or a value of) judgements, be they practical or theoretical.*

Bem como em Lourival Vilanova sobre a logicidade do sistema jurídico sob o ponto de vista dos referentes empíricos[950]:

> O sistema do direito, como um sistema de enunciados normativos, com referentes empíricos, não é um sistema homogeneamente lógico. Não sendo, porém, um sistema cognoscente, a presença de proposições em sua constituição subordina-o (até certo ponto) às leis lógico-formais. Sua finalidade intrínseca, a de alterar o mundo social (regrar condutas), imprimir direção ao fluxo das interações humanas, confere-lhe propriedades mais que meramente lógico-formais. Ponto pacífico que não pede explicitação maior.

Em contexto teórico análogo, Kelsen afirma que: "A "existência" de uma norma positiva a sua vigência, é diferente da existência do ato de vontade de que ela é o sentido objetivo"[951]; *i.e.*, a dedução reproduz, como será visto, a *existência* (formal) da *norma*, mas não sua *juridicidade,* esta exige substrato fático/valorativo[952] contingente ao ato de vontade (subjetiva),

---

[949] (É com fatos, então, não com declarações, que as normas legais devem ser contrastadas. As declarações podem ser verdadeiras ou falsas - incluindo as declarações pelas quais a ciência do direito descreve a lei. Mas dada a visão de Kelsen das normas legais como 'objetivamente válidas' - o que significa, como vimos, que o significado subjetivo de dever de um ato legislativo é também seu significado objetivo - não pode realmente haver normas 'inválidas', assim como não pode haver fatos 'inexistentes'. Pela própria definição de Kelsen, a ideia de uma 'lei inválida' é tão paradoxal quanto a ideia de 'fato inexistente'. 'Uma norma válida', pelo mesmo motivo, é um pleonasmo. Pois a validade não é uma propriedade ou um valor das normas. A validade é, antes, Kelsen afirma, seu modo específico de 'existência' - e a existência não é um predicado em (ou um valor de) julgamentos, sejam eles práticos ou teóricos). ROERMUND, Bert Van. Norm-claims, Validity and Self-reference. In.: Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law. Edited by Luís Duarte d'Almeida John Gardner and Leslie Green. Oregon: Hart, 2013, p. 20.

[950] VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no Direito. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2000, p. 44.

[951] RR2: 7.

[952] "*Asentadas estas premisas, la construcción del saber jurídico ha de hacerse, según Kelsen, conforme a valores lógicos; si privamos a la norma jurídica de sus elementos materiales, queda reducida a un elemento lógico, que sólo podemos conocer por el intelecto*". MARTINEZ PAZ, H. Op. Cit. p. 94.

porém, condicionado pelo direito positivo que representa seu sentido jurídico objetivo. Sendo assim, a dedução lógica (logicidade) fica adstrita ao plano das relações de validade inerente à estrutura formal (não material) do ordenamento positivo.

Estes argumentos são suficientes para não confundir positivismo jurídico com legalismo no sentido hermenêutico, ou ainda, com o positivismo clássico da exegese francesa[953].

O "positivista" não é aquele que interpreta literalmente a lei ao aplicar ao caso concreto, mas aquele que reconhece que há pressupostos epistemológicos e metodologias específicos para produzir conhecimento objetivo e avalorativo sobre o direito. Ricardo Evandro Santos Martins ainda observa que[954]: "Segundo Kelsen, o jurista, enquanto cientista do Direito, não pode ocupar-se de problemas postos pela Psicologia ou pela Sociologia, pois, caso contrário, poder-se-ia correr o risco de se cair no mesmo erro das Teorias de Direito Natural [...]". Sendo assim, propõe-se uma breve reflexão sobre o erro cometido por sincretismos metodológicos recorrente nas teses jusnaturalistas e sociologistas, que consideram a logicidade interna (material) dos ordenamentos jurídicos, sob o ponto de vista da lógica formal[955].

Para ilustrar este raciocínio no espírito do diálogo entre Hans Kelsen e Ulrich Klug sobre a análise lógica da *norma e do ordenamento jurídico*, quando se propõe um *ἀξίωμα* (axioma) para o direito natural, *v.g*., um "princípio de justiça", e, considerando a *logicidade* implícita (e sub-reptícia) entre *ser* e *dever ser* (lógica da *Rechtsstatik* - Estática jurídica - dos *ordenamentos jusnaturalistas*[956]), reconhece-se a reprodução do direito pelo substrato material, ou seja: Se: (x) (Ve (x) → So (x)): "toda vez que x é um procedimento da espécie A, x é então um procedimento imperativo"[957], considerando "Ve (x)" como um determinado procedimento "A"

---

[953] Aqui uma curiosidade histórica sobre a "Escola da exegese francesa", também conhecida como "positivismo clássico": "[...] *fue Julien Bonnecase quien consolidó el nombre, con su doble juicio de identificación y condena, a la "Escuela de la Exégesis". En una investigación publicada en La Thémis, aparecida en 1911 en el Recueil de législation de Toulouse, Bonnecase había ya manifestado su simpatía por Athanase Jourdan y su escasa estima científica a los primeros comentaristas del Código Civil. Bonnecase sistematizó su pensamiento, a partir de 1918-1919, en su estudio titulado L'école de l'exégèse en droit civil, aparecido en primer término en la Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, y más tarde en edición separada. Bonnecase afirmó alto y claro - al referirse a los propósitos de Glasson - la existencia de una Escuela de la Exégesis como "marca" de la historia de la ciencia del derecho civil en Francia en el siglo XIX*". HALPÉRIN, Jean-Louis. Exégesis (escuela). Revista de Derecho, núm. 48, julio-diciembre, 2017, pp. 263-277. Universidad del Norte. Barranquilla, Colombia. Disponivel em: https://www.redalyc.org/pdf/851/85152301011.pdf Acesso em: 02/12/2024.

[954] MARTINS, R. E. S. Op. Cit. p. 153 - 154.

[955] O rigor com que o positivismo jurídico trata as questões epistemológicas sobre a fundamentação do direito, sempre sofrerá resistência dos tradicionais sistemas de crenças predominantes. "Anote isto: é a ciência e não o senso comum que parece ser o mais absurdo". ALVES, Rubem. Filosofia da ciência. Op. Cit. p. 40.

[956] Vide os conceitos de *estática* e *dinâmica jurídica* nos capítulos IV e V na Teoria pura do direito. Sobre a relação lógica, vide capítulo V, b: O princípio estático e o princípio dinâmico. In.: RR2: 136-138.

[957] KELSEN e KLUG. Op. Cit. p. 23.

e, "So (x)" a qualidade imperativa de "A"[958]. Neste termos, sugere-se ainda para representar o plano da validade e a construção semântica do *direito positivo* (lógica da *Reehtsdynamik* - Dinâmica jurídica - dos *ordenamentos positivistas*), as seguintes expressões da lógica proposicional: "se toda juridicidade implica em um atributo de uma norma valida", ou seja: ∀X [p(X) → q(X)] ∴ ∀X [J(X) → Nv(X)] | X é juridicidade; J(X):= X é juridicidade; Nv(X):= X é Norma válida :⇔ ∀X [p(X) → ¬ q(X)] ∴ ∀X [J(X) → ¬ Nv(X)] | X é juridicidade; J(X):= X é juridicidade; Nv(X):= X é Norma válida ∴ nenhuma juridicidade é norma válida, logo, J ⊨ Nv | J semanticamente é Nv ∴ J → Nv ⊨ ¬ Nv → ¬ J[959], *i.e.*, se, em Kelsen, a flutuação semântica da *juridicidade* é sustentada pelo *ἀξίωμα* (axioma) *a priori* (*norma válida*), não pela realidade *em-si* nem pela relação analítica entre representações (deduções por conceitos), pode-se, então, antecipar que a premissa, *condition exigée*, de *juridicidade*, também é pressuposto semântico, *cf. supra*, para sua descrição objetiva e avalorativa no campo da *ciência jurídica*, quanto para sua interpretação no campo prático realizada pela *política jurídica*. Ernst Cassirer lembra que[960]: "*Wie bei Kant der Gegenstand, als "Gegenstand in der Erscheinung", der Erkenntnis nicht als ein Äußeres und Jenseitiges gegenübersteht, sondern durch deren eigene Kategorien erst 'ermöglicht', erst bedingt und konstituiert wird*". (Assim como em Kant o objeto, como um 'objeto na aparência', não confronta o conhecimento como um externo e sobrenatural, mas só é 'tornado possível' por suas próprias categorias, apenas condicionado e constituído). Vale para o positivismo também.

---

[958] Vide desenvolvimento completo do axioma "(x) (V(x) → R(x))" no texto original *Juristische Logik* de Ulrich Klug, in.: KLUG, U. Juristische Logik. 4. neubearb. Auflage, Berlin; Heidelberg; NY, 1982. p. 149. Vide também Pablo E. Navarro tratando sobre The Problem of Legal Gaps (O problema das lacunas legais) - na filosofia jurídica analítica - i.e., da incompatibilidade entre a validade analítica de um sistema de normas e as fontes sociais, expressa simbolicamente a mesma tautologia para o sistema positivo: Desenvolvimento completo em: NAVARRO, E. P. Normative Systems and Legal Positivism. In.: Essays in Legal Philosophy. NY: OU Press, 2015, p. 19. "*Three possibilities are worth mentioning. First, in an inconsistent system S, a certain action p could be strongly permitted, but from this fact it does not follow that p is also weakly permitted in S. Therefore, in a logic of propositions about norms, the formula* (*Psp → Pwp*) *must be rejected. Second, the formula* (*Pwp → Psp*) *is not valid in a logic of propositions about norms, for its antecedent is true and its consequence is false in cases of legal gaps. Third, both concepts of permission will overlap only if the normative system is a complete and consistent one. That is, the formula* (*Psp ↔ Pwp) is true only if it refers to a complete and consistent normative system*". (Vale a pena mencionar três possibilidades. Primeiro, em um sistema inconsistente S, uma certa ação p poderia ser fortemente permitida, mas a partir desse fato não se segue que p também é fracamente permitida em S. Portanto, em uma lógica de proposições sobre normas, a fórmula (Psp → Pwp) deve ser rejeitada. Em segundo lugar, a fórmula (Pwp → Psp) não é válida em uma lógica de proposições sobre normas, pois seu antecedente é verdadeiro e sua consequência é falsa em casos de lacunas legais. Em terceiro lugar, ambos os conceitos de permissão só se sobrepõem se o sistema normativo for completo e consistente. Ou seja, a fórmula (Psp ↔ Pwp) é verdadeira apenas se se referir a um sistema normativo completo e consistente).

[959] Considerando: ∀X uma afirmativa universal; ¬ negação; :⇔ logicamente equivalente; := é definido universalmente como; | tal que; ⊢ deduz que e, ⊨ como implicação semântica.

[960] CASSIRER, Ernst. Philsophie der Symbolischen Formen. Erster Teil: Die Sprache. Berlim: Bruno Cassirer Verlag Berlin, 1923, p. 102

Ora, se o conhecimento científico kantiano é expresso por proposições "do tipo" *juízo sintético a priori*, ou seja, expressões que reúnem as funções lógicas da razão para regular (de forma necessária e universal) os dados brutos da sensibilidade, de *modo correlato* (meramente *formal-procedimental*), *cf.* a advertência de Hans Kelsen[961]: "*Und gerade dadurch, daß die Reine Rechtslehre die letzten Konsequenzen aus der ursprünglich ideologiefeindlichen, positivistischen Philosophie und Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts zieht, gerät sie in den stärksten Gegensatz zu den die Kantische Transzendental-philosophie und den Rechtspositivismus verleugnenden Epigonen*"; conclui-se que se *deve* preservar a filosofia transcendental kantiana, sem, contudo, confundir a metafísica do apriorismo das funções lógicas da cognição com o apriorismo normativo do positivismo jurídico.

Por isto a importância de previamente familiarizar-se com Frege e Cohen para compreender o *transzendentale Methode* (método transcendental), bem como a *Marburg Schule*, o *Wierner Kreis* e o primado do método e sua versão matematizada do mundo, pressupostos do positivismo jurídico kelseniano, *cf*. observa Andrea Poma[962]: "*This is exactly the change we owe to the Marburg school: the capacity to raise transcendental from its former role as a simple adjective to that of a fundamental method, and to have brought to light a reverse dependency relationship between the two terms: the raison d'etre of the a priori only holds through the transcendental method*". (É exatamente esta a mudança que devemos à escola de Marburg: a capacidade de elevar o transcendental do seu antigo papel de simples adjetivo ao de método fundamental, e de ter trazido à luz uma relação de dependência inversa entre os dois termos: a razão de ser do a priori só se mantém através do método transcendental).

Para o *positivismo jurídico*, a *juridicidade* dependerá de uma relação de *função f(x)* entre os elementos do conjunto da *facticidade* e de um esquema *a priori* (H→S), logo, para satisfazer formalmente a existência de *juridicidade,* exige-se uma *função f(x)* entre três variáveis (facticidade, conteúdo normado e sanção) de dois conjuntos (hipótese e sanção). Por exemplo, considerando que função é[963]: "[...] uma relação entre dois conjuntos na qual há uma correspondência entre elementos de um conjunto A com elementos de um conjunto B. Para que essa relação entre o conjunto A e B seja uma função, cada elemento do conjunto A precisa ter

---

[961] (E é precisamente porque a Doutrina Pura do Direito extrai as últimas consequências da filosofia e da teoria jurídica originalmente anti-ideológica e positivista do século XIX que ela entra no mais forte contraste com os epígonos que negam a filosofia transcendental kantiana e o positivismo jurídico). RR1: 37.

[962] POMA, Andrea. The Interpretation of Kant. In.: The Critical Philosophy of Hermann Cohen: (La Filosofia Critica DI Hermann Cohen). New York: State University of New York Press, 1997, p. 273

[963] MUNDO DA EDUCAÇÃO. O que é função? Disponível em: https: // mundoeducacao. uol. com. br/matematica/definicao-funcao.htm Aceso em 30/08/2024.

um único correspondente no conjunto B. O conjunto A é chamado de domínio e o conjunto B de contradomínio"; por exemplo*, cf.* A. B. Oliveira: "Dados dois conjuntos, A e B, não-vazios, dizemos que a relação *f* de A em B é função se, e somente se, para qualquer x pertencente ao conjunto A, existe, em correspondência, um único y pertencente a B, tal que o par ordenado (x, y) pertença a *f*. Simbolicamente: *f* é função de A em B ⇔ (∀x ∈ A, ∃| y ∈ B| (x, y) ∈ f)[964]".

Ora, se Kelsen afirma que[965]: "[...] são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas"; analogamente, pode-se deduzir que o *direito positivo* como *objeto da ciência jurídica*, satisfaz a seguinte *função*:

$$Dp = f\ (x\ ((\ \sum_1^n \mathrm{fc} + \sum_1^n \mathrm{pn} + \sum_1^n \mathrm{s}))$$

Considerando que as 3 variáveis pertencem a 2 conjuntos não-vazios - *norma jurídica* (H→S) e realidade normada - ou seja, a falta de conteúdo do conjunto da facticidade ($\sum_1^n$ fc) que corresponda o conjunto da prescrição normativa ($\sum_1^n$ pn) do ordenamento jurídico e a respectiva sanção ($\sum_1^n$ s), implica na invalidade (ou inexistência) do direito. Somente a conjunção entre o esquema *a priori* e a realidade normada, pode satisfazer a expressão DP (direito positivo) acima.

Logo, o *direito* como *objeto* de *estudo* da *ciência jurídica*, só o é, na medida em que a facticidade corresponda à prescrição e seu consequente (efeito jurídico). Afinal, como escreve Matthias Jestaedt[966]: "*Entsprechend dem Wissenschaftsideal möglichst objektiver und exakter Beschreibung und Erfassung der Phänomene verfolgt Kelsen mit der Reinen Rechtslehre die - nota bene: frei gewählte - Zielsetzung, möglichst objective und exakte Informationen über Struktur und Funktionsweise des positiven Rechts zu vermitteln*". (De acordo com o ideal científico de descrever e registrar fenômenos da forma mais objetiva e precisa possível, Kelsen persegue o objetivo de transmitir informações sobre a estrutura e

---

[964] Cf. OLIVEIRA, Álvaro Borges. A função (f(x)) do direito das coisas. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9044-9043-1-PB.pdf Acesso em 30/08/2024. p. 10.
[965] RR2: 50.
[966] JESTAEDT, Mathias. Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts. In.: Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen des 20. Schriftenreihe des hans Kelsen-Instituts. Jahrhunderts. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2013, p. 08.

o funcionamento do direito positivo da forma mais objetiva e precisa possível com a Doutrina Jurídica Pura).

Assim, uma ciência jurídica não descreve fatos, mas a *norma* e o significado jurídico animado por fatos, em Luis Alberto Warat[967]:

> [...] *a significación objetiva tanto de los enunciados de la ciencia jurídica como de los datos a que ésta se refiere, no depende de uma correspondência con lo real si no com outra norma* [...] *Por esta razónes, que la ciência jurídica como teoria de las significaciones normativa es uma teoria sobre los fundamentos de validez de las normas positivas*.

Feitas estas considerações sobre a versão matematiza do direito positivo, conclui-se que o projeto científico kelseniano está à margem de uma metafísica cognitivista ou linguística para a fundamentação do direito, pois, a *Teoria pura* representa um programa teórico concebido para estudar - com *Eigengesetzlichkeít* (autonomia) - *o* direito como objeto restrito a uma ciência própria, não *um* direito particular e vigente no espaço/tempo cultural[968], mas *o* direito que, como categoria *a priori* da experiência jurídica, recepciona o fenômeno social produzindo o sentido de sua *juricidade*.

Por desfecho, a citação de Pierluigi Chiassoni no texto *Kelsen and Natural Law Theory: An Enduring Critical Affair* (Kelsen e a Teoria da Lei Natural: Um Caso crítico Duradouro) na obra *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*[969]:

> *My survey of Kelsen's critique of NLT leads to perhaps an unexciting result. Kelsen's critique of NLT retains an enduring coherence and continued contemporary relevance. It appears resistant to the responses advanced on behalf of traditional, rationalistic, NLT [...] If this reconstructive analysis of the Kelsenian position has demonstrated its plausibility, those who consider that the Kelsenian critique has been consumed in an all-encompassing Götterdämmerung*.

---

[967] WARAT, L. A. Op. Cit. p. 45 - 46.

[968] "A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial". RR2: 1.

[969] (Minha pesquisa sobre a crítica de Kelsen à NLT leva talvez a um resultado pouco emocionante. A crítica de Kelsen à NLT mantém uma coerência duradoura e relevância contemporânea contínua. Parece resistente às respostas avançadas em nome do NLT tradicional e racionalista [...] Se essa análise reconstrutiva da posição Kelseniana demonstrou sua plausibilidade, aqueles que consideram que a crítica Kelseniana foi consumida em um *Götterdämmerung* (destruição dos deuses) abrangente, serão obrigados a adiar seus impulsos destrutivos para outra ocasião). CHIASSONI, Pierluigi. Kelsen and Natural Law Theory: An Enduring Critical Affair. In.: Kelsenian Legal Science and the Nature of Law. Cham: Springer, 2017, p. 300. (NTL significa Natural Law Theory).

Este tópico, em que pese ter exigido uma atenção mais demorada para elaborar os argumentos, apenas pretendeu demonstrar que a *juridicidade* não é um fato, tampouco uma representação.

Foram utilizados alguns exemplos da versão matematizada do direito, considerando que esta é a linguagem típica da filosofia analítica, do neopositivismo lógico e da Marburg Schule, muito empregada pelo positivismo jurídico. São meros exemplos de matematização sem pretensão de desenvolver o raciocínio lógico completo, mas um aceno e um convite a refletir sobre um dos expedientes linguísticos utilizado pela ciência jurídica.

A conclusão mais importante na qual se pode resumir o tópico "direito entre fato e representação", é que os métodos aplicados pela indução (sociologismo), pela dedução lógica (metafísica) e pelos psicologismos, são falaciosos em suas tentativas de *produzir* ou *conhecer* a *juridicidade*, pois todas esta teses são formas sub-reptícias de hipostasiação.

Afirmar a existência de direitos subjetivos (naturais) à margem das estruturas *a priori* do direito positivo, decorre de um psicologismo hipostasiado, um *Trugschluß* - sofisma lógico sub-reptício - segundo a ciência jurídica.

1.7. PRINCÍPIO DE RETRIBUIÇÃO

> *There were periods in the history of human thought when man did not think causally - that means, that man connected the facts perceived by his senses not according to the principle of causality but according to the same principles which regulated his conduct toward other men. The law of causality as a principle of scientific thought first appears at a relatively high level of mental development. It is unknown to primitive peoples. Nature, and that means the facts which civilized man conceives of as a system of elements connected with one another according to the principle of causality, is interpreted by early man according to a totally different scheme. The primitive interprets "nature" according to social norms, especially according to the lex talionis, the norm of retribution. To him "nature" is an intrinsic part of his society. The dualism of society and nature, so characteristic of the thinking of civilized man, is thoroughly foreign to primitive mentality.*
>
> Hans Kelsen[970]

Antes de tratar sobre *como* a *teoria pura do direito* procede metodologicamente - no "âmbito da epistemologia jurídica" - para solucionar o problema do recorte do objeto de estudo do direito, há um aspecto curioso do pensamento de Kelsen sobre o *esquema lógico* do direito como "*ordem coativa*", raramente lembrado nos textos acadêmicos e que merece atenção.

Sabe-se que a *teoria pura* ao desconsiderar a *facticidade* como portadora de *juridicidade em si*, associa a criação dos direitos a faculdade (exclusiva) que a *norma jurídica válida* tem, de vincular significados por força do *Sollen der Zurechnung* (*dever-ser por imputação*), notadamente na prática, quando o Estado/Direito responde à violação de um preceito normativo.

A resposta do Estado para garantir a proteção de um bem é o traço distintivo da "normatividade jurídica" em relação à outras formas deontológicas de regulamentação do

---

[970] (Houve períodos na história do pensamento humano em que o homem não pensava causalmente - isto é, que o homem conectava os fatos percebidos por seus sentidos não de acordo com o princípio da causalidade, mas de acordo com os mesmos princípios que regulavam sua conduta em relação a outros homens. A lei da causalidade como princípio do pensamento científico aparece pela primeira vez em um nível relativamente alto de desenvolvimento mental. É desconhecida dos povos primitivos. Natureza, e isso significa os fatos que o homem civilizado concebe como um sistema de elementos conectados uns aos outros de acordo com o princípio da causalidade, é interpretado pelo homem primitivo de acordo com um esquema totalmente diferente. O primitivo interpreta a "natureza" de acordo com as normas sociais, especialmente de acordo com a *lex talionis*, a norma de retribuição. Para ele, a "natureza" é uma parte intrínseca de sua sociedade. O dualismo de sociedade e natureza, tão característico do pensamento do homem civilizado, é completamente estranho à mentalidade primitiva). KELSEN, Hans. Society and Nature: A Sociological Inquiry. Chicago: The Uc, 1943, p. VII.

comportamento social, tal como os costumes ou a moralidade, diz Kelsen[971]: "Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais".

Por curiosidade, a tese jusnaturalista do britânico John Locke (1632 - 1724) reconhece a existência de "leis na natureza", entre elas o dever de *autoconservação*. Contudo, não havendo *sanção conhecida* nem *jurisdição definida*[972], o homem abandona o *estado de natureza* através de um pacto social para formalizar uma *Sociedade política* e um *Governo Civil*.

Entre os fins da *Sociedade política* e do *Governo Civil* estão a *promulgação de leis conhecidas* (direito positivo), uma *jurisdição imparcial* (Juiz) e um *poder de execução* (Estado)[973]: "É assim que os homens - não obstante todos os privilégios do estado de natureza - dada a má condição em que nele vivem, rapidamente são levados a se unirem em sociedade"[974].

Como será visto, diferente de Locke, as investigações antropológicas de Hans Kelsen o levará para outra interpretação, pois a *autoconservação* não é um "dever ou um direito natural[975]" de cada um para preservar e servir a vontade do Criador onipotente e infinitamente sábio, seu Senhor único e soberano[976], para Kelsen, a "*autoconservação*" é um comportamento que deve ser explicado pela *psiquê primitiva* - uma forma instintiva de *retaliação* de um indivíduo contra outro - na medida em que convive socialmente, Kelsen chamará de *Vergeltungsprinzip* (Princípio de retribuição).

Enfim, em estudo transdisciplinar, Kelsen concluiu que a origem da "implicação lógica" da norma do direito como "ordem de coação" pode também ser explicada pela *antropologia*, ou ainda, como sugere o mote, reconhecendo que, em priscas eras, as regras de sociabilidade se expressavam por um princípio de "*retributividade*", uma espécie de "percepção de causalidade" que vincula comportamento e punição a partir de uma união indissociável entre sociedade e natureza, ou seja, para o homem primitivo as relações humanas estão sob a vigilância de forças naturais e até sobrenaturais que guardam a ordem da natureza. A um dado comportamento, uma reação. Diferente do jusnaturalismo, como será visto, o positivismo não estabelece uma relação direta entre "o *dever-ser* (jurídico)" e as forças naturais, sobrenaturais

---

[971] GTLS: 24.
[972] LOCKE. John. Dois tratados sobre o Governo. São Paulo: Martins Fontes: 1998, II, § 6: 384.
[973] Ibid. II, § 123-127: 496, 497.
[974] Vide também: FERREIRA NETTO, Adyr G. Do estado de natureza ao governo civil em John Locke. Revista do Direito Público, *[S. l.]*, v. 2, n. 2, p. 75-90, 2007. DOI: 10.5433/1980-511X.2007v2n2p75. Disponível em: https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11457. Acesso em: 30 out. 2024.
[975] LOCKE, John. Op. Cit. II, § 11: 389.
[976] Conforme diz Locke. Ibid. II, § 6: 384.

ou psíquicas, mas com a formalização e a institucionalização do *Vergeltungsprinzip* (Princípio de retribuição). Diz Kelsen[977]:

> É altamente significativo que a palavra grega para causa, *αιτία*, originariamente significasse o mesmo que culpa: a causa é culpa pelo efeito, a causa é responsável pelo efeito e o efeito é imputado à causa da mesma forma que a pena o é ao ato ilícito. Uma das primeiras formulações da lei causal é o célebre fragmento de Heráclito: "Se o Sol não se mantiver no caminho prescrito (preestabelecido), as Erínias, acólitas da Justiça, corrigi-lo-ão". Aqui a lei natural aparece ainda como lei jurídica: o Sol não deixa o caminho que lhe foi prefixado, pois, se o fizesse, os órgãos do Direito interviriam (procederiam) contra ele.

Aqui uma nota importante: Não significa dizer que a *teoria pura do direito* recorre a antropologia para explicar a origem dos direitos, ao contrário, para Kelsen, não há relação (epistemológica) entre *sociedade* e *natureza* que suporte um argumento em favor da existência de um *dever-ser* pela causalidade natural, seria um *contradictio in adiecto*, pois, para a *teoria pura,* o direito é uma *ordem coativa* independente da natureza dos conteúdos, sejam psíquicos, empíricos, históricos, culturais ou sobrenaturais (Deus ou a Natureza), *cf.* Kelsen[978]: "O Direito é uma ordem coativa, não no sentido de que ele - ou, mais rigorosamente, a sua representação - produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos".

Bem como na obra *What is justice?* (O que é justiça?)[979]: "*From the point of view of a scientific interpretation of the world, however, within which only a positivistic doctrine of law is possible, the distinction between law of nature and rule of law must emphatically be maintained*". (Do ponto de vista de uma interpretação científica do mundo, no entanto, dentro da qual apenas uma doutrina positivista do direito é possível, a distinção entre o direito da natureza e o estado de direito deve ser mantida).

Pode-se chegar a esta conclusão, de que o *direito é uma ordem coativa* não porque produz coação psíquica, mas porque que estatui coação, através de um interessante argumento que remete ao estudo da antropologia, tema cuidadosamente explorado por Kelsen.

---

[977] RR2: 60.
[978] RR2: 25.
[979] WIJ, p. 326.

Kelsen propõe que a expressão "estatuir coação" é uma forma abstrata e racionalizada - resultante de um longo processo de desenvolvimento (antropológico) - em que a sociabilidade humana depurou, ao longo da história e de forma imperceptível, os motivos psíquicos (empíricos em geral) que originariamente coagiram os indivíduos a obedecerem às regras primitivas de comportamento, de tal forma que a pena, retaliação ou sanção como "o atributo que distingue o direito de outros tipos de ordem social", adquire um caráter abstrato e formal independente de sua causa originária.

Por exemplo, se hoje pessoas civilizadas se alinham ordenadamente em uma fila, não significa que o primeiro a chegar tem o "legítimo direito natural" de estar ali. Provavelmente na aurora da humanidade os *homininios* mais fortes ao abater uma caça, primeiro saciavam sua fome e desfrutavam da parte mais nutritiva, enquanto os demais, na medida da potencialidade intimidadora de suas forças, aguardavam pacientemente sua vez para consumir o que vai restando. Dos predadores mais fortes, aves saprófagas, insetos e vermes, todos teriam sua posição definida dentro da ordem do direito natural. É possível que a fila tenha essa origem, mas a *juridicidade* estaria na ordem formal da fila (racionalizada), não no critério empírico que originou a disposição da ordem da fila.

O direito positivo dirá que o critério material da "ordem da fila" será estabelecida conforme os valores de cada cultura, aliás, diferente dos primitivos, os mais vulneráveis poderiam desfrutar de certas vantagens posicionais de acordo com a alteração dos critérios, *v.g.*, idosos, gestantes, portadores de necessidades especiais *etc*. Na *Teoria pura*, está escrito que o ordenamento pode[980]: "[...] estatuir as suas sanções sem ter em conta os motivos que efetivamente conduziram, no caso concreto, à conduta que as condiciona. O sentido do ordenamento traduz-se pela afirmação de que, na hipótese de uma determinada conduta - quaisquer que sejam os motivos que efetivamente a determinaram -, deve ser aplicada uma sanção (no sentido amplo de prêmio ou de pena)".

Para Kelsen, não havendo valores absolutos de justiça, os critérios materiais protegidos pela ordem jurídica variam *ad infinitum*, pois são objetos de disputa política e não resultados conclusivos do estudo de uma ciência jurídica, *i.e.*, não se conclui um juízo valorativo de *dever-ser* por critérios metodológicos científicos desenvolvidos para conhecer o *ser*, aquilo que "é".

Para o *positivismo jurídico*, "o direito é a *ordem coativa*" - abstrata, formal e universal - o *conteúdo da ordem* é *particular* e *variável*, ou seja, o direito compõem as categorias formais

[980] RR2: 18.

que estruturam e impõem a ordem, e, a pergunta sobre qual o critério de justiça ou qual conteúdo material deste *dever-ser* - *e.g.* se deve ser a ordem cronológica de chegada na fila - dirige-se à filosofia política-jurídica, que a interpretará conforme outros critérios metajurídicos além das fronteiras dos códigos vigentes.

Ao contrário do positivismo, o jusnaturalismo vincula sociedade e natureza de forma indissociável, não fazendo distinção entre o conteúdo material - ou um ideal de justiça - com o *dever-ser* jurídico, são dois sistemas normativos unidos em um só - natureza e direito.

Vale lembrar que Norberto Bobbio em suas lições de filosofia do direito destaca alguns "critérios de distinção entre direito natural e direito positivo" que envolvem a "natureza do conteúdo das normas"[981]: O direito natural vale em toda parte e é *universal*, o positivo é *particular* e vale em algumas partes; o direito natural é *imutável*, o positivo *mutável*; o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil". Nota-se que Bobbio está tratando do conteúdo do direito, não da forma, pois, para o positivismo, a forma (abstrata) de vincular sanção ao conteúdo por via de uma norma válida é o traço universal de *juridicidad*e que o difere dos demais ordenamentos sociais, como diz Javier Dorado Porras[982]: "*El punto de partida de la crítica al iusnaturalismo cognoscitivista por parte del positivismo no-cognoscitivista sería la constatación empírica de diferentes sistemas morales en diferentes épocas y lugares, de forma que la referencia a la Justicia sigue sin tener un carácter unívoco*".

Kelsen percebeu que, na medida em que a civilização avança, também desfaz seus laços com a natureza e aprofunda a percepção de que a vida individual e coletiva não é mera expressão da ordem natural, e, em relação direta, o aperfeiçoamento da capacidade de abstração humana também instaura uma "crise de causalidade natural", exigindo novas formas de elaboração ou fixação de critérios materiais da ordem, *v.g.*, imaginando novos critérios de justiça.

De acordo com. *Kelsen*[983]: "*The so-called 'crisis of causality', the alleged revolution of our conception of the universe, can be understood as a last step of an intellectual process the significance of which is the gradual emancipation of the law of causality from the principle of retribution. It is the emancipation from a social interpretation of nature*". (A chamada 'crise de causalidade', a suposta revolução de nossa concepção do universo, pode ser entendida como um último passo de um processo intelectual cujo significado é a emancipação gradual da lei da

[981] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 1995, p. 22-23.
[982] DORADO PORRAS, Javier. Jusnaturalismo y Positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo. Madrid: Dykinson, 2004, p. 62.
[983] KELSEN, Hans. Society and Nature. p. VIII.

causalidade do princípio da retribuição. É a emancipação de uma interpretação social da natureza).

Sobre a imaginação de novos critérios de Justiça, em curiosa reflexão, Yuval Noah Harari lembra que[984]: "Em 1789, a população francesa, quase da noite para o dia, deixou de acreditar no mito do direito divino dos reis e passou a acreditar no mito da soberania do povo. Em consequência, desde a Revolução Cognitiva o Homo sapiens tem sido capaz de revisar seu comportamento rapidamente de acordo com necessidades em constante transformação".

Aqui uma breve nota sobre a curiosa observação de Francisco Amaral em seus ensinamentos de Direito Civil, sobre a racionalização (abstração) do direito negocial no contexto da Revolução Francesa[985]:

> O negócio jurídico resulta, assim, de um processo de abstração, a partir da liberdade e da igualdade formal de todos perante o direito, processo que se inicia com a Revolução Francesa e que tem por objetivo estabelecer um direito geral e abstrato, aplicável a todos, sem distinções de classe [...] E na esteira das idéias filosóficas de Hobbes e Rousseau, que contrapunham os direitos individuais aos do Estado e das corporações, Emmanuel Kant confere ao dogma da vontade a sua formulação mais precisa e categórica, ao estabelecer que a vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica [...] A categoria do negócio jurídico surge, assim, como produto diurna filosofia político-jurídica que, a partir de uma teoria do sujeito, com base na sua liberdade e igualdade formal, constrói uma figura unitária capaz de englobar, reunir, todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo da sua atividade jurídico-patrimonial.

"Estatuir coação" significa dizer que a regra abstrata (forma lógica) foi preservada a despeito das motivações empíricas originárias das convenções da sociabilidade humana, portanto, supõe-se que o homem primitivo acreditava que as regras da sociedade e da natureza são indissociáveis e as duas ordens (social e natural) se entrelaçam de tal modo, que, mediante um comportamento indesejado, haverá uma resposta natural (ou sobrenatural) encarregada de reestabelecer a harmonia, independente do Estado, do direito escrito e positivado; *cf.* R. Ayala[986]: "*El principio de causalidad, o mejor dicho, 'el pensamiento causal', es interpretado por Kelsen como una derivación del prin cipio de retribución, típico de la mentalidad primitiva, en donde se consideraba la naturaleza como parte de la sociedad, dentro del mundo normativo,*

[984] HARARI, Noah Yuval. Sapiens. Trad. J. Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 37.
[985] AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 399.
[986] AYALA, R. Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. Op. Cit. p. 63.

por cuanto el hombre en ese nivel histórico se rige por intereses emocionales y subjetivos y no por un afán de carácter teórico".

Kelsen vai propor que *das Sollen der Zurechnung* (*dever-ser por imputação*) das *normas jurídicas* positivas, representam a *preservação* da "*forma lógica de retributividade*" que organizou a sociabilidade humana a partir da psiquê primitiva.

Mais uma vez, não confundir o estudo da origem remota da crença primitiva que instituiu a ordem coativa que se entende como "direito", com a ideia de que a psiquê é a origem da criação dos direitos, Kelsen apenas chama a atenção sobre a preservação da forma abstrata que relaciona um comportamento dado a uma sanção.

Aliás, na era primitiva, também não importava o conteúdo das regras, qualquer comportamento pode ser penalizado, independentemente da "crueldade" da pena, a sociabilidade decorre do medo da vingança em relação à um comportamento[987], a noção de justiça só surge posteriormente quando se associou a pena como efeito proporcional a gravidade do comportamento indesejado.

O mais notável jurista que tratou sobre este tema é Cesare Beccaria Bonesana (1738 - 1794), imortalizado em sua *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas - 1764). Digno de citação uma nota da genialidade de seu pensamento[988]:

> […] *è evidente che il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso. Può egli in un corpo politico, che, ben lungi di agire per passione, è il tranquillo moderatore delle passioni particolari, può egli albergare questa inutile crudeltà stromento del furore e del fanatismo o dei deboli tiranni?* [...] *Le strida di un infelice richiamano forse dal tempo che non ritorna le azioni già consumate? Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve esser prescelto che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo.*

---

[987] A existência do Leviatã - o Estado hobebesiano - é justificado pelo medo recíproco e compartilhado entre os indívuos. Vide: HOBBES, Thomas. Do cidadão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 25 Sequentia.

[988] "[…] é evidente que a finalidade da punição não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime já cometido. Pode ele, num corpo político, que, longe de agir por paixão, é o moderador calmo de paixões particulares, abrigar esta crueldade inútil, um instrumento de fúria e fanatismo ou de tiranos fracos? [...] Será que os gritos de uma pessoa infeliz talvez lembrem do tempo que não retorna as ações já consumadas? O objetivo não é, portanto, outro senão evitar que o criminoso cause novos danos aos seus cidadãos e impedir que outros façam o mesmo. Portanto, devem ser escolhidos os castigos e o método de infligi-los que, mantendo a proporção, causem uma impressão mais eficaz e duradoura nas almas dos homens e menos atormentadores no corpo do criminoso". BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. Roma: Lit Edizioni, 2014, p. 63.

A regra de sociabilidade primitiva, portanto, se resumia a vinculação de uma forma de vendeta (vingaça) instintiva presente em todos os animais, foi o medo e não a ideia de proporcionalidade justa entre conduta e pena que motivou o direito primitivo, assim também escreve Jean-Marie Guyau[989]:

> O animal é uma mola grosseiramente comprimida, cuja distensão nem sempre é proporcional à força que a provoca; do mesmo modo o homem primitivo, e também a penalidade dos primeiros povos. Para defender-se aniquilava-se o agressor. Mais tarde, percebeu-se que não havia necessidade de uma mão tão pesada: buscou-se proporcionar exatamente a reação reflexa ao ataque.

O filólogo e antropólogo dinamarquês Kaj Birket-Smith (1893 - 1977) em sua consagrada *Kulturens Veje* (História da Cultura - 1952), ensina que[990]: "[...] nas culturas primitivas, dum lado o que é lesado encontra um derivativo à sede de vingança, do outro a comunidade mantém a paz, por isso é que, se necessário, estabelece ela certas regras para a execução da vingança" [...] "A reação mais imediata às infrações do direito é a vingança. Quem me prejudicou deve pagar!"

Em resumo, o *Vergeltungsprinzip* (Princípio de retribuição) se converte em *Äquivalenzprinzip* (princípio da equivalência) - uma noção de justiça - quando surge no decorrer do tempo e pelo desenvolvimento da capacidade de realizar representações, uma equivalência proporcional entre o comportamento e a sanção, o sentido de causalidade está, agora, no valor do "bem socialmente protegido", logo, a necessidade de uma certa ponderação para estabelecer uma relação de valores proporcionais as penas.

Nota-se que este tipo de *sanção como efeito retributivo* surge no "âmbito do direito privado" e anterior a ideia de qualquer ideal de justiça, individual ou coletiva. Em outras palavras, primeiro surge o direito como retaliação, depois o princípio de equivalência e proporcionalidade abstrata de acordo com uma ideia de justiça. *Cf.* Kelsen[991]:

> *Im Rahmen der Präventionstheorie hat die Äquivalenz von Schuld und Strafe - sofern sie überhaupt aufrechterhalten werden kann - jedenfalls einen ganz*

---

[989] GUYAU. Jean-Marie. Crítica da idéia de sanção. Trad. R. Schöpke. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 56.
[990] BIRKET-SMITH, Kaj. História da cultura. Origem e evolução. São Paulo: Melhoramentos, 1962, p. 303.
[991] (No contexto da teoria da prevenção, a equivalência entre culpa e punição - se é que pode ser mantida - tem um significado completamente diferente do que no contexto da teoria da retribuição, assim como o princípio da equivalência da energética é interpretado como a proporcionalidade quantitativa de causa e efeito (que nas determinações quantitativas dos processos naturais realizadas em quantidades gerais resultam sempre nas mesmas quantidades em termos de causa e efeito). KELSEN, Hans. Die Entstehung Des Kausalgesetzes Aus Dem Vergeltungsprinzip. Op. Cit. p. 106.

> *anderen Sinn als im Rahmen der Vergeltungstheorie, so wie das Äquivalenzprinzip der Energetik als quantitative Proportionalität von Ursache und Wirkung gedeutet (, die in den allgemeinen Massen ausgeführten quantitativen Bestimmungen der Naturvorgänge ergeben auf seiten der Ursache und der Wirkung immer gleiche Größen).*

Kelsen também escreve no texto *Die Entstehung Des Kausalgesetzes Aus Dem* Vergeltungsprinzip (O surgimento da lei causal a partir do princípio da retribuição - 1939) que[992]: "*Die Grundnorm der primitiven Gesellschaftsordnung aber ist das Prinzip der Vergeltung, das das durchaus sozial orientierte Bewusstsein des Frfihmenschen vSllig beherrscht. Die Deutung der Natur nach dem Vergeltungsprinzip /iussert sich in seinem tatsAchlichen Verhalten gegeniiber Tier, Pflanze und leblosen Gegenst/inden, insbesondere aber in seiner Religion und seinen Mythen*". (A norma básica da ordem social primitiva, contudo, é o princípio da retaliação, que domina completamente a consciência totalmente orientada socialmente do homem primitivo. A interpretação da natureza segundo o princípio da retribuição se expressa em seu comportamento real em relação aos animais, plantas e objetos inanimados, mas especialmente em sua religião e em seus mitos).

A retaliação - pena, castigo, sanção - é um princípio retributivo de causalidade que, desde a aurora da humanidade, se atribui exclusivamente às regras de direito, no sentido de normatização da vida social.

Na Teoria pura do direito, Kelsen também trata do tema[993]:

> O princípio da imputação - no seu significado original - conexiona um com o outro dois atos de conduta humana: a conduta de um indivíduo com a conduta de outro indivíduo, como, por exemplo, na lei moral, a recompensa com oo mérito, ou, na proposição jurídica, a pena com o crime; ou a conduta de um indivíduo com uma outra conduta do mesmo indivíduo, como, por exemplo, na lei religioso-moral que liga a penitência com o pecado.

Vale lembrar que, desde o 'Estudo preliminar", o problema da causalidade é fundamental para entender a cientificidade do positivismo jurídico, considerando que a própria física quântica e o Princípio da Incerteza de Heisenberg foram referências para Kelsen dissociar as ciências da natureza e as ciências sociais e jurídica, ou seja, se no campo das ciências empíricas há uma incerteza sobre a causalidade, então, não há o que se falar em causalidade

---

[992] KELSEN, Hans. Die Entstehung Des Kausalgesetzes Aus Dem Vergeltungsprinzip (1939) The Journal of Unified Science (Erkenntnis). Published By: Springer Nature, 1939, p. 70.
[993] RR2: 70.

natural para o direito, logo, a necessidade do princípio *das Sollen der Zurechnung* (dever-ser por imputação). Sobre a "crise da causalidade", diz Kelsen[994]: *Dass auch dieser vonder moderhen Physik ausgeschiedene oder durch das Aquivalenzprinzip ersetzte Bestandteil der Kausaltheorie aus der Vergeltungslehre stammt, niimlich aus deren Grundsatz, dass Gleiches mit Gleichem vergolten werde, und welche Bedeutung dieser Grundsatz hat, wurde schon bei DarsteUung der antiken Naturphilosophie gezeigt.* (Que isso também foi eliminado da física moderna ou pelo princípio da equivalência substituiu parte da teoria causal da teoria da retribuição vem do princípio de que igual com igual será reembolsado e que significado tem este princípio, já foi mostrado na apresentação da antiga filosofia natural).

A ideia primitiva de direito que relaciona sociedade e natureza atravessa a antiguidade - passa pela literatura e pela mitologia grega de Homero (século IX a. C.) na Ilíada e Odisseia, com Hesíodo (século XVIII a. C.) na Teogonia, Sófocles (século IV a. C.) na Antígona, entre outros, chega à Roma com Marcus Tullius Cicero (106 - 43 a.C.) com a obra *De re publica* (Da República - entre 54 e 51 a.C.), utilizando o método socrático, fundamenta a ideia de direito e justiça inspirado no estoicismo grego, logo, uma relação indissociável do indivíduo, sociedade e natureza[995]: "*sub terra censebant reliquam vitam agi mortuorum*" (sob a terra a vida dos mortos deve ser mantida). Em Hesíodo[996]

> Para aqueles que ditam sentenças imparciais sem se afastar da justiça - sua cidade floresce, o povo prospera e sobre essa terra estende-se a paz que alimenta os jovens [...] Mas para aqueles que comentem excessos cruéis e obras malignas, o Crônida, aquele que tudo vê, lança contra eles sua justiça. Muitas vezes, toda uma cidade paga pela culpa de um único homem que se extravia e trama perversidades.

Na medida do tempo, a "ideia de direito" perde seus referencias com o mundo, dando lugar a teorias abstratas, aliás, *cf.* Werner Wilhelm Jager (1888 - 1966), a primeira concepção metafísica que estruturou a arquitetônica do mundo foi idealizada por Anaximandro (*Ἀναξίμανδρος* 610 a.C. - 546 a.C.), inspirado pela deusa da justiça *Δίκη* (*Diké*), preservou a percepção abstrata do homem primitivo sobre a ordem divina da natureza[997]: "A concepção da Terra e do mundo em Anaximandro é uma vitória do espírito geométrico. É o símbolo visível da mentalidade proporcional, própria do pensamento e da essência total do homem arcaico";

---

[994] KELSEN, Hans. Die Entstehung Des Kausalgesetzes Aus Dem Vergeltungsprinzip. Op. Cit. p. 106.
[995] CÍCERO, M.T. Livro I. Tusc., I 35-36. Op. Cit. p. 50.
[996] HESÍODO. Teogonia, trabalhos e Dias. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 74.
[997] JAEGER, Werner. Paideia: A formação do homem grego. Op. Cit. p. 198.

trata-se de uma nota histórica de como se deu o processo de racionalização da psiquê primitiva. Vale citar outra passagem de Werner Jager para ilustrar a ideia[998]:

> Os gregos antigos não conheceram a imortalidade da "alma". O homem morria com a morte do corpo. A pysche homérica significa antes o contrário: a imagem corpórea do próprio Homem, que vagueia no Hades como uma sombra: um puro nada. Mas, se alguém, pela oferta da sua vida, se eleva a um ser mais alto acima da existência humana comum, a polis concede-lhe a imortalidade do seu ideal, isto é, do seu "nome". Foi a partir daí que a ideia de glória heróica guardou, aos olhos dos Gregos, este matiz político.

Ou seja, o direito eterno da glória heróica decorre de um processo de racionalização, pois delega a ordem política seu reconhecimento e permanência, somente possível em sociedade, a despeito da natureza.

O estudo da forma como psiquê primitiva identifica a sociedade e a natureza em uma única entidade, está presente em diversos pensadores, em destaque, Alf Ross e Sigmund Freud.

Alf Ross com objetivo de explicar a diferença entre a "forma abstrata" do direito positivo como ordem coativa e a crença arcaica de causalidade do direito natural, também recorre a uma experiência psíquica-mística. Escreve em artigo científico que na tribo Aisat-Naf nas ilhas Oasuli no Pacífico Sul, há uma crença mágica chamada Tû Tû[999]: "trata-se de um termo utilizado pela tribo para simbolizar uma espécie de castigo dos deuses, que recai sobre aquele que viola uma regra ou uma das suas tradições culturais.

Contudo, a maldição pode ser livrada pelo próprio infrator mediante o cumprimento de diferentes provações e rituais de purificação (penas) a serem fixadas, conforme a gravidade, pelas autoridades espirituais ou pelos "juízes" da tribo. Nestes casos, Kelsen explica que a retributividade é uma forma de sociabildiade[1000]: "*Formulating it more generally, one may say that the norms of the social order termed 'taboo' are effective because one believes that their violation entails the imposition of sanctions in the form of retribution emanating from a superhuman divine power and executed in this world*". (Formulando-o de forma mais geral, pode-se dizer que as normas da ordem social denominada 'tabu' são eficazes porque se acredita que sua violação envolve a imposição de sanções na forma de retribuição que emana de um poder divino sobre-humano e executado neste mundo).

---

[998] JAEGER, Werner. Paideia: A formação do homem grego. Op. Cit. p. 2001, p. 123.
[999] Inspirado no artigo de: FERREIRA Netto, Adyr G. et. al. Filosofia e direito na antiguidade: breves considerações sobre a construção simbólica do direito e da justiça. Disponível em: http:// publicacoes. unifil.br/ index.php/rev-juridica/article/view/2837 Acesso em 27/07/2024. p. 67-68.
[1000] KELSEN, Hans. Society and Nature. p. 58.

Ainda em Kelsen[1001]:

> *Consequently, he regards them as authorities toward whom he must behave respectfully, as he does toward the individuals in whom his group authority resides. This behavior is determined by the fact that sanctions are instituted by the superhuman authorities; these sanctions guaran- tee the social order and thus establish the social duties of individuals. So the personal beings imagined in the events of nature really represent the social authority. Natural order and social order consequently are identical.*

Em resumo, contra um "direito violado" na comunidade da tribo Aisat-Naf, uma série de desafios proporcionais à transgressão[1002] deveriam ser cumpridos para desincorporar-se do mal. A sequência lógica das normas de sociabilidade seria: (transgressão) → (maldição/Tû Tû) → (purificação/pena). A racionalização desta reciprocidade culminará no direito positivo, ou seja, o processo de depuração das crenças mágicas chegará inevitavelmente no princípio abstrato *das Sollen der Zurechnung* - de imputação de um *dever-ser*, ou seja: (transgressão) → (pena), ou, simplesmente H → S (hipótese de incidência implica em sanção), eliminando a etapa mágica "jusnaturalista" da (maldição/Tû Tû) do raciocínio jurídico.

Para o *positivismo jurídico*, não há nenhuma maldição nem bendição incorporada pelo sujeito, não há um "direito mágico como a propriedade, a liberdade ou a vida, a rigor, ninguém possui direitos subjetivos, apenas sofrerá as consequências das ações que violam o conteúdo previsto numa hipótese de incidência, ou seja, o direito subjetivo é um mero reflexo daquilo que o Estado garante *retribuir* como pena.

Quando o indivíduo está no interior de sua casa, deve entender que não há mágica nas paredes que fazem dele o proprietário, seu "direito" decorre apenas da "ordem de coação" que o Estado garante executar como uma forma de "retributividade racionalizada" contra quem violar o que está disposto na lei, não direitos subjetivos autônomos ao direito objetivo, diz Kelsen[1003]:

> A função ideológica desta conceituação do sujeito jurídico como portador (suporte) do direito subjetivo, completamente contraditória em si mesma, é fácil de penetrar: serve para manter a idéia de que a existência do sujeito

[1001] (Consequentemente, ele os considera como autoridades para com as quais ele deve se comportar respeitosamente, como faz com os indivíduos em quem sua autoridade de grupo reside. Esse comportamento é determinado pelo fato de que as sanções são instituídas pelas autoridades sobre-humanas; essas sanções garantem a ordem social e, assim, estabelecem os deveres sociais dos indivíduos. Então, os seres pessoais imaginados nos eventos da natureza realmente representaram a autoridade social. Ordem natural e ordem social consequentemente São idênticos). KELSEN, Hans. Society and Nature. p. 44.

[1002] Nota-se que, aqui, já há uma noção de justiça, pois a proporcionalidade não é mera retributividade.

[1003] RR2: 120

> jurídico como portador do direito subjetivo, quer dizer, da propriedade privada, é uma categoria transcendente em confronto do Direito objetivo positivo, de criação humana e mutável, é uma instituição na qual a elaboração de conteúdo da ordem jurídica encontra um limite insuperável.

Cf. A. Trivossono, para o positivismo[1004]:

> [...] uma autorização (*Berechtigung*) existe, segundo Kelsen, quando a norma jurídica condiciona a aplicação da sanção a uma manifestação da vontade da pessoa cujos interesses foram lesados. Essa manifestação de vontade pode ocorrer por meio de queixa ou reclamação, tornando-se então "direito subjetivo". Na visão de Kelsen, o direito subjetivo, como autorização, não é algo independente do direito objetivo, pois aquele existe quando determinado por este.

Nesta perspectiva "sancionista"[1005], interpreta A. G. Ferreira Netto et al., que a imputação de *juridicidade* exige dispositivo sancionatório[1006]: "[...] a resposta do Estado colmata o princípio da inviolabilidade causal das ciências naturais, *i.e.,* a *sanção* estabelece a coerência intrassistêmica do mundo jurídico, tal como a *causalidade* fixa a coerência intrassistêmica do mundo natural [...]".

Vide Kelsen na *Allgemeine Theory der Normen*[1007]:

> Nisto se expressa o decisivo papel que a sanção existente num ato de coação desempenha no Direito como uma ordem de coação. A estatuição desta sanção é tão essencial que se pode dizer: o Direito impõe uma conduta determinada somente por ligar à conduta contrária um ato de coação como sanção, de modo que uma certa conduta somente depois que juridicamente "imposta" pode ser considerada como conteúdo de um "dever jurídico", quando o oposto é a condição à qual uma norma liga uma sanção.

[1004] GOMES TRIVOSONNO, A. Travessoni. A Teoria da Estrutura Hipotética das Normas Jurídicas de Kelsen - características, evolução e balanço de sua importância. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 121 | pp. 73-120 | jul./dez. 2020, p. 84.

[1005] "[...] 'normas jurídicas' são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada". BOBBIO, N. TGD. Trad. D. Agostinetto. SP: M.F., 2010, p. 152. "Sobre o problema da sanção [...] poderíamos quase distinguir os filósofos do direito do passado e do presente em duas grandes fileiras, uma dos "sancionistas" e a outra a dos "não sancionistas". Por parte da filosofia do direito, é o problema que tenha incitado as maiores e mais inflamadas discussões e tenha sido objeto de maiores indagações e reflexões". BOBBIO, N. Loc. Cit.

[1006] FERREIRA NETTO, A. G.; et. al. In.: Positivismo jurídico kelseniano. REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano XIX - n.º 19 especial. Disponível em: http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/2938. Acesso em 28/11/2023. p. 24.

[1007] ATN: 182.

E na *Hauptproblem*e[1008]:

> *Die Betonung des Rechtspflicht-begriffes ist hier von größter Bedentung. Denn mit der Zerstörung der üblichen Vorstellung eines ausschließlich in der Berechtigung bestehenden, an den Staat oder die objektive Rechtsordnung als Anspruch gerichteten subjektiven Rechtes entledigt sich die Rechts-theorie nicht nur eines der bedenklichsten Instrumente naturrechtlicher Spekulation, sondern sie schaltet auch mit dem im subjektiven Recht anftretenden Willens- und Interessenmomente einen Hauptanlaß aus, die juristische Betrachtung durch psychologisch-soziologische Gedankengänge zn verwirren.*

Herbert Hart também oferece um exemplo para compreender melhor o aspecto "sancionista" citado *ut supra*[1009]:

> É nesta forma que o argumento é adoptado por Kelsen: "O direito é a norma primária que estipula a sanção". Não há uma lei que proíba o homicídio: o que há é apenas uma lei que encarrega os funcionários de aplicar certas sanções, em certas circunstâncias, àqueles que praticam um homicídio. Deste ponto de vista, o que vulgarmente se concebe como o conteúdo das leis, visando guiar a conduta dos cidadãos comuns, é meramente o antecedente ou a 'cláusula condicionante' duma regra não dirigida a eles, mas aos funcionários, ordenando-lhes a aplicação de certas sanções, se certas condições tiverem sido satisfeitas. Todas as leis genuínas, deste ponto de vista, são ordens condicionais.

O jusnaturalismo, ao contrário, preservará o Tû Tû com outras denominações, por exemplo, a existência de direitos subjetivos autônomos ao direito objetivo ou até um direito divino. Aliás, o pensamento jusnaturalista em geral é uma forma de recorrer a "algo divino", diz Kelsen[1010]: "*The idea of 'natural law' as a natural legal order is essentially bound up with the idea that nature is a creation of God, that its laws are an expression of God's will and are therefore norms; consequently, these laws are essentially similar to social, i.e., legal, laws whose true content results from the order of nature*". (A ideia de 'lei natural' como uma ordem jurídica natural está essencialmente ligada à ideia de que a natureza é uma criação de Deus, que suas leis são uma expressão da vontade de Deus e, portanto, são normas; consequentemente, essas leis são essencialmente semelhantes às leis sociais, ou seja,

---

[1008] (A ênfase no conceito de dever legal é da maior importância aqui. Pois, com a destruição da concepção usual de um direito subjetivo que consiste exclusivamente em direito, que é dirigido ao Estado ou ao sistema jurídico objetivo como uma reivindicação, a teoria do direito não apenas se livra de um dos instrumentos mais questionáveis da especulação do direito natural, mas também elimina uma razão principal para que a consideração jurídica seja alterada pela psicologia-sociológica Para confundir linhas de pensamento). HP: VIII.

[1009] HART, L. A. Herbert. O conceito de direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 44.

[1010] KELSEN, H. Society and nature: A Sociological Inquiry. Chicago: The University of Chicago, 1943, p. 265.

legais, cujo verdadeiro conteúdo resulta da ordem da natureza). A crença mágica da tribo primitiva se assemelha, portanto, a existência do direito natural - um direito imaginário - como o direito subjetivo de propriedade, aliás, Alf Ross lembra que as teorias do direito natural[1011]:

> *A pesar de todas las divergencias, hay una idea común a todas las escuelas del derecho natural: la creencia en que existen algunos principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, principios que no han sido creados por el hombre sino que son descubiertos, principios verdaderos, que son obligatorios para todos, incluso para aquellos que no pueden o no quieren reconocer su existencia*.

Um exemplo de crença mágica do direito natural sobre a propriedade é também explicado por Kaj Birket-Smith[1012]: "O direito sobre os bens de raiz tem muitas vezes um sinete místico. Um maori, por exemplo, possui o lugar onde seu cordão umbilical e suas secundinas foram enterrados, porque seu sangue foi vertido naquele lugar, que se torna tabu para qualquer outro". Vale destacar que o sinete místico citado por Birket-Smith - o *totem* como se refere Freud - para Hans Kelsen é o símbolo mais expressivo da relação intrínseca entre sociedade e natureza do homem primitivo. Lembrando que não há relação entre sociedade e natureza para o positivismo jurídico, pois, o "direito positivo" tão somente depurou a estrutura formal da ordem coativa de seus penduricalhos mágicos.

Como foi dito, esta percepção de que o direito é uma forma de *causalidade por retribuição* - *Vergeltung* (princípio retributivo), ou, simplesmente, uma forma primitiva de "sanção" - surge no âmbito *privado* e é anterior a qualquer formulação teórica sobre o que é a justiça, *i.e.*, o "direito como sanção" - como ordem coativa - antecede cronologicamente a própria teorização "do que é justo".

No exemplo da tribo Aisat- Naf, já se percebe uma noção de justiça quando os critérios de "purificação da maldição do Tû Tû" são estabelecidos de modo proporcional, não se trata apenas de uma vendeta sem sentido ou nexo de causalidade, mas um exemplo de um estágio intermediário da história da "antropologia jurídica" entre o instinto de retaliação e a racionalização da norma positiva.

Este raciocínio também se encontra em Sigmund Freud na obra *Totem und Tabu - Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotike* (Totem e Tabu - Algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e dos neuróticos - 1913), pois o

---

[1011] ROSS, Alf. El Concepto de validez y otros ensayos. Buenos Aires: Fontamara, 2006, p. 13.
[1012] BIRKET-SMITH, Kaj. História da cultura. Op. Cit. p. 296.

símbolo totêmico é a máxima expressão da cultura material, em todos os tempos, da crença mágica de que há uma relação mística entre sociedade e natureza, vide algumas de suas citações[1013]: "A relação com o totem é o fundamento de todas as obrigações sociais para um australiano; ela se sobrepõe ao fato de pertencer a uma tribo, por um lado, e ao parentesco sanguíneo [...]"; continua Freud[1014]: "E enquanto o sistema do totem, como sabemos, é a base de todas as demais obrigações sociais e restrições morais da tribo, a importância das fratrias se reduz, em geral, à regulamentação da escolha matrimonial, que é seu objetivo". Enfim, Freud ainda anota que[1015]: "O indivíduo que violou um tabu torna-se ele mesmo tabu, porque tem o perigoso atributo de tentar outros a seguir seu exemplo. Ele provoca inveja por que lhe deveria ser permitido o que a outros é proibido? Ele é, portanto, realmente contagioso, na medida em que todo exemplo convida à imitação, e por isso tem de ser evitado".

Em tempo, o tema do princípio da *retributividade* inscrita na psiquê do homem primitivo foi desenvolvido por Hans Kelsen na obra *Society and Nature: A Sociological Inquiry* (Sociedade e Natureza: Uma Investigação Sociológica - 1943)[1016]:

> *The fundamental principle which determines primitive man's behavior toward nature is the same as that which decides his conduct toward the members of his own and other groups the social principle of retribution. There is a tendency to regard the reaction termed "retribution" as a primary emotion of man and to trace it back to a natural instinct for vengeance which may be observed not only among primitives but also among children and even animals. This view, however, rests upon the fact that the behavior interpreted as retribution is not clearly distinguished from a mere defensive reaction which arises from a desire for self-preservation or, at least among higher beings, as a countertendency to the causation of pain.*

Conclui-se que a diferença entre o direito regido pelo *Vergeltung* (princípio retributivo) do homem primitivo e pela *causalidade por imputação da norma jurídica positiva* é a mesma

---

[1013] FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. Contribuição à história do movimento psicanalítico (1914). Obras completas V. 11. p. 12. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
[1014] FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. Op. Cit. p. 18.
[1015] FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. Op. Cit. p. 40.
[1016] (O princípio fundamental que determina o comportamento do homem primitivo em relação à natureza é o mesmo que decide sua conduta em relação aos membros de seu próprio grupo e de outros grupos o princípio social da retribuição. Há uma tendência a considerar a reação denominada "retribuição" como uma emoção primária do homem e a rastreá-la até um instinto natural de vingança que pode ser observado não apenas entre os primitivos, mas também entre crianças e até mesmo animais. Essa visão, no entanto, repousa no fato de que o comportamento interpretado como retribuição não é claramente distinguido de uma mera reação defensiva que surge de um desejo de autopreservação ou, pelo menos entre seres superiores, como uma contratendência à causação da dor". KELSEN, Hans. Society and Nature: A Sociological Inquiry. Chicago: The UC, 1943, p. 49.

que une ou separa a sociedade e a natureza, diz Kelsen[1017]: "O dualismo de causalidade e imputação serve de base ao dualismo de Ciência Natural Causal, como a Física, Química, Biologia, Psicologia e as Ciências Sociais Normativas, como Ética e Ciência do Direito. É o dualismo lógico-fundamental de ser e dever-ser que aqui se manifesta".

Mais uma vez, Kelsen entende que a ideia original de direito como ordem coativa remonta o "direito privado", ou seja, nas relações individuais regidas pelo princípio da retributividade. A concepção de uma justiça coletiva (ou de direitos coletivos) também é resultante de processos de racionalização e distanciamento gradual das motivações psíquicas, empíricas e da relação com a natureza. Neste caso, a explicação sobre "o que é a justiça" vai se sofisticando na medida em que se estabelece novas formas de proporcionalidade entre a pena e a infração para superar a simples vingança pela retributividade, trata-se do surgimento de outro princípio, o *Äquivalenzprinzip* (princípio da equivalência).

O conceito de retributividade tem origem na consciência primitiva - que se mistura com os instintos - para retaliar a ação contrária a ordem social e natural, sob certo ponto de vista, em algumas culturas, a doença é uma forma da natureza reagir contra o abuso e o desequilíbrio de sua ordem, assim como a infelicidade e todos os males existenciais são efeitos cujas causas estão ligadas à transgressão da harmonia cósmica e divina; *cf.* Kelsen[1018]: "*The inviolability consists rather in the fact that violation of the law is always and without exception punished. For the universal law, as a legal rule, is a norm laying down sanctions; this norm is, according to its tenor, a law of retribution and, as such, the unshakable will of a deity. The logos of Heraclitus is Dike, the goddess of inescapable revenge*". (A inviolabilidade consiste antes no fato de que a violação da lei é sempre e sem exceção punida. Para a lei universal, como regra legal, é uma norma que estabelece sanções; essa norma é, de acordo com seu teor, uma lei de retribuição e, como tal, a vontade inabalável de uma divindade. O logos de Heraclito é Dike, a deusa da vingança inescapável).

Outro exemplo no campo jurídico muito afinado com a ideia do positivismo, de que as causas psicológicas não podem ser o objeto de estudo do direito para fundamentar algum tipo de pretensão jurídica, ou seja, de que o estudo da norma não contempla o problema da psicologia, vem de Rudolf von Jhering (1818 - 1892), conforme a interpretação de Munroe Smith[1019]: "*The field of manners and morals and of the " psychological " sanction is of course*

[1017] ATN: 33.
[1018] Ibid. p. 239.
[1019] SMITH, Munroe. A General View of European Legal History and other Papers. NY: CUP, 1927, p. 153-154.

much wider than that of law; it includes nearly all the field of law, and a vast outlying territory […] *The advantage of psychological coercion by society lies in the fact that there is no relation of social life from which its influence is excluded* […] *Ethics, as Jhering insists, is neither a part of psychology and the twin sister of logic, nor a part of theology and the twin sister of dogmatics*". (O campo das boas maneiras e da moral e da sanção "psicológica" é, obviamente, muito mais amplo do que o da lei; inclui quase todo o campo do direito e um vasto território periférico [...] A vantagem da coerção psicológica pela sociedade reside no fato de que não há relação da vida social da qual sua influência seja excluída [...] A ética, como Jhering insiste, não faz parte da psicologia e é irmã gêmea da lógica, nem parte da teologia e irmã gêmea da dogmática). *Cf.* Ulises Schmill[1020]: "[...] *Sólo es posible una norma que ordene el ejercicio de la coacción si su forma es la de un condicional. La coacción, determinante del concepto del derecho, deja de ser un elemento que se encuentra fuera del contenido semántico de la norma, como un elemento social o natural o psíquico o de cualquier carácter que se quiera. En esto se encuentra la diferencia fundamental entre KeLsen y todos los demás autores que hablan de la coacción jurídica*".

Uma nota importante: Nesta "reflexão antropológica" sobre a origem do direito como um forma lógica de retaliação, é preciso distinguir que a imputação em sentido lato de retributividade corresponde com a imputação normativa do direito positivo no sentido formal, diz Kelsen[1021]: "A imputação, que se realiza com fundamento no princípio retributivo (*Vergeltungsprinzip*) e representa a responsabilidade moral e jurídica, é tão-somente um caso particular - se bem que o mais importante - de imputação no sentido mais lato da palavra, isto é, a ligação da conduta humana com o pressuposto sob o qual essa conduta é prescrita numa norma".

Enfim, o jusnaturalismo é uma tentativa de estabelecer um vínculo de *causalidade* entre natureza e sociedade, e, a partir dele, derivar a implicação entre *ser* e *dever-ser*.

Para o *positivismo jurídico*, o *dever-ser jurídico* é uma *cópula racionalizada* do princípio da retribuição, ou seja, o *das Sollen der Zurechnung* (*dever-ser* por imputação) do direito positivo é uma representação *transcendental* da mesma forma lógica de retaliação - por sanção - do *Prinzip der Vergeltung* (princípio retributivo), excluindo-se, evidentemente, suas causas empíricas.

[1020] SCHMILL, Ulises. Introdccíon. In.: KELSEN. Problemas capitales de la teoria jurídica del Estado. p. XVII.
[1021] RR2: 70.

Como Lourival Vilanova ensina[1022]:

> O que KELSEN denominou o dever- ser formal, como mero nexus no interior da proposição jurídica, sem referência ao valioso ou desvalioso como devendo-ser, ou sem levar em conta a materia sacada da experiencia, que enche o dever-ser, reduz-se a simples expressão operatória, a mero termo (verbal) que desempenha a função de relacionar deonticamente (ou normativamente) - É um conectivo operatório, ou partícula não referente a objetos ou a propriedade-de-objetos. É um functor.

Da mesma forma, explica o jurista canadense Michel Coutu[1023]: "*Kelsen, when he ventures onto the terrain of the social sciences, takes a reductionist view of their fundamental assumptions. This appears clearly when Kelsen introduces the contrast between 'nature' and 'law' and distinguishes between their respective processes of correlation of their elements, through the separate notions of 'causality' and 'imputation'*". (Kelsen, quando se aventura no terreno das ciências sociais, adota uma visão reducionista de suas suposições fundamentais. Isso aparece claramente quando Kelsen introduz o contraste entre 'natureza' e 'lei' e distingue entre seus respectivos processos de correlação de seus elementos, por meio das noções separadas de 'causalidade' e 'imputação').

Conclui-se que *estatuir uma coação* está no "plano abstrato", uma forma *transcendental de sanção* comum em todos os ordenamentos jurídicos em todas as épocas. Kelsen ainda observa que esta forma originária de "direito privado" (não entre os gregos, mas entre os primitivos), aquela que se restringe a regular o comportamento entre indivíduos, não tem nenhuma "conotação premial", logo, não existem direitos subjetivos entre os primitivos, pois o caráter retributivo é punitivo, o que, em certa medida, representa a proposta do *positivismo jurídico* de outorgar à sanção o atributo jurídico do direito (ordem coativa) , ao contrário de sustentar a ideia da existência (mágica) de um direito subjetivo como faz o jusnaturalismo, A. Trivonno conclui que[1024]: "Por isso, afirma Kelsen, a conduta comandada (prescrita) não é devida; devida é a sanção. A execução da sanção é comandada se e na medida em que sua omissão constitui o pressuposto de uma outra norma que liga a essa omissão uma sanção". Diz

---

[1022] VILANOVA, Lourival. Lógica Jurídica. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 102.
[1023] COUTU, Michel. Max Weber and Hans Kelsen: formal rationality and legitimacy of modern law. In.: The Reconstruction of the Juridico-Political. Affinity and Divergence in Hans Kelsen and Max Weber. New York: Routledge, 2016, p. 173.
[1024] TRIVISONNO, A. T. G. (2020). A Teoria da Estrutura Hipotética das Normas Jurídicas de Kelsen: características, evolução e balanço de sua Importância. Op. Cit. p. 97.

Kelsen sobre o caráter punitivo e não premial do direito primitivo, lembrando que, o termo "premial" pressupõe certa proporcionalidade de justiça[1025]:

> *This reality is represented as a coercive order of human life which has - at least in its primitive stages - the character of a punitive and not of a rewarding order. Its function consists mainly in reacting with specific coercive acts against socially harmful behavior. Law is originally criminal law. Even modern law is a social order the technique of which consists in providing sanctions; and legal sanctions are forcible deprivation of certain possessions, such as life, health, freedom, or property; their function is to inflict an evil, not to afford a benefit.*

Bem como na Teoria pura do direito[1026]:

> [...] uma ordem social pode - e é este o caso da ordem jurídica - prescrever uma determinada conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem, como a privação dos bens acima referidos, ou seja, uma pena no sentido mais amplo da palavra. Desta forma, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita - ou seja, na hipótese de uma ordem jurídica, como juridicamente prescrita - na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção (no sentido estrito).

Por exemplo, se a lei pune a invasão da propriedade, não é porque o Estado reconhece que o indivíduo possui um "direito mágico de propriedade", mas porque o *direito positivo* estatuiu uma ordem coativa contra àquela conduta específica prevista na hipótese de incidência (invasão de propriedade), diz Kelsen[1027]

> O direito de propriedade de um indivíduo sobre uma coisa consiste em que todos os outros indivíduos são obrigados a suportar o exercício do poder de disposição que este indivíduo tem sobre a coisa, o seu uso, o seu não-uso e até a sua destruição, e que o indivíduo em face do qual existe o dever de tolerância de todos os outros tem o poder jurídico, tanto de dispor da coisa através de negócio jurídico, como de fazer valer, através de ação judicial, o não-cumprimento do dever de tolerância por parte daqueles outros indivíduos[...].

[1025] (Sua realidade é representada como uma ordem coercitiva da vida humana que tem - pelo menos em seus estágios primitivos o caráter de uma ordem punitiva e não de uma ordem gratificante. Sua função consiste principalmente em reagir a atos coercitivos específicos contra comportamentos socialmente prejudiciais. A lei é originalmente uma lei criminal. Mesmo a lei moderna é uma ordem social cuja técnica consiste em fornecer sanções; e as sanções legais são a privação forçada de certas posses, como vida, saúde, liberdade ou propriedade; sua função é infligir um mal, não pagar um benefício). Ibid. (N146). p. 360.

[1026] RR2: 17.

[1027] RR2: 217.

E, *cf.* Josef Aicher[1028]: "*Der Eigentumsbegriff Kelsens ergibt sich notwendig aus seinem Be- griff des subjektiven Rechts. Da das Recht das Verhalten von Menschen in ihrer Beziehung zu anderen Menschen regelt, kann auch das Eigentum rechtlich nur in einer Regelung eines bestimmten Verhaltens eines Menschen zu anderen Menschen bestehen, nämlich in deren Pflicht* […]"; (O conceito de propriedade de Kelsen surge necessariamente do seu conceito de direito subjetivo. Uma vez que a lei regula o comportamento das pessoas nas suas relações com outras pessoas, a propriedade só pode consistir legalmente na regulação de um determinado comportamento de uma pessoa para com outras pessoas, nomeadamente o seu dever […]); bem como Daniel Brantes e Pedro H. Veiga concluem que[1029]: "[...] o direito subjetivo para Kelsen é mero direito reflexo, este não tem existência sem um dever jurídico correlato. O direito reflexo de um consiste em apenas no dever do outro"; e, ainda[1030]:

> Contrariando o que se observa usualmente na doutrina, Kelsen aborda primeiramente o conceito de dever jurídico para depois tratar do direito subjetivo. Isto porque considera o dever jurídico mais importante que o direito subjetivo, posto que é o primeiro que tem a capacidade de obrigar e não o segundo, pois somente a conduta oposta do primeiro está relacionada diretamente a uma sanção ou a uma ação judicial provocada pelo titular do direito subjetivo.

