

OS DIFERENTES NÍVEIS METAÉTICOS DO POSITIVISMO KELSENIANO

Lenio Streck*, Arthur M. Ferreira Neto**

RECEBIDO EM:	11.2.2023
APROVADO EM:	27.2.2023

I DIVERSI LIVELLI METAETICI DEL POSITIVISMO KELSENIANO

- **ASTRATTO:** Lo scopo di questo articolo è quello di analizzare, seguendo la lezione di Stanley Paulson, i fondamenti metaetici del positivismo giuridico kelseniano, cercando di individuare tre livelli presenti nella sua opera, ovvero: 1. la sua posizione non cognitivista sulla conoscenza morale, con riferimento allo statuto epistemico dei giudizi di bene/corretto/giusto; 2. la sua posizione cognitivista in relazione alla conoscenza scientifica stessa, con riferimento ai giudizi di verità e falsità nel campo della teoria del diritto; 3. la sua posizione non cognitivista in relazione alla teoria del diritto; e la sua posizione non cognitivista in relazione alla dimensione dell'applicazione delle leggi e del processo decisionale da parte dei tribunali. Questa chiarificazione teorica dei livelli metaetici del pensiero kelseniano aiuterà a comprendere meglio i pregi e i difetti contenuti nella sua produzione scientifica.
- **PAROLE CHIAVE:** Metaetica; fondazione teorica del diritto; positivismo kelseniano.

* Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), na área de concentração em Direito Público, professor permanente e pesquisador da Universidade Estácio de Sá (Unesa) e professor visitante da Pontifícia Universidad Javeriana, na Colômbia. Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Presidente de honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica - IHJ (RS-MG). Membro da comissão permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), do Observatório da Jurisdição Constitucional do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), da revista *Direitos Fundamentais & Justiça*, da revista *Novos Estudos Jurídicos*, entre outros. Coordenador do Da-sein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Ex-procurador de justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: lenio@unisinos.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8267-7514>

** Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (Ibet), mestre e doutor em Direito Tributário pela UFRGS, e mestre e doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Realizou estágio doutoral em Filosofia na Universität Tübingen, por meio de bolsa concedida pelo Deutscher Akademischer Austauschdienst (Daad), e estágio doutoral em Direito na Justus-Liebig Universität Giessen, por meio de bolsa concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Professor adjunto de Direito Tributário da Faculdade de Direito da UFRGS, professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS e coordenador substituto da Comissão de Pesquisa da Faculdade de Direito da UFRGS (Compesq-DIR). E-mail: aferreiraneto@yahoo.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6135-9274>

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

- **RESUMO:** O presente artigo tem a finalidade de analisar, seguindo lições de Stanley Paulson, os fundamentos metaéticos do positivismo jurídico de Kelsen, procurando identificar três níveis presentes na sua obra, a saber: 1. sua posição não cognitivista acerca do conhecimento moral, no que diz respeito ao *status* epistêmico dos juízos de bom/correto/justo; 2. sua posição cognitivista em relação ao conhecimento científico em si, em referência a juízos de veracidade e falsidade no âmbito da teoria do direito; e 3. sua posição não cognitivista relativamente à dimensão da aplicação das leis e da tomada de decisão pelos tribunais. Esse esclarecimento teórico dos níveis metaéticos no pensamento de Kelsen ajudará a melhor compreender os méritos e os equívocos contidos em sua produção científica.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Metaética; fundamentação teórica do direito; positivismo de Kelsen.

THE DIFFERENT METAETHICAL LEVELS IN KELSEN'S LEGAL POSITIVISM

- **ABSTRACT:** This paper aims to analyze, following Stanley Paulson, the metaethical groundings of Kelsen's *legal positivism*, trying to identify three levels present in this work, namely: 1. it's non cognitivist position of moral knowledge, concerning the epistemic status of good/correct/fair judgments; 2. it's cognitivist position concerning scientific knowledge, in reference to true or false judgments in the realm of legal theory; and 3. it's non cognitivist position concerning the dimension of application of statutes and of decision-making by courts. This theoretical clarification of metaethical levels in Kelsen's thought will help to better understand the merits and the mistakes present in his scientific work.
- **KEYWORDS:** Metaethics; theoretical groundings of law; Kelsen's legal positivism.

1. Introdução

A *Teoria pura do direito* (KELSEN, 2000, 2008a) é, sem dúvida, um dos projetos científicos mais influentes da filosofia jurídica do último século. A *Magnum Opus* de Kelsen (1881-1973) ainda surpreende por sua profundidade e complexidade, representando



uma obra teórica ainda relevante nas discussões jurídicas e políticas atuais, especialmente considerando o discurso ideologicamente cada vez mais carregado nos debates públicos. No entanto, embora seja uma das obras mais estudadas na teoria do direito, sendo leitura obrigatória em praticamente qualquer curso de introdução ao direito, ela também é um dos livros mais mal interpretados por estudantes e profissionais da área jurídica. Essa superficialidade na crítica e deturpação das ideias originais de Kelsen provavelmente deve-se a uma espécie de crise linguística amplamente compartilhada no mundo contemporâneo, a qual dificulta ou bloqueia a compreensão daqueles pressupostos básicos acerca dos fundamentos teóricos e práticos da experiência jurídica. Tal crise se articula em torno da preconcepção de que cada indivíduo está autorizado a adotar a própria abordagem paroquial da maneira como o direito e a moral interagem, como se nenhum mínimo denominador comum existisse nesse campo de conhecimento. Em verdade, esses desafios para uma interpretação da Teoria Pura do Direito são apenas sintomas de um diagnóstico mais amplo que vê o aumento de dilemas éticos aparentemente insolúveis que levam a divergências ainda maiores em questões jurídicas.

Não se pode perder de vista que “positivismo jurídico” representa um rótulo agregador de diferentes propostas teóricas (com perspectivas semelhantes e ideias correlatas, mas com relevantes distinções), todas pretendendo captar um fenômeno social altamente complexo, o qual, dificilmente, poderia ser explicado com base apenas na remissão a um sistema teórico explicativo. Portanto, tendo em vista os inúmeros pensadores que se autodenominam de “positivistas”, quando alguém fala em positivismo não imagina a diversidade de ideias que foi se forjando ao longo dos séculos (STRECK, 2020, p. 263-328). A ampla escola do positivismo jurídico possui, pois, diversas vertentes e inúmeras diferenças teóricas que impedem que ela seja caracterizada com base em um esquema explicativo comum.

Diante desse impasse, uma alternativa para resolver tais dificuldades seria fazer uso de ferramentas teóricas que foram desenvolvidas em um campo mais amplo da filosofia, o qual se dedica a fixar pressupostos metanormativos acerca da razão prática que poderão ser, no mínimo, compreendidos por todos que pretendem discutir seriamente os conceitos básicos acerca da ação humana. A disciplina filosófica responsável por esse estudo chama-se metaética (FERREIRA NETO, 2020), a qual tem a pretensão de identificar e esclarecer, analiticamente, os elementos metadiscursivos mínimos e necessários para a estruturação de uma teoria normativa sobre o agir humano (*rectius*, uma teoria moral de primeira ordem), viabilizando, assim, um diálogo aberto e transparente

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

entre as diferentes propostas teóricas rivais e fornecendo critérios metodológicos que, ao menos, permitem que os méritos e deméritos de cada tradição teórica sejam, entre si, comparados e mais bem compreendidos.

Ao adotar uma visão metaética, toda proposta de teoria do direito que levar a sério o esforço de tornar inteligíveis e comunicáveis os critérios constitutivos e ordenadores da ação humana deverá assumir um compromisso de conceituar e representar com clareza os pressupostos e os fundamentos daqueles juízos descritivos e valorativos necessários para se identificar o bom/correto/justo. De outro lado, caso seja totalmente descartada a metaética, qualquer debate entre tradições teóricas rivais representará um confronto radical de visões de mundo, cada uma com seu vocabulário idiossincrático que só faz sentido para aquele indivíduo que já compartilha aquela determinada visão teórica e moral. E esse desprezo à metaética, ao final, provoca um desacordo insolúvel sobre o que deve ser tomado como certo e errado. Com efeito, a metaética torna-se relevante não apenas por seu propósito analítico e conceitual – definir e ordenar noções de julgamentos, realidade moral, percepção, crenças –, mas também por oferecer uma estrutura capaz de classificar as tradições éticas mais relevantes, com base nos pressupostos epistêmicos comuns por elas compartilhados, mesmo que sejam esses adaptáveis às diferentes propostas teóricas.

Pois bem, esses avanços teóricos produzidos no campo da metaética, especialmente a divisão entre o cognitivismo e não cognitivismo moral, permitem uma interessante releitura da *Teoria pura do direito* de Kelsen. Isso ocorre porque, por meio desse esforço metaético, torna-se possível resgatar e reordenar determinados pressupostos morais, epistemológicos e normativos do pensamento kelseniano, em especial suas considerações sobre o *status* dos juízos práticos, sobre a natureza subjetiva ou objetiva da moral e do direito e sobre a própria viabilidade de se “purificar” a dita ciência jurídica de todos seus aspectos valorativos. Essa análise metaética expõe, assim, elementos conceituais mínimos que são (ou deveriam ser) compreensíveis tanto por defensores do positivismo como por aqueles que compartilham de visões teóricas rivais e não positivistas.

Com efeito, o presente artigo tem a finalidade de analisar os fundamentos metaéticos do positivismo jurídico de Kelsen, procurando identificar três níveis presentes na sua obra, a saber: 1. sua posição não cognitivista acerca do conhecimento moral, no que diz respeito ao *status* epistêmico dos juízos de bom/correto/justo; 2. sua posição cognitivista em relação ao conhecimento científico em si, em referência a juízos de

veracidade e falsidade no âmbito da teoria do direito; e 3. sua posição não cognitivista relativamente à dimensão da aplicação das leis e da tomada de decisão pelos tribunais. Esse esclarecimento teórico dos níveis metaéticos no pensamento de Kelsen ajudará a melhor compreender os méritos e os equívocos contidos em sua produção científica.

2. Fundamentação metaética da dogmática jurídica: pluralismo axiológico e a divisão entre tradições não cognitivistas e cognitivistas

O mundo contemporâneo é, de modo incontroverso, marcado por um pluralismo axiológico, segundo o qual todas as compreensões morais da realidade ou qualquer teoria ética são, *a priori*, válidas e legítimas, razão pela qual disputam, livremente, o espaço nos debates públicos sobre aquelas questões normativas de primeira ordem (isto é, aquelas cujas respostas nos indicam razões adequadas sobre como agir ou sobre o que fazer em determinada situação concreta). Esse cenário discursivo plural amplo, invariavelmente, acaba provocando um aumento nos desacordos práticos acerca do que pode e deve ser considerado certo e errado. Diante disso, muitas vezes, é necessário recuar um pouco para identificar os diferentes pressupostos assumidos por cada debatedor, as condições de inteligibilidade e de tradução entre teorias, e os pontos eventualmente incomensuráveis entre elas.

Diante desse aparentemente insuperável cenário de divergência, surgem a relevância teórica e a utilidade didática da disciplina filosófica que recebeu a denominação de metaética, a qual assume uma função propedêutica na compreensão das diferentes teorias que pretendem explicar e identificar critérios de fundamentação da ação humana, visando, com isso, analisar, a partir de parâmetros teóricos comuns, as diferentes alternativas que justificam as mais variadas propostas éticas que se encontram em posição de divergência nos debates morais e jurídicos concretos.

Smith (2005, p. 2) é frequentemente lembrado como sendo o autor que expôs com precisão o objeto próprio da metaética, como ramo autônomo da filosofia moral. Para ele, essa disciplina filosófica mais ampla deve ser dividida em dois níveis distintos de teorização: *ética normativa* e *metaética*. A primeira é dedicada à análise das perguntas elaboradas pelos filósofos e das respostas por eles apresentadas em relação a questões práticas substanciais, o que significa dizer que esse campo do conhecimento abarca as

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

possíveis teses e as propostas de solução para os problemas práticos envolvendo aborto, eutanásia, pena de morte etc. Já o segundo sub-ramo da filosofia moral está focado no esclarecimento e na sistematização dos pressupostos teóricos preliminares que qualquer indivíduo que deseje racionalmente ingressar nesse tipo de debate precisará formular, na medida em que determinados conceitos básicos comuns necessitam ser, minimamente, entendidos e compartilhados por todos os participantes desse mesmo tipo de discussão, independentemente da tradição ética que seja, particularmente, adotada por um ou outro dos seus interlocutores.

