

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC  
CURSO DE DIREITO**

**RAFAEL BORGES MANENTI**

**A FUNDAMENTAÇÃO DA SEPARAÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITO E  
MORAL NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN**

**CRICIÚMA/SC**

**2018**

**RAFAEL BORGES MANENTI**

**A FUNDAMENTAÇÃO DA SEPARAÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITO E  
MORAL NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Me. Mateus Di Palma Back

**CRICIÚMA/SC**

**2018**

**RAFAEL BORGES MANENTI**

**A FUNDAMENTAÇÃO DA SEPARAÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITO E  
MORAL NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS Kelsen**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
pela Banca Examinadora para obtenção do  
Grau de Bacharel, no Curso de Direito da  
Universidade do Extremo Sul Catarinense,  
UNESC

Criciúma/SC, 11 de julho de 2018.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Me. Mateus Di Palma Back - UNESC - Orientador

Prof. Me. Michel Alisson da Silva - UNESC

Prof. Me. Luiz Eduardo Lapolli Conti - UNESC

Dedicado inteiramente aos meus pais, sem os  
quais não teria chegado até aqui.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço aos meus pais, pessoas magníficas que formaram a base fundamental do meu caráter, e que sempre estiveram ao meu lado nos momentos mais difíceis de minha vida.

Segundamente, aos meus caros colegas, pessoas das mais interessantes que poderia ter encontrado nas salas e corredores da academia científica, e que tornaram estes 5 anos mais agradáveis.

A todos professores, que se empenharam exemplarmente para que eu pudesse me formar não somente um simples operador do direito, mas uma cabeça pensante e questionadora. Em especial a pessoa do meu professor orientador, sem o qual o presente trabalho não passaria de uma mera hipótese.

Por fim, a todas pessoas que, de alguma forma, contribuíram para que este trabalho pudesse ter se concretizado. Com uma ideia, uma discussão, ou simplesmente por ouvir minhas divagações.

*“Inside every cynical person is a disappointed idealist.”*

George Carlin

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a relação conceitual entre direito e moral abordado na obra "Teoria Pura do Direito" do Jurista Hans Kelsen; doutrinador este que, por meio da obra mencionada, assim como sua vasta produção científica, revolucionaram a era moderna e pós-moderna no que se refere aos conceitos de Direito, norma, ordenamento jurídico e tantos outros temas estudados em teorias do Direito. A princípio, estuda-se o conceito de positivismo jurídico bem como o contexto em qual esta doutrina se origina e se desenvolve, além de verificar de que modo Hans Kelsen se insere nesta corrente de pensamento. Continuamente, passa-se a analisar *in loco* a obra "Teoria Pura do Direito", aprofundando-se nos conceitos que determinam, ou pretendem determinar, a pureza epistemológica da obra, bem como a metodologia utilizada por Hans Kelsen para formular a sua teoria do direito. Por fim, evidencia-se o conceito normativo-descritivo do direito elaborado por Kelsen, verifica-se a relação conceitual entre direito e moral firmado pelo doutrinador, qual seja: sob o prisma de uma análise científica do direito é possível propor que, ainda que a moral exerça influência subjetiva sob a norma jurídica desde a sua concepção até a verificabilidade da efetividade, não se pode afirmar que a validade do direito se sujeita a apreciação da moral em razão desta validade se fundar num processo silogístico gnosiológico que termina, ou começa, no instituto da norma fundamental.

**Palavras-chave:** positivismo jurídico; Hans Kelsen; teoria pura do direito; direito e moral.

## ABSTRACT

The aim of this work is to analyze the relationship between law and morals as it was treated in Jurist Hans Kelsen's book "Pure Theory of Law"; scholar who, through the afore mentioned work, as well as in his vast scientific production, revolutionized the modern and postmodern era in all which refers to the concepts of Law, norm, legal ordinance and so many other themes studied in theories of Law. At first, it is studied the concept of legal positivism as well as the context in which this doctrine originates and develops, as well as verifying in what mode Hans Kelsen is to be inserted in this current of thought. Continuously, we pass on the *in loco* analysis of the work "Pure Theory of Law", deepening in the concepts that determine, or intend to determine, an epistemological purity of the work, as well as the methodology used by Hans Kelsen to form his theory of Law. Finally, the normative-descriptive concept of the law elaborated by Kelsen is clarified in what we care for, that is: the conceptual relation between Law and Moral signed by the indoctrinator is verified. That is: under the prism of a scientific analysis of the Law, it is possible to propose the, although morality exerts subjective influence in the production of the legal norm from its conception to the verifiability of its effectiveness, it can not be said that the validity of the law is subject to a moral appreciation because this validity is based on a gnosiological syllogistic process that ends, or begins, at the institute of the fundamental norm.