Não há, dessa forma, uma referência a um sujeito determinado, merecedor do rótulo de portador de um direito subjetivo". Em Kelsen[1031]: "Do ponto de vista de uma teoria do Direito positivo não há qualquer fato que, em si e por si, isto é, sem ter consideração a respectiva conseqüência estatuída pela ordem jurídica seja um ilícito ou delito. Não há *mala in se*, mas apenas *mala prohibita*". Significa dizer também que o princípio geral do direito penal, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, (não há crime nem pena sem lei penal prévia), vale tanto para os delitos criminais e todas as sanções jurídicas (penal ou civil), pois é uma condição lógica da criação de direitos pela epistemologia jurídica[1032]. Ora, se o *das Sollen der Zurechnung* (*dever-ser* por imputação) do direito positivo é uma representação *transcendental*

[1028] AICHER, Josef. Das Eigentum als subjektives Recht: Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts. Berlin: Duncker & Humblot, 1975, p. 28.
[1029] FERREIRA, D. B.; et. al. O direito subjetivo nas concepções de Hans Kelsen e Alf Ross. Civilistica.com, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 1–18, 2017. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/281. Acesso em: 20 jul. 2024.
[1030] BRANTES FERREIRA, Daniel; CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. O direito subjetivo nas concepções de Hans Kelsen e Alf Ross. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.11, n.2, p.1-158, out.2018/mar.2019, p. 102.
[1031] RR2: 78-79.
[1032] Loc. Cit.

da forma lógica de retaliação, como admitir direitos subjetivos autônomos sem a cópula implicativa da sanção? Não há um *direito* (metafísico) do proprietário em relação à um bem, mas o *dever* de todos cumprir o que a *norma válida prescreve* sobre a propriedade, sob o risco da *imputação sancionatória*[1033] prevista e garantida pelo Estado/Direito[1034].

Herbert Hart também oferece um exemplo didático[1035]:

> É nesta forma que o argumento é adoptado por Kelsen: "'O direito é a norma primária que estipula a sanção'. Não há uma lei que proíba o homicídio: o que há é apenas uma lei que encarrega os funcionários de aplicar certas sanções, em certas circunstâncias, àqueles que praticam um homicídio. Deste ponto de vista, o que vulgarmente se concebe como o conteúdo das leis, visando guiar a conduta dos cidadãos comuns, é meramente o antecedente ou a 'cláusula condicionante' duma regra não dirigida a eles, mas aos funcionários, ordenando-lhes a aplicação de certas sanções, se certas condições tiverem sido satisfeitas. Todas as leis genuínas, deste ponto de vista, são ordens condicionais.

Há também um interessante exercício sobre a hipótese de substituir a relação entre delito e punição como substâncias (psíquicas) que se interagem pelo princípio da retributividade, considerando a ideia ação como forma de prevenção da retaliação, ou melhor, sugerir a hipótese de que o homem primitivo reagiria estrategicamente por prevenção, não por retaliação, no entanto, é uma teorização, segundo Kelsen, que não parece ser coerente, em *Society and Nature*, explica que[1036]:

[1033] Vide: "Com isto já se afirma que a conduta condicionante da sanção é proibida e a conduta oposta é prescrita. O ser-devida da sanção inclui em si o ser-proibida da conduta que é o seu pressuposto específico e o ser-prescrita da conduta oposta. Devemos a propósito notar que, com o 'ser-prescrita' ou o 'ser-proibida' de uma determinada conduta se significa não o ser-devida desta conduta ou da conduta oposta, mas o ser-devida da consequência desta conduta, isto é, da sanção. A conduta prescrita não é a conduta devida; devida é a sanção. O ser-prescrita uma conduta significa que o contrário desta conduta é pressuposto do ser-devida da sanção". RR2: 17.

[1034] Vide Nikitas Aliprantis: "[…] *Die traditionelle Korrespondenz Subjektives Recht – Pflicht ist schon seit etlicher Zeit als Auffassung mittelbar erschüttert und sogar direkt in Frage gestellt worden auch in der deutschsprachigen Literatur*". ([...] A correspondência tradicional direito subjetivo - dever tem sido indiretamente abalada e até mesmo questionada diretamente como uma visão há algum tempo, mesmo na literatura de língua alemã). ALIPRANTIS, Nikita. Die Selbsterzeugung des Rechts und ihre Folgen. In.: Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen des 20. Schriftenreihe des hans Kelsen-Instituts. Jahrhunderts. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2013, p. 18.

[1035] HART, L. A. O conceito de direito. 3. ed. Trad. A. Riberio M. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1994, p. 44.

[1036] (No direito penal, se a ideologia da retribuição, e assim a ideia de que o erro e a punição são substâncias, for abandonada e, no lugar da retribuição, a prevenção como propósito da punição for aceita, então a equivalência de erro e punição perde seu sentido. Pois a punição sob essas condições não seria mais infligida "por conta" do erro cometido, mas para prevenir erros futuros. Nem o erro nem a punição são quantidades objetivamente mensuráveis. No entanto, algo como equivalência de erro e punição parece ser imaginável. Quanto mais prejudicial um fato, qualificado como errado, é considerado, mais deve ser temido o mal ameaçado para preveni-lo e mais "severa" deve ser a punição). KELSEN, Hans. Society and Nature: Op. Cit. p. 253.

> *In criminal law, if the ideology of retribution, and thus the idea that wrong and punishment are substances, is abandoned and, in place of retribution, prevention as the purpose of punishment is accepted, then the equivalence of wrong and punishment loses its sense. For punishment under these conditions would no longer be inflicted "on account of" the wrong committed but in order to prevent future wrong. Neither wrong nor punishment are objectively measurable quantities. Nevertheless, something like equivalence of wrong and punishment seems to be imaginable. The more harmful a fact, qualified as wrong, is regarded, the more must be feared the evil threatened to prevent it and the more "severe" must be the punishment.*

Conclui-se pelo estudo antropológico de Kelsen - especialmente na obra *Society and Nature: A Sociological Inquiry* - que o *Prinzip der Vergeltung* (princípio de retribuição) é resultado da psiquê do homem primitivo - uma forma de retaliação contra um comportamento indesejado - contudo, tal comportamento não está vinculado a qualquer motivação ou conteúdo de justiça, tampouco considera uma estratégia preventiva de um comportamento futuro.

A ideia de uma "prevenção psicologizada" é conceito chave na argumentação das teses jusnaturalistas/contratualistas na fundamentação do Direito e do Estado.

O efeito psíquico que eventualmente a norma jurídica pode exercer no indivíduo por força da coercibilidade, em geral, orientando ou inibindo o sujeito a cometer uma conduta ilícita, é um problema teórico que faz parte de outra ordem de estudo, pertinente a psicologia ou a sociologia jurídica, aliás, o comportamento humano relacionado a norma válida é fundamental para compreender, por exemplo, o conceito de *Tipo ideal* em Max Weber e o de *facticidade* em Jürgen Habermas[1037]: "[...] que se mede pela obediência geral às normas, quanto à legitimidade da pretensão de reconhecimento normativo [...]".

Contudo, conforme as referências epistemológicas do positivismo, a causa psíquica jamais pode ser o critério de *criação*, *modificação* ou *extinção de direitos*, ou seja, os efeitos jurídicos das normas negociais, pois, a consciência psicologizada como causa de um desejo específico é um traço idiossincrático, contingencial e indeterminado, escapa do domínio da objetividade do conhecimento e do fundamento epistemológico do direito positivo.

Enfim, para o homem primitivo sociedade e natureza estão intrinsicamente unidos, o que implica que o direito faz parte desta relação. No entanto, com o desenvolvimento da capacidade cognitiva de abstração, a humanidade foi gradualmente se emancipando da natureza gerando uma crise da "causalidade natural". Não há mais uma relação necessária entre conduta e punição da natureza. As regras de sociabilidade são constante reinterpretadas, adquirindo

[1037] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Op, Cit. p. 51.

novos valores como critérios de proporcionalidade entre comportamento e punição, contundo, preserva-se o aspecto formal do direito como "ordem de coação".

O *Prinzip der Vergeltung* (princípio de retribuição) se converte em *Äquivalenzprinzip* (princípio da equivalência) quando surge a noção de equivalência na causalidade, ou seja, a "justiça" surge quando a mera retaliação dá lugar a algum critério de proporcionalidade que determina pela causalidade, uma relação material. Para o positivismo, não há relação entre sociedade e natureza capaz de determinar pela causalidade qualquer tipo de juridicidade.

Após esta rápida digressão sobre direito e antropologia em Kelsen, importante compreender como o positivismo jurídico faz o recorte do objeto de estudo do direito, a partir das categorias kantianas da teoria do conhecimento.

1.8. RECORTE DO OBJETO E APRIORISMO NORMATIVO

> *Das Ziel, auf das die „Hauptprobleme“ gerichtet sind und das seither auch all meine anderen Arbeiten bestimmte, ist eine reine Rechtslehre als Theorie des positiven Rechtes. Die Reinheit der Lehre oder - was gleichbedeutend ist - die. Selbständigkeit des Rechtes als eines Gegenstandes wissenschaftlicher Erkenntnis bin ich schon in meiner Erstlingsarbeit bemüht, nach zwei Richtungen hin sicher zu stellen. Einmal gegen die Ansprüche einer sogenannten „Soziologischen" Betrachtung, die sich des Rechtes wie eines Stückes naturgegebener Wirklichkeit nach kausal-wissenschaftlicher Methode bemächtigen will.*
>
> Hans Kelsen[1038]

Para solucionar o problema do recorte do objeto de estudo da ciência jurídica, Kelsen não persiste na tradicional busca da *juridicidade* (*quod jus* - o que *é* a “essência do direito”) na *facticidade* - percebida *ictu oculi* (condição fática da existência)[1039] - no *psicologismo* (redução a *Psychē*), na *transcendência* (metafísica) ou em quaisquer instâncias *metajurídicas* - as várias facetas do jusnaturalismo quando recorre a Natureza, a Deus ou a Razão - pois caberá a doutrina do direito positivo reunir as condições de possibilidade para *constituir* o próprio objeto de estudo, considerando que o direito não existe *em si mesmo* fora da *norma jurídica válida*[1040]; *cf.* Kelsen[1041]: “A realidade específica

---

[1038] (O objetivo para o qual os ‘principais problemas’ são direcionados e que determinou todos os meus outros trabalhos desde então, é uma doutrina jurídica pura como uma teoria do direito positivo. A pureza da doutrina ou - o que é equivalente. Em minha primeira tese, já tentei garantir a independência do direito como objeto de conhecimento científico em duas direções. Por um lado, contra as pretensões de uma visão dita “sociológica”, que quer se apoderar da lei, bem como de um pedaço da realidade natural de acordo com o método científico-causal). HP: V.

[1039] *Facticidade* não no sentido habermasiano, de um comportamento social almejado pelo legislador decorrente da coação legal, mas inspirado no sentido heideggeriano das infinitas possibilidades do modo-de-ser, a partir das estruturas fundamentais do *ente*, a condição primordial da existência humana atravessada pelas forças ocasionais da experiência, a condição situacional do ‘*ser-aí*’ no mundo, sem nenhum sentido teórico pré-determinado. Este conceito de *facticidade* condiz com a ideia de que não há *juridicidade a priori* na dimensão empírica da vida. Vide a diferença entre *facticidade* e *factualidade* no verbete “Facticidade”: (in. *Facticity*, fr. *Facticité*, ai. *Faktizität*; it. *Effettivita*). Segundo Heidegger, o que caracteriza a existência como lançada no mundo, ou seja, à mercê dos fatos, ou no nível dos fatos e entregue ao determinismo dos fatos. O ‘fato’, que é simplesmente a presença das coisas utilizáveis, é objeto de ‘constatação intuitiva’. A F. da existência, ao contrário, só é acessível através da ‘compreensão emotiva’ (*Seín und Zeit*, § 29). Nesse sentido, a F. é um modo de ser próprio do homem e diferente da factualidade (v.), que é o modo de ser das coisas. ABBAGNANO, N. Dicionário de filosofia. Op. Cit. p. 424.

[1040] “[...] A Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?”. RR2: 141.

[1041] GTLS: XXIX.

do Direito não se manifesta na conduta efetiva dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica. A realidade jurídica, a existência específica do Direito, manifesta-se num fenômeno designado geralmente como positividade do Direito".

Na inspirada reflexão de Francesco Carnelutti (1879 - 1965) em sua consagrada obra *Teoria Generale del Diritto* (Teoria Geral do Direito - 1940)[1042]:

> O objeto é um círculo luminoso que o projetor traça na paisagem noturna. A sua volta existe a sombra sem fim. Aquele círculo não é o que existe fora de mim, mas sim o que de mim se projeta sobre o real: enquadramento da realidade, e deste modo uma sua redução dentro de limites de forma, de espaço e de tempo. Mas, ainda assim reduzida, é a realidade ainda realidade? É o mesmo que perguntar se, tirando nós água de um rio, o que se tira é o rio.

No tópico anterior, ficou demonstrado que a proposta jusnaturalista não faz uma clara distinção entre o que supostamente "*é*" a justiça e o que "*deve ser*" o direito, e, como se dá a transição entre a descrição de um "*ser*" para concluir a imposição de um "*dever-ser*", logo, a dificuldade epistemológica de isolar um objeto de estudo, como Alf Ross já disse alhures[1043]: "Invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto", ou seja, não há nenhuma metodologia científica capaz de concluir qualquer conhecimento objetivo e avalorativo acerca de um dever-ser - existente em si mesmo - sem nenhuma categoria da cognição jurídica como forma *a priori* de seu entendimento.

As tentativas de "legitimar" o direito escapam do alcance dos recursos da *ἐπιστήμη* (episteme), da lógica e da ciência, pois integram o campo da *δόξα* (doxa) e da política, o que não invalida a legítima pretensão de buscar a justiça e orientar a prestação judicial na solução dos casos concretos.

Também não significa dizer que o estudo sobre a "legitimidade do direito" não possa pertencer a outras formas de compreensão do fenômeno jurídico, mas que o positivismo jurídico em suas pretensões de cientificidade os elementos metajurídicos a serem considerados neste tipo de análise, não pertencem ao domínio da ciência *autônoma* do positivismo jurídico, mas a filosofia e a sociologia do direito. Importante lembrar que Hans Kelsen também teorizou sobre política e justiça, a *teoria pura* é uma de suas inúmeras

[1042] CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do direito. São Paulo: Lejus, 1999, p. 30.
[1043] ROSS, Alf. Direito e Justiça. Op. Cit. p. 320.

contribuições para o direito, mas sempre cuidou de separar a metodologia e o objeto dos dois campos de estudo.

Por exemplo, na obra *Der Staat als Integration eine Prinzipielle Auseinandersetzung* (O Estado como integração um debate fundamental - 1930), Hans Kelsen pretendendo refutar a *Teoria da Integração* do jurista alemão Carl Friedrich Rudolf Smend (1882 - 1975), que, segundo Robert Chr. van Ooyen[1044], foi uma teoria antidemocrática muito popular na década de 1930 na Alemanha alinhada à Carl Schmitt, Kelsen reconhece a importância do estudo interdisciplinar sobre o fenêmeno jurídico *in totum*, citando, inclusive, os estudos do *Wierner Kreis* sobre as ciências sociais, contudo, salienta que esta prerrogativa não faz parte da Teoria pura do direito[1045]:

> *Damit leugnet die Wiener Schule durchaus nicht die Notwendigkeit, auch jene psychophysischen Akte in ihrer natürlichen, d. h. biologischen und psychologischen Gesetzlichkeit zu untersuchen, in denen der Staat als Sinngebilde ruht. Sie unterschätzt insbesondere nicht die Bedeutung, die einer tieferen Einsicht in die Motivations- zusammenhänge zukommt, in denen sich das ideelle System des Staates ‚realisiert'. Aber sie sieht sich durch die Dualität der Erkenntnisrichtungen gezwungen, diese Untersuchungen einer anderen Disziplin zuzuweisen als einer auf den Staat als Sinngebilde gerichteten Betrachtung.*

Kelsen mostra também que nas teses jusnaturalistas há sempre dois sistemas normativos distintos que se entrelaçam como se fossem um único sistema de *dever-ser*, ou seja, uma ordem divina, natural ou política, que se confunde com a ordem jurídica. Contudo, qual o fundamento deste vínculo para identifica-lo como objeto de estudo? A justiça é o objeto de estudo do direito? A natureza, a razão, a liberdade ou a sociedade? Ocorre que neste entrelaçamento reside uma

---

[1044] "*Dabei stehen die einflussreichen „Schulen" um Carl Schmitt und Rudolf Smend bis in die „zweite Generation" hinein im Vor-dergrund; sie beherrschten den staatsrechtlichen Diskurs der 50er und 60er Jahre*". (As influentes 'escolas' em torno de Carl Schmitt e Rudolf Smend estão em primeiro plano até a "segunda geração"; eles dominaram o discurso constitucional dos anos 50 e 60). OOYEN, Robert Chr. van. Integration: Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik, p. 114.

[1045] (A Escola de Viena não nega com isso a necessidade de examinar esses atos psicofísicos em sua forma natural, isto é, examinar as leis biológicas e psicológicas nas quais o Estado se baseia como uma estrutura simbólica. Em particular, não subestima a importância de uma visão mais profunda dos contextos motivacionais nos quais o sistema ideal do Estado é "realizado". Mas devido à dualidade de direções cognitivas, ela se vê forçada a atribuir essas investigações a uma disciplina diferente de um exame focado no Estado como uma estrutura simbólica). KELSEN Hans. Der Staat als Integration eine Prinzipielle Auseinandersetzung. Wien: Springe, 1930, p. 22.

dificuldade epistemológica como Volker Neumann explica, ao interpretar Kelsen, a relação entre o positivismo e as demais formas de examinar as leis da natureza[1046]:

> [...] *die Theologie mit „zwei Ordnungen, mit einer doppelten Wahrheit" operiere, da sie die zwei voneinander verschiedenen Systeme Gott und Natur innerhalb ein und derselben Erkenntnissphäre auftreten lasse, „während die prinzipielle Tendenz aller Erkenntnis auf systematische Einheit gerichtet ist". Die Überwindung und Aufhebung der theologischen Methode ist die Herstellung der Einheit und Reinheit des Systems: Die Staats- oder Rechtslehre muss, „will sie den Forderungen der Logik, der Wissenschaftlichkeit genügen, entweder das Recht im Staat aufgehen lassen, das heißt: die jeweilige Rechtsordnung als Staatsordnung erkennen, oder den Staat im Recht aufgehen lassen, d. h. die jeweilige Staatsordnung als Rechtsordnung erkennen". Bekanntlich geht Kelsen den zweiten „Weg zu einer echten Wissenschaft": Die Identifikation des Staates mit dem Recht, die Erkenntnis des Staates als Rechtsordnung wird zur Voraussetzung einer echten, einer reinen Rechtswissenschaft.*

Admitir que os dois sistemas normativos possuem algum vínculo, significa acreditar que há uma forma de "*causalidade natural*" entre *ser* e *dever-ser* e negar a "*causalidade por imputação pela norma jurídica*" como categoria cognitiva do direito, o que já foi demonstrado ser inaceitável pela epistemologia jurídica.

Sendo assim, no lugar de idealizar uma forma de *legitimar* o direito por um critério (mágico) de justiça - "uma entidade metajurídica ensimesmada que se impõem à todas as condutas"[1047] - o direito positivo *valida* formalmente o valor de justiça pretendido pela *política jurídica*, diz Kelsen[1048]: "A questão do conteúdo legítimo da ordem estatal não pertence à teoria geral do Estado, mas sim à política [...] Esta, se quiser manter o seu método

---

[1046] (A teologia opera com "duas ordens, com uma dupla verdade" porque permite que os dois sistemas mutuamente diferentes de Deus e da natureza apareçam dentro de uma mesma esfera de conhecimento, "enquanto a tendência fundamental de todo conhecimento é direcionada para a unidade sistemática". A superação e abolição do método teológico é o estabelecimento da unidade e pureza do sistema: A teoria do Estado ou do direito, "se quiser atender às demandas da lógica e da ciência, deve permitir que a lei seja absorvida em o Estado, isto é, o respectivo sistema jurídico, reconhece-o como uma ordem estatal, ou permite que o Estado seja absorvido pela lei, ou seja, h. reconhecer a respectiva ordem estatal como uma ordem jurídica". Como é bem sabido, Kelsen segue o segundo "caminho para uma ciência real": a identificação do Estado com a lei, o reconhecimento do Estado como um sistema jurídico torna-se o pré-requisito para uma ciência jurídica pura e real). NEUMANN, Volker. Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. HFR 9/2012. (Humboldt Forum Recht). Disponível em: https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/hfr/deutsch/2012-09.pdf Acesso em 13/08/2024, p. 5.

[1047] "Ora, a pergunta é esta, se a sabedoria vem de cima para baixo (através de *inspiração*) [(...) ou infundida] ou se levanta de baixo para cima [ao precisar subir penosamente], contanto que se esforce seriamente para isso. - A filosofia afirma o último: subir da terra ao céu (para cima), o misticismo, o primeiro: descer do céu para a terra". Kant, Immanuel. In.: PERIN, Adriano e THIAGO, Adriano. O conceito de filosofia em Kant: Uma tradução e um comentário. Fragmento - Mais um esboço de Kant ao prospecto de Jachmann Encontrado e editado por Dieter Henrich. Disponível em: ANALYTICA, Rio de Janeiro, vol 13 nº 1, 2009, p. 165-196. https:// revistas. ufrj. br/ index. php/ analytica/ article/ viewFile/555/509 Acesso em 07/10/2019, p. 175.

[1048] GTLS: 34

em toda a sua pureza e integridade, deve, absoluta e rigorosamente, excluir qualquer intromissão do ponto de vista político".

Pois bem, no campo da epistemologia filosófica, o *idealismo transcendental*[1049] de Immanuel Kant (1724 - 1804) estabelecia já no século XVIII um anteposto para o conhecimento científico que não tem origem nos objetos da natureza, mas em estruturas cognitivas *a priori* que recepcionam e regulam os dados da experiência sensível[1050], de modo correlato, assim como a fonte empírica *a posteriori* constitui mas não contém *em-si*, *cientificidade*, para a *ciência jurídica*, a *facticidade* constitui mas não contem *em-si*, *juridicidade*, o que exige instituir pelo *transzendentale Methode* (método transcendental), um *intellectus archetypus legalis* como unidade analítica do discurso jurídico, bem como as *estruturas formais do direito positivo* como categorias *a priori* da experiência jurídica.

Aqui um breve comentário de Luis A. Warat que faz uma sutil observação sobre a linguagem científica do positivismo[1051]:

> A relação semântica é aquela que vincula as afirmações do discurso com o campo objetivo a que este se refere. Estamos, assim, frente a uma noção de verdade que se qualifica como objetiva, para diferenciar-se da verdade subjetiva, que pode revestir-se na forma de uma opinião, uma crença, uma valoração ou um estado mental. A partir da concepção semântica de verdade tornam-se sem sentido os enunciados que não possuem referência empírica. Desta forma, os critérios de organização positivista das linguagens científicas desqualificam os âmbitos ideológicos de significação. Pretendem, assim, reduzir a significação ao campo referencial e constroem, dessa maneira, o mito do referente puro. Pretendem a construção de uma linguagem ideal, com aparência de realidade, que reforça a visão do mundo cristalizadora do status quo.

O que se pretende dizer é que "o direito" não sendo considerado uma realidade (racional ou empírica) fechada *em si*, "um *ser-em-si* fenomenologicamente autossuficiente" - tal como para o método kantiano o conhecimento não se reduz ao intelecto ou ao sensível - o direito também exige um *arquétipo lógico jurídico* (matematizado para usar um termo da *Marburg Schule*) para estabelecer a *singularidade epistemológica* de sua própria "existência", considerando, como visto, que a norma possui

---

[1049] Sobre o *Idealismo transcendental*, vide: KrV, A491/B519: 449; KrV A492/B521:450.

[1050] "A tese kantiana é: os fenômenos estão necessariamente submetidos às categorias, de tal modo que, pelas categorias, somos os verdadeiros legisladores da Natureza". DELEUZE, G. A filosofia crítica de Kant. Trad. de Germiniano Franco. Lisboa - Portugal: Edições 70, Lda., 1963, p. 24.

[1051] WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 42.

a função de atribuição de *juridicidade* pelo *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito) por via *das Sollen der Zurechnung* (*dever ser* de atribuição) - o vínculo deontológico de imputação - logo, a *norma jurídica* é responsável na doutrina positivista por desencadear o processo de *Verrechtlichung* (*juridificação*) dos fatos e valores ao internalizá-los ao ordenamento, símile as categorias *a priori* do entendimento quando recepcionam os dados externos da sensibilidade.

Analogamente ao *criticismo kantiano* quando rejeitou a redução metodológica para a apreensão objetiva do conhecimento das ciências da natureza, polarizada pelos *juízos sintéticos* do *empirismo* e pelos juízos *analíticos* dos racionalistas[1052], o *positivismo jurídico* ao posicionar as estruturas formais do direito positivo como apriorismos, ou, como condições de possibilidade da experiência jurídica, também rejeita para a fundamentação da *juridicidade* e para a produção do conhecimento científico, a bipolarização reducionista entre o *indutivismo sociológico* e *a metafísica do direito natural* (seja do jusnaturalismo ontológico ou racional).

Stanley L. Paulson explica que Hans Kelsen, assim como Kant, rejeita reduzir o conhecimento à metafísica, no sentido do racionalismo dogmático ou de qualquer autoridade metajurídica ou inclinação de um querer psicologizado, pois extrapolam os limites do arquétipo normativo jurídico e do *transzendentale Methode* (método transcendental)[1053]: "*Como Kant, también Kelsen rechaza cualquier invocación a la 'metafísica', o sea cualquier recurso a Dios o la Naturaleza como autoridad metajurídica, para el conocimiento, o bien, el conocimiento del derecho*".

Na *Hauptprobleme* Kelsen explica que[1054]: *Aus der Norm, nicht an die Seele des Zurechnungssubjektes ist das Zurechnungsprinzip zu holen. Ist daher in irgendeinem Falle ein psychisches Moment Voraussetzung der Zurechnung, so ist dies nur deshalb und nur soferne der Fall, als die Norm ein solches enthielt, d. h. sofern das Normobjekt unter seinen Tatbestandsmerkmalen ein solches psychisches Moment wie Wollen oder Wissen anfweist.* (O princípio da atribuição encontra-se na norma, não na alma do sujeito da atribuição. Portanto, se em qualquer caso um elemento psicológico é um pré-requisito para a atribuição, este só será o

[1052] "Quanto aos que observam um método *científico*, têm a escolher entre o método *dogmático e* o método *cético*, mas em qualquer dos casos têm a obrigação de proceder sistematicamente. Se menciono, no primeiro caso, o famoso Wolff, e no segundo David Hume, posso dispensar-me, relativamente ao meu propósito atual, de mencionar outros". KrV, A856/B884: 685.
[1053] PAULSON, Stanley. L. Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen. Op. Cit. p. 107.
[1054] HP: 77.

caso se a norma contiver um, ou seja, na medida em que o objeto normativo indica, entre seus elementos constituintes, um elemento psicológico como o querer ou o saber).

E, na didática de Zhiron Khujadze[1055]:

> *Dogmatic rationalism and skeptical empiricism can be overcome in the form of transcendental idealism, which states that the objects of experience are never given in themselves. For instance, both propositions that the world is infinite in magnitude and that the world is finite in magnitude, present the world as the thing-in-itself, that must be dismissed because the world can only be represented in relation to the consciousness. It is a mistake to assume absolutely unconditioned empirically. The world is not a whole existing in itself; It is an appearance and appearances do not exist without our representations.*

Kelsen tampouco considera que as *deskriptiven Rechtssätzen* (proposições normativas -descrições das normas) como *juízos sintético a priori*, logo, necessário e universal, pois, como já demonstrado, o positivismo não pretende conhecer, ou, reconhecer na existência de um elemento metajurídico - externo - o fundamento do direito, tal como faz a *razão teórica kantiana*[1056] quando recepciona e organiza a causalidade natural. Como diz Dan O'Brien[1057]: "O sintético *a priori* é interessante e controverso porque através do raciocínio podemos ficar a saber verdades acerca da natureza da matemática, da moralidade e do mundo".

Contudo, aqui há uma importante diferença entre o apriorismo cognitivo kantiano e o apriorismo normativo kelseniano (Kelsen é anticognitivista), pois, para Kant, a *causalidade* é uma categoria *a priori* do entendimento que corresponde à da lei natural - mediante o testemunho da experiência - que apreende o movimento e a transformação da matéria segundo o princípio da causalidade em um espaço/tempo determinado, em Kelsen não há esta lei ou esta "causalidade para o direito" como um imperativo do *dever-ser* (metajurídico) a margem das estruturas lógicas do direito positivo, a espera "de ser recepcionada".

[1055](O racionalismo dogmático e o empirismo cético podem ser superados na forma de idealismo transcendental, que afirma que os objetos da experiência nunca são dados em si mesmos. Por exemplo, ambas as proposições de que o mundo é infinito em magnitude e que o mundo é finito em magnitude, apresentam o mundo como a coisa em si, que deve ser descartada porque o mundo só pode ser representado em relação à consciência. É um erro assumir que é absolutamente incondicionado empiricamente. O mundo não é um todo existente em si mesmo; é uma aparência e as aparências não existem sem nossas representações). KHUJADZE, Zhiron. Hans Kelsen's Basic Norm: p. 08. Disponível em: https:// jlaw. tsu. ge/ index.php/JLaw/article/view/7014 Acesso em: 17/10/2024.

[1056] "Na medida, porém, em que a doutrina pura dos costumes também pertence ao ramo particular do conhecimento humano e filosófico derivado da razão pura [...]". KrV, A 842/B 870: 675.

[1057] O'BRIEN, Dan. Introdução à teoria do conhecimento. Tradução de Pedro Gaspar. Gradiva, 2006, p. 210.

Em outras palavras, para Kelsen, não há "causalidade jurídica" natural "externa" ao direito positivo para ser recepcionada e organizada pela norma como *intellectus archetypus legalis*, o que difere substancialmente, mas não formalmente, das *categorias a priori* como condição do entendimento, razão pela qual, a importância fundamental do estudo da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) de Hermann Cohen, pois é caminho pelo qual Kelsen se aproximou de Kant, considerando que Cohen combateu a incursão psicologista dos idealistas alemães, preservando a filosofia transcendental como método da experiência, à margem das especulações sobre a consciência na constituição do objeto da experiência.

A formulação da *teoria pura do direito*, ou, mais precisamente, *a pureza metodológica* do positivismo jurídico tem por base, portanto, a epistemologia neokantiana da *Marburg Schule.* Não há, portanto, *juridicidade* anterior ou à margem do *direito positivo*, *cf.* S. Paulson[1058]: "[...] *a norma jurídica no se comprende como imperativo, a semejanza de la norma moral, como las más de las veces lo hace la doctrina tradicional, sino como juicio hipotético que expresa el enlace específico de hecho condicionante con una consecuencia condicionada*".

Da mesma forma em Carsten Heidemann[1059]: "[…] *Kelsen's neo-Kantian epistemology can account for the distinction between "is" and "ought", which can be traced back to the difference between the categories of causality and normative imputation - which in turn accounts for and is derived from the difference between natural sciences and legal science*". ([…] a epistemologia neo-kantiana de Kelsen pode explicar a distinção entre 'é' e 'dever-ser', que pode ser rastreada até a diferença entre as categorias de causalidade e imputação normativa - que, por sua vez, explica e é derivada da diferença entre ciências naturais e ciência jurídica).

Vide também a observação de Pierluigi Chiassoni[1060]:

> […] *las normas jurídicas, aun siendo entidades ideales distintas de los hechos tales como la pronunciación de un veredicto de condena en la sala de un tribunal, la protesta de una multitud tumultuosa, el siniestro sonido de la hoja de la guillotina, son el significado de actos de voluntad de órganos jurídicos en contextos espacio-temporales determinados. Por lo tanto, también las normas son entidades empíricas: al menos en el sentido de ser entidades*

[1058] PAULSON, Stanley. Opc. Cit. p. 111-112.
[1059] HEIDEMANN, Carsten. Hans Kelsen and the transcendental method. Northern Ireland Legal Quarterly. Disponível em: https:// nilq. qub. ac. uk/ index. php/ nilq/ article/ view/780/618 Acesso em 21/07/2024. p. 364.
[1060] CHIANSSONI, Pierluigi. La tradición analítica em la Filofía del Derecho. Lima: Palestra, 2017, p. 473.

> *dependientes de la experiencia (experience-dependent), dotadas de existencia en un tiempo y en un espacio dados*.

O pressuposto de que as estruturas formais do *direito positivo* são esquemas *apriorísticos* de atribuição de significado (jurídico) à realidade - que rejeita, portanto, os pressupostos das teses *metafísicas* (*jusnaturalistas*), *psicologistas* e *sociologistas* como fundamento do direito, é um entendimento compartilhado pelos estudiosos do positivismo, entre eles, Michael Steven Green[1061]: "[...] *an alternative to the empiricist and natural law approaches* [...]", (uma alternativa às abordagens empiristas e do direito natural), bem como Luis Albert Warat: "*Kelsen acepta también la premisa kantiana, que el entendimiento constituye conceptualmente el objeto del conocimiento. Es a través de la constitución del conocimiento, que se estructura el sentido y las funciones de la realidad jurídica*"[1062]; e, Stanley L. Paulson[1063]: "*Desde el punto de vista sistemático Kelsen es - esta mi primera tesis - kantiano en la medida en que intenta encontrar un 'término medio' entre la teoría empírica del derecho y la doctrina del derecho natural, de la misma manera como Kant antes que él había buscado un 'término medio' entre el empirismo escéptico y el racionalismo dogmático*".

Há, portanto, uma sutileza sobre a recepção da herança epistemológica kantiana no pensamento de Kelsen, mediada por Hermann Cohen, que soluciona qualquer dúvida em relação à elementos metajurídicos na fundamentação do positivismo, por exemplo, como foi dito *ut supra*, que a *pureza metodológica* não trata do *apriorismo normativo* como um *imperativo* que implica um *dever-ser* jurídico, tal como é a *liberdade* um *imperativo categórico* do *dever-ser* da *razão prática kantiana*.

Diferente de reconhecer a substância empírica (valorativa ou psíquica), dotadas de *imperativos do dever-ser*, Kelsen considera a *norma* como uma condição lógico-hipotética para *validar* juridicamente o conteúdo fático-valorativo, e, só assim, instituir existencialmente o *dever-ser*, na medida em que vincula (*imputa*) a resposta do Estado (*sanção/consequente*) ao preceito normativo (*hipótese/antecedente*), *cf.* Kelsen[1064]: "O fato de a norma jurídica vincular certa sanção a certa conduta faz com que a conduta oposta se torne um dever jurídico"; e, José A. Sedín Mateos[1065]: "*Según la teoría pura del derecho, no existen*

[1061] STEVEN GREEN, M. Hans Kelsen and the logic of legal systems. Disponível em: https:// scholarship. law. wm.edu/facpubs/173/ Acesso em 25/03/2024.
[1062] WARAT, L. A. La Norma fundamental kelseniana como critério de significación. Disponível em: https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/333079/20789061 Acesso em 25/03/2024. p. 55.
[1063] PAULSON, S. L. Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen. Bogotá: UE Colombia, 2000, p. 78.
[1064] TGDE: 88.
[1065] SEDÍN MATEOS, J A. La filosofia moral de Hans Kelsen. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 107.

valores inmanetes a la realidade, ni inherentes a la naturaleza [...]"; uma das razões pelas quais, a norma é o objeto do direito. Eis aí seu princípio *Die Selbsterzeugung des Rechts* - auto geração do direito.

Admitir o contrário é um *non sequitur*, pois, reconhecer a existência de uma *obrigação jurídica* como efeito de uma *causalidade* natural, ou, de modo inverso, concluir pela causalidade natural universal a partir do *dever-ser* particular (*Modus Tollens*: ((P → Q) ¬ Q) → ¬ P), é um tipo de raciocínio sempre fruto de uma hipostasia sub-reptícia, pois não havendo relação necessária, não o importa a posição das premissas no enunciado, do geral para o particular (racionalismo) ou do particular para o geral (sociologismo). Para o positivismo são procedimentos falaciosos que veem sendo desconstruídos neste trabalho desde o estudo da física teórica, da relatividade, do princípio da incerteza, do rompimento com a *razão prática* e do enquadramento linguístico da realidade.

Sendo assim, o direito se realiza pelo liame lógico-hipotético "se p então q" (p → q)[1066] sem apelo à substância, *das Sollen der Zurechnung* (a atribuição de juridicidade) é uma prerrogativa exclusiva do direito positivo, logo, não se "incorporam direitos subjetivos", como direito à vida, liberdade ou propriedade, mas se cumprem estes mesmos deveres quando imputados pela norma válida, como escreve A. Trivonno[1067]: "As proposições jurídicas são, segundo Kelsen, juízos hipotéticos que enunciam que, mediante determinadas condições ou pressupostos fixados pelo ordenamento jurídico, devem ocorrer determinadas consequências estabelecidas por esse mesmo ordenamento".

Eis aí a materialização do *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito).

Cf. Ricardo Azpurua Ayala[1068]: "

> *El punto de partida está para Kelsen en la Crítica de la Razón Pura, por cuanto intenta un análisis trascendental del conocimiento jurídico que es a su vez Teoría del Conocimiento del mismo. Por ello, la investigación estará limitada al análisis de aquellos conceptos y categorías que sirvan de fundamento lógico a dicho conocimiento, y también al estudio del juicio-proposición que exprese la legalidad jurídica específica.*

[1066] Tese do *atomismo lógico* russelliano aplicado à norma (paradigma linguístico do WK).
[1067] TRIVISONNO, A. T. G. (2020). A Teoria da Estrutura Hipotética das Normas Jurídicas de Kelsen: características, evolução e balanço de sua Importância. Revista Brasileira De Estudos Políticos, 121, 73-120. Disponível em: https://doi.org/10.9732.2020.v121.773. Acesso em 28/11/2024, p. 96.
[1068] AYALA, Ricardo Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. p. 71. Disponível em: http: // www. ulpiano. org. ve/ revistas/ bases/ artic/ texto/ RDUCV/ 30/ rucv_1964_30_55-78.pdf Acesso em 31/10/2024.

Mais uma vez, se a norma é o átomo do direito, a estrutura lógica na qual se reduz a *juridicidade*, e, seu functor deontológico (*Zurechnung*) a categoria fundamental da cognição jurídica, conclui-se que a *norma* é o objeto de estudo da ciência jurídica, pois a partir dela que se pode construir toda a complexidade e sistemática do conhecimento jurídico. *Cf.* Boaventura de Sousa Santos[1069]: "[...] o método científico assenta na redução da complexidade. O mundo é complicado e a mente humana não o pode compreender completamente. Conhecer significa dividir e classificar para depois poder determinar relações sistemáticas entre o que se separou".

Kelsen ao considerar o *direito positivo* como um esquema *a priori* do processo de *juridificação* (*Verrechtlichung*) da realidade, sob o ponto de vista estrito de seu caráter *analítico*, não significa reconhecê-lo como uma entidade *noumênica - em si mesma* - ou seja, de que há qualquer ontologia por trás dos esquemas *a priori* do direito positivo, como erroneamente muitos críticos entendem, desde os defensores das teses psicologistas, teológicas da linguística *Innere Sprachform* e do jusnaturalismo em geral.

Este acusação de que o apriorismo kelseniano guardaria alguma relação com o jusnaturalismo já foi superada no estudo da *Analytical Philosophy* de Frege e do *neopositivismo* do *Wierner Kreis*, ao considera-las como partes constitutivas do paradigma filosófico, epistemológico e linguístico do positivismo jurídico kelseniano. *Cf.* Ricardo Azpurua Ayala[1070]: "*Es claro que el intento kelseniano de establecer los principios a priori, que sean las condiciones de posibilidad, universales y formales del conocimiento jurídico, viene a constituir una especie de construcción trascendental que unifica y constituye dicho conocimiento en cuanto conocimiento jurídico*"; e ainda reforça que Hans Kelsen rechaça[1071]: "[...] *cualquier tipo de Derecho Natural metafisico, por cuanto en la concepción clásica que lo posibilita el deber ser resulta del ser, ya que el orden natural y la idea de naturaleza tienen un fundamento ontológico*".

Assim se justifica o já mencionado princípio *Die Selbsterzeugung des Rechts* (auto geração do direito), pois, se o direito constitui seu objeto de estudo a partir da cognição jurídica - *das Sollen der Zurechnung* (*dever-ser* por imputação) - por não haver forma de existir ou demonstrar uma *juridicidade metajurídica*, naturalmente que o conhecimento da

[1069] SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 28.
[1070] AYALA, R A. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. Op. Cit. p. 57.
[1071] Ibid. p. 71.

ciência jurídica se produz a partir das próprias categorias epistemológicas, de acordo com Kelsen[1072]: "A ciência jurídica procura apreender o seu objeto 'juridicamente', isto é, do ponto de vista do Direito"; sem recorrer a sincretismos científicos.

Deve-se lembrar que após a publicação da *Crítica da razão pura*, não se produz conhecimento cientifico pressupondo a capacidade da razão de conhecer um *noumeno* em si mesmo (metafísica tradicional) ou um *fenômeno* com realidade em si mesmo (empirismo), pois a faculdade da razão é um "princípio ativo - não passivo receptor de dados como no empirismo" - o criticismo pressupõe a constituição (ativa) da razão na formação do objeto do seu conhecimento. Formalmente o positivismo jurídico assimilou que a ciência jurídica também deve constituir seu objeto de estudo próprio, pois, analisar um dado metajurídico que extrapola os limites da epistemologia jurídica está além do alcance metodológico de uma ciência autônoma, recaindo no sincretismo que Hans Kelsen pretendeu combater.

A propósito, não confundir a *Die Selbsterzeugung des Rechts* - auto geração do direito no sentido epistemológico - com *produzir normas* no sentido legiferante (legislador) ou hermenêutico (órgão aplicador do direito), pois ambas se equivalem, como observa bem observa Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha[1073]: "[...] o juiz e o administrador, ao estabelecerem a sentença ou o ato administrativo (vistos também como normas), estão aplicando a legislação. Fica claro, portanto, que não há uma distinção de ordem qualitativa entre legislação e execução, posto que todo ato de legislação nos conduz à ideia de aplicação de uma norma superior". Contudo, *cf.* adverte Ricardo E. Martins[1074]: "[...] Kelsen está querendo nos dizer que, para se chamar uma Ciência de 'normativa', seria preciso entendê-la não como uma 'produtora' de 'normas', mas sim, como uma estudiosa do objeto 'norma'".

Cf. Kelsen[1075]:

> *Concebir algo jurídicamente, no significa otra cosa que concebirlo como Derecho. Con la tesis de que sólo las normas de Derecho pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico, no se afirma más que una tautología. Pues el Derecho el único objeto del conocimiento jurídico, es norma; pero la norma es una categoría que no tiene aplicación en el ámbito de la naturaleza. Cuando se califica de hechos jurídicos a ciertos actos de naturaleza, no se ha*

[1072] RR2: 3.
[1073] VITORIANO CUNHA, Ricarlos Almagro. Hermenêutica jurídica em Kelsen. Apontamentos críticos. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 180 out./dez. 2008. p. 284. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176576 Acesso em 06/01/2025.
[1074] MARTINS, Ricardo Evandro Santos. A ciência do direito como uma ciência humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. Porto Alegre: Editora Fi, 2016, p. 175.
[1075] KELSEN, Hans. El Método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Op. Cit. p. 28.

> *hecho otra cosa que afirmar la validez de normas cuyo contenido se corresponde hasta cierto punto con lo que en la realidad acontece.*

Da mesma forma na *Hauptprobleme*[1076]:

> *Die Frage, ob der Rechtssatz als Imperativ oder als hypothetisches Urteil aufzufassen sei, ist die Frage nach der idealen Sprachform des Rechtssatzes oder auch nach dem Wesen des objektiven Rechtes. Der praktische Wortlaut, dessen sich die konkreten Rechtsordnungen bedienen, ist für die Entscheidung des Problems irrelevant. Der Rechtssatz muß aus dem Inhalt der Gesetze herauskonstruiert werden und die Bestandteile, die zu seiner Konstruktion nötig sind, finden sich häufig nicht einmal in dieselben Gesetze, sondern missen aus mehreren zusammengestellt werden.*

Aqui vale reforçar a advertência de que a *norma jurídica* aqui tratada não é uma declaração de autoridades legislativas e judiciais, aliás, nas teorias da argumentação o conceito de norma sempre esteve aberto, a cada obra publicada uma nova concepção, pois a margem da epistemologia o direito o conceito de norma estão entregues à opinião, como diz Goffredo Telles Jr. (1915 - 2009)[1077]: [...] abram-se os tratados, os compêndios, as monografias; ouçam-se as lições dos doutores, mestres, uma conclusão inferir-se-á de imediato: sobre a definição da norma jurídica cada cabeça tem uma sentença, cada jurista tem seu conceito, cada doutrina, uma convicção. Sempre é importante relembrar que a *Teoria pura do direito* não é uma "doutrina kelsenina", no sentido que é uma "opinião da sua autoridade", Kelsen configurou o paradigma do positivismo jurídico, reconstruindo os caminhos antes desbravados pela filosofia, pela epistemologia e pela filosofia da linguagem, ou melhor: os "paradigmas filosófico, epistemológico e linguístico do positivismo". Em Kelsen[1078]:

> É precisamente por seu caráter anti-ideológico que a teoria pura do Direito prova ser uma verdadeira ciência do Direito. A ciência como cognição tem sempre a tendência imanente de revelar o seu objeto. Mas a ideologia política encobre a realidade, seja transfigurando-a a fim de conservá-la ou defendê-la, seja desfigurando-a a fim de atacá-la, destruí-la ou substituí-la por outra realidade.

[1076] (O problema de saber se a norma jurídica deve ser concebida como um imperativo ou como um julgamento hipotético é o problema da forma ideal de expressar a norma jurídica ou também, poderíamos dizer, o problema da essência do direito objetivo. A linguagem prática empregada pela ordem jurídica concreta é indiferente, quanto à solução que se dê a este problema. A norma jurídica tem que ser construída como conceito, desvendando-a do conteúdo das leis, e os elementos necessários para sua construção nem se encontram, frequentemente, em uma única lei, mas devem ser reunidos com base em várias). HP: 237.

[1077] TELLES Jr., Goffredo apud DINIZ, Maria Helena, in.: DINIZ, Maria Helena. Conceito de norma jurídica como problema de essência. 2.ª ed. São aulo: Saraiva, 1996, p 1-2.

[1078] GTLS, p. XXXII.

A norma antes de ser uma declaração das autoridades é um juízo hipotético condicional suportado pelo functor deontológico de causalidade por imputação - demonstrada pela filosofia analítica e pela epistemologia jurídica - cuja matéria prima é variável e contempla condutas, ilicitudes e toda sorte de valores culturais.

O direito positivo tem a prerrogativa, conforme a teoria do conhecimento de linhagem neokantiana, de constituir a norma jurídica como seu próprio objeto e o conteúdo que ela abriga só pertence ao "estudo científico", ou, a *deskriptiven Rechtssätzen* (descrição por *proposições normativas*), na medida em que está contemplado em uma norma válida.

Cf. ensina Bulygin[1079]:

> *We need to keep in mind that in this second, 'Kantian' stage of Kelsen's development – which runs until 1960 - a legal norm is not simply a norm issued by legal authorities such as legislatures or judges; it is a product of the reformulation or reconstruction of legal science. Prohibitions and commands issued by legal authorities by means of statutes or judicial decisions constitute only the 'raw material' out of which legal science constructs legal norms. This idea of a science that 'creates' its own object was repeatedly formu lated by Kelsen in many of his works.*

Yevgeny Bulygin ainda lembra que a ciência jurídica é uma ciência normativa, precisamente por criar seu próprio objeto e se expresser por *prosições normativas*, ou seja, seus enunciados linguísticos descrevem normas jurídicas[1080]: "*This forms the basis of Kelsen's views, during this period, on the normativity of legal science: legal science is normative not merely in the sense that it is concerned with norms, but also, and above all, because its propositions are normative; its propositions are norms*". (Isso forma a base das opiniões de Kelsen, durante este período, sobre a normatividade da ciência jurídica: a ciência jurídica é normativa não apenas no sentido de que está preocupada com normas, mas também, e acima de tudo, porque suas proposições são normativas; suas proposições são normas).

[1079] (Precisamos ter em mente que, neste segundo estágio 'kantiano' do desenvolvimento de Kelsen - que vai até 1960 - uma norma legal não é simplesmente uma norma emitida por autoridades legais, como legislaturas ou juízes; é um produto da reformulação ou reconstrução da ciência jurídica. Proibições e comandos emitidos por autoridades legais por meio de estatutos ou decisões judiciais constituem apenas a 'matéria-prima' a partir da qual a ciência jurídica constrói normas legais. Essa ideia de uma ciência que 'cria' seu próprio objeto foi repetidamente formulada por Kelsen em muitas de suas obras). BULYGIN, Eugenio. Kelsen on the Completeness and Consistency of Law. In.: Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law. Oregon: Hart, 2013, p. 227.
[1080] BULYGIN, Eugenio. Ibid. p. 228.

Esta observação vale também contra as tentativas de atribuir ao *positivismo kelseniano* outro caráter senão o da objetividade e, sobretudo, da *pureza metodológica* e da *autonomia* científica.

*
* *

Uma nota sobre as "ciências jurídicas": Muito se aproveitou das conquistas e da credibilidade do positivismo kelseniano para disseminar todo tipo de "ciências jurídicas", relativizando a objetividade e os princípios fundamentais da epistemologia e da teoria do conhecimento. Parafraseando George Steiner[1081]: "Tais rótulos são blefes arrogantes, ou empréstimo, claro em sua empolgação, dos invejados sucessos e movimentos avançados da ciência e da tecnologia"; o rótulo de "ciências jurídicas" são usados para legitimar a opinião de alguma autoridade. Quantas "novas ciências jurídicas" surgem a cada instante com a publicação de cursos e manuais? Assim como sugeriu Goffredo Telles Jr., cada novo jurista uma nova doutrina e cada doutrina uma nova "ciência".

Não há, na história da teoria do direito, nenhuma outra "ciência jurídica" antes, depois ou fora do *positivismo*, para usar da terminologia do *Wierner Kreis*, se as tentativas de produzir "conhecimento científico" do direito não passaram de *pseudociência*, pois não vencem nenhum critério de demarcação do conhecimento científico, foi pelo fato de que sempre se associou o direito com algum tipo de crença, como a pressuposição de uma *juridicidade* em si mesma, a causalidade natural, uma *ontologia* pressuposta, valores de justiça, a vontade divina, ou ainda, a opinião *ab auctoritate*, segundo o "excelentíssimo senhor doutor". Dan O'Brien lembra que[1082]: "Os positivistas lógicos defendiam que as afirmações que não podem ser verificadas são destituídas de significado e, para eles, uma afirmação só pode ser verificada se puder ser testada pela observação ou pela experimentação científica". Como diz Matthias Jestaedt no texto *Hans Kelsens Reine Rechtslehre Eine*

[1081] STEINER, George. Prefácio à segunda edição. Depois de Babel: Questões de linguagem e tradução. Tradução de Carlos Alberto Faraco. 3.ed. Curitiba, Paraná: UFPR, 1998.
[1082] O'BRIEN, Dan. Introdução à teoria do conhecimento. Op. Cit. p. 210.

Einführung (A Teoria pura do direito de Hans Kelsen - uma introdução) da primeira edição da *Reine Rechtslehre* (Teoria pura do direito - 1934)[1083]:

> *Gilt Immanuel Kant, nicht nur in puncto Erkenntnistheorie Kelsens maßgeblicher Gewährsmann, als der »Alleszermalmer« der überkommenen Philosophie (und Theologie), der radikal mit den eingeübten Sichtweisen und Konzepten aufgeräumt hat, so gehört nur wenig Übertreibung dazu, Kelsens Rolle in analoger Weise als »Alleszermalmer« der überkommenen Jurisprudenz zu kennzeichnen. »Alleszermalmer« aber dürfen auf Schonung nicht hoffen*.

Investigar conteúdos metajurídicos não é prerrogativa de um "ciência jurídica, e, se algum jurista se dispõe à esta ventura, antes é necessário prevenir-se com o estudo da epistemologia, da teoria filosófica do conhecimento, da metodologia científica e da filosofia da linguagem, e, só então, talvez perceba que esta tentativa será em vão e que sua "doutrina" não pode lançar os "devaneios da vaidade" como pressupostos de cientificidade. Ricardo Evandro Santos Martins resume esta ideia citando o "positivismo" anterior a Kelsen[1084]: "[...] contra este 'Pseudo-Juspositivismo', que tentava conciliar Teoria do Direito Público com uma perspectiva fática de caráter naturalista-positivista, Kelsen buscou encontrar uma saída teórica que pudesse efetivamente lidar com o Direito Positivo de maneira 'purificada' das bases epistemológicas pertencentes às Ciências Naturais [...] Kelsen entendia como um caso de flagrante contradição uma Ciência, que se diz essencialmente 'jurídica', estudar um objeto normativo, como o é o Direito, de modo explicativo-fático-natural".

Aqui vale lembrar de uma recente afirmação, que as *deskriptiven Rechtssätzen* - *proposições normativas* (linguagem descritiva da ciência do direito) - não equivalem aos *juízos sintéticos a priori* da metafísica da natureza, pois não se trata de regular os dados da sensibilidade por funções lógicas da razão, o *positivismo jurídico* é - inspirado em Frege e Cohen - uma doutrina *anticognitivista* que aplica o *transzendentale Methode* (método transcendental) para suportar a estrutura lógico-formal dos ordenamentos jurídicos positivos.

[1083] (Se Immanuel Kant, principal fonte de informação de Kelsen e não apenas em termos de epistemologia, é visto como o "triturador de tudo" da filosofia (e teologia) tradicional, que eliminou radicalmente as perspectivas e conceitos estabelecidos, então não há exagero em seria necessário descrever o papel de Kelsen de maneira análoga para caracterizá-lo como o "triturador de tudo" da jurisprudência tradicional. Mas os "trituradores de tudo" não podem esperar ser poupados). JESTAEDT, Matthias. Hans Kelsens Reine Rechtslehre Eine Einführung. In.: KELSEN, Hans. Reine Rechtslehre Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik Studienausgabe der 1. Auflage 1934. herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, XVII.

[1084] MARTINS, Ricardo Evandro Santos. A ciência do direito como uma ciência humana. Op. Cit. p. 158.

Kelsen propõem uma "ciência para o direito" a partir de metodologias da teoria do conhecimento válidas para o conhecimento científico, disto não implica reconhecer que "o direito" seja em si uma ciência e que todas as ramificações da dogmática jurídica possuem algum *status* científico, não surge uma ciência nova em cada divisão curricular de um departamento acadêmico.

*
* *

Para não confundir a *norma jurídica* - uma *proposição normativa* suportada pela *estrutura analítica a priori* - com *proposições sintéticas a priori* do dever kantiano, convém lembrar que estas entrelaçam o *ethos* (ética) *e o jus* (direito), são, além de proposições que enunciam o conhecimento científico da *razão teórica*, também determinam os *deveres* da *razão prática* (vide o tópico: Positivismo, razão teórica e prática). O tema dos deveres morais como imperativos foram desenvolvidos nas duas primeiras *seções analíticas* da *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Fundamentação da metafísica dos costumes), obra de transição entre a *razão teórica e prática*, mas, desde a Crítica da razão pura Kant afirma que[1085]:

> E esse dever *categórico* representa uma *proposição sintética a priori*, porque acima da minha vontade afectada por apetites sensíveis sobrevêm ainda a ideia dessa mesma vontade, mas como pertencente ao mundo inteligível, pura, prática por si mesma, que contém a condição suprema da primeira, segundo a razão; mais ou menos como às intuições do mundo sensível se juntam conceitos do entendimento, os quais por si mesmos nada mais significam senão a forma de lei em geral, e assim tornam possíveis *proposições sintéticas a priori* sobre as quais repousa todo o conhecimento de uma natureza.

Embora a *proposição normativa* do direito positivo possa ser reduzida a uma *estrutura analítica a priori*, não se confunde, portanto, com *proposições sintéticas a priori* da *razão teórica ou prática.*

Ocorre que a atribuição da juridicidade conforme as condições transcendentais da norma estabelecidos pela epistemologia jurídica ter o mérito de universalizar a forma lógica de

[1085] KpV, A73: 55.

imputação - o que evita a armadilha do casuísmo - pode eventualmente se confundir com um imperativo do *dever-ser*, *cf.* Victor M. R. Amandi[1086]:

> *Las esencias formales fueron el precio que Kant tuvo que pagar para alcanzar lo universal sin caer en la trampa de la casuística. Fue así como Kelsen identificó la esencia de los sistemas jurídicos con la norma y, más que con ésta, con su estructura lógico-formal. De igual forma, el planteamiento del paradigma de la fuerza nos remite a la realización del Derecho, a los factores de poder social que le dan viabilidad al mismo en sociedades históricamente dadas.*

Ressalta-se que o enquadramento apriorístico do direito positivo não se refere a uma categoria metafísica/cognitivista (tese refutada no tópico sobre *filosofia analítica*), mas uma categoria jurídica/normativa como *pressuposto metodológico* do direito[1087], contudo, pode-se reconhecê-los como raciocínios correlatos *cf.* a seguinte expressão: Assim como não há ciência sem a intermediação das funções lógicas da razão, não há direito à margem da intermediação da *norma jurídica*. *Cf*. Henrique Paz: *"La doctrina de Kelsen, de tono predominantemente jurídico, revela su filiación logicista kantiana en cuanto reduce todo el derecho a la norma, como, una especie de categoría intelectual* [...]"[1088].

O que aqui se destaca é a necessidade da existência/validade da *norma jurídica* como *intellectus archetypus legalis*, uma categoria lógica-cognitiva condicionante do conhecimento jurídico objetivo, uma vez que a norma é o átomo lógico portadora do princípio da causalidade por imputação (H → S), ou, *das Sollen der Zurechnung* (dever-ser por imputação), interpretação corroborada pelo jurista brasileiro Lourival Faustino Vilanova (1915 - 2001) quando assevera que[1089]: "Logicamente o conceito de direito é um *a priori*. O conhecimento jurídico implica-o como categoria [...] o direito que existiu ou venha existir não pode deixar de ser uma confirmação efetiva do a priori lógico posto pelo conceito formal"; e que[1090]: "O jurídico não está no conteúdo, mas na forma. Do ponto de vista lógico, é o direito que determina o seu conteúdo, tomando a matéria social e selecionando os aspectos da mesma que vão ser submetidos a sua regulação [...] A experiência do direito só é possível partindo-se do direito como um *a priori*. O conceito de direito é a condição de possibilidade da

---

[1086] ROJAS A. V. M. Cuatro paradigmas de la epistemologia jurídica. p. 419. Disponível em: https:// revistas-colaboracion. juridicas. unam. mx/ index. php/ juridica/ article/viewFile/11638/10648 Acesso em: 17/10/2024.
[1087] O direito possui uma particularidade de: "[...] regular a sua própria criação". RR2, 155.
[1088] MARTINEZ PAZ, H. Op. Cit. p. 92.
[1089] VILANOVA, L. Sobre o conceito do Direito.: in Escritos Jurídicos e Filosóficos, SP, 2003, p. 67.
[1090] VILANOVA, L. Op. Cit. p. 47. Ibid. p. 71.

experiência jurídica". Vide também a explicação de Miguel Reale, dizendo que Hans Kelsen[1091]: "[...] concebe a norma jurídica como entidade lógico-hipotética, capaz de qualificar ou constituir juridicamente a experiência social, abrangendo desde as normas fundamentais das Constituições até aos preceitos dos contratos e das sentenças"; aqui, uma ênfase aos preceitos do *Der Vertrag* (contrato), pois a validade é a condição transcendental que atribui juridicidade ao fato do caso - *Tatbestand* - não as motivações subjetivas e psicológicas incidentais ao fato que produzem direito. Neste prisma, sobre a produção do direito, Jorge L. Rodríguez[1092] anota que: "*Para KELSEN, sólo a través de su reconocimiento por la ciencia jurídicas determinados actos, como los del legislador, se convertirían en actos creadores de normas jurídicas, una idea que se conecta con el principio kantiano de que el conocimiento constituye o crea su objeto, al menos en un sentido epistémico*", *cf.* Kelsen[1093]: "Esses enunciados, por meio dos quais a ciência jurídica descreve o Direito, não deve ser confundido com as normas criadas pelas autoridades legislativas".

Se Estado e Direito são sinônimos, assim como o conteúdo legítimo da ordem estatal não pertence à teoria geral do Estado, o mesmo conteúdo também não pertence ao Direito, mas à política. Sendo assim, estabelecidas as diretrizes epistemológicas gerais do conhecimento para constituir a *norma jurídica* e o *ordenamento positivo* - as duas heranças do neokantismo - o positivismo jurídico também exigirá um pressuposto lógico-hipotético (*transcendental*) para atribuir a *Verrechtlichung* (juridicidade)[1094] à realidade e analisar juridicamente o fato.

Este método utilizado por Kelsen suportará a rejeição de uma "cosmovisão orgânica" do psicologismo na fundamentação do direito (subjetivo) e da *função criadora de direitos da norma negocial*.

Pode-se afirmar que o *positivismo* assimila a acepção *metodológica* das categorias *a priori* kantianas tanto para o enquadramento jurídico dos fatos como para a validação lógica dos sistemas normativos, como observa Ricardo M. F. Soares, são preceitos complementares para a construção doutrinária do discurso científico jurídico: "A teoria

---

[1091] REALE, M. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 457.
[1092] RODRÍGUEZ, J. L. Kelsen y la verdad de los enunciados. In.: La teoría del derecho de Hans Kelsen. Bogotá: UEC. 2011, p. 82.
[1093] GTLS: 63.
[1094] Nota-se que esta perspectiva de adotar um *juízo atributivo* (*a priori*) para uma leitura jurídica da realidade, remete também à lógica do *Tipo ideal* weberiano, ambos são expedientes teóricos herdeiros do *neokantismo*.

pura do direito desenvolve, basicamente, duas vertentes de estudo: a nomoestática (teoria da norma jurídica) e a nomodinâmica (teoria do ordenamento jurídico)"[1095].

Pierluigi Chiassoni reconhece que a *Teoria pura* de Kelsen herdou dois postulados epistemológicos básicos do *neokantismo*:

> 1) o *postulado construtivista*, segundo o qual o conhecimento não se reduz a uma reprodução descritiva e passiva de um objeto, ou seja, ao considerar a *atuação ativa* (*construtiva*) das categorias *a priori* do entendimento legislando (regulando) os dados da experiência, no caso jurídico, as proposições prescritivas do direito positivo *juridicizando* a realidade social, conclui-se que o sentido do discurso jurídico é produzido a partir da *norma e* do seu *conteúdo fático/valorativo* como um *objeto construído* (não dado) e,
> 2) o *postulado da inteligibilidade*, um pressuposto do processo de conversão do conhecimento vulgar em científico previsto na *arquitetônica da razão pura*[1096], que exige a inscrição do *objeto construído* em um sistema conceitualmente articulado (ordenamento), para lhe conferir sentido, unidade e coerência lógica no domínio específico de uma estrutura discursiva[1097], em Chiassoni: "*Los dos postulados de la epistemología (neo)kantiana se convierten así em los postulados fundamentales de una metodología prescriptiva de la ciencia jurídica*"[1098].

Isto posto, a realidade social torna-se matéria de natureza jurídica e objeto privilegiado de investigação científica, na medida em que é contemplada em sua estrutura de significação, ou seja, quando recepcionada no ordenamento pela via normativa em seu *esquema de interpretação, cf.* Kelsen[1099]: "Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas". Se a pretensão das ciências é descrever como seu

---

[1095] FREIRE SOARES, R. M. Op. Cit. p. 165.
[1096] Vide a "conversão do conhecimento vulgar em ciência". In.: KrV, A832/B860: 669.
[1097] "A razão humana é, por natureza, arquitetônica, isto é, considera todos os conhecimentos como pertencentes a um sistema possível [...]". KrV, A474/B502: 338.
[1098] CHIASSONI, P. *La tradición analítica em la Filofía del Derecho*. De Bentham a Kelsen. Trad. F. M. Luna. Lima: Palestra Editores, 2017, p. 389.
[1099] RR2: 50.

(próprio) objeto "é", de forma objetiva e avalorativa, ou seja, seus enunciados linguísticos devem possuir valor de verdade para serem confrontados com o objeto de investigação, pois um enunciado que não pode ser verdadeiro não tem valor científico. Michel Coutu faz uma sutil observação sobre o caráter descritivo do positivismo[1100]:

> *Kelsen takes up a distinction already present for Weber, between the legal norm (Rechtsnorm) and the legal proposition (Rechtssatz), but he pushes the analysis forward, seeing in the first an act of will (the decision of the legislator or judge, for example) and in the second (the hypothesis posed by the science of law as to the meaning of the norm) an act of knowledge.*

Ou seja, para o positivismo jurídico, as *deskriptiven Rechtssätzen* (*proposições normativas* descrevem *normas prescritivas*), logo, a ciência jurídica se expressa por *proposições normativas*.

Ensina Norberto Bobbio que[1101]: "Do ponto de vista formal, que aqui elegemos, uma norma é uma proposição. Um Código, uma Constituição, são um conjunto de proposições. Trata-se de saber qual é o status dessas proposições que compõem um Código, uma Constituição. A tese que sustentamos é que as normas jurídicas pertencem à categoria geral das proposições prescritivas".

Neste sentido, escreve Mario García Berger[1102]:

> *That legal norms are created by the science of law means that only this discipline explains how it is possible to confer upon the prescriptive acts of an authority an objective normative meaning, since these acts in themselves just have the subjective meaning of norms. Kelsen's approach to legal science is clearly influenced by Cohen's thesis that the method of cognition (the direction of thought) determines its object.*

[1100] (Kelsen retoma uma distinção já presente para Weber, entre a norma jurídica (*Rechtsnorm*) e a proposição jurídica (*Rechtssatz*), mas leva a análise adiante, vendo na primeira um ato de vontade (a decisão do legislador ou juiz, por exemplo) e na segunda (a hipótese colocada pela ciência do direito quanto ao significado da norma) um ato de conhecimento). COUTU, Michel. Max Weber and Hans Kelsen: formal rationality and legitimacy of modern law. In.: The Reconstruction of the Juridico-Political. Affinity and Divergence in Hans Kelsen and Max Weber. New York: Routledge, 2016, p. 173.

[1101] BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 53.

[1102] (O fato de as normas jurídicas serem criadas pela ciência do direito significa que somente esta disciplina explica como é possível conferir aos atos prescritivos de uma autoridade um significado normativo objetivo, uma vez que esses atos *em-si* apenas têm o significado subjetivo significado das normas. A abordagem de Kelsen à ciência jurídica é claramente influenciada pela tese de Cohen de que o método de cognição (a direção do pensamento) determina seu objeto). BERGER, Mario García. A Kantian Interpretation of Kelsen's Basic Norm. Ratio Juris. Vol. 33 No. 1 March 2020 (35-48), p. 42. Disponível em: https://doi.org/10.1111/raju.12266 Acesso em 18/05/2024.

Por exemplo, descrever o Código Penal, ou, escrever avaloralivamente um curso de direito penal, é produzir as *Rechtssätze* - *proposições normativas* - (científicas - atos de cognição) que descrevem com valor de verdade uma *prescrição normativa* (valorativa - atos de vontade), *cf.* G. H. Von Wright[1103]: "*Desde un punto de vista usualmente sostenido, las normas carecen de valores de verdad, no son ni verdaderas ni falsas. Las proposiciones normativas, en cambio, tienen obviamente valores de verdade*". Razão pela qual não se deve confundir a produção do conhecimento científico com interpretação ou aplicação do direito. Ao prolatar uma sentença um magistrado não produz conhecimento científico, o juízo valorativo emite opinião para solução cauística e não universal e avalorativa.

No artigo *Kausalität und Zurechnung* (causalidade e imputação - 1953), Kelsen já afirmava que[1104]:

> *La descripción de las relaciones producidas por las normas jurídicas así puestas entre el delito y la sanción, dentro de los preceptos del derecho, es un acto del entendimiento, no de la voluntad, y como tal acto del entendimiento es asunto de la ciencia, a saber: de la ciencia jurídica. Su función es describir, no prescribir; el prescribir es función de las autoridades que producen el derecho, es decir, que pon1en las normas jurídicas. La ciencia jurídicas, esencialmente, se limita a* describir el derecho en los preceptos formulados por ella. Los actos productores de derecho de las autoridades jurídicas se encargan de poner aquel derecho.

Ainda sobre as *proposições normativas* no positivismo kelseniano, Antônio Graça Neto compartilha entendimento que são atos constatativos, ou seja, o valor de verdade da proposição corresponde a descrição de uma norma válida e seu conteúdo[1105]:

> Ao contrário das normas jurídicas, estes enunciados não são atos performativos mandamentais e sim atos constatativos. Eles não mandam que se faça isto ou aquilo: eles apenas declaram graficamente uma realidade [...] Não é a facticidade da conduta mandada ou proibida que determina o valor verdade da proposição e sim a existência da norma que a proposição descreve. Assim, a proposição que diz ser crime punível de morte a deserção é verdadeira não porque a deserção tenha sido praticada ou aplicada a pena

---

[1103] GEORGE HENRIK, Von Wright. Sobre normas y proposiciones normativas. Um bosquejo. Traducción de Jorge L. Rodríguez. In.: BULYGIN, Eugenio. Lógica deóntica, normas y proposiciones. Pablo E. Navarro Jorge L. Rodríguez Giovanni B. Ratti (Eds.). Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 133.

[1104] KELSEN, Hans. Causalidad e imputación. Traducción de Gonzalo Sobejano. p. 6. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-S-1956-20000300027 Acesso em 19/05/2024.

[1105] GRAÇA NETO, Antônio. Kelsen e Wittgenstein: As interfaces da lógica. In.: Seqüência: Estudos jurídicos e políticos. V. 17 n. 32 (1996), p. 120.

> capital - mas sim porque existe uma norma que descreve esta conduta como crime e atribui-lhe a referida punição.

O conceito de *proposição* e seu *valor de verdade* são controversos dentro da lógica e da epistemologia, temas que não serão explorados, contudo, apenas para direcionar o entendimento, Richard Ladd Kirkham em *Theories of Truth: A Critical Introduction* (Teorias da verdade: uma introdução crítica) ensina que[1106]:

> O problema dos portadores de verdade é o problema de se imaginar que tipo de coisas podem ter valor de verdade, isto é, que tipo de coisas podem ser verdadeiras ou falsas. Entre os candidatos estão crenças, proposições, juízos, asserções [*assertions*], afirmações [statements], teorias, observações, idéias, atos de pensamento, declarações [*utterances*], ocorrências de sentenças [*sentence tokens*], tipos de sentenças, sentenças (sem especificação) e atos de fala [...] diferenças na terminologia podem esconder uma identidade de concepção.

Kirkham ainda entende que "proposição" é[1107]: "[...] uma entidade abstrata. É o conteúdo informacional de uma sentença completa no modo declarativo", portanto, trans-linguística [...]"; por exemplo, *"a neve é branca"* possui precisamente o mesmo conteúdo informacional da expressão "*la neige est blanche*" (em francês); ou, de acordo com Dan O'Brien[1108]: "Uma proposição é aquilo que uma frase ou expressão nos diz acerca do mundo. Frases em línguas diferentes podem exprimir uma mesma proposição". Se, a *proposição prescritiva* é constituída por um ato da imperativo vontade (X deve fazer Y) e, toda *proposição normativa* é constituída por um ato de cognição constatativo (é verdade que X deve fazer Y), logo, a *proposição prescritiva* é valorativa e a *proposição normativa* é avalorativa; assim também explica o filósofo da ciência Nicholas Rescher (1928 - 2024)[1109]:

> *We shall accordingly focus here on specifically propositional knowledge—that sort of knowledge which is at issue in locutions to the effect that someone knows something-or-other to be the case ("x knows that p"). The terminology at issue generally so operates that in flatly saying that "X knows that p" one*

[1106] KIRKHAM, Richard L. Teorias da verdade: uma introdução crítica. RS: UNISINOS, 2003, p. 85.
[1107] Ibid. p. 89.
[1108] O'BRIEN, Dan. Introdução à teoria do conhecimento. Op. Cit. p. 255.
[1109] (Devemos, portanto, nos concentrar aqui no conhecimento especificamente proposicional - aquele tipo de conhecimento que está em questão nas locuções no sentido de que alguém sabe que algo ou outro é o caso ("x sabe que p"). A terminologia em questão geralmente opera de tal forma que, ao dizer categoricamente que "X sabe que p", não apenas se dá um relatório sobre a postura cognitiva de X, mas também endossa a proposição P que está em questão. […] Em suma, o conhecimento proposicional é um assunto cognitivo - uma condição de coisas se coordena com uma relação adequada entre pessoas e fatos). RESCHER, Nicholas. Epistemology: An Introduction to the Theory of Knowledge. New York: University of New York Press, 2003, p. XIV.