A metaética, portanto, pretende desenvolver uma superestrutura da razão prática (AUDI, 2001), representando uma espécie de *teoria sobre teorias éticas* e permitindo, assim, a identificação mais clara e segura dos enunciados teóricos primários que fundamentam as mais variadas e distintas propostas éticas substanciais,¹ as quais, segundo Waldron (1994, p. 166), acabam formando uma *torre de Babel da ética*. Com efeito, enquanto a ética normativa pretende responder à questão “O que é correto/bom/justo a se fazer no caso X?” e justificá-la, ou seja, o conteúdo do fenômeno moral, a metaética busca esclarecer “O que é ou o que forma um juízo correto/bom/justo?”, ou seja, a estrutura fundamental do fenômeno moral e a sua metalinguagem específica (BIRNBACHER, 2007, p. 58). Enquanto a ética normativa se ocupa do estudo do que é certo ou errado em relação a problemas práticos concretos, a metaética sobe um nível de abstração para discutir questões sobre o que é possível conhecer a respeito de valores, como conhecer, como demonstrar tal conhecimento etc. (STRECK, 2020, p. 54). Na comparação de Wilson Mendonça (2014, p. 154), “[a] metaética está para a deliberação ético-normativa assim como a filosofia da ciência está para a atividade científica”. Por isso, segundo Frankena (1951, p. 44-55), a maioria das propostas éticas desenvolvidas pelas diferentes tradições filosóficas pode até encontrar grande concordância em relação ao que é certo e errado em termos de ética normativa, mas cada uma manterá grandes divergências fundamentais no que diz respeito ao desenvolvimento dos seus respectivos “esquemas de moralidade”.

1 “Der Auftrag der Metaethik ist es, linguistische Strukturen und Eigenschaften ethischer Propositionen zu überprüfen. Sie befasst sich mit der Abtrennung von moralischen von nicht-moralischen Erscheinungen und mit dem Fundament sittlicher Ansichten bezüglich der Erkenntnistheorie, der Ontologie und der Sprachphilosophie. Eine wichtige Grundfragestellung der Metaethik ist die, ob sittliche Ansichten in der Lage sind, einen allgemeinen Geltungsanspruch zu stellen. Die Metaethik gehört nicht zum Obergriff der Ethik, sondern ist eine Art Abzweigung, die insbesondere Bezug auf die ethischen Propositionen einen neutralen Standpunkt ausübt” (HILBER, p. 269-270).

É por essa razão que a metaética tem se mostrado uma disciplina relevante para todas as ciências que lidam com questões humanas que pretendem extrapolar o plano da empiria, ganhando, assim, nos últimos anos, grande força no campo jurídico.

Mesmo sem saber, todo jurista que se dedica ao estudo sério do direito sempre assume uma posição sobre a cognoscibilidade dos valores que fundamentam e motivam o agir humano, de modo que tal pressuposição invariavelmente acaba exercendo alguma espécie de influência epistêmica na teoria que será por ele proposta. Assim, tira-se grande proveito da metaética para discutir teoria do direito, dogmática jurídica e decisões judiciais, explicitando os *critérios de veracidade* que subjazem à sua fundamentação, tornando-a mais aberta ao controle público.

Portanto, trazendo a metaética para o diálogo com o direito, torna-se possível não apenas ampliar o grau de inteligibilidade da nossa prática, mas também aprimorar os elementos de controlabilidade das decisões judiciais, mesmo que seja apenas para destacar a presença de fundamentos não cognitivistas, os quais pressupõem que questões de certo e errado são meras expressões de subjetividade, de emoção ou de vontade do julgador.

Conforme já destacado, a pluralidade (meta)ética contemporânea pode dificultar o debate direto sobre questões normativas, sendo necessário recuar um pouco para identificar os diferentes pressupostos assumidos por cada debatedor, as condições de inteligibilidade de seu discurso, a possibilidade de tradução de conceitos entre diferentes teorias, bem como a identificação dos eventuais pontos incomensuráveis entre elas. Por isso, cada vez mais, multiplicam-se as posições metaéticas, seja por meio da defesa explícita por alguns filósofos, seja mediante sua identificação como implícitas a algumas teorias éticas normativas ou mesmo em “ciências valorativas”. Uma ciência valorativa, como o direito, sempre assume (ou inconscientemente pressupõe) uma posição metaética na sua produção de conhecimento (STRECK, 2020, p. 47).

Daí a relevância didática das propostas de classificação que são elaboradas dentro do campo da metaética, as quais pretendem organizar e relacionar essas diferentes teorias éticas, tendo em vista os elementos epistêmicos comuns e divergentes que possam ser atribuídos a elas.

Dentro desse amplo cenário de debate, duas etapas de divisão ordenam as classificações que, normalmente, são elaboradas por aqueles que se dedicam ao estudo da metaética.

A primeira e mais importante divisão metaética diferencia o *cognitivismo* do *não cognitivismo*, posturas essas que pretendem fornecer respostas – ainda genéricas –

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

quanto à possibilidade (ou não) de haver conhecimento no campo dos valores, permitindo, assim, o estudo dos fundamentos e das propriedades dos juízos morais como juízos morais, de modo a definir se há ou não uma “realidade moral”, isto é, uma instância – criada ou real – em que juízos de certo e errado sobre a ação humana podem ser produzidos e comunicados com inteligibilidade e objetividade (FERREIRA NETO, 2020, p. 24). Assim, as linhas de pensamento que se adaptam ao cognitivismo moral defendem ser possível acessar, emitir, conhecer e comunicar, com alguma objetividade, juízos de certo e errado referentes à ação humana. O cognitivista assume, portanto, que os predicados morais que normalmente utilizamos em nossa linguagem ordinária possuem algum significado objetivo, já que se reportam a objeto que é referível a algum ponto da nossa realidade de convivência, seja esse objeto de referência fruto de construção social, de um processo hermenêutico ou de alguma dimensão ontológica de experiência humana. Já para o não cognitivista, não há qualquer sentido em se falar em fatos morais ou verdades relevantes ao campo da ação humana, pois, para ele, esse tipo de juízo é, invariavelmente, falso ou representa apenas a expressão de sentimentos ou atitudes emocionais que motivam uma pessoa a agir de determinado modo, inexistindo qualquer critério objetivo prévio que permita avaliar o conteúdo dessa ação (FERREIRA NETO, 2020, p. 137-138).

Ainda, deve-se lembrar que a separação em cognitivismo e não cognitivismo tem ligações com o importante debate sobre as relações entre fato e valor (STRECK, 2020, p. 49). No texto seminal *Metaética: algumas tendências*, Stephen Darwall, Allan Gibbard e Peter Railton (2013, p. 51-52) advertem que

[...] [o] não cognitivismo é ameaçado não somente pela tentativa de endurecer os valores para fazê-los parecer com os fatos concretos, mas também pela tentativa de amolecer os fatos a fim de fazê-los parecer mais com os valores emotivos. Frequentemente, os oponentes do não cognitivismo tentam preencher a lacuna fato/valor desde ambas as extremidades.

Por sua vez, uma segunda divisão – que representa um desdobramento e uma especificação da primeira – permite a categorização daquelas conhecidas tradições éticas mais específicas, tendo em vista os fundamentos particulares que assumem quando justificam a maior ou menor pretensão de objetividade que atribuem a juízos morais. Nesse quadrante classificatório, portanto, é comum contrastarem-se, a partir desse parâmetro comparativo, as posturas *niilistas*, *emotivistas*, *subjetivistas*, *relativistas*, *construtivistas* e *realistas* (FERREIRA NETO, 2020, p. 145-184).

É importante lembrar que a metaética não é uma teoria vinculada a apenas um autor, mas é uma disciplina, um esforço metateórico de uma comunidade de filósofos e cientistas. Portanto, suas classificações não são estipuladas por apenas uma pessoa, sendo sempre abertas a variações e controvérsias (STRECK, 2020, p. 48). Dessa maneira, é possível encontrar conceitos mais abrangentes ou mais restritivos de cognitivismo, que poderão incluir ou deixar de fora algumas subdivisões. Por isso, uma forma bastante útil de trabalhar com as classificações é não se ater dogmaticamente a conceitos fixos, mas imaginar um contínuo entre posturas cada vez mais não cognitivistas e posturas cada vez mais cognitivistas. A metaética fornece, pois, um didático “termômetro” ou uma “régua de medida”, que “é capaz de medir – metaforicamente – o grau de objetividade que é almejado por diferentes tradições éticas, tendo em vista critérios comuns e comparáveis entre si” (FERREIRA NETO, 2020, p. 145). Por isso, essa segunda etapa classificatória parte do extremo não cognitivista (amoralismo ou nihilismo), passando por um não cognitivismo moderado (emotivismo), depois por classificações híbridas e intermediárias (subjetivismo e relativismo), passando por cognitivismos moderados (construtivismo), chegando, enfim, ao ponto mais intenso de cognitivismo (realismo).

No âmbito do direito, as posturas não cognitivistas seriam aquelas correntes ou posições céticas, que defendem não ser possível qualquer forma de cognição objetiva ou intersubjetiva acerca do conteúdo de juízos de valor, razão pela qual é inviável que se exerça, por meio delas, qualquer controle racional de decisões tomadas no campo jurídico (STRECK, 2020, p. 50). Direito, por exemplo, será aquilo que a decisão judicial disser que é. E isso resultará de um ato de verificação empírica, um ato de poder e de vontade. Para essa postura, decisões jurídicas sempre podem ser variadas, não havendo como se sustentar a existência de respostas corretas para problemas jurídicos, mas apenas decisões que sejam eventualmente tomadas por alguém investido de poder que está autorizado a conformar a motivação do conteúdo decisório adotado ao seu conjunto de preferências. Precisamente por isso, o decisionismo também é uma forma não cognitivista. Aliás, para o não cognitivista jurídico, tampouco existe a melhor resposta ou uma resposta melhor que outra, já que esse indivíduo, aproximando-se do relativismo, não concebe a possibilidade de existir qualquer forma de realidade moral objetiva, sendo impossível ou impraticável dizer que uma coisa é boa ou ruim em qualquer lugar. Somente a dimensão empírica é capaz de influenciar a formação do direito. Real e existente é aquilo que o agente pode manejar e dispor.

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

Por sua vez, um cognitivista moral no direito tende a acreditar na possibilidade de controlar decisões judiciais e analisar com alguma objetividade as nossas práticas jurídicas. Ele acredita que é possível que um discurso moral seja verdadeiro ou possa ser analisado por meio de critérios de veracidade, na medida em que o cognitivismo admite ser possível fazer juízos de certo e errado sobre um determinado agir e que esses juízos podem ser transmitidos, com algum sentido, a outras pessoas. Há, assim, uma crença em um grau de objetividade, de modo que acreditar na possibilidade de alcançar respostas corretas é um modo de se dizer cognitivista.

Fazer essa distinção é relevante para que possamos identificar determinados discursos adotados no direito. É bom saber que um decisionista não se importa com juízos de certo ou errado, mesmo que ele diga que sim. Mas, se decide como quer, naquilo que, em seu íntimo, acha justo, agirá de forma não cognitivista. Se alguém se diz pragmático no direito, querendo assim dizer que cada decisão deve levar em conta só aquele caso, só aquele problema, está diante de um não cognitivista, porque é uma espécie de nominalista ou neonominalista. Portanto, os conceitos de cognitivismo e não cognitivismo também são úteis para mostrar que uma dogmática jurídica, que não se preocupa com critérios ou em buscar discursos de verdade, é igualmente não cognitivista. O não cognitivismo pretende defender que o intérprete não se preocupa com respostas verdadeiras, pois transforma o direito em um jogo de poder (STRECK, 2020, p. 51).

É precisamente nesse ponto que a divisão cognitivismo/não cognitivismo fixa uma intersecção fundamental na análise dos pressupostos metaéticos que inspiram, em geral, o positivismo jurídico e, de modo particular, o pensamento kelseniano. Isso ocorre porque Kelsen (2008), principalmente em sua obra *Reine Rechtslehre*, não pode ser rotulado, de modo simplório, como sendo apenas um não cognitivista. Em verdade, apreciando-se a sua proposta de purificação do direito em toda a sua extensão e complexidade, verifica-se que ela manifesta elementos pontuais que a enquadram tanto no espectro do não cognitivismo quanto do cognitivismo.² De fato, o esforço de purificação científica do fenômeno jurídico manifesta aspectos teóricos que o enquadram em algumas facetas do não cognitivismo, em especial no que tange à pressuposição de que juízos de valor são sempre e invariavelmente subjetivos ou no momento em que sustenta que a interpretação judicial é apenas um ato de vontade de preenchimento

2 Por óbvio, não se pretende aqui defender que essa dualidade metaética esteja, ela própria, imune à crítica, na medida em que, com razão, algum opositor do pensamento kelseniano poderá invocar essa duplicidade de posições como sendo sinal de incoerência e inconsistência interna da teoria sendo por ele proposta.

discrecional de uma moldura vazia deixada pelo legislador. No entanto, isso não quer dizer que, no plano da identificação do que seja direito, Kelsen não adote uma tendência também cognitivista. Ele trilha, sim, uma forma de cognitivismo epistêmico, na medida em que, para ele, há uma hierarquia jurídica a ser observada e um processo formal de validação das normas jurídicas que necessitará ser cumprido para que os comandos sejam considerados vinculantes.