**Keywords:** legal positivism; Hans Kelsen; pure theory of Law; Law and Moral.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>O POSITIVISMO JURÍDICO</b>	<b>14</b>
2.1	Conceito e contexto histórico do positivismo jurídico	15
2.2	A noção de ordenamento jurídico para o positivismo	22
2.3	A relação entre direito e moral a partir do(s) positivismo(s) jurídico(s)	26
<b>3</b>	<b>OS CONCEITOS DA PUREZA EPISTEMOLÓGICA</b>	<b>33</b>
3.1	O princípio lógico de imputação e o dualismo metodológico	35
3.2	A norma fundamental gnosiológica e a unidade lógica do ordenamento jurídico	39
3.3	Normas jurídicas e enunciados jurídicos	44
<b>4</b>	<b>A SEPARAÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITO E MORAL</b>	<b>47</b>
4.1	Normas de justiça e normas morais	47
4.2	O problema de diferenciar Direito e Moral enquanto ordens normativas diversas segundo critérios estáticos	49
4.3	A sanção como elemento qualificador das normas jurídicas	51
4.4	O ideal da ciência e a não cientificidade dos ideais	51
4.5	Teoria descritiva e metajurisprudência prescritiva	53
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>55</b>
<b>6</b>	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>59</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Apesar de já muito ter-se estudado e analisado a obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, bem como a relação conceitual entre direito e moral dissertada pelo mesmo, ainda se verifica atualmente má interpretação dos juristas a respeito do que o célebre doutrinador realmente quis dizer.

Têm-se por exemplo doutrinadores que interpretam a obra de Hans Kelsen e tomam por conclusão que para o *Jus* filósofo a Moral não pode e não deve influenciar o Direito. Ou ainda em outros casos, onde a conclusão final é que as decisões jurídicas não podem ser embasadas em juízos de valor, e devem necessariamente respeitar estritamente a lei para serem consideradas válidas.

Portanto, percebe-se que é atribuído a Kelsen uma imagem estritamente legalista, com o preceito de cumprimento absoluto da norma jurídica, independente do seu conteúdo normativo. Incorrendo por fim em erro, de modo a erroneamente afirmar que Kelsen estaria justificando feitos históricos lamentáveis, como o Nazismo de Adolf Hitler, dada a sua ocorrência dentro dos parâmetros legais.

Contudo, é interessante atentar-se a moldura interpretativa apresentada por Hans Kelsen, onde o mesmo discorre sobre a indeterminação proposital do legislador ao produzir uma norma jurídica, que tem por objetivo satisfazer sentenças possíveis dentro da moldura interpretativa abarcada pela norma jurídica. Bem como sobre a indeterminação accidental, que também abarca sentenças possíveis dentro da moldura interpretativa, porém sem que houvessem sido previstas anteriormente pelo legislador, e mais importante ainda, sem que esse fato tornasse as decisões inválidas. Ou seja, Kelsen previu que, posterior ao processo legislativo de produção da norma geral, poder-se-ia dar uma abertura para interpretações para além do formalmente escrito em lei, sem que isso afetasse a verificação de validade da norma jurídica.

É importante e necessário perceber que Kelsen, ao discorrer sobre a moldura interpretativa das normas, não adentrou no mérito moral, político, sociológico, econômico, ou qualquer outra análise valorativa destas. O que Kelsen verificou foi estritamente a validade da norma jurídica, ainda que a mesma seja incoerente, ilógica ou até injusta.

Portanto, o que Hans Kelsen realmente quis dizer na obra Teoria Pura do Direito, analisando a relação conceitual entre direito e moral, é que normas morais e normas jurídicas são conceitos perceptivelmente diferentes. E que o conteúdo moral das normas não pode, e não deve, determinar se uma decisão, ou uma lei, é juridicamente válida ou não.