> *not only gives a report about X 's cognitive posture, but also endorses the proposition P that is at issue.* […] *In sum, propositional knowledge is a cognitive affair - a condition of things coordinates with a suitable relationship between people and facts.*

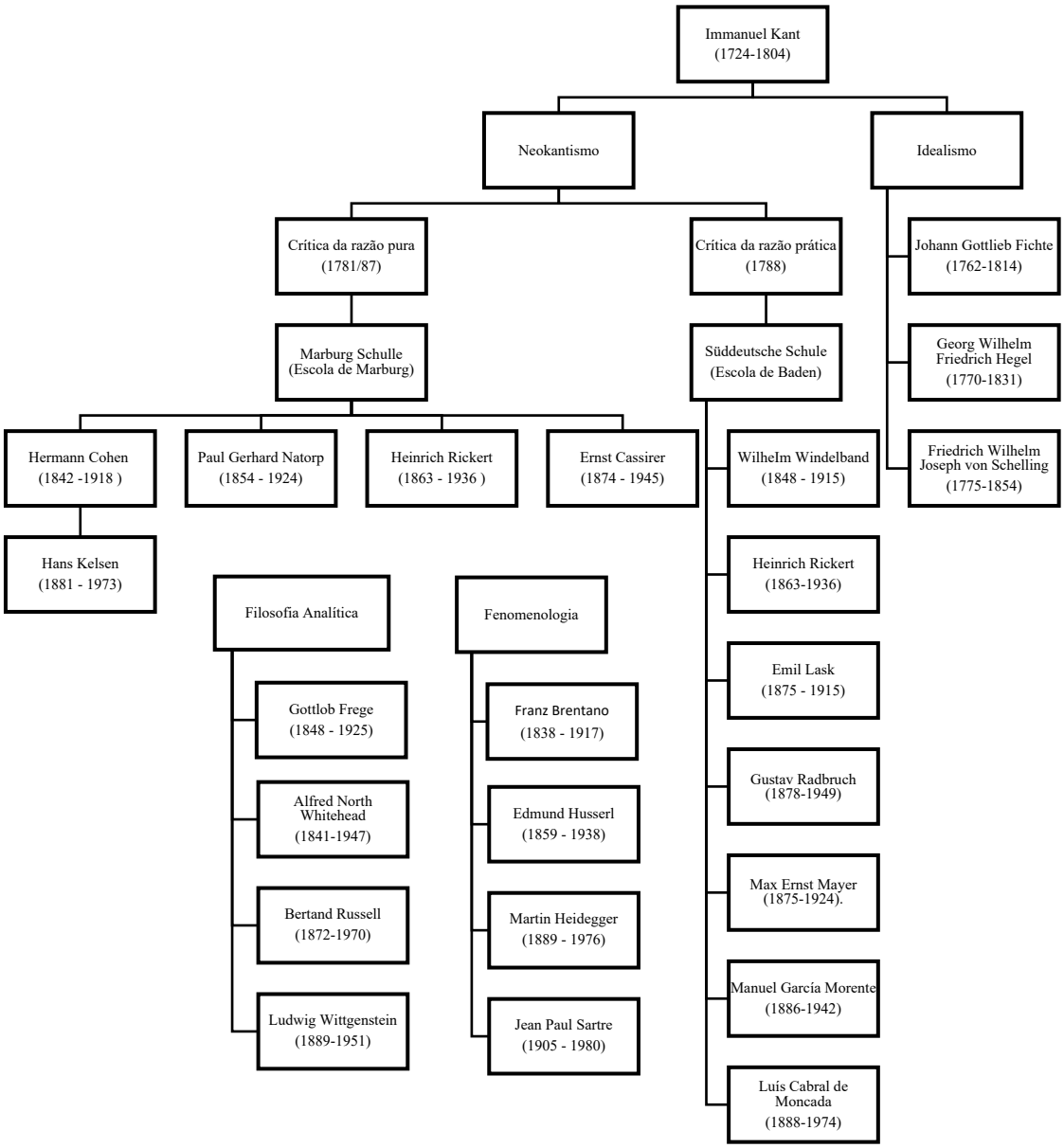
Neste tópico sobre o recorte do objeto e apriorismo normativo, conclui-se que Hans Kelsen rompe o vínculo entre *juridicidade* (sentido jurídico da realidade) com elementos estranhos ao domínio do direito positivo[1110]: "[...] *la teoría pura del Derecho aspira a librar a la ciencia jurídica de elementos extraños*"; pois[1111]: "O conceito de dever jurídico refere-se exclusivamente a uma ordem jurídica positiva e não tem qualquer espécie de implicação moral".

O positivismo reivindica, portanto, a prerrogativa exclusiva de constituir os pressupostos de conversão da realidade em conteúdo jurídico[1112], ou seja, a *Verrechtlichung* (juridificação) do fenômeno social pelo intermédio de uma *norma válida*.

[1110] KELSEN, Hans. El Método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Op. Cit. p.23.
[1111] RR2: 82.
[1112] Vide: PAULO DE T. R. R. Dogmática jurídica e a crise de legitimação do Estado moderno, p. 118.

SINOPSE DA PARTE I

Quadro resumido dos pensadores citados a partir de Immanuel Kant.



1) A *Teoria pura do direito* foi inspirada no projeto de autonomização do saber da *jurisprudência analítica*; na filosofia kantiana e no paradigma linguístico do neopositivismo lógico; 2) A *teoria pura* adotou a *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) de Hermann Cohen, revisão da *Crítica da razão pura*, mas recusou a herança jusnaturalista da *razão prática*; 3) a divisão kantiana entre o mundo do *ser* e o *dever ser* estabeleceu para a *filosofia teórica* e *prática* dois objetos de estudo: a natureza e a liberdade; sendo a *causalidade* a lei da natureza (o que *é*) e a liberdade o princípio *a priori* que determina o que *dever ser*; 4) A doutrina do direito kantiana pressupõe a comunicação entre os dois objetos por um sistema metafísico comum; 5) A postura antimetafísica do *positivismo jurídico* exigiu para a delimitação do objeto a incomunicabilidade entre o *ser* e o *dever ser*; 6) O *positivismo* preservou a divisão kantiana entre *ser* e *dever ser,* mas recusou a liberdade como *lei apodítica* da *razão prática*; 7) Desconsiderar a liberdade como princípio do *dever ser* é recusar a tese jusnaturalista que une a *ética* e o *direito* em um único sistema moral *a priori*; 8) No lugar da liberdade o *positivismo* instituiu a *norma* como princípio do *dever ser* e objeto de estudo; 9) a *norma jurídica* fixa a coerência intrassistêmica dos ordenamentos positivos pelo *princípio da imputação* tal como a *causalidade* organiza a natureza; 10) A teoria pura não reivindica nenhuma exclusividade de estudo sobre a totalidade do fenômeno jurídico; 11) A revogação de toda uma legislação desde a Constituição, em nada altera os pressupostos teóricos do positivismo jurídico; 12) O positivismo jurídico kelseniano não prova resistência das transformações culturais e legais no decurso do tempo; 13) Não é tarefa do positivismo descrever fatos à margem das estruturas *a priori* - lógico/normativas e linguísticas do direito positivo - nem prescrever valores e conteúdos para as regras de conduta; 14) A teoria pura não se propõe a oferecer diretrizes metodológicas para conduzir o órgão aplicador do direito a uma única sentença verdadeira e correta, este não é o propósito de uma ciência jurídica, este é o campo da aplicação do direito; 15) A sede teórica do positivismo está no plano da epistemologia jurídica e da Teoria Geral do Direito; 16) Kelsen não separa o Estado como uma entidade autônoma e produtora do Direito; 17) O princípio metodológico fundamental para produzir conhecimento científico-jurídico - a partir de uma doutrina própria - é libertar o direito de todos os elementos que são estranhos a ele; 18) Não está subtendida na metodologia de apreensão descritiva do fenômeno social, a conversão imediata de seus resultados conclusivos em formas prescritivas ou reguladoras da realidade; 19) Paradigma é o conjunto das percepções e referências teóricas que constituíram a *Kelsens Weltanschauung* (visão de mundo de Kelsen), seu hic et nunc, *i.e.*, a compreensão filosófica, científica e linguística da realidade no contexto

da Teoria pura; 20) Não se pode confundir positivismo jurídico com o sociológico e o filosófico; 21) O objeto da sociologia jurídica embora esteja inserido no contexto de um direito vigente no tempo e no espaço cultural, possui um significado sociológico independente da linguagem da norma técnica-prescritiva do direito positivo; 22) A abordagem formalista do Direito, com base em Weber, fundamentou a posição de Kelsen em firmar o entendimento de que seu trabalho somente serve para necessidades teoréticas e não práticas; 23) O acontecimento social permeado por uma complexidade irracional é apreendido por parâmetros teóricos que atribuem nexo de causalidade para o sentido do discurso sociológico; 24) As metodologias das ciências da natureza e do espírito desdobraram-se da dicotomização entre as escolas neokantianas *Marburg Schule* (razão teórica) e a *Süddeutsche Schule* (razão prática); 25) O Tipo ideal weberiano se apresenta como um arquétipo ou um juízo de atribuição de significado sociológico à realidade; 26) A imputação causal do Tipo ideal exerce semelhante função lógica que Kelsen atribui à imputação jurídica da norma; 27) A sociologia jurídica possui campo de estudo, objeto e método distinto do positivismo jurídico; 28) O positivismo se propõe a ser uma ciência jurídica e não uma ciência social; 29) O neokantismo é uma reação à interpretação psicologista de Kant pelo idealismo alemão; 30) O antipsicologismo da lógica-matemática de Gottlob Frege é o precursor da filosofia analítica do neopositivismo; 31) Para o recorte do objeto de estudo do direito, Kelsen não busca juridicidade na facticidade, na transcendência ou em instâncias metajurídicas; 32) A ciência jurídica pretende conhecer avaloralivamente seu objeto utilizando as diretrizes epistemológicas estabelecidas pelo criticismo; 33) A ciência jurídica procura apreender o seu objeto juridicamente, isto é, do ponto de vista do Direito; 34) Logicamente o conceito de direito é um *a priori*. O conhecimento jurídico implica-o como categoria; 35) O positivismo jurídico ao posicionar as estruturas formais do direito positivo como apriorismos, ou, como condições de possibilidade à experiência jurídica, rejeita para a fundamentação da juridicidade e para a produção do conhecimento científico, a bipolarização reducionista entre o indutivismo sociológico e a metafísica do direito natural; 36) A teoria pura não trata o apriorismo normativo como um imperativo que implica, necessariamente, um dever-ser (*Sollen*) jurídico, tal como é a liberdade um imperativo categórico do dever-ser (moral) da razão prática kantiana; 37) Diferente de um imperativo do dever-ser, Kelsen considera a *norma* como uma condição lógico-hipotética para validar o conteúdo fático-valorativo em direito e institui-lo existencialmente; 38) A incomunicabilidade entre o ser (*Sein*) e o dever ser (*Sollen*) exigida pelo positivismo jurídico, rompe o elo epistemológico entre a filosofia teórica e prática; 39) A Teoria Pura do Direito procura delimitar claramente o objeto de sua cognição; 40) Para Kelsen,

a norma como arquétipo da razão é uma exigência lógica para o sentido do discurso jurídico sem recorrer à psicologia, à metafísica ou a sociologia; 41) Assim como Cohen, Kelsen entende a teoria da razão pura kantiana como uma teoria da experiência; 42) A tendência psicologista do século XIX pretende revisar a filosofia transcendental de Kant; 43) Friedrich Ludwig Gottlob Frege, fundador da lógica moderna e da filosofia analítica, foi precursor da revolução da linguagem utilizada pelo positivismo e neopositivismo; 44) Fichte, Schelling e Hegel são idealistas alemães que pretenderam reinterpretar a filosofia kantiana; 45) O neokantismo da Marburg Schulle é uma reação ao idealismo alemão; 46) O lema do neokantismo *Zurück zu Kant*! (Volta a Kant!) é uma reação contra o psicologismo que deturpou os princípios fundamentais da Crítica da razão pura; 47) A *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) coheniana para o positivismo é método para a experiência que passa ao largo das questões da "consciência" ou do "eu transcendental" como pressuposto do conhecimento; 48) A norma jurídica é a unidade analítica do direito; 49) Os 3 (três) vetores de racionalidade do pensamento jurídico de Hans Kelsen são: a) epistemológico, b) psicológico/sociológico e c) linguístico; 50) O direito positivo só é possível a partir da ideia da *norma jurídica* como unidade analítica da linguagem, a estrutura lógica mínima que confere sentido da juridicidade e do discurso jurídico científico; 51) o direito é uma ordem coativa não porque produz coação psíquica, mas porque que estatui coação; 52) O *Prinzip der Vergeltung* (princípio de retribuição) se converte em *Äquivalenzprinzip* (princípio da equivalência) quando surge a noção de equivalência e proporcionalidade na causalidade, surgimento da ideia de justiça; 53) Para o positivismo, não há relação entre sociedade e natureza que justifique o argumento da existência de juridicidade por causalidade; 54) o aperfeiçoamento da capacidade de abstração humana instaura uma crise de causalidade natural, exigindo novas formas de elaboração ou fixação de critérios materiais da ordem jurídica; 55) a coação estatuída pela norma jurídica é uma forma transcendental de retributividade comum em todos os ordenamentos jurídicos; 56) O functor deontológico é a estrutura analítica *a priori* da proposição normativa do direito positivo - formal e universal - mas não se confunde com proposições sintéticas a *priori* da razão prática que são deveres categóricos universais; 57) Toda proposição prescritiva é constituída por um ato volitivo, toda proposição normativa é constituída por um ato cognitivo; 58) A proposição prescritiva é valorativa, a proposição normativa é avalorativa; 59) As proposições normativas descrevem normas prescritivas, logo, a ciência jurídica se expressa por um conjunto de proposições normativas; 60) Afirmar a existência de direitos subjetivos (naturais) à

margem das estruturas *a priori* do direito positivo, decorre de um psicologismo hipostasiado, um *Trugschluß* - sofisma lógico sub-reptício - segundo a ciência jurídica.

PARTE II - O SISTEMA POSITIVO

OBJETIVOS DA PARTE II

Apresentar os elementos lógicos/formais da *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada), a teoria da estrutura escalonada das normas do ordenamento positivo; posicionar a *Grundnorm* como postulado lógico-transcendental e, explicar os fundamentos de validade da ordem jurídica positiva

2. ESTRUTURA LÓGICA DO DIREITO POSITIVO

> A relação entre as normas jurídicas e as regras da lógica figura entre os problemas fundamentais da Teoria do Direito.
>
> Ulrich Klug[1113]

Considerando os paradigmas filosófico, epistemológico e linguístico do positivismo jurídico desenvolvidos até aqui, percebeu-se a importância do estudo do criticismo kantiano e da filosofia analítica na pretensão de produzir conhecimento objetivo e avalorativo em qualquer ramo do saber, bem como na estruturação e instrumentalização das ciências, sobretudo do ponto de vista linguístico.

A linguagem natural eivada de toda sorte de imprecisões, sobretudo no campo da hermenêutica (aplicação do direito), não é capaz de satisfazer os requisitos de cientificidade exigidos pelo positivismo, razão pela qual, Kelsen depurou os resquícios de cognitivismo e psicologismo do paradigma linguístico da ciência jurídica à luz dos referenciais estudados.

Purificados os traços remanescentes da *Sprachontologie* (ontologia da linguagem), o positivismo recusa, com isso, a logicidade (conceitual/material) interna da linguagem presentes desde a ontologia grega até o estruturalismo da *Innere Sprachform* de Wilhelm von Humboldt[1114], a teoria da linguagem mais importante da Alemanha na transição do século XX, contudo, deve-se lembrar que Hans Kelsen é herdeiro da filosofia analítica (antimetafísica e anticognitivista), influência que amadureceu junto a sua aproximação com o *neopositivismo lógico*.

Em resumo, quando um sistema de conhecimento admite a logicidade interna de seus elementos integrantes (uma causalidade material interna), significa dizer que a estrutura de sua linguagem é suportada pela ideia de uma convergência lógica de suas partes na "unicidade de um todo ontológico", e, as palavras são elementos constitutivos da

---

[1113] KLUG, Ulrich. Apresentação. In.: KELSEN, H. Normas jurídicas e análise lógica (correspondência trocada entre os Srs. Hans Kelsen e Ulrich Klug). Trad. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, n.p.
[1114] E do inatismo da *Transformational Generative Grammar* de Noam Chomsky.

linguagem que se interligam conceitualmente, uma interdependência horizontal de significados.

A exemplo do direito, seria pressupor que a partir de princípios gerais de justiça poderiam ser deduzidos deveres particulares, e, a dedução por si só se tornaria um "método universal" aplicável e reproduzível pelo operador do direito em toda situação particular.

As palavras possuindo significados que se interligam e se convertem na unidade conceitual de um todo, representam nexos de causalidade tal como aqueles presentes nos elementos da natureza quando constituem a própria racionalidade do cosmos. Vide a origem da metafísica da linguagem e dos princípios fundantes da lógica em Parmênides estudada no Estudo Preliminar, que relaciona a racionalidade da natureza com a racionalidade da linguagem humana. A transição para o século XX desconstruiu esta perspectiva, dando ensejo para a virada linguística e o pragmatismo linguístico.

As teorias do direito que mantém a crença de que é possível derivar um *dever-ser* a *partir do ser*, em geral admitem estas estruturas metafísicas e inatistas da linguagem, tais sistemas no campo jurídico são apropriadamente chamados por Kelsen de *Rechtsstatik* (Estática jurídica), ou, de sistemas estáticos (ordenamentos jurídicos jusnaturalistas), considerando que há um princípio geral de justiça universal e *imutável* (estático), cujas regras derivadas dos princípios são meros desdobramentos lógico dedutivos.

Recorrendo à didática de Norberto Bobbio[1115]: "Na terminologia kelseniana, estes sistemas jusnaturalistas dedutivos são conhecidos como *ordenamentos estáticos*, quando há um princípio de justiça geral que orienta todo sua logicidade intrassistêmica, sugerindo que a interpretação do direito dispensaria, inclusive, a prescrição normativa positiva"; *i.e.*,[1116]: "Sistema estático é aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que derivam umas das outras partindo de uma ou mais normas de caráter geral". De outro modo, uma *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica) do ordenamento positivisto[1117]: "[...] é aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através de seu conteúdo, mas através da autoridade que as colocou [...]". Em Kelsen[1118], na *Rechtsstatik* (Estática jurídica): "[...] a conduta dos indivíduos por elas

[1115] BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 62.
[1116] Ibid. p. 71-72.
[1117] Loc. Cit.
[1118] RR2: 137.

determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo"; no entanto[1119]: O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico.

Desde Primeira edição da Teoria pura do direito Kelsen já advertia[1120]: "*The doctrine of the hierarchical structure of the legal system comprehends the law in motion, in the constantly regenerating process of its self-creation. It is a dynamic theory of law-in contradistinction to a static theory, which seeks to comprehend the law (its validity, its sphere of validity, and so on) apart from the process of its creation, and simply as a System already created*". (A doutrina da estrutura hierárquica do sistema jurídico compreende o direito em movimento, no processo constantemente regenerador de sua autocriação. É uma teoria dinâmica do direito - em contraposição a uma teoria da *Rechtsstatik* (Estática jurídica), que procura compreender o direito (sua validade, sua esfera de validade, e assim por diante) independentemente do processo de sua criação, e simplesmente como um sistema já criado); Karl Popper também lembra que[1121]: "A refutação de um enunciado particular compromete a integridade do sistema, como acontece nos ordenamentos metafísicos do direito natural, ou, no caso de "t" ser independente de alguma parte do sistema, como no caso do positivismo jurídico, não há uma relação de conteúdo, mas de forma, ou seja, o enunciado da proposição normativa é autônoma à integridade do sistema, evitando o problema".

No *Rechtsordnung* (ordenamento positivo), a única logicidade possível é a formal (como herdeira da filosofia analítica), ou seja, aquela em que uma norma delega formalmente - *valida* - a existência de outra norma. Em um exemplo prático, quando uma norma infraconstitucional "N2" segue as etapas do processo legislativo previsto pela Constituição "N1", significa dizer que a "norma superior N1" delega as *condições formais* de existência de uma "norma inferior N2", por consequência, o poder de *vincular por imputação* a *juridicidade*.

Nota-se que uma norma cria outra porque delega o poder de vincular sentido jurídico por imputação a um conteúdo, logo, não é o conteúdo ou o conceito de um valor que se replicou para reproduzir uma norma, caso da *Rechtsstatik* (Estática jurídica) dos ordenamentos jusnaturalistas, quando a "nova norma" está conceitualmente implícita na

---

[1119] RR2: 139.
[1120] RR1: 91. KELSEN, H. The Methods of Creating Law. Oxford: Clarendon Press, 2002.
[1121] POPPER. Karl. A lógica da pesquisa científica. São Paulo: Cultrix, 1972. p. 80.

primeira, ou, quando a interpretação do direito também deduz por procedimentos lógicos silogísticos uma ideia de justiça, *cf*. Kelsen[1122]:

> Essa questão não pode ser confundida com o problema como efetivamente o órgão aplicador do Direito chega à sua decisão, ou com o problema se é desejável que o órgão aplicador do Direito deduza sua decisão logicamente de uma norma geral, ou que o órgão aplicador do Direito seja rigorosamente ligado à norma geral predeterminada. Isto são problemas psicológicos e político-jurídicos. O problema que aqui nos preocupa é puramente lógico.

Este é um exemplo de ordem prática e não "universal da teoria geral do direito", porque do "ponto de vista científico", a palavra "Constituição", lei "infraconstitucional", "processo legislativo" etc., são peculiaridades de alguns ordenamentos, não necessariamente de uma terminologia do "plano epistemológico".

Percebe-se, então, que no caso dos ordenamentos positivos como *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica) - sistemas dinâmicos - não há correlação necessária entre as substâncias normadas, o próprio termo já revela que o conteúdo pode ser constantemente alterado conforme a necessidade e os valores de cada sociedade, sendo assim, a relação entre as normas é apenas lógico-formal, uma forma de expressar a depuração cognitiva e metafísica do direito conforme a linhagem da filosofia analítica que se iniciou com Gottlob Frege.

Considerando que a epistemologia do positivismo jurídico kelseniano é herdeiro da filosofia analítica, os conteúdos conceituais - empíricos/valorativos - não possuem uma interligação necessária de causalidade, importante lembrar que a lógica a partir de Frege foi a base de uma epistemologia livre de psicologismos e base para os cálculos proposicionais (formais) da matemática como visto no tópico anterior. Lembrando que por ser uma lógica formal (simbólica), os cálculos matemáticos são reduzidos a formas analíticas de juízos, diferente de Kant que as considerava como sintéticas, pois relacionava conceitos de 7 (sete), 5 (cinco) e 12 (doze).

O conhecimento jurídico não opera conforme um apriorismo universal e necessário que regula uma lei empírica externa, logo, dispensa o componente extensivo dos juízos sintéticos, pois a ciência do direito é produzida pela construção analítica dos enunciados sem conteúdo psicologizado ou empírico/valorativo. Fundamental recordar que Kant ao reconfigurar o papel da *razão* e da *sensibilidade* na apreensão dos fenômenos da natureza

[1122] ATN: 302.

(*physis*), demonstrou que a fonte do conhecimento universal e necessário no avanço sintético das ciências empíricas deriva de categorias *a priori* do entendimento, *i.e.*, de funções lógico/cognitivas reguladoras dos objetos da experiência. Com efeito, o criticismo rejeitou a tradicional bipolaridade entre a analiticidade metafísica[1123] e o indutivismo cético/empirista como categorias reducionistas e disjuntivas dos juízos sintéticos e analíticos[1124], *cf.* Kant[1125]: "[...] a experiência não concede nunca aos seus juízos uma universalidade [...] Necessidade e rigorosa universalidade são pois os sinais seguros de um conhecimento a priori e são inseparáveis uma da outra". Se o influxo dos dados fenomênicos[1126] captado pela sensibilidade é regulado - legislado[1127] - por categorias apriorísticas do entendimento, da mesma forma, para o *positivismo legislar*, isto é, recepcionar e organizar em estruturas de significação *estritamente jurídicas* a dinâmica das variáveis fático/axiológicos que permeiam e movimentam o substrato empírico social, um pressuposto *lógico-transcendental* como expediente epistemológico do sistema positivo e dos critérios formais de validação de direitos. Luiz Warat[1128]: *"De la misma manera, como Kant trata de establecer racional y apriorísticamente las condiciones de posibilidad de la ciencia física, Kelsen trata de fijar* [...] *condiciones formales y necesarias del conocimiento jurídico, dirigido al contenido deóntico de las normas positivas".*

Kelsen adota a *Reinheit der Rechtswissenchaft* (pureza da ciência do direito) como metodologia do conhecimento jurídico/científico a margem de subsídios teóricos transdisciplinares, de fenômenos psíquicos (vontade privada) ou de juízos valorativos (sobre o justo) incidentais a um tempo e a uma cultura (não há *juridicidade* na *facticidade*[1129]); logo, rejeita argumentos de *justificação* ou *legitimação* de natureza metajurídica[1130].

Lourival Vilanova[1131]:

> O sistema do direito, como um sistema de enunciados normativos, com referentes empíricos, não é um sistema homogeneamente lógico. Não sendo, porém, um sistema cognoscente, a presença de proposições em sua

[1123] "A tarefa desta crítica da razão especulativa consiste neste ensaio de alterar o método que a metafísica até agora seguiu, operando assim nela uma revolução completa [...]". KrV, BXII: 49. Vide: KrV, B18: 74; KrV, B21: 76.
[1124] "*A ciência da natureza* (*physica*) *contém em si, como princípios, juízos sintéticos a 'priori'".* KrV, B18:74.
[1125] KrV, B3, 4: 64.
[1126] KrV, B, XVI-XVII: 45, 46; KrV, B18:74.
[1127] "O entendimento [..] ele próprio é a legislação para a natureza, [...] ou seja, unidade sintética do diverso dos fenômenos segundo regras". KrV, A127/B167: 195-196.
[1128] WARAT, L. A. La Norma fundamental kelseniana como critério de significacion. Op. Cit. p. 55.
[1129] "Se uma norma encontra correspondência na conduta que prescreve, tal conduta é facticidade normada". VILANOVA, L. Teoria jurídica da revolução. In.: RBEP. BH: UFMG, 198, p. 89.
[1130] Vide: RR2: 141.
[1131] VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no Direito. São Paulo: RT, 2000, p. 44.

> constituição subordina-o (até certo ponto) às leis lógico-formais. Sua finalidade intrínseca, a de alterar o mundo social (regrar condutas), imprimir direção ao fluxo das interações humanas, confere-lhe propriedades mais que meramente lógico-formais. Ponto pacífico que não pede explicitação maior.

Para o positivismo, a norma jurídica é o átomo lógico do direito, logo, a juridicidade inicia e termina nela mesma (na sua vigência e na previsão textual), não há causalidade jurídica fora do princípio de imputação, pois não há juridicidade no conteúdo *em si*; *cf.* R. Ayala[1132]: "*La metodología adquiere una importancia de finitiva por cuanto el método crea o determina el objeto. La ló gica se separa totalmente de la metafísica con la negación abso luta del concepto de la cosa en sí*". Assim, a juridicidade do conteúdo encerra-se em uma norma inscrita em um ordenamento jurídico positivo determinado, o que não implica, portanto, que uma segunda norma do mesmo ordenamento seja um efeito cuja causa é o conteúdo material da primeira, como ocorre na *Rechtsstatik* (Estática jurídica) dos sistemas jusnaturalistas onde há "efeitos jurídicos" por causalidade (lógica material intrassistêmica), *cf.* Maria Helena Diniz[1133]: "Diferente da relação causal da natureza [...] há um ponto terminal para a imputação"; seja pela prescrição normativa do próprio texto, da territorialidade, da vigência etc., em Kelsen[1134]:

> *Cuando decimos que una consecuencia determinada se imputa a una determinada condición - como, por ejemplo, la recompensa a un mérito o el castigo a un delito - la condición, es decir, la conducta humana que representa el mérito o el delito es el punto terminal de la imputación. En cambio, en la serie causal no hay nada que se asemeje a un punto terminal.*

Nota-se que a logicidade interna da linguagem está diretamente ligada a ideia de causalidade natural que reverbera em um "mecanicismo jurisprudencial", típico de um paradigma metafísico da linguagem que Hans Kelsen rejeitou para o direito desde os estudos de física quântica etc.

Vide o comentário de Norberto Bobbio[1135]: "*El equívoco frecuente de considerar a Kelsen como un formalista a la vieja usanza, se deriva de que no se distinguen los diferentes planos en que se plantea el problema de las relaciones entre lógica y derecho: en la teoría de Kelsen, blanco preferido de los antiformalistas, hay un rechazo explícito tanto de la teoría del*

[1132] AYALA, R. Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. Op. Cit. p. 69.
[1133] DINIZ, M. H. A ciência jurídica. 4. ed. SP: Saraiva, 1996, p. 27. Vide RR2: 73.
[1134] KELSEN, Hans. Causalidad y imputación. Op. Cit. p. 13.
[1135] Ibid. p.19.

ordenamiento jurídico como sistema deductivo, como de la teoría mecanicista de la jurisprudencia".

Mais uma vez, a recusa do status ontológico da linguagem (*logicidade*) implica que, a despeito da causalidade natural perpetuar no tempo e no espaço o desencadear de seus efeitos, os "efeitos jurídicos" da *imputação* realizada pela *norma* se limitam à própria prescrição, *cf.* explica M. H. Diniz, *ut supra*.

Em Kelsen[1136]:

> É pela natureza do laço que une a hipótese e a consequência que a lei jurídica - a regra de direito - diferem essencialmente, da lei natural: este laço não é necessariamente causal (*das Müssen der Kausalität*), mas a necessidade normativa (*das Sollen der Zurechnung*). Se chamarmos *imputação* à relação que a regra jurídica estabelece entre dois factos, a imputação é, na esfera do sistema chamado Estado ou direito, homóloga ao princípio de causalidade no sistema da natureza.

Sendo assim, a lógica intrassistêmica do *Rechtsordnung* (*ordenamento positivo*) possui dois aspectos importantes: 1) a lógica dedutiva somente é válida em seus aspecto puramente formal, ou seja, um norma torna-se jurídica porque uma outra norma válida (anterior e superior) dentro do próprio sistema a criou, e, 2) a juridicidade que a nova norma válida empresta ao fato, limita-se a própria norma (ao seu texto e a sua validade), ou seja, não há logicidade interna e necessária em relação ao conteúdo.

Isto posto, resta evidente o erro de associar o positivismo jurídico a um mecanicismo jurisprudencial lógico-dedutivo.

Exatamente pelo fato da *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica) permitir duas normas válidas coexistirem independente do conteúdo é que surge a necessidade de um *Tribunal constitucional jurídico*, para exercer a função da *jurisdição constitucional*, *i.e.*, para manter a *coerência intrassistêmica material* do ordenamento, solucionando as eventuais antinomias (conflitos lógicos de conteúdo) conforme a Constituição.

Cf. Kelsen[1137]:

> *Um conflito de normas é por conseguinte algo de todo diferente de uma contradição lógica. Se ele pode ser comparado com alguma coisa, não será com uma contradição lógica, mas - uma vez que a validade de uma norma é a sua existência especifica - com duas forcas em direções opostas, que atuam*

[1136] ASL: 26
[1137] KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. Normas jurídicas e análise lógica. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 68.

> *sobre o mesmo ponto. Ambos as situações, um conflito de normas e um conflito de forcas, podem ser descritas sem nenhuma contradição.*

A propósito, digno de nota a preciosa observação de Rodrigo Borges Valadão, tratando da diferença entre o Tribunal Constitucional Jurídico de Hans Kelsen e o Tribunal Constitucional político de Carl Schmitt, que parecia ter sido superada mas recentemente voltou a ameaçar as instituições[1138]:

> Afastada a tese schmittiana e partindo do princípio de que ninguém pode ser juiz em causa própria, o mestre de Viena vai demonstrar que o controle de constitucionalidade não pode ser confiado a um dos órgãos jurídicos cujos atos devem ser controlados. Assim, não poderia o controle de constitucionalidade ser exercido por um órgão político. Somente um Tribunal Constitucional que mantenha distância do processo político e que atue nos limites de um legislador negativo, pode realizar tal função de guarda da Constituição.

Mônia Hennig também lembra que[1139]:

> Em face da desconfiança com relação ao Poder Judiciário, Kelsen idealizou o controle de constitucionalidade como uma função não propriamente judicial, senão de 'legislação negativa', a partir do momento em que cabe, a este órgão, analisar tão-somente o problema (puramente abstrato) de compatibilidade lógica entre a lei e a norma constitucional. Trata-se, por conseguinte, de uma atividade que se aproxima da do legislador, porquanto não supõe uma decisão singular e concreta (típica da atividade judicial).

Em J.J. Gomes Canotilho (1941 -)[1140]: "*O controlo concentrado abstracto é fundamentalmente (Kelsen) uma "legislação negativa" (mas não só: cfr. Infra, efeitos da declaração de inconstitucionalidade) eliminadora das normas não compatíveis com a constituição, nem por isso se pode deixar de reconhecer constituir a tarefa de concretização de desenvolvimento do direito constitucional*".

Importante ressaltar que esta função de manter a coerência intrassistêmica do ordenamento jurídico (legislação negativa pelo controle de constitucionalidade) de um Tribunal constitucional, não é uma atividade da ciência jurídica, mas um mecanismo necessário do

---

[1138] BORGES VALADÃO. Rodrigo. (2020). A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo. Op. Cit. p. 16.
[1139] HENNIG LEAL, M. C. Sobre as influências de Kelsen para o controle de constitucionalidade. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/monia_clarissa_hennig_leal.pdf Acesso em 25/05/2022. p. 5.
[1140] CANOTILHO, J.J. G. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: ALMEDINA, 2003, p. 891.

Rechtsordnung (sistemas dinâmicos criado pelo positivismo), exatamente porque as normas comportam toda sorte de conteúdos. Sobre este tema, Hans Kelsen ensina que[1141]:

> Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.

Conforme já comentado na introdução deste trabalho, o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a jurisdição constitucional, publicado por Kelsen com o título "*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*?" (Quem deve ser o guardião da Constituição - 1932), o fundamento de *validade* da Constituição é científico-jurídico, *cf.* um pressuposto *lógico-transcendental* da *epistemologia kantiana*, a *Grundnorm*. De outro lado, Schmitt defende a validade da Constituição baseada em uma natureza fática, *i.e*., um poder político constituinte, cuja jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade), deve ser exercido pelo representante do poder executivo, o Führer. Peter R. Caldweel resume a ideia[1142]:

> *They dealt with the theoretical issue of how to conceive of the constitution as foundation of the state. Kelsen developed a neo-Kantian notion of the constitution as the "basic norm" from which all other norms in the legal system could be logically derived. He conceived of sovereignty as the system's logical unity. Schmitt, however, insisted that sovereignty was not merely a transcendental presupposition (in the Kantian sense of a necessary logical assumption) but rather a transcendent, metaphysical fact. Therefore, Schmitt*

[1141] RR2: 188-189.

[1142] (Eles lidaram com a questão teórica de como conceber a constituição como fundamento do estado. Kelsen desenvolveu uma noção neokantiana da constituição como a "norma básica" da qual todas as outras normas no sistema legal poderiam ser logicamente derivadas. Ele concebeu a soberania como a unidade lógica do sistema. Schmitt, no entanto, insistiu que a soberania não era meramente uma pressuposição transcendental (no sentido kantiano de uma suposição lógica necessária), mas sim um fato transcendente e metafísico. Portanto, Schmitt concebeu a constituição como uma declaração imutável de vontade postulada pelo soberano (o povo). O nominalismo de Kelsen o levou a rejeitar as alegações feitas por qualquer órgão estatal de representar a vontade do soberano precisamente porque não havia vontade soberana. Schmitt alegou que um órgão estatal representava imediatamente a vontade soberana do povo substantivamente unificado: o presidente). CALDWELL, Peter R. Introduction. In.: Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. Introduction. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism Peter C. Caldwell. London: Duke University Press, 1997, p. 9.

> *conceived of the constitution as an immutable statement of will posited by the sovereign (the people). Kelsen's nominalism led him to reject claims made by any state organ to represent the will of the sovereign precisely because there was no sovereign will. Schmitt claimed that one state organ immediately represented the sovereign will of the substantively unified people: the president.*

Rodrigo Borges Valadão ainda acrescenta que[1143]:

> [...] se Carl Schmitt vai buscar tal unidade num elemento subjetivo, uma vontade imanente do povo alemão (uma espécie de "vontade fundamental"), personificado no Führer, Kelsen busca tal unidade num elemento objetivo: a norma fundamental. Esta norma não é positiva, mas uma mera ficção. Logo, tal unidade é obtida através de uma norma fictícia, não no sentido de um real ato de vontade, mas de um ato meramente pensado. Com isso, a estabilidade do documento constitucional, negada por Carl Schmitt, alcança plena realização na Teoria Pura do Direito.

Presume-se que não haveria necessidade de um Tribunal Superior em sistemas estáticos por força da própria autoridade do raciocínio da lógica dedutiva (material) entre princípios e deveres, as antinomias casuísticas poderiam ser corrigidas por controle de constitucionalidade difuso. Como diz Lourival Vilanova[1144]: Não é possível obter, por inferência dedutiva, o conceito específico do direito, de outros conceitos, precisamente porque no plano dos objetos existe uma separação intransponível de constituição. Assim, por nenhuma transição podemos passar dos objetos físicos aos psíquicos, dos valores estéticos, aos valores jurídicos"; e Norberto Bobbio[1145]: "[…] *puede decirse de un derecho* (*y entiendo aquí por 'derecho' tanto la norma aislada como la totalidad de un ordenamiento*) *que es superior a otro bien en el sentido de un sistema estático, o bien en el sentido de un sistema dinámico, según que el derecho inferior reciba de él su contenido (a modo de conclusión lógica de una premisa evidente), o su validez*".

Nota-se que as antinomias na *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica) dos ordenamentos são exclusivamente materiais, pois não seriam normas válidas se houvesse vício no âmbito da sua formação formal/procedimental, considerando que o conflito entre conteúdos jurídicos só

[1143] BORGES VALADÃO. Rodrigo. (2020). A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo. Revista Eletrônica Da PGE-RJ, 3(3). Disponível em: https:// doi. org/ 10.46818/pge.v3i3.177 Acesso em 07/12/2024. p. 15.

[1144] VILANOVA, L. Sobre o conceito do Direito. V1. São Paulo: AXIS MVNDI IBET, 2003, p. 21.

[1145] BOBBIO, Norberto. Estudios de historia de la filosofia: De Hobbes a Gramsci. Estudio prelilinar de Alfonso Ruiz Miguel. Versión castellana de Juan Carlos Bayón. Madrid. Debai, 1991, p. 57-158.

podem existir entre normas válidas. Lourival Vilanova acrescenta que[1146]: "O processo de juridicização do fáctico é um só. É intra-sistêmico, como intra-sistêmica é a causalidade. Que causas económicas, geopolíticas, antropológicas, sociológicas, ideológicas, demográficas influem sobre o sistema é problema metajurídico, quer dizer, extra-sistêmico"; em outras palavras, as causas metajurídicas não pertencem a racionalidade jurídica, ou seja, há uma diferença entre *das Müssen der Kausalität* (obrigação por causalidade) e *das Sollen der Zurechnung* (imputabilidade normativa).

Logo, diferente da *Rechtsstatik* (Estática jurídica) dos ordenamentos jusnaturalistas, o *Rechtsordnung*, o ordenamento jurídico positivo é dinâmico - *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica) -, posto a ausência de juridicidade do conteúdo material e da logicidade linguística. Um Tribunal constitucional exerceria o controle da coerência intrassistêmica do ordenamento, na medida em que declara a invalidade (inconstitucionalidade de uma norma), retirando a norma inconsistente do sistema. Este é o sentido do papel de legislador negativo do Tribunal constitucional, ele não cria normas, mas as invalida para manter a lógica material de um sistema que comporta toda sorte de *dever-ser*, pois o *dever-ser jurídico* só existe quando inscrito no sistema.

Sendo assim, a *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica) do ordenamento positivo deve, de alguma forma, "preexistir" para recepcionar toda sorte de conteúdos fáticos-valorativos. A "preexistência" não possui nenhuma conotação empírica, e, tal como o criticismo kantiano, significa dizer que as estruturas lógicas dos ordenamentos positivos atuam como condições *a priori* de possibilidade para a juridicidade, logo, a necessidade de um postulado epistemológico, não cognitivo e não psicologizado (*cf*. a filosofia analítica), mas *lógico-transcendental* como axioma fundante do direito, ou ainda, uma Norma Fundamental - *Grundnorm* - regra base para o sistema jurídico.

Neste sentido, Kelsen afirma: "Uma norma pertence a um ordenamento que se apoia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental - e não porque tem um determinado conteúdo"[1147]. Luis Warat sintetiza estas ideias com a seguinte observação: "*De la misma manera, como Kant trata de establecer racional y apriorísticamente las condiciones de posibilidad de la ciencia física, Kelsen*

[1146] VILANOVA, Lourival. Relação e causalidade no direito. Op. Cit. p. 70-71.
[1147] RR2, p. 138. Sobre o fundamento da *Grundnorm*, vide N. Bobbio: "[...] no que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que ele se constituiu num problema não mais jurídico, cuja solução deve ser procurada fora do sistema jurídico, ou seja, daquele sistema que para ser fundado traz a norma fundamental como postulado". In.: BOBBIO, N. Op. Cit. p. 63.

trata de fijar a través de la norma fundamental las condiciones formales y necesarias del conocimiento jurídico, dirigido al contenido deóntico de las normas positivas"[1148].

Percebe-se aí uma sutileza: como em Kant a *causalidade* é uma categoria *a priori* do entendimento e um princípio ordenador do conhecimento científico, em Kelsen a sanção exerce uma função similar de "categoria lógica para o sentido da realidade jurídica", pois ela é o "efeito" da imputação, cuja "causa" está aberta, ou seja, os valores e conteúdos empíricos na condição de antecedente lógico (*enunciado prescritivo*), não sendo portadores de "juridicidade *em si*", ficam sujeitos à vontade do legislador, ou, da "vontade" de um sujeito dentro de uma relação negocial. Assim também entende Maria H. Diniz[1149]: "A imputação é, portanto, a operação lógica que atribui uma consequência à prática de certo ato"; bem como em Jan Siekmann[1150]: "*La categoría de imputación es introducida por KELSEN como equivalente a la categoría de causalidad. Mientras que los juicios empíricos resultan de la aplicación de la categoría de causalidad a nuestras percepciones, la categoría de la imputación vincula condiciones y consecuencias jurídicas*".

A diferença *substancial* (não formal) entre a categoria de *causalidade* e da *imputação* explicada por Siekmann, *cf. supra*, ou seja, entre o apriorismo cognitivo kantiano e o apriorismo normativo kelseniano, é que a *causalidade* como categoria *a priori* do *entendimento* pode ter sua *validade* comprovada mediante o testemunho da experiência (sensível) frente a transformação da matéria no recorte de um espaço/tempo conforme a lei natural no desdobramento por causalidade, enquanto o *apriorismo* da *estrutura lógica* da *norma jurídica*, que atribui *juridicidade* a um fato conforme o functor dentológico de *implicação sancionatória*, não depende de testemunho da experiência de um dado empírico externo para *validar* objetivamente sua existência, não há "uma lei jurídica empírica na natureza para ser testemunhada pela experiência", pois não há juridicidade anterior ou exterior a norma para ser testemunhada. Eis aí uma diferença sutil mas significativa entre o apriorismo como função lógica da razão e o apriorismo das estruturas lógicas do direito positivo como condição de possibilidade da juridicidade; *cf. R. Ayala[1151]:* "*Kelsen no solamente considera el deber ser (sollen) como la cópula típica del juicio normativo, neutra a cualquier connota ción de carácter ético, moral o axiológico, sino que al concebirla como*

[1148] WARAT, L. A. Op. Cit. p. 55.
[1149] DINIZ, M. H. Op. Cit. 27.
[1150] SIECKMANN, J. La teoría del derecho de Hans Kelsen. Bogotá: UEC. 2011, p. 264.
[1151] AYALA, R. Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. Op. Cit. p. 76.

categoría irreductible niega por anticipado cualquier deri vación del ser al deber ser, o viceversa". Não havendo "causalidade natural jurídica", pois rejeitou-se a metafísica e o enquadramento ontológico do mundo pela linguagem (filosofia analítica), o *conhecimento científico do direito* não está condicionado aos fatos, mas ao *sentido jurídico* que a norma empresta ao fatos.

Aqui vale destacar também o ensinamento Eugenio Bulygin sobre a sutileza destas heranças kantianas[1152]: *"Kelsen's main ideas of Kantian origin are: (1) the characterization of legal norms as ideal entities belonging to the world of Sollen ('ought'), distinct from the world of natural reality or the world of Sein ('is'); (2) the conception of validity qua binding force (which, following Nino, I call the normative concept of validity); (3) the normativity of legal science; and (4) Kelsen's well-known doctrine of the basic norm as a transcendental category*". (As principais ideias de Kelsen de origem kantiana são: (1) a caracterização das normas legais como entidades ideais pertencentes ao mundo de Sollen ('deve'), distintas do mundo da realidade natural ou do mundo de Sein ('é'); (2) a concepção de validade como força de ligação (que, seguindo Nino, eu chamo de conceito normativo de validade); (3) a normatividade da ciência jurídica; e (4) a conhecida doutrina de Kelsen da norma básica como uma categoria transcendental).

Deve-se recordar que a afirmação de que a "sanção é o traço distintivo da *juridicidade*", razão pela qual desenvolveram-se muitas teses "sancionistas do direito", esta ideia também remete ao *Vergeltungsprinzip* (princípio de retributividade) - racionalização da pena[1153] - já estudado na Parte I, *cf*. também lembra Ricardo Azpurua Ayala[1154]: "*Es claro que el intento kelseniano de establecer los principios a priori, que sean las condiciones de posibilidad, universales y formales del conocimiento jurídico, viene a constituir una especie de construcción trascendental que unifica y constituye dicho conocimiento en cuanto conocimiento jurídico*"; ou seja, a construção transcendental da norma tem este "traço antropológico" da racionalização da retributividade.

[1152] BULYGIAN, Eugenio. The Kantian and the Positivistic. In.: Essays in Legal Philosophy. New York: Oxford University Press, 2015, p. 237.

[1153] Vide Stanley L. Paulson: "[…] for Kelsen, the coercive element is properly understood as an empirical criterion of the law, which, for its part, is not empirical but ideal". ([...] para Kelsen, o elemento coercitivo é adequadamente entendido como um critério empírico da lei, que, por sua vez, não é empírica, mas ideal). PAULSON, Stanley L. How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law. Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law. Disponível em: http://revus.revues.org/2727 Acesso em 20/11/2024.

[1154] AYALA, Ricardo Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. p. 57. Disponível em: http: // www. ulpiano. org. ve/ revistas/ bases/ artic/ texto/ RDUCV/ 30/ rucv_1964_30_55-78.pdf Acesso em 31/10/2024.

Em Jorge Witker e Rogelio Larios[1155]:

> *De acuerdo con Kelsen, uno de los conceptos básicos para distinguir a las normas jurídicas de otros tipos de normas, es el de acto coactivo. En función de esto, determina su concepto de derecho como orden coactivo de la conducta humana y nos dice que los actos coactivos son los que han de cumplirse, aun contra la voluntad del afectado por ellos y, en caso necesario, recurriendo a la fuerza física*.

Enfim, a norma jurídica como átomo do direito, contém a cópula lógica da cognição jurídica que é a condição *a priori* do fenômeno jurídico e do seu conhecimento científico, em outras palavras, para o direito positivo o conteúdo material varia de acordo com as necessidades e valores de cada cultura, reservando à imputação formal da consequência sancionatória o traço formal/universal do direito, razão pela qual, Kelsen afirma o direito como uma ordem coativa e que se deve: "[...] rejeitar uma definição do Direito que o não determine como ordem de coação, especialmente porque só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra ordem social, [...]"[1156]. Ainda em Kelsen[1157]:

> *The principle of imputation - this term used in its original meaning connects two acts of human behavior with each other the behavior of one individual with the behavior of another, as, for instance, in the moral law providing reward for merit or in the legal law providing punishment for crime; or the behavior of one individual with other behavior of the same individual, as, for instance, in the religious law providing penance for sin. In all these cases the human behavior prescribed by the social norm is conditioned by human behavior.*

Sendo assim, do ponto de vista prático, para que o direito ainda seja uma ordem coativa e também "eficaz", a *juridicidade* mais uma vez recairia na dimensão coercitiva da norma, pois a "conduta jurídica" é motivada pelo poder de coercibilidade outorgado pela estrutura normativa do sistema, não pelo conteúdo *em-si*, o que remete a ideia de

---

[1155] WITKER, Jorge; LARIOS, Rogelio. Metodologia jurídica. México: UMA de México, 1997, p. 145.
[1156] RR2: 38.
[1157] (O princípio da imputação - este termo usado em seu meio original - conecta dois atos de comportamento humano um com o outro: o comportamento de um indivíduo com o comportamento de outro, como, por sua postura, na lei moral que proporciona recompensa pela lei legal que fornece punição pelo crime; ou o comportamento de um indivíduo com outro comportamento do mesmo indivíduo, como, por sua postura, na lei religiosa. Em todos esses casos, o comportamento humano prescrito pela norma social é condicionado pelo comportamento humano). WIJ. p. 347.

heteronomia da doutrina do direito kantiano, "quando a conduta é motivada pela coação", *i.e.*, a ação motivada pelo direito não é uma ação moral porque o móbil da conduta é um efeito cuja causa é a coerção heterônoma da sanção, neste caso, age-se *conforme o dever* e não *pelo dever* como um fim moral *em si*. *Cf.* Kelsen[1158]: "Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica [...] que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito - mas única e exclusivamente o fato de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção"[1159]. Sob esta perspectiva, Alf Ross acolhe a tese: "[...] *la autoridad y el poder coactivo que sostienen las reglas legales, no puede localizarse en ningún individuo o grupo de individuos, sino que ha de adscribirse únicamente al sistema - al orden legal como tal*"[1160]; mas, ainda, Kelsen conclui[1161]:

> Nisto se expressa o decisivo papel que a sanção existente num ato de coação desempenha no Direito como uma ordem de coação. A estatuição desta sanção é tão essencial que se pode dizer: o Direito impõe uma conduta determinada somente por ligar à conduta contrária um ato de coação como sanção, de modo que uma certa conduta somente depois que juridicamente 'imposta' pode ser considerada como conteúdo de um 'dever jurídico', quando o oposto é a condição à qual uma norma liga uma sanção.

Se, nenhum valor, conteúdo empírico ou conduta humana contém *juridicidade a priori*[1162], os critérios de pertencimento estabelecidos pelo *Rechtsordnung*, ordenamento positivo às *normas* deverão ser comuns (formais) a todos os sistemas jurídicos.

No entanto, como já sinalizado, não se pode confundir as etapas procedimentais estabelecidas em lei pelos órgãos legiferantes (Câmara municipal, Assembleia legislativa ou Congresso nacional), como parâmetros objetivos de validação do direito positivo, mas sim o formalismo do conjunto procedimental comum a todos os ordenamentos (pressuposto lógico-transcendental) que justifica a existência do próprio processo legislativo, quando uma norma autoriza outra a estabelecer um determinado conteúdo normativo, caso contrário, seria confundir o casuísmo dos ordenamentos particulares com a validade no sentido utilizado pela teoria geral do direito. Afinal, os critérios de conversão do preceito

---

[1158] Loc. Cit.
[1159] RR2: 78.
[1160] ROSS, A. Lógica de las normas. Tradução José S.P. Hierro. Madrid: Editorial Tecnos, 1971, p. 55.
[1161] ATN: 182.
[1162] "Com efeito, quando se não pressupõe qualquer *a priori* como dado, isto é, quando se não pressupõe qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que é que tem de ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto". RR2: 46.

social para o *status* de *norma jurídica* estabelecidos pelo processo legislativo, são subjetivos e restritos aos ordenamentos particulares, logo, não estão implícitos à coerência intrassistêmica fixada pelos postulados da teoria geral do direito positivo[1163]. Kelsen adverte[1164]: "*Dabei istes gewifi verfehlt, die Positivität des Rechtes, was mitunter geschieht, mit seiner Gesatzt he it zu verwechseln, das hier entscheidende Moment in den Satzungsakt, in die Tatsache zu verlegen, daß die Rechtsnorm in einem Gesetzgebungsprozef „erlassen" wird* [...]". (É errado confundir a positividade da lei, que às vezes acontece, com sua lei, para colocar aqui o momento decisivo no ato da lei, no fato de a norma jurídica ser 'promulgada' em um processo legislativo [...]).

Neste mesmo sentido, escreve Juan Carlos Upegui Mejía[1165]:

> *El sistema de competencias de cada ordenamiento jurídico está determinado por las normas de autorización del mismo; es, en este sentido, un orden de competencias positivo (producto de una serie de actos de voluntad). Igualmente, el sistema de procedimientos está diseñado según las particularidades de cada ordenamiento como producto de actos de voluntad creadores de normas de autorización. Así, la regla de construcción de todo orden jurídico es un conjunto de normas de autorización (que señalan competencias y procedimientos) para la creación y destrucción de la existência-validez de las normas jurídicas*.

Importante dizer que há uma distinção entre a atividade intelectual do jurista que interpreta (por um ato de vontade) o ordenamento jurídico com fins práticos, daquela atividade intelectual que estuda o ordenamento do ponto de vista científico (por um ato cognitivo), como observa Lourival Vilanova[1166]: "O jurista, como jurista, e a Ciência do Direito, como conhecimento específico de um ordenamento positivo (como dogmática desse ordenamento, cujo ato cognoscente poder-se-ia resumir com o 'termo interpretação', ato complexo envolvendo aspectos lógicos, axiológicos, empírico-sociais), valem-se da categoria da causalidade, normativamente estabelecida".

[1163] O processo de produção do conteúdo normativo não cabe ao direito, mas a política: "A questão do conteúdo legítimo da ordem estatal não pertence à teoria geral do Estado, mas sim à política [...] Esta, se quiser manter o seu método em toda a sua pureza e integridade, deve, absoluta e rigorosamente, excluir qualquer intromissão do ponto de vista político". ASL: 34.

[1164] KELSEN, HANS. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1928, p. 93.

[1165] MEJÍA UPEGUI, Juan Carlos. Hans Kelsen 1881 -1973. Luis Villar Borda (Compilador). Bogotá: Universidad Extremado de Colombia, 2004, p. 179.

[1166] VILANOVA, Lourival. Ibid. p. 47.

Vide também a ressalva de Kelsen[1167]:

> Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade.

Nos termos do positivismo jurídico, o ordenamento jurídico pode ser visto como um sistema de *präskriptiven Rechtsnormen* (*proposições prescritivas*) criado e interpretado pela linguagem natural da política jurídica, ou ainda, por um sistema lógico-formal descrito pela metalinguagem da ciência do direito em *Rechtssätze* (*proposições normativas*). São duas formas diferentes de interpretar o direito, como escreve Kelsen[1168]: [...] o conhecimento do Direito - como todo conhecimento - procura apreender o seu objeto como um todo de sentido e descrevê-lo em proposições isentas de contradição, ele parte do pressuposto de que os conflitos de normas no material normativo que lhe é dado - ou melhor, proposto - podem e devem necessariamente ser resolvidos pela via da interpretação".

Ou seja, as descrições da ciência jurídicas devem ser isentas de contradição, mas isso não se aplica na prática na *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica) dos sistemas positivos, exatamente porque a textura do texto normativo está aberta à interpretação.

Na leitura de Lourival Vilanova[1169]:

> Pondera Kelsen que não podemos descrever uma ordem normativa afirmando; A deve-ser e A não-deve-ser como normas simultaneamente validas. Veem-se, então, dois sistemas, o sistema S', do Direito positivo, e o sistema S", da Ciência-do-Direito. Suponhamos que S', contenha as normas N e não-N (contraditórias). Colocados no nível S", podemos tomar o dado-de-fato, constitutivamente contraditório, e descrevê-lo em proposições jurídicas, que não se contradizem por descrever a existência de normas contraditórias do sistema-objeto. S", em relação a S' sistema-objeto, e um sobre sistema, o *metassistema material* de linguagem que tem por tema de conhecimento a linguagem em que se expressa o Direito positivo.

[1167] RR2: 249.
[1168] RR2: 144.
[1169] VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas do direito positivo. Op. Cit. p. 281.

*
* *

Aqui uma rápida reflexão de ordem prática: Se o conteúdo do direito é dinâmico e circunscrito à moldura da *norma válida*, *i.e.*, do ponto de visto epistemológico ao esquema *a priori* que regula sua *juridicidade*, e, do ponto de vista prático, circunscrito ao *texto da norma*, pergunta-se: A transposição dos limites semânticos do texto da norma válida pela interpretação/aplicação do direito em um caso concreto - pois, as normas são escritas pela linguagem natural - não ensejaria uma invasão de competência do judiciário na seara legislativa? Ou inda: Decisões judiciais interpretam ou criam direitos?

Embora seja um tema fascinante, não faz parte deste estudo de epistemologia jurídica, contudo, convém reforçar que, para o positivismo jurídico a interpretação do direito não está adstrita a literalidade do texto legal, pois o positivismo jurídico não é uma teoria da argumentação para solução de casos concretos e não se confunde com legalismo (interpretação literal do texto da lei).

O que se sugere com a questão acima, é que uma interpretação que extrapola a moldura normativa (texto legal) delimitada pela norma jurídica, pode ensejar uma forma de invasão de competência do judiciário no legislativo. Judiciário (comumente) não tem a prerrogativa de criar direito novo, mas interpretar o direito vigente.

Não é uma afirmação categórica (científica), pois trata-se de um tema da política, sujeita ao que cada ordenamento particular dispõe, como bem lembra Luis Alberto Warat[1170]:

> É evidente que dentro da ordem de ideias do normativismo kelseniano, a Ciência do Direito apenas pode levantar as questões logicas e epistemológicas que permitam transformar o Direito Positivo de um grupo em um sistema unitário, uma ordem sem contradições. Esta tese pareceria indicar que, mediante a interpretação teórica, não se pode tomar decisões sobre as possíveis significações desvendadas; estas são de competência dos órgãos encarregados de aplicar o Direito. Decidir sobre os sentidos que devem ser adjudicados a uma norma é tarefa da Política Jurídica.

No entanto, a superação da *Sprachontologie* (ontologia da linguagem) e o estudo da epistemologia jurídica, deveriam servir, ao menos, de advertências para o ativismo judicial

[1170] WARAT, L. A. A pureza do poder. Op. Cit. p. 29.

dos órgãos aplicadores do direito quando reproduzem, *ad infinitum*, a *juridicidade* por silogismos lógicos dedutivos, ou, pela crença de que a discricionariedade e o poder potestativo, servos dos caprichos da subjetividade, confunde a autoridade judicial, pois, ao invés de dizer o direito, acredita ter o poder criar direito novo a revelia do enquadramento da realidade por um norma jurídica.

*
* *

As premissas que rompem o círculo jusnaturalista entre o *ser* (*Sein*) e o *dever ser (Sollen)*, de certa forma também previnem a *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica) dos sistemas positivos contra "falácias de relevâncias", ou seja, transgressões às regras gerais da lógica, *in casu*, contra a falácia *petitio principii*, que induz a crença de que o sistema deve possuir substância jurídica para produzir normas jurídicas, como Ensina Irving Copi na sua consagrada "Introdução à lógica" [1171]: "Se a proposição é aceitável sem argumento, nenhum argumento é necessário para estabelecê-la; e se a proposição não é aceitável sem argumento, então nenhum argumento que exija a sua aceitação como premissa terá possibilidade de levar alguém a aceitar sua conclusão".

Em outras palavras, a proposição que afirma: "a norma só é jurídica a partir da validação prévia de um ordenamento positivo", não significa afirmar que o ordenamento positivo seja jurídico pela determinação de uma norma jurídica, para romper a falácia, surge a pressuposição lógico/transcendental de uma *norma hipotética fundamental* (não jurídica) como condição de possibilidade de validade do próprio sistema.

Importante enfatizar que a *norma jurídica* como instrumento introdutor de conteúdos fático/valorativos e sanções cominadas ao mundo do direito, somente é considerada capaz de *imputação* de significados jurídicos (vincular *juridicidade* às substâncias fático/axiológicas), a partir da sua prévia validação pelo ordenamento jurídico positivo, como afirma Hans Kelsen: "[...] o Direito - conforme já acentuamos - não ser uma

[1171] COPI, I. M. Introdução à lógica. Trad. De Álvaro Cabral. São Paulo, SP: Mestre Jou, 1978, p. 84.

norma isolada, mas um sistema de normas, [...] e uma norma particular apenas pode ser considerada como norma jurídica na medida em que pertença a um tal ordenamento"[1172].

Ora, se o *positivismo* exige critérios de pertencimento pré-existentes no ordenamento para validar as *normas* (torná-las jurídicas) e, os significados jurídicos são estabelecidos a partir das *normas*, presume-se que o expediente epistemológico condicionante do sistema, ou, a *regra fundamental* (*Grundnorm*) que tem por prerrogativa outorgar às normas o poder vinculante de significação, não pode ter origem em conceitos jurídicos, mas em pressupostos lógico/transcendentais, ou seja, para formalmente precedê-lo, dar unidade lógica e capacitá-lo a desencadear dedutivamente o processo de *formação* existencial (validação) das normas jurídicas[1173] tal qual um postulado epistemológico estrutura os sistemas científicos.

Do ponto de vista estrutural, o ordenamento dinâmico é, *cf.* Kelsen[1174]: "Uma 'ordem' e um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade"; e Joseph Raz[1175]: "*According to Kelsen's theory it is logically necessary that in every legal system there exist one basic norm. The basic norm can be said to exist for Kelsen says that it is valid, and validity is the mode of existence of norms*". (De acordo com a teoria de Kelsen, é logicamente necessário que em todo sistema jurídico exista uma norma básica. Pode-se dizer que a norma básica existe, pois Kelsen diz que ela é válida e a validade é o modo de existência das normas).

Aliás, todos os sistemas de conhecimento científico pressupõem tais postulados, a exemplo da causalidade para as ciências empíricas, *cf.* Kelsen[1176]: "[...] *es decir, sin excepciones, del principio de causalidad, también se puede sostener concibiéndola como un postulado, como una exigencia dirigida al conocimiento humano, consistente en buscar una conexión causal dentro de los hechos observados en el mundo de los sentidos, comprender esos hechos como causas y efectos y explicar así la realidad*"; e, como Miguel Reale já disse alhures[1177]: "[...] toda e qualquer ciência implica a existência de princípios, uns *universais* ou *omnivalentes* (ou seja, comuns a todas as ciências); outros *regionais* ou *plurivalentes* (comuns

[1172] ASL: 33.
[1173] Não se reproduz *juridicidade* por dedução de conteúdo, a dedução é um critério de validação formal.
[1174] RR2: 21.
[1175] RAZ, Joseph. The authority of law. Essays on Law and Morality. NY: OUP, 1979, p. 122 - 123.
[1176] KELSEN, Hans. Causalidad y imputación. Op. Cit. p. 19.
[1177] REALE, Miguel. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 60.

a um grupo de ciências) e outros, ainda, *monovalentes*, por só servirem de fundamento a um único campo de enunciados".

A ideia sedutora de que ordenamento deve possuir substância jurídica para validar uma *norma* com capacidade de produzir conteúdo jurídico, reconduz às teses da *Rechtsstatik* (Estática jurídica) jusnaturalistas, razão pela qual, o *positivismo* considera a *Grundnorm* (regra de fundamento) não como uma norma jurídica, mas como um expediente metodológico comum a todo sistema de conhecimento científico. Óscar Cubo Ugarte ensina também que[1178]: "*A diferencia de la norma fundamental de los sistemas normativos estáticos, que no sólo determina la validez de sus normas, sino también su contenido, la norma fundamental de los sistemas dinámicos dota de autoridad normativa a ciertos órganos y establece ciertos procedimientos de creación de normas sin predeterminar su contenido*"; bem como Clemens Jabloner[1179]:

> *Die Geltung der in diesem Sinn „obersten" Rechtsnorm, das heißt der historisch ersten Verfassung, von der die Rechtsentwicklung ihren Ausgang nimmt, kann selbst nicht aus einer anderen Rechtsnorm abgeleitet werden. Dieser effektiv gewordene erste Anordnungsakt muss als ermächtigt gedacht werden, seine Geltung muss daher angenommen werden, will man alle danach erzeugten Akte als ein System von Rechtsnormen, als eine Rechtsordnung deuten, die vielfältiges rechtliches Sollen zum Ausdruck bringt. Diese Annahme wird als Grundnorm bezeichnet. Die Grundnorm hat keine Alltagsbedeutung, sondern kommt ins Spiel, wenn die Geltungsfrage kritisch reflektiert wird – wozu die Rechtswissenschaft verhalten ist.*

Logo, não se pode confundir a dedução que valida uma *norma* por previsão textual de outra *norma*, com a experiência jurídica (empírica) que é construída a partir da *norma* como uma categoria *a priori* do direito, considerando a norma como uma "proposição atômica" inaugural do discurso jurídico a margem de uma *Sprachontologie* (ontologia da linguagem)[1180].

[1178] UGARTE, Óscar Cubo. Kant y Kelsen: sobre la temporalidad del derecho positivo. Disponível em: http://hdl.handle.net/10016/32263. Acesso em 28/11/2024, p. 117 - 118.

[1179] (A validade da norma jurídica "suprema" neste sentido, ou seja, a primeira constituição histórica a partir da qual se inicia o desenvolvimento do direito, não pode ser derivada de outra norma jurídica. Este primeiro ato de ordem, que se tornou efetivo, deve ser pensado como autorizado, e, sua validade deve, portanto, ser assumida se quisermos interpretar todos os atos gerados posteriormente como um sistema de normas jurídicas, como um sistema jurídico que expressa múltiplos deveres jurídicos. Essa suposição é chamada de norma básica. A norma básica não tem significado cotidiano, mas entra em jogo quando a questão da validade é refletida criticamente - o que a jurisprudência reluta em fazer). JABLONER, C. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Op. Cit. p. 340.

[1180] No sentido do atomismo lógico da filosofia da linguagem de Bertrand Russell.

A. Graça Neto lembra que[1181]: "Para Kelsen, o traço fundamental das normas jurídicas é o fato de elas serem válidas, e não o fato de serem justas e nem o fato de serem lógicas. A logicidade e a justiça nunca foram elementos essenciais na concepção Kelseniana de direito. Há casos em que o direito se revela como um discurso de imperativos injustos e ilógicos, e nem por isso deixa de ser direito"; da mesma forma escreve Arthur José Favaret Cavalcanti[1182]

> Os sistemas normativos têm assim características análogas às dos sistemas dedutivos da lógica e da matemática. Estes últimos são compostos de teoremas, que são deduzidos de outros teoremas já pertencentes ao sistema. É preciso, porém, que haja um ponto de partida para essa cadeia de deduções. Todo o sistema dedutivo supõe, portanto, um ou mais postulados, que são enunciados que não podem ser deduzidos de outros enunciados pertencentes ao sistema. Um exemplo típico de sistema dedutivo é a geometria euclidiana, toda ela construída a partir de cinco postulados.

Implícita a essa lógica de produção normativa que expande "vertical e geometricamente a base do sistema", pois, conforme previsão, uma norma válida poderá validar outras normas, *v.g.*, a Constituição e a legislação infraconstitucional, está a percepção piramidal do escalonamento hierárquico de validação das *normas jurídicas*, cf. Kelsen[1183]: "A relação entre a norma que regula a produção de uma outra norma [...] pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior".

Nota-se que a hierarquia não se refere a critérios de distinção de relevância valorativa (seria recorrer à metafísica jusnaturalista ou à ontologia da linguagem), mas pela posição que uma *norma* ocupa na estrutura do desencadeamento lógico/dedutivo de delegação de poder[1184], no "sistema jurídico", *cf.* Vilanova, *ut supra*, a partir de uma *Grundnorm* (Norma Hipotética Fundamental), na prática, em um sistema do "direito positivo", a hierarquia se estende desde a origem das normas gerais e abstratas até as especiais e concretas, *i.e.*, desde aquelas emanadas pelo legislador até a entrega

---

[1181] GRAÇA NETO, A. Kelsen e Wittgenstein: As interfaces da lógica. In.: Seqüência: Estudos jurídicos e políticos. V. 17 n. 32 (1996), p. 118.
[1182] FAVARET Cavalcanti, Arthur José. A teoria geral do direito em Kelsen. p. 345. Disponível em: https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTQ2Nzc%2C Acesso em 03/12/2024.
[1183] "*A virtue of Kelsen's transcendental idealism is that it can explain the omnipresence of the law without relying on metaphysical or moral notions* [...]". (Uma virtude do idealismo transcendental de Kelsen é que ele pode explicar a onipresença da lei sem depender de noções metafísicas ou morais [...]). STEVEN G. M. Op. Cit. p. 404.
[1184] RR2, 155.

jurisdicional (sentenças ou normas individuais) realizada pelos órgãos aplicadores do direito no caso concreto[1185], em Juan Carlos Upegui Mejía[1186]: "*La noción de jerarquía surge de dos postulados centrales para la teoría pura del derecho: el primero es el de la unidad del sistema, a partir de la presuposición de una norma fundamental Grundnorm que está ligado a la idea de la condicionalidad; el segundo es el de la dificultad en el proceso de producción normativa que está ligado a la idea de la fuerza derogatoria*"; bem como Joseph Raz[1187]: "*The principle of dichotomy, of the unbridgeable gap between the 'ought' and the "is" entails the principle of the autonomy of norms. Norms exist only if authorized or entailed by other norms. In the law the autonomy of the legal norms is secured by the fact that they are all links in what may be called chains of validity. The term is not used by Kelsen, but the idea is essential to his philosophy*".

Feitas estas considerações, conclui-se que a *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) do ordenamento jurídico positivo obedece a uma lógica intrassistêmica formal, não material, cujo postulado fundante é a *Grundnorm*, uma regra base sem conteúdo jurídico, empírico ou valorativo, cumprindo a função metodológica de um anteposto para o sentido da *Geltung* (validade) das normas jurídicas de acordo com as diretrizes da inteligibilidade filosófica adotada pela teoria geral do direito, pois, tal como as categorias apriorísticas do entendimento em Kant, a *Grundnorm* atua como condição *a priori* de possibilidade para compreensibilidade de um sistema jurídico, diz L. Vilanova[1188]: "O conceito de direito é o conceito genérico supra-ordenado [...]".

Enfim, Ricardo Ayala reforça que não há possibilidade, a partir do positivismo jurídico, um escalonamento através de critérios valorativos[1189]: "*Kelsen se aleja definitivamente de la metafísica. En su obra es absoluta la negación de cualquier instancia trascendente. Por ello le parece imposible el pensar siquiera la posibilidad de un Derecho Natural o el establecimiento de una escala de valores que no sea exclusivamente la de la legalidad*".

[1185] "[...] as normas jurídicas individuais pertencem tanto ao Direito, são tanto parte integrante da ordem jurídica, como as normas jurídicas gerais com base nas quais são produzidas". RR2:161.
[1186] MEJÍA UPEGUI, Juan Carlos. Hans Kelsen 1881 -1973. Luis Villar Borda (Compilador). Bogotá: Universidad Extremado de Colombia, 2004, p. 179-180.
[1187] (O princípio da dicotomia, da lacuna intransponível entre o 'dever' e o 'é' implica o princípio da autonomia das normas. As normas existem apenas se autorizadas ou vinculadas por outras normas. No direito, a autonomia das normas jurídicas é assegurada pelo facto de todas elas serem elos daquilo a que se pode chamar cadeias de validade. O termo não é usado por Kelsen, mas a ideia é essencial para sua filosofia). RAZ, Joseph. Kelsen's theory of basic norm. The American Journal of Jurisprudence, Volume 19, Issue 1, 1974. Disponível em: https://academic.oup.com/ajj/article/19/1/94/182193 Acesso em 14/08/2024, p. 96.
[1188] VILANOVA, L. Op. Cit., p. 33.
[1189] AYALA, R. Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. Op. Cit. p. 75.

A *Grundnorm* é um *Erkenntnistheoretische Prinzip* (Princípio epistemológico), um *Ausgangspunkt fuer die juristische Konstruktion* (Ponto de partida para a construção jurídica), considerando a rejeição do psicologismo, do cognitivismo e da ontologia linguística, cumpre a função de pressuposto *lógico-transcendental* do direito positivo à luz da *Filosofia analítica* e da pureza da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) coheniana.

2.1. FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO POSITIVO

> Assim como os princípios lógicos transcendentais da cognição (no sentido de Kant) não são leis empíricas, mas simplesmente as condições de toda a experiência, a própria norma fundamental não é uma regra jurídica positiva, um estatuto positivo, porque não foi feita, mas, simplesmente, pressuposta como a condição de todas as normas jurídicas positivas. E, assim como não se pode conhecer o mundo empírico a partir dos princípios lógicos transcendentais, mas, simplesmente, por meio deles, o Direito positivo não pode ser derivado da norma fundamental, mas apenas ser compreendido por meio dela.
>
> Kelsen[1190]

Como visto no tópico anterior, a *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) dos ordenamentos jurídico dinâmicos (positivos) exige uma pressuposição lógica-formal - *a priori* - uma *Grundnorm* (Norma Hipotética Fundamental) como condição de possibilidade do direito a partir do plano epistemológico, portanto, ela representa o próprio fundamento de validade do direito positivo, considerando que o positivismo kelseniano reconhece a existência do direito somente a partir da norma válida, *e.g*., a partir da delegação de poder iniciado pela Constituição. Na prática, caberá a cada ordenamento particular atribuir a capacidade normativa (de prescrição de um *dever-ser*) para vincular *juridicidade* aos fatos.

Deve-se considerar, evidentemente, o referencial do paradigma antipsicologista e antimetafísico da filosofia analítica do neopositivismo lógico que desconstruiu a *Sprachontologie* (ontologia da linguagem), e, por efeito, inviabilizou qualquer fundamento que leve em consideração uma causalidade ou uma logicidade material interna e inata (*Innere Sprachform*) da linguagem para reprodução do direito, pois, de acordo com Hans Kelsen[1191]: "[...] a teoria pura recusa-se a ser uma metafísica do Direito. Consequentemente, ela procura a base do Direito - isto é, o fundamento de validade - não num princípio metajurídico, mas numa hipótese jurídica - isto é, uma norma fundamental - a ser estabelecida por meio de uma análise lógica do pensamento jurídico efetivo".

[1190] GTLS: 623.
[1191] GTLS: XIXX - XXX.

Sendo assim, compartilha-se o entendimento de Lourival Vilanova de que[1192]: "A norma fundamental é a hipótese-limite do conhecimento dogmático, não do conhecimento sociológico-jurídico", trata-se de uma norma pressuposta, não posta (positiva).

A *Grundnorm*, representa, portanto, o postulado fundamental para os sistemas jurídicos positivos e o sentido da unicidade e hierarquia do escalonamento da *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada). Não se trata de apriorismo cognitivo que ensejaria um jusnaturalismo, como explica Christian Krijnen[1193]:

> *Kelsen's basic norm (Grundnorm) only concerns a formal dimension of law-making, excluding the content of its result, hence, essentially differing from Kant's project of transcendental foundations. Transcendental foundations concern, non-naturalistically, the conditions positive law-making has to fulfil formally and materially in order to be true law, and not merely the formally correct establishment of injustice through positive law.*

Este arcabouço metodológico transcendental se materializa na práxis - em cada ordenamento particular - através de processos legislativos previstos nas constituições, tendo por resultado os "efeitos jurídicos" de uma norma válida garantidos pelo Estado.