É precisamente diante dessa atitude metaética híbrida de Kelsen que, no último tópico deste artigo, a Teoria Pura do Direito será analisada a partir dos seus aspectos não cognitivistas e cognitivistas.

3. As influências filosóficas do positivismo jurídico em sentido amplo³

Conforme antes referido, o positivismo jurídico não pode ser encapsulado em apenas uma ideia que tenha se mantido imutável desde a sua primeira formulação. Na verdade, temos diferentes correntes do positivismo jurídico, as quais, a cada dia, apresentam um número maior de vertentes e ramificações. Exatamente por isso, antes de se adentrar na análise dos pressupostos metaéticos do pensamento kelseniano, mostra-se relevante e pertinente uma pequena digressão no tempo para identificar as influências filosóficas dessa tradição jurídica, bem como a forma como esta evoluiu, modificou-se e fragmentou-se com o passar dos anos.

3.1 O positivismo antes de Kelsen

O juspositivismo clássico, embora cada uma das vertentes contenha diversas peculiaridades, apresenta traços definidos em todas elas. Trata-se de um movimento em que o material jurídico é estabelecido por alguma autoridade humana legitimada: na França, a lei produzida pelo legislador racional, de inspiração iluminista (positivismo exegetico); na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-professores (jurisprudência dos conceitos); na Inglaterra, os precedentes proferidos pela autoridade política competente (jurisprudência analítica). Veja-se que é isso que o positivismo posteriormente chamaria de (tese dos) “fatos sociais”, embora nesse momento histórico

³ Para a versão completa e detalhada dessa genealogia do positivismo jurídico, ver Streck (2020, p. 263-271).

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

não seja da simples caracterização como “fato social” que derive a legitimidade do direito, mas da sua relação com a autoridade criadora (legislador, professor ou juiz).

Além disso, o positivismo jurídico tem em sua genealogia o positivismo científico, para o qual só há fatos. Tais influências do positivismo jurídico podem ser resgatadas, em um primeiro momento, no positivismo científico de Auguste Comte (1798-1857) e, mais adiante, no chamado *neopositivismo lógico*, fundado pelo Círculo de Viena, ainda no início do século XX (AYER, 1959). Mesmo que não se possa generalizar tal influência em relação a todas as vertentes do positivismo jurídico, não há dúvidas de que o Círculo de Viena representou um ambiente intelectual que causou grande impacto na formação da proposta positivista que veio a ser de moldada por Hans Kelsen. Assim, pode-se dizer que o primeiro autor influenciou Kelsen, de forma difusa e indireta, possivelmente em relação às suas considerações ontológicas e epistemológicas, fornecendo-lhe a base para suas definições de realidade, ciência e filosofia. Já a segunda escola de pensamento influenciou-o, diretamente, em relação às suas considerações sobre o fenômeno jurídico, garantindo-lhe as bases para o seu projeto científico positivista (KELSEN, 2008).

Comte (1987), em seu *Curso de filosofia positiva*, fixou os princípios básicos do pensamento positivista (influenciando, inclusive, o próprio positivismo jurídico) nos seguintes termos:

- 1) Não existe outro conhecimento senão o empírico, ou seja, o que se funda nos fatos e se baseia nas leis de coexistência e sucessão dos fenômenos.
- 2) Somente é possível conhecer os fenômenos, isto é, a aparência física das coisas.
- 3) O único método válido é aquele adotado por ciências experimentais.
- 4) Toda pretensão metafísica é inútil e estéril, sendo inviável buscarem-se as causas - primeiras ou últimas - de alguma coisa.

Por sua vez, as premissas teóricas defendidas pelo *neopositivismo* foram sintetizadas por meio de um *manifesto positivista* editado por Otto Neurath, Hans Hanh e Rudolf Carnap, tendo recebido o título de “A concepção científica do mundo” (FERREIRA NETO, 2020), cujos pressupostos fundamentais - que reproduzem, em grande medida, o positivismo de Comte - podem ser resumidos por meio das seguintes ideias:

- 1) a concepção científica do mundo tem como objetivo a construção de uma “ciência unificada”, com um método de investigação idêntico para todos os objetos;



- 2) pretende-se elaborar (2.1) “um sistema de fórmulas neutro, de um simbolismo livre das impurezas, das linguagens históricas” e (2.2) um “sistema global de conceitos”;
- 3) possui ela duas propriedades: (3.1) “ela é empirista e positivista: há apenas conhecimento empírico, que repousa sobre o dado imediato”, sendo essa “a fronteira do conteúdo da ciência legítima”; e (3.2) a ela aplica-se “um método de análise lógica”, de modo que, na “descrição científica, considera-se apenas a estrutura (forma de ordem) dos objetos, não a sua ‘essência’; e
- 4) em nome de uma clareza descritiva, recusa-se valor às “complexidades obscuras e profundidades impenetráveis”, já que na “ciência, nada é ‘profundo’, tudo é superfície”, de modo que todos os “problemas filosóficos tradicionais” devem ser livrados das considerações “metafísicas”, inexistindo qualquer dimensão ontológica que possa exercer influência objetiva no conhecimento da realidade,⁴ e tais questões deverão ser “desmascaradas” como “pseudoproblemas” ou transformadas “em questões empíricas, sobre as quais cabe um juízo por parte das ciências da experiência”.

Tais pressupostos serão aqueles que demarcarão, com clareza, os fundamentos metaéticos que estão na base do positivismo jurídico de Kelsen, conforme se pretende demonstrar no último tópico deste estudo.

Eis, assim, a questão empírica fundamental, o que levou Nietzsche a se contrapor e dizer que “contra o positivismo que diz que só há fatos, eu digo: fatos não há; só há interpretações”. *Só há fatos* está na origem da questão positivista do “fato social”. Esse fato é construção humana. Ao jurista só cabe o papel de descrever esse fato. Com isso também fica evidente uma busca por certezas, por uma objetividade na aplicação do direito. Esse espaço de um conhecimento objetivo, que pode ser verdadeiro ou falso, sempre acompanhou o positivismo jurídico, seja na aplicação e/ou na ciência em suas mais variadas versões.

Aqui a conexão com os paradigmas filosóficos fica absolutamente clara. Trata-se de reflexos do paradigma da filosofia da consciência, em que a razão humana *põe* o sentido das coisas. Ou, no plano da discussão aqui posta, a razão “*põe* o direito”. Daí a

4 “As qualidades subjetivamente vivenciadas – o vermelho, a alegria – enquanto tal, são apenas vivências, não conhecimentos. Na óptica, leva-se em conta apenas aquilo que, em princípio, pode ser também entendido por um cego.”

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

raiz do positivismo jurídico: direito é um fato social posto pela razão humana. Como veremos, esse fato posto pode ser uma lei, um julgamento, um conceito (como uma pandecta). No entanto, em um segundo momento, esse direito posto (positivo) precisa ser conservado/preservado por razões políticas e sociais (a desconfiança da burguesia francesa com os juízes do *Ancien Régime*; a unificação do direito alemão sob o império de Bismarck; a limitação do poder dos juízes ante as imposições consuetudinárias).

Esse segundo momento faz com que o direito não seja criado ou reconhecido em critérios exógenos aos fatos originários, isto é, aquilo que essas autoridades determinaram como sendo direito. E por isso a referência dada com a nomenclatura “positivismo”. A interpretação dos juízes está “amarrada” à legislação, aos conceitos dos professores e aos precedentes. França, Alemanha e Inglaterra, respectivamente. O juiz conhece o direito positivado pela autoridade e faz uma dedução ao caso concreto, como uma adequação da coisa ao intelecto, uma verdade correspondencial. Essa questão é fundamental para entendermos a relação do positivismo com os dois paradigmas filosóficos (clássico e moderno): põe-se o direito (fato social); na sequência, a partir de um olhar externo, esse direito é descrito/aplicado. Uma mixagem heterodoxa entre metafísicas clássica e moderna.

Assim, ainda que o positivismo jurídico não seja – *stricto sensu* – herdeiro filosófico da metafísica clássica por não acreditar em essências (ideia, *ousía*, Deus) e apenas limitar o direito aos meros fatos (aqui a herança do positivismo científico, em que só há fatos), a sua manifestação prática acaba se tornando muito próxima do modo como a filosofia compreendia a realidade nesse paradigma: a partir de um olhar externo, em que a realidade está dada – uma espécie de mito do dado adaptado ao direito (desnecessário lembrar-se dos mitos da vontade da lei e da vontade do legislador, ainda presentes no imaginário dos juristas).

Na pré-modernidade, tratava-se de uma essência, algo que independe do homem; já a partir da modernidade, o objeto continua “objeto”, só que, agora, é produzido pelo homem, como um fato social. Aliás, é nesse exato sentido que emerge a ligação antes referida do positivismo científico com o positivismo jurídico, nas suas mais variadas formas.

Com efeito, em face do fim da Idade Média, o homem teve que buscar novos caminhos diante de um mundo não mais dogmaticamente prefixado. O mundo deixa de ser uma cartografia predefinida. Assim, a garantia de um conhecimento verdadeiro passou a ser assegurada pela razão por intermédio do método (científico). A verdade tornou-se

somente aquilo que poderia ser comprovado num processo empírico de observação e experimentação. Do exterior passou-se ao “interior”, lugar do sujeito moderno.

O positivismo, desse modo, partia daquilo que estava posto, positivado, o que aponta para a sua raiz etimológica, originado do latim *positivus* (*positus*: participio passado de *ponere* - “colocar”, “botar” + *tivus*: que designa uma relação ativa ou passiva), que se refere a algo existente de modo explícito, estabelecido e/ou aceito convencionalmente.

Por isso, é possível afirmar que nos sofistas (séculos IV-V a.C.) e em Thomas Hobbes (1558-1679) já se anunciava o positivismo ou ao menos é perceptível o seu germen. Para os primeiros, o *nomos* seria apenas uma expressão cultural e contingente, isto é, não estaria predeterminada no cosmos. O *nomos* estaria sujeito ao homem, e não o inverso. Já para o segundo, o direito seria meramente o produto do soberano, sem que estivesse ligado a qualquer onto(teo)logia, a qualquer tipo de valores transcendentais. Ou seja, o direito seria aquilo que o soberano dis-[e]põe. Afinal, *auctoritas non veritas facit legem* - eis o lema mais fiel ao positivismo, o que se pode constatar fortemente em John Austin. O direito como questão de fato, e essa questão de fato sendo passível de uma separação, já no plano mesmo da identificação, de seus potenciais méritos ou deméritos.

Assim, apresenta-se uma das principias ênfases do positivismo jurídico, que diz respeito à “natureza” convencional do direito, ou seja, que esta se limita a uma construção social historicamente situada (que pode ser uma lei, uma decisão judicial, uma súmula). Essa convenção é tomada como um fato objetivo, que, num primeiro momento, daria conta da aplicação concreta do direito e, depois, foi restringindo-se a aspectos formais que definiriam a estrutura, a “natureza” do fenômeno jurídico.

É nessa exata direção que Juan Carlos Bayón (2002) sustenta que o convencionalismo seria como uma espécie de código genético que une todas as versões do juspositivismo. Assim, corretamente o jurista espanhol argumenta que

[...] a decomposição da tese das fontes sociais em elementos logicamente independentes abre a possibilidade da postulação de diferentes versões da mesma. Se nos perguntarmos então pelo denominador comum de todas elas, acredito que obteremos um núcleo básico que chamarei de “tese convencionalista” (BAYÓN, 2002).

É nesse sentido que se pode afirmar tranquilamente que o positivismo jurídico, ao menos no que diz respeito a seu cerne, não mudou tanto assim. Seus compromissos metodológicos empiristas, descritivistas, permanecem o mesmo após as *Lectures* de

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

Austin. Do comando do soberano à regra de reconhecimento no mundo anglo-saxão, passando por uma norma fundamental na Europa, o vetor de racionalidade é indicado pela tese convencionalista como grande fio condutor.

Em termos históricos, é possível observar que, a partir do final do século XVIII, o juspositivismo começa a se projetar como paradigma jurídico dominante. Nesse momento, apesar de possuir traços comuns, apresentou versões diferentes em virtude do recorte epistemológico daquilo que se poderia compreender como “positivo”, isto é, aquilo que garantia objetividade ao conhecimento jurídico.