Por fim, a grande importância deste trabalho monográfico é para que, ao analisar a relação conceitual entre Direito e Moral abordada na Obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, se possa constatar que não é plausível utilizá-la como instrumento para justificar a validade, ou a invalidade, de decisões e legislações jurídicas formuladas com cunho moral ou valorativo.

Diante o exposto, pergunta-se: Qual é a função teórica que a separação conceitual entre Direito e Moral realiza para a teoria do direito de Hans Kelsen? Para responder tal questão, firma-se como objetivo geral identificar qual é a função teórica que a separação conceitual entre Direito e Moral realiza para a teoria do direito de Hans Kelsen. Para atingir este objetivo geral, estabelece-se os seguintes objetivos específicos: a) Estudar os limites teóricos do Positivismo Jurídico, contexto no qual se insere a teoria normativa do Direito de Hans Kelsen; b) Investigar, diretamente e à luz de intérpretes notáveis, os fundamentos teóricos da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen; c) Examinar a função teórica operada pela separação conceitual entre direito e moral na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Estes objetivos são tratados ao longo do trabalho de forma pontual; à medida que são analisados os conceitos teóricos e jurídicos constantes na doutrina do positivismo jurídico, e em especial na obra de Hans Kelsen, é remetido novamente aos objetivos diretrizes norteadores, com intuito de formular uma linha de raciocínio constante e logicamente verificável.

A *priori*, parte-se de três hipóteses conclusivas sobre o tema a ser estudado e analisado, as mais disseminadas no meio acadêmico e científico; para posteriormente ao final, identificar qual destas se verifica como a mais acertada, tais são as hipóteses: a) A função da separação conceitual entre direito e moral permite a própria existência de uma teoria normativa do direito. Ela não é uma separação substancial entre direito e moral. Kelsen não pode negar que as autoridades jurídicas recorrem a critérios morais para a produção da norma jurídica. Contudo, o que a teoria pura do direito defende é que a norma jurídica recebe o seu sentido de

validade jurídica, em um processo silogístico, exclusivamente de uma norma jurídica hierarquicamente superior em um processo científico-dedutivo que somente se encerra com a pressuposição da norma fundamental gnosiológica. b) A única função da separação conceitual entre direito e moral é diferenciar as normas jurídicas (normas que possuem um elemento estrutural chamado sanção) das normas morais e de justiça (normas desprovidas de sanção). c) A função da separação conceitual entre direito e moral, em Kelsen, é assegurar que a produção de uma norma jurídica não obedeça jamais a critérios morais. O propósito da teoria pura do direito é cobrar, de autoridades jurídicas, decisões conforme normas superiores de direito (leis e constituição). Kelsen assumiria uma postura legalista.

Para averiguar qual das hipóteses acima elencadas é a mais acertada, o presente trabalho se desenvolverá de modo que: Primeiramente, se exporá o conceito de Positivismo Jurídico, doutrina a qual Hans Kelsen se insere e é, conseqüentemente, reconhecido como maior representante, assim como o contexto histórico em que esta doutrina se localiza; analisando a compreensão de norma e ordenamento jurídico para esta corrente de pensamento; bem como, partindo ao ponto central em análise, verificar qual a relação entre o Direito e a Moral defendida pelo Jus Positivismo.

Não obstante, aproximando da obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, objeto de análise deste trabalho, passa-se a estudar os principais conceitos que a qualificam, ou pretendem qualificar, como uma teoria “pura” do direito, e a que se refere essa tal “pureza epistemológica”, tais quais: princípio da imputação, dualismo metodológico, norma fundamental gnosiológica e unidade lógica de ordenamento jurídico.

Por fim, analisa-se *in loco* a distinção conceitual entre Direito e Moral aborda por Kelsen em sua teoria pura do direito, verificando os motivos e as motivações que levaram o doutrinador a fazer tal distinção conceitual, vias de tornar possível e “verificável” sua teoria. Conseqüentemente, momento propício a identificar a hipótese inicial correta, como base no estudo e análise empreendidos neste trabalho.