Contudo, não se pode confundir o discurso doutrinário do positivismo com "prática jurídica", ou, com leis e institutos jurídicos dos ordenamentos particulares, pois a *Grundnorm* não é um conceito jurídico, não é uma "norma ou regra" no sentido jurídico. São dois domínios discursivos distintos, possuem paradigmas linguísticos incompatíveis para se estabelecer qualquer relação, diz Kelsen[1194] que a "[...] norma fundamental, que constitui o fundamento da validade destas normas, nem sequer é estatuída através de um ato de vontade, mas é pressuposta pelo pensamento jurídico".

Sendo "norma pressuposta" não é uma "norma do direito", mas um postulado - *a priori* - para *validação lógica* de um sistema de conhecimento, ou, *cf.* o exemplo em tela, a estrutura lógica que funda os ordenamentos dinâmicos, *cf.* Mario García Berger[1195]: "*The basic norm is*

[1192] VILANOVA, L. Relação e causalidade no direito. 4. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 56. (nota 11).
[1193] (A norma básica de Kelsen (*Grundnorm*) diz respeito apenas a uma dimensão formal da elaboração de leis, excluindo o conteúdo de seu resultado, portanto, diferindo essencialmente do projeto de fundamentos transcendentais de Kant. Os fundamentos transcendentais dizem respeito, de forma não naturalista, às condições que a elaboração de leis positivas deve cumprir formal e materialmente para ser uma lei verdadeira, e não apenas ao estabelecimento formalmente correto da injustiça por meio da lei positiva). KRIJNEN, Christian. Hans Kelsen and Southwest German Neo-Kantianism on Natural Law: Transcendental Philosophy beyond Metaphysics and Positivism. In.: Hans Kelsen and the Natural Law Tradition. Edited by Peter Langford Ian Bryan John McGarry. Boston: Brills, 2014, p. 292.
[1194] RR: 16.
[1195] BERGER, A. Kantian Interpretation of Kelsen's Basic Norm. Ratio Juris, Vol. 33, No. 1, p. 42.

thought to solve the problem of the foundation for the validity of legal systems, as it refers to their historically first acts of norm creation". (Pensa-se que a norma básica resolve o problema da fundação para a validade dos sistemas legais, pois se refere aos seus primeiros atos historicamente de criação de normas).

Ora, se um ordenamento jurídico não é um amontoado de leis sem qualquer relação entre si - tal conjunto seria ininteligível - ele deve seguir, portanto, às diretrizes lógicas de inteligibilidade presentes em qualquer sistema de pensamento que pretende ser coerente. Se o conjunto é "jurídico" e não um conjunto de outras regras deontológicas, é porque se constitui de normas jurídicas válidas, pois o traço em comum que identifica os elementos deste conjunto em uma unidade é um postulado formal de validade.

Significa dizer que o conjunto jurídico (ordenamento) de normas prescritivas, para reconhecer-se com um "domínio jurídico", também exige critérios de distinção entre os elementos que compõem, *i.e*., um critério formal entre as normas, que, por sua vez, também atua como critério de escalonamento hierárquico na configuração logica do próprio domínio, e, um postulado epistemológico como *princípio unificador* do elemento em comum de todo o conjunto, como dito, o critério de validade. Deve-se lembrar que, se os critérios elegidos forem valorativos, empíricos ou culturais, não seria um ordenamento positivo de *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica), mas um sistema de *Rechtsstatik* (Estática jurídica) jusnaturalista.

Cf. Óscar Mejía Quintana[1196].

> *En ese propósito, Kelsen retoma la pregunta de su maestro Kant y la aplica al campo del derecho: ¿cuáles son las condiciones de posibilidad del conocimiento y la experiencia jurídicas? En una estrategia análoga a la kantiana en la Crítica de la razón pura, Kelsen considera dos condiciones a priori del conocimiento jurídico: la primera, la existencia de un sistema jurídico de estructura piramidal y, de otra, condición a su vez de la primera, una norma fundamental, fuente de validez de todo el sistema, que Kelsen concibe como condición lógico-epistemológica del sistema.*

A *Grundnorm* (princípio ou pressuposição transcendental) e seus atributos de unicidade, validade e coerência, são elementos constitutivos e estruturais de qualquer sistema de conhecimento, como escreveu Johann Gottlieb Fichte, discípulo de Kant[1197]: "O princípio, não somente como proposição, mas também como proposição fundamental de todo saber, não pode

[1196] QUINTANA MEJÏA, Óscar. El problema de la norma básica en Hans Kelsen. Aporías del positivismo y paradigmas postpositivistas de superación. Hans Kelsen: una teoría pura del derecho. Édgar Hernán Fuentes Contreras [*et al*.]. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010, p. 157

[1197] FICHTE, G. J. Sobre o conceito da doutrina da ciência ou da assim chamada filosofia. Op. Cit. p. 23; 26.

ser demonstrado - Com isso é demonstrado que a ciência é em geral *sistemática,* que todas as suas partes estão em conexão em um único princípio".

Fichte ainda ensina que[1198]:

> Uma tal proposição, certa anteriormente à vinculação e independente dela, chama-se *proposição fundamental* ou *princípio.* Toda ciência tem de ser um princípio; é certo que poderia perfeitamente, por seu caráter interno, consistir em uma única proposição, certa em si - mas que então sem dúvida não poderia chamar-se proposição fundamental, porque não fundaria nada. Mas também não poderia ter mais de uma proposição fundamental, pois do contrário não constituiria uma, mas várias ciências [...] Toda ciência possui uma *proposição fundamental* a partir da qual todas as proposições são provadas, não carecendo ela mesma de nenhuma prova.

Nestes termos, a *Grundnorm* além de conferir unidade lógica (*articulatio*) [1199] ao ordenamento que pretende ser *jurídico*, ou seja, para que o direito não se dilua em uma rapsódia de proposições arbitrárias e desconexas (*coacervatio*), este axioma epistemológico, para Kelsen, também cumpre o propósito de: "[...] fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz [...]"[1200].

Mais uma vez, o ordenamento é jurídico não porque contém *em-si* substância jurídica, mas porque é a *estrutura a priori* que atribui à *norma* a autoridade de imputar *significado jurídico* ao *Tatbestand* (conteúdo)[1201] a que ela se refere e, cominar a resposta do direito (Estado) à sua violação. A expressão "cominar resposta do Estado" é um expediente teórico *normativista*, logo, não há implicação de natureza material, axiológica ou psicológica, diz Kelsen[1202]: "[...] *norms of the law, are not valid by virtue of their content*". (normas do direito não são válidas em virtude de seu conteúdo).

[1198] Ibid. p. 19.
[1199] "Sob o domínio da razão não devem os nossos conhecimentos em geral formar uma rapsódia, mas um sistema, e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão [...]. Krv. A832/B860: 669.
[1200] RR2, Loc. Cit.
[1201] Vide R. Ayala: "*Ello lo obliga a buscar la fundamentación de la validez del derecho en la presuposición, en el pensamiento jurídico, de una norma básica o fundamental, por lo cual toda la construcción de- rivada de dicha norma fundamental tiene que tener el carácter hipotético de la misma. Es claro que el intento kelseniano de establecer los principios a priori, que sean las condiciones de posi- bilidad, universales y formales del conocimiento jurídico, viene a constituir una especie de construcción trascendental que unifica y constituye dicho conocimiento en cuanto conocimiento jurídico*". AYALA, Ricardo Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. Op. Cit. p. 57.
[1202] HP: 56.

Assim também explica Stefan Hammer[1203]:

> *Unlike Other legal theorists of a positivist bent, Kelsen placed essential reliance on epistemological arguments in defending legal positivism. […] In reconsidering the limits that Kelsen's Pure Theory of Law imposes on what a jurist may justifiably say, we have to concentrate on the doctrine of the basic norm as the keystone of this theory of a legal science that has been purged of metaphysics and methodological syncretism.*

Considerando que o positivismo jurídico oferece uma construção (analítica) doutrinária - anti-jusnaturalista - a partir da rejeição da *Sprachontologie* (ontologia da linguagem), logicamente o critério hierárquico deve ser formal, não material ou conteudístico.

Eis aí, a razão pela qual a *Grundnorm* é o postulado epistemológico do direito - não valorativo e isento de conteúdo - que desencadeia o processo dedutivo de *validação* da normas jurídicas, não por desdobramento silogístico de valores e princípios, mas por desdobramentos lógicos silogísticos do processo de validação como o critério formal de existência das normas jurídicas, quando uma norma geral delega a outra especial, as condições de sua própria existência, como ocorre com a Constituição e as normas infraconstitucionais.

Para esta *regra* (ou norma base) de natureza estritamente formal - ou, para este postulado como mero expediente epistemológico - Kelsen adverte: "[...] não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo"[1204], *i.e.*, não se trata de conteúdos e valores socialmente pactuados que comumente se associam às constituições e ao poder constituinte como fonte originária do direito, pois, o valor é contingencial à particularidade de cada ordenamento; trata-se, de outro modo, de um axioma fundante de uma estrutura lógico-formal do ordenamento jurídico sobre a qual se assentam as constituições e todas as normas infraconstitucionais derivadas, conforme ensina Simone Goyad-Fabre[1205]: "[...] na perspectiva epistemológica da teoria pura do direito, é impossível não caminhar, segundo o procedimento crítico de uma lógica transcendental, até a hipótese da *Grundnorm* como

---

[1203] (Ao contrário de outros teóricos do direito de inclinação positivista, Kelsen depositou confiança essencial em argumentos epistemológicos na defesa do positivismo jurídico. […] Ao reconsiderar os limites que a Teoria Pura do Direito de Kelsen impõe ao que um jurista pode dizer com razão, temos que nos concentrar na doutrina da norma básica como a pedra angular dessa teoria de uma ciência jurídica expurgada de metafísica e sincretismo metodológico). HAMMER, Stefan. A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law? In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms*: critical perspectives on kelsenian themes. Trads. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 177-194, 1998, p. 177.

[1204] RR2: 142.

[1205] GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do direito político moderno. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 283.

condição de inteligibilidade do sistema jurídico que o Estado é"; bem como em Cristina Foroni Consani[1206]:

> Ao erigir a norma fundamental como fundamento de validade das normas jurídicas, Kelsen consegue, por um lado, afastar-se do jusnaturalismo mantendo a separação entre direito e moral, haja vista a norma fundamental não possuir um conteúdo que estabeleça o que é certo ou errado no âmbito do direito e, por outro lado, ele afasta-se também do positivismo empirista e da tese da facticidade, uma vez que o fundamento de validade do direito é uma norma e não um fato.

A *Der Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) dos ordenamentos dinâmicos, isento de valores e conteúdos, só é possível se o critério do escalonamento for, precisamente, a validação formal de uma norma pela outra, sendo a *Grundnorm* o postulado fundamental (originário) de validade formal, irredutível à elementos empíricos, valorativos ou psicologizados. Mais uma vez, resta evidente a herança kantiana à luz da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) de Hermann Cohen, *cf.* explica Andityas S. M. C. Matos[1207]: "Kelsen afirma expressamente que no início de seus trabalhos pensara em construir a norma fundamental inspirando-se nas ficções de Vaihinger, mas como tal fora muito problemático, optou pela via kantiana e, com base em Cohen, arquitetou a norma fundamental enquanto uma hipótese lógico-transcendental".

A ideia de uma *Grundnorm* pode ser considerada como herança da filosofia transcendental kantiana, *cf.* ainda explica Robert Walter[1208]: "*Wichtige Grundposi tionen, die die Reine Rechtslehre annimmt, kann man auf bestimmte Lehren der Philosophie Kants zurückfiihren, wie etwa die Annahme einer Welt des Sollens und einer Welt des Seins und die Konstruktion einer Grundnorm als transzendental-logische Annahme, um eine ef fektive Zwangsordnung als System geltender Normen deuten zu kön nen*". (Posições básicas importantes que a Doutrina Pura do Direito adota podem ser rastreadas até certos ensinamentos da filosofia de Kant, como a suposição de um mundo de dever e um mundo de ser e a construção de uma norma básica como uma suposição lógico-transcendental para poder interpretar uma ordem coercitiva efetiva como um sistema de normas válidas); ou como pontualmente resume

[1206] CONSANI, C. F. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política [Kelsen, reader of Kant: considerations regarding the relationship between Law and Moral and its consequences in politics]. Princípios: Revista de Filosofia (UFRN), [S. l.], v. 23, n. 41, p. 125–170, 2016. DOI: 10.21680/1983-2109.2016v23n41ID9823. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/9823. Acesso em: 19 jul. 2024, p. 147.
[1207] COSTA MATOS, A. S. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. Op. Cit. p. 52 -53.
[1208] Ibid. p. 16.

Ricaséns Siches[1209], o kelsenianismo: "[…] *quiere ser solamente una Filosofía de método y de los conceptos fundamentales de linaje neokantiano* [...] *hay una estricta y rigurosa correlación entre el método y el objeto de conocimiento*".

A *Grundnorm* como pressuposto lógico-transcendental de condição de possibilidade do direito positivo cumpre, *cf*. Norberto Bobbio, este pré-requisito metodológico[1210]: "[...] é um pressuposto do ordenamento; ela, num sistema normativo, exerce a mesma função de um postulado num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas das quais se deduzem outras, mas que, por sua vez, não são deduzíveis"; e Lourival Vilanova[1211]: "[...] importa assinalar que o conceito supremo ou fundamental de cada sistema científico funciona logicamente como pressuposto do conhecimento [...] O conceito fundamental tem a função lógica de um *a priori*"; e[1212]: "[...] a norma fundamental é apenas um *Ausgangspunkt fuer die juristische Konstruktion* (Ponto de partida para a construção jurídica) [...] ou um *erkenntnistheoretische Prinzip* (Princípio epistemológico)". Condicionar o processo de validação do sistema a um estatuto teórico, a *Grundnorm* (como *norma* de fundamento)[1213], não significa reduzir o direito, como já advertido, a uma categoria metafísica (cognitivista ou linguística), mas reconhecer na metodologia kantiana - à luz da interpretação de Cohen - os requisitos epistemológicos da *inteligibilidade* e da objetividade para o sistema jurídico.

Assim diz Hans Kelsen[1214]:

> *Lo esencial es que la teoría de la norma fundamental, proviene enteramente del método de la hipótesis desenvuelto por Cohen. La norma fundamental responde a la siguiente pregunta ¿Cuál es el presupuesto que permite sostener que determinado acto jurídico, puede ser calificado como tal, esto es definido como un acto que sirve de base al establecimiento de la norma tanto como a su ejecución. Esta cuestión se inserta completamente en el espíritu de la lógica transcendental.*

[1209] SICHES, R. Estudio preliminar. KELSEN, H. CTE. Trad. R. Siches México: Colofón, 1992, p. 9-10.
[1210] BOBBIO, Norbeto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Ed. UNB, 1999, p. 62.
[1211] VILANOVA, L. Causalidade e relação no Direito. Op. Cit., p. 17.
[1212] VILANOVA, Lourival. Teoria Jurídica da Revolução. Anotações à Margem de Kelsen. In.: Revista brasileira de estudos políticos. N. 52 (jan/1981). Belo Horizonte: UFMG, 1981, p. 67.
[1213] Vide Ètienne Bonnot de Condillac sobre "sistema" "[...] a disposição das diferentes partes de uma arte ou de uma ciência numa ordem onde elas se sustentam todas mutuamente, e onde as últimas se explicam pelas primeiras. Aquelas que dão razão às outras chamam-se princípios e o sistema é tão mais perfeito quanto os são no menor número: é mesmo desejável que se reduza a um só". [...]". CONDILLAC, Étienne Bonnot de. Tratado dos sistemas. Trad. Luiz Roberto Monzani. São Paulo: Abril Cultural e industrial, 1973, p. 9.
[1214] KELSEN, Hans. Carta de Hans Kelsen a Renato Treves 3 de agosto de 1933. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año VI, Número 8, 2012, p. 178.

Pierluigi Chiassoni também lembra que este raciocínio é uma herança kantiana (fase construtivista) em Hans Kelsen[1215]: *"La norma fundamental - precisa Kelsen - no es una norma positiva. Es, por lo contrario, una construcción doctrinal que cumple una doble función: de hipótesis epistemológica y de principio epistemológico, respectivamente"*.

Embora já tenha sido esclarecido que *norma jurídica* e *norma hipotética fundamental* são conceitos distintos, considerando que esta é um *pressuposto lógico-transcendental* do direito e da arquitetônica dos ordenamentos jurídicos, fica evidente que não possui functor deontológico de implicação (não é uma norma do *dever-ser*), como explica Clemens Jabloner[1216]: "*Wenn nun gesagt wird, dass die Geltung die Verbindlichkeit nicht einschließt, so bedeutet dies, dass die Grundnorm nicht etwa lautet: „Verhalte dich rechtmäßig!" sondern: „Die historisch erste Verfassung gilt*". (Se agora se diz que a validade não inclui a força vinculativa, isso significa que a norma básica não diz: "Comporte-se legalmente!" mas: A primeira constituição histórica é válida), trata-se de um momento oportuno para responder algumas críticas contra o suposto caráter "jusnaturalista" da *Grundnorm* (Norma Hipotética Fundamental), na medida em que se posiciona meramente como um postulado científico sem qualquer conteúdo empírico-valorativo[1217]. Também observa Andityas S. Matos que[1218]: "[...] é justamente o caráter hipotético da norma fundamental - enquanto se trata de algo não demonstrado, mas assumido - o elemento que serve para opô-la à metafísica jusnaturalista, tarefa central da teoria jurídica kelseniana".

Gregorio Robles Morchón, jurista basco especialista em Kelsen, também destaca o caráter meramente epistemológico que a norma fundamental assume na teoria pura do direito, não podendo, portanto, ser confundida com nenhum comando metajurídico, ou nenhum apelo metafísico do direito natural[1219]: "*De ahí que la historia de la norma fundamental siga los mismos pasos, abandonando primero su carácter teológico y después su connotación moral, para quedar reducida en su última formulación (por la Escuela de Viena: Robles, Kelsen) a una norma meramente formal (carente, por tanto, de todo contenido axiológico) y ficticia (al ser un mero artificio de la mente que sirve para "justificar" formalmente el sistema jurídico)*".

[1215] CHIASSONI, P. Op. Cit. p. 390.
[1216] JABLONER, Clemens. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Op. Cit. p. 341.
[1217] A *Grundnorm* é um postulado, um princípio unificador de validade e *identidade* do sistema jurídico. Vide M. Reale: "Exemplos de princípios *omnivalentes* são o de *identidade* e o de *razão suficiente*, pois não há campo do conhecimento humano que possa deles prescindir". REALE, M. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 60.
[1218] COSTA MATOS, Andityas Soares de. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011, p. 53.
[1219] ROBLES, Gregorio. El concepto de norma fundamental em Kant. Disponível em: https:// core. ac.uk/ download /pdf/83564681.pdf Acesso em 04/05/2024. p. 01.

Enfim, *cf.* Hans Kelsen na *Teoria pura do direito*[1220]:

> Assim como só podemos obter o conteúdo das leis naturais a partir da experiência, assim também só podemos obter o conteúdo das proposições jurídicas a partir do Direito positivo. A norma fundamental tampouco prescreve ao Direito positivo um determinado conteúdo, tal como os pressupostos lógico-transcendentais da experiência não prescrevem um conteúdo a esta experiência. Aí reside precisamente a diferença entre a lógica transcendental de Kant e a especulação metafísica por ele rejeitada, entre a Teoria Pura do Direito e uma teoria metafísica do Direito do tipo da doutrina do Direito natural.

Vale lembrar que estabelecer um arquétipo lógico-transcendental isento de conteúdo como princípio que converge os ordenamentos jurídicos em uma unicidade e logicidade no sentido restrito da *Geltung* (validade), viabiliza o *caráter dinâmico* dos sistemas positivos, *i.e.*, o capacita a reivindicar para si a prerrogativa de estabelecer os pressupostos epistemológicos universais do direito e *delegar a criação do conteúdo* das *normas jurídicas* à *política*, logo, não se confunde *Grundnorm* com Constituição. Neste sentido, Y. Bulygin observa que[1221]:

> *This role cannot be played by the constitution, for even though it does not make sense to ask whether a (first) constitution belongs to a legal system, the question whether a given constitution is binding or justified is perfectly meaningful. Plainly, no norm can be binding by definition. This is the reason for Kelsen's appeal to the basic norm in reply to the question concerning the validity of the first constitution: The first constitution is valid in virtue of the basic norm.*

Afinal, o direito positivo regula sua própria criação sem incorporar elementos metajurídicos, *cf.* Ulises Schmill[1222]:

> *La teoría de KELSEN interioriza, semantiza, en el derecho su positividad. Introduce en el derecho lo que parece extraño a él y que se atribuye al Estado:*

[1220] RR2: 267. (Nota 5).

[1221] (Esse papel não pode ser adotado pela constituição, pois mesmo que não faça sentido perguntar se uma (primeira) constituição pertence a um sistema legal, a questão de saber se uma determinada constituição é vinculativa ou justificada é perfeitamente significativa. Claramente, nenhuma norma pode ser vinculativa por definição. Esta é a razão do apelo de Kelsen à norma básica em resposta à pergunta sobre a validade da primeira constituição: A primeira constituição é válida em virtude da norma básica). BULYGIN, Eugenio. An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes. Trads. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, 1998. p. 313.

[1222] SCHIMILL, U. O. Introducción. In.: KELSEN, Hans. Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base em la doctrina de la proposición jurídica). Trad. W. Roces. México: Porrúa, 1987, p. XX.

> *el acto productor de la norma, el acto del órgano del Estado y, con ello, convierte al derecho en un conjunto de normas coactivas que regulan su propia creación. Las normas jurídicas no sólo regulan la conducta humana a través del establecimiento de sanciones; también lo hacen estableciendo aquellas conductas que crean o producen a las normas jurídicas.*

In summa, a *Stuf Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) dos sistemas positivos, exige, como qualquer sistema de proposições, a redutibilidade de todo sistema a um postulado fundamental, interligando-se não pelo conteúdo, mas pela forma, ou seja, se a existência das normas jurídicas equivale a sua validade, o postulado só pode recair em um arquétipo formal para construir a cognição jurídica, como também anota Eduardo Bittar[1223]: "Do conceito de validade que se pode partir para o conhecimento do fundamento de todo o ordenamento jurídico: a norma fundamental (*Grundnorm*)". Importante recordar o que já foi estudado, que a estrutura lógica da norma jurídica é pressuposto da cognição do direito, mas a norma pertence à estrutura da *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica) dos ordenamentos positivos - *Der Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) - *cf.* ressalta Robert Walter[1224]: "*Die Reine Rechtslehre ist sich dabei durchaus des Umstands bewußt, daß die Geltung von Normen - das ist ihre spezifische Existenz im Reich des Sollens - einer Begründung bedarf. Diese zu geben, dient die Lehre von der Grundnorm*". (A doutrina jurídica pura está bem ciente do fato de que a validade das normas - isto é, sua existência específica no reino do dever - requer uma justificativa. A doutrina da norma básica serve para dar isso).

O ordenamento ao validar uma *norma* (incorporar ao sistema), conferindo-lhe existência jurídica, a saber, pelo processo legislativo previsto em cada ordenamento, outorga à nova norma o poder de vincular a uma hipótese de incidência (ao fato ou ato volitivo) um efeito obrigatório. Como já se disse alhures, a resposta do Estado à violação do preceito normativo (efeito obrigatório), de acordo com o positivismo jurídico, colmata o princípio da inviolabilidade causal das ciências naturais, *i.e.,* a *sanção* estabelece a coerência intrassistêmica do mundo jurídico, tal como a causalidade fixa a coerência intrassistêmica do mundo natural, a já estudada substituição do *Müssen der Kausalität* (um *dever* de *causalidade*) jusnaturalista pelo *das Sollen der Zurechnung* (dever- ser por imputação) do direito positivo.

[1223] BITTAR, Eduardo Carlos B. A Justiça Kelseniana. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 96, p. 541-563, 2001. p. 545. Disponível em: https:// www. revistas. usp.br / rfdusp/ article/ view/67517. Acesso em 18/10/2024.

[1224] WALTER, Robert. Hans Kelsens Rechtslehre. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1999, p. 11.

Há, portanto, um princípio formal *a priori* que estabelece a consistência da "tessitura textual" da linguagem jurídica, independente e que antecede a dinâmica conteúdistica da norma.

O processo de validação das normas desencadeia-se pelo formalismo lógico/dedutivo de delegação de poder pela *Grundnorm*, portanto, a regra pressuposta do sistema jurídico positivo, como premissa maior (norma superior), contém o enunciado que valida a premissa menor (norma inferior). A lógica dedutiva do sistema positivo se limita a este raciocínio formal, não há relação entre valores e conteúdos, mas somente de delegar o poder da norma nova de coagir por força da sua validade, o cumprimento do valor e do conteúdo que ela abriga, *cf.* Bobbio[1225]: "*De todas maneras le corresponde a Kelsen antes que a nadie, quien sin embargo nunca ha usarlo, como ha sido notado, la pretensiosa expresión 'lógica del deber ser', el haber propuesto problemas concretos de la lógica de las proposiciones normativas, con sus teorías de la norma jurídica como juicio hipotético prescriptivo, de la coherencia del sistema jurídico, de la validez del principio de contradicción entre normas, etc*".

Sob o ponto de vista prático, não da epistemologia jurídica, a validade se materializa existencialmente pelo processo legislativo estabelecido em cada ordenamento particular, ou melhor, primeiro é preciso constituir abstratamente uma norma como um *juízo hipotético prescritivo* no ambiente doutrinário, para, só então, como norma válida, adquirir a função de atribuição de *juricidade*, *i.e.*, a capacidade de vincular o sentido jurídico que cada *noma*, enquanto válida tem, de "emprestar" pelo seu esquema de interpretação ao conteúdo (fático/axiológico) alvitrado pela política jurídica, como diz Kelsen[1226]: "[...] o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico".

A ressalva sobre este ser um ponto de vista prático, encontra-se em Kelsen[1227]: "A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica".

[1225] Ibid. p. 20.
[1226] RR2: 194.
[1227] RR2: 250.

Em outras palavras, a doutrina do direito positivo configura as condições de inteligibilidade tanto para a ciência descrever seu objeto (norma) quanto para o jurista interpretá-lo e aplica-lo no caso concreto, *cf.* Clemens Jabloner[1228]:

> *Um vom Rechtswissenschaftler beschrieben zu werden, muss das Recht - nach Annahme der Grundnorm ohne weiteres Zutun des Gelehrten - existent sein. Die spezifische Existenz des Rechts bezeichnet die Reine Rechtslehre als Geltung. Von Menschen an Menschen gerichtete direktive Sprechakte gelten (respektive sind Rechtsakte), wenn eine bedingende - in diesem Sinn „höhere" - Rechtsnorm ihre Deutung als Rechtsakt ermöglicht.*

*
* *

Este tópico explorou o aparato teórico organizador do sistema escalonado de *normas jurídicas* que embasa os critérios de *validação* consonante um expediente epistemológico. de natureza lógico/transcendental e não valorativa. Recorrendo à didática de Henrique Gonçalves Neves[1229], pode-se resumir a objetividade do sistema de validação formal da metodologia positivista *cf.* a seguinte citação: "Em razão do fundamento de validade do Direito positivo ser formal (trata-se de sistema normativo do tipo dinâmico), decorrente de uma norma hipotética, pressuposta (não é posta), sem conteúdo material (é formal), o que explica a não vinculação material (apenas formal) das normas de um ordenamento jurídico-positivo à norma fundamental, é que se pode afirmar pela existência de *uma objetividade formal* no Direito".

Cumpre-se, aqui, o objetivo de apresentar os elementos da epistemologia jurídica do positivismo kelseniano, à luz da metodologia kantiana e da filosofia analítica, para responder à pergunta: *Como é possível a função criadora de direitos da norma negocial, sem recorrer à ontologia linguística e às instâncias metajurídicas como a psicologia e a metafísica?*

[1228] (Para ser descrita pelo jurista, a lei deve existir - após a norma básica ter sido aceita sem intervenção adicional do jurista. A teoria jurídica pura descreve a existência específica do direito como validade. Os atos de fala diretivos dirigidos por pessoas a pessoas são válidos (ou são atos jurídicos) se uma norma jurídica condicional - neste sentido, "superior" - permite a sua interpretação como um ato jurídico). JABLONER, Clemens. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Op. Cit. p. 340.

[1229] GONÇALVES N. A Objetividade do direito nas teorias do direito de H. Kelsen e H. Hart. Disponível em: http: //iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/(Henrique%20Gonc%CC%A7alves%20Neves)%20A%20objetividade %20do%20Direito%20em%20Kelsen%20e%20Hart.pdf Acesso em 03/08/2024. p.10.

Embora a resposta já esteja implícita a todo entendimento desenvolvido até aqui sobre o direito positivo - considerando os pressupostos antimetafísico e antipsicologista e o formalismo do positivismo jurídico - cabe ainda examinar o enquadramento do direito negocial na teoria pura e analisar *das Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (O negócio jurídico como fato gerador de direito) à luz da ciência jurídica.

Veritatis simplex oratio[1230]

[1230] "A verdade dispensa enfeites".

SINOPSE DA PARTE II

1) A recusa do status ontológico da linguagem veda a reprodução material da juridicidade por silogismos, a logicidade é atributo do direito natural; 2) A logicidade interna da linguagem está diretamente ligada a ideia de causalidade e do mecanicismo jurisprudencial, típico de um paradigma metafísico da linguagem; 3) A lógica intrassistêmica do *Rechtsordnung* (*ordenamento positivo*) possui dois aspectos importantes: a) a lógica dedutiva somente é válida em seus aspecto puramente formal, ou seja, um norma torna-se jurídica porque uma outra norma válida (anterior e superior) dentro do próprio sistema a criou, e, b) a juridicidade que a nova norma válida empresta ao fato, limita-se a própria norma (ao seu texto e a sua validade); 4) A função de manter a coerência intrassistêmica do ordenamento jurídico (legislação negativa pelo controle de constitucionalidade) de um Tribunal constitucional, não é uma atividade da ciência jurídica, mas um mecanismo necessário do *Rechtsordnung* (sistemas dinâmicos criado pelo positivismo); 5) O fato de o sistema dinâmico permitir duas normas válidas coexistirem independente do conteúdo é que surge a necessidade de um Tribunal constitucional jurídico, para exercer a função da jurisdição constitucional; 6) A linguagem natural eivada de toda sorte de imprecisões, não é capaz de satisfazer os requisitos de cientificidade exigidos pelo positivismo; 7) O conhecimento jurídico não opera conforme um apriorismo universal e necessário que regula uma lei empírica externa; 8) Os sistemas jusnaturalistas dedutivos são conhecidos como *ordenamentos estáticos*, quando há um princípio de justiça geral que orienta todo sua logicidade intrassistêmica; 9) Os sistemas positivistas são aqueles nos quais as normas que os compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através de seu conteúdo, mas através da autoridade que as colocou; 10) No *Rechtsordnung* (ordenamento positivo), a única logicidade possível é aquela em que uma norma delega formalmente - *valida* - a existência de outra norma; 11) Diferente dos ordenamentos estáticos jusnaturalistas, o *Rechtsordnung*, o ordenamento jurídico positivo é dinâmico, posto a ausência de juridicidade do conteúdo material e da logicidade linguística; 12) Considerando que a epistemologia do positivismo jurídico kelseniano é herdeiro da filosofia analítica, os conteúdos conceituais - empíricos/valorativos - não possuem uma interligação necessária de causalidade; 13) Há uma distinção entre a atividade intelectual do jurista que interpreta (por um ato de vontade) o ordenamento jurídico com fins práticos, daquela atividade intelectual que estuda o ordenamento do ponto de vista científico (por um ato cognitivo); 14) Para o positivismo jurídico

a interpretação do direito não está adstrita a literalidade do texto legal, pois o positivismo jurídico não é uma teoria da argumentação para solução de casos concretos e não se confunde com legalismo (interpretação literal do texto da lei); 15) A norma jurídica como instrumento introdutor de conteúdos fático/valorativos somente é considerada capaz de imputação de significados jurídicos a partir da sua prévia validação pelo ordenamento jurídico; 16) A *Grundnorm* é um postulado epistemológico dos ordenamentos positivos, não é uma norma jurídica nem possui conteúdo histórico, ou fático-valorativo; 17) A partir da delegação de validade de uma norma superior para uma norma inferior, surge percepção piramidal do escalonamento hierárquico de validação das normas jurídicas; 18) A hierarquia não se refere a critérios de distinção de relevância valorativa (seria recorrer à metafísica jusnaturalista ou à ontologia da linguagem), mas pela posição que uma norma ocupa na estrutura do desencadeamento lógico/dedutivo de delegação de poder no sistema jurídico; 19) A *Der Der Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) *der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) do ordenamento jurídico positivo obedece a uma lógica intrassistêmica formal, não material, cujo postulado fundante é a *Grundnorm*; 20) a dedução lógica apenas produz normas válidas por delegação de poder; 21) A *Grundnorm* é um *Erkenntnistheoretische Prinzip* (Princípio epistemológico) e um Ausgangspunkt fuer die juristische Konstruktion (Ponto de partida para a construção jurídica); 22) Não há juridicidade fora do enquadramento normativo positivo; 23) A *Grundnorm* cumpre a função de pressuposto lógico-transcendental do direito positivo à luz da Filosofia analítica e da pureza da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) coheniana; 24) A *Grundnorm* é uma norma pressuposta, não é uma norma posta do direito do direito positivo, logo, trata-se de um postulado - *a priori* - para validação lógica de um sistema de conhecimento; 25) A *Grundnorm* confere unicidade, validade e coerência aos ordenamentos positivos, pois são elementos constitutivos e estruturais de qualquer sistema do conhecimento em geral; 26) A norma é fundamental porque fundamenta, mas não exige demonstração do próprio fundamento, pois trata de um requisito de inteligibilidade; 27) A norma fundamental não uma forma de cognitivismo do direito natural; 28) O ordenamento é jurídico não porque contém *em-si* substância jurídica, mas porque é a estrutura *a priori* que atribui à norma a autoridade de imputar significado jurídico ao conteúdo; 29) A estrutura hierárquica dos ordenamentos dinâmicos, isento de valores e conteúdos, só é possível tendo a validação formal de uma norma pela outra como critério do escalonamento; 30) Condicionar o processo de validação do sistema a um estatuto teórico não significa reduzir o direito a uma categoria metafísica, mas reconhecer na metodologia kantiana à luz da

interpretação de Hermann Cohen os requisitos epistemológicos da inteligibilidade e da objetividade para o sistema jurídico; 31) A estrutura lógica do direito positivo estabelece a consistência da tessitura textual da linguagem jurídica científica, independente da dinâmica conteúdistica da norma; 32) O processo de validação das normas desencadeia-se pelo formalismo lógico/dedutivo de delegação de poder pela *Grundnorm*; 33) Sob o ponto de vista prático, a validade se materializa existencialmente pelo processo legislativo estabelecido em cada ordenamento particular.

PARTE III - O DIREITO NEGOCIAL

OBJETIVOS DA PARTE II

Enquadrar o direito negocial na teoria pura, apresentar objeções à metafísica e ao psicologismo da autonomia vontade como fundamento do direito subjetivo e, responder como é possível a função criadora de direitos da norma negocial a partir dos pressupostos teóricos do positivismo jurídico de Hans Kelsen.

3. POSITIVISMO E DIREITO NEGOCIAL

> *When I assert that knowledge in the sense of Kantian cognition is trivial in business or contract, I mean that Kant's categories are the basis upon which we have any public language in which to express our commonly held subjective perceptions of objective things in the world. For example, we know the legislature enacted the Uniform Commercial Code and it is located in the state's general laws, a phone conversation took place, two people signed a paper, a truck loaded with orange crate traveled from Florida to Massachusetts, and the oranges got sold at the Whole Foods in Cambridge. In contrast, however, what all that means legally, if anything, goes beyond the mere cognition in which the categories do their conceptual work of ordering perceptions*.
>
> Jeffrey M. Lipshaw[1231]

A velocidade de transformação dos valores e variáveis que constituem a experiência social, impõe ao legislador, aos operadores do direito e à produção acadêmica, a necessidade permanente de reinterpretar o fenômeno jurídico, desde Jean-Étienne-Marie Portalis[1232]:

> *Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille question inattendues viennent s'offrir aux magis- trats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les homme, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.*

[1231] (Quando afirmo que o conhecimento no sentido da cognição kantiana é trivial nos negócios ou nos contratos, quero dizer que as categorias de Kant são a base sobre a qual temos qualquer linguagem pública para expressar nossas percepções subjetivas comumente aceitas de coisas objetivas no mundo. Por exemplo, sabemos que a legislatura promulgou o Código Comercial Uniforme e ele está localizado nas Leis Gerais do Estado, uma conversa telefônica ocorreu, duas pessoas assinaram um papel, um caminhão carregado com caixas de laranja viajou da Flórida para Massachusetts e as laranjas foram vendidas na Whole Foods em Cambridge. Em contraste, no entanto, o que tudo isso significa legalmente, se alguma coisa, vai além da mera cognição na qual as categorias fazem seu trabalho conceitual de ordenar as percepções). LIPSHAW, Jeffrey M., Cognition and Reason: Rethinking Kelsen in the Context of Contract and Business Law. Op. Cit. p. 22.

[1232] (Um código, por mais completo que pareça, mal é concluído quando mil perguntas inesperadas se apresentam aos magistrados. Pois as leis, uma vez escritas, permanecem como foram escritas. Os homens, ao contrário, nunca descansam; eles estão sempre agindo: e esse movimento, que não para e cujos efeitos são modificados de várias maneiras pelas circunstâncias, produz, a cada momento, alguma nova combinação, algum fato novo, algum novo resultado). PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discours préliminaire du premier projet de Code civil. Disponível em: https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf Acesso em 29/03/2024, p. 17.

Sobrevém a tensão deste processo, o esforço dos "doutrinadores" para manter a aderência de suas interpretações e modelos teóricos às novas demandas da realidade[1233], prevenindo anacronismos com a mobilidade do substrato fático/social e com as recorrentes alterações legislativas, principalmente na esfera negocial, área particularmente sensível à dinâmica da atividade socioeconômica enquanto premida pela codificação. Afinal, como já percebeu Max Weber [1234]:

> [...] as disposições jurídicas autorizadoras deixam também à discrição dos indivíduos o regulamento autônomo, dentro de determinados limites, de suas relações recíprocas, mediante acordos jurídicos. O âmbito em que este livre-arbítrio é permitido por uma ordem jurídica é o domínio do princípio da liberdade de contrato. A extensão da liberdade de contrato, isto é, dos conteúdos de acordos jurídicos garantidos como 'válidos' pelo poder coativo - a significação relativa, portanto, das disposições jurídicas que 'autorizam' semelhantes atos de disposição baseados em acordos jurídicos no interior de uma ordem jurídica - é naturalmente função, em primeiro lugar, de uma ampliação do mercado.

Em outras palavras, as possibilidades contratuais se ampliam na mesma proporção da dinâmica do mercado, o direito sempre estará na retaguarda do avanço econômico e social[1235].

Um desafio para os modelos teóricos no âmbito negocial, sobretudo aqueles que se dispõem a satisfazer as urgências de natureza prática do cotidiano e suplantar o *status* de *parescere* (de opinião escrita), é vencer a instabilidade destes referenciais, na medida em que a teorização de temas específicos das disciplinas dogmáticas se subordinam às disposições topográficas da cultura jurídica local e da vigência da lei especial.

Para além das leis vigentes (*de legi lata*) e dos costumes (*consuetudo*), o horizonte teórico do direito negocial contempla múltiplos segmentos de estudos indispensáveis para aperfeiçoar a compreensão, *in totum*, deste fenômeno jurídico, malgrado serem comumente mitigados pelo interesse da produção acadêmica dominante.

É preciso recorrer à psicologia para perscrutar as sutilezas psíquicas da subjetividade e aferir a subsunção entre a intenção do ato negocial e seus efeitos jurídicos; às ciências econômicas para "atualizar o direito" com as inovações comportamentais do mercado e seus reflexos sociais; aos estudos políticos para explorar os meandros discricionários da

---

[1233] "[...] a realidade social é o presente; o presente é vida - é vida e movimento". GRAU, Eros. Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 130.
[1234] WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: UNB, 1999. p. 15.
[1235] O Estado que antecipa valores sociais e centraliza a produção econômica, é anacrônico e arbitrário.

administração pública; à sociologia; antropologia; história, entre outras contribuições interdisciplinares[1236].

Digno de nota que "aferir a subsunção" entre a intenção (subjetiva) de um ato negocial e seus efeitos jurídicos, são competências de outras áreas, não da ciência do direito, uma vez que já está claro que o positivismo parte de um antipsicologismo, *cf.* Kelsen[1237]:

> Entre a vontade real de uma das partes e a sua declaração por qualquer modo exteriorizada, pode existir uma discrepância, na medida em que a esta declaração é atribuído, pela contraparte no contrato ou pelo órgão aplicador do Direito, um sentido diferente daquele que a própria parte quis exprimir com a sua declaração. Quais as consequências que tem uma tal discrepância, é questão a que só pode responder-se com base na ordem jurídica, e não através da ciência jurídica.

A despeito do descompasso entre a dinâmica da *facticidade*, da vigência das leis e as categorias abstratas para uma "explicação acadêmica" sobre um fenômeno jurídico comumente acelerar o processo de "obsolescência do modelo teórico", o paradigma (filosófico, epistemológico e linguístico) da *teoria pura do direito* não prova resistência das transformações culturais e legais no decurso do tempo; insensível à fricção da realidade, atém-se, *tout court*, às *metodologias* e propriedades apriorísticas da *Erkenntniskritik* (crítica do conhecimento) que alicerçam as estruturas fundantes da ordem jurídica positiva universal.

Embora seja comum no meio jurídico referir-se ao teóricos e escritores de notável saber como "doutrinadores", pois os jurisconsultos são referenciais para formar a opinião de outros juristas, há uma sutileza que deve ser levada em consideração entre a "ideia" de doutrina e de teoria. "A doutrina do direito" não se confunde com "uma teoria sobre um tema específico", *e.g.*, uma teoria sobre os negócios, uma teoria sobre o *Der Vertrag* (contrato), uma teoria sobre direitos subjetivos etc., pois a doutrina no sentido que se propõe o positivismo jurídico, trata de um conjunto de pressupostos essenciais que orientam toda a dogmática jurídica, desde as condições de possibilidade da própria cognição jurídica até os princípios e conceitos mais gerais que compreendem as ramificações das disciplinas especiais.

Sutilmente a doutrina possui um compromisso muito mais significativo com a filosofia do conhecimento do que a "Teoria Geral do Direito", na medida em que esta se satisfaz em estabelecer princípios, conceitos e regras coerentes entre os elementos internos que compõem

---

[1236] Vide: Apresentação do Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da UEL: Disponível em: http: //www.uel.br/pos/mestradoemdireito/pages/apresentacao-do-programa.php Acesso em 03/08/2024.
[1237] RR2: 180.

um domínio de conhecimento. Por exemplo, cabe a teoria do Direito Civil "explicar" a norma civil a partir dos pressupostos específicos do Direito Civil, eventualmente orientando-se pelo direito posto pela codificação, assim como cabe à teoria geral do direito explicar a norma jurídica (em geral) em grau de abstração suficiente para contemplar todos os ramos e disciplinas jurídicas.

Vale aqui anotar a obervação de Renan Lotufo[1238], por manifestar o espírito deste raciocínio: "[...] a tripartição do negócio jurídico no plano da existência, validade e eficácia, já é clássica no Brasil, onde teve como precursor Pontes de Miranda, mas deve-se observar: '[...] que é amplamente desenvolvida na Teoria Geral do Direito por Hans Kelsen, já na sua Teoria pura do direito"; pois foi Kelsen o precursor do estudo sistemático sobre a validade, existência e eficácia do direito, posteriormente apropriados pelas disciplinas dogmáticas. Resta concluir que, sob as turbulentas transformações culturais e legislativas que sempre agitaram a superfície da experiência jurídica, o positivismo kelseniano preparou uma base epistemológica sólida e estável para edificar a "escada ponteana" e suportar as futuras pretensões de objetividade no domínio do direito negocial.

Porém, diferente de Pontes de Miranda, *cf.* Andytias Matos[1239]:

> Kelsen não diferencia os planos de existência e de validade da norma. Conforme ensina o normativismo lógico, ambos coincidem. Para que a norma jurídica exista (seja válida), é preciso que tenha sido criada por autoridades competentes e segundo procedimentos juridicamente adequados, do que decorre a máxima jusnormativista segundo a qual o direito regula a sua própria criação.

Contudo, cabe à *doutrina do direito positivo* explicar as raízes epistemológicas da norma jurídica, as condições de possibilidade do conhecimento, as estruturas lógicas da norma e do ordenamento, enfim, os pressupostos da cognição jurídica e da produção do conhecimento objetivo, o que exige buscar na epistemologia, na lógica e na filosofia, a *estrutura fundamental* do conhecimento e da configuração lógica dos sistemas jurídicos, razão pela qual a doutrina é atemporal. Em estudo sobre tema similar, disse Victor Goldschimdt[1240]: "É bastante notável que seja Bergson quem tenha afirmado a independência essencial de uma doutrina em relação

---

[1238] LOTUFO, Renan. "Código civil comentado. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 380.
[1239] COSTA MATOS, Andityas Soares de. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011, p. 49.
[1240] GOLDSCHIMDT, Victor. Tempo Histórico e Tempo Lógico na Interpretação dos Sistemas Filosóficos. I.n: A religião de Platão. Trad. Ieda e O. Porchat Pereira. 2. ed. São Paulo: Difusão europeia do livro, 1970, p. 145.

ao tempo histórico em que ela aparece. 'Tais ucronias fazem ver o que é essencial num pensamento filosófico é uma certa estrutura'".

Uma doutrina por vezes é confundida com uma teoria geral que contempla e unifica teorias subsidiárias, porém, ainda que existam "teorias gerais" esparsas sobre temas específicos da dogmática jurídica, a doutrina do direito positivo não se limita aos conceitos dogmáticos de uma disciplina especial, pois comporta, *cf. supra*, o estudo da própria cognoscibilidade do conhecimento jurídico.

Naturalmente, nada impede na concepção de uma teoria geral do direito, que se destaque elementos que transcendem as fronteiras da dogmática jurídica para elucidar como eles serão aplicados no raciocínio jurídico, tal como Francesco Carnelutti justificou no prefácio de sua *Teoria Generale del Diritto* (Teoria Geral do Direito - 1940), ao explicar previamente conceitos de natureza epistemológica que seriam utilizados na sua obra[1241]: "Devo dizer que me importei menos com escrever uma teoria geral, do que com mostrar como é que ela poderia ser escrita".

A intenção de Carnelutti ao tratar previamente de conceitos como *forma*, *espaço* e *tempo*, foi para aferir com precisão a aplicabilidade destes termos na sua teoria, mas não significa que a *Teoria Generale del Diritto* tenha a prerrogativa de explicar os fundamentos da terminologia científica, mas refinar seu conceitos para aplica-los no direito, *cf.* explica o prefácio do editor[1242]: "É assim que a precisão terminológica está presente em cada um dos assuntos versados neste livro, como os Comandos jurídicos, as Situações jurídicas e os Fatos Jurídicos, capítulos em que nosso autor procura abarcar toda a riqueza multifacetada do *jus*". Não significa, portanto, que uma teoria geral do direito tenha a incumbência de explicar o que é *espaço* e o *tempo*, mas *como* estas categorias do conhecimento serão aplicadas, diferente da doutrina, que explora as raízes epistemológicas do seu paradigma de compreensão e apreensão do objeto de estudo.

Embora a teoria pura do direito e positivismo muitas vezes sejam tratados como sinônimos, a teoria pura pretende ser "uma" teoria geral do direito, não de um direito especial, mas do direito em geral, enquanto o positivismo jurídico de caráter mais abrangente, contemplaria, como doutrina, a teoria pura.

Curiosamente, o título original em alemão, *Reine Rechtslehere* , "Teoria pura do direito" (traduzido em português), comumente é traduzido em italiano como "*La dottrina pura del*

[1241] CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do direito. São Paulo: Lejus, 1999, p. 5.
[1242] Ibid. p. 3.

diritto", (A doutrina pura do direito). A propósito, Norberto Bobbio[1243], como italiano e "consultor" desta tradução, escreve que o formalismo científico positivista: "[...] Esta ciência construtiva e dedutiva do direito recebeu usualmente o nome de *dogmática do direito*, que consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do próprio ordenamento jurídico [...]".

Contudo, este trabalho considera que o positivismo jurídico como *doutrina*, fornece subsídios epistemológicos à *teoria pura do direito*, logo, o estudo sobre a validade da função criadora de direitos e da autonomia da vontade no âmbito negocial, pertence tanto a doutrina do positivismo jurídico como a teoria geral do direito, conforme o recorte e a profundidade do entendimento que se pretende alcançar, sendo assim, a *fundamentação* da validade do direito negocial, embora utilize conceitos da dogmática jurídica, não é objeto de teorias contratuais, da psicologia ou da interpretação de um regime jurídico especial, mas da doutrina do direito positivo em geral, o que significa dizer que será analisado sob ponto de vista da fundamentação epistemológica proposto pela doutrina, que irradia na teoria pura.

Como explica Alberto Warat[1244]:

> Em consequência da atitude metodológica que Kelsen nos propõe, o objeto de conhecimento da Teoria Pura é a própria Dogmática Jurídica. A epistemologia kelseniana não indica a solução de problemas concretos do saber jurídico positivo, mas, apesar disto, não deixa de ocupar-se da caótica significação de uma série de conceitos usados pelas teorias dogmáticas como, por exemplo, os conceitos de pessoa, direito subjetivo, sanção, sujeito de direito. Estes conceitos interessam na medida em que, elucidando sua significação, explicitam teoricamente as condições de possibilidade do conhecimento dogmático: trata-se de conceitos que indicam os elementos constitutivos do objeto dogmático. A expressa referência aos conceitos da teoria jurídica tradicional aponta ao desentranhamento e análise do que constitui a forma de todo conhecimento normativo. E um estudo que permite revelar o esquema constituinte de objeto temático da Dogmática Jurídica.

Sem nenhum prejuízo conceitual em distinguir ou não doutrina e teoria, parece legítimo chamar a atenção à esta sutileza, considerando que o direito negocial por envolver questões de fundamento de validade, de estrutura formal da norma e do ordenamento, e, sobretudo, sobre a *autonomia da vontade dos indivíduos*, seja de origem "*metafísica* ou *psicologizada*" do *ato negocial*, parece mais apropriado recorrer a todo *corpus doutrinário kelseniano*, não somente ao que dispõe a obra "Teoria pura do direito".

[1243] BOBBIO, N. O positivismo jurídico. Trad. M. Pugliesi, E. Bini e C. E. Rodrigues. SP: Ícone, 1995, p. 220.
[1244] WARAT, L. A. A pureza do poder: Uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: UFSC, 1983, p. 34.

Vale-se da observação de Kelsen na *General Theory of Law and State* (Teoria geral do Direito e do Estado - 1945)[1245]:

> Como o objetivo desta teoria geral do Direito é capacitar o jurista interessado numa ordem jurídica particular, o advogado, o juiz, o legislador ou o professor de Direito a compreender e a descrever de modo tão exato quanto possível o seu próprio Direito, tal teoria tem de extrair os seus conceitos exclusivamente do conteúdo de normas jurídicas positivas. Ela não deve ser influenciada pelas motivações de autoridades legisladoras ou pelos desejos e interesses de indivíduos no tocante à formação do Direito ao qual eles estão sujeitos, exceto na medida em que essas motivações e intenções, esses desejos e interesses, sejam revelados no material produzido pelo processo legislativo. O que não pode ser encontrado no conteúdo de normas jurídicas positivas não pode fazer parte de um conceito jurídico. A teoria geral, tal como é apresentada neste livro, está voltada antes para uma análise estrutural do Direito positivo que para uma explicação psicológica ou econômica das suas condições ou uma avaliação moral ou política dos seus fins.

Destaca-se: "[..] O que não pode ser encontrado no conteúdo de normas jurídicas positivas não pode fazer parte de um conceito jurídico [...]". O que exclui qualquer tentativa de fundamentar o direito subjetivo com recursos metajurídicos.

A despeito das propostas teóricas predominantes no campo do direito negocial, cujos objetivos consistem em estudar e interpretar os acordos privados e da administração pública à luz de um regime jurídico especial, as pretensões científicas da doutrina do positivismo jurídico transcendem as especificidades legislativas transitórias para explorar os fundamentos epistemológicos do *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (O negócio jurídico como fato gerador de direito).

Acrescenta-se que o cientificismo kelseniano não se ocupa em elaborar teorias contratuais, interpretar legislações ou fixar parâmetros hermenêuticos para conduzir o órgão aplicador do direito a uma única sentença verdadeira e correta, diz Kelsen[1246]: "A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas)", ou ainda[1247]: "A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação 'correta'. Isto é uma ficção de que se

[1245] GTLS, XXVIII.
[1246] RR2: 249.
[1247] RR2: 251.

serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente"; sendo assim[1248]: "[...] existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica". Esta segunda forma de interpretação é que se propõe aqui para análise da normal negocial, portanto, não se trata de interpretar a legislação vigente, pois, se a abordagem é doutrinária, deve permanecer válida independente da previsão legal de um ordenamento jurídico especial, "o fundamento e a validade da análise científica" permanecem ainda que revogados os códigos[1249].

Vale ainda anotar que as questões "hermenêuticas" referentes à codificação não são atribuições da análise do positivismo, pertencem à ordem pragmática e mantém-se suscetíveis às intervenções transdisciplinares como da política jurídica e da teoria da argumentação. O positivismo kelseniano não se confunde com o "Positivismo clássico (exegese francesa)" ou com o Positivismo decisionista da segunda metade do século XX, aliás, estas duas correntes fazem parte da retórica e da teoria da argumentação, cuja técnica discursiva é de outra ordem e não da ciência do direito, aliás, Dimitri Dimoulis reforça que[1250]:

> [...] a retórica é tautológica e recorre a argumentos emocionais. Isso impressiona quem desconhece o tema e só satisfaz quem é partidário da oposição do orador. Essa postura não condiz com o espírito crítico que exige realizar uma avaliação crítica do positivismo (como de qualquer outra teoria) com argumentos racionais e detalhadas análises e impões a elaboração de propostas alternativas para a solução de problemas teóricos que a teoria crítica não consegue resolver.

É importante ressaltar que o negócio jurídico foi tratado esparsamente e sob várias perspectivas teóricas pelo *corpus doutrinário kelseniano*, com destaque para o estudo que rejeita a *autonomia da vontade privada* como pressuposto psicológico (empírico) ou filosófico (metafísico) de justificação ou legitimação da *juridicidade* das transações negociais na obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehere* (Principais problemas da teoria jurídica do Estado de

---

[1248] RR2: 245.
[1249] Vide o estudo sobre os paradigmas filosófico e epistemológico do positivismo.
[1250] DIMOULIS, Positivismo jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora método, 2006 p. 46.

1911)[1251]. A teoria pura restringe-se a considerar *das Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (O negócio jurídico como fato gerador de direito) a partir da outorga de poder que as normas auferem quando recepcionadas na *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) de uma ordem jurídica válida e eficaz, tema explorado no seu capítulo V, "*Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica)", que analisa os fundamentos de validade e de unidade lógica da ordem jurídica positiva[1252]. *El contrato y el tradado: analizados desde el punto de la teoria pura del derecho*.

Eis aí, o recorte de análise do direito negocial como objeto de estudo desta Parte III, pois pretende-se explorar, do ponto de vista da epistemologia jurídica, o fundamento de validade da função criadora de direitos de uma norma negocial inscrita na *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) do ordenamento jurídico, ainda fazendo ressalvas as teorias tradicionais que ainda recorrem à elementos metajurídicos para explicar a origem do direito subjetivo, como a metafísica, a psicologia e a *Sprachontologie* (ontologia da linguagem), considerando que estes paradigmas são incompatíveis com a filosofia analítica que dá suporte à metalinguagem do direito positivo.

Sendo assim, o positivismo utilizará de aparato instrumental próprio do seu domínio teórico e das metodologias herdadas do neokantismo para demonstrar, como os negócios criam direitos sem recorrer às previsões legislativas especiais limitadas pelas demandas da cultura jurídica local, da metafísica, da psicologia e da ontologia da linguagem.

[1251] "[…] *el concepto de 'voluntad' revela un significado específico dentro del área del derecho privado, es en la teoría del negocio jurídico. Este es, según la opinión predominante, una declaración de voluntad*". HP, p.106.
[1252] RR2: 284.

3.1. A FUNÇÃO CRIADORA DE DIREITOS DA NORMA NEGOCIAL

"Os pássaros voam não porque têm o direito de voar, mas porque têm asas".

Yurval Nohan Harari[1253]

Breve retrospecto sobre os pressupostos teóricos aplicáveis à resposta do problema da tese:

Quando se pergunta: *Como é possível a função criadora de direitos da norma negocial, sem recorrer à ontologia linguística e às instâncias metajurídicas como a psicologia e a metafísica?* Deve-se ter em mente que os recursos argumentativos que constituem a resposta, estão rigorosamente adstritos aos paradigmas filosófico, epistemológico e linguístico do positivismo, desenvolvidos conforme os três eixos de racionalidade do pensamento jurídico de Hans Kelsen: 1) *filosófico-transcendental*, que resultou na *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental), na *Reinheit der Rechtswissenchaft* (pureza da ciência do direito); no *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito); no *das Sollen der Zurechnung* (o dever-ser atribuído); na *Ermächtigung* (atribuição de competência) de uma norma para outra a partir da *Grundnorm* (regra base), na *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) dos ordenamentos jurídicos positivos e na *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica); 2) *psicológico/sociológico* que rejeitou qualquer tentativa de fundamentação do direito a partir de fontes metajurídicas e, 3) *analítico-linguístico*, decorrente da Lógica Moderna, da refutação do psicologismo pela filosofia analítica e da desconstrução da *Sprachontologie* (ontologia da linguagem).

Também é importante lembrar que, se o "direito não é *fato* nem *representação*"[1254], o *sentido jurídico* da realidade só é possível mediante a *Positivität* (positividade) de arquétipos apriorísticos, pois, assim como a racionalidade do discurso das ciências da natureza exige a pressuposição teórica de um princípio *der Kausalität* (causalidade) que mantém a coerência

[1253] HARARI, N. Y. Sapiens - uma breve história da humanidade. PA: L&PM, 2015, p. 114.
[1254] Ou seja, não se reduz a um dado empírico (*phaenomenon*) nem a uma representação intelectual (*noumenon*), assim como o conhecimento científico para Kant é um *juízo sintético a priori*, ou, em Weber, que estabelece um *Tipo Ideal* para conferir o sentido sociológico do fato social. O fato do positivismo rejeitar uma ontologia da linguagem também contribui para reforçar a rejeição das teses sociologistas e jusnaturalistas.

lógica e objetiva da relação entre seus elementos (empíricos), a racionalidade do discurso jurídico científico pressupõe a redutibilidade do direito ao functor deôntico *das Sollen der Zurechnung* (dever atribuído) da *norma*, o "átomo lógico" da cognoscibilidade do direito que também se aplica ao *sentido jurídico objetivo* da conduta humana no âmbito do direito negocial, *cf.* L. Vilanova[1255]: "[...] a posição prévia do conceito de direito está implícita na teoria do conhecimento jurídico como categoria *a priori* que orienta e define a discussão do conhecimento da realidade jurídica". Segundo a explicação de Jorge Witker e Rogelio Larios sobre a metodología do jusnormativismo e o sentido objetivo da norma[1256]: "*Kelsen afirma que el significado jurídico de una conducta humana no se puede captar por los sentidos, como se capta el color, la dureza o el peso de un objeto. Así, el sentido subjetivo de que alguien dispone por escrito de su patrimonio, en caso de muerte, es un testamento* […]"; neste exemplo, o testamento é o *sentido objetivo* de um *querer subjetivo*. Sobre a concepção de Kelsen em relação ao significado jurídico da conduta dos "parceiros" em um contrato, Josef Aicher ainda acrescenta que[1257]: "*Die Anordnung der einen Partei an den Partner, deren subjektiver Sinn ein Sollen ist, wird freilich erst dadurch zu einem Rechtsbefehl, d. h. zu einem den Partner verbindlichen Sollen, wenn dieser Anordnung auch die Qualität eines Sollens im objektiven Sinn zukomme*"; (É claro que a ordem de uma parte, cujo sentido subjetivo é uma obrigação, só se torna uma ordem jurídica, ou seja, uma obrigação vinculativa para o parceiro, se essa ordem também tiver a qualidade de uma obrigação no sentido objetivo).

São citações que reforçam o entendimento de que, da mesma forma como ocorre nas normas jurídicas em geral, o direito negocial também prescinde da *Positivität* (positividade) para recepcionar os *Willensaktes* (atos de vontade), estes considerados como *meios subjetivos* (individuais) de vincular direitos e obrigações na relação contratual, *i.e.*, os efeitos jurídicos - *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) - sem qualquer possibilidade de investigação das causas empíricas (psicológicas) que determinam o querer subjetivo.

Como ensina Marc Schütze, não faz parte da teoria pura em geral, tratar da subjetividade como fato metajurídico capaz de criar direitos, mas explicar que a vontade é um poder vinculante de elementos externos que serão *juridicizados* através da declaração na norma negocial, independente da "causa empírica" que condicione a vontade subjetiva[1258]: *Kelsen setzt*

[1255] VILANOVA, L. Op. Cit., p. 31.
[1256] WITKER, Jorge; LARIOS, Rogelio. Metodologia jurídica. México: UMA de México, 1997, p. 142.
[1257] AICHER, Josef. Op. Cit. p. 39.
[1258] SCHÜTZE, Marc. Subjektive Rechte und personale Identität. Berlin: Duncker & Humblot, 2004, p. 243.

für seine Rechtslehre ein radikal subjektivistisches und individualistisch entworfenes, autonomes Subjekt voraus. (Kelsen pressupõe um sujeito autônomo radicalmente subjetivista e individualisticamente projetado para sua doutrina jurídica); ou seja, a norma atribuiu à vontade (independente da origem metafísica e psicológica) a capacidade de preencher o conteúdo das cláusulas da norma negocial.

Em outras palavras, a *norma jurídica negocial* representa o *sentido objetivo* (a declaração) de um *ato subjetivo* de *vontade* que não pode ser conhecido empiricamente, diz Kelsen[1259], que a *significação jurídica* do ato "[...] não pode ser percebida no ato por meio dos sentidos, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de um objeto, como a cor, a dureza, o peso [...]"; em ordem inversa, o *ato subjetivo* que cria um *dever-ser* numa relação negocial é, ao mesmo tempo, o *sentido objetivo* da norma contratual na medida em que é validada pela ordem jurídica vigente, *i.e*., o *sentido subjetivo* do *ato de vontade* torna-se também *objetivo* quando declarado e expresso na norma negocial válida. Albert Calsamiglia corrobora com a afirmação[1260]: "*Conviene aludir aquí a la distinción kelseniana entre la significación subjetiva de un acto y su significación objetiva. Un acto tiene significación objetiva cuando existe una norma superior o un principio superior que hace posible la interpretación de este acto como objetivo*". Neste exemplo, pode-se considerar "norma superior" tanto o *Vertrag* (contrato) em relação à vontade, quanto as normas do ordenamento em relação à norma negocial. Qualquer elemento metajurídico, como fatos, vontades ou valores, deve passar pelo processo de *Verrechtlichung* (*juridificação*) do sistema positivo, como ocorre em qualquer norma jurídica.

Percebe-se, desde já, que o *ato subjetivo* da *vontade* que estabelece um *dever-ser* não é objeto de estudo do direito positivo, que se dedica ao *Sein* (o que *é*), não ao *Sollen* (o que *deve* ou *deveria-ser*). Se se considerar a *causa* subjetiva da vontade como uma categoria do *Sein* (*ser*), outorga-se à psicologia a prerrogativa deste estudo, mas, a ciência do direito se dedica à *vontade jurídica* como ela *é*, repita-se, a *vontade jurídica válida* quando expressamente declarada no *Vertrag* (contrato), ainda que represente um *dever-ser* valorativo. *Vontade jurídica* pressupõe um *conceito estritamente jurídico*, *puro*, *avalorativo*, não de outra ordem, como metafísica ou psicológica. Deve-se lembrar que todas as normas jurídicas expressas em *deskriptiven Rechtssätzen* (proposições normativas) - como seus conteúdos empíricos e valorativos, constituem o objeto de estudo do direito, que os descrevem objetivamente através das *deskriptiven Rechtssätzen* (proposições normativas).

[1259] RR2: 2.
[1260] CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978, p. 36.

Em outras palavras, é preciso constituir a vontade jurídica como objeto de estudo pela metodologia pura do direito, pois, as causas empíricas ou representações intelectivas da metafísica da vontade subjetiva, não pertence ao domínio do direito positivo e ao alcance dos instrumentos metodológicos da ciência jurídica.

Sendo assim, especular sobre a presunção de uma vontade (real) como causa dos efeitos jurídicos de uma relação negocial - para aferir as vontades subjetivas individuais e psicologizadas e o *dever-ser* (direito subjetivo) declarado - está completamente à margem do domínio teórico do direito positivo, como Kelsen escreve[1261]: "Assim como a ciência jurídica tradicional, no conceito de direito em sentido subjetivo, antepõe a pretensão ou titularidade (*Berechtigung*) ao dever jurídico, assim também considera o sujeito jurídico em primeira linha como sujeito de pretensões jurídicas (*Berechtigungen*) e só em segunda linha como sujeito de deveres jurídicos".

Considerando esta crítica de Kelsen, conclui-se que o direito subjetivo não é uma realidade psicológica ou metafísica, mas um conceito técnico utilizado para descrever situações jurídicas em que um sujeito é autorizado, pela norma negocial - *v.g.*, *der Vertrag* (o contrato) - a agir de determinada forma ou a exigir uma conduta de outro indivíduo, ou seja, cumprir as obrigações as quais está submetido conforme a vontade objetiva da norma.

De outro modo, a teoria tradicional suporta a ideia de que os *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) são "logicamente precedentes" ao *dever-ser* atribuído pela norma jurídica, porque estão implícitos e pressupostos no querer subjetivo, neste caso, o direito objetivo é uma forma passiva de espelhamento do direito subjetivo, ou uma forma de assegurar a "juridicidade de um conteúdo empírico" subentendido no "interior do sujeito", uma forte suposição jusnaturalista, tal como ocorria na filosofia do conhecimento antes da revolução cognitiva kantiana.

Sobre estes rigorosos pressupostos epistemológicos para compreender a função criadora de direitos pelos *Willensaktes* (atos de vontade) de um "simples contrato", advertem Diciotti e Perini[1262]:

> [...] *la concezione kelseniana del contratto come atto creativo di diritto risulta piuttosto ostica alla nostra tradizione giuridica pubblicista. Anche se non*

[1261] RR2: 119.

[1262] (A concepção de Kelsen do contrato como um ato criativo do direito é bastante difícil para a nossa tradição jurídica publicista. Mesmo que não faltem aqueles que as reconstroem como verdadeiras antinomias normativas, elas são geralmente enquadradas sob o rótulo de 'poderes de supremacia especial', ou como conflitos entre a liberdade do indivíduo e a (reivindicada) liberdade de associações). ENRICO, Diciotti; MARIO, Perini. I conflitti normativi e i diritti di libertà. In.: Teoria del diritto e filosofia analítica studi in ricordo di giacomo gavazzi. Torino: G. Giappichelli editore, 2012, p. 151.

> *manca chi le ricostruisce come vere e proprie antinomie normative, esse sono di solito inquadrate sotto l'etichetta di 'poteri di supremazia speciale', oppure come conflitti fra li- bertà del singolo e (pretese) libertà delle associazioni.*

Como se sabe, todo este arcabouço teórico do positivismo jurídico está fundamentado na *epistemologia kantiana*, na *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) *coheniana* e na *filosofia analítica* do *neopositivismo lógico*, as raízes filosóficas, epistemológicas e linguísticas que compõem os paradigmas de compreensão do direito pelo *positivismo jurídico*.

Enfim, se a doutrina do *positivismo jurídico* viabiliza um *projeto científico* (teoria pura) para análise avalorativa do objeto "direito positivo", cuja construção doutrinária é realizada a partir da *razão teórica* kantiana (não prática), naturalmente que a pergunta, *ab initio*, foi inspirada na *Crítica da razão pura* e na *Teoria pura do direito*, pois, conforme Immanuel Kant[1263]: "[...] o verdadeiro problema da razão pura está contido na seguinte pergunta: *Como são possíveis os juízos sintéticos a priori?*"; em Hans Kelsen[1264], *como é possível*: "[...] uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?".

A pergunta "*como é possível...*" desta tese, segue símile espírito metodológico de Kant e Kelsen, pois pretende reunir e configurar as condições de possibilidade do conhecimento jurídico para responder o problema central de fundamentação (jurídica) do *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (do negócio jurídico como fato gerador de direito).

O jusfilósofo venezuelano Ricardo Azpúrua Ayala compartilha uma explicação sobre este procedimento metodológico sistematicamente aplicado neste trabalho[1265]:

> *Así como Kant en su Filosofía trascendental se proponía investigar las condiciones de posibilidad de la ciencia física, dejando a esta ultima el estudio experimental de los fenómenos y el establecimiento de leyes, de parecida manera Kelsen se propone el estudio de las condiciones formales (¿categoriales?) del conocimiento jurídico, dejando a la dogmática el estudio particular de los ordenamientos jurídicos concretos.*

[1263] KrV, B19: 75.
[1264] RR2: 141.
[1265] AYALA, Ricardo Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1965. p. 58. Disponível em: http: // www. ulpiano. org. ve/ revistas/ bases/ artic/ texto/ RDUCV/ 30/ rucv_1964_30_55-78.pdf Acesso em 31/10/2024.

Aqui uma ressalva: *cf.* Kelsen[1266]: "Na linguagem tradicional a palavra 'negócio jurídico' é usada tanto para significar o ato produtor da norma como ainda a norma produzida pelo ato"; no entanto, este tópico não pretende, do ponto de vista terminológico de seu uso pragmático, analisar o *ato jurídico* que gerou a norma ou a *norma jurídica* gerada pelo ato (*e.g.*, *der Vertrag* - o contrato), este estudo é de competência da teoria geral dos negócios, conforme a cultura jurídica local e a legislação especial que cada ordenamento particular dispõe, o que se propõe é discorrer sobre as condições de possibilidade viabilizadas pelo sistema positivo, para que os *Willensaktes* (atos de vontade) criem, ou melhor, para explicar *como* os *Willensaktes* (atos de vontade) auferem o poder jurígeno de criar os *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) - *efeitos jurídicos* - da norma negocial, a partir dos pressupostos epistemológicos do positivismo jurídico. Josef Aicher (1947 -) ao tratar do tema sobre o "direito negocial em Kelsen", observa que[1267]: "*Das Postulat der Methodenreinheit ist keineswegs Selbstzweck. Indem der Verfasser die Methode angibt, die er der Untersuchung einer bestimmten Rechtsfigur zugrunde legt, legt er auch die Prämissen klar, auf denen die von ihm entwickelte Theorie beruht.* (O postulado da pureza metodológica não é de forma alguma um fim em si mesmo. Ao indicar o método em que baseia a investigação de uma determinada figura jurídica, o autor também esclarece as premissas sobre as quais se baseia a teoria que desenvolve); *i.e*., o positivismo para analisar o instituto do negócio jurídico também exige a demonstração metodológica de seus pressupostos, como toda *ἐπιστήμη* (episteme).

Afinal, estudar a "liberdade negocial" como uma capacidade de autodeterminação dos *Willenaktes* (atos de vontade) da conduta individual na produção dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos), ou, efeitos jurídicos[1268], não seria prerrogativa das metodologias da *razão prática* ao invés da *razão teórica*?

Em que pese *a razão prática kantiana* não propor leis para as ações, mas leis para as máximas das ações[1269] (o fundamento metafísico dos costumes)[1270], *cf.* Kant[1271]: A ética não propõe leis para as ações (*ius* o faz), mas somente para as máximas das ações"; esta concepção teórica do *dogma da vontade* como autodeterminação da conduta utilizada pela terminologia do direito negocial, parece corresponder ao conceito de *liberdade prática* kantiana (da ética e

[1266] RR2: 790.
[1267] AICHER, Josef. Op. Cit. p. 16.
[1268] Considera-se *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) como equivalente a "efeitos jurídicos" (direito criado).
[1269] MS: 232.
[1270] Ou seja, as "leis para as máximas das ações", trata do fundamento universal e atemporal para a conduta moral, não há uma cartilha de como se deve agir conforme esta ou aquela lei.
[1271] MdS: 232.

do direito), *i.e*., a *liberdade* como faculdade de agir não sendo impelida pela coação da ação de outro (agir segundo a *autonomia* da *vontade*).

No entanto, ao considerar a *autonomia da vontade* como uma forma de autodeterminação *metafísica-normativa* (*das Sollen*) - pois a *liberdade* é uma lei *a priori* da *razão prática* (*prática* e não *teórica*, porque é uma *lei metafísica* que se impõem como *regra de conduta, não* é meramente *noumenica*) - não ensejaria uma contradição do ponto de vista da criação de direitos subjetivos pelo positivismo jurídico? Como é possível atribuir um poder jurígeno à vontade conforme os três eixos de racionalidade do pensamento kelseniano, se, tradicionalmente, a explicação sobre o que *é* vontade sempre oscilou entre a metafísica e a psicologia? É a *vontade* que tem a prerrogativa de exercer a função criadora de direitos, ou, uma norma jurídica anterior (superior) inscrita na *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) dos ordenamentos dinâmicos que confere aos *Willensaktes* (atos de vontade) a capacidade de tornar possível *das Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (O negócio jurídico como fato gerador de direito)?

Esta distinção do ponto de vista da fundamentação epistemológica do direito é incontornável, pois, quantas teorias consagradas que se dedicaram a fundamentar os direitos subjetivos - *in casu*, da criação de efeitos jurídicos - não atribuíram à vontade (metafísica ou psicologizada) - *em si mesma* - esta prerrogativa? Não seria, pois, um jusnaturalismo?