Desse modo, observa-se o desenvolvimento de movimentos na Inglaterra com a jurisprudência analítica (Bentham e Austin), na França com a Escola da Exegese (Blondeau e Duraton) e na Alemanha com a jurisprudência dos conceitos (Puchta e Windscheid). O traço comum é o objeto a ser descrito e ao mesmo tempo aplicado pelo juiz. O juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei. O jurista-doutrinador e o juiz devem lidar com o direito como algo posto, imitando-se o mito do dado. De novo, facilmente perceptível a mistura de paradigmas, que acabam amparando esse compromisso metodológico comum.

No ambiente anglo-saxão, o positivismo recebeu as primeiras teorizações. Jeremy Bentham (1748-1832) defendia que o direito deveria ser analisado assim como ele é, em distinção das apreciações de como deveria ser. O caráter científico do direito estaria em considerá-lo como um “fato” e não como um “valor”. Em consequência, estaria a teoria jurídica separada da moral, pois esta era entendida com um campo de valorações. Fato não tem valor. Fato deve apenas ser descrito. Portanto, a positividade do direito não estaria numa complexa realidade social. Diferentemente, esta era compreendida nas relações lógico-sistemáticas das premissas jurídicas. A teorização do direito, em Bentham, era papel da teoria “expositória”. O campo daquilo que deve ser era metodologicamente distinto, reservado a outra esfera, chamada por Bentham de “censória”.

John Austin (1790-1859), que estudou com Bentham, caminhou nesta mesma direção. Acreditava que a existência do Direito seria independente de seus (de)méritos morais/valorativos. Sustentou, em *The Province of Jurisprudence Determined*, que “[...] a existência da lei é uma coisa; o seu mérito ou demérito é outra”⁵. O Direito seria constituído de comandos proferidos pelo soberano para uma comunidade específica (*autorictas non veritas facit legis*). Austin defendia a codificação, pois entendia ser o

5 AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 157.



Direito legislado uma forma superior em relação ao Direito judiciário. Todavia, estando no *Common Law*, também considerava que os juízes criavam Direito, de modo particular, por delegação legislativa diante da impossibilidade de as regras darem conta de forma absoluta de todas as hipóteses fáticas. Portanto, juiz põe “fato”. Positiva. Assim como Bentham, jamais aderiu à teoria clássica do *common law* em seus pressupostos teóricos; diferiu-se, porém, em aceitar o “direito judiciário” como uma espécie de delegação tácita do soberano. A concepção de direito era preservada, acomodando assim as características do sistema normativo anglo-saxão. Falemos em maior detalhe sobre essa diferente.

É importante notar que em Austin, por tudo isso, encontra-se o germe do positivismo descritivo. Conforme bem observa Thomas Bustamante (2015),⁶ como viemos observando, em Bentham há uma divisão entre *ensorial jurisprudence* e *expository jurisprudence*. A primeira estaria preocupada, com base no utilitarismo, em apontar como o direito deve ser; a segunda seria a teoria do direito preocupada em apenas descrever o direito, de forma objetiva e neutra. Como Austin era um conservador político, a *ensorial jurisprudence* lhe foi de pouca utilidade e praticamente desapareceu em suas obras.

Outro ponto que acaba distanciando Bentham e Austin é a questão do *judge-made law*. Bentham era um ferrenho crítico do modo como os juízes decidiam na Inglaterra. Chamou o direito inglês de direito para cachorro (*dog law*). Explicou que o modo como se aprendia o direito inglês era do mesmo modo que um cachorro aprendia a não fazer algo: apanhando. Por isso, Bentham foi um defensor da codificação buscando uma maior segurança jurídica. Por sua vez, Austin (1995, p. 163) não só aceitava a *judge-made law*, como também a achava positiva, ao ponto de afirmar que “as partes das leis que, nos países, foram produzidas pelos juízes têm sido muito melhores do que as partes que foram aprovadas pelos estatutos do legislativo”. Isso, todavia, não significa que Austin (2005) repudiava a codificação. Pelo contrário, entendia como necessária, pois todas “as decisões judiciais que não aplicam os estatutos são meramente arbitrárias” (AUSTIN, 2005, p. 664), na medida em que confundem a *judge-made law* com a arbitrariedade. Este é o ponto fundamental: para Austin, há uma diferença entre arbitrariedade e a

6 Isso fica claro – isto é, o conservadorismo austiniano – em alguns de seus escritos, como quando se opôs claramente a reformas parlamentares que hoje seriam tidas como mais “progressistas”. Ver Austin (2002, p. 135-139). Esse ponto específico, sobre o conservadorismo austiniano como fator que anima sua ênfase nos aspectos “expositórios” da *jurisprudence*, foi exposto de maneira convincente por Michael Lobban (e, no Brasil, o ponto também é bem levantado por Thomas Bustamante). Ver Lobban e Pattaro (2016, p. 173) e Bustamante (2015).

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

judge-made law. De qualquer forma, observa-se que, antes mesmo de Hart, a questão da discricionariedade já era reconhecida e aceita, ainda que com ressalvas. Austin foi um dos principais nomes da jurisprudência analítica, que procurava pensar o direito a partir de critérios lógico-descritivos a fim de identificar seus conceitos e categorias, que seriam deduzidos de modo empírico e factual dos ordenamentos positivos e da prática judiciária.

No que tange às experiências francesas e alemãs, é notória a forte influência que o direito romano exerceu na formação de seus respectivos direitos privados, não em virtude do que comumente se pensa – de que os romanos “criaram as leis escritas” –, mas, sim, em virtude do modo como o direito romano era estudado e ensinado. Isso que se chama de exegetismo tem sua origem aí: havia um texto específico em torno do qual giravam os mais sofisticados estudos jurídicos. Esse texto era – no período pré-codificação – o *Corpus Juris Civilis*. A codificação efetuou a seguinte “marcha”: antes dos códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao direito romano. Aquilo que não poderia ser resolvido pelo direito comum seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o direito romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorporou de alguma forma as discussões romanísticas e acabou “criando” um novo dado: os códigos civis (França, 1804, e Alemanha, 1900).

Naquele contexto, a função de complementaridade do direito romano desapareceu totalmente. Toda argumentação jurídica deveria tributar seus méritos aos códigos, que passaram a deter, a partir de então, a estatura de verdadeiros “textos sagrados”. Códigos como “fatos”. Isso ocorreu porque eles seriam o dado positivo com o qual deveria lidar a ciência do direito.

Com o passar do tempo, desenvolveu-se a percepção acerca da incapacidade de os códigos abarcarem toda a realidade circundante, principalmente em virtude dos embates teóricos sobre a existência de lacunas legislativas. Mas, então, como controlar o exercício da interpretação do direito para que essa obra não fosse “destruída”? E, do mesmo modo, como excluir da interpretação do direito os elementos metafísicos que não eram benquistos pelo modo positivista de ler a realidade?

A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintático. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra

sagrada” (código, precedentes, textos jurídicos, glosas etc.) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conseqüentemente, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas.

Nesse contexto, uma das características marcantes e que também é perceptível nas fases posteriores do positivismo, foi/é o formalismo, tanto no recorte do objeto de estudo como no modo de exposição. A preocupação se concentra na “estrutura” do direito, em distinguir analiticamente a sua normatividade, longe da sua prática concreta. Assim, seria possível descrevê-lo em manuais, compêndios, sistemas, ou seja, dogmatizá-lo, abstraindo dele a temporalidade.

É importante destacar que, no positivismo primevo (clássico, nas suas três versões já explicitadas), assentou-se claramente a tese da separação (conceitual) entre direito e moral.⁷ Essa característica se perpetua até a contemporaneidade, apesar de ter sido abrandada pelo positivismo inclusivo, como será exposto mais adiante. Em síntese, essa tese afirma que a existência/validade do direito, assim como sua identificação, dá-se independentemente de quaisquer constrangimentos de índole moral.

Cada uma das três modalidades do positivismo novecentista teve a sua antítese: a Livre Investigação Científica na França, a doutrina do segundo Ihering, a Escola do Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses na Alemanha, e o realismo jurídico na Inglaterra e nos Estados Unidos.⁸ Aos poucos, o lócus do sentido da lei foi sendo transferido para o subjetivismo do juiz e para a decisão judicial, mantendo-se assim o aspecto empírico. Do positivismo legal ocorria a migração para o positivismo axiologista-valorativo e/ou fático, no caso das posturas realistas/empiristas. Assim, pensando em superar o formalismo clássico que identifica o positivismo em suas versões primeiras, passa-se a apostar na vontade do intérprete, ainda que seja pelo reconhecimento de sua inexorabilidade.

7 Sobre a tese da demarcação do direito e da Moral, ver Ferreira Neto (2020, p. 43-74).

8 O realismo, porém, como contraposição àquilo que se entendia como consequência prática do positivismo como pressuposto teórico, uma espécie de formalismo. Em seu âmago, como postura teórica, o realismo é uma forma de positivismo: ao se comprometer com o direito como questão de fato e ao se comprometer com uma postura descritivista da prática. A pretensão do positivismo jurídico assim chamado certamente é mais conceitual do que a do realismo, muito mais assumidamente pragmática, mas, como teorias do direito, ambas são manifestações empiristas de uma concepção convencionalista do direito como fato. Numa palavra, o realismo jurídico é uma forma de positivismo. Ver os verbetes “positivismo jurídico” e “realismo jurídico” em Streck (2020).

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

Em termos gerais, é possível afirmar que, no plano da teoria do direito, não existem mais do que dois “lados” ou “posturas”: os positivismos diversos e as posturas que estão do outro lado. Quem admite uso da moral (de forma inclusiva, como o positivismo inclusivo) ou de forma diversa, como quando o juiz não se considera vinculado moralmente à lei (fato social posto democraticamente), está enquadrado, de algum modo, no positivismo.

Com efeito, o positivismo (jurídico), na sua radical separação, cisão, entre *is* e *ought*, do ponto de vista epistêmico, vai visualizar um direito a partir do qual as proposições jurídicas são passíveis de uma verificação factual.

Resumindo: tanto para o positivista científico quanto para o positivista jurídico, *só há fatos*. E sua abordagem, porque empírica por essência, vai ser inevitavelmente picada pelo agulhão semântico. Todas essas posturas compartilham de uma dicotomia *ser/dever-ser*, em uma separação do que *é* daquilo que *deve ser*; todos seus critérios de verificação e falsibilidade estão ancorados na esfera dos fatos. Desse modo, positivismo jurídico e positivismo científico: cada um à sua maneira, cada um com seu propósito, todos atrelados ao paradigma dicotômico que cinde fato e valor (e fica com o primeiro).⁹

3.2 A pureza do direito kelseniana

Na tentativa de construir uma ciência do direito sob outros pressupostos e que resistisse à crítica ao racionalismo, Hans Kelsen inaugura um segundo momento do juspositivismo. O jurista reconhecia a inexorabilidade do elemento subjetivo no *jus dicere*,

⁹ Levanta-se uma série de objeções contra esse ponto, sobre o qual permanecemos convictos. É reducionista dizer que o positivismo científico e o positivismo jurídico não têm relação porque não são concomitantes do ponto de vista cronológico, sendo o segundo anterior ao primeiro. O ponto é sobre compromissos teóricos. Ora, o positivismo jurídico já o era em Hobbes e Bentham; só não levava esse nome. É claro. Acontece que, da existência da relação entre premissas filosóficas, não se segue, necessariamente, que houve influência pretérita. Sim, o positivismo jurídico tem suas grandes teses; sim, um positivista jurídico não vai, necessariamente, dispor de uma *Weltanschauung* de índole cientificista; sim, é bastante possível que positivismo venha do direito positivo. Mas nada disso invalida a relação necessária que sustentamos mesmo em face das objeções. E sustentamos porque a relação parece claríssima: o positivismo jurídico considera, ainda que a partir das próprias teses, que o direito é uma questão de fato. O que indica, afinal, a tese das fontes? O que quer dizer a tese da separabilidade, na medida em que separa os valores exatamente dos “fatos”? Não é isso um cientificismo eminentemente positivista? Jamais afirmariamos que o positivista jurídico, como filósofo, irá, necessariamente, rejeitar a metafísica em sua visão de mundo; porém, o tratamento teórico-filosófico que ele dá ao fenômeno jurídico pressupõe uma aceção de um conceito fundamentalmente empírico. Mais: o positivismo (jurídico), na sua radical separação, cisão, entre *is* e *ought*, do ponto de vista epistêmico, vai visualizar um direito a partir do qual as proposições jurídicas são passíveis de uma verificação factual. Daí por que viemos falando que o positivismo pressupõe o convencionalismo ou, no mínimo, leva a ele; e se o convencionalismo trata de um direito oriundo de convenções sociais, que produzem fato, como é possível negar uma relação inexorável entre uma proposta jurídica desse tipo e uma teoria segundo a qual só há fatos?

seja em virtude das influências externas, inclusive da moral, ou da plurivocidade dos signos linguísticos. Logo, foi necessário cindir o direito da ciência do direito, e nisso é possível identificar, em Kelsen, a influência antes identificada do neopositivismo lógico do Círculo de Viena (Wittgenstein I, Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Otto Neurath, Herbert Feigl, Philipp Frank, Friedrich Waissman, Hans Hahn),¹⁰ sobretudo em face da impossibilidade de fazer ciência sem que houvesse respeito ao uso de linguagem rigorosa, uma vez que a linguagem natural estaria eivada de expressões ambíguas, metafísicas e/ou vazias de sentido.