Todo este caminho será percorrido recorrendo-se às obras julgadas pertinentes. Cabe aqui, desde já, justificar que foram utilizados como fontes bibliográficas prioritariamente as obras dos doutrinadores Hans Kelsen e de Norberto

Bobbio, outro célebre doutrinador que fez enorme uso da produção científica de Kelsen para orientar, fundamentar e embasar sua teoria do direito, e, para tanto, grandíssimo estudioso de Kelsen. Esta opção bibliográfica foi tomada vias de realizar uma análise mais fidedigna aos pensamentos e ensinamentos de Hans Kelsen, porquanto conforme já levantado inicialmente, o doutrinador tem a infelicidade de ser constantemente mal interpretado e compreendido; para tanto, optou-se por restringir quase que exclusivamente às obras próprias do autor, e de seu mais profícuo estudioso. Não obstante, também foram utilizadas obras de demais autores expressivamente reconhecidos no meio jurídico científico para dar respaldo e credibilidade as afirmações e colocações aqui levantadas, bem como para evitar um estudo fundamentado sob um único prisma.

Para o presente trabalho será utilizado o método dedutivo, em pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico diversificado em livros, monografias, teses e dissertações, afim de verificar a relação conceitual entre Direito e Moral abordada na obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

## 2 O POSITIVISMO JURÍDICO

Inicialmente, antes de adentrar ao estudo teórico da obra Teoria Pura do Direito, bem como a relação conceitual entre direito e moral dissertada. É necessário levantar alguns conceitos básicos a respeito do Positivismo Jurídico, doutrina a qual se insere a obra de Hans Kelsen. Isto porque o estudo por primeiro da doutrina do jus positivismo é fundamental para a compreensão de todos os demais temas e assuntos abordados posteriormente. Segundo o doutrinador Norberto Bobbio, o direito positivo é:

De maneira bem específica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como “lei”. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação. (1995, p.119)

Para tanto, conforme evidenciado na conceituação de Bobbio, o positivismo jurídico se verifica na estrita relação do direito com a lei positiva, ou seja, o direito é somente aquilo que possui previsão normativa, de qualquer caráter, sem levar em conta juízos éticos e morais, os quais tem aceitação social, porém sem qualquer imposição ou coerção por parte do Estado. E neste sentido, sobre a estrita relação do Direito com a norma jurídica, não são consideradas análises valorativas de qualquer natureza, de modo que, a lei é verificável em razão da norma fundamental, conforme se verá adiante:

O positivismo, como resposta teórica a uma necessidade prática, a busca de segurança, procura fornecer um conceito autônomo do direito, isto é, um conceito que represente o fenômeno jurídico como uma esfera independente da moral e da política. Para isso, assume como uma categoria central a noção de validade, que lhe permite excluir a justiça e a eficácia, como critérios identificadores do jurídico. Pelo recurso à noção de validade, o direito é reconduzido a si mesmo, dado que a validade é uma qualidade jurídica, determinada pelo próprio direito. Porém, há ainda uma outra categoria que se mostra vital ao projeto positivista de isolar o direito da moral e da política: a “norma fundamental”, uma norma jurídica que fundamenta o próprio direito. (BARZOTTO, 1999, p.24)

Segundo a análise científica firmada pelo doutrinador Norberto Bobbio, tem-se 7 características fundamentais que são a essência e substância da doutrina jus positivista:

1. Abordar o direito como um fato e não como um valor;
2. Definição do direito em função do elemento da coação (teoria da coatividade do direito);
3. A teoria da legislação como fonte preeminente do direito (considera o direito sub espécie legis);

4. A norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito;
5. A teoria do ordenamento jurídico, que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade;
6. A teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito;
7. A teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal (*Gesetz ist Gesetz* ou lei é lei).

Ainda, não obstante, evidencia-se aqui, numa visão ainda mais geral e superficial, a análise do positivismo jurídico sob 3 aspectos:

- A. Um certo modo de abordar o estudo do direito (item 1);
- B. Uma certa teoria do direito (itens 2 a 6);
- C. Uma certa ideologia do direito (item 7). (BOBBIO, 1995, p.234)

Todos esses e outros elementos serão estudados e analisados de forma abrangente em momento posterior. Foram trazidos neste momento como forma de introduzir, de forma geral e superficial, para antecipar e nortear o exame da matéria que se verá adiante.

## 2.1 Conceito e contexto histórico do positivismo jurídico

É necessário analisar o contexto histórico em que se encontra a doutrina jurídica positivista, para então melhor compreender as suas características essenciais, bem como sua relevância no campo da teoria do direito.