Jan Schapp compartilha o entendimento[1272]: "[…] *Im Selbstverständnis der normativen Methode ist mit der Herausstellung der Formalität und der Technizität des subjektiven Hechts zugleich eine Abwendung von naturrechtlichen, metaphysischen Begründungen des subjektiven Rechts verbunden*"; (Na autoimagem do método normativo, a ênfase na formalidade e no tecnicismo do direito subjetivo está associada ao afastamento do direito natural, às justificativas metafísicas do direito subjetivo); assim como Josef Aicher[1273]: "[...] *dazu verwirft Kelsen den psychologischen Willensbegriff, indem er den Willen überhaupt nur als Mittel ansieht, um äußere Tatbestände mit den der Rechtsordnung unterworfenen Subjekten zu verknüpfen. Für Kelsen sind Zurechnung und Wille in einer juristischen Betrachtungsweise „korrelate Begriffe*". (Além disso, Kelsen rejeita o conceito psicológico de vontade ao ver a vontade apenas como um meio de vincular os fatos externos aos sujeitos à ordem jurídica. Para Kelsen, atribuição e vontade são "conceitos correlacionados" do ponto de vista jurídico); logo, a

[1272] SCHAPP, Jan. Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung. Berlin: D&H, 1977, p. 12.
[1273] AICHER, Josef. Op. Cit. p. 35.

vontade é instrumento formal que vincula outros elementos fáticos-valorativos, mas não é causa (fonte) dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos - efeitos jurídicos).

Nota-se a sutileza desta observação de Josef Aicher, de que a *vontade* do legislador em geral tem a *Ermächtigung* (atribuição jurídica) de converter a vontade subjetiva em direito objetivo, ou seja, atribuição e vontade estão correlacionadas porque não se trata de um problema de conteúdo, mas de forma, por exemplo, assim como o legislador possui vontade subjetiva ao criar o direito objetivo e sua substância, esta nova norma (o Código Civil, por exemplo) imputa à liberdade contratual o mesmo poder de *Ermächtigung* (atribuição jurídica), no caso dos *Willensaktes* (atos de vontade) dos particulares, para criarem *der Vertrag* (o contrato).

A propósito, os direitos e os deveres que se expressam pelas normas estatuídas pelo processo legislativo, pela adjudicação à competência de uma autoridade ou por aqueles pactuados pelo ato de vontade, Kelsen explica que são todos conceitos correlatos[1274]: "[...] *de modo especial, el negócio jurídico, el cual no puede ser oposto - como hace la teoria jurídica tradicional - en calidad de acto de aplicacíon de Derecho, a la legislacíon, como acto creador del mismo. Pues tanto la ley como el negócio jurídico aplican y crean Derecho al mismo tiempo*".

Sendo assim, a *Ermächtigung* (atribuição jurídica) que se atribui ao poder legiferante do legislador e os efeitos jurígenos dos *Willensaktes* (atos de vontade), não são sinônimos, mas possuem funções correlatas do ponto de vista lógico no processo de criação dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos), considerando que o mesmo princípio formal do poder legiferante do legislador derivado da *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada), pode se estender ao poder jurígeno dos atos de vontade dos indivíduos em relação aos negócios particulares.

Afirmar que o ato subjetivo da vontade é o instrumento que vincula fatos externos à norma negocial, significa dizer que a subjetividade não é portadora *em si* de *juridicidade*, pois, como um simples *meio*, o ato de vontade prescinde de todos os aportes cognitivos e estruturais do direito positivo para criar os *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos), assim como ocorre com o legislador na criação de qualquer norma jurídica pelo processo legislativo.

O *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (o negócio jurídico como fato gerador de direito) não é uma "forma independente" do sistema positivo dotado de um poder autônomo de criar os *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) - efeitos jurídicos decorrentes dos *Willensaktes* (atos de vontade) - mas uma consequência da norma jurídica válida que autoriza

[1274] KELSEN, Hans. Loc. Cit.

e regula as propriedades normativas da norma negocial. Sendo assim, a função criadora de direitos subjetivos (efeitos jurídicos) de um negócio jurídico só podem ser válidos e eficazes se produzidos conforme os requisitos pré-estabelecidos pelo sistema positivo, tanto no âmbito epistemológico quanto prático, este, no sentido de cumprir os requisitos de validade previstos pela codificação especial. Como será visto, no positivismo jurídico há dois sentidos (básicos) de validade, da *Stufenbeau* e legislativo.

Do ponto de vista epistemológico, a existência (sinônimo de validade)[1275] da norma negocial está atrelada a cadeia lógico-dedutiva da *Stufenbau* até a *Grundnorm*, que por sua vez outorga a autoridade para a criação desses tipos de normas, bem como para o reconhecimento de atos jurídicos (da autonomia privada da vontade) como válidos e eficazes.

Enfim, deve-se explicar como o positivismo jurídico, do ponto de vista de sua *autonomia científica*, da *avaloratividade* e da *pureza metodológica*, se posiciona sobre o problema da criação de direitos, quando os critérios consagrados pela história da teoria do direito sempre usaram parâmetros metajurídicos como a *autonomia da vontade* (*metafísica*), ou, empírico, conforme a inclinação patológica de um querer subjetivo psicologizado, afinal, Kelsen estabelece, desde o início da concepção da teoria pura do direito, a incomunicabilidade entre *Sein* (*ser*) e *Sollen* (*dever-ser*).

Ainda importante ressaltar, que um problema de ordem prática que a teoria do direito negocial enfrenta no cotidiano é solucionar a discrepância entre a vontade real (como se supostamente existisse ou pudesse ser conhecida) e a declaração exteriorizada da vontade via *Vertrag* (contrato), como afirma Josef Aicher[1276]: "[...] *Das subjektive Recht ist „unabhängig vom realen Willen des Berechtigten, von einer von ihm ausgehenden Willensäußerung*"; (O direito subjetivo é independente da vontade real do credor, de uma expressão de vontade que emana dele). Para Kelsen, a vontade jurídica não é um fato psíquico real, mas sim uma construção autenticamente jurídica, ela tem um significado totalmente distinto do conceito psicológico de vontade. A vontade jurídica - sentido objetivo do ato de vontade - é uma construção erigida somente com vistas à imputação de um efeito jurídico específico - *das Sollen der Zurechnung* (dever- ser por imputação) - que inicia e termina com a validade da norma contratual.

[1275] "*Así, se podría sostener que la validez de una norma es equivalente a su existencia, pero que una norma jurídica existe no cuando tiene fuerza obligatoria moral, sino cuando pertenece a un orden jurídico que tenga vigencia y que una norma pertenece a un orden jurídico cuando su sanción está autorizada por otras normas del sistema*". In.: NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 134.
[1276] AICHER, Josef. Op. Cit. p. 36.

Em outras palavras, a vontade jurídica refere-se à declaração de vontade que produz efeitos jurídicos, não sendo, portanto, um ato psíquico ou uma audeterminação de uma *lei metafísica* com implicações práticas, mas uma expressão de intenção declarada que está ligada à imputação de responsabilidades e efeitos legais, adstritos aos pactuantes da norma negocial.

Aqui, uma interessante observação de Nikitas Aliprantis, explicando que os efeitos jurídicos gerados no *Vertrag* (contrato) não são "normas de comportamento", mas de "empoderamento jurídico condicional". Significa dizer que o *dever-ser* do direito negocial é uma relação mútua de submissão ao poder da autoridade judicial, com efeito, o direito subjetivo não decorre da autonomia da vontade, mas da norma negocial que valida a declaração de submissão pela autodeterminação das partes, como explica Nikitas Aliprantis [1277]:

> *Vom Standpunkt der Stufenbaulehre und des Verständnisses des subjektiven Rechts auf der Basis seines rechtlichen Schutzes wird klar, dass durch die Betätigung der Privatautonomie keines Verhaltens (Pflicht) normen gesetzt werden, sondern konditionale Ermächtigung normen, d.h. Normen, die unter der Bedingung stehen, dass die eine oder die andere Vertragspartei sich in einer bestimmten Weise nicht verhält. Jede Partei ermächtigt die andere, dem Richter die Befugnis zu geben, durch sein Urteil eine individuelle Norm zu setzen. Was als Pflicht bezeichnet wird, ist nichts anderes als die Unterwerfung jeder Partei unter die von ihr selbst der anderen Partei gegebene Befugnis. Dies bedeutet, dass der Inhalt der Verträge vollständig durch Ermächtigungen und Unterwerfungen beschrieben wird, und infolgedessen ist der Vertrag ein Rechtsakt von Ermächtigung und Unterwerfung.*

O problema da discrepância entre "vontade real e declarada", bem como sua correspondência com os efeitos jurídicos gerados pela norma negocial é de ordem hermenêutica, pois cabe ao magistrado decidir se a *causa* ou a *intenção* do *ato negocial* corresponde a exteriorização e a concretização dos efeitos jurídicos pactuados, como forma de garantir os direitos subjetivos decorrentes dos *Willensaktes* (atos de vontade) da norma negocial válida. Enquanto a vontade psicológica é subjetiva e interna, a vontade jurídica é objetiva e

[1277] (Do ponto de vista da teoria das etapas e da compreensão do direito subjetivo a partir de sua proteção jurídica, fica claro que o exercício da autonomia privada não estabelece normas comportamentais (deveres), mas sim normas de empoderamento condicional, ou seja, normas que estão sujeitas à condição de que uma ou outra parte contratante concorde com um não se comporta de uma determinada maneira. Cada parte autoriza a outra para dar ao juiz o poder de estabelecer um padrão individual através de sua decisão. O que se chama dever nada mais é do que a submissão de cada parte à autoridade por si dada à outra parte. Isto significa que o conteúdo dos contratos é inteiramente descrito por poderes e submissões e, como resultado, o contrato é um ato jurídico de poderes e submissões). ALIPRANTIS, Nikita. Die Selbsterzeugung des Rechts und ihre Folgen. In.: Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen des 20. Schriftenreihe des hans Kelsen-Instituts. Jahrhunderts. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2013, p. 16.

externa, adstrita a relação entre os *Willensaktes* (atos de vontade) do sujeito e os fatos do mundo exterior. No primeiro parágrafo do capítulo V da *Hauptprobleme*, tratando sobre *Der Willen im Privat- und Strafreeht* (A vontade no direito privado e penal).

Kelsen faz esta advertência[1278]:

> *Betrachten wir nunmehr, was der juristische Sprachgebrauch unter „Wille“ zu verstehen pflegt und was unter dem Gesichtspunkte juristischer Betrachtung als „gewollt" zu gelten hat. Dem psychologischen Willensbegriffe gegenüber fällt zunächst der Umstand ins Auge, daß für das Rechtsgebiet niemals eine Vorstellung als Gegenstand des „Willens“ in Betracht kommt, sondern äußere Vorgänge, Tatbestände.*

Importante destacar que, caberá também ao magistrado na solução de casos práticos, identificar um possível desencontro entre as vontades interiormente queridas, declaradas e exteriorizadas que pudesse macular ou ensejar nulidades na formação da norma negocial. Na *Hauptprobleme* Kelsen ainda faz as seguintes observações prelimiares ao estudo da natureza da vontade particular em relação aos elementos externos vinculados à norma negocial[1279]:

> *Denn worauf es in der Jurisprudenz ankommt, ist die Ver-Knüpfung äußerer Tatbestände mit den Subjekten. Nur ob ein äußerer Tatbestand vom Subjekte „gewollt" Oder nicht „gewollt" wird, ist in der Rechtswissenschaft die Frage. Liegt kein solcher äußere Tatbestand vor, hat der Jurist weder eine Veranlassung noch überhaupt eine Möglichkeit mit seinem Willensbegriffe in Aktion zu treten, da dieser Begriff für den Juristen gar keinen anderen Zweck hat, als eine spezifische Verknüpfung zwischen dem Subjekte (im Sinne von „Person" und nicht von „Mensch") und Vorgängen der Außenwelt herzustellen.*

Na Teoria pura do direito, Kelsen apresenta um interessante comentário sobre a relação entre a *vontade do legislador* ao criar a norma geral - algumas teorias da argumentação buscam, de alguma forma, “interpretar corretamente” a lei baseada na intenção do legislador, o *Mens legislatoris* - e a intenção das partes em um negócio jurídico que deve ser interpretada pelo

---

[1278] (Consideremos agora o que o uso jurídico geralmente entende por “vontade” e o que deve ser considerado “intencional” sob uma perspectiva legal. Em contraste com o conceito psicológico de vontade, o primeiro aspecto que se destaca é que, no âmbito jurídico, uma ideia nunca é considerada como objeto da “vontade”, mas sim processos e fatos externos). HP: 121.

[1279] (Pois o que é relevante na jurisprudência é a interconexão de fatos externos com os sujeitos. A questão fundamental da jurisprudência reside apenas na natureza da vontade do sujeito em relação a esses fatos externos, ou seja, se um fato externo é “desejado” ou não “desejado”. Na ausência de tal fato externo, o jurista não possui nem o incentivo nem a possibilidade de agir com base em seu conceito de vontade, uma vez que tal conceito não serve a nenhum outro propósito, senão estabelecer uma conexão específica entre o sujeito (no sentido de “pessoa” e não de “ser humano”) e os eventos do mundo exterior). HP: 122.

magistrado, para compreender o "desencontro" das vontades interiormente queridas, declaradas e exteriorizadas que pudesse conduzir a aplicação do direito[1280]:

> Que a chamada vontade do legislador ou a intenção das partes que estipulam um negócio jurídico possam não corresponder às palavras que são expressas na lei ou no negócio jurídico, é uma possibilidade reconhecida, de modo inteiramente geral, pela jurisprudência tradicional. A discrepância entre vontade e expressão pode ser completa, mas também pode ser apenas parcial. Este último caso apresenta-se quando a vontade do legislador ou a intenção das partes correspondem pelo menos a uma das várias significações que a expressão verbal da norma veicula. A indeterminação do ato jurídico a pôr pode finalmente ser também a conseqüência do fato de duas normas, que pretendem valer simultaneamente - porque, v. g., estão contidas numa e mesma lei -, contradizerem total ou parcialmente.

No campo da política jurídica, esta é a eterna discussão hermenêutica entre *mens legis* (significado do texto normativo) e *mens legislatoris* (vontade do legislador), como método adequado de interpretação e aplicação do direito, fundamentada na busca da vontade, ora do legislador, ora da "norma" - os múltiplos significados da norma jurídica como uma entidade autônoma.

Sobre a discrepância entre a vontade real e os efeitos jurídicos, Kelsen ainda comenta que pode ensejar nulidade da norma negocial se a vontade declarada, assim entendida pela teoria tradicional como autonomia privada (dogma da vontade), não corresponder aos efeitos esperados, mas, do ponto de vista teórico, o entrelaçamento por conexão causal entre a vontade declarada e os efeitos jurídicos, somente causa confusão conceitual[1281]:

> *In seiner spezifisch privatrechtlichen Bedeutung erscheint aber der „Wille" in der Leber vom Rechtsgeschäft. Nach herrschender Meinung ist das Rechtsgeschäft eine Willenserklärung. „Es wird der Wille erklärt, daß eine rechtliche Wirkung eintreten solle und die Rechtsordnung läßt diese rechtliche Wirkung deswegen eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäftes gewollt ist". Die Bedeutung des sog. Willensdogmas tritt noch schärfer in der negativen Formulierung desselben zn Tage: das Rechtsgeschäft ist nichtig, d. b. die als gewollt bezeichnete Wirkung wird*

[1280] RR2: 247.

[1281] (Mas, onde o conceito de "vontade" revela um significado específico dentro da área do direito privado é na teoria do negócio jurídico. Este é, de acordo com a opinião predominante, uma declaração de vontade. "Declara-se a vontade que deve ocorrer um efeito jurídico e o ordenamento permite que esse efeito jurídico ocorra porque é desejado pelo autor do negócio jurídico". Ainda ressalta com maior força o alcance do chamado dogma da vontade na formulação negativa deste princípio, ou seja: A que proclama a nulidade do negócio jurídico, equivale que a declaração de vontade não gere o efeito querido "quando o declarante não quer realmente o que declara querer"). HP: 123.

> *durch die Erklärung nicht erzeugt, wenn das in derselben als gewollt Bezeichnete von dem Erklärenden nicht wirklich gewollt ist.*

Josef Aicher acrescenta ainda que[1282]: "[...] *Der Wille ist eine „im Inneren des Menschen gedachte, als Endpunkt der Zurechnung fungierende Konstruktion ". Das heißt aber für Kelsens Lehre nichts anderes, als daß man ein subjektives Recht dann hat, wenn der äußere Tatbestand der Klagerhebung auf Grund, der die Pflicht normierenden Rechtsnorm dem Rechtssubjekt zugerechnet werden kann*". (A vontade é uma "construção concebida dentro do ser humano, atuando como ponto final da imputação". Para a doutrina de Kelsen, no entanto, isso não significa outra coisa senão que se tem um direito subjetivo se o elemento externo da propositura de uma ação pode ser atribuído ao sujeito jurídico com base na norma jurídica que normatiza o dever).

Sendo assim, a norma negocial também reduz-se cognitivamente ao functor deôntico das *Sollen der Zurechnung* (dever atribuído), logo, pode-se considerar que a vontade é, independente da sua "natureza metafísica ou psíquica", o elemento essencial da norma negocial que vincula os aspectos substanciais (externos ao átomo lógico) para dar sentido ao *dever-ser* atribuído. É a vontade declarada que estabelece o vínculo material entre hipótese e consequência.

Eis, aí, a chave para a resposta à pergunta da tese, partir do pressuposto de que o papel da autonomia da vontade dos *Willensaktes* possui um caráter meramente instrumental, que se soma as outras condições de possibilidade formais da cognição jurídica e do ordenamento positivo para validar o *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (O negócio jurídico como fato gerador de direito).

O papel instrumental da vontade é vincular livremente ao pacto, os elementos externos à norma negocial que constituirão direitos e obrigações entre as partes. Este processo só tem validade jurídica, ou seja, as obrigações e seus respectivos direitos subjetivos só serão reconhecidos pelo ordenamento e sua execução garantida por um Tribunal Civil, na medida em que a norma negocial produza efeitos jurídicos, pois dela também depende a eficácia normativa dos *subjektiven Rechte*, considerando que estes não se antepõem ao arquétipo *a priori* do direito objetivo, mas a partir dele constituem o fenômeno jurídico, ao contrário das teorias tradicionais, que afirmam a inversão da topologia destes conceitos de significação, em que o direito objetivo é um espelhamento do querer subjetivo.

[1282] AICHER, Josef. Op. Cit. p. 35-36.

Aliás, a natureza instrumental da vontade consiste em estabelecer um nexo específico entre o sujeito e os acontecimentos do mundo exterior. Essa imputação é realizada na norma jurídica negocial e não depende da existência de uma vontade psicológica real, c*f.* anota Zhiron Khujadze[1283]: "*Kelsen also criticizes the reduction of law to the fact, noting that "The norm, as the specific meaning of an act directed toward the behavior of someone else, is to be carefully differentiated from the act of will whose meaning the norm is: the norm is an ought, but the act of will is an is*". (Kelsen também critica a redução da lei ao fato, observando que "a norma, como o significado específico de um ato direcionado ao comportamento de outra pessoa, deve ser cuidadosamente diferenciada do ato de vontade cujo significado a norma é: a norma é um deveria, mas o ato de vontade é um é").

É inevitável fazer uma relação entre a norma negocial e os dados vinculados pela autonomia privada da vontade, com os *juízos sintéticos a priori* da inteligibilidade kantiana, pois o raciocínio é *correlato*, considerando a relação entre as categorias do entendimento (como representações a *priori* da norma positiva) e os dados coletados pela sensibilidade (vinculados pelos *Willensaktes*). Ou seja, o sentido da *juridicidade* e dos efeitos jurídicos (direitos e obrigações) depende da articulação de uma série de pressupostos formais do direito positivo, não se reduzem a dados fáticos (psicologismo) ou representações intelectuais (metafísicos).

Para melhor entendimento desta afirmação, vale um adendo para a preciosa lição de Kant[1284]:

> Pelas condições da nossa natureza a intuição nunca pode ser senão sensível, isto é, contém apenas a maneira pela qual somos afetados pelos objetos, ao passo que o entendimento é a capacidade de pensar o objeto da intuição sensível. Nenhuma destas qualidades tem primazia sobre a outra. Sem a sensibilidade, nenhum objeto nos seria dado; sem o entendimento, nenhum seria pensado. Pensamentos sem conteúdo são vazios; intuições sem conceitos são cegas. Pelo que é tão necessário tornar sensíveis os conceitos (isto é, acrescentar-lhes o objeto na intuição) como tornar compreensíveis as intuições (isto é, submetê-las aos conceitos).

Pode-se concluir por analogia, que o caráter instrumental dos *Willensaktes* - tal como as faculdades sensoriais que captam dados sensibilidade, em si mesmas, são meros instrumentos como "categorias de apreensão" da realidade - possuem a função de vincular os elementos que

---

[1283] KHUJADZE, Zhiron. Hans Kelsen's Basic Norm: Transition from the Transcendental-Logical. Condition to a Fiction. Journal of Law, No2, 2022. p. 07. Disponível em: https:// jlaw. tsu. ge/ index. php/ JLaw/ article/view/7014 Acesso em: 17/10/2024.
[1284] KRV, A52/B76: 115.

constituem os novos *subjektiven Rechte*, da mesma forma que a norma negocial representa para o positivismo a estrutura *a priori* da relação jurídica negocial, tal como as categorias do entendimento kantiano que possuem a mesma função na produção do conhecimento.

Sendo assim, os elementos vinculados na formação dos direitos subjetivos não têm primazia (como defendem os jusnaturalistas) em relação aos arquétipos jurídicos de apreensão, pois, a *juridicidade*, tal como o conhecimento objetivo em Kant, só é possível se os elementos externos são recepcionados pela norma jurídica, em tela, a norma negocial.

Parafraseando Kant, assim como a norma negocial sem o conteúdo vinculado pelos *Willensaktes* é vazia, os conteúdos dos *Willensaktes* sem a norma negocial são cegos.

Sobre esta relação, vide também a sutil observação de William E. Conklin[1285]:

> *Kelsen's distinguished a concept from an act of will. A concept (or what is sometimes translated as a "thought") does not really exist except in our thinking about pure ideas or what Hegel called empty concepts. A concept, unlike a will, does not represent an object. A concept dwells in a "pretend" world where "one can think or imagine anything possible which is not existent in the real.*

Como foi visto, as soluções práticas da discrepância entre a vontade real e os *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) - efeitos jurídicos de uma norma negocial - assemelham-se mais a um exercício de investigação da psicologia do que das técnicas de decidibilidade que orientam o ofício do magistrado, contudo, independente se é um problema hermenêutico ou psicológico, seguramente não é uma questão para a ciência jurídica, pois, como já estudado, a especulação do ponto de vista epistemológico sobre a suposição de uma consciência (psicologizada), capaz de decidir e estabelecer significados sobre a experiência independente dos arquétipos lógicos-apriorísticos (cognitivos ou jurídicos), foi uma preocupação dos idealistas alemães, não da linhagem neokantiana da filosofia analítica e da *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) coheniana, da qual Kelsen é herdeiro. Aliás, como já disse alhures na Teoria pura do direito sobre a discrepância entre a vontade declarada e os direitos subjetivos[1286]: "[...]

[1285] (Kelsen distinguiu um conceito de um ato de vontade. Um conceito (ou o que às vezes é traduzido como um "pensamento") não existe realmente, exceto em nosso pensamento sobre ideias puras ou o que Hegel chamou de conceitos vazios. Um conceito, diferentemente de uma vontade, não representa um objeto. Um conceito habita em um mundo "de faz de conta" onde "alguém pode pensar ou imaginar qualquer coisa possível que não exista no real). CONKLIN, William E. Hans Kelsen on Norm and Language (2006). Ratio Juris, Vol. 19, March 2006. p. 102. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2409232 Acesso em: 02/01/2025.

[1286] RR2: 180.

as consequências que têm uma tal discrepância, é questão que só pode responder-se com base na ordem jurídica, e não através da ciência jurídica".

Ainda de acordo com Kelsen,[1287]: "*Schon in diesem Punkte also, in Bezug auf den Inhalt des Willens, zeigt sieb sieb eine prinzipielle Differenz zwischen dem, was die Psychologie und dem, was die Jurisprudenz als „Wille" bezeichnet* […] *Noch deutlicher wird diese Diskrepanz, wenn man den Willensbegriff in jenen besonderen Beziehungen aufsucht, in denen er auf den einzelnen Spezialgebieten der Jurisprudenz verwendet wird*". ([…] Já neste ponto, em relação ao conteúdo da vontade, fica claro uma diferença fundamental entre o que a psicologia e o que a jurisprudência chama de "vontade". Esta discrepância torna-se ainda mais clara quando se examina o conceito de vontade nas relações especiais em que é utilizado nas áreas especializadas individuais da jurisprudência).

A questão insolúvel da discrepância entre vontade real e o direito subjetivo (declarado) já é um forte indicativo de que esta presunção de causalidade entre ambos não satisfaz as exigências de uma doutrina científica do direito.

Talvez todos os casos que envolvam a expectativa dos desejos individuais e a concretude da realização dos fatos da vida sejam discrepantes, considerando que tecnicamente o direito põe termo a lide, e, a idealização do direito como refúgio da esperança e da justiça, na prática sempre foi uma ilusão. Pergunte ao casal após uma separação judicial, qual é a sensação de justiça depois que sentença distribuiu os bens litigiosos.

Importante reforçar que o problema da natureza da causa dos *Willensaktes* (atos de vontade), deve ser estudado pelas demais técnicas interdisciplinares, com a ressalva de que estudar o descompasso entre a vontade real e declarada sob ponto de vista epistemológico é uma questão insolúvel, pois, como será visto, não há metodologia capaz de conhecer a causa de um querer subjetivo, assim como nenhum indivíduo é capaz de determinar a causa do seu próprio querer.

A propósito, a "vontade real" teria uma causa natural, metafísica ou psicológica? A suposta "vontade real" é o fundamento da autodeterminação das escolhas?

Para esta questão, como não recordar a memorável lição de Baruch Spinoza no *escólio da proposição* 17 na obra *Ethica: ordine geometrico demonstrata* (Ética: demonstrada à maneira dos geômetras - 1677), quando afirma que a pressuposição de que somos "livres para escolher", da "suposta autoderminação da conduta pela vontade", decorre do simples fato que

[1287] HP: 122.

ignoramos as causas das nossas ações?[1288]: "[...] *es hommes croient être libres, parce qu'ils ont conscience de leurs volitions et de leur tendance tandis qu'ils ignorent les causes par lesquelles ils sont disposés à avoir cette tendance et à vouloir et qu'ils n'y pensent pas même pas en rêve";* (os homens crêem ser livres, porque têm consciência de suas volições e de suas tendências, ao passo que ignoram as causas pelas quais estão dispostos a ter esta tendência e a querer, e eles não pensam nisso nem mesmo em sonho)*;* "[...] *ils ont conscience de leurs volitions et de leur appétit et ne pensent pas, même en rêve, aux causes par lesquelles ils sont disposés à appéter et à vouloir, n'en ayant aucune connaissance"*; (Eles estão cientes de suas vontades e de seu apetite e não pensam, nem mesmo em sonhos, nas causas pelas quais estão dispostos a apetecer e querer, não tendo conhecimento disso).

Significa dizer que entre as afecções e as ideias (entre corpo e mente) há um paralelismo expresso pelo já citado princípio *ordo et conexio rerum idem est ac ordo et conexio idearum* (A ordem e a conexão das coisas é igual a ordem e conexão das ideias), que impossibilita o conhecimento das causas das nossas ações, porque as ideias e as coisas se equivalem e se limitam mutuamente.

Assim diz Spinoza[1289]: Na alma (*pela proposição precedente*)*,* não existe nenhuma faculdade absoluta de querer e não querer, mas somente volições singulares, isto é, esta e aquela afirmação, e esta e aquela negação", mas[1290]:

> [...] para explicar mais amplamente este assunto, vou dar um exemplo: os homens enganam-se quando se julgam livres, e esta opinião consiste apenas em que eles têm consciência das suas ações e são ignorantes das causas pelas quais são determinados. O que constitui, portanto, a idéia da sua liberdade é que eles não conhecem nenhuma causa das suas ações. Com efeito, quando dizem que as ações humanas dependem da vontade, dizem meras palavras das quais não têm nenhuma ideia. Efetivamente, todos ignoram o que seja a vontade e como é que ela move o corpo. Aqueles que se vangloriam do contrário e inventam uma sede e habitáculos para a alma provocam o riso ou então a náusea.

Sobre esta curiosa reflexão que sugere ser apenas uma ficção qualquer tentativa de idealizar a liberdade como autodeterminação da vontade particular, *i.e*., de que a liberdade é apenas uma ilusão porque desconhecemos as causas que determinam nossas ações, pode-se

---

[1288] Notas de Joaquim de Carvalho. in: SPINOZA, Baruch. Pensamentos metafísicos, Tratado da correção do intelecto, Ética, Tratado político, Correspondência. Os pensadores. São Paulo: Abril 1973, 140 (nota 38 e 39).
[1289] Ibid. p. 175.
[1290] Ibid. p. 166.

dizer que se aproxima com os pressupostos do pensamento antimetafísico do positivismo jurídico, como seu flerte com a física quântica contra a causalidade mecânica da natureza, a desconstrução ontológica da linguagem e a desconfiança de todo arcabouço teórico que caracteriza o pensamento moderno, *cf.* Kelsen[1291]: *El dogma de la libertad volitiva parece haber cobrado cierto apoyo con el desenvolvimiento de la física moderna, pues aquí, la suposición de la validez absoluta de la ley de causalidad ha tropezado con la más seria crítica*"; e continua[1292]: "*Para compatibilizar la idea de la libertad con el principio de causalidad, el recurrir a la metafísica no sólo es -como se ha demostrado - infructuoso, sino, además - aunque no fuese infructuoso-, superfluo.*".

Enfim, Spinoza conclui[1293]:

> Digo expressamente que a alma não tem um conhecimento adequado, mas apenas um conhecimento confuso e mutilado de si mesma e do seu corpo e dos corpos exteriores, todas as vezes que ela percebe as coisas segundo a ordem comum da Natureza; isto é, todas as vezes que é determinada do exterior, pelo choque acidental das coisas, a considerar isto ou aquilo, e não todas as vezes que é determinada interiormente, a saber, por que considera ao mesmo tempo várias coisas, a conhecer as semelhanças que existem entre elas, as suas diferenças e as suas oposições. Todas as vezes, com efeito, que ela é interiormente disposta desta ou daquela maneira, então considera as coisas clara e distintamente, como mais adiante o demonstrarei.

Embora Kant concorde que a *liberdade* (*transcendental*) como *noumeno* da intelecção não pode ser objeto do conhecimento[1294] (apenas a *liberdade prática* é objeto do direito) - vide a Terceira antinomia na Antitética da razão pura[1295] no conflito de conhecimentos dogmáticos em aparência (*thesis cum antithesi*) - naturalmente que esta reflexão de "natureza determinista spinozana" é inconciliável com o conceito de *autonomia da vontade* e de *liberdade prática* da filosofia kantiana, quando a faculdade de escolher pode ser *afetada* mas não necessariamente *determinada* pelas afecções, como no caso da *autonomia da vontade* das ações morais, quando o arbítrio escolhe o *dever como fim em si*, ou seja, a liberdade como princípio metafísico

[1291] KELSEN, Hans. Causalidad y imputación. Op. Cit. p. 23.
[1292] Loc. Cit.
[1293] Ibid, p. 164.
[1294] "[...] a liberdade transcendental é contrária à lei de causalidade; por conseguinte, um encadeamento de estados sucessivos de causas eficientes, segundo o qual não é possível uma unidade da experiência, que se não encontra pois em qualquer experiência, é um vazio ser de razão". KRV, A4447/B475: 425.
[1295] KrV, A421/B449: 414.

incondicional de conduta exigido pela razão, suprimindo categoricamente os *Triebfede*[1296] (móbiles) subjetivos da apetição, o contrário dos pressupostos da ética spinozana, diz Kant[1297]: "Ora, nenhuma ação livre é possível, a menos que o agente também vise a um fim (que é a matéria de escolha)".

Por desfecho, merece ser sempre revista a preciosa lição de Kant sobre a *liberdade transcendental* (não confundi-la com *liberdade prática*, embora esta seja conceitualmente interdependente daquela), pois, o uso indiscriminado da palavra "liberdade", sobretudo nos textos jurídicos, muitas vezes parece se sujeitar a toda forma de interpretação, sem qualquer fundamento[1298]:

> A natureza e a liberdade transcendental distinguem-se entre si como a submissão às leis e ausência das leis; pelo que a primeira sobrecarrega o entendimento, é certo, com a dificuldade de remontar, cada vez mais alto, na série das causas, para aí procurar a origem dos acontecimentos, porque a sua causalidade é sempre condicionada, mas promete, em compensação, uma unidade da experiência universal e conforme à lei; enquanto, pelo contrário, a ilusão da liberdade promete repouso ao entendimento, na sua investigação através da cadeia das causas, conduzindo-o a uma causalidade incondicionada, que começa a agir por si própria, mas como essa causalidade é cega, quebra o fio condutor das regras, único pelo qual é possível uma experiência totalmente encadeada.

Vale também relembrar que a "liberdade" é o fundamento da *autonomia da vontade privada*, o elemento essencial da norma negocial e da sua função criadora de direitos, contudo, para Kelsen não há uma relação (absoluta e necessária) entre "liberdade e direito", o que ensejaria uma *metafísica jurídica* nos moldes da razão prática kantiana, como bem observa Marc Schütze[1299]:

> *Kelsen isoliert den einzelnen Menschen allen absoluten Werten, die ihn bei der Inanspruchnahme von Rechten leiten könnten: So bleibt nur die relativistische, überdies dezisionistische Antwort übrig, daß jeder seine Wahl*

[1296] Kant usa o termo *Triebfeder* (móbil) no mesmo sentido que *Bewegungsgrund* (motivo). Vide: PEREIRA, Luiz Antonio. Sobre o móbil (*Triebfeder*) e o motivo (*Bewegungsgrund*) na filosofia prática kantiana. Artigos Estudos Kantianos, Marília, v. 9, n. 1, p. 89-96, Jan./Jun., 2021, Disponível em: https:// revistas. marilia. unesp. br/index. php/ek/article/view/10523. Acesso em: 17 dez. 2024, p. 90.

[1297] MdS: 233.

[1298] KrV, A447/B475: 425.

[1299] (Kelsen isola o ser humano individual de todos os valores absolutos que poderiam orientá-lo na reivindicação de direitos: Portanto, tudo o que resta é a resposta relativista e, além disso, decisória de que cada um tem que fazer sua própria escolha e "ninguém mais, nem Deus, nem a natureza" e também "a razão como autoridade objetiva não pode tirá-lo"). SCHÜTZE, Marc. Subjektive Rechte und personale Identität. Berlin: D&H, 2004, p. 243.

> *treffen müsse und „niemand anderer, nicht Gott, nicht die Natur und auch nicht die Vernunft als objektive Autorität sie abnehmen“ könne.*

Após estas rápidas digressões, é possível destacar, entre as condições de possibilidade da função criadora de direitos da norma negocial, como já mencionados, os “aportes cognitivos e estruturais da epistemologia jurídica” *cf.* o positivismo, entre eles: a *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental); o *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito), a *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica); a *Ermächtigung* (atribuição de competência); a *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada), o *Sollen der Zurechnung* (dever atribuído), a negação da *Sprachontologie* (ontologia da linguagem), e, por fim, acrescentam-se os *Willensaktes* (atos de vontade), ou, mais precisamente, o *problema* (*conceitual*) *da vontade jurídica* no contexto do direito negocial, considerando ser seu critério distintivo entre outras expressões normativas, além das formas jurígenas estatais tradicionais, como a dos órgãos legiferantes e aplicadores do direito, objetos da política jurídica.

Aliás, Kelsen lembra que “a capacidade jurígena” também é atribuída à quem aplica o direito[1300]:

> Todo ato criador de Direito deve ser um ato aplicador de Direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato da comunidade jurídica. Por isso, a criação jurídica deve ser concebida como aplicação do Direito, mesmo quando a norma superior apenas determine o elemento pessoal, o indivíduo que tem de exercer a função criadora de Direito.

Em tempo, não confundir o *ato de vontade* de um magistrado quando interpreta e aplica o direito no caso concreto, com o *ato de vontade* do particular como forma de autorregular a própria conduta, aquele é um ato *volitivo discricionário*, típico da autoridade judicial, estudado pela hermenêutica jurídica, este (ato do particular), tradicionalmente foi objeto de estudo da metafísica e da psicologia, sobretudo pelas teorias do direito, até o surgimento do positivismo jurídico kelseniano.

Também deve-se fazer a distinção da *Interpretation als Erkenntnis-oder Willensakt* (interpretação como um ato de conhecimento ou vontade), pois o *ato de vontade do magistrado* ao aplicar o direito é uma interpretação subjetiva do (sentido objetivo) do texto normativo em relação ao caso concreto e, o *ato de conhecimento* jurídico como uma forma de “interpretação

[1300] RR2: 164.

objetiva e avalorativa" do sentido objetivo do direito positivo, independente do caso concreto[1301].

Vale lembrar que Hans Kelsen insiste nesta separação[1302]:

> *La descripción de las relaciones producidas por las normas jurídicas así puestas entre el delito y la sanción, dentro de los preceptos del derecho, es un acto del entendimiento, no de la voluntad, y como tal acto del entendimiento es asunto de la ciencia, a saber: de la ciencia jurídica. Su función es describir, no prescribir; el prescribir es función de las autoridades que producen el derecho, es decir, que ponen las normas jurídicas. La ciencia jurídica, esencialmente, se limita a describir el derecho en los preceptos formulados por ella.*

Acrescentando o "*sentido jurídico do ato volitivo*" segundo o conceito de Hans Kelsen, percebe-se, portanto, que há diversas formas de *atos* mencionados que são distintos *entre si* e estudados por metodologias distintas. O *ato de conhecimento* que descreve o direito por *deskriptiven Rechtssätzen* (proposições normativas), o ato de vontade do poder legiferante do legislador que prescreve o direito através das *präskriptiven Rechtsnormen* (proposições prescritivas), o *ato de vontade* do magistrado ao interpretar a lei para solucionar um caso concreto e, o *ato de vontade* do particular que vincula a substância externa da norma para produzir os *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) - efeitos jurídicos - em uma norma negocial válida (existente).

Recorrendo a didática de Clemens Jabloner, vide a explicação sobre a relação entre ato *de vontade*, *validade* e *Positivität* (positividade) em Kelsen[1303]: "[…] *wie Kelsen sagt „figürlichen" Sinn - wird durch den Willensakt die Norm „erzeugt". Geltung ist das Befolgt-sein-sollen oder Angewendet-werden-sollen der Norm* […] *Durch den der Seinssphäre angehörenden Willensakt gewinnt die Norm ihre Positivität. Kelsen lehnt die Auffassung ab, dass Normen der Sinn von Denkakten, statt von Willensaktesn, sind*"; (como diz Kelsen, significado 'figurativo' - a norma é 'criada' pelo ato da vontade. Validade é o fato de que a norma deve ser seguida ou aplicada [...] A norma ganha sua positividade através do ato de vontade que pertence à esfera do ser. Kelsen rejeita a visão de que as normas são o significado de atos de pensamento e não de atos de vontade).

[1301] RR1: 107.
[1302] KELSEN, Hans. Causalidad y imputación. Op. Cit. p. 6.
[1303] JABLONER, Clemens. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2012, p. 3.

Se a vontade do particular é um meio de vincular fatos externos a norma negocial, não há o que se especular sobre a causa do instrumento vinculante, mais uma vez, este não é um problema jurídico-científico, como salienta R. A. Vitoriano Cunha[1304]: "[...] ao estabelecer o ato de produção do Direito como um ato de vontade, desautoriza qualquer pretensão de objetividade e certeza inquestionável. A pureza da Ciência Jurídica estaria exatamente em reconhecer na norma o limite do seu objeto, dele expurgando quaisquer incursões na seara do dever ser".

Também digno de nota, tanto pela história quanto pelo ensinamento, o comentário de Jean-Étienne-Marie Portalis (1746 - 1807)[1305]: "*Mais les lois positives, qui sont l'ouvrage des hommes, n'existent pour nous que quand on les promulgue, et elles ne peuvent avoir d'effet que quand elles existente*". (Mas as leis positivas, que são obra dos homens, só existem para nós quando são promulgadas e só podem ter efeito quando existem).

Sendo assim, o *ato de vontade* discutido em tela, não deve ser entendido no sentido *das Sollen* (do *dever-ser*) inscrito e validado em um *der Vertrag* (contrato) - uma norma negocial - mas o que ele *é*, *Sein* (*ser*), ou seja, um meio de vincular fatos e elementos externos, tal como a vontade do legislador quando cria normas gerais, conforme a atribuição da ordem jurídica, logo, sua análise segue as diretrizes epistemológicas do positivismo - que estuda o *Sein* (*ser*) não o *Sollen* (*dever-ser*) - razão pela qual, o significado jurídico de vontade pode ser estabelecida e conhecida pelo positivismo (assim como quando criou a norma jurídica como objeto de estudo), pois o conhecimento do "*ser jurídico*" é produto de uma *ato cognitivo objetivo*, não político e hermenêutico.

Para efeito ilustrativo, ao consultar os ensinamentos de Direito Civil de Francisco Amaral sobre a vontade e a autonomia como essenciais a criação dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos), depara-se com o seguinte conceito[1306]:

> No negócio jurídico a vontade caracteriza-se por sua finalidade específica, que é a gênese, modificação ou extinção de direitos. É chamada vontade negocial, que tem objetivo próprio e é normativa e vinculante, no sentido de estabelecer as normas reguladoras dos interesses das partes. O negócio jurídico é, portanto, exercício de autonomia privada, tendo, por isso, conteúdo

[1304] VITORIANO CUNHA, Ricarlos Almagro. Hermenêutica jurídica em Kelsen. Apontamentos críticos. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 180 out./dez. 2008. p. 288. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176576 Acesso em 06/01/2025.
[1305] Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801). Disponível em: https://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp Acesso em: 12/08/2024, p. 18.
[1306] Ibid., p. 385.

> normativo. A sua essência está nos dois elementos, vontade e autonomia privada.

A "vontade negocial" cria direitos e obrigações entre as partes a partir dos *Vertrags* (contratos). Contudo, a função criadora da norma negocial não produz direito *ex nihilo*, ela opera dentro de um sistema jurídico preexistente que define o que é um contrato válido, quais são os requisitos formais e materiais e quais as consequências do seu descumprimento.

Mais uma vez, a imputação da norma negocial não depende da existência de uma vontade psicológica real, mas da conformidade com as normas jurídicas hierarquicamente superiores, para que o sistema jurídico possa garantir a eficácia normativa e a segurança jurídica dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) pactuados. Ainda na interpretação de F. Amaral, percebem-se a aplicação dos princípios *der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito) e *das Sollen der Zurechnung* (do dever atribuído), respectivamente, nas abordagens conceituais a seguir sobre o negócio jurídico em Kelsen[1307]: "Kelsen afirma que o negócio jurídico é um fato produtor de normas, à medida que a ordem jurídica confere a tal fato essa qualidade.

Francisco Amaral Afirma também que é uma peculiaridade do direito, regular sua própria criação, o que se aplica ao negócio jurídico"[1308]:

> [...] o negócio que não for conforme à lei não será fonte normativa. Admitindo-se, com Kelsen, que a validade de uma norma reside em outra, não há por que se excluir o caráter de fonte normativa do negócio jurídico somente pelo fato de ele se basear no direito objetivo. A objeção teria sentido se considerássemos o negócio como fonte de direito autônoma e originária, o que não é o caso (autônoma, aqui, no sentido de totalmente independente de qualquer outra norma).

Bem como Pietro Perlingieri[1309] quando compartilha a premissa da concessão de poder aos particulares pelo ordenamento estatal: "[...] pode-se entender por 'autonomia privada', em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos - em qualquer medida - livremente assumidos".

[1307] AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 399.
[1308] Ibidi, p. 400 (nota 179).
[1309] PERLINGIERI, P. Op. Cit. p. 17.

Nota-se que o estudo sobre as condições de possibilidade da criação do direito em geral - assim como da norma negocial - já foram desenvolvidos neste trabalho, com exceção do problema da "vontade jurígena".

Por exemplo, quando Kelsen diz[1310]: "Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial"; percebe-se, aí, o pressuposto da *Ermächtigung* (atribuição de competência) de uma norma pela outra, em que a norma negocial só é possível existir mediante a validação de uma norma superior, inscrita na *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) de um ordenamento dinâmico, pois[1311]: "A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma".

Neste sentido, de acordo com Jorge Witker e Rogelio Larios[1312]: "[...] *pueden realizarse dos interpretaciones distintas del concepto kelseniano de validez: Los dos aspectos indicados: validez como existencia de la norma y como fundamentación adecuada en otra norma, son elementos integrantes de un concepto único de validez: una norma es válida o existe si se fundamenta en outra*".

Não sem razão, o tema "*Das Rechtsgeschäft* (negócio jurídico)" na Teoria pura do direito foi tratado no capítulo V, *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica) no tópico 2: *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada da ordem jurídica), item H, alínea α: *Das Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (O negócio jurídico como fato gerador de direito), logo após o estudo do tópico 1: *Der Geltungsgrund einer normativen Ordnung: Die Grundnorm* (O fundamento de validade de uma ordem normativa: a norma fundamental)[1313].

Este procedimento metodológico foi replicado neste trabalho, conforme pode-se o observar a sequência na Parte II capítulo 2) *A estrutura lógica do direito positivo*, no item 2.1) *Fundamento de validade do direito positivo*, na Parte III capítulo 3) *Positivismo e direito negocial* e, no item 3.1) *A função criadora de direitos da norma negocial*.

[1310] RR: 179
[1311] RR: 3.
[1312] WITKER, Jorge; LARIOS, Rogelio. Ibid. p. 143.
[1313] RR2: 135.

Disto tudo, conclui-se que os *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) - efeitos jurídicos - da norma negocial, não são, *em si*, autônomos, mas dependem das seguintes condições epistemológicas:

1) da *Transzendentalen Methodologie* (metodologia transcendental);
2) do *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito);
3) do *Sollen der Zurechnung* (dever atribuído);
4) da *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica);
5) da *Ermächtigung* (atribuição de competência) de uma hierarquia formal;
6) da *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada);
7) da negação da *Sprachontologie* (ontologia da linguagem) e,
8) dos *Willensaktes* (atos de vontade).

*
* *

Antes de iniciar o estudo sobre o problema da função jurígena da vontade, uma nota metodológica: é importante ressaltar, como dito *en passant*, que o primeiro passo que conduz à resposta sobre a fundamentação da criação do direito, consiste em separar o expediente argumentativo do direito positivo da teorização dogmática sobre um objeto constituído pela codificação especial de um ordenamento jurídico particular.

Não se trata, portanto, de analisar um conceito ou uma teoria do "direito negocial" vinculada a este ou aquele código, mas em "reunir os argumentos" da epistemologia jurídica, uma vez que estão esparsos no *corpus jurídico kelseniano*[1314], para explicar como a junção de elementos essenciais da norma negocial, como definir o papel da vontade jurídica, para exercer a função criadora de direitos, considerando que sua estrutura nomológica e conceitual (da norma negocial) é comum a todos os ordenamentos particulares.

Assim como faz Francisco Amaral ao introduzir o tema dos negócios jurídicos como objeto de estudo do Direito Civil, também apresenta um estudo preliminar sobre as categorias mais gerais de sua compreensão, antes de qualquer explicação sobre as nuances práticas ou

[1314] Este é um dos aspectos do ineditismo deste trabalho, uma vez que não há um estudo sistemático sobre o tema.

questões vinculadas a legislação em vigor, aliás, entende que iniciar um tema jurídico por esta perspectiva generalista, tem[1315]: "[...] a vantagem de uma figura abstrata, como a do negócio jurídico, que reúna os elementos essenciais das variadíssimas manifestações de autonomia privada, com uma disciplina comum para todas".

Neste sentido, F. Amaral ensina que[1316]:

> O negócio jurídico como categoria lógica: "[...] representa uma síntese, uma 'redução à unidade' das diversas posições subjetivas que se podem configurar na atividade jurídica, de que a declaração de vontade é uma das causas imediatas. Construída com a noção de negócio uma figura concreta, composta de elementos especificamente individualizáveis, essenciais, acidentais e naturais, podem se reconduzir a este esquema todas as modalidades da atividade humana e estudá-las com critérios o métodos unitários.

Misturar a metodologia de análise da teoria pura - concebida à luz da crítica da teoria do conhecimento - para compreender o direito negocial como categoria lógica e cognitiva do direito positivo, com as teorias da dogmática jurídica (com fins pragmáticos), seria, analogamente, confundir a fundamentação do conhecimento científico com a aplicação de hipóteses experimentais da ciência.

Como já estudado, teoria do conhecimento e ciência são domínios distintos do saber, possuem métodos e objetos distintos, por exemplo, confundi-las seria tratar como iguais a *Crítica da razão pura* de Kant e a *Philosophiae naturalis principia mathematica* de Newton, considerando que ambas as obras tratam das ciências da natureza (física).

Ocorre que Kant demonstra *como é possível* o conhecimento objetivo, científico e universal desenvolvido por Newton sobre a física, quando ele decodificou o funcionamento da natureza através da metalinguagem universal das formulações teóricas dos modelos matemáticos.

De forma correlata, a *crítica* kantiana está para o *positivism*o, assim como a *principia mathematica* newtoniana está para a *Rechtsgeschäftslehre* (Teoria dos negócios jurídicos).

Mais uma rápida analogia, sem prejuízo a anterior, importante que não se confunda a *Rechtsgeschäftslehre* com ciência, pois o que se sugeriu foi apenas comparar a *correlação* entre duas categorias teóricas diferentes de tratar o mesmo problema, parece ser prudente lembrar que a *Rechtsgeschäftslehre*, em que pese o espírito de cientificidade estar presente na tentativa

[1315] Ibid. p. 386.
[1316] Loc. Cit.

de fazer generalizações do seu objeto de estudo, não atende os critérios e o compromisso de justificar suas raízes paradigmáticas de compreensão para uma análise *pura* (autônoma), objetiva e avalorativa do seu objeto de estudo, necessários para assumir um *status* científico.

Talvez uma comparação mais precisa, seria estabelecer uma correlação entre o estudo das bases epistemológicas do positivismo com o projeto científico da teoria pura, como sugere Heitor Matallo Junior ao comparar filosofia e ciência[1317]:

> Podemos dizer, então, que a ciência explica os fenômenos enquanto a filosofia representa o mundo, o universal. A explicação científica do mundo não se dá como totalidade mas sim como parcialidade. E na busca da explicação, que é essencialmente classificatória e regional, que a ciência consegue operar a construção de seu saber. Enquanto a filosofia trata a categoria da totalidade como totalidade do mundo (do ser), a ciência a trata como totalidade de fenômenos do mesmo tipo, como conjunto discreto de ocorrências.

In summa, a reflexão sobre as analogias pretendeu apenas separar a metodologia de análise do negócio jurídico como uma categoria lógica do direito positivo, da metodologia de uma *Rechtsgeschäftslehre*, que se ocupa de questões dogmáticas de uma teoria em especial, muitas vezes vinculada a legislação, sem questionar, *v.g.*, a natureza epistemológica da vontade como elemento essencial do negócio jurídico.

Não se trata de analisar a norma negocial como objeto de estudo científico, mas de examinar o fundamento epistemológico de sua função criadora de direitos a partir do que dispõe o arcabouço teórico do positivismo jurídico em geral. Por exemplo, o *corpus* doutrinário kelseniano como referência para analisar a vontade (negocial) e "criadora" de direitos, transcende os limites das disciplinas dogmáticas aplicadas, quando busca na filosofia, sobretudo na teoria do conhecimento (*razão teórica*), o fundamento da própria cognição jurídica e de suas metodologias de análise.

Enfim, se a tradicional *Rechtsgeschäftslehre* reconhece que o traço distintivo da norma negocial - entre inúmeros institutos jurídicos e expressões normativas - é atribuir à manifestação da vontade humana a capacidade de gerar efeitos jurídicos (poder jurígeno), ou, *cf.* Kelsen[1318]: *De acuerdo con la definición tradicional, convención es la concordancia de voluntades de dos o varios sujetos, tendiente a producir un efecto jurídico, es decir, a crear o extinguir una obligación y el derecho subjetivo correspondiente*"; a pergunta "*como é possível...*" está

[1317] MATALLO JUNIOR, Heitor. Considerações sobre dialética. In.: Paradigmas filosóficos da atualidade. Org. M. C. Maringoni de Carvalho. São Paulo: Papirus, 1989, p. 191.
[1318] KELSEN, H. El contrato y el tradado: analizados desde el punto de la teoria pura del derecho. Op. Cit. p. 3.

relacionada com os argumentos presentes no *corpus doutrinário kelseniano*, com destaque o capítulo V da *Hauptprobleme der Staatsrechtslehere: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Principais problemas da teoria jurídica do Estado: desenvolvido a partir da doutrina dos princípios jurídicos - 1911), quando Kelsen trata especificamente sobre o tema *Der Wille im Privat - und Strafreeht* (A vontade no direito privado e penal) e desconstrói as teses tradicionais do psicologismo e explicam o *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (O negócio jurídico como fato gerador de direito) e os respectivos direitos subjetivos no âmbito da epistemologia jurídica.

Ou seja, pretende-se tratar das condições de possibilidade do *ato volitivo* para criar o *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos), pois é inconcebível a partir da autonomia científica do direito positivo, admitir que a explicação sobre a *causa* dos *efeitos jurídicos* seja prerrogativa da psicologia, da metafísica, da sociologia, antropologia etc., ainda que "*la concordancia de voluntades*" (supostamente psicológicas) possa produzir efeitos jurídicos. Deve-se lembrar que, segundo Kelsen[1319]: "A realidade específica do Direito não se manifesta na conduta efetiva dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica. A realidade jurídica, a existência específica do Direito, manifesta-se num fenômeno designado geralmente como positividade do Direito".

Ocorre que a história da teoria do direito está repleta de exemplos de fundamentação metajurídica da função jurígena da vontade, como a teologia (vontade divina), a metafísica (vontade autônoma) ou a psicologia (vontade pulsional), quando reconhecem a existência dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) à margem da norma válida, ou, na presença da norma válida para reconhecer e garantir a concretização da vontade particular, como por vezes defendeu Bernhard Windscheid, como será visto, na sua conhecida teoria da vontade dos direitos subjetivos.

A análise da vontade pelo positivismo jurídico não pode partir do pressuposto que o desejo psicológico seja portador de juridicidade - em *si* - autônomo ao direito objetivo (norma válida), a espera de ser explicado por técnicas e procedimentos alheios ao positivismo jurídico, como no caso em que a manifestação subjetiva de um querer fosse causa determinante de efeitos jurídicos.

Admitir estas suposições seria prescindir da *Positivität* (positividade) - do arquétipo lógico-apriorístico - e fundamentar a existência de direitos subjetivos a partir de um raciocínio sub-reptício eivado de psicologismo hipostasiado, conforme já estudado no tópico "direito entre

[1319] TGLS. p. XXIX.

fato e representação"; neste sentido, Lourival Vilanova[1320] ainda lembra que: "[...] o subjetivismo jurídico apresenta o erro substancial de todo subjetivismo. E este erro consiste em confundir o pensamento com o ato de pensar, o conteúdo objetivo da vontade com o ato de querer".

Já se disse: A vontade jurídica é um meio de vincular elementos factuais externos à norma negocial, que se materializa através da declaração, mas não é em si mesma a fonte do direito. Mais uma vez, não há, portanto, "causalidade-empírica jurídica" à margem do functor deontológico-jurídico *Zurechnung* (de imputação), *cf.* Kelsen[1321]: "*Mit der Emanzipation der Kausalität von der Vergeltung, des Naturgesetzes von der Norm, stellen sich Natur und Gesellschaft als zwei völlig verschiedene, weil unter wesentlich verschiedener Gesetzlichkeit stehende Bereiche heraus*"; (Com a emancipação da causalidade da retribuição, do direito natural da norma, a natureza e a sociedade emergem como duas áreas completamente diferentes, porque estão sujeitas a legalidades essencialmente diferentes).

Considerando que o direito subjetivo decorre do direito objetivo[1322], diferente das teorias tradicionais que afirmam o contrário, que o direito objetivo é uma técnica de reconhecimento escrito (positivo), *i.e*., o *Subjektives Recht als Willensmacht* (direito subjetivo como poder de vontade), expresso pela codificação de um direito pré-existente, o "direito subjetivo" seria, segundo estas teorias, autônomo ao direito objetivo, assim como os efeitos jurídicos decorrentes do alinhamento das "vontades" expresso na norma negocial, ou melhor, dos elementos externos alinhados por meio da subjetividade das vontades[1323].

Contudo, Adrian Sgarbi adverte que[1324]:

> Não pretende Kelsen eliminar, dessa forma, a expressão 'direito subjetivo' da linguagem dos juristas; está apenas a dizer que todo direito subjetivo refere-se ao direito objetivo e por essa razão deve ser pensado em relação a ele, nada mais. Portanto, falar em 'direitos subjetivos' não é mais do que descrever a relação entre uma pessoa determinada e um conjunto de normas.

[1320] VILANOVA, L. Op. Cit. p. 59.
[1321] KELSEN, Hans. Die Entstehung Des Kausalgesetzes Aus Dem Vergeltungsprinzip (1939) The Journal of Unified Science (Erkenntnis). Op. Cit. p. 129.
[1322] Embora na prática (não na fundamentação epistemológica) a *facultas agendi* - no exercício dos direitos subjetivos - não coincide, necessariamente, como mero espelhamento do direito objetivo, há margens discricionárias a serem interpretadas conforme cada caso concreto.
[1323] "Para os teóricos que entenderam o direito como o poder da vontade, esta deveria ser encarada como um dado existencial, que integraria a natureza humana, servindo, portanto, para diferenciar o homem dos demais animais". FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003, p. 147.
[1324] SGARBI, Adrian. Introdução à teoria do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 173.

Para reforçar o entendimento de que a *Positivität* (positividade) da *norma jurídica* é o pressuposto cognitivo do direito e da sua existência (validade) em Kelsen, assim como a categoria dos *juízos sintéticos a priori* para Kant é a forma dos enunciados científicos, reforça-se o argumento de que o *positivismo* estabelece um marco intransponível para fundamentação teórica da existência de direitos subjetivos (da implicação de efeitos jurídicos) independente da vontade psicologizada ou metafísica como causa, o direito positivo retira o querer psicologizado e o direito subjetivo do núcleo em que orbita a teoria do direito. Aqui vale destacar duas citações de Arthur J. Favaret Cavalcanti, quando compartilha o entendimento de que Hans Kelsen realiza uma "Revolução cognitiva-jurídica" (também sob o ponto de vista da fundamentação dos direitos subjetivos), como Kant fez a "Revolução Copernicana" na teoria do conhecimento, pois ambos alteraram a topologia das fontes de significação de seus objetos de estudo, comumente aceitas pelas teorias tradicionais, tanto para a fundamentação dos direitos subjetivos como do conhecimento objetivo e científico.

Stanley L. Paulson compartilha o mesmo pensamento[1325]:

> *Desde el punto de vista sistemático Kelsen es - esta mi primera tesis - kantiano en la medida en que intenta encontrar un "término medio" entre la teoría empírica del derecho y la doctrina del derecho natural, de la misma manera como Kant antes que él había buscado un 'término medio' entre el empirismo escéptico y el racionalismo dogmático.*

Arthur J. F. Cavalcanti, tratando da mudança de percepção teórica sobre os direitos subjetivos, associa Kelsen a Galileu e indiretamente com a Revolução Copernicana de Kant na Crítica da razão pura, aliás, pode-se afirmar, *cf. supra*, que Hans Kelsen realizou semelhante "revolução cognitiva kantiana" no direito[1326]:

> Assim como o universo, antes de Galileu, girava em torno da Terra, a ciência do direito anterior a Kelsen rodopia em torno dos direitos subjetivos. Em função deles ela define todos os demais conceitos jurídicos. Fatos jurídicos, dos quais os atos jurídicos constituem uma espécie, são eventos que criam, modificam ou extinguem direitos subjetivos [...] Para outros eles são criados pelo direito objetivo, que teria nisso a sua função primordial. De qualquer modo, o direito subjetivo era o protagonista da cena jurídica. As relações entre direito subjetivo e objetivo seriam de tal modo íntimas a ponto de proclamar-se que direito subjetivo e direito objetivo são aspectos de um conceito único,

[1325] PAULSON, Stanley L. Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen. Traducción del alemán de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 78.
[1326] FAVARET Cavalcanti, Arthur José. A teoria geral do direito em Kelsen. p. 339-340. Disponível em: https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTQ2Nzc%2C Acesso em 03/12/2024.

> compreendendo a *facultas* e a norma, os dois lados de um mesmo fenômeno, os dois ângulos de visão do jurídico.

Nota-se que a revolução da forma de produção de juridicidade a partir do direito objetivo e subjetivo em Kelsen é correlata aos *juízos sintéticos a priori* em Kant. Assim como o papel da razão e da sensibilidade foram reconfigurados pela Crítica da razão pura, o papel do direito objetivo e subjetivo na constituição da experiência jurídica também foram reconfigurados pelo positivismo, argumento que se estende ao ato de vontade como forma de vincular direitos e obrigações na estrutura da norma negocial. Esta revolução de percepção representa a já mencionada "modificação da topologia das fontes de significação", tanto para o criticismo e como para o positivismo.

A. J. F. Cavalcanti acrescenta ainda que[1327]:

> O mérito de Kelsen foi o de assentar a teoria jurídica em bases mais precisas. Ele parte da noção de norma jurídica. Depois de estabelecer em que, a seu ver, consistem nas normas jurídicas, Kelsen se lança aos demais conceitos. Especial relevância é atribuída ao dever jurídico. Curiosamente, esse é um conceito de que a doutrina clássica virtualmente prescinde, sendo difícil até mesmo encontrá-lo nos índices alfabéticos das matérias tratadas nas obras em que ela é exposta. Não só o conceito de dever jurídico, como também os de ato jurídico, capacidade, personalidade são definidos em função de norma jurídica. O mesmo acontece com o próprio direito subjetivo, que nada mais é senão um tipo especial de relação entre uma pessoa e uma norma jurídica.

Sendo assim, Kelsen propõe um conceito de vontade que se desvia da abordagem subjetivista e psicológica frequentemente associada às teorias tradicionais do direito subjetivo. A vontade não deve ser vista como um elemento subjetivo ou psicológico do indivíduo, mas como uma construção normativa. Esta perspectiva também reflete o esforço de separar o direito de outros domínios em busca de um conhecimento purificado de influências externas.

No entanto, de modo algum significa dizer que a psicologia e todas as formas interdisciplinares de conhecimento não possam contribuir com a compreensão do fenômeno jurídico negocial *in totum*, ou, com a elaboração e o aperfeiçoamento de teorias sobre o direito negocial.

Ao contrário, o estudo da psicologia é o meio apropriado para aferir a subsunção entre a intenção do *ato negocial* e seus *efeitos jurídicos*, essencial à prática e a solução de casos concretos, sobretudo do ponto de vista das "decisões justas", contudo, o sincretismo

[1327] FAVARET Cavalcanti, Arthur José. Op. Cit. p. 340.

interdisciplinar não pode, silenciosamente, ocupar a prerrogativa exclusiva da metodologia (pura) do direito positivo de constituir a existência do seu próprio objeto, seria recair novamente em sincretismos metodológicos que ocorreram no século XIX já superados pelo positivismo jurídico.

*
* *

Uma nota sobre o problema de misturar a metodologia científica desta análise com teoria da argumentação:

A prerrogativa exclusiva para dispor sobre o fundamento do direito foi duramente conquistado pelo positivismo, desde o esforço em buscar na Lógica Moderna as bases do conhecimento universal até o entrave político do contexto social em que a teoria pura foi concebida, pois, admitir o contrário, isto é, relativizar os fundamentos do direito como se testemunhou no passado, corre-se o risco de ressuscitar toda sorte de teorias alternativas que reivindicaram para si o fundamento não só da criação, mas da interpretação "legítima" do direito. (Vide a já mencionada Escola Livre do direito).

Na prática, esquecer dos ensinamentos de Kelsen é correr o risco de, em grau superlativo, voltar a defender a hipótese de substituir a *natureza jurídica* da jurisdição constitucional - o papel de guardião da Corte Constitucional - por uma *natureza política*, isto representaria um retrocesso a teoria *schmittiana* do direito, quando um Ministro indicado pelo executivo julga conforme os interesses partidários de quem o indicou, ou, dele próprio.

Eis aí, a exata antípoda do positivismo jurídico, do Estado Democrático de Direito e das conquistas do processo civilizatório. Entregar a guarda da Constituição ao poder político é a "fórmula antijurídica" para legitimar toda espécie de ditadura.

*
* *

Enfim, ao considerar que a existência do direito equivale a sua validade - *i.e*., que o direito subjetivo é um "reflexo" do direito objetivo - reconhece-se que a produção dos efeitos jurídicos da norma negocial não tem origem na presunção da vontade subjetiva de um querer psicologizado, e, que o sentido objetivo de um ato de vontade expresso pelo *dever-ser* da norma negocial, exige uma construção conceitual autenticamente jurídica, não psicológica (fato) nem metafísica (representação), pois isto ensejaria uma pretensão metajurídica ou ideológica de "legitimação do direito".

Em Kelsen[1328]: "[...] a teoria jurídica tradicional defende-se com a maior pertinácia da idéia de que o direito subjetivo (ou seja, a titularidade do direito - *Berechtigung*) de um é apenas o reflexo do dever jurídico dos outros, pois que ela - também por razões meramente ideológicas - crê dever acentuar o caráter primário do direito subjetivo". Já se disse que o direito subjetivo é reflexo do dever de cumprir o direito objetivo, também compartilham o entendimento Daniel Brantes e Pedro H. Veiga [1329]:

> Kelsen considera sujeito apenas o titular do dever jurídico sendo o titular do direito reflexo mero objeto. Pode-se resumir a concepção kelseniana de direito subjetivo em uma simples fórmula: direito subjetivo = direito reflexo + poder jurídico. Portanto, considera o dever jurídico como importância primária e o direito subjetivo como tendo importância secundária.

E ainda observam que[1330]:

> [...] como o direito subjetivo para Kelsen é mero direito reflexo, este não tem existência sem um dever jurídico correlato. O direito reflexo de um consiste em apenas no dever do outro. Não há, dessa forma, uma referência a um sujeito determinado, merecedor do rótulo de portador de um direito subjetivo. O entendimento de Kelsen é de que o conceito de direito subjetivo não explica tão bem quanto o de dever jurídico a situação que se apresenta quando alguém tem um dever em relação a outrem.

[1328] RR2: 92.
[1329] BRANTES FERREIRA, Daniel; CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. O direito subjetivo nas concepções de Hans Kelsen e Alf Ross. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.11, n.2, p.1-158, out.2018/mar.2019, p. 115.
[1330] Ibid. p. 104.

Em relação ao problema da explicação do sentido subjetivo dos *Willensaktes* (atos de vontade) - na dimensão das representações - campo da metafísica (filosófica) - no campo empírico (psicológico), ou social (sociologia) - Munroe Smith também observa que[1331]:

> *Whether the individual will is in any sense free; whether the social will is the resultant of free individual wills or a direct and independent product of the social life; in what degree the social life is itself controlled by forces which men do not create and cannot control - these are questions which the jurist gladly leaves to the psychologist, the sociologist and the philosopher.*

Mais uma vez, não significa dizer que, para as urgências práticas do cotidiano, procurar entender a presunção da vontade das partes contratantes no âmbito negocial não seja de absoluta relevância para não cometer injustiças e manter as relações jurídicas saudáveis, mas não se pode misturar os argumentos de fundamentação epistemológica do direito em geral com as técnicas para solução de casos concretos, não se evoca a metodologia transcendental coheniana para provar a boa fé contratual, tampouco a desconstrução ontológica da linguagem e a filosofia analítica fregeana para interpretar as cláusulas de um contrato, a prática conforme a legislação vigente faz parte de outro domínio do discurso jurídico.

Não obstante o positivismo jurídico apresentar-se como doutrina antimetafísica, traço marcante das construções teóricas sob influência da filosofia analítica e do paradigma linguístico do *Wiener Kreis* (Círculo de Viena)[1332], vale recordar que foi na obra de filosofia moral *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten* (Fundamentação da metafísica dos costumes de 1785) que Immanuel Kant buscando por meio dos *juízos analíticos a priori*[1333] o princípio supremo da moralidade, e, investigando os *Triebfedern* (móbiles) internos e externos da conduta humana no âmbito da *razão prática*, concebeu o termo *Autonomie des Willens* (*autonomia da vontade*).

Desde então, *mutatis mutandis*, o conceito kantiano se consolidou nas humanidades e disciplinas deontológicas em geral, como referência para legitimar, pela faculdade do arbítrio,

---

[1331] (Se a vontade individual é em algum sentido livre; se a vontade social é o resultado de vontades individuais livres ou um produto direto e independente da vida social; Em que grau a própria vida social é controlada por forças que os homens não criam e não podem controlar - essas são questões que o jurista deixa de bom grado ao psicólogo, ao sociólogo e ao filósofo). SMITH, Munroe. A General View of European Legal History and other Papers. NY: CUP, 1927, p. 331.

[1332] Sobre esta influência: "[...] assunção de uma postura epistemológica orientada rumo à avaloratividade e à construção de um discurso científico rigoroso, no que se percebe a influência do Círculo de Viena de Carnap, Neurath e Schlick". *Cf.* COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011, p. 45.

[1333] GMS, BA VII, VIII: 15; GMS, BA96: 91.

acordos e contratos particulares, atribuir responsabilidade moral e jurídica ao agente capaz e, entre outras competências, como critério de imputação de culpa ou dolo no Estado Democrático de Direito.

Ocorre que a *autonomia da vontade*, princípio fundamental e traço distintivo do direito negocial, em que pese seu conceito ser desenvolvido e precisamente definido pela filosofia kantiana, ao longo do tempo foi perdendo seu sentido original e passou a ser empregada sem o rigor conceitual que a terminologia exige.

Aliás, termos como *liberdade* e *vontade* adquirem toda sorte de significados sem qualquer compromisso com seu referencial teórico originário. Não é raro confundir "liberdade" com "escolha", "escolha" com "querer", "querer" com "vontade" etc[1334]. Nota-se que, em geral, a "liberdade" é uma pré-condição (lógica) para a escolha, e, a "escolha" é a renúncia da condição da "liberdade".

Escolha e liberdade não são sinônimos, como não são termos equivalentes, a *autonomia da vontade* e o *querer subjetivo* (ou simplesmente escolher uma coisa entre outras), uma tem origem em representações metafísicas e o outro em inclinações pulsionais, patológicas ou até determinísticas da própria antropologia fisiológica (influência da natureza).

Em muitas teorias consagradas pela história sobre o fundamento *das subjektiven Rechte* (dos direitos subjetivos) - no âmbito do direito negocial - o "querer subjetivo" *em si* é normativo quando se considera a "autodeterminação da vontade privada" como fonte de direito, ou seja, não está clara nestas teorias a distinção entre o *fato* (desejo) e o *dever-ser* (normativo).

Neste sentido, Jeffrey M. Lipshaw faz uma interessante observação[1335]: ""[…] *the key to understanding the problem in the context of contracts and contract law is returning directly to Kant to challenge Kelsen's separation of fact and law - the dichotomy between the "is", the empirical and natural, on one hand, and the "ought," what is normative, on the other*". ([...] a chave para entender o problema no contexto dos contratos e do direito contratual é retornar diretamente a Kant para desafiar a separação de fato e direito de Kelsen - a dicotomia entre o "é", o empírico e natural, por um lado, e o "deveria", o que é normativo, por outro).

Nesta citação fica claro que é preciso decidir se o significado de "vontade como autodeterminação da conduta" é uma representação intelectual metafísica, um desejo pulsional de ordem psíquica, ou uma declaração de *dever-ser* manifesta no *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico), tema a ser explorado.

[1334] Sobre as faculdades do desejo, vide: FERREIRA NETTO, A. G. Ética e direito em Kant. Op. Cit. p. 95.
[1335] LIPSHAW, Jeffrey M., Cognition and Reason. Law. Op. Cit. p. 4.

Em tempo, para mais um rápido exercício filosófico sobre as decisões humanas, assim como foi feito na curiosa passagem da Ética de Baruch Spinoza, sobre chamar de "autodeterminação da conduta pela vontade" a completa ignorância sobre "aquilo que causa a vontade humana", ou as decisões humanas, também digna de ser reproduzida a reflexão de Michel de Montaigne (1533 -1592) em seus *Les Essais* (Ensaios), sobre o mesmo problema da "causa das nossas escolhas": "*Comme nostre esprit s'empesche soy-mesmes*" (Como o nosso espírito cria suas próprias dificuldades), assim intitula este notável problema que não poderia deixar de ser registrado.

Escreve Michel de Montaigne[1336]:

> Discute-se comumente que decisão tomaria um espírito indeciso entre duas coisas cuja realização deseja exatamente com igual intensidade. É indubitável que em tais condições não se decidirá nunca, pois, se se inclinasse por uma, já seu gesto implicaria desigualdade de valorização. Se, com idêntica necessidade de beber e comer, fôssemos colocados entre uma garrafa e um presunto, não teríamos provavelmente outra solução senão morrer de fome. Atentando para a dificuldade dos que lhes perguntavam que havia em nossa alma que determinasse a escolha entre coisas indiferentes, e fazia que em um saco de escudos pegássemos um e não outro, pois em sendo iguais não se justificava a preferência, respondiam os estóicos que isso se devia a um movimento inconsciente, provocado em nós por um impulso estranho, acidental, fortuito. Poder-se-ia antes afirmar, parece-me, que nada se nos apresenta sem alguma diferença, por pequena que seja, e, ou à vista, ou ao tato, há sempre algo que, embora não o percebamos, nos tenta e atrai, e determina a nossa escolha. Da mesma forma, se supusermos, por exemplo, um barbante igualmente resistente em todo o seu comprimento, será impossível parti-lo, pois em que ponto cederia? E não é de se admitir que ceda em todos os pontos a um tempo.