Para compreender adequadamente esse conceito, é necessário insistir em um ponto: em Kelsen, há uma cisão entre direito e ciência do direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação. A “pureza”, em Kelsen, é da ciência do direito e não do direito. Por isso, a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento. A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua “aplicação”, normas. Já a descrição das normas jurídicas deve ser feita de forma objetiva e neutral, a que Kelsen chamará de ato de conhecimento, a que produz proposições.

Ademais, Kelsen também sofreu influência do neokantismo, tanto da Escola de Marburgo como da Escola de Baden, sobretudo, entre outros aspectos, no dualismo metodológico (ser/dever-ser) e na premissa básica de que o conhecimento teria a capacidade de constituir e criar seu objeto de estudo, que decorreria logicamente de um princípio basilar. Abstendo-se do conteúdo concreto das normas ou das concepções de justiça, a teoria pura do direito erige-se como se fosse uma geometria jurídica, em que se delineiam as formas, as estruturas, em que os preceitos deontológicos se dariam, como condições necessárias. Acerca da influência neokantiana na *Teoria pura do direito*, esta pode ser vista sobre vários ângulos. Entre eles, Stefan Hammer (1998) destaca:

- 1) A pressuposição de que a filosofia teórica de Kant confinada às ciências naturais poderia ser colocada em disciplinas normativas, ou seja, parte da premissa de que todo o conhecimento dos objetos depende, formalmente, das condições constitutivas da cognição teórica.

10 “Kelsen entstammte dem Wiener Kreis des Neopositivismus oder logischen Positivismus um Rudolf Carnap. Nach dieser philosophischen Richtung ist sinnvoll und verstehbar nur das, was logisch ‘verifiziert’ werden kann. Aussagen metaphysischer Art, insbesondere solche über Inhalte von Werten und Normen, sind daher sinnlos, Bewertungen werden nur als Ausdruck von Gefühlen angesehen” (KAUFMANN; HASSEMER; NEUMANN, 2011, p. 124).

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

- 2) A preocupação com a pureza teórica.
- 3) A norma fundamental que estabelece a imputação, e esta, por sua vez, conecta os fatos sensíveis, materialmente perceptíveis, não de modo causal, mas normativamente, possibilitando assim uma interpretação normativa deles. A norma fundamental é, portanto, um esquema do direito e da normatividade, é a corporificação formal das imputações; em outras palavras, seu princípio unificador.

Para Kelsen, a interpretação científica é um ato de conhecimento, pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. No âmbito da *Rechtswissenschaft*, ao intérprete caberia apenas apresentar, aprioristicamente, com neutralidade e imparcialidade as significações normativas possíveis. Esse é, pois, o nível da ciência do direito (uma metalinguagem sobre a linguagem objeto - o direito), do conhecimento puro que produziria o próprio objeto. Entretanto, ao lado dessa interpretação, também existiria a interpretação como um ato de vontade. Esse é o lado pessimista da *Teoria pura do direito*.

Kelsen, consciente da - para ele - impossibilidade de controlar o subjetivismo (moral, ideologia etc.) na aplicação do direito a ser feita pelos juízes, rende-se e faz essa distinção entre ciência do direito e direito. A primeira, cindida da moral. O segundo, transformado em política jurídica. O juiz, ao fazer política jurídica, não descreveria, não reproduziria acriticamente as normas, ao revés, criaria direito que, somente *a posteriori*, seria sistematizado cientificamente. Portanto, o juiz não faria um simples exercício analítico de subsunções e silogismos. Ao contrário, sua escolha seria influenciada por fatores externos ao direito e outros de caráter subjetivo.

Assim, Kelsen entendia ser um exercício de política jurídica, que pode ou não constar em uma das hipóteses presentes na moldura normativa. Essa distinção entre a interpretação científica e aquela realizada pelo intérprete autêntico presente em Kelsen faz parte de toda a tradição analítica juspositivista de cindir juízos de fato de juízos de valor, descrições de prescrições, *sein* e *sollen*. Esse modo dicotômico de compreender garantiria, pretensamente, segurança e previsibilidade científica.

Desse modo, observamos que o positivismo primevo influenciado pelo cientifismo tentava alcançar uma objetividade afastando qualquer juízo de caráter pessoal, que seria sempre contingente, isto é, por intermédio de uma interpretação literal e uma racionalidade matematizante.

Outro predicado importante do positivismo jurídico encontrado em Kelsen é o relativismo moral. O jurista austríaco defendia a ideia de que os valores absolutos estariam além do conhecimento racional e que a moralidade social seria mutável de indivíduo para indivíduo, sem qualquer possibilidade de resolução racional desse tipo de conflito axiológico.¹¹ Como consequência, diante da pluralidade de visões de mundo, a decisão judicial, tarefa de política jurídica, não poderia espelhar uma perspectiva unitária. Por causa da característica relativista da moral kelseniana, as normas – que exsurtem de um ato de vontade (do legislador e do juiz na sentença) – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico – por meio do qual a norma superior se manifesta – aos objetos do mundo concreto, que serão afetados pela criação de uma nova norma.

Além do mais, como na atividade jurisdicional há um atravessamento de razões não jurídicas, inclusive da moral, esta não poderia ser controlada previamente. Isso está bem claro no oitavo capítulo da sua *Teoria pura do direito*, no qual a interpretação judicial é tratada como um apêndice do seu projeto teórico, sendo apresentado apenas para auxiliar a diferenciação entre a interpretação que o cientista do direito realiza e aquela que os órgãos jurídicos proferem em suas decisões. Daí as conclusões conhecidas por todos: a interpretação dos órgãos jurídicos (dos tribunais, por exemplo) é um problema de vontade (interpretação como ato de vontade), no qual o intérprete sempre possui um espaço que poderá preencher no momento da aplicação da norma (é a chamada “moldura da norma”, que, no limite, pode até ser ultrapassada); mas a interpretação que o cientista do direito realiza é um ato de conhecimento que pergunta – logicamente – pela validade dos enunciados jurídicos.

3.3 Críticas ao positivismo kelseniano

Tendo em vista as influências filosóficas que compuseram o positivismo jurídico de Kelsen, algumas críticas ao seu *Teoria pura do direito* tornam-se recorrentes, as quais

11 “Das Problem der Wert ist vor allem und in erster Linie das Problem der Wertkonflikte. Und dieses Problem kann nicht mit den Mitteln rationaler Erkenntnis gelöst werden. Die Antwort auf die sich hier ergebenden Fragen ist stets ein Urteil, das in letzter Linie von emotionalen Faktoren bestimmt wird und daher einen höchst subjektiven Charakter hat. Das heisst, dass es gültig nur ist für das urteilende Subjekt und in diesem Sinn relativ. Es ist, letzten Endes, unser Gefühl, unser Wille, nicht unser Verstand, das emotionale, nicht das rationale Element unseres Bewusstseins, das den Konflikt löst” (KELSEN, 2000b, p. 15-16).

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

auxiliam não apenas a identificar os limites, lacunas e incoerências do seu projeto teórico, como também permitem uma compreensão mais profunda e plena do seu pensamento.

Tais críticas, em regra, alcançam: 1. a sua atitude de formalização do fenômeno jurídico, a qual acaba incorrendo em um reducionismo simplista que equaciona o direito às suas fontes sociais e ao sistema normativo que é, a partir delas, produzido e que é obedecido apenas por força dos seus instrumentos de coerção; 2. as deficiências da metodologia científica que propõe, em especial a intenção de apenas descrever o seu objeto de estudo e a aceitação acrítica de uma artificial objetividade jurídica que coloca tanto o teórico do direito quanto o operador do direito em uma posição de completa passividade ou indiferença do direito posto; 3. as insuficiências do seu modelo de interpretação, o qual acaba dando margem a um voluntarismo judicial incontrollável, na medida em que pressupõe que qualquer juízo de valor é subjetivo e irracional, de modo a impor uma separação completa entre os planos do *ser* e *dever-ser*, sem jamais conseguir fixar qualquer ponte de conexão entre esses diferentes universos cognitivos; e 4. a falsa legitimação do direito que busca a fundamentação última do sistema normativo a ser obedecido em uma norma pressuposta e hipotética que, em si, não é vinculante nem em termos jurídicos nem em termos morais.

Esclareçamos com maior clareza tais críticas.

No que tange à interpretação do direito, Kelsen amplia os problemas semânticos da interpretação, acabando por ser picado fatalmente pelo “agulhão semântico” de que fala Ronald Dworkin (STRECK, 2020, p. 18).¹² No fundo, Kelsen estava convicto de que não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática. Desse modo, todas as questões que exsurtem dos problemas práticos que envolvem a cotidianidade do direito são menosprezados por sua teoria na perspectiva de extrair da produção desse manancial jurídico algo que possa ser cientificamente analisado. Aqui reside o ponto fulcral, cujas consequências podem ser sentidas mesmo em “tempos pós-positivistas”: um dos fenômenos relegados a essa espécie de “segundo nível” foi exatamente o problema da aplicação judicial do direito. Não há uma preocupação de Kelsen nem com a interpretação, nem com a aplicação do direito.

É nesse segundo nível, o da aplicação, que reside o cerne do paradigma da filosofia da consciência. É também nesse nível – o da aplicação a ser feita pelos juizes – que faz

12 Para uma boa síntese do argumento do *semantic sting*, desenvolvido anteriormente em *Law's empire*, ver Dworkin (2006, p. 225).

morada a discricionariedade positivista. Kelsen jamais negou que a interpretação do direito (e não da ciência do direito) está eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Para ele, esse “desvio” era impossível de ser corrigido. O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizado a partir de uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que o direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Esse campo seria o lugar da teoria do direito ou, em termos kelsenianos, da ciência do direito. E isso possui uma relação direta com os resultados das pesquisas levadas a cabo pelo Círculo de Viena.

Kelsen tem um tributo epistemológico principalmente com Rudolf Carnap, e isso fica muito claro quando escolhe fazer ciência apenas na ordem das proposições jurídicas (ciência), deixando de lado o espaço da “realização concreta do direito”. Com efeito, para Carnap, apenas a sintaxe e a semântica eram as dimensões da linguagem que interessavam ao labor filosófico. A pragmática, lócus dos valores e da ideologia, estava excluída da filosofia. 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. Indubitavelmente, Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da “aplicação”. Enisso reside a “maldição” de sua tese. Não foi bem entendido quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei”. Essa, talvez, seja a parte mais mal compreendida da *Teoria pura do direito*. A sua pureza nunca esteve na lei e, sim, na ciência descritiva do direito.

Na verdade, Kelsen é o corifeu radical do normativismo jurídico, porque concebe o direito como um conjunto de normas jurídicas. Eleva a imputação ao seu mais alto grau. Reelabora, desse modo, a tradição positivista dominante até então. O direito não está composto somente de leis (normas), mas é um conceito mais amplo. Por isso, ele faz uma concessão, deixando de lado a preocupação com a interpretação e com a decisão, rendendo-se ao fato de que o juiz também produz normas. Na teoria kelseniana, isso se torna lógico e evidente: para manter a separação entre direito e ciência do direito, ele tem de aceitar que a aplicação do direito é um ato de política jurídica, envolvendo moral, política, ideologia; enfim, admitindo que, no plano da aplicação, o juiz realiza um ato de vontade.

É preciso compreender, em síntese, que, enquanto as demais teorias positivistas tratavam diretamente da lei, Kelsen deu um salto e preferiu tratar do discurso científico sobre a lei e o direito.