Segundo Ferraz Junior, a doutrina positivista teve momento histórico importante entre os séculos XVI e XVIII:

Um dado importante da experiência jurídica entre os séculos XVI e XVIII é o fato de o direito ter-se tornado cada vez mais direito escrito, o que ocorre pelo rápido crescimento da quantidade de leis emanadas do poder constituído, quer pela redação oficial e decretação na maior parte das regras costumeiras. (2015, p.48)

Ainda, ao verificar o contexto histórico do positivismo jurídico, verifica-se a constante dualidade entre direito natural e o direito positivo, desde o pensamento clássico até os dias atuais. Em contraponto ao exposto a respeito do *Jus Positivismo*, veja-se sobre o *Jus Naturalismo*, segundo Norberto Bobbio:

O Jusnaturalismo é uma concepção segundo a qual existe e pode ser conhecido um 'direito natural' (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). (1992, p.655)

Diversas são as diferenças conceituais entre as correntes de pensamento supracitadas, de forma que imperam sempre como antagônicas, e permanecendo até o presente a dualidade de preceitos. Quanto as características do positivismo jurídico, objeto do presente trabalho, veja-se as principais distinções frente ao *jus* positivismo:

O Positivismo Jurídico apresenta cinco características centrais, que o diferenciam do paradigma do Jusnaturalismo e das recentes proposições da corrente do Pós-positivismo, consistentes, primeiro, na separação entre Direito e Moral; segundo, na formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou preponderantemente) por Regras positivadas; terceiro, na construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal; quarto, na aplicação do Direito posto mediante subsunção; e, quinto, na discricionariedade judicial (judicial discretion ou interstitial legislation) para resolução dos chamados casos difíceis (hard cases). (ZANON JR., 2013, p.130-131)

Portanto, de um lado tem-se o direito natural: universal, imutável, conhecido pela razão, que regula os comportamentos (bons ou maus). Enquanto doutro lado tem-se o direito positivo: particular, mutável, conhecido através da promulgação da norma, em que “os comportamentos regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque [...] foram disciplinados pelo direito positivo” (BOBBIO, 1995, p.23).

A doutrina do positivismo jurídico surgiu somente no século XIX, contudo é necessário antes de tudo verificar o conceito de direito positivo, existente já no pensamento clássico em contraponto ao direito natural, em razão de ser este pressuposto histórico da doutrina em referência.

À época clássica, ao tempo de Aristóteles e Platão, surgiram os conceitos de direito natural e direito positivo. A este tempo, ambos eram considerados direitos. A dicotomia se limitando somente a diferenciar entre o direito que se origina na própria natureza humana, enquanto o direito que se origina da lei, da criação humana:

Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em a lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada. (LEONEL VALLANDRO e GERD BORNHEIM, 1973, p.144-145, apud, BOBBIO, 1995, p.16)

Adentrando-se ao direito romano, temos conceitos similares aos anteriores. Ao passo que temos o *jus civile* correspondente ao direito positivo, e o *jus gentium*, que corresponde ao direito natural. Neste tempo:

- a) O primeiro limita-se a um determinado povo, ao passo que o segundo não tem limites;
- b) O primeiro é posto pelo povo (isto é, por uma entidade social criada pelos homens), enquanto o segundo é posto pela *naturalis ratio*. (BOBBIO, 1995, p.18)

Partindo-se ao pensamento medieval, uma característica essencial e própria da época, que difere das anteriores, paira quanto ao entendimento de direito natural. Onde a este tempo, o direito surgiria da natureza, porém da natureza de Deus. Encontra-se como principal expoente deste entendimento São Tomás de Aquino (BOBBIO, 1995, p.20).

Aos séculos XVII e XVIII, anteriores ao surgimento da doutrina do positivismo jurídico, e que tem como principal expoente e representante Grócio (BOBBIO, 1995, p.20). Temos que:

O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e ao mostrar que tal ato é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza. (...) O direito civil é aquele derivado do poder civil, e designa por poder civil aquele que compete ao Estado, por Estado a associação perpétua de homens livres, reunidos em conjunto com o fito de gozar os próprios direitos e buscar a utilidade comum. (BOBBIO, 1995, p.20-21)

Com a brevíssima análise histórica até aqui, pode concluir-se que o direito positivo e o direito natural, assim entendidos como dois tipos de direito, não possuíam hierarquia entre si de modo que um não poderia sobrepor-se ao outro. Ainda, que o direito era compreendido com origem na sociedade, principalmente pela ainda relevante participação do direito natural.