Presume-se que, nesta inspirada reflexão, a "liberdade" representaria um "*princípio metafísico*" que estabelece, *a priori*, a perfeita "igualdade de resistência" em todo o comprimento do barbante, e, a "escolha", aquilo que determina o ponto de ruptura na "igualdade metafisica", ou, da "liberdade".

Em outras palavras, a liberdade é um anteposto da escolha, que por sua vez é um efeito cuja causa pode ser qualquer uma, inclusive a própria liberdade como princípio metafísico e incondicionado da razão.

Se o ponto de "ruptura do barbante" é uma escolha, e, a esta escolha tiver uma causa pulsional, sua explicação é psicológica, se a causa for determinística, a explicação é

[1336] MONTAINGE, Michel. Ensaios. Livro II. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 07.

antropológica, mas se a vontade de escolher tem por fim a liberdade e não as pulsões, age-se por um princípio categórico sem uma causa empírica condicionada, *i.e*., age-se moralmente, neste caso, a explicação é metafísica, porém, nenhuma delas é uma "causa jurídica", pois não há juridicidade na escolha, mas nos elementos que a escolha vincula ao direito. Kant chamará a escolha pela liberdade de *autonomia da vontade*, ou seja, a disposição do arbítrio em reconhecer como "praticamente necessário" agir conforme a *lei metafísica - a priori* - estabelecida pela razão, ou ainda, a liberdade que se impõe como lei para o agir moral é também conhecida como *liberdade prática*.

Sendo assim, a *autonomia* é a capacidade da razão de fornecer, a si mesma, uma lei (auto + nomos) de conduta, e, a *vontade*, a faculdade de escolher esta lei como princípio da ação (moral). De outra perspectiva, um *querer subjetivo* (pulsional) determinado empiricamente, pode, eventualmente, ter sua causa explicada pela psicologia. A diferença entre a moral e a psicologia, no que diz respeito o comportamento humano, é que a moral estabelece o que se *deve fazer*, a psicologia, *porque se fez ou se faz*.

Estas sutilezas são fundamentais para análise do sentido jurídico de "vontade", considerando que é um conceito chave para entender a criação dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos - efeitos jurídicos) da norma negocial, afinal, de qual vontade se trata? Da vontade como imperativo da liberdade kantiana? Da vontade como um querer subjetivo cuja causa pulsional é explicada pela psicologia? Ou, de uma "vontade jurídica"?

A delimitação teórica da "vontade" é um "novo" elemento que se incorpora às condições formais de possibilidade para os direitos subjetivos, no paradigma do positivismo jurídico e no procedimento metodológico para a configuração da função criadora de direitos da norma negocial.

Diante do exposto, pode-se concluir que a função criadora de direitos da norma negocial não tem origem na autonomia da vontade das partes do ponto de vista metafísico ou psicológico, mas da autorização outorgada pelo sistema jurídico positivo ao longo da *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) do ordenamento positivo, que reconhece a eficácia normativa de determinados atos negociais (como *der Vertrag*) e, estabelece previamente os critérios e as condições para que eles produzam efeitos jurídicos.

Cf. Josef Aicher[1337]: "*Da nach Kelsens Rechtsnormtheorie die Rechtsnorm im engeren Sinn eine doppelte Pflicht statuiert, nämlich einerseits die eines Untertanen zu einem*

[1337] AICHER, Josef. Das Eigentum als subjektives Recht: Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

pflichtmäßigen Verhalten, andererseits die des Staates mangels dieses pflichtmäßigen Verhaltens eine Unrechtsfolge zu verhängen [...]" (Uma vez que, segundo a teoria kelseniana das normas jurídicas, a norma jurídica em sentido estrito estabelece um duplo dever, a saber, por um lado, o de um sujeito comportar-se de acordo com o seu dever e, por outro lado, o de um Estado para impor uma consequência ilícita devido à falta desta conduta em conformidade com seu dever).

A autonomia da vontade é um instrumento de criação dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) - *Subjektives Recht als Willensmacht* (direito subjetivo como poder de vontade) - no âmbito da norma negocial, mas subordinada aos esquemas lógicos *a priori* da *Positivität* (positividade) sistema jurídico positivo.

Sendo assim, o procedimento metodológico para responder como é possível a função criadora de direitos da norma negocial, doravante possui dois propósitos:

1) *negativo*, que desconstrói os conceitos tradicionais de vontade, conforme os argumentos desenvolvidos, principalmente, na *Hauptprobleme der Staatsrechtslehere: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Principais problemas da teoria jurídica do Estado: desenvolvido a partir da doutrina dos princípios jurídicos - 1911) e,

2) *positivo*, que constrói o conceito vontade a partir de pressupostos da epistemologia jurídica.

Enfim, o problema da fundamentação da função criadora de direitos passa a ser um problema conceitual de vontade, objeto de análise deste tópico. Vencida esta etapa, a "vontade" completa o quadro de elementos (junto com os princípios) que fundamentam a capacidade jurígena da norma negocial do ponto de vista da epistemologia jurídica.

Vale reforçar que a pretensão deste estudo é contribuir com o entendimento das bases teóricas do positivismo jurídico, não de apresentar conceitos e terminologias aplicáveis em casos práticos, estes demandam paradigmas distintos de compreensão do problema, bem como expedientes discursivos próprios do pragmatismo e das urgências profissionais do cotidiano do jurista.

*
* *

> *The creation of valid norms in law, then, according to Kelsen, is not (or not essentially) a content-related matter, as may be the case in underdeveloped legal orders or in most moral orders. It is a matter of whether the putative norm issuer was indeed authorized to create norms, of whether the issuer stayed within the limits of the relevant competence, and whether the specific procedure determined by the relevant higher-order norms was followed. The creation of valid norms, Kelsen says, is a matter of a norm having been created 'in a certain way', rather than a matter of a norm having 'a certain content'. In mature legal orders, it is essentially a 'dynamic' matter, rather than a 'static' one.*
>
> Bert Van Roermund[1338]

Antes de apresentar as objeções às teorias que atribuem à vontade (psicologizada ou metafísica) a função criadora de direitos, *i.e.*, que consideram os *Subjektives Recht als Willensmacht* (os direitos subjetivos como poder de vontade), importante levantar algumas considerações acerca dos *Willensaktes* (atos de vontade), para reforçar o entendimento (já comentado *en passant*) sobre seu sentido subjetivo e objetivo/jurídico, considerando que este esclarecimento contribuirá para o entendimento das condições de possibilidade da geração de direitos subjetivos (efeitos jurídicos) declarados na norma negocial pelos particulares, bem como pelo fato de que os negócios jurídicos são classificados dentro da categoria dos *atos jurídicos* pela teoria tradicional.

O positivismo jurídico não se ocupa da classificação dogmática dos atos jurídicos, mas em examinar os fundamentos de validade, no âmbito da epistemologia jurídica, do próprio ato de vontade, para compreender, do ponto de vista de uma ciência autônoma e avalorativa, como determinada junção de elementos essenciais dos negócios, torna possível a função criadora de direitos da norma negocial, como bem destacou Bert Van Roermund, *ut supra*.

A separação entre o sentido subjetivo do ato volitivo e seu sentido objetivo, indica qual "aspecto da vontade" será de interesse de estudo para o positivismo jurídico. Ou melhor, se a ciência jurídica descreve objetivamente a norma negocial, no entanto, já está claro que seu

---

[1338] (A criação de normas válidas em direito de acordo com Kelsen, não é (ou não é essencialmente) uma questão relacionada ao conteúdo, como pode ser o caso em ordens jurídicas subdesenvolvidas ou na maioria das ordens morais. É uma questão de se o suposto emissor da norma estava de fato autorizado a criar normas, se o emissor permaneceu dentro dos limites da competência relevante e se o procedimento específico determinado pelas normas relevantes de ordem superior foi seguido. A criação de normas válidas, diz Kelsen, é uma questão de uma norma ter sido criada 'de uma certa maneira', em vez de uma questão de uma norma ter 'um certo conteúdo'. Em ordens jurídicas maduras, é essencialmente uma questão 'dinâmica', em vez de uma questão 'estática'). ROERMUND, Bert Van. Norm-claims, Validity and Self-reference. In.: Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law. Edited by Luís Duarte d'Almeida John Gardner and Leslie Green. Oregon: Hart, 2013, p. 15.

interesse é pelo sentido objetivo do ato de vontade, porque o *dever-ser* (a ser descrito) está validado pela norma, vale lembrar da lição de Hans Kelsen que[1339]: "*Si se las califica de ciencias normativas, ello no quiere decir que pongan normas a la conducta humana y prescriban o permitan así una conducta humana determinada, sino que describen ciertas normas, puestas mediante actos humanos, y las relaciones entre los hombres establecidas a través de aquellas normas*"; contudo, do ponto de vista epistemológico, o que se pretende é reunir as condições de possibilidade, segundo a teoria pura, que validam a função criadora dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos).

Para tanto, preliminarmente é preciso explicar a razão pela qual o estudo do sentido subjetivo do ato não pode ser o fundamento dos efeitos jurídicos.

Este é o "sentido negativo" deste estudo, *i.e*., de desconstrução preliminar de ideias tradicionais, assim como Kant na Crítica da razão pura para demonstrar como são possíveis *os juízos sintéticos a priori*, primeiro demonstrou porque a metafísica tradicional não é possível como ciência, em seguida, porque o conhecimento científico não se reduz em categorias analíticas ou sintéticas separadamente.

Aqui vale resgatar a memória do estudo realizado sobre o paradigma linguístico do positivismo jurídico, quando foi tratado da diferença entre o discurso descritivo, objetivo e avalorativo da ciência do direito - expresso em *deskriptiven Rechtssätzen* (proposições normativas) - e o discurso prescritivo valorativo da formação conteudística das normas - expressas em *präskriptiven Rechtsnormen* (proposições prescritivas) - na preciosa lição de Luís Alberto Warat, quando explica sobre o sentido subjetivo e objetivo da vontade.

De acordo com o jurista argentino, Hans Kelsen[1340]:

> [...] define a norma jurídica como o sentido objetivo de um ato de vontade. É interessante fazer uma reinterpretação saussuriana desta definição. Na Teoria Pura, não se encontra devidamente esclarecido o duplo papel significativo que Kelsen atribui às normas jurídicas. Por outro lado, elas são o sentido dos atos de vontade e, por outro, o objeto da ciência jurídica, que outorga sentido objetivo às normas, vistas como fatos empíricos do mundo do ser. Essa duplicidade significativa poderia ser esclarecida no momento em que aceitemos, em Kelsen, a dupla dimensionalidade da noção de língua. As normas, como expressões dos órgãos de autoridade, seriam um código que operaria como condição de sentido do ato.

[1339] KELSEN, Hans. Causalidad y imputación. Op. Cit. p. 11.
[1340] WARAT, Luís Alberto. O direito e sua linguagem. Op. Cit. p. 23.

O duplo sentido que se refere a citação, diz respeito ao fato de que o sentido subjetivo da vontade do particular é ao mesmo tempo o sentido objetivo da declaração da vontade na norma negocial. *Cf.* o positivismo, a *juridicidade* da norma negocial, a exemplo do *Vertrag* (contrato), não existe por si só, por sua própria força, pela sua substância ou pela vontade dos pactuantes, mas em razão de uma série de condições formais, entre elas, a delegação de poder de normas gerais, assim como seus efeitos jurídicos só têm validade e eficácia normativa se respeitadas as condições estabelecidas pelas normas hierarquicamente superiores.

Nikitas Aliprantis ainda faz uma interessante observação de que a criação de direitos subjetivos através de uma norma negocial não interrompe a cadeia normativa, como se produzisse um direito *ex nihilo* pela incidência de uma determinação causal, outrora inexistente de um querer psicológico, ao contrário, os efeitos jurídicos da norma negocial fazem parte do sistema positivo e de seus mecanismos formais internos e interdependentes, conforme já estudado sobre as condições do *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito)[1341]:

> [...] *die Kette der Ermächtigungen durch den Abschluss von Verträgen und allgemein durch die Rechtsgeschäfte nicht unterbrochen. Insoweit sind die Rechtsstellungen, die als subjektive Rechte bezeichnet werden, mit den Ermächtigungsnormen verbunden und lösen sich von der Verpflichtung (Verhaltens) normen los und infolgedessen von der Vorstellung der Pflicht als Korrespondenzbegriff des subjektiven Rechts.*

Nota-se que podem surgir dois sentidos de "validade e hierarquia normativa" que comumente se confundem:

1) quando uma norma é válida (vigente) porque cumpriu os procedimentos formais do processo legislativo constitucional ou está de acordo com os critérios previstos pelo próprio Código Civil, que também estabelece as condições para a validade do negócio jurídico (*v.g.*, no caso do direito brasileiro: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei)[1342], bem como o alcance do poder deliberativo das partes para criar direitos e obrigações no âmbito de suas relações privadas.

[1341] (A cadeia de autorizações não é interrompida pela celebração de contratos e, geralmente, por transações jurídicas. Nesse sentido, as posições jurídicas denominadas direitos subjetivos estão vinculadas às normas de autorização e se distanciam das normas de obrigação (comportamento) e, por consequência, da ideia de dever como conceito correspondente de direito subjetivo). ALIPRANTIS, Nikita. Op. Cit. p. 18.

[1342] *Cf.* o Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei. In.: BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

Neste sentido, Nikitas Aliprantis ainda ensina que[1343]:

> *In einer ersten einfachen Formulierung kann gesagt werden, dass die Erzeugung der mehr generellen Normen, nämlich die gesetzgebende Prozedur, von der Verfassung bestimmt ist und dass die form- und verfahrensregelnden Gesetze die Anwendung der materiellen Gesetze durch die Gerichte und die Verwaltungsbehörden bestimmen. Konkret wird dies meistens dadurch realisiert, dass eine Norm die Prozedur präzisiert, in der eine andere Norm erzeugt wird.*

2) no sentido epistemológico, quando a validade da norma decorre do encadeamento lógico-dedutivo da *Stufenbau der Rechtsordnung*, cuja unidade estrutural (de validade) converge-se na *Grundnorm*, o pressuposto lógico-transcendental de todo sistema normativo jurídico-positivo, *cf.* Kelsen[1344]:

> [...] *si se pregunta cuál es el fundamento de validez de esta norma, se llega finalmente a la norma fundamental del orden jurídico, por lo cual no es posible ir más allá, si es que se quiere permanecer dentro de los limites del derecho positivo. En definitiva, la convención es obligatoria por la misma razón que es obligatório el orden jurídico total que la instituye como situación de hecho creadora de derecho*.

Não confundir o processo de dedução lógica-formal da *Stufenbau der Rechtsordnung*, a teoria da estrutura escalonada das normas do ordenamento positivo, com *Modus Ponens* no sentido material, quando pode-se concluir um dever-ser particular a partir de uma premissa geral de justiça, da vontade particular ou do Estado.

Aliás, vide a curiosa citação de Jeffrey M. Lipshaw sobre a aplicabilidade do raciocínio *Modus Ponens* no direito negocial[1345]:

[1343] (Numa primeira formulação simples, pode dizer-se que a geração das normas mais gerais, nomeadamente o processo legislativo, é determinada pela Constituição e que as leis formais e processuais determinam a aplicação das leis substantivas pelos tribunais e autoridades administrativas. Em termos concretos, isso geralmente é alcançado por um padrão que especifica o procedimento no qual outro padrão é gerado). ALIPRANTIS, Nikita. Die Selbsterzeugung des Rechts und ihre Folgen. In.: Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen des 20. Schriftenreihe des hans Kelsen-Instituts. Jahrhunderts. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2013, p. 16.

[1344] KELSEN, Hans. El contrato y el tradado: analizados desde el punto de la teoria pura del derecho. Traducción de Eduardo García Máynez. México: Editora Nacional, 1979, p. 56.

[1345] (O que os advogados contratuais fazem antes do fato é traduzir a experiência confusa (ou as contingências da experiência futura) em modelos (alguns mais complexos do que outros) consistindo em premissas que apoiariam, após o fato, o uso da lógica do modus ponens para resolver disputas: Se A, então B. A. Portanto B. Esse não é menos o caso no direito contratual do que em qualquer outra forma de direito, apesar do fato de que as partes podem ter tido algo a ver com a criação do direito. Por exemplo, em um acordo de fusão, a cláusula de indenização lida com violações de garantia. Se houver uma violação de garantia, então o vendedor deverá indenizar o

> *What contract lawyers do before the fact is to translate messy experience (or the contingencies of future experience) into models (some more complex than others) consisting of premises that would support after the fact use of modus ponens logic to resolve disputes: If A, then B. A. Therefore B. That is no less the case in contract law than in any other form of law, notwithstanding the fact that the parties may have had something to do with the creation of the law. For example, in a merger agreement, the indemnification clause deals with breaches of warranty. If there is a breach of warranty, then Seller shall indemnify Buyer (If A, then B). There was a breach of warranty (A). Therefore Seller shall indemnify (B).*

Convém sempre ressaltar que: "A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas"[1346]; perspectiva que se opõe à busca de legitimidade no querer subjetivo - um conteúdo real da vontade - como também na relação horizontal entre conteúdos, *i.e*., não há uma logicidade implícita (ontológica ou analítica) na linguagem como um encadeamento material, nem mesmo para a hermenêutica do discurso jurídico, em que a vontade veiculada no ordenamento pela norma válida determine pela sua substância uma coerência conceitual intrassistêmica no direito, *e.g.*, um critério de justiça.

É muito comum encontrar nas obras de iniciação de formação jurídica, a representação da figura geométrica da "pirâmide kelseniana" posicionando a *Grundnorm* no topo, seguida da Constituição e das normas infraconstitucionais, isto não é correto, pois, ao misturar a *Stufenbau der Rechtsordnung* com a organização das leis de um ordenamento particular, confunde-se a *Grundnorm* - que é uma pressuposição lógico-transcendental - com uma norma inscrita no próprio ordenamento jurídico vigente, que pode ser elaborado conforme a imaginação dos legisladores.

É curioso como a "forma geométrica piramidal" da *Stufenbau der Rechtsordnung* desperta a criatividade de "teorias alternativas", como se a arquitetônica (lógico-formal) da filosofia kantiana, reafirmada pelo neokantismo e pela Lógica Moderna - que formam a base epistêmica do positivismo jurídico - pudesse ser redesenhada todos os dias pela opinião de quem se arroga entender a teoria pura do direito melhor do que o próprio Kelsen, inclusive confundindo, ou não compreendendo, a distinção básica entre ciência jurídica e política jurídica. Quando foi anunciada a rotundidade da Terra, surgiram toda sorte de negacionismos,

---

Comprador (Se A, então B). Houve uma violação de garantia (A). Portanto, o Vendedor deverá indenizar (B).). LIPSHAW, Jeffrey M., Cognition and Reason: Rethinking Kelsen in the Context of Contract and Business Law (August 13, 2014). Suffolk University Law School Research Paper No. 14-18, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2470742 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2470742, p. 9.

[1346] RR2: 155.

a teoria da Terra triangular, oca, quadrada ou plana, não seria, portanto, surpreendente que a imaginação fértil do meio acadêmico, atribuísse à *Stufenbau* formas trapezoidais, quadriláteras, ovais ou espirais.

Do mesmo modo, a *Grundnorm* não pertence a nenhuma legislação vigente criada pelo legislador e animada pela opinião do intérprete, confundi-la com a Constituição[1347] seria o mesmo que confundir a fórmula da gravidade com a maçã.

No entanto, relacionar a *Grundnorm* e a *Stufenbau* com a hierarquia das normas de ordenamentos jurídicos particulares para fins didáticos, para se ter uma visualização prática de como se estruturam as espécies legislativas[1348] de uma determinada Constituição, é um exercício saudável, se realizado com os devidos cuidados e ressalvas.

Até mesmo Kant na *Die Metaphysik der Sitten* (A metafísica dos costumes) apresenta exemplos pontuais do cotidiano para ilustrar a aplicabilidade da metafísica em casos práticos, contudo, da mesma forma que não se confunde os fundamentos dos *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito) com casos práticos, não se confunde a *Grundnorm* e a *Stufenbau* com a Constituição e as leis infraconstitucionais.

Embora as diferenças entre os dois tipos de validade sejam sutis, somente a segunda forma - do encadeamento lógico-dedutivo - possui interesse na teoria pura, pois a primeira varia de acordo com a cultura jurídica de cada região e com as previsões legais de cada ordenamento particular, enquanto a segunda representa a estrutura formal - lógica e universal - do direito positivo para todos os ordenamentos, como ensina Lourival Vilanova[1349]: "[...] a universalidade do conceito de direito representa a máxima generalização da sua validade. A questão lógica consiste em fixar o conceito de tal forma que se aplique em caráter absoluto, a qualquer objeto, a qualquer fenômeno jurídico no tempo [...]".

In summa, a função criadora de direitos da norma negocial é consequência de um processo metodológico no âmbito cognitivo da epistemologia jurídica, que se aperfeiçoa na

---

[1347] "Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo". RR2: 163.
[1348] Por exemplo, *cf.* o que dispõe o Artigo 59 da CF: O processo legislativo compreende a elaboração de: Proposta de Emenda à Constituição (PEC); Projeto de Lei Complementar; Projeto de Lei Ordinária; Projeto de Lei Delegada; Medida Provisória; Projeto de Decreto Legislativo; Projeto de Resolução. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 31/12/2024.
[1349] VILANOVA, L. Op. Cit., p. 35-36.

prática, conforme a legislação vigente, muito mais amplo, portanto, do que alcançam os conceitos e fundamentos dogmáticos da teoria dos negócios jurídicos.

Quando Hans Kelsen trata sobre o tema do *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (negócio jurídico como fato gerador de direito) na obra Teoria pura do direito, não o considera como uma "categoria jurídica de um Código especial", separada das demais formas normativas, limita-se apenas a esclarecer que a ordem jurídica quando "cria o instituto do negócio jurídico" - *cf.* o *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito) - delega aos indivíduos subordinados ao *Vertrag* (contrato), o poder de regular as relações mútuas através dos *Willensaktes* (atos de vontade), cuja validade e eficácia normativa do "direito negocial gerado" - efeitos jurídicos -, como mencionado, está subordinado a delegação lógico-dedutiva de poder pelas normas gerais hierarquicamente superiores, como lembra Joseph Raz, Hans Kelsen[1350]: "[...] considera um sistema jurídico como o conjunto de todas as normas cuja validade jurídica deriva, direta ou indiretamente, de uma norma". Em Kelsen: "Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial"[1351], *i.e.*, o instituto existe (é válido) e possui eficácia normativa, se, e somente se, uma norma anterior lhe conferiu a capacidade de produzir direitos, *cf.* Kelsen[1352]:

> A função normativa da autorização significa: conferir a uma pessoa o poder de estabelecer e aplicar normas. Uma norma da Moral autoriza o pai a dar ordens obrigatórias a seu filho. Uma norma do Direito autoriza pessoas determinadas a produzirem normas jurídicas ou aplicarem-nas. Nestes casos, diz-se: o Direito confere a pessoas determinadas um poder legal. Visto que o Direito regula sua própria produção e aplicação, a função normativa da autorização desempenha, particularmente, um importante papel no Direito. Apenas pessoas, às quais o ordenamento jurídico confere este poder podem produzir ou aplicar normas de Direito.

Naturalmente que teoria pura do direito não poderia avançar em outros aspectos da norma negocial que estivessem além do alcance instrumental da pureza metodológica, razão pela qual, este instituto (negócio jurídico) que tem a peculiaridade de criar direitos através da vontade dos particulares, aparece na obra apenas em sua generalidade (categoria lógica) como

---

[1350] RAZ, Joseph. Razão prática e normas. Trad. José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 126.
[1351] RR2: 179.
[1352] ATN: 129.

um "fato gerador de direito", conforme as condições de possibilidade validadas pela epistemologia jurídica.

Sendo assim, a função criadora de direitos da norma negocial é concebida a partir da premissa de que o direito subjetivo e as obrigações jurídicas derivam exclusivamente de normas jurídicas válidas, e, que a norma negocial pactuada pelos *Willensaktes* (atos de vontade) adquire essa capacidade porque o ordenamento positivo a reconhece como um fato produtor de direitos.

Isto não é tão evidente como apressadamente pode-se julgar, pois as teorias tradicionais - praticamente unânimes na história - atribuem ao *conteúdo* dos *Willensaktes,* independente da *Positivität* (positividade), a fonte de *juridicidade* dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos), são premissas conflitantes e antagônicas em relação à teoria pura, pois em Hans Kelsen o conceito de "vontade jurídica", declarada em uma norma negocial, não está sujeita ao mesmo processo psicológico da vontade como um querer subjetivo, mas a partir de uma construção autenticamente jurídica, passando pelo crivo da cognição jurídica e das estruturas formais do direito positivo.

Frequentemente nos cursos de iniciação jurídica, em geral, aprende-se como forma de simplificação e reducionismo didático, o *Subjektives Recht als Willensmacht* (direito subjetivo como poder de vontade), *i.e.*, que o direito subjetivo é um desejo juridicamente protegido e o poder da vontade é o núcleo da fonte do direito e objeto a ser estudado, argumento que afirma haver um juridicidade implícita à consciência psicologizada como causa dos efeitos jurídicos, apenas reconhecida pelo direito objetivo, enquanto o positivismo propõe o contrário, que não há juridicidade *a priori* ao esquema lógico do direito positivo. As teses tradicionais parecem confundir a origem epistemológica do direito com a aplicação do direito para "soluções justas" em cada caso concreto.

Kelsen destaca na Teoria pura do direito que o *ato de vontade* - considerando[1353]: "O ato, cujo sentido é que alguma coisa está ordenada, prescrita, constitui um ato de vontade" - possui um sentido subjetivo e objetivo; ou ainda[1354]: "'Um ato é um ato jurídico' apenas porque, e apenas na medida em que é determinado por uma norma jurídica"; cf. Kelsen[1355]:

> [...] a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma

[1353] ATN: 2.
[1354] GTLS: 55.
[1355] RR2: 5.

> norma como sentido do ato. Por isso não é correto dizer, como muitas vezes se diz, que o dever um indivíduo fazer algo nada mais significa senão que um outro indivíduo quer algo - o que equivaleria a dizer que o enunciado de um dever-ser se deixa reconduzir ao enunciado de um ser.

O *dever-ser* criado pelo ato de vontade é o sentido subjetivo no processo de constituição do negócio jurídico, mas, ao mesmo tempo, este ato de vontade também adquiri um sentido objetivo no momento em que formalmente se valida a norma negocial, ou seja, quando a norma contrai todas as propriedades jurídicas garantidas pelo ordenamento, pois geram efeitos reconhecidos pelo sistema jurídico, como, por exemplo, a possibilidade de exigir do Tribunal Civil a decisão de eventual litígio[1356] pela conduta antijurídica de uma (ou demais) das partes contra o *dever-ser* negociado.

Assim diz Kelsen[1357]:

> Se o contrato cria direitos subjetivos para as partes contratantes, é porque a ordem jurídica, enquanto autoriza os indivíduos a concluírem contratos, atribui às partes contratantes o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento dos deveres estatuídos pela norma contratual, ou seja, a violação da norma jurídica produzida pelo contrato - quer dizer: atribui-lhes o poder jurídico de intervir na produção da decisão judicial que representa uma norma jurídica individual. A capacidade negocial é uma capacidade conferida pela ordem jurídica aos indivíduos para, com base nas normas jurídicas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária produzirem normas jurídicas de escalão inferior e intervirem na produção das normas jurídicas individuais a produzir pelo tribunal. Ela constitui um autêntico poder jurídico.

Significa dizer que a norma negocial satisfaz todos os critérios da norma jurídica em geral, cujo traço distintivo consiste no poder jurígeno conferido aos particulares, de criar direitos subjetivos (efeitos jurídicos) reconhecidos pelo ordenamento jurídico, uma vez que se pode recorrer ao Estado no caso de seu descumprimento.

[1356] *Cf.* Josef Aicher: "*Es ist ein Reflexrecht, das die objektive Normordnung mit der Rechtsmacht ausgestattet hat, die Nichterfüllung einer Rechts-Pflicht durch Klage geltend zu machen. Es ist deshalb auch sehr die Frage, ob die Ansicht Adomeits, daß das subjektive Recht bei Kelsen eine „paratheoretische Zweckschöpfung" sei, haltbar ist*". (É um direito reflexo que dotou a ordem normativa objetiva do poder legal de afirmar o descumprimento de uma obrigação legal por meio da propositura de uma ação judicial. Portanto, também é uma questão de saber se a visão de Adomeit de que a lei subjetiva é uma "criação parateórica de propósito" em Kelsen é sustentável). AICHER, Josef. Op. Cit. p. 34.

[1357] RR: 104.

Cf. Josef Aicher[1358]:

> *Für Kelsen ist das subjektive Recht im technischen Sinn Norm in ihrem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Willensmacht die Realisierung des in der Norm ausgesprochenen Willens des Staates zur Sanktionsverhängung bei normwidrigem Verhalten des Verpflichteten abhängig ist. Das subjektive Recht ist ein mit Rechts- macht ausgestattetes Reflexrecht.*

Afinal, sendo o direito uma ordem coativa[1359], as partes contratantes exigirão do Estado a aplicação da sanção civil na hipótese de violação do acordo; *i.e*., nenhum acordo entre particulares é capaz de vincular direitos em uma relação negocial na ausência de uma norma válida que garanta a execução, pela via estatal, os efeitos jurídicos de sua violação[1360], *cf.* Kelsen[1361]: "[...] se a norma for violada e o dano por ela causado não for reparado, uma sanção deverá ser executada. A transação jurídica é uma condição de um delito civil, e apenas como tal, uma condição (indireta) da sanção civil".

Ainda sobre os *Willensaktes* (atos de vontade), diz Kelsen[1362]: "[...] é preciso distinguir o sentido subjetivo do sentido objetivo. 'Dever-ser' é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido"; pois, se não há como haurir *juridicidade* de um querer, pois, um *ato de vontade* não é fonte do direito - caso contrário ensejaria também alguma carga ideológica na fundamentação do direito privado - logo, a intencionalidade (subjetiva) do ato negocial bem como seus efeitos, ficam sujeitos aos critérios estabelecidos pela norma geral (contrato) condicionante do seu sentido jurídico objetivo.

Digo de nota o comentário de Kelsen que a "carga ideológica" nas relações de direito privado são as mesmas da esfera pública[1363]:

> Por meio da distinção de princípio entre uma esfera pública, ou seja, política, e uma esfera privada, quer dizer, apolítica, pretende evitar-se o reconhecimento de que o Direito 'privado', criado pela via jurídica negocial

---

[1358] (Para Kelsen, o direito subjetivo no sentido técnico é uma norma em sua relação com a pessoa de cuja força de vontade depende a realização da vontade do Estado expressa na norma de impor sanções no caso de comportamento da parte obrigada contrário à norma. O direito subjetivo é um direito reflexo dotado de poder jurídico). AICHER, Josef. Op. Cit. p. 33.
[1359] RR2: 38.
[1360] "[...] característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis [...]". RR2: 23.
[1361] GTLS: 203-204.
[1362] RR2: 6.
[1363] RR2: 198

> do contrato, não é menos palco de atuação da dominação política do que o Direito público, criado pela legislação e pela administração.

Sendo assim, o sentido subjetivo do ato que constitui a norma negocial, independente de natureza política ou apolítica, não pertence à seara da investigação da fundamentação do direito, *cf.* Kelsen[1364]: "[...] a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser". Neste sentido, L. Vilanova[1365] também lembra que: "Um dos pontos construtivos da teoria de Kelsen encontra-se, sem dúvida, na concepção de normas jurídicas como entidades distintas da consciência que as representa".

Assim também explica Nikitas Aliprantis[1366]:

> *Der Begriff „Rechtsquelle" ist ein bildlicher Ausdruck, der -dies ist sein negativer Aspekt – auf etwas hinweist, das außerhalb des Rechts liegt, und von wo das Recht seinen Ursprung nimmt. Schon und vor allem, deshalb hat er keine Stelle im Recht, denn das Recht erzeugt sich selbst. Wie Kelsen es kurz und eindeutig formuliert: „In einem positivrechtlichen Sinne kann Quelle des Rechts nur Recht sein". Aus diesem Grund ist sein Gebrauch im Recht vom Standpunkt der Reinen Rechtslehre und spezieller auch aus der Sicht der dynamischen Theorie des Rechts ideologisch belastet. Dazu kommt die Mehrdeutigkeit des Begriffs und bekannt sind viele Streitigkeiten über seinen Inhalt, worauf hier nicht einzugehen ist. Auch deshalb erscheint der Terminus ‚Rechtsquelle' unbrauchbar. Am besten ließe er sich vielleicht durch den Begriff Rechtsnormarten (oder -formen) ersetzen.*

Em outras palavras, o ato, no sentido subjetivo, vincula através da autonomia da vontade os elementos (externos) que constituem o *dever-ser* da norma negocial, contudo, o sentido

---

[1364] RR2: 4.

[1365] VILANOVA, L. Op. Cit. p. 59.

[1366] (O termo 'fonte de direito' é uma expressão figurativa que, em seu aspecto negativo, se refere a algo fora da lei e de onde o direito se origina. Só por isso, e acima de tudo, ele não tem lugar na lei, porque a lei se gera a si mesma. Como Kelsen coloca de forma breve e inequívoca: 'Em um sentido jurídico positivo, apenas a lei pode ser a fonte da lei". Por isso, seu uso no direito é ideologicamente carregado do ponto de vista da doutrina jurídica pura e, mais especificamente, do ponto de vista da teoria dinâmica do direito. Além disso, há a ambiguidade do termo e são conhecidas muitas disputas sobre seu conteúdo, que não serão discutidas aqui. Esta é outra razão pela qual o termo "fonte de direito" parece inútil. Talvez seja melhor substituí-lo pelo termo tipos (ou formas) de normas jurídicas). ALIPRANTIS, Nikita. Die Selbsterzeugung des Rechts und ihre Folgen. In.: Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen des 20. Schriftenreihe des hans Kelsen-Instituts. Jahrhunderts. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2013, p. 16. ALIPRANTIS, Nikita. Op. Cit. p. 21.

jurídico/objetivo deste ato depende da *Positivität* (positividade), pois não há *juridicidade* na vontade *em si*, *cf.* Kelsen[1367]:

> A contraposição entre Direito em sentido objetivo e Direito em sentido subjetivo, entre uma objetividade jurídica e uma subjetividade jurídica, é uma contradição lógica da teoria na medida em que afirma ambas como simultaneamente existentes. A contradição ganha a sua expressão mais aparente no fato de o sentido do Direito objetivo ser definido como uma norma heterônoma que é vinculação, coação mesmo, enquanto que se declara como essência da subjetividade jurídica precisamente a negação de todo vínculo, a saber, a liberdade no sentido de autodeterminação ou autonomia.

Kelsen ainda oferece um exemplo didático (já citado em nota), sobre o sentido jurídico objetivo (não empírico) que valida "atos empiricamente percebidos" (sem sentido jurídico em si), que eventualmente podem ser estudados por outras áreas do conhecimento, mas que se convertem em atos objetivos, conforme a previsão legal.

Rememorando o exemplo de Kelsen na teoria pura[1368]:

> Se analisarmos qualquer dos fatos que classificamos de jurídicos ou que têm qualquer conexão com o Direito - por exemplo, uma resolução parlamentar, um ato administrativo, uma sentença judicial, um negócio jurídico, um delito, etc. -, poderemos distinguir dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito [...] Numa sala encontram-se reunidos vários indivíduos, fazem-se discursos, uns levantam as mãos e outros não - eis o evento exterior. Significado: foi votada uma lei, criou-se Direito. Nisto reside a distinção familiar aos juristas entre o processo legiferante e o seu produto, a lei. Um outro exemplo: um individuo, de hábito talar, pronuncia, de cima de um estrado, determinadas palavras em face de outro individuo que se encontra de pé à sua frente. O processo exterior significa juridicamente que foi ditada uma sentença judicial. Um comerciante escreve a outro uma carta com determinado conteúdo, à qual este responde com outra carta. Significa isto que, do ponto de vista jurídico, eles fecharam um contrato.

Com este exemplo prático, fica claro que, somente quando "o ato subjetivo" dos parlamentares "sensorialmente percebidos" ao votar uma lei, pode ser considerado como uma norma do direito porque adquiriu um sentido objetivo jurídico, não pelo ato em si, mas pela conjunção de diversos procedimentos formais previstos pela legislação. O fato empírico converteu-se em lei, não como uma mágica que surpreende as leis da natureza, mas porque

[1367] RR2: 119.
[1368] RR2: 2.

reuniu as condições de possibilidade para produzir direito válido, de acordo com as *leis jurídicas*, não metajurídicas, razão pela qual, este mesmo raciocínio se estende no âmbito do direito negocial, *cf.* Kelsen[1369]:

> Num contrato as partes contratantes acordam em que devem conduzir-se de determinada maneira, uma em face da outra. Este dever-ser é o sentido subjetivo do ato jurídico-negocial. Mas também é o seu sentido objetivo. Quer dizer: este ato é um fato produtor de Direito se e na medida em que a ordem jurídica confere a tal fato esta qualidade; e ela confere-lhe esta qualidade tornando a prática do fato jurídico-negocial, juntamente com a conduta contrária ao negócio jurídico, pressuposto de uma sanção civil.

Como já mencionado, o estudo sobre o *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (negócio jurídico como fato gerador de direito) na obra Teoria pura do direito é abordado superficialmente, aliás, Kelsen não se aprofunda neste tema para trata-lo de forma isolada em nenhuma parte do seu *corpus* doutrinário[1370], satisfaz-se apenas em levantar uma série de críticas em relação à teoria da criação de direitos subjetivos a partir de uma prerrogativa exclusiva da vontade dos particulares, uma função passível de ser explicada por sincretismos científicos, o que metodologicamente não é aceito pela cientificidade jurídica.

No entanto, considerando a forma como o negócio jurídico é apresentado na Teoria pura do direito, *i.e*., sua disposição no encadeamento metodológico da obra, torna-se possível chegar em algumas conclusões.

Por exemplo:

1) ao ser tratado no capítulo V - *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica) - já indica que sua validade (insista-se, no sentido epistemológico) independe do conteúdo (psicologizado ou metafísico) e dos critérios legislativos. A explicação do ato volitivo no sentido subjetivo - determinado por causalidade empírica - pode ser realizada pela psicologia, sociologia, antropologia etc., mas não o sentido jurídico objetivo no qual se ocupa a análise da teoria pura em geral, como lembra Kelsen[1371]: "*La psicología, la etnología, la historia, la sociología son ciencias que tienen por objeto la conducta humana en la medida en que ésta viene determinada por leyes causales, o sea, en la medida en que procede dentro de la naturaleza o realidad natural*".

[1369] RR2: 179.
[1370] Pelo menos até onde esta pesquisa alcançou.
[1371] KELSEN, Hans. Causalidad y imputación. Op. Cit. p. 11.

Hans Kelsen na *Hauptprobleme* faz precisamente a mesma observação, de que não cabe à psicologia examinar o *conceito jurídico* de vontade, seu objeto estaria na realidade causal do *Willensaktes* (atos de vontade)[1372]:

> *Denn wie könnte die Wirklichkeit eines realpsychischen Aktes durch das für die juristische Methode spezifische Mittel einer Präsumtion festgestellt werden! Ob ein Willensakt wirklich vorliegt oder nicht, das kann anders als durch die Methoden der Psychologie - in diesem Falle durch Selbstbeobachtung nicht festgestellt werden! Oder will jemand wirklich allen Ernstes glauben, daß sich psychische Tatsachen im Wege von Präsumtionen oder Fiktionen konstatieren lassen? Dieser durchaus präsumtive oder fiktive Charakter des juristischen „Willens" bietet an sich schon einen deutlichen Fingerzeig für seine außerhalb aller Psychologie zu suchende „Wirklichkeit".*

Também é possível concluir que a *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica) rejeita a *Sprachontologie* (ontologia da linguagem), pois, como já estudado, não há suporte linguístico para uma logicidade material interna dos sistemas positivos, logo, o discurso sobre o sentido objetivo da norma negocial é realizado conforme um paradigma linguístico próprio, diferente daquele que antepara a explicação empírica do sentido subjetivo metafísico ou psicológico. Lembrando que o sentido jurídico da realidade não é percebido pelos sentidos.

Como bem observa Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha[1373]:

> Alinhado à sua finalidade de purificação da Ciência do Direito, não se poderia pressupor em Kelsen uma norma posta por um ato de vontade, cujo conteúdo fosse mera dedução de um preceito validante. Tal postura conduziria a um questionamento do sistema posto, em razão de critérios metajurídicos. Portanto, o Direito seria um sistema dinâmico, segundo o qual, a Constituição, como primeiro ato de vontade posto com base na norma fundamental, deixa fora de questão o seu conteúdo e o da ordem jurídica erigida com base nela.

2) o tema *das Rechtsgeschäft* (negócio jurídico) faz parte do estudo sobre o *Geltungsgrund einer normativen Ordnung: Die Grundnorm* (O fundamento de validade de uma

---

[1372] (Pois como poderia a realidade de um ato psicológico real ser estabelecida através dos meios de presunção específicos do método jurídico! Se um ato de vontade realmente existe ou não, não pode ser determinado senão através dos métodos da psicologia - neste caso, através da auto-observação! Ou alguém quer realmente acreditar que fatos psicológicos podem ser estabelecidos por meio de suposições ou ficções? Este carácter inteiramente presuntivo ou fictício da "vontade" jurídica oferece em si uma indicação clara da sua "realidade", que deve ser procurada fora de toda a psicologia). HP: 125.

[1373] VITORIANO CUNHA, Ricarlos Almagro. Hermenêutica jurídica em Kelsen. Apontamentos críticos. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 180 out./dez. 2008. p. 284. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176576 Acesso em 06/01/2025.

ordem normativa: a norma fundamental), significa dizer que a norma negocial está subordinada ao pressuposto lógico-transcendental da regra base e a todo arcabouço teórico neokantiano.

Cf. Kelsen[1374]:

> [...] uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica.

Nota-se que o fundamento de validade da norma negocial, inscrita e coerente à unidade lógico-dedutiva da *Stufenbau der Rechtsordnung*, se reporta, como toda norma jurídica, à *Grundnorm*.

Assim afirma Kelsen, sobre a validade do *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico), da *transação*, ou, da *convención*[1375] (*cf.* a tradução da obra), recepcionado pelas estruturas lógicas do direito positivo:

> [...] *si se pregunta cuál es el fundamento de validez de esta norma, se llega finalmente a la norma fundamental del orden jurídico, por lo cual no es posible ir más allá, si es que se quiere permanecer dentro de los límites del derecho positivo. En definitiva, la convención es obligatoria por la misma razón que es obligatorio el orden jurídico total que la instituye como situación de hecho creadora de derecho.*

3) o *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico) é tratado no tópico *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada da ordem jurídica) da Teoria Pura, o que também pressupõe que a norma negocial gerada só existe (é válida), por delegação lógico-dedutiva por outorga de poder de uma norma superior, *cf.* Kelsen[1376]: "Fundamento da validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz [...]".

Josef Aicher destaca precisamente o caráter da função criadora de direitos da norma negocial, de acordo com sua posição na estrutura escalonada da *Stufenbau*, ou seja, o direito

---

[1374] RR2: 163.
[1375] KELSEN, Hans. El contrato y el tradado: analizados desde el punto de la teoria pura del derecho. Traducción de Eduardo García Máynez. México: Editora Nacional, 1979, p. 53.
[1376] RR2:148.

subjetivo gerado pelo negócio jurídico não é uma produção *ex nihilo* à margem da *Positivität* (positividade) dos arquétipos apriorísticos[1377]:

> *Gerade deshalb hat ja auch Kelsen das privatautonome Rechtsgeschäft in den normativen Delegationszusammenhang des Stufenbaues der Rechtsordnung stellen können, eben weil er das Rechtsgeschäft als normerzeugenden Tatbestand erkannt hat. Durch die von der objektiven Rechtsordnung gewährte Kompetenz zur Normerzeugung sind die einzelnen ermächtigt, ihre gegenseitigen Pflichten selbst zu normieren.*

Para Hans Kelsen, os *Willensaktes* (atos de vontade) - ou, a subjetividade do ato de vontade em geral - desempenha um papel instrumental (não substancial) na criação de direitos, ou seja, apenas vincula elementos externos para formação de um "*dever-ser* negocial", pois a vontade *em si* não carrega o fundamento do direito, seria como comparar, *cf.* a crítica kantiana, um dado bruto qualquer da sensibilidade na constituição do conhecimento científico, ele constitui o conhecimento, mas o fundamento decorre de uma síntese *a priori*.

Como bem observa Jeffrey M. Lipshaw[1378]:

> *The prevalent mythology among academics and practitioners alike that is that resolution of contract disputes is a search for an empirical "is" - either the expressed mutual intention of the parties or the inference of such intention by way of default rules reflecting what, as a rule, the objective manifestations of the parties would mean. What makes contract law unique, as Kelsen observed, is the minimal intrusion of the state into the creation of the specific legal norm at issue.*

Se o direito é, antes de tudo, um sistema de normas objetivas e a validade do *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico) depende de sua posição na estrutura da hierarquia normativa, atribuir a vontade individual (ou das partes) a causa da *juridicidade*, que é uma causa metajurídica, seria recorrer ao jusnaturalismo, como será visto, Kelsen considera um erro metodológico recorrente.

[1377] (É precisamente por essa razão que Kelsen foi capaz de colocar o negócio jurídico autônomo privado no contexto de delegação normativa da estrutura passo a passo do sistema jurídico, precisamente porque ele reconheceu o negócio jurídico como um fato criador de normas. Por meio da competência concedida pelo ordenamento jurídico objetivo para produzir normas, os indivíduos têm o poder de padronizar seus próprios deveres mútuos). AICHER, Josef. Op. Cit. p. 39.

[1378] (A mitologia predominante entre acadêmicos e profissionais é que a resolução de disputas contratuais é uma busca por um "é" empírico - seja a intenção mútua expressa das partes ou a inferência de tal intenção por meio de regras padrão que reflitam o que, como regra, as manifestações objetivas das partes significariam. O que torna o direito contratual único, como observou Kelsen, é a intrusão mínima do Estado na criação da norma jurídica específica em questão). LIPSHAW, Jeffrey M., Cognition and Reason: Rethinking Kelsen in the Context of Contract and Business Law. Op. Cit. p. 5.

Nota-se também que a peculiaridade da norma negocial é a capacidade de criar direitos subjetivos (poder jurígeno) através dos *Willensaktes* (atos de vontade) particulares, esta capacidade é comumente atribuída ao poder legislativo (poder legiferante), e, como se disse, garantida por "normas estatuidoras de coerção", neste sentido, L. C. Jeckel e L. S. Rocha observam ainda que Hans Kelsen[1379]:

> [...] sustenta que a força e a obrigatoriedade do cumprimento do contrato celebrado entre dois indivíduos particulares decorrem, em última análise, da sanção que a ordem jurídica liga e prevê à conduta anticontratual. De tal modo, essa norma produzida pelo negócio jurídico é *não autônoma*, isto é, normas que 'apenas se podem compreender em conexão com outras normas estatuidoras de atos de coerção'. Observa-se, portanto, mais uma vez, o papel fundante e central que o conceito de sanção e os atos de coerção cumprem na doutrina kelseniana.

Esta citação que reforça o caráter coercitivo do direito, remete a interpretação sancionista do positivismo kelseniano, quando reconhece a *juridicidade* precisamente na coercibilidade exercida pelo Estado para suportar a execução e a eficácia normativa da norma negocial, *cf.* Kelsen[1380]: "O fato de a norma jurídica vincular certa sanção a certa conduta faz com que a conduta oposta se torne um dever jurídico"; como também remete ao princípio da retributividade (já estudado em capítulo apartado), desenvolvido na obra antropológica *Society and Nature: A Sociological Inquiry* (Sociedade e Natureza: Uma Investigação Sociológica - 1943). Neste sentido, vide também a mesma explicação na didática de Nikitas Aliprantis[1381]:

> [...] *ist nach Kelsens Auffassung jeder Rechtsakt gleichzeitig sowohl Anwendung einer höheren Norm und die durch ihn bestimmte Erzeugung einer niederen Norm. Die einzigen Ausnahmen von diesem doppelten Zug der Rechtsnormen sind einerseits die Grundnorm, die nur eine Erzeugungsnorm ist, und andererseits die Vollstreckung eines durch eine Norm gebotenen Zwangsaktes, die nur Anwendung einer Norm darstellt. Diese Feststellung hat im Rahmen der normlogischen Lehre sehr wichtige Folgen, was die Auffassung erstens der Gerichtsentscheidungen betrifft, zweitens der*

[1379] JECKEL, L. C.; ROCHA, L. S. Op. Cit. p. 36 - 37.
[1380] TGLS. p. 88.
[1381] ([...] Na visão de Kelsen, todo ato jurídico é ao mesmo tempo a aplicação de uma norma superior e a geração de uma norma inferior determinada por ela. As únicas exceções a este duplo conjunto de normas jurídicas são, por um lado, a norma de base, que é apenas uma norma de produção, e, por outro lado, a imposição de um ato coercivo exigido por uma norma que constitui apenas a aplicação de uma norma. Essa observação tem consequências muito importantes no contexto da doutrina normativa em termos da concepção de decisões judiciais, primeiro, negócios jurídicos e, em primeiro lugar, contratos, e terceiro, direitos e obrigações subjetivas [...]). ALIPRANTIS, Nikita. Die Selbsterzeugung des Rechts und ihre Folgen. In.: Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen des 20. Schriftenreihe des hans Kelsen-Instituts. Jahrhunderts. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2013, p. 06.

> *Rechtsgeschäfte und zuallererst der Verträge, und drittens der subjektiven Rechte und der Verpflichtungen,* [...].

In summa, os *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) não existem independentemente (*em si* mesmos) como entidades abstratas, mas como consequências lógicas de um sistema de validação de normas jurídicas que os antecedem, ou ainda, da *Positivität* (positividade) das estruturas *a priori* das normas do direito positivo.

De acordo com a teoria pura, os efeitos jurídicos de uma norma negocial decorrem do sentido objetivo da vontade - na declaração da vontade pela via normativa - que impõe uma obrigação a um sujeito e, ao mesmo tempo, concede reflexamente ao outro sujeito da relação negocial a possibilidade de exigir a observância da obrigação, recorrendo ao Estado para garantir sua eficácia.

Kelsen acrescenta ainda que[1382]: "Se na representação desta situação nos servimos do conceito auxiliar de direito reflexo, então pode dizer-se que o direito subjetivo (*die Berechtigung*) - que e apenas o reflexo de um dever jurídico - está revestido do poder jurídico, pertencente ao seu titular, de fazer valer esse direito reflexo, quer dizer, o não-cumprimento do dever de que este direito é o reflexo, através de uma ação judicial"; ou ainda[1383]: "*El derecho subjetivo es concebido, aquí, como 'la licitud de la voluntad' o romo 'El poder de la voluntad, reconocido por el derecho objetivo'*".

Sendo assim, os *subjektiven Rechte* não são uma "personificação do direito" como sempre foi interpretado pelas teorias tradicionais, não havendo, portanto, um direito *em si* que pertence ao indivíduo, decorrente do seu desejo, mas o reflexo de um *dever* imposto aos indivíduos para observarem a conduta pactuada. O sentido objetivo do direito condiciona de forma reflexa os *subjektiven Rechte*, não o contrário.

A perspectiva formalista do direito rejeita a fundamentação filosófica ou psicológica da vontade - de caráter jusnaturalista - como fonte dos direitos subjetivos, considerando que eles decorrem de processos lógicos e interdependentes da estruturação da *Stufenbau der Rechtsordnung*, não são conclusões dedutivas da logicidade material interna de uma *Sprachontologie* (ontologia da linguagem).

[1382] RR2: 94.
[1383] HP: 509.

*
* *

Aqui um breve adendo explicativo sobre o significado da norma negocial ser uma norma "*não-autônoma*", *cf.* a citação de L. C. Jeckel e L. S. Rocha sobre Hans Kelsen, *ut. supra*, pois, *normas autônomas* e *não-autônomas* são terminologias que apareceram somente na segunda edição de 1960 da Teoria pura do direito, considerando que na primeira edição de 1934, Kelsen utilizava os termos "normas primárias e secundárias" para relacionar a conduta prevista e o ato coercitivo.

Recorrendo à didática de Maria Helena Diniz[1384]:

> Na primeira edição de sua obra, a norma jurídica de Hans Kelsen encontra-se formalizada como um duplo juízo hipotético: 'Dada certa conduta de alguém deve ser um ato coativo' (dada a não-prestação, deve ser sanção), essa norma foi por ele denominada primária. 'Dado um fato temporal deve ser a prestação' (dado FT deve ser P), essa seria a maneira pela qual Kelsen definia a conduta que evitaria a sanção. Kelsen denominou-a secundária, em decorrência da ênfase que colocou no ato coativo como específico do jurídico. Mais claramente, a primária é a que se refere à sanção, e a secundária, a que concerne à conduta lícita.

Maria Helena Diniz ainda observa que[1385]:

> Kelsen abandona na segunda edição da Teoria pura do direito esta terminologia para chamar as antigas normas secundárias "normas jurídicas não autônomas", devido às grandes confusões que dava origem a distinção entre normas primárias e secundárias, reduzindo, então, todas as normas a um só tipo - imperativo sancionador que prescreve: "Deve-se punir tal comportamento se ele ocorrer, com determinada pena".

Sendo assim, a norma negocial é uma "*norma não-autônoma*", porque depende de outras normas para "ser completa", ou seja, ela não estabelece atos de coação, apenas cláusulas penai, cuja garantia de execução é exercida por outras normas coativas dentro do encadeamento do ordenamento jurídico, de acordo com Kelsen[1386]: "*La mayoría de los actos jurídicos son, al*

[1384] DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 370.
[1385] Loc. Cit.
[1386] KELSEN, H. El Método y los Conceptos fundamentales. Madrid: Reus, 2009, p. 72-73.

propio tiempo, actos de creación y ejecución jurídica. Em cada uno de estos actos es aplicada una norma de orden superior y creada una norma de grado inferior".

Neste sentido, também observam L. C. Jeckel e L. S. Rocha[1387]: "[...] Kelsen concebe a capacidade processual como um poder jurídico 'autorizado' pela ordem jurídica. Na mesma direção, a capacidade negocial constitui o poder jurídico como capacidade de criar direito e deveres. Sendo assim, é possível entendê-la também como a capacidade para cumprir deveres jurídicos e, de tal forma, conduzir-se de maneira a evitar a sanção"; bem como em Josef Aicher[1388]: „*Durch die von der objektiven Rechtsordnung gewährte Kompetenz zur Normerzeugung sind die einzelnen ermächtigt, ihre gegenseitigen Pflichten selbst zu normieren. Wie sonst durch objektive Normen, wird im privatrechtlichen Bereich durch rechtsgeschäftlich erzeugte Normen die Verhaltensweise des Verpflichteten erschöpfend bestimm"*. (Por meio da competência concedida pelo ordenamento jurídico objetivo para produzir normas, os indivíduos têm o poder de padronizar seus próprios deveres mútuos. Como acontece com as normas objetivas, no campo do direito privado, a conduta do obrigado é exaustivamente determinada por normas geradas por negócios jurídicos).

Hans Kelsen também explica na Teoria pura a razão pela qual as normas negociais não são *autônomas* - são "*não-autônomas*" - , pois[1389]:

> [...] não estatuem sanções mas uma conduta cuja conduta oposta é o pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem, não são normas jurídicas autônomas. Elas apenas são normas jurídicas em combinação com as normas gerais que estatuem as sanções. O tribunal civil que decide um litígio surgido de um negócio jurídico tem não só que verificar a validade da norma jurídica geral com base na qual tal negócio foi realizado, como também o fato de o negócio ter sido realizado, o fato da existência de uma conduta contrária ao negócio e a circunstância de os prejuízos por este último fato causados não terem sido indenizados; e, com base nestas averiguações, tem de fixar a norma individual, nos termos da qual, se o prejuízo pelo tribunal determinado não for ressarcido dentro de um determinado prazo, deve ser executada uma sanção que é estatuída na norma jurídica geral a aplicar pelo tribunal.

O estudo sobre normas primárias/secundárias e autônomas/não-autônomas, exigiria a comparação da redação da primeira edição (1934) com a segunda edição (1960) da Teoria pura

---

[1387] JECKEL, L. C.; ROCHA, L. S. A Influência da Estática de Kelsen no Direito Contemporâneo. Disponível em: https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/article/view/197. Acesso em: 28 nov. 2024, p. 36.
[1388] AICHER, Josef. Op. Cit. p. 38.
[1389] RR2: 179.

do direito, entender a razão pela qual Kelsen fez a alteração, bem como apresentar uma série de exercícios de lógica específicos sobre o tema da norma jurídica.

Mais uma vez, conclui-se que a norma negocial não é uma *norma autônoma* - "é uma *norma não-autônoma*" - porque a garantia da eficácia normativa no caso de seu descumprimento é suportada por normas complementares, logo, a norma negocial é uma "norma jurídica dependente" - tanto em relação à previsão legislativa quanto sua posição na hierarquia da *Stufenbau der Rechtsordnung*, a teoria da estrutura escalonada das normas do ordenamento positivo.

Enfim, a norma negocial não é completa porque não cabem às partes pactuantes determinar qual a *sanção jurídica* cabível contra o descumprimento das cláusulas contratuais, porém, não confundir sanção com as cláusulas penais do contrato, como multas etc., *cf.* Kelsen[1390]: "Uma conduta pode ser havida como contrária ao negócio jurídico porque o sentido subjetivo do ato ou dos atos que formam um negócio jurídico é uma norma, porque o negócio jurídico é um fato produtor de normas".

Assim também explica Josef Aicher[1391]:

> *Nur wenn auch im privatrechtlichen Bereich das Ver- halten des Berechtigten durch das Verhalten des Verpflichteten erschöpfend bestimmt ist, vermag Kelsens subjektives Recht als Verfügungs-macht über den Rechtsschutz die Erscheinung des subjektiven Rechts im Privatrecht befriedigend zu deuten. Nur dann ist Kelsen zuzustimmen, daß das private subjektive Recht sich darin erschöpft, daß die Rechtsordnung den Gläubiger ermächtigt, an der Erzeugung der individuellen Rechtsnorm der Gerichtsentscheidung durch Einbringung einer Klage mitzuwirken, um dadurch die Nichterfüllung der Rechtspflicht des Schuldners, ihm eine bestimmte Leistung zu erstatten, geltend zu machen.*

Ainda em Josef Aicher, vale mencionar que, se a norma jurídica implica um "duplo *dever-ser*" do sujeito e do Estado, e, a norma negocial dependerá de outra norma para completar-se[1392]: "*Da nach Kelsens Rechtsnormtheorie die Rechtsnorm im engeren Sinn eine doppelte Pflicht statuiert, nämlich einerseits die eines Untertanen zu einem pflichtmäßigen*

[1390] RR2: 179.

[1391] (Somente se, mesmo na área do direito privado, a conduta da parte titular for exaustivamente determinada pela conduta da parte obrigada, o direito subjetivo de Kelsen como poder de disposição sobre a proteção legal pode interpretar satisfatoriamente o fenômeno do direito subjetivo no direito privado. Só então se pode concordar que o direito subjetivo privado se limita ao fato de o ordenamento jurídico autorizar o credor a participar na criação da norma jurídica individual da decisão judicial, intentando uma ação para invocar o descumprimento pelo devedor da obrigação legal de o reembolsar por uma determinada prestação). AICHER, Josef. Op. Cit. p. 36

[1392] Loc. Cit.

Verhalten, andererseits die des Staates mangels dieses pflichtmäßigen Verhaltens eine Unrechtsfolge zu verhängen [...]" (De acordo com a teoria das normas jurídicas de Kelsen, a norma jurídica no sentido mais estrito estipula um duplo dever, nomeadamente o de um sujeito comportar-se de acordo com o seu dever, por um lado, e por outro lado o do Estado de impor uma injustiça na ausência deste comportamento de acordo com seu dever).

Enfim, o direito como ordem coativa suprirá, dentro do sistema, os procedimentos formais para a execução e a eficácia da norma negocial válida.

*
* *

Como foi visto, o sentido objetivo da vontade jurídica não se refere a intenção particular do ponto de vista da autonomia da vontade da metafísica moral kantiana, de uma inclinação patológica ou um desejo pulsional (psicológico) do particular, mas como um "fato normativo", *i.e*., como um evento (ou ação) sensivelmente percebida que contrai um significado objetivo quando validado pela norma negocial dentro do processo formal previsto pelo ordenamento jurídico, considerando a norma negocial ser regulada por normas superiores.

De acordo com Kelsen[1393]:

> O princípio moral da liberdade individual, p. ex., expressa-se num ordenamento jurídico positivo como liberdade contratual. Mas um ordenamento jurídico do qual se diz que ele realiza o princípio da liberdade contratual não faz valer todos os acordos que são feitos [...] Os sujeitos subordinados ao Direito não são "livres", quer dizer: pela ordem jurídicas não são autorizados a concluir contratos obrigatórios de semelhante conteúdo.

O raciocínio se aplica tanto na vontade do legislador na formulação das *präskriptiven Rechtsnormen* (proposições prescritivas) quanto à vontade individual, presente no *Vertrag* (contrato), neste caso, a vontade das partes é considerada no sentido objetivo dos *Willensaktes* (atos de vontade), regulado por outras normas jurídicas, *e.g*., o Código Civil, *cf.* Kelsen[1394]: "Uma análise dos juízos pelos quais interpretamos certos atos como atos jurídicos, quer dizer,

[1393] ATN: 147.
[1394] RR: 32.

como atos cujo sentido objetivo é norma, fornece-nos a resposta. Essa análise mostra o *pressuposto* sob o qual é possível esta interpretação".

O positivismo não reconhece a simples manifestação da vontade como juridicamente válida - como se fosse causa do direito, não há causalidade natural no direito - mas somente quando estão conforme às normas que disciplinam a formação e os efeitos dos contratos. Os *Willensaktes* (atos de vontade) mediados pela norma negocial não tem relevância jurídica em sua forma metafísica ou psicológica.

Cf. Mario García Berger[1395]:

> *The expression 'act of will' stresses that norms are not the product of a thinking process. The norm-issuer wills the person to whom the norm is directed to behave in a certain way. If this will did not exist there would not be any norm. However, the notion of a willful act is not fit to do the work Kelsen intended it to, since it falls short of explaining the creation of legal norms. The series of acts that produce a norm do take place in the factual world, but clearly they do not have to be voluntary. What really matters is that they be procedurally and materially produced in the way indicated by the superior norms that regulate its creation.*

Isto posto, sobre o "sentido negativo" de desconstrução da ideia dos *Subjektives Recht als Willensmacht* (direito subjetivo como poder de vontade), Kelsen afirma ainda que há um erro na teoria do negócio jurídico que associa efeitos jurídicos a "causa volitiva".

Trata-se de uma ficção incapaz de comprovar o nexo entre a causa psicológica do ato e o ato jurídico *em-si*, ou, segundo o mesmo raciocínio, entre a ausência da causa psicológica e os efeitos jurídicos atribuídos a ela, *cf*. Kelsen, isto[1396]: "*Se equipara indebidamente la validez del negócio con los contenidos reales de la voluntad. Esta tendencia errónea se manifiesta superlativamente en la terminología y en el espíritu de las ficciones, en las cuales, a pesar de la prueba psicológica de que no hay voluntad alguna, se finge su existencia*", bem como na *Hauptprobleme*[1397]: *Lo que, desde luego, puede asegurarse es que el dogma de la voluntad no*

[1395] (A expressão "ato de vontade" enfatiza que as normas não são o produto de um processo de pensamento. O emissor da norma deseja que a pessoa a quem a norma é dirigida se comporte de uma determinada maneira. Se esse testamento não existisse, não haveria nenhuma norma. No entanto, a noção de um ato intencional não é adequada para fazer o trabalho que Kelsen pretendia, uma vez que fica aquém de explicar a criação de normas jurídicas. A série de atos que produzem uma norma ocorre no mundo factual, mas claramente não precisam ser voluntários. O que realmente importa é que sejam produzidos processual e materialmente na forma indicada pelas normas superiores que regulam sua criação). BERGER, Mario Garcia. The Legal Norm as a Function: The Influence of Ernst Cassirer and the Marburg Neo-Kantians. Disponível em: https:// revistas. juridicas. unam. mx/index.php/filosofia-derecho/article/ view/12449 Acesso em 01/10/2024. p. 258.
[1396] KELSEN, Hans. Compêndio de Teoria General del Estado. Op. Cit. p. 37.
[1397] HP: 114.

encierra ni puede encerrar una significación psicológica, que la voluntad que este dogma preconiza tiene que ser necesariamente otra que opera la psicología [...] *sino un concepto del pasamiento específicamente jurídico, una construcción auténticamente jurídica*"; ou seja, o aspecto subjetivo do ato de vontade é indecifrável, tanto no sentido jurídico subjetivo e objetivo, o que resta - na perspectiva de apreciação epistemológica - é atribuir um significado jurídico/objetivo a vontade sem recorrer a elementos metajurídicos. Afinal, segundo Kelsen, as partes têm, de alguma forma, que[1398]: "[...] expressar a sua vontade, quer dizer, exterioriza-la numa aparência. De outro modo, o fato de um contrato ter sido concluído não pode ser verificado num processo de aplicação do Direito, especialmente num processo judicial".

Pois bem, como muitas vezes citadas de forma genérica, as "teorias tradicionais" partem do pressuposto de que o "direito deve" proteger o "desejo humano", logo, para efeito didático, importante resgatar algumas peculiaridades da principal "teoria tradicional" dos direitos subjetivos - sobretudo no âmbito negocial - para compará-la ao formalismo científico do positivismo jurídico.

Entre as propostas das teorias tradicionais, a mais notável, predominante e contemporânea as primeiras formulações da teoria pura é a "teoria da vontade dos direitos subjetivos" de Bernhard Windscheid (1817 - 1892), para se ter uma noção da sua importância na histórica do direito alemão, Carlos David S. Aarão Reis resume em uma citação o que foi sua influência na Comissão de elaboração do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BG), o Código Civil Alemão de 1900[1399]:

> [...] Windscheid foi a figura principal da Comissão, nela exercendo um papel decisivo direta ou indiretamente. "No meu entender", escreveu Jhering, quando designaram seu amigo para integrá-la, "ninguém entre nós romanistas seria mais indicado que tu para representar o Direito Romano naquela ocasião". Windscheid gozava de considerável prestígio na época: quando se constituiu a Comissão, seu clássico *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Tratado de Direito das Pandectas) alcançara a terceira edição, sendo estimado como "farol da prática do Direito Comum [...] Acusou-se a obra de doutrinarismo excessivo, com desproporcional influência romanista, especialmente da Pandectística, ignorando o Direito alemão com suas antigas instituições. Chegou-se a afirmar que "tinham sido reduzidas a artigos de lei as Pandectas de Windscheid", que o Projeto seria "Windscheid vertido em parágrafos". Ou, mais exatamente, como escreveu Otto Bähr, que "o Projeto é uma obra

[1398] RR: 180.
[1399] AARÃO REIS, Carlos David S. A elaboração do BGB Homenagem no centenário do Código Civil alemão. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 33 n. 130 abril/jun. 1996. p. 124-126. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176447 Acesso em 16/01/2024.

> doutrinária, está sob o domínio de um tratado, é um Windscheid menor. O que não está em Windscheid falta também no código".

Contudo, o jurista alemão Max Friedrich Gustav von Rümelin (1861 - 1931)[1400], estudioso e especialista em Windscheid, chama a atenção que não há uma genuína preocupação do ponto de vista da filosofia do direito em Windscheid para a fundamentação dos direitos subjetivos, provavelmente em razão da sua tradição romanística[1401]:

> *Eine eingehende Behandlung rechtsphtlosophischer Probleme findet sich bei Windscheid Uberhaupt nirgends. Wo er kann, weicht er aus, wo das nicht möglich ist, wie z. B. bei den psychologischen Fragen der Rechtsgeschäftslehre behilft er sich, wie so viele, mit einer Art juristischer Hausphilosophie. Ob Windscheid philosophische Studien in grösserem Umfang getrieben, ob er irgend einmal ein System, sei es Kant, Hegel oder Schopenhauer, völlig durch- gearbeitet hat, ist mir nicht bekannt.*

Rümelin ainda acrescenta que[1402]: "*Wo er kann, weicht er aus, wo das nicht möglich ist, wie z. B. bei den psychologischen Fragen der Rechtsgeschäftslehre behilft er sich, wie so viele, mit einer Art juristischer Hausphilosophie. Ob Windscheid philosophische Studien in grösserem Umfang getrieben, ob er irgendeinmal ein System, sei es Kant, Hegel oder Schopenhauer, völlig durch-gearbeitet hat, ist mir nicht bekannt"* (Sempre que pode, ele evita onde isso não é possível, como, por exemplo, ao lidar com as questões psicológicas da teoria dos negócios jurídicos, como tantas outras, ele utiliza uma espécie de filosofia jurídica. Não sei se Windscheid realizou estudos filosóficos em grande escala, se alguma vez trabalhou completamente através de um sistema, seja Kant, Hegel ou Schopenhauer); o que repercute no

---

[1400] Max Rümelin "*È uno dei fondatori della scuola di Tubinga, detta della Interessenjurisprudenz, secondo la quale sia le leggi sia le sentenze si debbono emanare in base a una valutazione dei reali interessi in gioco e non in base a concetti e preconcetti dogmatici e astratti*". (Ele foi um dos fundadores da escola de Tübingen, conhecida como Interessenjurisprudenz, segundo a qual tanto as leis quanto as sentenças devem ser emitidas com base em uma avaliação dos interesses reais em jogo e não com base em conceitos e preconceitos dogmáticos e abstratos). In.: FONDAZIONE TRECCANI. Disponível em: https:// www. treccani.it/enciclopedia/max-von-rumelin/ Acesso em 29/10/2024.

[1401] (Uma análise aprofundada dos problemas da filosofia do direito não se encontra em nenhum lugar nas obras de Windscheid. Sempre que possível, ele evita tais questões e, quando isso não é viável, como no caso das questões psicológicas relacionadas à teoria dos negócios jurídicos, recorre, como tantos outros, a uma espécie de filosofia caseira jurídica. Não sei se Windscheid dedicou-se a estudos filosóficos em maior profundidade ou se chegou a estudar completamente algum sistema filosófico, seja de Kant, Hegel ou Schopenhauer). RÜMELIN, Max Friedrich G. Bernhard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechts-Wissenschaft. Tübingen: G. Schnürlen, 1907, p. 17.

[1402] Loc. Cit.

fato de que a cientificidade que Windscheid pretende atribuir à teoria dos negócios jurídicos é de natureza psicológica[1403]:

> *Ich glaube damit im Wesentlichen die psychischen Eigenschaften gekennzeichnet zu haben, die für die wissenschaftliche Eigenart Windscheids von Bedeutung sind. Um die Richtungen zu bestimmen, in denen sich der mächtige Einfluss seiner Lehre bewegte, müssen wir uns die Grundanschauungen vergegenwärtigen, auf denen diese aufgebaut war.*

Contudo, o ponto de interesse deste estudo é o conceito de vontade utilizado para fundamentar os *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos - efeitos jurídicos), *cf.* Josef Aicher[1404]: "*Wenn aber nach Windscheids eigener Definition das subjektive Recht die von der Rechtsordnung anerkannte und gewährleistete Willensmacht ist, kommt Windscheid zwingend dazu, daß die Rechtsordnung ihren eigenen Willen schützt*". (Se, no entanto, de acordo com a própria definição de Windscheid, a lei subjetiva é o poder de vontade reconhecido e garantido pelo sistema jurídico, Windscheid necessariamente chega à conclusão de que o sistema jurídico protege sua própria vontade).

Não se trata de uma "vontade qualquer", mas uma vontade juridicamente relevante que se manifesta como um querer subjetivo protegido pelo direito. Para Windscheid, o "núcleo do direito subjetivo" reside no próprio indivíduo, uma esfera íntima do querer garantida pela ordem jurídica, ou ainda, de sua intenção ou interesse de exercer um determinado poder (direito), de relevância jurídica, sobre algo ou alguém, *cf.* Kelsen[1405]:

> Como no uso jurídico da linguagem os interesses são mais ou menos identificados com a vontade, presumindo-se que aquilo que um indivíduo "quer", é do seu interesse, crê-se encontrar a essência da representação no fato de a vontade do representante ser a vontade do representado, crê-se que o representante, através da sua atuação, não realiza a sua própria vontade mas a vontade do representado. Isto é uma ficção, mesmo quando a vontade do representante se encontre mais ou menos vinculada pela vontade do representado - como no caso da representação derivada de negócio jurídico.

Segundo esta teoria da vontade, o direito subjetivo não é uma construção jurídica abstrata, uma forma ou instrumento que vincula o substrato empírico-valorativo à norma, como

---

[1403] (Acredito ter identificado essencialmente as características psicológicas que são importantes para o caráter científico de Windscheid. A fim de determinar as direções nas quais se moveu a poderosa influência de seu ensino, devemos considerar as crenças fundamentais sobre as quais ele foi construído). Ibid. p. 16.
[1404] AICHER, Josef. Op. Cit. p. 36.
[1405] RR: 209.

pretende o método puro do positivismo jurídico, mas uma realidade psicológica, uma experiência interna do indivíduo que se manifesta através de ações e comportamentos protegidos pelo direito. A posse de um direito subjetivo implica na capacidade de exigir algo de outrem, de exercer um poder garantido pelo ordenamento jurídico, cuja capacidade está ligada à vontade (psicologizada) do "titular do direito".

Naturalmente que Bernhard Windscheid não desconsidera o papel fundamental do direito objetivo, pois é a legislação que torna possível a existência e o exercício dos direitos subjetivos individuais, garantindo a eficácia normativa e a proteção do Estado contra a eventual atitude antijurídica, contudo, nesta perspectiva, o direito objetivo ainda seria o meio de realizar o direito subjetivo. O dever de cumprir aquilo que exige a norma jurídica válida decorre do direito subjetivo interno ao querer, o contrário do positivismo, que considera o direito subjetivo como reflexo do dever de cumprir o direito objetivo, sendo a vontade um meio não a causa dos efeitos jurídicos.

Como foi dito, o núcleo do direito subjetivo reside na vontade psicologizada individual, na sua capacidade interna de "poder e controle" das tomadas de decisões pela vontade, seria o mesmo que dizer que um sujeito possui um direito em relação à outro, na medida em que manifesta sua vontade, *v.g.*, por uma ação judicial, pois se não houver a vontade do "autor", não haverá direito a ser exigido. Esta "teoria individualista", onde a vontade do sujeito é o elemento fundamental que define e justifica o direito subjetivo, também é sua principal fragilidade, pois não explica adequadamente os incontáveis "direitos que não se originam da vontade".