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

Com efeito, o positivismo jurídico de Kelsen, como método de compreensão do fenômeno jurídico, pretendeu criar uma ciência – emulando a metodologia das ciências empíricas tradicionais – que garantisse objetividade e certeza na aplicação de normas jurídicas, impondo, assim, o direito purificado daqueles elementos caracterizados como ideológicos, morais ou filosóficos, os quais representariam, para ele, mera apreciação subjetiva, individual e contingente de como a conduta humana deveria ou poderia ser regulada na perspectiva pré-jurídica de cada pessoa. Contudo, ele assume que o conteúdo de determinada norma jurídica é sempre concretizado por meio da manifestação de um ato de vontade daquele autorizado (isto é, competente) para a produção do dever-se particular que atribuirá sentido objetivo à conduta humana.¹³ Portanto, deve-se compreender, aqui, a norma jurídica como uma espécie de moldura,¹⁴ dentro da qual aquele investido de competência poderá preencher o seu conteúdo específico por meio de um ato de vontade, não existindo qualquer opção interpretativa que possa ser definida como sendo, aprioristicamente, correta.¹⁵

Ocorre que, ao considerar a interpretação de normas jurídicas que deverão ser aplicadas a casos concretos, Kelsen reconhece, expressamente, a possibilidade de o aplicador do direito, por meio do seu ato de vontade, concretizar o direito fora da moldura normativa que deveria regular objetivamente a conduta humana. Tal fato, empiricamente considerado, por óbvio, não se pode negar que seja possível de ocorrer (isto é, é possível, empiricamente, que o juiz julgue determinado caso de modo contrário aos limites textuais de determinada lei e é possível que seja eficaz tal decisão particular contrária aos significados mínimos que podem ser extraídos de um dispositivo legal). No entanto, tal decisão judicial que foi tomada “fora da moldura normativa” e que veio a ser, concretamente, eficaz deverá ser considerada como parte integrante da ordem jurídica, considerada, pois, como válida e como compatível com a norma fundamental. Temos, desse modo, o direito sendo legitimado por meio de atos individuais arbitrários e incontroláveis por qualquer critério racional, o que acaba legitimando todo

13 “Der vollziehende Rechtsakt kann so gestaltet werden, dass er der einen oder der anderen der verschiedenen sprachlichen Bedeutungen der Rechtsnorm, dass er dem irgendwie festzustellenden Willen des Normsetzers oder aber dem von ihm gewählten Ausdruck, dass er der einen oder der anderen der beiden einander widersprechenden Normen gegenseitig aufgehoben hätten” (KELSEN, 2008, p. 104).

14 “Dass ein richterliches Urteil im Gesetz begründet ist, bedeutet in Wahrheit nichts anderes, als dass es sich innerhalb des Rahmens halt, den das Gesetz darstellt, bedeutet nicht, dass es die, sondern nur, dass es eine der individuellen Normen ist, die innerhalb des Rahmens der generellen Norm möglich sind” (KELSEN, 2008, p. 105).

15 “Die Frage, welche der im Rahmen einer Norm gegebenen Möglichkeiten die ‘richtige’ ist, ist ... überhaupt keine Frage der auf das positive Recht gerichteten Erkenntnis, ist kein rechtstheoretisches, sondern ein rechtspolitisches problem” (KELSEN, 2008, p. 108).

e qualquer tipo de exercício de poder que seja dotado de eficácia, conforme vemos no seguinte excerto representativo do pensamento kelseniano:

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados (KELSEN).

Como se vê, portanto, o positivismo de Kelsen acaba quebrando a sua promessa de fornecer uma metodologia de aplicação do direito que garantiria certeza, segurança e previsibilidade, frustrando, assim, as expectativas daqueles que poderiam esperar a concretização de um ideal de objetividade jurídica, mesmo que formal, e que estivessem dispostos a abrir mão de qualquer compreensão do fenômeno jurídico que tivesse alguma pretensão axiológica.

Por fim, para Kelsen, a validade objetiva do ordenamento jurídico está, em última instância, absolutamente apegada à ideia de uma norma fundamental (*Grundnorm*), a qual, nos próprios termos, é pressuposta, hipotética, meramente intelectual e condicional à aceitação daquele que deseja especular sobre a vinculação do sistema jurídico vigente.¹⁶ Ocorre que a norma fundamental tem a própria validade definida não por um conteúdo jurídico que pudesse ser considerado predeterminado ou pré-convencional, mas apenas pela pressuposição de que a Constituição vigente em uma comunidade específica deve ser obedecida por aqueles submetidos a esse sistema jurídico, sendo essa a primeira norma jurídica em sentido pleno (isto é, considerada como norma positiva) que garantiria um sentido objetivo a todas as demais normas jurídicas inferiores, válidas e vigentes naquele contexto jurídico. Com efeito, toda legitimação do direito se fiaria apenas na hipótese de uma validade objetiva da ordem jurídica vigente, a qual, por sua vez, se sustentaria na mera pressuposição de que a Constituição deveria ser obedecida pelos seus respectivos destinatários. Assim apresentada a última instância de legitimação e de objetivação do direito, só restaria a Kelsen sustentar que qualquer ordenamento coercitivo eficaz deveria ser considerado como direito válido, na medida em que a aceitação de uma norma hipotética induziria, de modo intransponível, aquele

16 Impõe-se destacar, porém, que a norma fundamental não possui definição uniforme dentro da própria obra kelseniana, já que, em uma primeira fase do pensamento de Kelsen, é considerada como pressuposta (*Teoria pura do direito*, 2000a, p. 222), passando, porém, a ser definida, em um segundo momento, como mera ficção (*Teoria geral das normas*, 1986, p. 328). Para uma compreensão mais aprofundada sobre o tópico, ver Barzotto (1999).

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

que acatasse tal ideia normativa à proposição de que “a Constituição deve ser cumprida” e, por consequência, todas as demais normas jurídicas dela derivadas. Desse modo, a suposição da norma fundamental exigiria apenas a constatação e a averiguação de quais normas jurídicas já teriam sido produzidas conforme o sistema jurídico e que já estariam sendo obedecidas em realidade. Ocorre que, com isso, “cai-se na circularidade apontada: a norma fundamental é válida, e portanto, jurídica, se fundar um ordenamento já considerado como jurídico, e portanto, válido” (BARZOTTO, 2000, p. 71)

Como se vê, portanto, toda a busca por uma resposta objetiva à pergunta “Por que cumprimos normas jurídicas que estão em vigor em um determinado contexto jurídico?” acaba culminando em uma argumentação circular, na medida em que o primeiro pressuposto de tal justificação é representado por uma petição de princípio que exige a aceitação de uma norma hipotética que simplesmente afirma que “devemos cumprir os comandos que hoje já são cumpridos”, mesmo que isso se dê por imposição de força por parte de um ente estatal.

4. A complexidade metaética da *Teoria pura do direito*

4.1 Fases do pensamento kelseniano

O objetivo central deste artigo é identificar os diferentes níveis metaéticos que se fazem presente no positivismo jurídico elaborado por Kelsen, em especial na sua obra *Reine Rechtslehre*. Ocorre que, conforme já destacado, o pensamento kelseniano não pode ser definido apenas por meio do seu enquadramento genérico nas categorias metaéticas do não cognitivismo ou do cognitivismo moral. A proposta teórica de Kelsen não se desenvolveu de modo homogêneo e linear no tempo, tendo ela recebido a influência de múltiplas tradições filosóficas (como já analisado), as quais, gradualmente, foram sendo incorporadas em seu pensamento, de acordo com cada fase de sua produção intelectual.

Stanley Paulson, um dos mais conhecidos e respeitados intérpretes de Kelsen, organiza, de forma bastante didática, as três fases que dividiriam o pensamento kelseniano, tendo em vista, precisamente, as influências filosóficas que inspiraram a construção da sua versão de positivismo jurídico (PAULSON *et al.*, 1999, p. XXV-XXXV), sendo elas:¹⁷

17 Para detalhamento desse ponto, ver Ferreira Neto (2020, p. 212-226).

- *Fase do construtivismo crítico (1911-1921)*: período em que predomina a demonstração de que é inviável toda tentativa de se fundamentar o fenômeno jurídico com base em meros fatos brutos ou em um sistema moral específico ou, ainda, em Deus.
- *Fase clássica (1921-1960)*: período amplo no qual são formulados os conceitos que dão formato ao pensamento kelseniano, na versão em que esse, normalmente, é conhecido. Nessa fase, formula Kelsen, com maior clareza, as suas conhecidas teses da normatividade, da unidade do sistema jurídico e da separação do direito em relação à moral, as quais formam um período de forte inspiração kantiana. Nessa mesma fase, porém, identifica Paulson um período híbrido mais tardio, no qual Kelsen, sem abandonar a influência kantiana, flerta com o empirismo de Hume – como na adoção da sua doutrina da causalidade – e com as posturas analíticas – como se vê no seu interesse pelo estudo das proposições jurídicas (*Rechtssatz*) e da influência da lógica no direito.
- *Fase cética (1960-1973)*: período em que Kelsen abandona toda a inspiração kantiana que estava presente nas fases anteriores, abdicando de qualquer tipo de busca por objetividade no direito e assumindo uma postura, eminentemente, voluntarista de justificação do fenômeno jurídico.

É precisamente a partir dessa complexa (mas não necessariamente coerente) evolução de pensamento, a qual apresenta diferentes camadas de explicação e justificação do fenômeno jurídico, que se torna possível identificar os pressupostos metaéticos presentes na *Teoria pura do direito*.

Segundo Paulson *et al.*, o positivismo jurídico kelseniano, em razão da sua já referida complexidade, somente pode ser adequadamente compreendido a partir de uma dupla dimensão metaética. Isso ocorre porque a teoria kelseniana conviveria com uma dualidade de influências filosóficas que direcionariam a sua compreensão sobre juízos morais e sobre juízos teóricos, e os primeiros seriam explicados seguindo inspiração nietzschiana,¹⁸ enquanto os segundos trilhariam a definição de viés kantiana. É por isso que, de acordo com a tese da normatividade sustentada por Kelsen, a moralidade não pode ser jamais objeto de conhecimento científico (isto é, verificável

18 Segundo Finnis (2011, p. 99), os defensores do positivismo são, mesmo que inconscientemente, seguidores de Nietzsche, já que reduzem a ética, a política e o direito à busca por uma “genealogia”, ou seja, o resgate histórico ou psicológico das fontes que dão origem aos padrões éticos, políticos e jurídicos.

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

empiricamente), na medida em que valores seriam sempre subjetivos, emocionais ou arbitrários. Por sua vez, a estrutura normativa do direito vigente pode, sim, ser passível de cognição objetiva, desde que os dados que são relevantes ao direito (por exemplo, as leis positivas, as decisões judiciais etc.) sejam analisados apenas com base nas condições formais do seu conhecimento (aí localizada a forte inspiração kantiana de Kelsen), ou seja, a estruturação normativa que esses dados podem revelar.¹⁹ Com base em tais considerações iniciais de Paulson, o positivismo jurídico de Kelsen pode ser compreendido, em termos metaéticos, como sendo uma forma de não cognitivismo em relação a juízos morais e, simultaneamente, uma forma de cognitivismo em relação ao conhecimento objetivo e descritivo das normas jurídicas positivas e vigentes.

Ocorre que, em se apreciando com maior atenção os elementos que compõem as principais teses defendidas por Kelsen em *Teoria pura do direito*, percebe-se que essa dualidade metaética deixa sem adequada consideração a dimensão interpretativa e aplicativa do pensamento kelseniano. Exatamente por isso, indo além da proposta de Paulson, pretendemos aqui identificar três distintos níveis metaéticos que fixam os pressupostos do pensamento de Kelsen:

- *morais* (relacionados à natureza dos juízos de valor que, invariavelmente, penetram no direito, dando conteúdo às normas jurídicas);
- *epistêmico-teóricos* (relacionados à natureza dos juízos de cognição teórica do direito, como objeto de estudo da ciência jurídica); e
- *aplicativo-decisórios* (relacionados à natureza dos juízos de interpretação contingente do direito, envolvendo a definição concreta do sentido normativo que irá regular o caso concreto).

Pois bem, vejamos, em detalhes, cada um desses níveis metaéticos.

4.2 Os três níveis metaéticos da *Teoria pura do direito*

4.2.1 Não cognitivismo moral

Como visto, o não cognitivismo moral nega ser possível ao ser humano conhecer, produzir e comunicar juízos de valor que possam ser considerados – em qualquer sentido

19 “Die Rechtstheorie wird so zu einer von allem ethisch-politischen Werturteil befreiten, möglichst exakten Strukturanalyse des positive Rechts” (KELSEN, 2008, p. 72).

relevante - verdadeiros e objetivos, na medida em que a ação humana é sempre motivada por meio de expressões de sentimentos ou atitudes emocionais que cada indivíduo internamente possui, inexistindo qualquer critério objetivo (ou mesmo intersubjetivo) que possa ser invocado para controlar, prever ou mensurar esses sentimentos morais. Exatamente por isso, qualquer juízo de valor (isto é, enunciações que se valham de termos morais como certo/errado, bom/ruim ou justo/injusto) somente pode ser definido e compreendido como sendo fruto de manifestações irracionais do arbítrio do agente, razão pela qual o conteúdo concreto da ação humana somente será passível de descrição e será considerado mero produto gerado a partir de tendências socioculturais ou das preferências psicológicas daquele sujeito que está agindo aqui e agora. Assim, para o não cognitivista, a ação humana não pode jamais ser analisada nem avaliada no seu mérito - como sendo boa ou ruim nem como melhor ou pior -, mas apenas pode ser atestada como tendo sido desejada por alguém, o que, por isso só, já justificaria o fato de ela ter sido praticada.