O próximo acontecimento histórico a ser evidenciado é compreendido por Norberto Bobbio (1995, p.27) como “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado”. Neste ponto, ocorre a transição para o Estado Moderno, onde “a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra para si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito” (BOBBIO, 1995, p.27). Isto é, o poder nas mãos do Estado, motivado para criar e estabelecer uma ordem, porquanto se tal tarefa fosse a encargo da sociedade, esta não se concretizaria.

A função do Estado Moderno, na sua versão absolutista, foi precisamente esta: fornecer um padrão objetivo de resolução de conflitos, a lei, a uma sociedade cujo pluralismo poderia levar a dissolução. A lei é simplesmente um comando do soberano. (BARZOTTO, 1999, p.14)

Nesta fase, temos como grande representante o Estado da Inglaterra, que a este tempo “vive” a dicotomia do *common law* de Edward Coke e o *statute law* de Thomas Hobbes, segundo Norberto Bobbio (1995, p.32).

O *common law* não é o direito comum de origem romana “mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei” (BOBBIO, 1995, p.33). Neste liame, Hobbes combate a *common law* e afirma o poder exclusivo do soberano de pôr o direito, visto que isto é indispensável para assegurar o poder absoluto do Estado (BOBBIO, 1995, p.34).

Em meio as diversas disputas sociais e religiosas existentes à época, Hobbes encontra a ideia de liberalismo como solução de conter os conflitos e manter o poder com o Estado.

A resposta liberal se baseia no conceito de tolerância religiosa: o Estado liberal não elimina as partes em conflito e sim deixa que o próprio embate se desenvolva entre os limites do ordenamento jurídico posto pelo próprio Estado. (BOBBIO, 1995, p.37)

Nesta transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal surgem dois institutos permanentes até os dias atuais: “a separação dos poderes, pela qual o poder legislativo não é atribuído ao “príncipe” [...] e a representatividade, pela qual o poder legislativo não é mais expressão de uma restrita oligarquia” (BOBBIO, 1995, p.39). Importante atentar-se para esta transição, onde o poder, que antes era absoluto nas mãos do Estado Absolutista; agora, com o Estado Liberal, é ponderado em face da sociedade.

No Estado Liberal, a ordem jurídica garante a segurança do indivíduo contra a ação do próprio Estado. Isto porque no Estado Liberal, todo poder é competência jurídica. O próprio poder de criar o direito está juridicamente condicionado. (BARZOTTO, 1999, p.15)

Mesmo com a grande propagação e defesa do direito positivo, com as teorizações de onipotência do legislador, o direito natural ainda se faz presente. E neste momento, tem grande florescimento.

As ideias de estado de natureza, lei natural e contrato social são evidentemente manifestas na Constituição Americana e na Constituição da Revolução Francesa. Nestas obras (textos, documentos, dispositivos, tratados), lacunas normativas são propositalmente deixadas, de modo que a resposta surja intuitivamente por meio do direito natural.

A função sub-rogatória do direito natural, no caso das lacunas do direito positivo, é uma concepção tão difundida entre os escritores do século XVII e do século XVIII que podemos verdadeiramente considerá-la como uma *communis opinio*. (BOBBIO, 1995, p.42-43)

No entanto, para que a doutrina do positivismo jurídico pudesse surgir, antes se fez necessário “combater” e reduzir a força dogmática do direito natural. E isto ocorreu devido ao movimento do historicismo, ao final do século XVIII e início do século XIX na Alemanha, tendo como precursor Savigny (BOBBIO, 1995, p.45). Há ainda de se evidenciar uma obra fundamental para início do movimento historicista, “Tratado de direito natural como filosofia do direito positivo”, de autoria de Gustavo Hugo (BOBBIO, 1995, p.45).