Kelsen argumenta que esta teoria confunde a vontade psicológica - que é um estado interior da psique e não pode ter uma manifestação tangível - com a vontade jurídica, que se refere à declaração de vontade que produz efeitos jurídicos, a propósito, diz Kelsen[1406]: "É errôneo caracterizar a norma em geral e a norma jurídica em particular como 'vontade' ou 'comando' - do legislador ou do Estado - quando por 'vontade' ou 'comando' se entenda o ato de vontade psíquica".

A vontade psicológica é um processo anímico fora do alcance dos instrumentos da ciência do direito e de qualquer teoria do direito, enquanto a vontade jurídica se refere aos fenômenos de ordem exterior que vinculam através dos Willensaktes (atos de vontade), direitos

[1406] RR2: 08.

e obrigações, como no exemplo dos votos dos parlamentares na Assembleia legislativa, nas palavras de Kelsen[1407]:

> *WINDSCHEID incurre en una contradicción cuando, partiendo de un punto de vista puramente formal, declara la voluntad del orden jurídico como el substracto del derecho subjetivo, pero haciendo constar expresamente que es indiferente de donde proceda el ton tenido de esta voluntad, para a renglón seguido presentar a voluntad objetiva del orden jurídico transformada en derecho subjetivo - mediante un cambio radical de punto de vista, colocándose ahora por entero en el que capta el aspecto material del problema, operando una subjetivación de la norma jurídica en derecho subjetivo con base en el tnlenido de la voluntad que la orden jurídica toma de la voluntad "real"· de los sujetos, a pesar de que hace un momento nos decía que precisamente esta procedencia del contenido de la voluntad era indiferente en cuanto al hecho de que fuese substracto de derecho subjetivo la voluntad del orden jurídico, y no la voluntad "real" de la parte interesada.*

Para o positivismo jurídico, o que importa não são os processos interiores da alma, mas a conexão entre os substratos exteriores vinculados à norma pela declaração dos *Willensaktes* (atos de vontade).

Para ilustração de um caso prático, a teoria da vontade de Bernhard Windscheid teria dificuldades de explicar como pessoas incapazes, crianças ou dementes, podem ser titulares de direitos subjetivos, considerando que estes direitos emanam do desejo psicologizado, bem como direitos coletivos e difusos que não pertencem a uma vontade específica, como adverte Kelsen[1408]:

> *También los seres incapaces de voluntad pueden ser titulares de derechos subjetivos, como con razón hubo de objetar ya JHERING y la teoría de WINDSCHEID, y todo el mundo comprende perfectamente que se pueden tener y en la inmensa mayoría de los casos se tienen derechos sin necesidad de querer, e incluso desconociendo en absoluto, el contenido sobre. que recaen, si es que la palabra 'voluntad' se toma realmente en serio, dándole el sentido psíquico en que la emplean WINDSCHEID y quienes comparten su teoría.*

Na tentativa de resolver essa objeção colocada por seus críticos, Windscheid argumenta que a vontade só é jurídica na medida que é protegida pelo direito objetivo, como se, per se, não fosse jurídica, contudo, não resolve a contradição performativa do argumento, pois a vontade individual ainda seria a fonte original e legítima para fornecer conteúdo (jurídico) à ser

[1407] HP: 512.
[1408] HP: 511.

protegido pela norma, como se a *juridicidade* se antecipasse à própria *Positivität* (positividade), e o direito objetivo acolhesse um direito subjetivo; *cf.* Kelsen[1409]: "*¿De dónde podría, en tales casos, recibir su contenido la voluntad del orden jurídico? Si existiese siempre una voluntad "real" por parte de los sujetos que diera a la norma su contenido, WINDSCHEID no se vería obligado, como se ve, a renunciar a esta voluntad "'real" del titular como substracto del derecho subjetivo y a sustituirla por la voluntad -manifiestamente, no "real" - del orden jurídico*".

Para Kelsen, a "vontade jurídica" estabelece um nexo específico, de natureza formal, entre o sujeito (portador da vontade) e os acontecimentos do mundo exterior, pelo princípio do *Sollen der Zurechnung* (dever- ser por imputação), esta imputação é o átomo lógico de toda na norma jurídica - como o *Vertrag* (contrato) - logo, não depende do conhecimento da causa empírica ou metafísica da vontade externa a estrutura lógica da norma negocial, ao contrário do raciocínio do *Subjektives Recht als Willensmacht* (direito subjetivo como poder de vontade), que pressupõe a determinação da origem anímica da vontade.

Os efeitos jurídicos são resultados de uma conjunção de elementos formais ou de *Verrechtlichung* (juridificação) dos fatos, em outras palavras, o direito subjetivo não se explica por uma teoria psicologista sobre a vontade, ainda que a vontade tenha a prerrogativa de vincular elementos externos à norma, assim como ocorre em toda arquitetônica kantiana quando converte o conhecimento vulgar em científico, sendo assim, Kelsen insiste em afirmar que este raciocínio que posiciona a vontade psicologizada como núcleo dos direitos subjetivos, fere os pressupostos da teoria pura[1410]:

> *Nun hat sicb gezeigt, daß äußere Vorgänge niemals als Inbalt der mit „Wille" bezeichneten psycbischen Tatsacbe, d. b. im psychologischen Sinne des Wortes als gewollt gelten können; - sofern man überbaupt eine Beziebung zwischen dem rein innerlieben Willens vorgange und äußeren Tatbeständen herstellen zu müssen glaubt, können solcbe Tatbestände der körperlichen Außenwelt nur als durch den Willen und die von diesem ausgelöste Körperbewegung bewirkt gelten, wobei nicht vergessen werden darf, daß diese tatsächliche Kausalwirkong nach außen für die Beurteilung des innern psycbi-scben Willensphänomens ohne Bedeutung ist.*

[1409] HP: 512.

[1410] (Agora foi demonstrado que os processos externos nunca podem ser considerados como parte do fato psicológico referido como "vontade", isto é, como desejado no sentido psicológico da palavra - se alguém acredita que deve estabelecer uma relação entre o processo de vontade puramente interno e fatos externos, tais fatos no mundo físico externo só podem ser considerados causados pela vontade e pelo movimento corporal por ele desencadeado, e isso não deve ser esquecido Pode-se dizer que este efeito causal externo real não tem importância para a avaliação do fenômeno da vontade psicológica interna). HP: 122.

Embora a faculdade de escolha seja pré-condição lógica das instâncias normativas reguladoras do comportamento (deontologia), como ensina Kelsen[1411]: "*Que el hombre como parte de la naturaleza no es libre, significa que su conducta debe ser considerada como realidad natural y, por tanto, según la ley natural, como causada por otras realidades, es decir, que debe estimarse como efecto de estas realidades y, por ende, determinada por ellas*"*;* a fundamentação do direito positivo e seu processo de *Verrechtlichung* (juridificação) dos fatos, a *contra sensu* de outras construções doutrinárias, é indiferente em relação à natureza do arbítrio para definir critérios de validação de um negócio jurídico.

A vontade dos particulares não produz, *per se*, direitos à margem das estruturas normativas *a priori*, como se disse, há condições formais de *juridicização* da realidade para adquirir o sentido objetivo do direito e seus efeitos jurídicios, *cf.* lembra Albert Calsamiglia[1412]: "*Conviene aludir aquí a la distinción kelseniana entre la significación subjetiva de un acto y su significación objetiva. Un acto tiene significación objetiva cuando existe una norma superior o un principio superior que hace posible la interpretación de este acto como objetivo".*

O processo de *Verrechtlichung* (juridificação) dos fatos vinculados pela liberdade dos particulares independe da subjetividade do querer, das fontes metafísicas ou fáticas, mas da conjunção de condições formais, diferente da vontade no sentido psicologizado de Windscheid ou da liberdade no sentido prático kantiano[1413] (da ética/*ethos* e do direito/*jus*), ou de uma disposição psicológica, conforme se atribui à teoria da vontade de Bernhard Windscheid[1414]: *Contrato es un negocio jurídico que resulta de dos* (*o más*) *declaraciones de voluntad concordes, que se colocan en una determinada relación entre sí. Negocio jurídico es la declaración de voluntad particular que tiene una determinada eficacia jurídica*", ou ainda: "*Los derechos reales y los derechos de pretensión coinciden en que incumben a la sola voluntad del interesado*" [1415]; sobre a teoria da vontade em Windscheid, Gustav Radbruch[1416] resume: "O direito subjetivo consiste, em essência, no 'poder da vontade protegido pelo direito' [...]".

[1411] KELSEN, Hans. Causalidad y imputación. Op. Cit. p. 14.
[1412] CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978, p. 36.
[1413] "O conceito da liberdade é a chave da explicação da autonomia da vontade". GMS, BA, 97: 93.
[1414] WINDSCHEID, B. Tratado de Derecho Civil Alemán. Bogotá: UEC, 1976, (Cf. nota 01), p. 91. Vide: "Ambas acepciones del derecho subjetivo se comprenden en la definición: Derecho es un poder de voluntad o un señorío de voluntad otorgado por el ordenamiento jurídico". WINDSCHEID. Op. Cit. p.134; Vide teoría da vontade: "Esta teoría hace cifrar el derecho subjetivo en la "facultad de obrar", es decir, en la voluntad. El Derecho en sentido objetivo se define en la forma más breve y precisa como la voluntad general; el derecho subjetivo como un fragmento de la voluntad general que viene a hacerse concreto y existente en la persona privada". AFTALIÓN, E. R.; VILANOVA, J.; RAFFO, J. Introducción al derecho. BA: Abeledo-Perrot, 1999, p. 498.
[1415] WINDSCHEID. Op. Cit. p. 155.
[1416] RADBRUCH, G. Introdução à Filosofia do Direito. Trad. J S. Mendonça. SP: Martins Fontes, 2002, p. 52.

A propósito, Kelsen lembra que as duas linhas teóricas *ut supra* são auto excludentes na pretensão de fundamentar o direito, pois, a liberdade metafísica como princípio moral de uma vontade autônoma é incompatível com as imposições psíquicas da teoria windsheidiana[1417]: *"Los resultados de la psicología y los de la ética y la jurisprudencia se excluyen lógicamente entre si y no pueden, por tanto, coexistir, mientras se mantenga en pie la tesis de que la voluntad, que la ética y la jurisprudencia deben considerar necesariamente libre, es precisamente aquel mismo proceso psíquico que la psicología reconoce como causalmente condicionado".*

No plano da epistemologia jurídica não há sentido delegar à subjetividade do arbítrio a capacidade de produzir autonomamente direitos, seria reconduzir ao psicologismo, a revelia das estruturas lógicas do direito positivo, a prerrogativa exclusiva de legitimar, validar e teorizar sobre a função criadora de direito da transação negocial[1418], para Kelsen[1419]: "É na função criadora de Direito da transação jurídica que se manifesta a chamada 'autonomia privada' das partes. Por meio de uma transação jurídica se criam normas individuais"; *i.e.*, o efeito jurídico decorrente do ajustamento das vontades depende de um estrutura nomológica positiva que, como condição *a priori*, posiciona-se como instrumento que concede à liberdade contratual uma função criadora de direito; *i.e.*, não está em um querer psicológico juridicamente protegido, ao contrário, a capacidade de produzir efeitos jurídicos do contrato é outorgado pelo sentido objetivo das normas gerais precedentes.

Motivações pontuais (móbiles particulares da subjetividade)[1420], pela natureza pulsional e personalíssima da formação dos juízos, não poderiam pertencer ao plano das estruturas fundantes da teoria pura, posto que constituem elementos de *justificação* da conduta no domínio da psicologia, política ou da aplicação do direito *in concretu*; Andityas Matos reforça o entendimento de que[1421]: "[...] somente a forma se mostra de maneira universal, sendo o seu conteúdo infinitamente variável segundo determinadas condições históricas, políticas, econômicas, ideológicas etc. Por isso Kelsen se vê obrigado a conceber um fundamento de validade para o direito que seja formal e vazio". A autonomia da vontade dos particulares

[1417] HP: 176.
[1418] RR2: 119.
[1419] GTLS: 199.
[1420] Vide Kant: "Na verdade, um arbítrio *é sensível*, na medida em que *é patologicamente afetado* (pelos móbiles da sensibilidade). KrV, A534/B562: 475. Ou ainda: "[...] não precisamos de investigar sobre que assenta o sentimento do prazer e do desprazer [...] porque tudo isto pertence a uma psicologia empírica [...]". GMS, 62: 66.
[1421] COSTA MATOS, A. S. M. Op. Cit. p. 46.

constitui direitos e deveres nas relações negociais, mas não é, *em-si* mesma, fonte *a priori* de *juridicidade* ou validade jurídica[1422].

Como adverte Kelsen na *Hauptprobleme*[1423]: "[...] *ningún jurista podría pensar seriamente en erigir la existencia real de un proceso psíquico de voluntad en premisa o requisito para la validez de un negócio jurídico*"; bem como na "*Introduction to the Problems of Legal Theory*" [1424]: "[...] *norms of the law, are not valid by virtue of their content*". Não se admite, portanto, como premissa o querer subjetivo dos particulares de se autorregularem como fato produtor de direitos e deveres entre as partes, pois é a estrutura normativa que outorga aos indivíduos o poder de regular os acordos pelo contrato, afirma Kelsen[1425]: "*El querer em Derecho significa, pois, algo distinto de la voluntad psicológica*".

Insiste-se em dizer que, se o significado jurídico do ato não tem origem nas variáveis que incidem na relação, mas no enquadramento normativo de uma norma superior que concede aos indivíduos o poder de autorregulamentação das relações privadas, o significado objetivo da vontade e sua proteção ficam subordinados aos critérios estabelecidos pela ordem jurídica vigente.

A função criadora de direitos do ato negocial não se justifica pela subjetividade de um querer psicológico, pelo empirismo sociológico ou pela logicidade horizontal entre conteúdos valorativos que se desdobram analiticamente, *ad infinitum*, no campo hermenêutico, mas ao sistema escalonado (*condição lógico/transcendental*) em que normas superiores delegam às espécies infra normativas. Se não há direito subjetivo autônomo ou critério metajurídico *a priori* de validação, o direito positivo não se *legitima* pela substância, mas a substância se *valida* pelo direito positivo.

O negócio jurídico sendo uma norma geral da *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada), outorga aos particulares a função de converter interesses em direitos, *v.g.*, à liberdade contratual de produzir normas jurídicas individuais. Consequentemente, à luz da objetividade, nenhum móbil sensível, psíquico ou metajurídico é admitido como causa imediata de efeitos jurídicos, porquanto não haver legitimação de direitos à margem do sistema positivo

---

[1422] (A doutrina da autonomia não corresponde à teoria geral do contrato [...] A regulamentação manifesta pelo sujeito no negócio flanqueia-se a normativa prevista pela 'lei' [...] A autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais). PERLINGIERI, P. Perfis do direito civil: RJ, 2002, p. 277.
[1423] HP: 109.
[1424] (normas do direito não são válidas em virtude de seu conteúdo). KELSEN, Hans. Introduction to the Problems of Legal Theory: Trad. B. L. Paulson and S. L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 56.
[1425] KELSEN, Hans. Compêndio de Teoria General del Estado. Op. Cit. p. 35-36.

como condição *lógico-transcendental* do processo de validação do direito, como admitido nas demais teorias.

Enfim, para responder a pergunta: *Como é possível a função criadora de direitos da norma negocial, sem recorrer à ontologia linguística e às instâncias metajurídicas como a psicologia e a metafísica?* A ciência do direito positivo reuniu os seguintes pressupostos para explicar como o ato subjetivo do querer (autodeterminação da vontade) é capaz de produzir efeitos jurídicos por via de uma norma negocial:

1) A *Reinheit der Rechtswissenchaft* (pureza da ciência do direito)
2) A negação da *Sprachontologie* (ontologia da linguagem);
3) A negação da metafísica da *praktische Philosophie* (filosofia prática) e do psicologismo;
4) A separação entre *Sein* (ser) *e Sollen* (dever-ser);
5) A *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental);
6) A *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada das normas jurídicas);
7) A *Grundnorm* (regra base);
8) A *Ermächtigung* (atribuição de competência) e o *Sollen der Zurechnung* (o dever-ser atribuído);
9) O *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito);
10) A *Reehtsdynamik* (Dinâmica jurídica);
11) Os *Willensaktes* (atos de vontade) como instrumento formal de vinculação de fatos e valores da norma negocial.

SINOPSE DA PARTE III

1) O direito negocial foi tratado de forma esparsa pelo corpus doutrinário kelseniano, com destaque à fundamentação da validade da função criadora de direitos, a sua posição na estrutura escalonada do ordenamento e a rejeição ao psicologismo e a metafísica; 2) diferente da teoria, a doutrina recorre à elementos da epistemologia, lógica e metodologia científica; 3) o cientificismo kelseniano não se ocupa em elaborar teorias contratuais, interpretar legislações ou fixar parâmetros hermenêuticos para conduzir o órgão aplicador do direito a uma única sentença verdadeira e correta; 4) se a abordagem do negócio jurídico é sob o ponto de vista doutrinário, deve permanecer válida independente da previsão legal de um ordenamento jurídico especial; 5) A teoria pura do direito ao tratar do negócio jurídico, restringe-se a considerá-lo como um *ato criador de direito* a partir da outorga de poder que as normas auferem quando recepcionadas na *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) de uma ordem jurídica válida e eficaz; 7) a fundamentação da validade da função criadora de direitos do negócio jurídico não é objeto de teorias contratuais, da psicologia ou da interpretação de um regime jurídico especial, mas da doutrina do direito positivo em geral; 8) os *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) - efeitos jurídicos - da norma negocial, não são, em si, autônomos, mas dependem do *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito), o *Sollen der Zurechnung* (dever atribuído), a *Ermächtigung* (atribuição de competência) de uma hierarquia formal, a *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) e, os *Willensaktes* (atos de vontade), todos inscritos no paradigma linguístico-antimetafísico da filosofia analítica; 9) a *norma jurídica negocial* representa o *sentido objetivo* de um *ato subjetivo* de *vontade* que não pode ser conhecido empiricamente; 10) o *sentido subjetivo* de um *dever-ser* não é objeto de estudo do direito positivo, que se dedica ao *Sein* (o que *é*), não ao *Sollen* (o que *deve* ou *deveria-ser*); 11) o problema da discrepância entre a vontade real e declarada é de ordem hermenêutica, cabe ao magistrado decidir se a causa ou a intenção do ato negocial corresponde a exteriorização e a concretização dos efeitos jurídicos pactuado; 12) não confundir o ato de vontade de um magistrado quando interpreta e aplica o direito no caso concreto, com o ato de vontade do particular como forma de autorregular a própria conduta; 13) Hans Kelsen realizou uma revolução cognitiva no direito semelhante a de Kant na teoria do conhecimento; 14) Para Kelsen o dever - ser criado pelo ato de vontade é o sentido subjetivo do negócio jurídico, e, ao mesmo tempo, este ato adquiri um sentido objetivo através da validação do contrato; 15) norma

negocial está subordinada ao pressuposto lógico-transcendental e todo arcabouço teórico neokantiano; 16) não se confunde a metodologia de análise da teoria pura do direito negocial com as teorias da dogmática jurídica (com fins pragmáticos); 17) que a significação jurídica do ato de vontade não pode ser percebida no ato por meio dos sentidos; 18) a norma jurídica negocial representa o sentido objetivo de um ato subjetivo de vontade; 19) ato de vontade subjetivo que cria um dever-ser numa relação negocial é, ao mesmo tempo, o sentido objetivo da norma contratual na medida em que é validada pela ordem jurídica vigente; 20) não cabe ao positivismo estudar a presunção de uma vontade (real) como causa dos efeitos jurídicos de uma relação negocial; 21) Liberdade e escolha não são sinônimos, assim como também não são termos equivalentes, vontade e querer; 22) somente as teses jusnaturalistas reconhecem o querer subjetivo *em si* como normativo, quando a autodeterminação da vontade privada passa ser fonte de direito, o positivismo rejeita esta hipótese; 23) A função criadora de direitos da norma negocial não tem origem na autonomia da vontade das partes do ponto de vista metafísico ou psicológico, mas da autorização outorgada pelo sistema jurídico positivo ao longo da *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada); 24) O ordenamento reconhece a eficácia jurídica a determinados atos negociais, como contratos, e estabelece previamente os critérios e as condições para que eles produzam efeitos jurídicos; 25) A autonomia da vontade é um instrumento de criação dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) no âmbito da norma negocial, mas subordinada aos esquemas lógicos *a priori* da *Positivität* (positividade) sistema jurídico positivo; 26) o sentido objetivo da vontade jurídica não se refere a intenção particular do ponto de vista da metafísica moral kantiana, de uma inclinação patológica ou um desejo pulsional (psicológico) do particular, mas como um "fato normativo regulado por normas superiores; 27) o positivismo não reconhece a simples manifestação da vontade como juridicamente válida, mas quando estão conforme às normas que disciplinam a formação e os efeitos dos contratos; 28) A *Ermächtigung* (atribuição jurídica) e os *Willensaktes* (atos de vontade) não são sinônimos, mas possuem funções correlatas do ponto de vista lógico no processo de criação dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos); 29) Não confundir o processo de dedução lógica-formal da *Stufenbau der Rechtsordnung*, com *Modus Ponens* no sentido material, quando pode-se concluir um dever-ser particular a partir de uma premissa geral de justiça, da vontade particular ou do Estado; 30) A autonomia da vontade dos particulares constitui direitos e deveres nas relações negociais, mas não é, *em-si* mesma, fonte *a priori* de *juridicidade* ou validade jurídica; Para o positivismo, a vontade jurídica estabelece um nexo específico entre o sujeito e os acontecimentos do mundo exterior pelo *das Sollen der*

Zurechnung (dever- ser por imputação), ao contrário do raciocínio do *Subjektives Recht als Willensmacht* (direito subjetivo como poder de vontade), cuja vontade é o núcleo do direito subjetivo; 31) o processo de *Verrechtlichung* (juridificação) dos fatos vinculados pela liberdade dos particulares independe da subjetividade do querer, das fontes metafísicas ou fáticas, mas da conjunção de condições formais e, 32) a vontade jurídica é um instrumento formal de vinculação de fatos e valores da norma negocial.

CONCLUSÃO

A revolução epistemológica promovida pelo criticismo kantiano no século XVIII representa um marco fundamental para a compreensão do papel da razão e da sensibilidade na produção do conhecimento objetivo. Além disso, estabeleceu diretrizes metodológicas para formulação e sistematização de domínios científicos, tanto para as ciências da natureza quanto para as ciências sociais. Kant separou o mundo da *razão teórica* (*ser*) da *razão prática* (*dever-ser*), uma distinção fundamental para concepção da ciência jurídica de Hans Kelsen.

Na fase inicial de desenvolvimento do positivismo jurídico - a *Construtivista* e *filosófica-transcendental* - Hans Kelsen incorporou os fundamentos teóricos estabelecidos pela epistemologia kantiana à luz da interpretação de Hermann Cohen, neokantiano da *Marburg Schule* (Escola de Marburg), para conduzir a produção do conhecimento objetivo e avalorativo no campo jurídico, conforme as diretrizes da pureza metodológica.

Hans Kelsen aprimorou a fundamentação do conhecimento jurídico das teorias tradicionais ao "dialogar" com os avanços das ciências empíricas e seus modelos matemáticos. Frequentemente recorria à física quântica para ilustrar a relatividade do princípio da causalidade, tanto no que diz respeito à natureza quanto ao comportamento social. Esta abordagem visava desconstruir as teses jusnaturalistas que buscavam estabelecer uma conexão causal entre as leis sociais e as leis da natureza. A intersecção entre a física quântica e a teoria do direito representa uma superação dos vestígios metafísicos e psicologizados do positivismo tradicional, ao mesmo tempo que oferece uma nova cosmovisão contextualizada em relação ao avanços da física teórica. Esta forma inédita de pensar o direito, não apenas desafia as concepções clássicas de causalidade, mas também redefine o papel do jurista como cientista e intérprete da lei.

Acrescentam-se às estas inovações, o paradigma linguístico da filosofia analítica desenvolvida pela Lógica Moderna e aperfeiçoada pelo neopositivismo lógico do *Wierner Kreis* (Círculo de Viena).

A partir de categorias cognitivas formais, inspiradas na *razão teórica*, Hans Kelsen revolucionou o conhecimento jurídico ao reconfigurar as bases paradigmáticas de compreensão do direito, instrumentalizando a teoria pura de tal forma a capacita-la a constituir, autonomamente, seu objeto de estudo, conforme as categorias específicas (puras) da cognição jurídica. A teoria pura ao alterar a topologia das fontes de significação do conhecimento

jurídico, concebeu a norma como um objeto de estudo exclusivo do direito, isenta de ideologias, valores morais, psicologismos e sincretismos científicos. Muitas vezes se afirmou que as estruturas lógicas do direito positivo são esquemas *a priori* para conferir sentido jurídico à realidade fática, método análogo à Revolução Copernicana realizada por Kant.

O período de transição para o século XX foi revolucionário em diversas áreas do conhecimento, impactando significativamente o paradigma linguístico de compreensão da realidade e desafiando a estrutura ontológica da linguagem herdada da tradição grega. O surgimento da Lógica Moderna e da Filosofia Analítica foi crucial para que Hans Kelsen instrumentalizasse seu projeto científico no campo do direito no âmbito do discurso antimetafísico, objetivo e avalorativo. Compreender o pensamento de Kelsen e a Doutrina do positivismo jurídico requer uma análise cuidadosa das conexões entre esses eventos na história da filosofia.

A pergunta: "*Como é possível a função criadora de direitos da norma negocial, sem recorrer à ontologia linguística e às instâncias metajurídicas como a psicologia e a metafísica*? segue o espírito metodológico de Kant e Kelsen, ao pretender reunir e configurar as condições de possibilidade do conhecimento jurídico para responder o problema central de fundamentação (jurídica) do *Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (do negócio jurídico como fato gerador de direito).

Percorrido o fio metodológico que conduziu a origem epistêmica da experiência jurídica à luz do positivismo de Hans Kelsen e seus paradigmas filosófico, epistemológico e linguístico, chega-se a conclusão de que o negócio jurídico não produz direito novo a partir da autonomia da vontade ou de um querer psicologizado, diferente das teorias tradicionais que consideram a vontade como uma capacidade de autodeterminação do querer e núcleo dos direitos subjetivos, o positivismo jurídico exige condições formais de possibilidade da função criadora de direitos da norma negocial.

Depois deste estudo, pode-se pontuar ainda estas 124 conclusões:

1) A *Teoria pura do direito* foi inspirada no projeto de autonomização do saber da *jurisprudência analítica*; na filosofia kantiana e no paradigma linguístico do neopositivismo lógico; 2) A *teoria pura* adotou a *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) de Hermann Cohen, revisão da *Crítica da razão pura*, mas recusou a herança

jusnaturalista da *razão prática*; 3) a divisão kantiana entre o mundo do *ser* e o *dever ser* estabeleceu para a *filosofia teórica* e *prática* dois objetos de estudo: a natureza e a liberdade; sendo a *causalidade* a lei da natureza (o que *é*) e a liberdade o princípio *a priori* que determina o que *dever ser*. A doutrina do direito kantiana pressupõe a comunicação entre os dois objetos por um sistema metafísico comum; 4) A postura antimetafísica do *positivismo jurídico* exigiu para a delimitação do objeto a incomunicabilidade entre o *ser* e o *dever ser*; 5) O *positivismo* preservou a divisão kantiana entre *ser* e *dever ser,* mas recusou a liberdade como *lei apodítica* da *razão prática*; 6) Desconsiderar a liberdade como princípio do *dever ser* é recusar a tese jusnaturalista que une a *ética* e o *direito* em um único sistema moral *a priori*; 7) No lugar da liberdade o *positivismo* instituiu a *norma* como princípio do *dever ser* e objeto de estudo; 8) a *norma jurídica* fixa a coerência intrassistêmica dos ordenamentos positivos pelo *princípio da imputação* tal como a *causalidade* organiza a natureza; 9) A teoria pura não reivindica nenhuma exclusividade de estudo sobre a totalidade do fenômeno jurídico; 10) A revogação de toda uma legislação desde a Constituição, em nada altera os pressupostos teóricos do positivismo jurídico; 11) O positivismo jurídico kelseniano não prova resistência das transformações culturais e legais no decurso do tempo; 12) Não é tarefa do positivismo descrever fatos à margem das estruturas *a priori* - lógico/normativas e linguísticas do direito positivo - nem prescrever valores e conteúdos para as regras de conduta; 13) A teoria pura não se propõe a oferecer diretrizes metodológicas para conduzir o órgão aplicador do direito a uma única sentença verdadeira e correta, este não é o propósito de uma ciência jurídica, este é o campo da aplicação do direito; 14) A sede teórica do positivismo está no plano da epistemologia jurídica e da Teoria Geral do Direito; 15) Kelsen não separa o Estado como uma entidade autônoma e produtora do Direito; 16) O princípio metodológico fundamental para produzir conhecimento científico-jurídico - a partir de uma doutrina própria - é libertar o direito de todos os elementos que são estranhos a ele; 17) Não está subtendida na metodologia de apreensão descritiva do fenômeno social, a conversão imediata de seus resultados conclusivos em formas prescritivas ou reguladoras da realidade; 18) Paradigma é o conjunto das percepções e referências teóricas que constituíram a *Kelsens Weltanschauung* (visão de mundo de Kelsen), seu hic et nunc, *i.e.*, a compreensão filosófica, científica e linguística da realidade no contexto da Teoria pura; 19) Não se pode confundir positivismo jurídico com o sociológico e o filosófico; 20) O objeto da sociologia jurídica embora esteja inserido no contexto de um direito vigente no tempo e no espaço cultural, possui um significado sociológico independente da linguagem da norma técnica-prescritiva do direito positivo; 21) A abordagem formalista do Direito, com base em

Weber, fundamentou a posição de Kelsen em firmar o entendimento de que seu trabalho somente serve para necessidades teoréticas e não práticas; 23) O acontecimento social permeado por uma complexidade irracional é apreendido por parâmetros teóricos que atribuem nexo de causalidade para o sentido do discurso sociológico; 24) As metodologias das ciências da natureza e do espírito desdobraram-se da dicotomização entre as escolas neokantianas *Marburg Schule* (razão teórica) e a *Süddeutsche Schule* (razão prática); 25) O Tipo ideal weberiano se apresenta como um arquétipo ou um juízo de atribuição de significado sociológico à realidade; 26) A imputação causal do Tipo ideal exerce semelhante função lógica que Kelsen atribui à imputação jurídica da norma; 27) A sociologia jurídica possui campo de estudo, objeto e método distinto do positivismo jurídico; 28) O positivismo se propõe a ser uma ciência jurídica e não uma ciência social; 29) O neokantismo é uma reação à interpretação psicologista de Kant pelo idealismo alemão; 30) O antipsicologismo da lógica-matemática de Gottlob Frege é o precursor da filosofia analítica do neopositivismo; 31) Para o recorte do objeto de estudo do direito, Kelsen não busca juridicidade na facticidade, na transcendência ou em instâncias metajurídicas; 32) A ciência jurídica pretende conhecer avaloralivamente seu objeto utilizando as diretrizes epistemológicas estabelecidas pelo criticismo; 33) A ciência jurídica procura apreender o seu objeto juridicamente, isto é, do ponto de vista do direito; 34) Logicamente o conceito de direito é um *a priori*. O conhecimento jurídico implica-o como categoria; 35) O positivismo jurídico ao posicionar as estruturas formais do direito positivo como apriorismos, ou, como condições de possibilidade à experiência jurídica, rejeita para a fundamentação da juridicidade e para a produção do conhecimento científico, a bipolarização reducionista entre o indutivismo sociológico e a metafísica do direito natural; 36) A teoria pura não trata o apriorismo normativo como um imperativo que implica, necessariamente, um dever-ser (*Sollen*) jurídico, tal como é a liberdade um imperativo categórico do dever-ser (moral) da razão prática kantiana; 37) Diferente de um imperativo do dever-ser, Kelsen considera a *norma* como uma condição lógico-hipotética para validar o conteúdo fático-valorativo em direito e institui-lo existencialmente; 38) A incomunicabilidade entre o ser (*Sein*) e o dever ser (*Sollen*) exigida pelo positivismo jurídico, rompe o elo epistemológico entre a filosofia teórica e prática; 39) A Teoria Pura do Direito procura delimitar claramente o objeto de sua cognição; 40) Para Kelsen, a norma como arquétipo da razão é uma exigência lógica para o sentido do discurso jurídico sem recorrer à psicologia, à metafísica ou a sociologia; 41) Assim como Cohen, Kelsen entende a teoria da razão pura kantiana como uma teoria da experiência; 42) A tendência psicologista do século XIX pretende revisar a filosofia transcendental de Kant; 43) Friedrich Ludwig

Gottlob Frege, fundador da lógica moderna e da filosofia analítica, foi precursor da revolução da linguagem utilizada pelo positivismo e neopositivismo; 44) Fichte, Schelling e Hegel são idealistas alemães que pretenderam reinterpretar a filosofia kantiana; 45) O neokantismo da Marburg Schulle é uma reação ao idealismo alemão; 46) O lema do neokantismo *Zurück zu Kant*! (Volta a Kant!) é uma reação contra o psicologismo que deturpou os princípios fundamentais da Crítica da razão pura; 47) A *Transzendentalen Methodologie* (Metodologia transcendental) coheniana para o positivismo é método para a experiência que passa ao largo das questões da "consciência" ou do "eu transcendental" como pressuposto do conhecimento; 48) A norma jurídica é a unidade analítica do direito; 49) Os 3 (três) vetores de racionalidade do pensamento jurídico de Hans Kelsen são: a) epistemológico, b) psicológico/sociológico e c) linguístico; 50) O direito positivo só é possível a partir da ideia da *norma jurídica* como unidade analítica da linguagem, a estrutura lógica mínima que confere sentido da juridicidade e do discurso jurídico científico; 51) O direito é uma ordem coativa não porque produz coação psíquica, mas porque que estatui coação; 52) O *Prinzip der Vergeltung* (princípio de retribuição) se converte em *Äquivalenzprinzip* (princípio da equivalência) quando surge a noção de equivalência e proporcionalidade na causalidade, surgimento da ideia de justiça; 53) Para o positivismo, não há relação entre sociedade e natureza que justifique o argumento da existência de juridicidade por causalidade; 54) o aperfeiçoamento da capacidade de abstração humana instaura uma crise de causalidade natural, exigindo novas formas de elaboração ou fixação de critérios materiais da ordem jurídica; 55) A coação estatuída pela norma jurídica é uma forma transcendental de retributividade comum em todos os ordenamentos jurídicos; 56) O functor deontológico é a estrutura analítica *a priori* da proposição normativa do direito positivo - formal e universal - mas não se confunde com proposições sintéticas a *priori* da razão prática que são deveres categóricos universais; 57) Toda proposição prescritiva é constituída por um ato da vontade, toda proposição normativa é constituída por um ato de cognição; 58) A proposição prescritiva é valorativa, a proposição normativa é avalorativa; 59) As proposições normativas descrevem normas prescritivas, logo, a ciência jurídica se expressa por um conjunto de *deskriptiven Rechtssätzen* (proposições normativas); 60) Afirmar a existência de direitos subjetivos (naturais) à margem das estruturas *a priori* do direito positivo, decorre de um psicologismo hipostasiado, um *Trugschluß* - sofisma lógico sub-reptício - segundo a ciência jurídica; 61) A recusa do status ontológico da linguagem veda a reprodução material da juridicidade por silogismos, a logicidade é atributo do direito natural; 62) A logicidade interna da linguagem está diretamente ligada a ideia de causalidade e do mecanicismo jurisprudencial,

típico de um paradigma metafísico da linguagem; 63) A lógica intrassistêmica do *Rechtsordnung* (*ordenamento positivo*) possui dois aspectos importantes: a) a lógica dedutiva somente é válida em seus aspecto puramente formal, *i.e.*, um norma torna-se jurídica porque uma outra norma válida (anterior e superior) dentro do próprio sistema a criou, e, b) a juridicidade que a nova norma válida empresta ao fato, limita-se a própria norma (ao seu texto e a sua validade); 64) A função de manter a coerência intrassistêmica do ordenamento jurídico (legislação negativa pelo controle de constitucionalidade) de um Tribunal constitucional, não é uma atividade da ciência jurídica, mas um mecanismo necessário do *Rechtsordnung* (sistemas dinâmicos criado pelo positivismo); 65) O fato de o sistema dinâmico permitir duas normas válidas coexistirem independente do conteúdo é que surge a necessidade de um Tribunal constitucional jurídico, para exercer a função da jurisdição constitucional; 66) A linguagem natural eivada de toda sorte de imprecisões, não é capaz de satisfazer os requisitos de cientificidade exigidos pelo positivismo; 67) O conhecimento jurídico não opera conforme um apriorismo universal e necessário que regula uma lei empírica externa; 68) Os sistemas jusnaturalistas dedutivos são conhecidos como *ordenamentos estáticos*, quando há um princípio de justiça geral que orienta todo sua logicidade intrassistêmica; 69) Sistemas positivistas são aqueles nos quais as normas que os compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através de seu conteúdo, mas através da autoridade que as colocou; 70) No *Rechtsordnung* (ordenamento positivo), a única logicidade possível é aquela em que uma norma delega formalmente - *valida* - a existência de outra norma; 71) Diferente dos ordenamentos estáticos jusnaturalistas, o *Rechtsordnung*, o ordenamento jurídico positivo é dinâmico, posto a ausência de juridicidade do conteúdo material e da logicidade linguística; 72) Considerando que a epistemologia do positivismo jurídico kelseniano é herdeiro da filosofia analítica, os conteúdos conceituais - empíricos/valorativos - não possuem uma interligação necessária de causalidade; 73) Há uma distinção entre a atividade intelectual do jurista que interpreta (por um ato de vontade) o ordenamento jurídico com fins práticos, daquela atividade intelectual que estuda o ordenamento do ponto de vista científico (por um ato cognitivo); 74) Para o positivismo jurídico a interpretação do direito não está adstrita a literalidade do texto legal, pois o positivismo jurídico não é uma teoria da argumentação para solução de casos concretos e não se confunde com legalismo (interpretação literal do texto da lei); 75) A norma jurídica como instrumento introdutor de conteúdos fático/valorativos somente é considerada capaz de imputação de significados jurídicos a partir da sua prévia validação pelo ordenamento jurídico; 76) A *Grundnorm* é um postulado epistemológico dos ordenamentos positivos, não é

uma norma jurídica nem possui conteúdo histórico ou fático-valorativo; 77) A partir da delegação de validade de uma norma superior para uma norma inferior, surge percepção piramidal do escalonamento hierárquico de validação das normas jurídicas; 78) A hierarquia não se refere a critérios de distinção de relevância valorativa (seria recorrer à metafísica jusnaturalista ou à ontologia da linguagem), mas pela posição que uma norma ocupa na estrutura do desencadeamento lógico/dedutivo de delegação de poder no sistema jurídico; 79) A *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) do ordenamento jurídico positivo obedece a uma lógica intrassistêmica formal, não material, cujo postulado fundante é a *Grundnorm*; 80) A dedução lógica apenas produz normas válidas por delegação de poder; 81) A *Grundnorm* é um *Erkenntnistheoretische Prinzip* (Princípio epistemológico) e um *Ausgangspunkt fuer die juristische Konstruktion* (Ponto de partida para a construção jurídica); 82) Não há juridicidade fora do enquadramento normativo positivo; 83) A *Grundnorm* cumpre a função de pressuposto lógico-transcendental do direito positivo à luz da Filosofia analítica e da pureza da metodologia transcendental coheniana; 84) A *Grundnorm* é uma norma pressuposta, não é uma norma posta do direito do direito positivo, logo, trata-se de um postulado - *a priori* - para validação lógica de um sistema de conhecimento; 85) A *Grundnorm* confere unicidade, validade e coerência aos ordenamentos positivos, pois são elementos constitutivos e estruturais de qualquer sistema do conhecimento em geral; 86) A norma é fundamental porque fundamenta, mas não exige demonstração do próprio fundamento, pois trata de um requisito de inteligibilidade; 87) a norma fundamental não uma forma de cognitivismo do direito natural; 88) O ordenamento é jurídico não porque contém *em-si* substância jurídica, mas porque é a estrutura *a priori* que atribui à norma a autoridade de imputar significado jurídico ao conteúdo; 89) A estrutura hierárquica dos ordenamentos dinâmicos, isento de valores e conteúdos, só é possível tendo a validação formal de uma norma pela outra como critério do escalonamento; 90) Condicionar o processo de validação do sistema a um estatuto teórico não significa reduzir o direito a uma categoria metafísica, mas reconhecer na metodologia kantiana à luz da interpretação de Hermann Cohen os requisitos epistemológicos da inteligibilidade e da objetividade para o sistema jurídico; 91) A estrutura lógica do direito positivo estabelece a consistência da tessitura textual da linguagem jurídica científica, independente da dinâmica conteúdistica da norma; 92) O processo de validação das normas desencadeia-se pelo formalismo lógico/dedutivo de delegação de poder pela *Grundnorm*; 93) Sob o ponto de vista prático, a validade se materializa existencialmente pelo processo legislativo estabelecido em cada ordenamento particular; 94) O direito negocial foi

tratado de forma esparsa pelo corpus doutrinário kelseniano, com destaque à fundamentação da validade da função criadora de direitos, a sua posição na estrutura escalonada do ordenamento e a rejeição ao psicologismo e a metafísica; 95) Diferente da teoria, a doutrina recorre à elementos da epistemologia, lógica e metodologia científica; 96) O cientificismo kelseniano não se ocupa em elaborar teorias contratuais, interpretar legislações ou fixar parâmetros hermenêuticos para conduzir o órgão aplicador do direito a uma única sentença verdadeira e correta; 97) Se a abordagem do negócio jurídico é sob o ponto de vista doutrinário, deve permanecer válida independente da previsão legal de um ordenamento jurídico especial; 98) A teoria pura do direito restringe-se a consideraar *das Rechtsgeschäft als rechtserzeugender Tatbestand* (O negócio jurídico como fato gerador de direito) a partir da outorga de poder que as normas auferem quando recepcionadas na *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) de uma ordem jurídica válida e eficaz; 99) A fundamentação da validade da função criadora de direitos do negócio jurídico não é objeto de teorias contratuais, da psicologia ou da interpretação de um regime jurídico especial, mas da doutrina do direito positivo em geral; 100) Os *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) - efeitos jurídicos - da norma negocial, não são, em si, autônomos, mas dependem do *Prinzip der Selbstgenerierung von Recht* (princípio da auto geração do direito), o *Sollen der Zurechnung* (dever atribuído), a *Ermächtigung* (atribuição de competência) de uma hierarquia formal, a *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada) e, os *Willensaktes* (atos de vontade), todos inscritos no paradigma linguístico-antimetafísico da filosofia analítica; 101) A norma jurídica negocial representa o sentido objetivo de um ato subjetivo de vontade que não pode ser conhecido empiricamente; 102) O sentido subjetivo de um *dever-ser* não é objeto de estudo do direito positivo, que se dedica ao *Sein* (o que *é*), não ao *Sollen* (o que *deve* ou *deveria-ser*); 103) O problema da discrepância entre a vontade real e declarada é de ordem hermenêutica, cabe ao magistrado decidir se a causa ou a intenção do ato negocial corresponde a exteriorização e a concretização dos efeitos jurídicos pactuado; 104) Não confundir o ato de vontade de um magistrado quando interpreta e aplica o direito no caso concreto, com o ato de vontade do particular como forma de autorregular a própria conduta; 105) Hans Kelsen realizou uma revolução cognitiva no direito semelhante a de Kant na teoria do conhecimento; 106) Para Kelsen o dever - ser criado pelo ato de vontade é o sentido subjetivo do negócio jurídico, e, ao mesmo tempo, este ato adquiri um sentido objetivo através da validação do contrato; 107) A norma negocial está subordinada ao pressuposto lógico-transcendental e todo arcabouço teórico neokantiano; 108) Não se confunde a metodologia de análise da teoria pura do direito negocial com as teorias da dogmática jurídica (com fins

pragmáticos); 109) que a significação jurídica do ato de vontade não pode ser percebida no ato por meio dos sentidos; 110) a norma jurídica negocial representa o sentido objetivo de um ato subjetivo de vontade; 111) ato de vontade subjetivo que cria um dever-ser numa relação negocial é, ao mesmo tempo, o sentido objetivo da norma contratual na medida em que é validada pela ordem jurídica vigente; 112) não cabe ao positivismo estudar a presunção de uma vontade (real) como causa dos efeitos jurídicos de uma relação negocial; 113) somente as teses jusnaturalistas reconhecem o querer subjetivo *em si* como normativo, quando a autodeterminação da vontade privada passa ser fonte de direito, o positivismo rejeita esta hipótese; 114) A função criadora de direitos da norma negocial não tem origem na autonomia da vontade das partes do ponto de vista metafísico ou psicológico, mas da autorização outorgada pelo sistema jurídico positivo ao longo da *Stufenbau der Rechtsordnung* (estrutura escalonada); 115) O ordenamento reconhece a eficácia jurídica a determinados atos negociais, como contratos, e estabelece previamente os critérios e as condições para que eles produzam efeitos jurídicos; 116) A autonomia da vontade é um instrumento de criação dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos) no âmbito da norma negocial, mas subordinada aos esquemas lógicos *a priori* da *Positivität* (positividade) sistema jurídico positivo; 117) o sentido objetivo da vontade jurídica não se refere a intenção particular do ponto de vista da metafísica moral kantiana, de uma inclinação patológica ou um desejo pulsional (psicológico) do particular, mas como um fato normativo regulado por normas superiores; 118) o positivismo não reconhece a simples manifestação da vontade como juridicamente válida, mas quando estão conforme às normas que disciplinam a formação e os efeitos dos contratos; 119) A *Ermächtigung* (atribuição jurídica) e os *Willensaktes* (atos de vontade) não são sinônimos, mas possuem funções correlatas do ponto de vista lógico no processo de criação dos *subjektiven Rechte* (direitos subjetivos); 120) Não confundir o processo de dedução lógica-formal da *Stufenbau der Rechtsordnung*, com *Modus Ponens* no sentido material, quando pode-se concluir um dever-ser particular a partir de uma premissa geral de justiça, da vontade particular ou do Estado; 121) A autonomia da vontade dos particulares constitui direitos e deveres nas relações negociais, mas não é, *em-si* mesma, fonte *a priori* de *juridicidade* ou validade jurídica; 122) Para o positivismo, a vontade jurídica estabelece um nexo específico entre o sujeito e os acontecimentos do mundo exterior pelo *das Sollen der Zurechnung* (dever- ser por imputação), ao contrário do raciocínio do *Subjektives Recht als Willensmacht* (direito subjetivo como poder de vontade), cuja vontade é o núcleo do direito subjetivo; 123) o processo de *Verrechtlichung* (juridificação) dos fatos vinculados pela liberdade dos particulares independe da subjetividade do querer, das fontes

metafísicas ou fáticas, mas da conjunção de condições formais e, 124) a vontade jurídica é um instrumento formal de vinculação de fatos e valores da norma negocial.

Quod erat demonstrandum[1426]

[1426] "O que era necessário demonstrar".

O GIGANTE ADAMASTOR

O Gigante Adamastor é a personificação simbólica do "Cabo das Tormentas" e do medo pelo desconhecido enfrentado e superado por Vasco da Gama ao singrar o mar inóspito do sul da África, poeticamente imortalizado na monumental obra *Os Lusíadas* (1572) de Luís de Camões. O Capitão Gama liderou os conquistadores portugueses sempre confiantes e destemidos diante das adversidades impostas pela natureza. A ousadia de se arriscar pelos desafios intelectuais entre Kant e Kelsen, compara-se a travessia pelas tormentas do mar.

Conta o poeta que o Capitão Gama em sua missão de descobrir um novo caminho marítimo para as Índias, encontra o Rei de Melinde (África), momento em que descreve sua viagem, a bravura dos conquistadores portugueses e a grandeza de Portugal. A eloquência do navegador enriqueceu a narrativa ao incorporar elementos épicos e dramáticos que elevaram sua jornada a uma realização heroica, por esta razão, Camões no Canto I verso IV, pede à Tágides do Rio Tejo que o inspirem a escrever, da mesma forma eloquente, os Cantos épicos para *Os Lusíadas*. Também foi pedido no proêmio deste trabalho, que elas acompanhassem esta travessia pelo mundo do direito e da filosofia.

Figura 3*: Luiz de Camões e as Tágides do Rio Tejo.

> E vós, Tágides minhas, pois creado
> Tendes em mi hum novo engenho ardente;
> Se sempre em verso humilde celebrado
> Foi de mi vosso rio alegremente;
> Dai-me agora hum som alto, e sublimado,
> Hum estylo grandiloquo, e corrente;
> Porque de vossas aguas Phebo ordene.
> Que não tenham inveja ás de Hippocrene.

No Canto III, verso I, Camões também pede para Calíope[1427] para que ela ensine a divina expressividade com que o ilustre Vasco da Gama narrou sua viagem ao Rei[1428].

[1427] "As musas na mitologia grega são responsáveis por proteger as artes, as ciências e as letras, são elas quem inspiram os poetas e artistas. Calíope é a responsável por inspirar os poetas e cantores, ao citá-la, Camões mostra quão grande honra devemos homenagear o capitão Vasco da Gama". FERREIRA, Raislan Henrique; GARCIA, T. C. Símbolos mitológicos: Análise do canto d'os Lusíadas à luz da filosofia de Ernst Cassirer. Disponível em: https://unisales.br/wp-content/uploads/2023/06/simbolos-mitologicos-analise-do-canto-v-dos-lusiadas-a-luz-da.pdf Acesso em 15/08/2024. p.15.

[1428] CAMÕES, Luís. Os Lusíadas. Op. Cit. p. 139.

* Luiz de Camões e as Tágides. Disponível em: https://entender.net.br/os-lusiadas-tagides-musas-e-as-nereidas/ Acesso em: 03/01/2025.

Agora tu , Calliope, me ensina
O que contou ao Rei o illustre Gama:
Inspira imortal canto, e voz divina
Neste peito mortal que tanto te ama:
Assi o claro inventor da Medicina
De que Orpheo pariste, ó linda dama,
Nunca por Daphne, Clycie, ou Leucothoe,
Te negue o amor devido, como soe.

Vasco da Gama conta que ao cruzar o Cabo das Tormentas, na exata metade do caminho pelo contorno da África (no Canto V, verso XXXVII e XXXVIII, pois Os Lusíadas têm dez cantos), enfrentou mares bravios agitados por Adamastor[1429]. Assim como acontece na aventura intelectual entre Kant e Kelsen, o Gigante também guarda surpresas que só se revelam em meio ao caminho, como uma forma de advertência sobre os perigos da ambição desmedida e da tentativa de ultrapassar as próprias limitações, ímpeto muitas vezes punido severamente, outras vezes premiado com as honrarias reservadas aos destemidos conquistadores.

Figura 4*: Aparição do Gigante Adamastor na passagem do Cabo da Boa Esperança (ou Cabo das Tormentas).

Porém já cinco soes eram passados.
Que dalli nos partíramos, cortando,
Os mares nunca d' outrem navegados,
Prosperamente os ventos assoprando:
Quando huma noite estando descuidados
Na cortadora proa vigiando,
Huma nuvem que os ares escurece
Sobre nossas cabeças apparece.

Tão temerosa vinha, e carregada,
Que poz nos corações hum grande medo,
Bramindo o negro mar de longe brada
Como se desse em vão n'algum rochedo.
O'Potestade, disse, sublimada!
Que ameaço divino, ou que segredo
Este clima, e este mar nos apresenta,
Que mór cousa parece, que tormenta?

[1429] CAMÕES, Luís. Ibid. p. 211.

* Figura 4: Aparição do gigante Adamastor na passagem do Cabo da Boa Esperança. Canto V. Desenho de Fragonard e gravura de Bovinet. Edição de Os Lusíadas, Paris, 1837. Disponível em: https://www. arquipelagos. pt/imagem/adamastor-1837/ Acesso em: 03/01/2025.

Vencido o desafio, Vasco da Gama segue seu caminho para anunciar o descobrimento à Portugal e inspirar àqueles que se aventuram a desbravar mundos nunca dantes explorados...

No proêmio deste trabalho, foi feito um pedido à Luís de Camões que intercedesse junto às Tágides, as Ninfas do Rio Tejo, para que acompanhassem a trajetória desta jornada, pois confia-se a elas a proteção daqueles que se aventuram nas letras, nas artes e nas ciências.

É preciso agradecê-los...

CANTO DE ENCERRAMENTO[1430]

Malgrado o desejo e a ousadia;
Com modestas letras facear;
Direito, ciência e filosofia;
Reuni-las n'um adágio a resgatar;
Em árdua prosa, verso ou poesia;
Das mentes perenais, foi-se evocar;
A memória de duas teses nascidas;
Da pureza qu'inda vicejam unidas.

Entre os limites de sentir e saber;
Ergueu-se um templo à pura razão;
Subjugou interesse, ego e o querer;
Nos costumes foi luz na escuridão.
A liberdade o imperativo do dever;
Ao bom caráter, a única condição:
Decretou a moral racional, sem rei;
Age como se tua máxima fosse lei.

Da crítica da razão a pureza do direito;
Separar o justo do legal a teoria exigia;
Assegura o jurista firme no conceito;
Livrar-se da política, da fé e ideologia;
Norma fundamental, base do preceito;
Alicerce cognitivo no tempo da tirania;
Fez ciência reta, sem emoções e desvios;
Nasceu o positivismo, em campos frios.

Não pretende a doutrina do direito;
Na pureza do cônscio alcançado;
Ignorar febricitante amor no peito;
Nem o fascínio pelo céu estralado.
Não quis a ciência em seu pleito;
Regular o justo, o certo e o errado,
Renunciar o outro como um fim;
Revogar a moral dentro de mim.

No proêmio, uma prece e um pedido;
Camões às Ninfas do Tejo interceder;
No silente exílio do labor foi sentido;
Sublime experiência de fruir o saber;
Mas não se sabe do talento concedido;
Flúmen de tinta escorreu sem perceber;
Se letras emergiram do rio ou de mim;
Às Tágides agradeço, o milagre pelo fim.

[1430] "Canto" é uma alusão aos *Os Lusíadas* e seu esquema rímico de versos em oitavas AB, AB, AB, CC.

Finis coronat opus[1431]

[1431] (O fim coroa a obra).

REFERÊNCIAS

1. AARÃO REIS, Carlos David S. A elaboração do BGB Homenagem no centenário do Código Civil alemão. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 33 n. 130 abril/jun. 1996. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176447 Acesso em 16/01/2024.

2. A HEIDEGGER DICTIONARY. Kant and the problem of metaphysics. The Blackwell Philosopher Dictionaries. Michael Inwood. Oxford: Blackwell, 1999.

3. ABBAGNANO, Nicolás. Dicionário de filosofia. Tradução da 1.ª edição brasileira coordenada e revisada por A. Bossi; revisão da tradução e tradução de novos textos de Ivone C, Benedetti. 5. ed. SP: Martins Fontes, 2007.

4. ABBAGNANO, Nicolás. História de la filosofia. V2. La filosofía del Renacimiento La filosofía moderna de los siglos XVII y XVIII. Traducción de Juan Estelrich y J. Pérez Ballestar. Barcelona: Hora, S.A., 1994.

5. ADEODATO, João Maurício. Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

6. ADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. p. 95-114, dez. 2008. Disponível em: https://doi.org/10.5007/2177-7055.2008v29n57p95 Acesso em: 19/12/2024.

7. AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. Introducción al derecho (conocimiento y conocimiento científico, historia de las ideas jurídicas, teoría general del derecho, teoría general aplicada). 3. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

8. AGOSTINHO, Santo. A cidade de Deus. Tradução de João Dias Pereira. Tradução do original latino intitulado DE CIVITATE DEI de Santo Agostinho, baseada na 4ª. ed. de B. Dombart e A. Kalb. 2. ed. Liboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

9. AGOSTINHO, Santo. Confissões: De Magistro. Tradução de Ângelo Ricci. Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1980.

10. AGOSTINHO, Santo. Confissões. Tradução de Lorenzo Mammì. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

11. AGOSTINHO, Santo. DE CIVITATE DEI CONTRA PAGANOS LIBRI XXII. Disponível em: https://www.augustinus.it/latino/cdd/index2.htm. Acesso em 17/01/2024.

12. AGOSTINHO, Santo. De Magistro. Tradução de Antonio Minghetti. Porto Alegre: Fi, 2015.

13. AGOSTINHO, Santo. O livre arbítrio. 2. ed. Tradução de Antônio Soares Pinheiro. Braga: Faculdade de filosofia, 1990.

14. AGOSTINHO, Santo. Sollilóquios. A vida feliz. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1998.

15. AICHER, Josef. Das Eigentum als subjektives Recht: Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

16. ALBERTSON, David. Mathematical theologies: Nicholas of Cusa and the legacy of Thierry of Chartres David Albertson. Oxford: Oxford University Press 2014.

17. ALIPRANTIS, Nikita. Die Selbsterzeugung des Rechts und ihre Folgen. In.: Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen des 20. Schriftenreihe des hans Kelsen-Instituts. Jahrhunderts. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2013.

18. ALVES, Rubem. Filosofia da ciência: Introdução ao jogo e suas regras. 10. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

19. AMARAL, Alessandro Duarte A. L. (2020). "Método transcendental": do legado kantiano à filosofia juvenil de Ernst Cassirer no contexto da Escola (neokantiana) de Marburgo. Kant E-Prints, 14(3), 93–118. Recuperado de https:// periodicos. sbu.unicamp.br/ojs/index.php/kant/article/view/8672379. Acesso em 07/08/2024.

20. AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

21. APRESENTAÇÃO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL: Disponível em: http: //www.uel. br/pos/ mestradoemdireito/ pages/apresentacao-do-programa.php Acesso em 03/08/2024.

22. AQUINO, Santo Tomás de. Comentário a la física de Aristóteles. Traducción de Celina A. Lértora Mendoza. España: EUNSA, 2011.

23. AQUINO, Santo Tomás de. Suma de teologia I. Traducción de José Martorell Capó. Cuarta edición (reimpresión), Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos Don Ramón de la Cruz, 2001.

24. ARENDT, Hannah. A vida do espírito. 4. ed. Tradução de Antônio Abranches, Cesar Augusto R. de Almeida, Helena Martins. . Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

25. ARISTÓTELES, Órganon. Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analítico posteriores, Tópicos refutações sofísticas. Tradução de Edson Bini. 2.a ed. Bauru, SP: Edipro, 2010.

26. ARISTÓTELES. Metafísica. (Edição Bilíngue). Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

27. ARRESE IGOR, Héctor Oscar . El problema de la virtud en la ética de Hermann Cohen. Studia Kantiana 13 (2012): 17-29. Disponível em: https:// revistas. ufpr. br/ studiakantiana/article/view/88823/47760 Acesso em: 05/09/2024.

28. ARTE.IT. Map of art in Italy. Disponível em: https://www.arte.it/raffaello/loc/la-scuola-di-atene-2871 Acesso em 07/10/2023.

29. ASHTON, Peter Walter. A História da Elaboração do BGB Alemão. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS - nº 31, 2013, p. 225. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70711 Acesso em 16/09/2024.

30. ATALIBA, Geraldo. Prefácio. In.: VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas do direito positivo. Prefácio Geraldo Ataliba; Apresentação de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Noeses, 2005.

31. AUSTIN, John. Lectures on Jurisprudence: The Philosophy of Positive Law. New York: Henry Holt and Company, 1875.

32. AUSTIN, John. The province of jurisprudence Determined. London: John Murray, Albermarle Street, 1832.

33. AYALA, Ricardo Azpurua. Kelsen y su posicion frente al Positivismo y la direccion Neokantiana. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1965. Disponível em: http:_//_www._ulpiano._org._ve/_revistas/_bases/_artic/_texto/_RDUCV/_30/ rucv_1964_30_55-78.pdf Acesso em 31/10/2024.

34. AYER, Alfred Jules. Historia del movimiento del positivismo lógico. Introduccíon del compilador. In.: Positivismo lógico. Trad. de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel. (org) A. J. Ayer. México: Fondo de Cultura Económica, 1981.

35. AZEVEDO, Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

36. BACHELARD, Gastón. A epistemologia. Tradução de Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, 2006.

37. BACHELARD, Gastón. The new scientific spirit. Translated by Arthur Goldmmer. Boston: Beacon Press Boston, 1984.

38. BACON, Francis. Novum Organum: Verdadeiras Indagações acerca da Interpretação da Natureza. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

39. BANAKAR, Reza. and Max Travers (2002) Introduction to Law and Social Theory (Oxford: Hart Publishing). Disponível em: https: // papers. ssrn. com/ sol3/ papers. cfm ? abstract_id=2308752 Acesso em 02/03/2024.

40. BANAKAR, Reza. Normativity in Legal Sociology. Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity. London: Springer, 2015.

41. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da Teoria de Kelsen. Disponível em: https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/823 Acesso em:25/12/2023.

42. BARILE DA SILVEIRA, Daniel. Max Weber e Hans Kelsen: A sociologia e a dogmáticas jurídicas. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 27, p. 171-179, nov. 2006. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-44782006000200012 Acesso em 01/03/2024.

43. BAUER, Emmanuel J. Francisco Suárez (1548 - 1617): Scholasticism after Humanism. In.: Philosopher of the Renaissance. Translate by Brian Mcneil and Edited by Paul Richard Blum. The Catholic University of America Press Washington, D.C, 2010.

44. BAUMAN, Zygmunt. Ética pós-moderna. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

45. BAUN, Manfred. Methode, transzendentale. In.: Historisches Wörterbuch der Philosophie online. Disponível em: DOI: 10.24894/HWPh.2530 Acesso em 10/03/2024.

46. BAVARESCO, Agemir; RAMALHO, Júlia Sebba; HELFER, Inácio (Orgs.). Enciclopédia de Hegel 1817 - 2017: duzentos anos de lógica - natureza - espírito [recurso eletrônico] / Agemir Bavaresco, Júlia Sebba Ramalho; Inácio Helfer (Orgs.). Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

47. BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. Prefazione di Antonio Marchesi, presidente di Amnesty International Italia. Roma: Lit Edizioni, 2014.

48. BEISER, Frederick C. German idealism: the struggle against subjectivism, 1781-1801. Mass: Harvard University Press, 2008.

49. BEISER, Frederick C. The Fate of Reason German Philosophy from Kant to Fichte. Massachusetts: Harvard University Press, 1987.

50. BEISER, Frederick C. The Genesis of Neo-Kantianism. 1796-1880. Oxford: Oxford University Press, 2014.

51. BENJAMIM, Walter. A tarefa do tradutor: quatro traduções para o português. Belo Horizonte: Fale/UFMG, 2008.

52. BERGER, Márcio Garcia. A Kantian Interpretation of Kelsen's Basic Norm. Mario Garcia. Ratio Juris. Vol. 33 No. 1 March 2020 (35-48). Disponível em: https://doi.org/10.1111/raju.12266 Acesso em 22/08/2024.

53. BERGER, Mario Garcia. The Legal Norm as a Function: The Influence of Ernst Cassirer and the Marburg Neo-Kantians. Disponível em: https:// revistas. juridicas. unam. mx/ index.php/filosofia-derecho/article/view/12449 Acesso em 01/10/2024.

54. BERGSON, Henri. L'evolution creatrice. Quatrième Édition. Paris: Félix Alcan, 1908.

55. BERMAN, Antoine. A tradução e a letra ou o Albergue do longínquo. 2. ed. Tradução de Marie Hélène C. Torres, Mauri Furlan e Andreia Guerini. Tubarão: Copiart; Florianópolis: PGET/UFSC, 2013.

56. BERMAN, Harold. J. Justice in the U.S.S.R. 3.ed. London: Oxford University Press,1963.

57. BILLIER, Jean-Cassien. História da filosofia do direito / Jean-Cassien, Aglaé Maryioli. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

58. BIRKET-SMITH, Kaj. História da cultura. Origem e evolução. Tradução de Oscar Mendes. 2. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962, p. 303.

59. BITTAR, Eduardo Carlos B. A Justiça Kelseniana. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 96, p. 541-563, 2001. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67517. Acesso em 18/10/2024.

60. BITTAR, Educardo Carlos B. Curso de filosofia do direito. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

61. BLANC FARIA, Mafalda de. Introdução à Ontologia. 2.ª ed. Lisboa: Piaget, 2011.

62. BOBBIO, Norberto. Dicionário de política VI. 11. ed. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Tradução de Carmen C, Varriale *et al*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

63. BOBBIO, Norberto. Estudios de historia de la filosofia: De Hobbes a Gramsci. Estudio prelilinar de Alfonso Ruiz Miguel. Versión castellana de Juan Carlos Bayón. Madrid. Debai, 1991.

64. BOBBIO, Norberto. Logica y derecho. Traducción de Alejandro Rossi. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.

65. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

66. BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Tradução de Fernando Pavan Baptista & Ariani Bueno Sudatti. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2003.

67. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999.

68. BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. Trad. Denise Agostinetto. 3.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

69. BOCACCINI, Federico. La vérité efficace: L'origine du concept de vrai chez Brentano entre evidenz philosophie et pragmatisme. In.: Franz Brentano's metaphysicis and psychology. Ion Tănăsescu (ed.). Bucharest: Zeta books. 2012.

70. BOEHNER, Philotheus; GILSON, Étienne. História da Filosofia Cristã: desde as origens até Nicolau de Cusa. 9ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

71. BONACCINI, Juan Adolfo. "O Conceito hegeliano de "Fenomenologia" e o problema do Ceticismo". Disponível em: http://www.hegelbrasil.org/revista.htm. Acesso em 30/08/2024.

72. BORGES VALADÃO. Rodrigo. (2020). A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo. Revista Eletrônica Da PGE-RJ, 3(3). Disponível em: https://doi.org/10.46818/pge.v3i3.177 Acesso em 07/12/2024.

73. BORMANN, Ricardo. Law and psychoanalysis: close intertwining between Hans Kelsen and Sigmund Freud. Justiça do direito v. 35, n. 1, p. 6-35, Jan./Abr. 2021. Disponível em: https://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/12543 Acesso em 12/10/2024.

74. BOSTOK, David. Russell's Logical Atomism. Oxford: Oxford University Press, 2012.

75. BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

76. BRAGA DA CRUZ, Manuel e VAZ PINTO, António. Prefácio. In.: Francisco Suárez nos 400 anos da sua morte. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019.

77. BRANTES FERREIRA, Daniel; CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. O direito subjetivo nas concepções de Hans Kelsen e Alf Ross. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.11, n.2, p.1-158, out.2018/mar. 2019.

78. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https:// www. planalto. gov. br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 31/12/2024.

79. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

80. BRUNELLI, Alena. Romantik und Natur in Goethes Werken. Disponível em: https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:162:013422 Acesso em 09/09/2024. Zadar: Sveučilište u Zadru, 2004.

81. BULYGIN, Eugenio. Kelsen on the Completeness and Consistency of Law. In.: Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law. Edited by Luís Duarte d'Almeida John Gardner and Leslie Green. Oregon: Hart, 2013.

82. BULYGIN, Eugenio. The Kantian and the Positivistic. In.: Essays in Legal Philosophy. New York: Oxford University Press, 2015.

83. BULYGIN, Eugenio. Validez y eficácia del Derecho. Buenos Aires: Astrea, 2005.

84. BUNGE, Mário. Dicionário de filosofia . Tradução de Gita K. Guinsburg. São Paulo: Editora Perspectiva, 2002.

85. BUSTAMANTE, Tomas. O argumento ad absurdum na interpretação do direito. Seus usos e significado normativo: Disponível em: https: //www2. senado. leg. br/ bdsf/ bitstream/ handle/ id/ 496612/ 000967045.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 20/01/2024. Brasília a. 49 n. 196 out./dez. 2012.

86. CADORE, Rodrigo. A Teoria Pura do Direito como produto da Escola Jurídica de Viena: o período inaugural da Reine Rechtslehre (1911-1930). In.: Múltiplos Olhares sobre o

Direito. Homenagem aos 80 anos do ProftssorEmérito Celso Lafir- Vol l. Aari Marcelo Solon et. al. (orgs). São Paulo: Qyartier Latin, 2022.

87. CAFFÉ ALVES, Alaôr. Apresentação. In.: PACHUKANIS, Evguiéni Bronislávovitch. Teoria geral do direito e marxismo. São Paulo: Acadêmica. 1988.

88. CALDWELL, Peter R. Introduction. In.: Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. Introduction. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism Peter C. Caldwell. London: Duke University Press, 1997.

89. CALMON NAVARRO COELHO, S. (2008). Norma Jurídica e Lei são Figuras Teóricas Diferentes. Revista Brasileira De Estudos Políticos, 98, 175-204. https://doi.org/10.9732/73.

90. CALSAMIGLIA, Albert. Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Barcelona: Ariel, 1978.

91. CALVILLO, Manuel. Francisco Suarez. La filosofia jurídica. El derecho de propriedade. Jornadas 43. Mexico: El colégio de Mexico, 1945.

92. CAMÕES, Luís. Os Lusíadas. Nova Edição. Segundo a do Morgado Matteus. Com as Notas e Vida do Autor pelo Mesmo, Corrigida Segundo as Edicoes de Hamburgo e de Lisboa e Enrequecida de Notas e d'uma Prefação pelo Dr. Caetano Lopes de Moura. Rio de Janeiro: Officina Typographica de Firmin Didot, Pariz, 1859.

93. CAMUS, Albert. O preço da liberdade. Palestra proferida por ocasião do Prêmio Nobel de 1958. In. As mais belas palavras. Eli Behar. Trad. de A. M. Auersperg. São Paulo: Hemus, “s.d.”.

94. CANALES, Jimena. The physicist & the Philosopher - Einstein, Bergson, and the debate that changed our understanding of time. Princeton: Princeton University Press, 2015.

95. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na Ciencia do Direito. 3. ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbekian, 2002.

96. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed, Coimbra: ALMEDINA, 2003.

97. CARNAP, Rudolf. La Antigua y nueva lógica. In.: Positivismo lógico. Trad. de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel. (org) A. J. Ayer. México: Fondo de Cultura Económica, 1981.

98. CARNAP, Rudolf. The Elimination of Metaphysics Through Logical Analysis of Language. A Superação da Metafísica pela Análise Lógica da Linguagem. Tradução de William Steinle. Cognitio, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 293-309, jul./dez. 2009.

99. CARNAP, Rudolf. The logical structure of the world and pseudoproblems in philosophy. Translated by Rolf A. George. Chicago: Open Court, 2005.

100. CARNAP, Rudolf. The logical syntax of language. Translated by Amethe Smeaton. London: Routledge, 2007.

101. CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do direito. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

102. CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 3.ª ed. São Paulo: Editora Noeses Ltda., 2009.

103. CARVALHO, Ricardo Henrique Salgado e OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. Kant e Radbruch: Do Dualismo "Ser e Dever Ser" ao Trialismo - Aproximações sobre o Direito e a Filosofia do Direito. Disponível em: http:// www. publicadireito. com. br/artigos/? cod=e8fd4a8a5bab2b37 Acesso em 02/04/2024.

104. CASSIRER, Ernst. Indivíduo e Cosmos na Filosofia do Renascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

105. CASSIRER, Ernst. Kant, vida y doctrina. Traducción de Wesceslado Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

106. CASSIRER, Ernst. Las ciencias de la cultura. Traducción de Wenceslao Roces. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2005.

107. CASSIRER, Ernst. Philsophie der Symbolischen Formen. Erster Teil: Die Sprache. Berlin: Bruno Cassirer Verlag Berlin. 1923.

108. CAYGILL, Howard. Dicionário Kant. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

109. CELADA, Gregorio Luengo. O.P. Introducción a la Suma de teologia de Santo Tomas de Aquino. in: AQUINO, Santo Tomás de. Suma de teologia I. Traduccíon de José Martorell Capó. Cuarta edición (reimpresión), Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos Don Ramón de la Cruz, 2001.

110. CERQUEIRA GONÇALVES, Frei Joaquim: São Boaventura Mestre da Vida espiritual. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/12377/1/V00402-265-276.pdf p. 272. Acesso em 06/10/2023.

111. CHIASSONI, Pierluigi. Giacomo Gavazzi e la teoria kelseniana della scienza giuridica. Teoria del diritto e filosofia analítica studi in ricordo di giacomo gavazzi. Torino: G. Giappichelli editore, 2012.

112. CHIASSONI, Pierluigi. Kelsen and Natural Law Theory: An Enduring Critical Affairp. In.: Kelsenian Legal Science and the Nature of Law. Cham: Springer, 2017.

113. CHIASSONI, Pierluigi. La tradición analítica em la Filofía del Derecho. De Bentham a Kelsen. Trad. F. M. Luna. Lima: Palestra Editores, 2017.

114. CHIASSONI, Pierluigi. O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen. Tradução Heleno Taveira Torres; Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

115. CHOMSKY, Noam. Linguagem e mente: pensamentos atuais sobre antigos problemas. Tradução de Lúcia Lobato, revisão Mark Ridd. Brasília: Editora da universidade de Brasília, 1998.

116. CÍCERO, Marco Túlio. Discussões Tusculanas. Tradução Bruno Fregni Bassetto. Uberlândia: EDUFU, 2014.

117. CÍCERO, Marco Túlio. Saber envelhecer e A amizade. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011.

118. CLARK, Elizabeth Ann. History, theory, text: historians and the linguistic turn. Mass: Harvard University, 2004.

119. COHEN, Hermann. Das Princip der Infinitesimal - Methode und seine Geschichte. Berlin: Ferd. Dümmlers Verlagsbuchhandlung Harrwitz und Gossmann, 1883.

120. COHEN, Herman. Ethik des reinen Willens. Berlim: Bruno Cassirer, 1904.

121. COHEN, Hermann. Kants Begründung der Ethik. Berlin: Dümmler, 1877.

122. COHEN, Hermann. Kants Theorie der Erfahrung. Berlin: Ferd. Dümmlers Verlagsbuchhandlung, 1871.

123. COHN, Gabriel. Crítica e resignação. Fundamentos da sociologia de Max Weber. São Paulo: T. A. Queiroz, 1979.

124. COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. Kelsen reading Weber: is a sociological concept of the State possible? In.: The Reconstruction of the Juridico-Political. Affinity and Divergence in Hans Kelsen and Max Weber. New York: Routledge, 2016.