Partindo-se dessas considerações, percebe-se, com clareza, que o não cognitivismo moral seria uma marca distintiva do positivismo jurídico de Kelsen, seja como uma pressuposição teórica ou como uma consequência prática de uma teoria apenas descritiva. Kelsen não acreditava na possibilidade de juízos morais objetivos; assim, tão somente seria possível fazer ciência no direito se a moralidade fosse apartada. Dessa forma, o seu relativismo moral teve repercussões na construção do seu empreendimento teórico. Contudo, como à ciência caberia apenas descrever de modo não valorativo os fenômenos, ele desenvolveu a sua *Teoria pura do direito* como se o direito não sofresse qualquer influxo necessário de elementos da moralidade e sem maiores preocupações com a racionalidade prática ínsita ao fenômeno jurídico. Precisamente por isso, a sua descrição do fenômeno jurídico acaba revelando a sua tendência emotivista/expressivista em termos metaéticos, o que pode ser reconduzido a uma concepção nietzschiana de valores morais. Dois famosos excertos da obra de Kelsen permitem identificar os seus elementos emotivistas na definição do conteúdo valorativo que uma norma jurídica irá, de modo contingente, receber:

Na medida em que as normas constituem o fundamento dos juízos de valor são estabelecidas por atos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, os valores através delas construídos são *arbitrários*. [...] Por isso, as normas legisladas pelos homens - e não por uma autoridade supra-humana - apenas constituem valores relativos [...] A tese, rejeitada pela Teoria

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

Pura do Direito, mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, *pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte* (KELSEN, 2000a, p. 19, 78, grifos nossos).

O problema dos valores é, antes de tudo, o problema dos conflitos de valores. E esse problema não poderá ser solucionado com os meios do conhecimento racional. A resposta às questões que aqui se apresenta é sempre um juízo, o qual, em última instância, é determinado por *fatores emocionais e possui, portanto, um caráter subjetivo*. Isso significa que o juízo só é válido para o sujeito que julga, sendo, nesse sentido, relativo. [...] É pura e simplesmente impossível decidir de modo racional-científico entre dois juízos de valor em que se fundamentam essas concepções contraditórias. Em última análise, é nosso sentimento, nossa vontade e não nossa razão, é o elemento emocional e não o racional de nossa atividade consciente que soluciona o conflito (KELSEN, 2001, p. 4-5, grifo nosso).²⁰

O não cognitivismo moral de Kelsen, porém, não pode passar imune à crítica.

Isso ocorre porque, se juízos de valor que estarão presentes na formação do conteúdo das normas jurídicas não podem ser compreendidos nem comunicados com base em qualquer elemento minimamente objetivo, nada pode ser feito para impedir ou mesmo criticar o ingresso no sistema jurídico de eventual conteúdo axiológico manifestamente perverso ou absurdo. Até se poderia identificar esse tipo de ocorrência como a manifestação de um fenômeno empírico, o qual poderia ser tido, por alguém, como algo até indesejável ou desagradável, mas, uma vez absorvido pelo direito tal conteúdo de valor por meio de ato de vontade de uma autoridade competente, nada restaria ao operador do direito efetivamente fazer. A sua reprovação acerca do mérito de norma jurídica perversa ou absurda não passaria de uma manifestação emocional, a qual não seria capaz de fornecer nenhuma real inteligibilidade a essa prática jurídica absurda ou perversa.

Tal leitura é expressamente acolhida por Kelsen em *Teoria pura do direito*.²¹ Para ele, o problema de normas jurídicas com conteúdo manifestamente injusto não deveria

20 “Das Problem der Wert ist vor allem und in erster Linie das Problem der Wertkonflikte. Und dieses Problem kann nicht mit den Mitteln rationaler Erkenntnis gelöst werden. Die Antwort auf die sich hier ergebenden Fragen ist stets ein Urteil, das in letzter Linie von emotionalen Faktoren bestimmt wird und daher einen höchst subjektiven Charakter hat. Das heisst, dass es gültig nur ist für das urteilende Subjekt und in diesem Sinn relative” (KELSEN, 2000b, p. 15).

21 “Eine norm kann auch einen sinnlosen Inhalt haben. Dann ist aber keine Interpretation imstande, ihr einen Sinn abzugewinnen. Denn durch Interpretation kann aus seiner Norm nicht herausgeholt werden, was nicht schon vorher in ihr enthalten war” (KELSEN, 2008, p. 114).

ser preocupação do profissional do direito, já que representaria elemento estranho ao objeto de uma teoria, verdadeiramente, científica aplicada ao direito.

Diante disso, o não cognitivismo moral, aplicado ao conhecimento dos valores que fornecem conteúdo material ao direito, acaba pavimentando o caminho para um outro tipo de não cognitivismo, mas agora relacionado à interpretação e à aplicação concreta do direito, o que se dá por meio dos atos decisórios tomados por aqueles agentes públicos investidos de poder para a resolução de conflitos concretos surgidos na sociedade. Essas decisões jurídicas, porém, sendo gestadas em um ambiente de não cognitivismo moral, também estarão fundamentadas em puros atos de vontade desses indivíduos, os quais assumem a tarefa de atribuir sentido particular às normas jurídicas por meio do seu arbítrio ou das suas preferências pessoais, o que, ao fim e ao cabo, acaba privando a prática jurídica de qualquer elemento de controlabilidade e de inteligibilidade. Aqui, portanto, encontraremos o terceiro nível metaético de *Teoria pura do direito*, o qual será analisado no último tópico deste artigo.

4.2.2 Cognitivismo científico-normativo

Já no nível da ciência jurídica, Kelsen é um cognitivista epistêmico, porque acredita na possibilidade de conhecermos aquilo que as normas jurídicas prescrevem.

O cognitivismo epistêmico pressupõe que o fenômeno jurídico possa ser fundamentado de forma objetiva, exclusivamente, com base na sua dimensão deontológica, de modo que o fundamento último do direito exigiria apenas a compreensão do papel que a norma - estruturalmente considerada - exerce sobre as nossas práticas. O fenômeno jurídico torna-se inteligível tão somente com base na forma como se justifica a produção válida de uma norma jurídica, a qual se legitima tão somente com base na compatibilidade que esta manifesta perante outra norma ou diante do sistema normativo como um todo.²² De acordo com essa concepção, juridicidade é sinônimo de normatividade positiva.²³

Em uma concepção normativista, portanto, o direito representa todo e qualquer agregado de comandos que são produzidos por meio de um determinado procedimento

22 “Die Rechtsnorm wird zum Rechtssatz, der die Grundform des Gesetzes aufweist” (KELSEN, 2008, p. 34).

23 “The only source of normativity, and therefore of the normativity of a particular norm, is positivity, that is, the actual willing of that norm by a superior; reason, even the rationality of logic and uncontroversial legal reasoning by subsumption of facts under rules, can never substitute for will” (FINNIS, 2011, p. 100).

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

que atribui a eles o *status* vinculante no que diz respeito à ação humana, justificando-os, por meio desse processo, como partes integrantes de um único sistema normativo também considerado, em si, válido. O direito compreendido como mero catálogo de regras não possui, pois, qualquer dimensão material nem ontológica que fundamente, de modo necessário, a sua existência (VOEGELIN, 1991, p. 30).

É exatamente por causa desse pressuposto cognitivista – referente apenas às normas jurídicas – que Kelsen define o direito como sendo uma ordem normativa que atribui sentido objetivo à conduta humana, e a norma não será captada por meio de um juízo prático compreendido por meio da sua função de representação de uma realidade nem com base na sua função de afetação do agente submetido a tal comando. Na verdade, para Kelsen, a estrutura da norma projeta apenas algo que DEVE-ser (*Sollen*), ou seja, ela não é a mera representação de um fato que se manifesta na realidade e que impõe aceitação nem é um elemento, em si, motivador do agente a buscar realizar determinado plano de ação, na medida em que apenas projeta uma prescrição que é capaz de direcionar o agente a uma consequência possível e desejada pelo legislador.²⁴ O que motiva o agente não é o conteúdo prescritivo da norma, mas, na verdade, o receio de receber a carga sancionatória que está atrelada à prescrição desejada pelo legislador.²⁵

Assim, para Kelsen, “a sua conduta tem um valor positivo ou negativo, não por ser desejada ou querida – ela mesma ou a conduta oposta –, mas porque é conforme a uma norma ou a contradiz”.

Em termos metaéticos, isso significa dizer que, para o cognitivismo científico-normativo, apenas a estrutura da norma pode ser conhecida e compreendida em sentido objetivo, tendo em vista, exclusivamente, a função de direcionamento do juízo prático que analisará a ação a ser realizada com base em tal comando positivado por outrem.

Com efeito, o que atribui objetividade a determinado sentido subjetivo de um ato de vontade (a dimensão não cognitivista do positivismo jurídico, como se viu) é o fato de existir uma norma jurídica que preveja, abstratamente, um determinado fato,

24 “[...] so bedeutet dieses ‘Sollen’ – als Kategorie des Rechts – nur den spezifischen Sinn, in dem Rechtsbedingung und Rechtsfolge im Rechtssatz zusammengehören. Diese Kategorie des Rechts hat [...] eine rein formalen Charakter. Sie bleibt anwendbar, welchen Inhalt immer die so verknüpften Tatbestände haben, welcher Art immer die als Recht zu begreifenden Akte sein mögen. Keiner gesellschaftlichen Wirklichkeit kann wegen ihrer inhaltlichen Gestaltung die Vereinbarkeit mit dieser Rechtskategorie bestritten werden” (KELSEN, 2008, p. 36).

25 Ver item “Das Recht als Zwangsnorm” em Kelsen (2008, p. 37).

agregando a ele determinado conteúdo valorativo, o qual deverá prescrever como o agente deve se comportar naquele contexto (caso realize com sucesso um juízo prático que o direciona àquele resultado). Diante disso, uma conduta humana que pode ser percebida como o sentido subjetivo de um ato de vontade por ser compreendida como dotada de objetividade quando seu conteúdo for concordante com aquele previsto em uma norma jurídica.

Por fim, a adoção do cognitivismo científico normativo assume como corolário natural do seu projeto teórico a adoção de um formalismo metodológico que é aplicado na fundamentação e na objetivação do direito. De acordo com tal postura, a análise do fenômeno jurídico pressupõe tão somente que seja compreendido o processo de feitura dos atos normativos, exigindo, para a análise de sua legitimação, apenas a averiguação da compatibilidade da norma sendo produzida com aquelas que já se encontram em vigor. Conforme já destacado, relegam-se a um segundo plano – ou, talvez, ao esquecimento – os problemas relacionados com propósitos materiais promovidos por meio do direito.

Para sustentar tal projeto, como já se viu, o normativismo tende a fragmentar o espaço social no qual age o ser humano, separando a realidade (o plano do ser) do espaço intelectual em que deve ser pensada a coletânea de normas válidas (o plano do dever-ser) que serão aplicadas na regulação dos conflitos, e, nesse processo, uma esfera não pode predeterminar a outra, sendo a faticidade mero elemento hipotético – totalmente manipulável – da estrutura normativa.²⁶ O direito, em si considerado, portanto, não possui fins materiais a serem promovidos, mas possui apenas “pontos de imputação abstratos” (SCHMITT, 2001, p. 177), os quais são, autonomamente, indicados pela norma jurídica, independentemente de fins que subjazem a tais relações jurídicas.

Portanto, é o dever ser que dá sentido ao ser. Não há mal em si, diz Kelsen. Matar não é bom, nem ruim. É apenas proibido ou permitido. A norma fundamental proposta por Kelsen é o fundamento último do seu cognitivismo epistêmico. Esse cognitivismo – epistêmico – está assentado em uma imputação, e não em uma relação de causalidade. Para ingressar no ordenamento, uma norma tem de passar por esse filtro. Mas, uma vez incorporado como direito, já não haverá juízo moral por parte do cientista. Como

26 “Normatividade e faticidade são ‘planos inteiramente distintos’; o dever-ser permanece intocado pelo ser e conserva a sua esfera inviolável para o pensamento normativista, ao passo que na realidade concreta todas as distinções de direito e não-direito, ordem e desordem se transformam, do ponto de vista normativista, em pressupostos materiais da aplicação da norma” (SCHMITT, 2001, p. 173).