Significa que o direito natural não é mais concebido como um sistema normativo auto-suficiente, como um conjunto de regras distinto e separado do sistema do direito positivo, mas sim como um conjunto de considerações filosóficas sobre o próprio direito positivo. [...] O que caracteriza, portanto, o historicismo é o fato de ele considerar o homem na sua individualidade e em todas as variedades que tal individualidade comporta, em oposição ao racionalismo [...] que considera a humanidade abstrata. (BOBBIO, 1995, p.46-48)

Deste modo, em breves considerações gerais, tem-se quatro características essenciais do historicismo, todas presentes na Escola Histórica do Direito, que tem como maior expoente Carlos Frederico Von Savigny:

1. Individualidade e variedade do homem;
2. Irrracionalidade das forças históricas;
3. Pessimismo antropológico;
4. Amor pelo passado;
5. Sentido da tradição. (BOBBIO, 1995, p.51-52)

Contudo, ainda que o historicismo tenha sido essencial para o surgimento do jus positivismo, de modo que ao combater a doutrina que representava o direito natural, abriu espaço para ascensão da doutrina do positivismo jurídico; não foi, propriamente, o principal movimento que deu origem a corrente doutrinária em jus positivista.

O fato histórico que constitui a causa imediata do positivismo jurídico deve, ao contrário, ser investigado nas grandes codificações ocorridas entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, que representam a realização política do princípio da onipotência do legislador. (BOBBIO, 1995, p.54)

Porém, segundo Savigny (BOBBIO, 1995, p.61), a Alemanha do início do século XIX não estava pronta para acompanhar o movimento das codificações, tendo em vista estar, àquele tempo, sob um momento de decadência da cultura jurídica.

Para Savigny, as fontes do direito são substancialmente três: o direito popular, o direito científico, o direito legislativo. O primeiro é próprio das sociedades na sua formação; o segundo das sociedades mais maduras; o terceiro das sociedades em decadência. Ele sustentava, portanto, que o único modo de reverter o plano inclinado da decadência jurídica era promover um direito científico mais vigoroso, através do trabalho dos juristas, enquanto o mais certo efeito da codificação seria o de tornar ainda mais grave a crise da ciência jurídica na Alemanha. (BOBBIO, 1995, p.62)

Há de se constatar portanto que as codificações não foram amplamente aplicadas em todos os Estados. Basta pensar que a codificação não existe nos países anglo-saxônicos (BOBBIO, 1995, p.63).

Neste ponto, deve-se considerar a importância de dois códigos em especial, tendo em vista que foram base para demais códigos e portanto tem grande significado histórico. A saber, a codificação Justiniana e o Código de Napoleão:

Na obra de Justiniano foi fundada a elaboração do direito comum romano na Idade Média e na Moderna; o Código de Napoleão teve uma influência fundamental na legislação e no pensamento jurídico dos últimos dois séculos, porque os códigos de muitos países foram modelados com base nele. (BOBBIO, 1995, p.63)

Sobre o código de napoleão, este foi considerado marco histórico do início da doutrina jus positivista pelo fato de romper definitivamente com a precedente e, de certa forma, adotar um dos principais dogmas da corrente jus positivista, que é a da onipotência do legislador. Exemplo desta postura está contido no artigo 4º deste código: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada” (DIMOULIS, 2006, p.74).

Ainda na França, em razão de diversos motivos, aqui trazidos resumidamente como: o próprio fato da codificação, o princípio da autoridade, a justificação jurídico-filosófica da fidelidade ao Código, pelo princípio da certeza do direito, e finalmente, pelas pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos reorganizados de ensino superior do direito, surge a escola da exegese, cujo nome indica como ela se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código (BOBBIO, 1995, p.78-81).

Em características fundamentais, que resumem essencialmente o pensamento defendido pela escola da exegese, constam:

- a) Inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo;
- b) Concepção rigidamente estatal do direito;
- c) Interpretação da lei fundada na intenção do legislador;
- d) Culto do texto da lei;

e) Respeito pelo princípio de autoridade. (BOBBIO, 1995, p.84-88)

Tendo-se já analisado os pressupostos históricos na Alemanha e na França para o surgimento da doutrina jus positivista; passa-se a analisar a contribuição histórica do último Estado precursor da doutrina do positivismo jurídico: a Inglaterra.

Conforme já visto, a codificação não foi aplicada àquele tempo na Alemanha por contrariedade de seus jus filósofos; na França houve a forte presença do Código de Napoleão, bem como da escola da exegese; porém é na Inglaterra onde surge a teorização da codificação, por meio de Jeremy Bentham, ainda que o próprio Estado não a aplique (BOBBIO, 1995, p.91).