125. COLOMBAT, B. et al. Uma história das ideias linguísticas. São Paulo: Contexto, 2017.

126. COMTE-SPONVILLE, André. A filosofia. Tradução Joana Angélica D'Avila Melo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

127. COMTE-SPONVILLE, André. Dictionnaire philosophique. 4e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

128. CONAN DOYLE, Arthur. Sherlock Holmes: Um estudo em vermelho. Tradução de Louisa Ibánez. Rio de Janeiro: HarperCollins, 2017.

129. CONDILLAC, Étienne Bonnot de. Tratado dos sistemas. Trad. Luiz Roberto Monzani. São Paulo: Abril Cultural e industrial, 1973.

130. CONDILLAC, Étienne Bonnot. A língua dos cálculos. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Abril Cultural e industrial, 1973.

131. CONKLIN, William E. Conklin. Hans Kelsen on Norm and Language (2006). Ratio Juris, Vol. 19, March 2006. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2409232 Acesso em: 02/01/2025.

132. CONSANI, C. F. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política [Kelsen, reader of Kant: considerations regarding the relationship between Law and Moral and its consequences in politics]. Princípios: Revista de Filosofia (UFRN), [S. l.], v. 23, n. 41, p. 125–170, 2016. DOI: 10.21680/1983-2109.2016v23n41ID9823. Disponível em: https:// periodicos. ufrn. br/ principios/ article/ view/9823. Acesso em: 19 jul. 2024.

133. CONVERSACION COM HEIDEGGER. (Tornado del n.º 954-20-26 de octubre de1969 del "Express"). Traducido por Julio Diaz Báez. Disponível em: https: // revistas. unal. edu.co/index.php/idval/article/view/29089 Acesso em 27/09/2023.

134. CORPUS THOMISTICUM. Sancti Thomae de Aquino. Catena aurea in quatuor Evangelia Expositio in Ioannem a capite V ad caput XI. Disponível em: https://www.corpusthomisticum.org/cjo05.html Acesso em 10/01/2024.

135. CORPUS THOMISTICUM. Sancti Thomae de Aquino. Summa contra Gentiles. liber II a capite LVI ad caput XC. Disponível em: https: //www. corpusthomisticum. org/scg2056.html Acesso em 02/02/2024.

136. CORTINA ORTS, Adela. Estudio preliminar. In.: KANT, Immanuel. "La metafísica de las Costumbres. Traduccíon y notas de Adela Cortina Orts y Jesus Conill Sancho. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

137. COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n.º 58, p. 41-84, jan./jun, 2011.

138. COUTU, Michel. Max Weber and Hans Kelsen: formal rationality and legitimacy of modern law. In.: The Reconstruction of the Juridico-Political. Affinity and Divergence in Hans Kelsen and Max Weber. New York: Routledge, 2016.

139. COUTURAT, Luis. La filosofia de las matemáticas em Kant. Prólogo y traducción de Miguel Bueno. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1960.

140. CRISTAUDO, Wayne. Idolizing the Idea. A Critical History of Modern Philosophy. London: Lexington Books, 2020.

141. CUSA, Nicolás de. La paz de la fe. Carta a Juan de Segovia. Introducción, traducción y notas de Víctor Sanz Santacruz. Pamplona: Universidad de Navarra, 1996.

142. CUSA, Nicolau. Douta Ignorância. Tradução, introdução e notas de João Maria André. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

143. D'AMICO, Claudia. Nicolás de Cusa en la lectura de H-G Gadamer. Studium Philosophiae. Textos en homenaje a Silvia Magnavacca. Buenos Aires: Rhesis, 2014.

144. DAHLSTROM, Daniel O. The Heidegger dictionary. New York: Bloomsbury Academic, 2013.

145. DAVID, Pedro R. Sociología Jurídica: Perspectivas fundamentales. Conflictos y dilemas de sociedad, persona y derecho en la época actual. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.

146. DEELY, John. Roman T. Ciapalo (ed.), Washington, DC: Catholic University of America Press/American Maritain Association, 1997.

147. DELACAMPAGNE, Christian. História da filosofia do século XX. Tradução de Luc Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

148. DESCARTES, René. Discours de la méthode. Texte et commentaire par Étienne Gilson. Sixième edition. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1985.

149. DESCARTES, René. Méditations métaphysiques. Disponível em: https: //www. etudier. com/dissertations/Descartes-Cogito/609516.html Acesso em 17/01/2024.

150. DESCARTES, René. O discurso sobre o método. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

151. DESCARTES, René. Princípios da filosofia. Tradução de João Gama, Lisboa: Edições 70, 1997.

152. DICCIONARIO AKAL DE FILOSOFÍA. Traducción de Huberto Marraud y Enrique Alonso. Robert Audi (editor). Madrid: Akal, 2004.

153. DILTHEY, Wilhelm. Einleitung in die Geisteswissenschaften. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1990.

154. DILTHEY, Wilhelm. El mundo histórico. Traducción de Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

155. DILTHEY, Wilhelm. Introducción a las Ciencias del Espíritu. Traducción de Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 2015.

156. DIMOULIS, Positivismo jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora método, 2006.

157. DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

158. DINIZ, Maria Helena. Conceito de norma jurídica como problema de essência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

159. DiSALLE, Robert. Reconsidering Kant, Friedman, Logical Positivism, and the Exact Sciences. Philosophy of Science. Vol. 69, No. 2 (June 2002), pp. 191-211.

160. DJACIR, Menezes. Hans Kelsen e Pontes de Miranda Kelsen e Pontes de Miranda. In: Estudos de Filosofia do Direito: uma visão Integral da obra de Hans Kelsen. PRADO, Luiz Regis, KARAM, Munir (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

161. DOMINGUES, Beatriz Helena. o Medieval e o Moderno no Mundo Ibérico e Ibero-Americano. Estudos Históricos, v. 10, n. 20, 1997. p. 195- 216. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/reh/article/view/2052/1191 Acesso em 07/06/2024.

162. DORADO PORRAS, Javier. Jusnaturalismo y Positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo. Madrid: Dykinson, 2004.

163. DUARTE AMARAL, Lucas Alessandro. "Método Transcendental": Do legado kantiano à filosofia juvenil de Ernst Cassirer no contexto da escola (Neokantiana) de Marburgo. Kant e-Prints, Campinas, Série 2, v. 14, n. 3, pp. 93-118, set.-dez., 2019.

164. DUCEY, Michael H. The Legal Positivism of Hans Kelsen. Chicago: Loyola University Chicago, 1959.

165. DUDLEY, Will. Idealismo alemão. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

166. DURANT, Will. A filosofia de Emanuel Kant ao seu alcance. Tradução de Maria Theresa Miranda. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, "s.d.".

167. DURANT, Will. James. A história da filosofia. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. RJ: Nova Cultural, 1996.

168. DURKHEIN, Émile. As Regras do Método Sociológico. Tradução de Paulo Neves; revisão da tradução Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

169. EINSTEIN, Albert. Como vejo o mundo. Tradução de H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

170. EINSTEIN, Albert. Geometria e experiência. Disponível em: https: //www. ime. usp.br/~pleite/pub/artigos/einstein/ geometria_e_experiencia.pdf Acesso em 30/09/2023.

171. EISNTEIN, Albert. Sobre la Teoría de la Relatividad Especial y General. Traducción: Miguel Paredes Larrucea. Madrid: Ediciones Altaya, 1998.

172. EMPÍRICO, Sexto. Contra os dogmáticos. Traducción de Juan Francisco Martos Montiel. Madrid: Gredo, 2012.

173. ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. Donald M. Borchert. Editor in Chief. V1. 2nd. ed. USA: Thomson Gale, 2006.

174. ENGELS, Friedrich. Die lage der arbeitenden klasse in England. Berlim: Dietz Verlag, 1952.

175. ENRICO, Diciotti; MARIO, Perini. I conflitti normativi e i diritti di libertà. In.: Teoria del diritto e filosofia analítica studi in ricordo di giacomo gavazzi. Torino: G. Giappichelli editore, 2012.

176. EUCLIDES. Os elementos. Tradução Irineu Bicudo. São Paulo: UNESP, 2009.

177. EVANGELISTA, Paulo. Um breve comentário de medard boss sobre psicoterapia de grupo: a transferência na situação grupal. Rev. abordagem gestalt. vol.19 n.º 2, Goiânia dez. 2013. Disponível em <http:// pepsic. bvsalud. org/scielo.php? script= sci_ arttext&pid=S1809-68672013000200009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 20/11/2023.

178. FARREL, Martín Diego. Carl Schmitt, Hans Kelsen y La Corte Suprema. Disponível em: https://revistasdigitales.udesa.edu.ar/index.php/revistajuridica/article/view/85 Acesso em 20/10/2024, p. 209.

179. LOSANO, M. G. Introdução. In.: KELSEN, Hans. O problema da justiça. SP: Martins Fontes, 1998

180. FAVARET Cavalcanti, Arthur José. A teoria geral do direito em Kelsen. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (51) 1996. Disponível em: https:// pge.rj. gov. br/comum/code/ MostrarArquivo.php?C=MTQ2Nzc%2C Acesso em 03/12/2024.

181. FAYEL, E. Descartes e a consciencia em la rercherche de la verite par la lumiere naturelle. Educação e Filosofia, Uberlândia, v. 26, n. 51, p. 145–162, 2012. doi: 10.14393/revedfil.issn.0102-6801.v26n51a2012-p145a162. Disponível em: https://seer.ufu.br/index.php/educacaofilosofia/article/view/17636. Acesso em: 07/09/2024.

182. FERRARI, Massime. Ernst Cassirer Stationen einer philosophischen Biographie. Aus dem Italienischen übersetzt von Marion Lauschke. Hamburg: Felix Meiner Verlag Hamburg, 2003.

183. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

184. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen hoje. In.: COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

185. FERREIRA NETTO, Adyr G. A linguagem filosófica de Immanuel Kant. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/204514. Acesso em 12/02/2024.

186. FERREIRA NETTO, Adyr Garcia. Do estado de natureza ao governo civil em John Locke. Revista do Direito Público, *[S. l.]*, v. 2, n. 2, p. 75–90, 2007. DOI: 10.5433/1980-511X.2007v2n2p75. Disponível em: https: //ojs. uel.br/ revistas/ uel/ index. php/ direitopub/article/view/11457. Acesso em: 30 out. 2024.

187. FERREIRA NETTO, Adyr G. Ética direito em Immanuel Kant. aspectos estruturais e formais da Metafísica dos costumes. Londrina: Engenho das Letras, 2020.

188. FERREIRA NETTO, A., BANNWART Júnior, CIANCA, Fortes, F. (2023). Filosofia e direito na antiguidade: breves considerações sobre a construção simbólica do direito e da justiça. Revista Jurídica da UniFil, 19(19), 61-78. Disponível em: http:// publicacoes.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/2837. Acesso em 27/07/2024.

189. FERREIRA, Daniel Brantes; CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. O direito subjetivo nas concepções de Hans Kelsen e Alf Ross. Civilistica.com, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p.

1–18, 2017. Disponível em: https://civilistica. emnuvens.com.br/redc/article/view/281. Acesso em: 20/08/2024.

190. FERREIRA, Raislan Henrique; GARCIA, Talita Cristina. Símbolos mitológicos: Análise do canto d'os Lusíadas à luz da filosofia de Ernst Cassirer. Disponível em: https://unisales.br/wp-content/uploads/2023/06/simbolos-mitologicos-analise-do-canto-v-dos-lusiadas-a-luz-da.pdf Acesso em 15/08/2024.

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

192. FICHTE, John Gottlieb. O Fundamento do Direito Natural segundo os Princípios da Doutrina da Ciência. Tradução e notas de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

193. FICHTE, John Gottlieb. Sobre o conceito da doutrina-da-ciência em geral. In.: FICHTE, John Gottlieb; SCHELLING, Friedrich Von. Escritos filosóficos. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

194. FLACK, Patrick. Inner Form and the Development of the Concept of Expression in Structuralism and Phenomenology (Špet, Jakobson, Merleau-Ponty). Histoire Épistémologie Langage [Online], 45-1. 2023, Online since 17 July 2023, connection on 29 January 2024. Disponível em: https://journals.openedition.org/hel/3516 Acesso em 04/09/2024.

195. FLORES, P. H. (2019). Kant e o problema do sujeito. *Sofia*, *8*(2), 66–79. https://doi.org/10.47456/sofia.v8i2.19267, 2029.

196. FONDAZIONE TRECCANI. Disponível em: https://www.treccani.it/enciclopedia/max-von-rumelin/ Acesso em 29/10/2024.

197. FOUCAULT, Michael. Qu'est-ce que la critique? Critique et Aufklärung. Bulletin de la Société française de philosophie, Vol. 82, no 2, pp. 35 - 63, avr/juin 1990 (Conferência proferida em 27 de maio de 1978). Tradução de Gabriela Lafetá Borges e revisão de wanderson flor do nascimento. Disponível em: http: // portalgens.com.br /portal /images/ stories/pdf/critica. Pdf. Acesso em 21/10/2023.

198. FRANCA, Leonel. A igreja, a Reforma e a Civilização. 5. ed., Rio de Janeiro: Agir, 1948.

199. FREGE, Gottlob. Begriffsschrift, eine der arithmetischen nachgebildete Formelsprache des reinen Denkens. Zweite Auflage. Mit E. Husserls und H. Scholz' Anmerkungen herausgegeben von Ignacio Angelelli. Zürich: Georg OllIlS Verlag, 1983.

200. FREGE, Gottlob. Begriffsschrift und andere Aufsätze Zweite Auflage Mit E. Husserls und H. Scholz' Anmerkungen herausgegeben von Ignacio Angelelli. Zürich: Georg Olms Verlag, 1993.

201. FREGE, Gottlob. Collected Papers on Mathematics, Logic, and Philosophy. Oxford: Basil Blackwell, 1984.

202. FREGE, Gottlob. Funktion, Begriff, Bedeutung Fünf logische Studien Herausgegeben und eingeleitet von Günther Patzig. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2008.

203. FREGE, Gotllob. Logic. In.; BEANEY, Frege. The Frege reader. Oxford; Massachussetts: Blackwell, 1997.

204. FREGE, Gottlob. "Sobre o sentido e referência". Tradução de Sérgio R. N. Miranda. Disponível em: http://www.revistafundamento.ufop.br/Volume1/n3/vol1n3-2.pdf Acesso em: 18-10-2023.

205. FREGE, Gottlob. The foundations of arithmetic. A logico-mathematical enquiry into the concept of number. Translated by J. L. Austin. 2nd. Ed. New York: Harper Torchbook, 1953.

206. FREIRE SOARES, Ricardo Maurício. Elementos de Teoria Geral do Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

207. FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. Contribuição à história do movimento psicanalítico (1914). Obras completas V. 11. Tradução de Paulo César de Suza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

208. FREUD, Sigmund. Triebe und Triebschicksale (1915). Studienausgabe Band III. Psycholgie des Unbewußten. Frankfurt: Fischer Taschenbuch Verlag. 1982.

209. FREUND, Julien. Sociologia de Max Weber. Traducción de Alberto Gil Novales. Barcelona: Ediciones Península, 1985.

210. FRIEDMAN, Michael. Reconsidering logical positivism. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999.

211. FRIEDMAN, Milton. A Metodologia da Economia Positiva (1953). Edições Multiplic, v. 1, n. 3, p. 164-200, fev. 1981.

212. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer, revisão de tradução de Ênio Paulo Gianchini; 3 ed, Editora Vozes, Petrópolis, 1999.

213. GADAMER, Hans-George. Hermenêutica em retrospectiva. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

214. GALGANO, Nicola Stefano: Os limites da palavra: Parmênides e o indizível. Disponível em: http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/19_2_galgano.pdf. Acesso em: 07/10/2023.

215. GARCIA AMADO, Juan Antonio. É possível Ser Antikelseniano sem Mentir sobre Kelsen? R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, Maio-Agosto, 2019. Disponível em: https:// www. emerj. tjrj. jus. br/ revistaemerj_ online/ edicoes/ revista_ v21_ n2/ revista_v21_n2_52.pdf. Acesso em 15/03/2024.

216. GARCÍA BERGER, Mário. A Kantian Interpretation of Kelsen's Basic Norm. Ratio Juris. Vol. 33 No. 1 March 2020 (35-48), p. 42. Disponível em: https:// doi.org/ 10.1111/ raju.12266. Acesso em 18/05/2024.

217. GARCIA GUAL, Carlos. Nota editorial. TRACIO, Dionisio. Gramática. Introducción, traducción y notas de Vicente Bécares Botas. Madrid: Editorial Gredos, 2002.

218. GAUKROGER, Stephen. Civilization and the Culture of Science. Science and the Shaping of Modernity, 1795 - 1935. Oxford: Oxford University Press, 2020.

219. GAUKROGER, Stephen. Francis Bacon and the Transformation of Early-Modern Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press 2004.

220. GEORGE HENRIK, Von Wright. Sobre normas y proposiciones normativas. Um bosquejo. Traducción de Jorge L. Rodríguez. In.: BULYGIN, Eugenio. Lógica deóntica, normas y proposiciones. Pablo E. Navarro Jorge L. Rodríguez Giovanni B. Ratti (Eds.). Madrid: Marcial Pons, 2018.

221. GIDDENS, Anthony. Sociologia. 6. ed. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos e Vasco Gil. Coordenação e revisão científica de José Manuel Sobral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

222. GLOCK, Hans-Johann. O que é filosofia analítica? Tradução de Roberto Hfmeister Pich. Porto Alegre: Penso, 2011.

223. GLOCK, Hans-Johann. Qué es la filosofia analítica? Traducción de Carmen García Trevdano. Madrid: Tecnos, 2012.

224. GOLDSCHIMDT, Victor. Tempo Histórico e Tempo Lógico na Interpretação dos Sistemas Filosóficos. I.n: A religião de Platão. Tradução de Ieda e Oswaldo Porchat Pereira. 2. ed. São Paulo: Difusão europeia do livro, 1970.

225. GONÇALVES NEVES, Henrique. A Objetividade do direito nas teorias do direito de Hans Kelsen e Herbert Hart. Disponível em: http: // iusfilosofiamundolatino .ua.es/download/(Henrique%20Gonc%CC%A7alves%20Neves)%20A%20objetividade %20do%20Direito%20em%20Kelsen%20e%20Hart.pdf. Acesso em 03/08/2024.

226. GONZALES RÍOS, José. Die Metaphysik der Sprache. Das Problem der Sprache bei Nikolaus von Kues. Disponível em: https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/70095 Acesoo em 06/08/2024.

227. GONZÁLES PORTA, Mario Ariel. A polêmica em torno ao psicologismo de bolzano a heidegger. Síntese, Belo Horizonte, v. 31, n. 99, 2004. Disponível em: https://doi.org/10.20911/21769389v31n99p107-131/2004 Acesso em: 01/10/2024.

228. GONZÁLEZ PORTA, Mario Ariel. "Natur und Geist": A escola de Baden como "Teoria complementar do positivismo". Pensando – Revista de filosofia, *[S. l.]*, v. 9, n. 17, p. 174-190, 2018. DOI: 10.26694/pensando. v9i17.5853. Disponível em: https: // periodicos. ufpi. br/ index.php/ pensando/article/view/3426. Acesso em: 6 fev. 2024.

229. GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do direito político moderno. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

230. GOYARD-FABRE, Simone. Filosofia crítica e razão jurídica. Tradução de maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

231. GRABMANN, Martin. Historia de la filosofía medieval. Traducción de Salvador Minguijón. Barcelona: editorial Labor, 1928.

232. GRAU, Eros. Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

233. GUIBOURG, A. Ricardo. El legado de Kelsen. In.: La teoría del derecho de Hans Kelsen. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

234. GUYAU. Jean-Marie. Crítica da idéia de sanção. Trad. R. Schöpke. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 56.

235. HAACK, Suzan. Deviant Logic. Some philosophical issues. Cambridge Univerty Press, 1974.

236. HABERMAS, Jürgen. A lógica das ciências sociais. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

237. HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

238. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. V1. Tradução de Flávio Beni Siebeneichler. Rio de janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 19

239. HABERMAS, Jürgen. La logica de las ciencias sociales. Traducción: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Tecnos, 1988.

240. HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

241. HABERMAS, Jürgen. On the logic of the social sciences. Translated by Shierry Weber Nicholsen and Jerry A. Stark. Massachusetts: The MIT Press, 1988.

242. HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico. Estudos Filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988.

243. HABERMAS, Jürgen. Verdade e Justificação. Ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

244. HAHN, Hans; NEURATH, Otto, CARNAP, Rudolf. A concepção científica do mundo (1929). O Círculo de Viena. Cadernos de História e Filosofia da Ciência 10 (1986), pp. 5-20. p. 5. Disponível em: https: //www. cle. unicamp. br/eprints/ index.php/ cadernos/ article/view/1220/1011 Acesso em 25/02/2024.

245. HALPÉRIN, Jean-Louis. Exégesis (escuela). Revista de Derecho, núm. 48, julio-diciembre, 2017, pp. 263-277. Universidad del Norte. Barranquilla, Colombia. Disponivel em: https://www.redalyc.org/pdf/851/85152301011.pdf Acesso em: 02/12/2024.

246. HAMMER, Espen. Habermas and Kant - Hegel contrast. In. German idealism. New York: Routledge, 2007.

247. HAMMER, Stefan. A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law? In: PAULSON, S. L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). *Normativity and norms*: critical perspectives on kelsenian themes. Trads. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, pp. 177-194, 1998.

248. HANKINS, James. Humanism, scholasticism, and Renaissance philosophy. Published online by Cambridge University Press: 28 November 2007. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/10.1353/ren.0.0241 Acesso em 2/08/2024.

249. HANS KELSEN ONLINE. Disponível em: https://kelsen.online/ Acesso em: 09/11/2023

250. HARARI, Noah Yuval. Sapiens - uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2015.

251. HART ADOLPHUS, Herbert Lionel. O conceito de direito. 3. ed. Trad. A. Riberio Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

252. HEBECHE, Luiz. A filosofia *sub specie grammaticae*. Curso sobre Wittgenstein. Florianópolis: Editora UFSC, 2016.

253. HEIDEGGER, Martin. Die lehre vom urteil im psychologismus: Ein kritisch-positiver Beitrag zur Logik. In.: Gesamtausgab. Abteilung: veröffentlichte schriften 1914-1970 band 1 frühe schriften. Frankfurt: Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1978.

254. HEIDEGGER, Martin. Kant e o problema da metafísica. Tradução Alexandre Franco de Sá e Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Via Verita, 2019.

255. HEIDEGGER, Martin. Lógica: A pergunta sobre a essência da linguagem. Tradução de Maria Adelaide Pacheco e Helga Hook Quadrado, revisão da tradução Irene Borges Duarte: Fundação Caloustre Gublekian. Lisboa, 2008.

256. HEIDEGGER, Martin. Nietzsche II. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007.

257. HEIDEGGER, Martin. Parmênides. Tradução, Sérgio Mário Wrublescky, revisão da tradução de Renato Kirshner. Editora Universitária São Francisco/Vozes, Bragança Paulista/Petrópolis, 2008.

258. HEIDEGGER, Martin. Qu'est-ce que la Philosophie? In. Conferências e escritos filosóficos. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

259. HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Tradução de Marcia de Sá Cavalcante; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 10. ed., Vozes: Petrópolis, RJ, 2017.

260. HEIDEMANN, Carsten. Die Norm als Tatsache. Disponível em: https:// www. researchgate.net/publication/332698232 Acesso em 25/03/2024.

261. HEIDEMANN, Carsten. Facets of 'Ought' in Kelsen's Pure Theory of Law. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263730727 Acesso em 25/03/2024.

262. HEIDEMANN, Carsten. Hans Kelsen and transcendental method. Northern Ireland Legal Quarterly [Vol. 55, No. 4]. Disponível em: https:// www.academia. edu/79906303/Hans_Kelsen_and_the_transcendental_method Acesso em 21/03/2024.

263. HEIDEMANN, Carsten. Hans Kelsen's Normativism. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/358246172 Acesso em 25/03/2024.

264. HEIDEMANN, Carsten. Norma fundamental (*Grundnorm*) y fundamentación. https://www.academia.edu/108443568/Norma_fundamental_Grundnorm_y_fundamentaci%C3%B3n Acesso em 21/03/2024.

265. HEISENBERG, Werner. Physics and Philosophy. The Revolution in Modern Science. London: Penguin Books, 1989.

266. HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Sobre as influências de Kelsen para o controle de constitucionalidade: Da teoria pura do direito à ideia de tribunal constitucional e suas perspectivas em face do Estado democrático de direito - Uma análise. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/monia_clarissa_hennig_leal.pdf Acesso em 25/05/2022.

267. HERÁCLITO. Fragmentos contextualizados. Tradução de Alexandre Costa, São Paulo: Odysseus Editora, 2012.

268. HERSZENBAUN, M. (2023). El método en la Teoría pura del Derecho de Kelsen en diálogo con Kant, el Neokantismo y la modernidad. Con-Textos Kantianos, 17, 57-70. Disponível em: https://dx.doi.org/10.5209/kant.88696 Acesso em 11/07/2024.

269. HESÍODO. Teogonia, trabalhos e Dias. Texto integral. Tradução Sueli Maria de Regino. São Paulo: Martin Claret, 2010.

270. HIDEGGER, Martin. Lógica: A pergunta sobre a essência da linguagem. Tradução de Maria Adelaide Pacheco e Helga Hook Quadrado, revisão da tradução Irene Borges Duarte. Fundação Caloustre Gublekian. Lisboa, 2008.

271. HISASHI, Matsui. La "métaphysique positive" de Bergson et la pensée positive en France au 19e siècle. Tetsugaku, Vol.1, 2017. Disponível em: https:// philosophy-japan. org/wpdata/wp-content/ uploads/ 2017/03/Tetsugaku_Vol1_4.Matsui.pdf Acesso em 04/10/2025.

272. HOBBES, Thomas. Do cidadão. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 25 Sequentia.

273. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

274. HOLZHEY, Helmut. Cohen and the Marburg School in Context. In.: Hermann Cohen's critical Idealism. Edited by Reinier Munk University of Leiden and Vrije Universiteit. Amsterdan: Springer, 2005.

275. HUSSERL, Edmund. A ideia de fenomenologia. Tradução de Artur Morão. 2 e.d. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1958.

276. HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas. V1. Prolegômenos à lógica pura. De acordo com o texto Husserliana XVIII. Editado por Elmar Holenstein. Tradução de Diogo Ferrer. Diretor científico: Pedro M. S. Alves. RJ: Forense universitária, 1975.

277. HUTTAR, Martina. Hans Kelsen und Sigmund Freud - Unmittelbare und mittelbare Bezugnahmen sowie mögliche Einflüsse. Disponível em: https:// core. ac.uk /download/ 11596155.pdf Wien: Acesso em 12/10/2024.

278. IMBROISI, Margaret; MARTINS, Simone. A Escola de Atenas, Rafael Sanzio. História das Artes, 2023. Disponível em: http://www.historiadasartes.com/sala-dos-professores/a-escola-de-atenas-rafael-sanzio/. Acesso em 03/10/2023.

279. INWOOD, Michael James. Hegel. (The Arguments of the philosophers). London: Routledge & Kegan Paul, 2003.

280. JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. European Journal of International Law 9 (1998). 368-385, p. 379. Disponível em: https://doi.org/10.1093/ejil/9.2.368 Acessso em 20/06/2024.

281. JABLONER, Clemens. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2012.

282. JAKOWENKO, Boris Walentinowitsch. Was ist die Transzendentale Methode? In.: Bericht über den III. Internationalen Kongress für Philosophie. Disponível em: https://doi.org/10.5840/wcp31909228 Acesso em 25/12/2024.

283. JAEGER, Werner. Paidéia. A formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

284. JACQUETTE, Dale. Academic and Personal Life, the Review of Husserl, and Mathematical and Philosophical Correspondence (1894–1902). In.: Gottolob Frege. A Philosophical Biography. Dale Jacquette. Cambridge; Cambridge University Press 2019.

285. JEAN-FRANÇOIS, Lyotard. O Pós-moderno. Tradução de Ricardo Correa Barbosa. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

286. JECKEL, L. C.; ROCHA, L. S. A Influência da Estática de Kelsen no Direito Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, [S. l.], v. 34, n. 2, 2018. Disponível em: https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/article/view/197. Acesso em: 28 nov. 2024.

287. JELLINEK, George. Allgemeine Staatslehre. Dritte Auflage. Berlin: Verlag Von Julius Springer, 1929.

288. JENSEN, Anthony K. Johann Wolfgang von Goethe (1749 -1832). In.: The Internet Encyclopedia of Philosophy (IEP). Disponível em: https://iep.utm.edu/goethe/ Acesso em 30/09/2024.

289. JESTAEDT, Mathias. Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts. In.: Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen des 20. Schriftenreihe des hans Kelsen-Instituts. Jahrhunderts. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2013.

290. JESTAEDT, Matthias. Hans Kelsens Reine Rechtslehre Eine Einführung. In.: KELSEN, Hans. Reine Rechtslehre Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik Studienausgabe der 1. Auflage 1934. herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

291. JUVENAL. Sátiras. Edición bilíngüe de Rosário Cortés Tovar. Madrid: Ediciones Cátedra, 2007.

292. KANT, Immanuel. Crítica da faculdade de julgar. Tradução de Fernando Costa Mattos. Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

293. KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5.a ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 5.a ed. Lisboa: Edicao da Fundacao Calouste Gulbenkian, 2001.

294. KANT, Immanuel. De mundi sensibilis atque intelligibilis forma et principiis de la forma y de los princpipios del mundo sensible y dele mundo inteligible. Traducción: Juan David García Bacca. Repositório institucional. Bogotá: Universidad Nacional del Colombia, 1980.

295. KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

296. KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 2017.

297. KANT, Immanuel. Progressos da metafísica. Tradução Artur Mourão. Lisboa: Edições 70 Lda., 1995.

298. KANT, Immanuel. Prolegómenos a toda a metafísica futura que queira apresentar-se como ciência. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70 Lda., 1998.

299. КАРАМЗИН, Н. М. Письма русского путешественника. Ленингра́д: Наука, 1984.

300. KELSEN, Hans. A democracia. Tradução de Ivone C. Benedetti et al. Martins Fontes, 2000, p. 27.

301. KELSEN, Hans. A ilusão da justiça. Tradução de Sérgio Terallori. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

302. KELSEN, Hans. A New Science of Politics Hans Kelsen's Reply to Eric Voegelin's “New Science of Politics”. A Contribution to the Critique of Ideology Edited by Eckhart Arnold. Frankfurt: Verlag, 2004.

303. KELSEN, Hans. A justiça e o direito natural. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Editora Almeida, 2001.

304. KELSEN, Hans. A Teoria comunista do direito. Tradução de Pedro Davoglio. São Paulo: Contracorrente, 2021.

305. KELSEN, Hans. Autobiografia de Hans Kelsen. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Introdução Matthias Jastaedt. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

306. KELSEN, Hans. Carta de Hans Kelsen a Renato Treves 3 de agosto de 1933. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” - Año VI, Número 8, 2012.

307. KELSEN, Hans. Causalidad e imputación. Traducción de Gonzalo Sobejano. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-S-1956-20000300027 Acesso em 19/05/2024.

308. KELSEN, Hans. Compêndio de Teoria General del Estado. Tradução de Ricaséns Siches y Justino de Azcárate. México: Colofón, 1992.

309. KELSEN Hans. Der Staat als Integration eine Prinzipielle Auseinandersetzung. Springer-Verlag Wien GmbH 1930.

310. KELSEN, Hans. Die Entstehung Des Kausalgesetzes Aus Dem Vergeltungsprinzip (1939) The Journal of Unified Science (Erkenntnis). Vol. 8, No. 1/3 (Jun. 1, 1939), pp. 69-130 (62 pages). Published By: Springer Nature, 1939.

311. KELSEN, Hans. In.: Documents de Kelsen en Hongrie: Hans Kelsen et Julius Modr. In: Droit et société. n° 7. Paris: L.G.DJ., p. 331 - 240, 1987. Disponível em: https:// www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1987_num_7_1_969 Acesso em 27/12/2023.

312. KELSEN, Hans. El contrato y el tradado: analizados desde el punto de la teoria pura del derecho. Traducción de Eduardo García Máynez. México: Editora Nacional, 1979.

313. KELSEN, Hans. El Método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Madrid: Editorial Reus, 2009.

314. KELSEN, Hans. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. 2. Aufl. Vorrede verm. Aufl. Tübingen, J. C. B. Mohr,1923.

315. KELSEN, Hans. Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2002.

316. KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Tradução de Alexandre Krug. SP: Martins Fontes, 2003.

317. KELSEN, Hans. Las metamorfosees de La idea de justicia. In.: KELSEN et al. El actual pensamiento jurídico norte americano. Buenos Aires: Editorial Losada, 1951.

318. KELSEN, Hans. La teoria generale del diritto e il materialismo storico. Introduzione e iraduzione di Francesco Riccobono Roma: Christengraf, 1979.

319. KELSEN, Hans. Normas jurídicas e análise lógica (correspondência trocada entre os Srs. Hans Kelsen e Ulrich Klug). Tradução de Paulo B. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

320. KELSEN, Hans. O problema da justiça. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

321. KELSEN, Hans. Problemas capitales de la teoria jurídica del Estado (desarrollados com base em la doctrina de la proposicíon jurídica). Trad. W. Roces. México: Porrúa, 1987.

322. KELSEN, Hans. Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik Studienausgabe der 1. Auflage 1934. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

323. KELSEN, Hans. Society and Nature: A Sociological Inquiry. Chicago: The University of Chicago, 1943.

324. KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

325. KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

326. KELSEN, Hans. Teoria Geral do Estado. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1938.

327. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. Tradução de José Cretella Jr. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

328. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado, 7.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

329. KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (orgs.). Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes. Trads. Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg. New York: Oxford/Clarendon Press, 1998.

330. KELSEN, Hans. Uma fundamentacíon de la socioloía del derecho. In.: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Disponível em: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 12, 1992 Disponível em: https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcvx0r2 Acesso em 30/04/2024.

331. KELSEN, Hans. ¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin. Editado por Eckhart Arnold. Buenos Aires: Katz, 2006.

332. KELSEN, Hans. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit: Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte / Berichte von Heinrich Triepel, Hans Kelsen, Max Layer und Ernst von Hippel. Berlin: W. de Gruyter, 1929.

333. KELSEN, Hans. WHAT IS JUSTICE? Justice, law and politics in the mirror of science. Collected Essays by Hans Kelsen. University of California Press Berkeley, Los Angeles, London, 1971.

334. KENNY, Anthony. Philosophy in the Modern World. V. 4. Oxford: Clarendon Press, 2007.

335. KENNY, Anthony. Wittgenstein. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.

336. KEYNES, Neville John. The scope and method of political economy. Registrary of the University of Cambridge, 1999.

337. KHUJADZE, Zhiron. Hans Kelsen's Basic Norm: Transition from the Transcendental-Logical. Condition to a Fiction. Journal of Law, No2, 2022. Disponível em: https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/article/view/7014 Acesso em: 17/10/2024.

338. KIRKHAM, Richard L. Teorias da verdade: uma introdução crítica. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2003.

339. KLEIN, Hans-Diter. Hermann Cohen und der kritische Idealismus. Österreichische Akademie der Wissenschaften Kommission für Geschite und Philosophie der Wissenschaften. Disponível em: https:// www.oeaw.ac.at/kgpw/arbeitsgruppen/hermann-cohen-und-der-kritische-idealismus Acesso em 02/09/2024.

340. KÖHNKE, Klaus Christian. The rise of neo-Kantianism: German academic philosophy between idealism and positivism. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

341. KRAFT, Victor. Der Wiener Kreis Der Ursprung des Neopositivismus Ein Kapitel der jüngsten Philosophiegeschichte. Wien: Springer-Verlag, 1950.

342. KRAFT, Victor. El Círculo de Viena. Versión española de Francisco Gracia. Madrid: Taurus, 1986.

343. KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 113, pp. 101-147. jul./dez. 2016. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/398 Acesso em: 25/12/2023.

344. KRIJNEN, Christian. Geschichtsphilosophie bei Kant, im Neukantianismus und im gegenwärtigen Kantianismus. In.: KRIJNEN, Christian Der Begriff der Geschichte im Marburger und südwestdeutschen Neukantianismus. Herausgegeben von, Christian Krijnen, Marc de Launay. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2013.

345. KRIJNEN, Christian. Hans Kelsen and Southwest German Neo-Kantianism on Natural Law: Transcendental Philosophy beyond Metaphysics and Positivism. In.: Hans Kelsen and the Natural Law Tradition. Edited by Peter Langford Ian Bryan John McGarry. Boston: Brills, 2014.

346. KRONMAN, Anthony T. Max Weber. Santdford: Standford University Press, 1983.

347. KUBALICA, Tomasz. Unmöglichkeit der Erkenntnistheorie Leonard Nelsons Kritik an der Erkenntnistheorie unter besonderer Berücksichtigung des Neukantianismus. Frankfurt: Peter Lang, 2017.

348. KUBEŠ, Vladimír. Hans Kelsens und Franz Weyrs Leben und Werk (Einige Skizzen). Jaromír Tauchen [Hrsg.]. Brno: Masaryk univerSitY, 2024.

349. KÜHN, Manfred. In.: katharina korb. Immanuel Kant: Ein Gentleman, der schweigt. Disponível em: https:// www. merkur.de/lokales/wuermtal/immanuel-kant-gentleman-schweigt-210901.html Acesso em 26/12/2023.

350. KUHN, Samuel Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 9. ed.Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

351. KUTSCHERA, Franz. Gottlob Frege Eine Einführung in sein Werk. Berlim: de Gruyter,1989.

352. LANDINI, Gregory. Logical Atomism's Necessity. In.: Elkind, Landon D.C. and Gregory Landini (eds.). The Philosophy of Logical Atomism. A Centenary Reappraisal. Cham: Palgrave Macmillan, 2018.

353. LANGFORD, Peter, et al. Conclusion: Positive Law and the Kelsenian Project. In.: Kelsenian Legal Science and the Nature of Law. Cham: Springer, 2017.

354. LAROUSSE, Koogan. Pequeno dicionário enciclopédico. RJ: Larousse, 1980.

355. LAZZAROTO SIMIONI, Rafael. A Teoria pura do direito de Kelsen e a sintaxe linguística do neopositivismo lógico do Círculo de Viena. Novos Direitos, v. 2, p. 121-146, 2011.

356. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. Novos ensaios sobre o entendimento humano: In: Coleção os pensadores. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1996.

357. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. Philosophical essays. edited and translated by Roger Ariew and Daniel Garber. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1989.

358. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. The Correspondence between Leibniz and Arnauld. Disponível em: https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/leibniz1686a_2.pdf Acesso em 30/11/2023.

359. LIEBMANN, Otto. Kant und die Epigonen. Berlin: Verlag von Reuther & Reichard, 1912.

360. LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. Raízes da modernidade. Escritos de filosofia VII. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

361. LIMA, Newton de Oliveira. O Estado de direito em Kant e Kelsen. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

362. LIMNATIS, Nectarios G. German Idealism and the problem of knowlodge: Kant, Ficht, Schelling and Hegel. V.8. Nova York: Springer, 2008.

363. LINHARES, Orlando Bruno. Sentido, Sensibilidade e intuição: Da Dissertação inaugural à Crítica. In.: Comentários às obras de Kant: Crítica da razão pura. Joel Thiago Klein (org.), centro de investigações kantianas - UFSC. Florianópolis, NEFIPO, 2012.

364. LIPOVETSKY, Gilles. A sociedade Pós-moralista. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos temos democráticos. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri, SP: Manole, 2005.

365. LIPSHAW, Jeffrey M., Cognition and Reason: Rethinking Kelsen in the Context of Contract and Business Law (August 13, 2014). Suffolk University Law School Research Paper No. 14-18, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2470742 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2470742.

366. LIPOVETSKY, Gilles. El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Traducción de Juana Bignozzi. Barcelona: Anagrama, 1992.

367. LOBATO GÓMEZ, J. Miguel Lobato. O Código Bicentenário. Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: https:// www. emerj. tjrj. jus. br/ revistaemerj_online/ edicoes/revista26/revista26.pdf Acesso em 12/08/2024.

368. LOCKE. John. Dois tratados sobre o Governo. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes: 1998.

369. LOPARIC, Zeljko. A semântica transcendental de Kant. 3. ed. Campinas: UNICAMP, 2005.

370. LOSANO, Mário. L'introduzione dell'elemento dinamico nella dottrina pura. In.: KELSEN, Hans. La dottrina pura del diritto. Saggio introduttivo e traduzione di Mario G. Losano. Torino: Giulio Einaudi editore, 1966.

371. LOSANO, Mario G. O valor da justiça na obra de Kelsen. UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, 2014. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/37561/22988 Acesso em 07/01/2024.

372. LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos. Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

373. LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. Volume 1: das origens à escola histórica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

374. LOTUFO, Renan. “Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232), volume 1. Renan Lotufo. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

375. LUFT, Sebastian and CAPEILLERES, Fabien. Neo-Kantianism in Germany and France. In.: The History of Continental Philosophy. Edited by Keith Ansell-Pearson and Alan D. Schrift. Durham: Taylor & Francis, 2010.

376. LUFT, Sebastian. The Space of Culture Towards a Neo-Kantian Philosophy of Culture (Cohen, Natorp, and Cassirer). Oxford: Oxford University Press, 2015.

377. LUISA BUCCHILE FAGGION, Andréa. Comentários à dedução "transcendental’’ do princípio moral na ’’Fundamentação da metafísica dos costumes’’. Kant e-prints, Campinas, SP, p. 1–9, 2023. Disponível em: https:// periodicos. sbu. unicamp. br/ojs/ index.php/kant/article/view/8672546. Acesso em: 28 set. 2024.

378. LUKÁCS, Georg. A destruição da razão. Tradução de Bernard Hermann Hess, Rainer Patriota, Ronaldo Vielmi Fortes; revisão de Ester Vaisman, Ronaldo Vielmi Fortes. São Paulo: Instituto Lukács, 2020.

379. MACINTYRE, Alasdair. História da ontologia. Trad. Desidério Murcho. Disponível em: https://criticanarede.com/tes_conscihistorica.html Acesso em: 07/10/2023.

380. MAFFETONE, Sebastiano. Marx in the 21st Century. A critical introduction. New York: Routledge, 2022.

381. MALLMANN, Liana Zerbielli Trentin; ZAMBAM, Neuro. Realismo jurídico norte-americano, fatos sociais e decisões judiciais: repercussões no judiciário brasileiro. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 153-173, jan./jun. 2020.

382. MARCONDES, Danilo. Duas concepções de análise no desenvolvimento da filosofia analítica. In.; Paradigmas filosóficos da atualidade. Marilia Cecília Maringoni de Carvalho. Campinas, SP: Papirus, 1989.

383. MARCONDES, Danilo. Textos básicos de linguagem de Platão à Foucault. RJ: Jorge Zahar. Ed., 2009.

384. MARGALIT, Avishai. Wittgenstein’s Knight Move: Hacker on Wittgenstein’s Influence on Analytic Philosophy. In.: GLOCK, Hans-Johan and HYMAN, John. Wittgenstein and Analytic Philosophy. Essays for P. M. S. Hacker. Oxford: Oxford University Press, 2009.

385. MARIÁS, Julián. Antropología metafísica: La estructura empírica de la vida humana. Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente, 1970.

386. MARICONDA. Pablo Rubén. O diálogo de Galileu e a condenação. Disponível em: https://www.cle.unicamp.br/eprints/index.php/cadernos/article/view/631/509 Acesso em 07/10/2023.

387. MARKUS, Gabriel. Sentido y existência. Una ontología realista. Traducción de Raúl Gabás. Barcelona: Herder, 2017.

388. MARTINÉZ - VILLALBA, Juan Carlos Riofrio. De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida. RDESG. V. 2, n. 2, p. 436-461, jul.dez/2013.

389. MARTINS, Ricardo Evandro Santos. A ciência do direito como uma ciência humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

390. MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. O manifesto comunista. Tradução de Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2007.

391. MATEUS, Samuel. A Querela dos Antigos e dos Modernos: um mapeamento de alguns topoi. Disponível em: https://journals.openedition.org/cultura/1124 Acesso em: 04/11/2023.

392. MATALLO JUNIOR, Heitor. Considerações sobre dialética. In.: Paradigmas filosóficos da atualidade. Org. M. C. Maringoni de Carvalho. São Paulo: Papirus, 1989.

393. MAYTA SAKAMOTO, Bernardo Alfredo. Fundamentos da ordem astronômica em Newton. In.: Conhecimento: Fundamentação, estatuto e possibilidade. Org. de César Augusto Battisti; Wilsomn Antonio Frezzatti. Cascavel: Edunioeste, 2006.

394. MEJÍA UPEGUI, Juan Carlos. Hans Kelsen 1881 -1973. Luis Villar Borda (Compilador). Bogotá: Universidad Extremado de Colombia, 2004.

395. MÉTALL, Rudolf Aladár. Hans Kelsen Vida y Obra. Traducción del alemán Javier Esquivel. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 1976.

396. MILANI, Sebastião Elias. Historiografia linguística de Wilhelm Von Humboldt: Conceitos e métodos. Jundiaí, Sp: Paco editorial, 2012.

397. MINGUENS, Sofia. Filosofia da linguagem: uma introdução. Porto: Departamento de Filosofia da Faculdade da Universidade do Porto, 2007.

398. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

399. MISES, Ludwig Von. Problemas epistemológicos da economia. São Paulo: UICLAP, 2022.

400. MONCADA, Luís Cabral. Prefácio da primeira edição. In.: RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Tradução e prefácio do prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

401. MOHANTY, Jitendra Nath. The Concept of 'Psychologism' in Frege and Husserl. In.: Philosophy, psychology, and psychologism. Critical and Historical readings on the psychological turn in philosophy. Edited by Dale Jacquette. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2003.

402. MONTAINGE, Michel. Ensaios. Livro II. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

403. MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. V1, 3. ed. São Paulo: Martins, 1972.

404. MORRIS, Charles. Signs, language and behavior. NY: George Braziller, INC., 1946.

405. MUNDO DA EDUCAÇÃO. O que é função? Disponível em: https: // mundoeducacao. uol. com. br/matematica/definicao-funcao.htm Aceso em 30/08/2024.

406. MUNDO DA EDUCAÇÃO. Plano Cartesiano. Disponível em: https:// mundoeducacao. uol.com.br/matematica/plano-cartesiano.htm Acesso em 09/08/2024.

407. MUSEO A. ROCCAVILLA. Disponível em: http: // www.museoalessandroroccavilla. It /2020/05/22/la-scuola-di-atene/ Acesso em 07/10/2023.

408. NATORP, Pablo. Kan y la Escuela de marburgo. Conferência sustentada en la sesión de la sociedad Kantiana de Halle del 27 de abril de 1912. (Publicada en el tomo XVII de los Kantstudien). Prólogo y traducción de Miguel Bueno. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 1956.

409. NAVARRO, Pablo E. et. al. Eugenio Bulygin. In Memoriam. Disponível em: https:// www.journal.edizioniets.eu/index.php/aed/article/view/355/274 Acesso em 12/10/2024.

410. NAVARRO, E. Pablo. Normative Systems and Legal Positivism. In.: Essays in Legal Philosophy. New York: Oxford University Press, 2015.

411. NEUMANN, Volker. Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. HFR 9/2012. (Humboldt Forum Recht). Disponível em: https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/hfr/deutsch/2012-09.pdf Acesso em 13/08/2024.

412. NEURATH, Otto. Protocol Statements. Translation R. Cohen & M. Neurath. In: COHEN, R. & NEURATH, M. (ED). Philosophical Papers of Otto Neurath, 1913-1946. Dordrecht: Reidel, 1983.

413. NIETZSCHE, Friedrich. Aurora. Texto integral. Tradução de Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2007.

414. NIGRO, Rachel. A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/nigro_direito34.pdf Acesso em: 29/01/2024.

415. NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Colección Mayor Filosofia Y Derecho. Buenos Aires: Astrea, 1998.

416. NOVALIS; Pólen. Fragmentos, diálogos. Tradução Rubens Rodrigues Filho. São Paulo: Iluminuras, 1988.

417. O'BRIEN, Dan. Introdução à teoria do conhecimento. Tradução de Pedro Gaspar. Gradiva, 2006.

418. OLIVEIRA, Álvaro Borges. A função (f(x)) do direito das coisas. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9044-9043-1-PB.pdf Acesso em 30/08/2024.

419. OOYEN, Robert Chr. Van. Integration: Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2014.

420. OOYEN, Robert Chr. Van. Verfassungsgerichtsbarkeit als Element pluralistischer Demokratie bei Kelsen. In.: Hans Kelsen Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie. 2., um einen Nachtrag erweiterte Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

421. OTTONI, Paulo. John Langshaw Austin e a visão performativa da linguagem. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-44502002000100005 Acesso em: 09/02/2024.

422. PACHUKANIS, Evguiéni Bronislávovitch. Teoria geral do direito e marxismo. São Paulo: Acadêmica. 1988.

423. PARMÊNIDES, XENÓFANES: Filósofos épicos Parmênides e Xenófanes, fragmentos/edição do texto grego, tradução e comentários Fernando Santoro; revisão cientifica Néstor Cordero. Rio de Janeiro: Hexis: Fundação Biblioteca Nacional, 2011.

424. PATTON, Lydia. Preface. In.: Hermann Cohen's History and Philosophy of Science. A thesis submitted to McGill University in partial fulfilment of the requirements of the degree of Ph.D. Disponível em: https://philarchive.org/archive/PATHCH Acesso em 25/02/2024.

425. PATZIG, Günther. Vorworte (Prefácio). In.: FREGE, Gottlob. Funktion, Begriff, Bedeutung Fünf logische Studien Herausgegeben und eingeleitet. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2008.

426. PAULSON, Stanley L. Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen. Traducción de Luis Villar Borda. (Série de Teoría Jurídica y filosofia del derecho, n. 17). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

427. PAULSON, Stanley L. How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law. Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law. Disponível em: http://revus.revues.org/2727 Acesso em 20/11/2024.

428. PAULSON, Stanley. L. Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen. In.: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, A. (Org.). Hans Kelsen: Teoria política e jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

429. PAULSON, Stanley. The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm. In.: Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law. Edited by Luís Duarte d'Almeida John Gardner and Leslie Green. Oregon: Hart, 2013.

430. PELUSO, Luis Alberto. Subsídios para uma interpretação do paradigma racionalista crítico de análise social. In: Paradigmas filosóficos da atualidade. Org. M. C. Maringoni de Carvalho. São Paulo: Papirus, 1989.

431. PEREIRA, Luiz Antonio. Sobre o móbil (*Triebfeder*) e o motivo (*Bewegungsgrund*) na filosofia prática kantiana. Artigos Estudos Kantianos, Marília, v. 9, n. 1, p. 89-96, Jan./Jun., 2021, Disponível em: https: //revistas. marilia. unesp. br/index. php/ek/article/view/10523.. Acesso em: 17 dez. 2024.

432. PEREIRA BAPTISTA, Miguel. Prefácio. CUSA, Nicolau. A visão de Deus. 4.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

433. PERIN, Adriano e THIAGO, Adriano. O conceito de filosofia em Kant: Uma tradução e um comentário, tradução e comentário de Adriano Perin e Joel Thiago Klein do Quarto fragmento. Fragmento - Mais um esboço de Kant ao prospecto de Jachmann Encontrado e editado por Dieter Henrich. Disponível em: ANALYTICA, Rio de Janeiro, vol 13 nº 1, 2009, p. 165-196. https:// revistas. ufrj. br/ index. php/ analytica/ article/ viewFile/555/509 Acesso em 07/10/2019.

434. PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

435. PETTOELLO, Renato. Introduzione. In.: SCHILICK, Moritz. Il significato filosofico del principio di relatività. Traduzione di Renato Pettoello. Brescia: Morcelliana, 2014.

436. PIMENTA VELLOSO, Paula Campos. Uma ambiguidade com pretensões duradouras: a formulação liberal da representação profissional e sua distinção em face do corporativismo. CONFLUÊNCIAS. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito. Vol. 19, nº 3, 2017. pp. 57-89. Disponível em: https://doi.org/10.22409/conflu19i3.p520 Acesso em 10/05/2024.

437. PLANO CARTESIANO. Disponível em: https:// mundoeducacao.uol. com.br/ matematica/plano-cartesiano.htm Acesso em 23/04/2024.

438. PLATÃO. Diálogos VI: Crátilo (ou da correção dos nomes), Cármides (ou da moderação), Laques (ou da coragem), Íon (ou da Ilíada), Menexeno (ou oração fúnebre) Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2010.

439. PLATÃO. Mênon. Tradução de Maura Iglésias. São Paulo: Loyola, 2001.

440. PLATÃO. Timeu-Crítias. Tradução de Rodolfo Lopes. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2011.

441. PLEINES, Jürgen-Eckardt. HEGEL, Friedrich. Tradução e organização Silvio Rosa Filho. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010.

442. POMA, Andrea. Translated by John Denton. The Interpretation of Kant. In.: The Critical Philosophy of Hermann Cohen: (La Filosofia Critica DI Hermann Cohen). New York: State University of New York Press, 1997.

443. PONTE, C. R. Sales da; SOUSA, H. Lima de. Reflexões críticas acerca da psicologia existencial de Rollo May. Rev. abordagem gestalt., Goiânia, v. 17, n. 1, p. 47-58, jun. 2011. Disponível em http: http:// pepsic. bvsalud. org/ scielo. php? script= sci_arttext&pid=S1809-68672011000100008 Acesso em 27/11/2023.

444. POPPER, Karl Raimund. Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária. Tradução de Milton Amado. São Paulo: USP, 1975.

445. POPPER, Karl Raimund. indeterminism and freedom human. in David Miller (org.), Popper Selections. (pp. 247-264). New Jersey Princeton University Press, 1985.

446. POPPER, Karl Raimund. O mundo de Parmênides. Ensaios sobre o iluminismo pré-socrático. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 2014.

447. PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discours préliminaire du premier projet de Code civil. Disponível em: https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf Acesso em 29/03/2024.

448. QUINE, Willard Van Ornan. Dois dogmas do empirismo. In.: De um ponto de vista lógico. Tradução de Marcelo Guimarães da Silva Lima. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

449. QUINTANA MEJÏA, Óscar. El problema de la norma básica en Hans Kelsen. Aporías del positivismo y paradigmas postpositivistas de superación. Hans Kelsen: una teoría pura del derecho. Édgar Hernán Fuentes Contreras [*et al*.]. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá - Jorge Tadeo Lozano, 2010.

450. RADBRUCH, Gustav. Introdução à Filosofia do Direito. Tradução de Prof. Jacy de Souza Mendonça. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

451. RAMOS RIBEIRO, Paulo de Tarso. Dogmática jurídica e a crise de legitimação do Estado moderno. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181931 Acesso em 03/08/2023.

452. RAZ, Joseph. Between Authority and Interpretation on the Theory of Law and Practical Reason. New York: Oxford University Press, 2009, p. 226.

453. RAZ, Joseph. Kelsen's theory of basic norm. The American Journal of Jurisprudence, Volume 19, Issue 1, 1974, Pages 94 - 111. Disponível em: https://academic.oup.com/ajj/article/19/1/94/182193 Acesso em 14/08/2024.

454. RAZ, Joseph. Razão prática e normas. Tradução J. G. Ghirardi. RJ: Elsevier, 2010.

455. RAZ, Joseph. The authority of law. Essays on Law and Morality. New York: Oxford University Press, 1979.

456. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario Histórico de da lengua española. Disponível em: https:// www. rae. es/ tdhle/ apag% C3% B3gico% 20ca Acesso em 07/10/2024.

457. REALE, Miguel. Bergson, ponto de partida. Disponível em: https://www.miguelreale.com.br/artigos/bergson.htm Acesso em 07/10/2024.

458. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da filosofia, 5: do romantismo ao empiriocriticismo. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005.

459. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da filosofia, 6. de Nietzsche a Escola de Frankfurt. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006.

460. REALE, Miguel. Experiência e cultura: para a fundação de uma teoria geral da experiência. São Paulo: Grijalbo, Ed. USP, 1977.

461. REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

462. REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

463. REALE, Miguel. Introdução à filosofia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

464. REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

465. REALE, Miguel. Variações sobre a dialética. Disponível em: https: //www. miguelreale. com.br/artigos/vdialetica.htm Acesso em 09/01/2024.

466. RENZ, Ursula. Critical idealism and concept of culture: Philosophy of culture in Cohen and Ernst Cassirer. In.: HOLZHEY, Helmut. Hermann Cohen's critical Idealism. Edited by Reinier Munk University of Leiden and Vrije Universiteit. Amsterdam: Springer, 2005.

467. RENZ, Ursula. Zwischen erkenntnistheoretischem Rationalismus und wissenschaftsphilosophischem Empirismus. Zu Cohens Philosophiebegriff . In.: The Critical Philosophy of Hermann Cohen. Translated by John Denton. Nova York: State University of New York, 1997.

468. RESCHER, Nicholas. Epistemology: An Introduction to the Theory of Knowledge. New York: University of New York Press, 2003.

469. REZENDE JR, José. O problema da experiência na disputa sobre o método científico: Dilthey, Windelband e Rickert. Disponível: http://ww w. ucs. br/ etc/revistas/ index. php/conjectura. Acesso em 05/07/2024.

470. RIBEIRO, Leonel. In: Regresso à Kant. Ética, estética, filosofia política. Lisboa: UED Unidade Editorial, 2012.

471. ROBINET, Jean-François-Eugène. Philosophia positiva. Tradução de Belisario Vieira Ramos. Rio de Janeiro: Cia. Brasil Editora, 1939.

472. ROBLES, Gregorio. El concepto de norma fundamental em Kant. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/83564681.pdf Acesso em 04/05/2023.

473. RODRIGUES, Cassiano Terra: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Teoria Geral e Filosofia do Direito. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/charles-sanders-pierce_58e5e9ab124f5.pdf Acesso em 15/02/2024.

474. RODRIGUES, Ricardo António. Teoria do conhecimento em São Boaventura. Disponível em: https://www.periodicos.unifra.br/index.php/thaumazein/article/view/114 Acesso em: 09/07/2024.

475. ROERMUND, Bert Van. Norm-claims, Validity and Self-reference. In.: Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law. Edited by Luís Duarte d'Almeida John Gardner and Leslie Green. Oregon: Hart, 2013.

476. ROJAS AMANDI, Victor Manuel. Cuatro paradigmas de la epistemologia jurídica. p. 419. Disponível em: https:// revistas- colaboracion. juridicas. unam. mx/ index. php/ juridica/ article/viewFile/11638/10648 Acesso em: 17/10/2024.

477. ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

478. RORTY, Richard. (Org.). The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method. Chicago: University Of Chicago Press, 1992.

479. RORTY, Richard. A Filosofia e o Espelho da Natureza, trad. de J. Pires, Publicações D. Quixote, Lisboa, 1989.

480. ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

481. ROSS, Alf. El Concepto de validez y otros ensayos. Traducción de Eduardo A. Vásquez. Buenos Aires: Fontamara, 2006.

482. ROSS, Alf. TÛ TÛ. Tradução de Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

483. ROTY, Richard. El giro linguísitco - dificuldades metafilosóficas de la filosofia linguística. Traducción de Gabriel Bello. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998.

484. RÜMELIN, Max Friedrich G. Bernhard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechts-Wissenschaft: Rede gehalten am Geburtsfest Seiner Majestät des Königs Wilhelm II von Württemberg. Tübingen: G. Schnürlen, 1907.

485. RUSSELL, Bertrand. ABC da Relatividade. 2. ed. Tradução de Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar, 1963.

486. RUSSELL, Bertrand. Delineamentos da filosofia. Tradução de Brenno Silveira. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956.

487. RUSSELL, Bertrand. História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

488. RUSSELL, Bertrand. Misticismo e lógica. Tradução de Wilson Velloso. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1957.

489. RUSSELL, Bertrand. The philosophy of Bergson. Glasgow: Jas. MacLehose and Sons, 1914.

490. RUSSELL, Bertrand. The Philosophy of Logical Atomism. London and New York: Routledge Classics, 2010.

491. RUSSELL, Bertrand. Wisdom of The West. (Editor) Paul Foulkes. New York: Crescent Books, Inc.1959.

492. SAINT-SERNIN, Bertrand. A razão no Século XX. Tradução de Mário Pontes. RJ: José Olympio; Brasília: UNB, 1998.

493. SANDOVAL, Edgar. Semiótica dos Sentidos: Notas sobre uma Lógica dos Afetos. Disponível em: https://doi.org/10.22456/2179-8001.97210 Acesso em 16/02/2024.

494. SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

495. SARTRE, Jean Paul. O ser e o nada. Ensaio de ontologia fenomenológica. Trad. Paulo Perdigão. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

496. SARTRE, Jean-Paul. L'être et le néant: Essai d'ontologie phénoménologique. Paris: Gallimard, 1976.

497. SCHAPP, Jan. Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung. Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

498. SCHELLING, Friedrich Von. V Carta filosóficas sobre o dogmatismo e o criticismo. In.: FICHTE, John Gottlieb; SCHELLING, Friedrich Von. Escritos filosóficos. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

499. SCHIMILL, Ulises Ordóñez. El concepto del derecho en als teorias de Weber y de Kelsen. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/970/9.pdf Acesso em 06/08/2024.

500. SCHILICK, Moritz. Il significato filosofico del principio di relatività. Traduzione di Renato Pettoello. Brescia: Morcelliana, 2014.

501. SCHLICK, Moritz. Texte zu Einsteins Relativitätstheorie. Eingeleitet, kommentiert und herausgegeben von Fynn Ole Engler. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 2019.

502. SCHMILL, Ulises Ordóñez. Presentación. In.: KELSEN, Hans. Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado. traducción de Wenceslao Roces. 2ª ed., México DF: Editorial Porrúa, 1987.

503. SCHMITT, Carl. Der Führer schützt das Recht. Berlin. 13. Juli 1934. Disponível em: https://www.flechsig.biz/DJZ34_CS.pdf Acesso em 15/10/2024.

504. SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de escrever. Tradução de Pedro Süssekind. Porto Alegre: L&PM, 2010.

505. SCHOPENHAUER, Arthur. El mundo como voluntad y representación II. Traducción, introducción y notas de Pilar López de Santa María. Madrid: Editorisl Trotta, 2009.

506. SCHUBERT COELHO, Humberto. O monismo complexificado de Schelling. Cadernos de Filosofia Alemã | v. 23; n. 1 | pp.13-26. Disponível em: DOI: http:// dx. doi. org/ 10.11606/issn.2318-9800.v23i1p13-26 Acesso em: 10/08/2024.

507. SCHÜTZE, Marc. Subjektive Rechte und personale Identität. Die Anwendung subjektiver Rechte bei Immanuel Kant, Carl Schmitt, Hans Kelsen und Hermann Heller. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

508. SEARLE, John. Contemporary Philosophy in the United States. in N. Bunnin and E. P. Tsui-James (eds.), The Blackwell Companion to Philosophy, 2nd ed. Oxford: Blackwell, 2003.

509. SEDÍN MATEOS, José Antonio. La filosofia moral de Hans Kelsen. Prefácio de Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Marcial Pons, 2017.

510. SGARBI, Adrian. Introdução à teoria do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

511. SHILD, Wolfgang. Las teorías puras del derecho. Reflexiones sobre Hans Kelsen y Robert Walter. Bogotá: Temis, 1983.

512. SICHES, Recasens Luis. Tratado general de filosofia del derecho. 19. ed. México: Editorial Porrúa, 2008.

513. SIGMUND, Karl. El sueño del Círculo de Viena. Traducción de David León Gómez. Barcelona: Shackleton Books, 2027.

514. SILVA, Matheus Pelegrino da. Conexões entre Kelsen e o Círculo de Viena. Revista Ágora Filosófica, Recife, PE, Brasil, v. 19, n. 2, p. 117–151, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.25247/P1982-999X.2019.v19n2.p117-151 Acesso em 14/06/2024.

515. SINZHEIMER, Hugo. Zur Kritik des bürgerlichen Rechts. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). Arbeitsrecht und Rechtssoziologie - Gesammelte Aufsätze und Reden. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

516. SMITH, Munroe. A General View of European Legal History and other Papers. New York: Columbia University Press, 1927.

517. SPINOZA, Baruch. Pensamentos metafísicos, Tratado da correção do intelecto, Ética, Tratado político, Correspondência. Os pensadores. Tradução e notas de Joaquim de Carvalho. São Paulo: Abril 1973.

518. SPINOZA, Baruch. Tratado da correção do intelecto. Trad. Antônio Simões. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

519. SOAMES, Scott. El Surgimiento de la filosofia analítica: Frege, Moore, Russell y Wittgenstein. Traducción de Francisco Melgar Wong et. al. Marid: Tecnos, 2019.

520. SOREL, Tom; ROGERS, G. A. J. Analytic philosophy and history of philosophy. Oxford: Clarendon Press, 2005.

521. STADLER, Friedrich. El Círculo de Viena. Empirismo lógico, ciencia, cultura y política. Traducción de Luis Felipe Segura Martínez. Primera edición electrónica. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2013.

522. STLADER, Friedrich. Prolog: Zum Aufstieg der wissenschaftlichen Philosophie im Überblick Friedrich Stadler, Wesen nnd Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Wien: Springer, 2015.

523. STANDFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. Disponível em: https: //plato. stanford.edu/entries/wilhelm-windelband/ Acesso em: 06/02/2024.

524. STEINER, George. After Babel. Aspects of Language and Translation. 3.ed. New York: Open Road Media, 2013.

525. STEINER, George. Prefácio à segunda edição. Depois de Babel: Questões de linguagem e tradução. Tradução de Carlos Alberto Faraco. 3.ed. Curitiba, Paraná: UFPR, 1998.

526. STEINER, George. Linguagem e Silêncio. Tradução de Gilda Stuart e Felipe Rajabally. São Paulo: Companhia da Letras, 1988.

527. STEVEN GREEN, Michael. Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems. Disponível em: https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/173/ Acesso em 13/08/2024.

528. STEVENS, Graham. The Theory of Descriptions Russell and the Philosophy of Language. London: Palgrave Macmillan, 2011.

529. STEVENSON, Charles Leslie, In.: Positivismo lógico. Traducción de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel. Compilado por A. J. Ayer. México: Fondo de Cultura Economica, 1981.

530. STRECK, Lênio. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

531. THE CAMBRIDGE DICTIONARY OF PHILOSOPHY. General Editor Robert Audi. 2. ed. New York: University Press, 1999.

532. THE MAX WEBER DICTIONARY. Key Words and Central Concepts. Second edition, by Richard Swedberg and Ola Agevall. Stanford: Standfd Social Sciences, 2016.

533. THORPE, Lucas. The Kant dictionary. New York: Bloomsbury Academic, 2015.

534. TIMASHEFF, Nicholas Sergeyevitch. Sociological Theory: Its nature and growth. Third Edition. New York: Random House, 1967.

535. TRAGTENBERG, Maurício. Introdução à edição brasileira. In.: WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais. Tradução de Augustin Wernet. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

536. TREVES, Renato, Perrin Jean-François. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennes. In: *Droit et société*, n.°7, 1987. Science du droit, sociologie. pp. 327-335. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1987_num_7_1_968 Acesso em 05/09/2024.

537. TRINDADE, José Santos. Parmênides. Da natureza. Brasília: Thesaurus, 2000.

538. TRINDADE, Lucas S. Max Weber e a Formação Conceitual do Capitalismo. Recife: UFPE, 2016.

539. TRIVISONNO, A. T. G. (2020). A Teoria da Estrutura Hipotética das Normas Jurídicas de Kelsen: características, evolução e balanço de sua Importância. Revista Brasileira De Estudos Políticos, 121, 73-120. Disponível em: https://doi.org/10.9732.2020.v121.773. Acesso em 28/11/2024.

540. TSARION, Michael. SCHELLING Understanding German Idealism. Unslaved Media: Kindle Edition, 2016.

541. TUGENDHAT, Ernst; WOLF, Ursula. Propedêutica lógico-semântica. tradução de Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. - Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

542. UBA - Universidade de Buenos Aires. Tabla de defensa de tesis aprobadas - Año 1962. Disponível em: http:// www. derecho. uba. ar/ academica/ posgrados/ doc_ tesis_ aprobadas_tabla_1962.php Acesso em 12/10/2024.

543. UGARTE, Óscar Cubo. Kant y Kelsen: sobre la temporalidad del derecho positivo. In.: Temporalidades interdisciplinares. (Derecho, Filosofía, Política). Disponível em: http://hdl.handle.net/10016/32263. Acesso em 28/11/2024.

544. UNIVERSITÄT WIEN. Disponível em: https://philbild.univie.ac.at/en/about-us/departments/institute-vienna-circle/ Acesso em: 04/09/2024.

545. VALADÃO, Rodrigo Borges. Positivismo jurídico e Nazismo. Formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

546. VALÉRY, Paul. Henri Bergson. Introduzione e nota biográfico crítica a cura di Halo Francesco Baldo. Editrice Veneta, 2018.

547. VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. São Paulo: Civilização brasileira, 1986.

548. VERENICH, Vadim. On relationships between the logic of law, legal positivism and semiotics of law. Department of Semiotics, University of Tartu. Disponível em: https: // ojs.utlib.ee/index.php/sss/article/view/SSS.2011.39.2-4.07 Acesso em 15/02/2024.

549. VERNENGO, Roberto José. El derecho como hecho o como norma. Disponível em: https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/410/449 Acesso em 13/05/2024.

550. VIDAL, Vera. Contribuições do sistema filosófico de Quine para as investigações da filosofia analítica. In.: Paradigmas filosóficos da atualidade. Maria Cecília Maringoni de Carvalho (org.). Campinas: Papirus, 1989.

551. VIEIRA DA SILVA, Luís Antônio. História interna do Direito Romano Privado até Justiniano. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2008.

552. VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas do direito positivo. Prefácio Geraldo Ataliba; Apresentação de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Noeses, 2005.

553. VILANOVA, Lourival. Lógica Jurídica. São Paulo: Bushatsky, 1976.

554. VILANOVA, Lourival. Relação e causalidade no direito. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

555. VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito.: in Escritos Jurídicos e Filosóficos, V. 1. São Paulo: AXIS MVNDI IBET, 2003.

556. VILANOVA, Lourival. Teoria jurídica da revolução. In.: RBEP. BH: UFMG, 1981.

557. VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

558. VIOLA, Francesco. Hans Kelsen and Pratical Reason. In.: Kelsenian Legal Science and the Nature of Law. Cham: Springer, 2017.

559. VITORIANO CUNHA, Ricarlos Almagro. Hermenêutica jurídica em Kelsen. Apontamentos críticos. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 180 out./dez. 2008. p. 284. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176576 Acesso em 06/01/2025.

560. VOßKUHLE, Andreas. Grußwort zum deutsch-polnischen wissenschaftlichen Symposium „Der Verfassungsstaat" der Deutschen Rechtsschule an der Universität Warschau aus Anlass ihres 20. Jubiläums. (2016). Disponível em: 17370-prawo-konstytucji-verfassungsstaat-fragment.pdfAcesso em: 12/10/2024.

561. VUILLEMIN, Jules. L'héritage kantien et la révolution copernicienne; Fichte, Cohen, Heidegger. Paris: Presses Universitaires de France, 1954.

562. XAVIER, Rejane. A metafísica naturalizada de Saul Kripke. v. 8 n. 2 (2007): Maio/Agosto. Disponível em: https:// revistas. unisinos. br/ index. php/ filosofia/ article/ view/5817 Acesso em 14/09/2024.

563. WAISMANN, Friedrich. The Decline and Fall of Causality. In.: Causality and logical positivism. Vienna circle institute yearbook. Dordrecht/New York: Springer, 2011.

564. WALTER, Robert. Hans Kelsens Rechtslehre: [Vortrag gehalten am 16. Juli 1998]. Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1999.

565. WALTER, Robert. La doctrina del Derecho de Hans Kelsen. Traducción e introducción Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

566. WARAT, Luís Alberto. A pureza do poder: Uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: UFSC, 1983.

567. WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito II. A epistemologia jurídica da modernidade. Tradução de José Luis Bolzan. PA: S. Antônio Fabris Editor, 2002.

568. WARAT, Luis Alberto. La Norma fundamental kelseniana como critério de significacion. Disponível em: https:// revistas. udea.edu.co/ index. php/red/ article/ view/333079/20789061 Acesso em 03/08/2024.

569. WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

570. WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. V.1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: UNB, 2000.

571. WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. V.2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: UNB, 1999.

572. WEBER, Max. Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922.

573. WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais. Tradução de Augustin Wernet. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

574. WIDNER, Elisabeth Theresia. Left-Kantianism in the Marburg School. V.13. Berlin: De Gruyter, 2023.

575. WINDELBAND, Wilhelm. Geschichte und Naturwissenschaft. Rede zum Antritt des Rektorats der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg gehalten am 1. Mai 1894. Disponível em: https: // www.hs- augsburg. de/ ~harsch/ germanica/ Chronologie/19Jh/ Windelband/win_rede.html Acesso em 06/02/2024.

576. WINDSCHEID, Bernhard. Tratado de Derecho Civil Alemán. Tomo 1, Volumen I. Trad. Fernando Hinestrosa, de la octava edición, Literarische Anstalt, Rütten & Loening, Frankfurt a. M., 1900. Bogotá: Editorial UEC, 1976.

577. WITKER, Jorge; LARIOS, Rogelio. Metodologia jurídica. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 1997.

578. WITTGEINSTEIN, Ludwig. Da certeza. Tradução de Maria Elisa Costa. Portugal: Edições 70, 1969.

579. WITTGEINSTEIN, Ludwig. Tractatus Logico-Philosophicus. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: USP, 1968.

580. WOLFF, Christian. Preliminary discourse on philosophy in general. Translated by Richard J. Blackwell. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1963.

581. Юрковский А. В., Евдокимов К. Н., Деревскова В. М., Кузьмин И. А. Теория Государства И Права Учебник. под редакцией А. В. Юрковского. Иркутск:

Иркутский юридический институт (филиал) Университета прокуратуры Российской Федерации, 2022.

582. ZILLES, Urbano. Fenomenologia e teoria do conhecimento em Husserl. Revista da Abordagem Gestáltica - XIII (2): 216-221, jul-dez, 2007. Disponível em: https://pepsic.bvsalud.org/pdf/rag/v13n2/v13n2a05.pdf Acesso em 30/09/2024.

Esta Tese foi escrita em 534 páginas, com 223.439 palavras, 1.478.762 caracteres, 4.093 parágrafos, 19.535 linhas, 1.431 notas de rodapé, foram citados 582 textos em 9 idiomas diferentes. Incontáveis cafés espressos sempre acompanhados de música.