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

a própria realidade já é um conglomerado entre descrição e prescrição (por exemplo: uma briga entre duas pessoas não é apenas o braço em direção ao rosto do outro), Kelsen fugiu da realidade para construir uma ciência jurídica. Isto é, construiu o próprio objeto de conhecimento – a ciência jurídica.

4.2.3 Não cognitivismo aplicativo-decisório

Como já visto, sendo a validade do direito verificada por meio de um critério fático amoral – em termos de metaética, ou seja, um não cognitivismo –, mesmo que certos imperativos jurídicos contenham padrões morais, a sua normatividade seria decorrente dos fatos sociais e não de seu conteúdo.

Para o positivismo de Kelsen, a separação entre a “moral” e o “direito” seria justamente a necessidade de diferenciar juízos jurídicos válidos, dotados de objetividade e passíveis de verificação (e objeto de descrição) de juízos morais, que não seriam dotados de qualquer força cogente e que seriam, necessariamente, manifestações pessoais ou meramente opinativas. Seria apenas por meio da demarcação precisa dessas duas esferas que se tornaria possível o desenvolvimento, com segurança, de uma ciência do direito. Isso ocorre porque a “moral”, diferentemente do “direito”, não seria capaz de atribuir sentido objetivo à conduta humana, na medida em que, conceitualmente, um juízo moral representaria apenas a projeção de uma crença subjetiva sobre o mundo. E não prezar esse tipo de objetividade – defendem os separatistas – é aceitar o risco anárquico de termos uma completa inobservância das proposições jurídicas válidas, na medida em que o direito poderia ser, constantemente, desobedecido pelo simples argumento de que ele estaria sempre aquém do que seria, verdadeiramente, moral ou justo, conclui.

Assim, ainda que houvesse uma autorização normativa para que uma pauta moral fosse utilizada como fundamento de uma determinada decisão jurídica, esta, excepcionalmente, apenas possibilitaria que num caso específico o juiz possa ir além do próprio direito. Desse modo, inexistiria qualquer vinculação conceitual necessária entre direito e moral. As normas jurídicas seriam entendidas como razões excludentes, isto é, em seu cumprimento afastariam razões provenientes de outros sistemas normativos como o da moral.

Por essa razão, em um terceiro nível metaético, Kelsen pode ser considerado um não cognitivista em termos de política jurídica, ou seja, no plano da interpretação e da

aplicação do direito pelos juízes (em que o positivismo jurídico se aproxima bastante do empirismo jurídico). Isso ocorre porque, no ato de interpretação de um órgão aplicador, a definição de sentido vincula-se a um ato de vontade suspenso no espaço e no tempo. Essa definição, diz Kelsen, é produto de um ato de vontade. Nesse ponto, Ferraz Jr. (2010) complementa, com precisão, que se trata de um “eu quero” e não de um “eu sei”. E sua força vinculante, a capacidade de o sentido definido ser aceito por todos, repousa na competência do órgão (que pode ser o juiz, o próprio legislador quando interpreta o conteúdo de uma norma constitucional, as partes contratantes, quando num contrato interpretam a lei etc.). Havendo dúvidas sobre o sentido estabelecido, recorre-se a uma autoridade superior até que uma última e decisiva competência estabeleça definitivamente. A sequência é de um ato de vontade para outro de competência superior.

No entanto, se juízos de valor não podem ser racionalmente analisados nem controlados por meio de nenhum critério objetivo, torna-se impossível explicar qual seria a razão de os operadores do direito insistirem em emitir juízos de valor – sempre com alguma pretensão de objetividade (nunca invocando apenas um “eu quero”) – quando pretendem justificar a legitimidade ou a ilegitimidade de uma norma jurídica positiva. Ora, se um juízo de valor não pudesse, em si, agregar qualquer objetividade, seria necessário, no mínimo, explicar por que as pessoas insistiriam numa prática ilusória e sem sentido.

Na verdade, mesmo que existam casos periféricos em que determinado raciocínio jurídico seja nebuloso ou de difícil objetivação, os argumentos jurídicos que são apresentados pelas partes que estão em polos adversos do litígio, na grande maioria das disputas judiciais, jamais são emitidos nem recebidos como sendo mera manifestação sentimental daquele que os enuncia. Assim, quando um advogado defende que “o infanticídio é errado e deve ser punido” ou que “os prazos processuais devem ser observados pelas partes”, tais enunciados jamais são pronunciados nem recebidos como sendo apenas a manifestação de uma preferência, um sentimento ou uma opinião daquele profissional do direito. Mesmo que alguém possa discordar desses juízos acerca do direito em vigor, tal discordância jamais será vista como uma preferência subjetiva do advogado que atua como patrono da parte adversa.

Para ilustrar tal ponto, pode-se mencionar o hoje famoso voto do ministro Dias Toffoli no *Habeas Corpus* (HC) nº 103412/SP, em que, por meio de fundamentação de estilo emotivista, recorre à *astrologia* (!) para justificar a necessidade de se conceder

• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

liberdade ao paciente naquele caso.²⁷ Esse exemplo, aliás, não é escolhido de modo aleatório neste artigo que pretende celebrar a obra *Reine Rechtslehre*, uma vez que Kelsen é sempre lembrado como um dos principais jusfilósofos a abertamente defender que o processo de interpretação judicial deve ser entendido como um ato de vontade²⁸ por meio do qual o juiz preenche, de modo livre e discricionário, o vazio de uma moldura normativa deixada pelo legislador,²⁹ o que, ao final, apenas demonstra que a segurança jurídica não passa de uma ilusão teórica.³⁰

Com efeito, esse não cognitivismo aplicativo-decisório no direito simplesmente não dá conta de explicar como utilizamos, ordinariamente, a linguagem jurídica, na qual o sentido concreto que atribuímos às normas jurídicas é sempre evocado e recebido com alguma pretensão de objetividade pelas partes. Portanto, essa postura metaética desconsidera as expectativas legítimas que são geradas àqueles que interpretam e argumentam no direito, uma vez que, sempre que um profissional do direito justifica uma determinada pretensão jurídica, ele tem a confiança (ou a esperança) de que seus argumentos possam ser, ao menos, compreendidos e analisados com base em algum tipo de criteriologia objetiva, mesmo por aquele que esteja em uma posição adversa dentro do processo judicial. Se assim não for, toda a prática jurídica não passará de uma fraude ou de uma grande perda de tempo.

5. Conclusão

A *Teoria pura do direito*, de Hans Kelsen, é um daqueles clássicos da literatura jurídica que merecem ser lidos e relidos infinitas vezes não só por aqueles interessados em filosofia do direito, mas, especialmente, pelos estudantes dos dias de hoje, tão acostumados a manusear apenas resumos, manuais e livros que prometem “descomplicar o direito”. Exatamente por isso, há um inegável dever de releitura desse clássico não apenas pela sua importância histórica, mas sim pela constante renovação dos problemas jurídicos

27 “Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. [...] É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes” (STF, HC n° 103412/SP, relator ministro Dias Toffoli, 19 de junho de 2012, grifos nossos).

28 Ver item “Die Interpretation als Erkenntnis oder Willensakt” em Kelsen, 2008, p. 107).

29 Ver item “Die Norm ein Rahmen, innerhalb dessen mehrere Möglichkeiten der Vollziehung” em Kelsen (2008, p. 104).

30 Ver item “Die Illusion der Rechtssicherheit” em Kelsen (2008, p. 109).

que estão postos por Kelsen e que são, por ele, enfrentados com bastante clareza e sistematização, algo cada vez mais raro na dogmática jurídica contemporânea.

Esses méritos, ao mesmo tempo, levam alguns a aderir, com facilidade, à sua proposta teórica, precisamente em razão da simplicidade elegante das estruturas e dos conceitos desenvolvidos por Kelsen, bem como levam outros a criticá-lo de forma veemente e rigorosa, exatamente porque suas premissas e conclusões estão apresentadas de modo direto e transparente, sem qualquer tipo de artifício intelectual que possa obscurecer suas ideias e bloquear o seu acesso àqueles que venham a contrapô-las.

Admirando-se ou não o pensamento kelseniano, ele está longe de ser um artefato arqueológico a ser apreciado, com curiosidade, como se fosse resquício de uma cultura jurídica ultrapassada. Em verdade, os problemas por ele trazidos, envolvendo a objetividade, a validação, a interpretação e a valoração do direito, continuam tão (ou mais) problemáticos do que eram no século passado.

Por isso, neste artigo pretendeu-se demonstrar que os avanços mais recentes da metaética permitem uma interessante releitura do pensamento kelseniano, a qual garante uma compreensão atualizada e mais bem articulada das suas ideias, especialmente ao dividir esse projeto teórico de purificação do direito em três diferentes níveis metaéticos, quais sejam: o do não cognitivismo moral, o do cognitivismo epistêmico-teórico e o do cognitivismo aplicativo-decisório.

REFERÊNCIAS

AUDI, R. *The architecture of reason: the structure and substance of rationality*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

AUSTIN, J. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

AUSTIN, J. A plea for the Constitution. In: SCARROW, S. (ed.). *Perspectives on political parties: classic readings*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2002.

AUSTIN, J. *Lectures on Jurisprudence*. 5. ed. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 2005.

AYER, A. J. (ed.). *Logical positivism*. Preface Paul Edwards. Nova Iorque: The Free Press, 1959.

BARZOTTO, L. F. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BAYÓN, J. C. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: ZAPATERO, V. (org.). *Horizontes de la filosofía del derecho*. Homenaje a Luis García San Miguel Rodríguez-Arango. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, 2002. v. 2.

BIRNBACHER, D. *Analytische Einführung in die Ethik*. 2. ed. [s. l.]: Walter de Gruyter, 2007.



• LENIO STRECK
• ARTHUR M. FERREIRA NETO

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 103412/SP, relator ministro Dias Toffoli. *Diário da Justiça*, 19 jun. 2012.

BUSTAMANTE, T. da R. de. A breve história do positivismo descritivo: o que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 1, jan./abr. 2015. DOI 10.14210/nej.v20n1.p307-327

COMTE, A. *Curso de filosofia positiva*. Barcelona: Magisterio Casals, 1987.

DARWALL, S.; GIBBARD, A.; RAILTON, P. *Metaética: algumas tendências*. Tradução Janyne Sattler. Florianópolis: Editora da UFSC, 2013.

DWORKIN, R. *Justice in robes*. Cambridge: The Belknap Press, 2006.

FERRAZJR., T. S. Miguel Reale: o filósofo da teoria tridimensional do direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 59, n. 235, p. 39-52, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002453893>. Acesso em: 3 mar. 2023.

FERREIRA NETO, A. M. *Metaética e a fundamentação do direito*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

FINNIS, J. A grand tour of legal theory. In: FINNIS, J. *Philosophy of law: collected essays*. Oxford: Oxford University Press, 2011. v. 4

FRANKENA, W. Moral philosophy at mid-century. *The Philosophical Review*, v. 60, n. 1, p. 44-55, 1951. DOI 10.2307/2181907

HAMMER, S. A neo-Kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of Law? In: PAULSON, S. L. (ed.). *Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenian themes*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

HILBER, W. (ed.). *Lexikon der Philosophie*. Alemanha: 7Hill, 2010.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W.; NEUMANN, U. (ed.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. Alemanha: C. F. Müller, 2011.

KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

KELSEN, H. *Was ist Gerechtigkeit?* Alemanha: Philipp Reclam, 2000b.

KELSEN, H. *O que é a justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*. Heidelberg: Mohr Siebeck, 2008.

LOBBAN, M.; PATTARO, E. (ed.). *A history of the philosophy of law in the common law world: 1600-1900*. Nova Iorque: Springer, 2016. v. 8.

MENDONÇA, W. Questões metaéticas. In: BRUM TORRES, J. C. (org.). *Manual de ética: questões de ética teórica e aplicada*. Petrópolis: Vozes; Caxias do Sul: Educs; Rio de Janeiro: BNDES, 2014.

PAULSON, S. L.; LITSCHESKI-PAULSON, B. (ed.). *Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenian themes*. Oxford: Oxford University Press, 1999.



SCHMITT, C. Sobre os três tipos de pensamento jurídico. In: MACEDO JR., R. P. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SMITH, M. *The moral problem*. Nova Jersey: Blackwell, 2005.

STRECK, L. L. *Dicionário de hermenêutica: cinquenta verbetes fundamentais de teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

VOEGELIN, E. *The nature of Law and related legal writings*. Lousiana: Lousiana State University Press, 1991. v. 27.

WALDRON, J. The irrelevance of moral objectivity. In: GEORGE, R. P. (ed.). *Natural law theory: contemporary essays*. Oxford: Oxford University Press, 1994.