Como Hobbes, no século XVII, sustentara suas concepções em favor da produção legislativa do direito contra um jurista, Coke, defensor da *common law*, do mesmo modo Bentham desenvolve sua crítica frente a esta última, entrando em polêmica com o maior estudioso do direito inglês de seu tempo, Blackstone, que fora seu mestre nos estudos universitários e que, em 1765, publicara os *Comentários sobre o direito comum inglês*, em que o sistema da *common law* era considerado com grande otimismo como perfeito, porque se fundava no e fazia valer completamente o direito natural. (BOBBIO, 1995, p.95)

Deste modo, Bentham criticou a *common law* (BOBBIO, 1995, p.96), ou o direito judiciário, e sustentou a implementação de reforma em diversas oportunidades, para diversos Estados. Para ele, um racionalista, era incabível um direito assistemático. Dentre suas críticas a *common law*, encontram-se como fundamentais:

- a) Incerteza da *common law*;
- b) Retroatividade do direito comum;
- c) Não ser fundado no princípio da utilidade;
- d) Lhe falte uma competência específica em todos os campos regulados pelo direito;
- e) O povo não pode controlar a produção do direito por parte dos juízes. (BOBBIO, 1995, p.97-99)

Segundo a esquematização feita por Dumont (BOBBIO, 1995, p.100), são quatro os requisitos fundamentais que Bentham exigia para um código: utilidade, completitude, cognoscibilidade, justificabilidade.

Não obstante, é em John Austin que encontramos nosso último precursor da doutrina jus positivista. Ele representa um pouco o *trait d'union* (termo em francês que remete a união, conexão) entre as várias correntes que concorreram para fazer

surgir o positivismo jurídico e particularmente entre a escola histórica alemã e o utilitarismo inglês (BOBBIO, 1995, p.101).

Neste sentido, Austin foi importante por analisar conjuntamente as demais teses e teorias apresentadas anteriormente e da sua análise concisa tornar possível o florescimento da corrente do positivismo jurídico em momento posterior.

Da análise dos pressupostos históricos do positivismo jurídico, mais precisamente da análise histórica do direito positivo, temos historicamente que:

O termo “direito positivo” de maneira bem específica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como “lei”. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação. (BOBBIO, 1995, p.119)

Por fim, finda aqui uma prevê análise do contexto histórico a respeito da doutrina jus positivista. Neste ponto, já é possível adentrar ao estudo de conceitos mais específicos e essenciais para a compreensão do tema abordado no presente trabalho.

## **2.2 A noção de ordenamento jurídico para o positivismo**

O conceito de ordenamento jurídico é de suma importância para o positivismo jurídico, nas próprias palavras de Norberto Bobbio:

Antes do seu desenvolvimento faltava no pensamento jurídico o estudo do direito considerando não como norma singular ou como um acervo de normas singulares, mas como entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas. (1995, p.197)

Segundo o mesmo doutrinador, o ordenamento jurídico possui três características fundamentais, as quais configuram do conjunto de normas um ordenamento, são elas: a unidade, a coerência e a completitude (BOBBIO, 1995, p.198).

No que se refere a característica da unidade importante ressaltar, ainda que não sendo exclusividade do positivismo jurídico, e, portanto, também presente no *jus* naturalismo, tem de se verificar que a unicidade no primeiro caso é formal, enquanto no segundo caso é material. Portanto não se pode por equívoco considerar uma característica em comum de ambas doutrinas.

Quanto a característica da coerência, esta está estritamente interligada com a característica da completitude, sendo ambas essências para o propósito a qual se destina o ordenamento jurídico. Assim, melhor elucida Savigny:

O procedimento ordinário consiste em trazer do conjunto das fontes um sistema de direito [...] Falta a unicidade, e agora se trata de remover uma contradição; falta a completitude, e agora se trata de colmatar uma lacuna. Na realidade, porém, estas duas coisas podem se reduzir a um único conceito fundamental. Aquilo que procuramos estabelecer é sempre a unidade: a unidade negativa de afastar as contradições; a unidade positiva de preencher as lacunas. (2009, p.267)

Por fim, a terceira característica do ordenamento jurídico, a coerência, garante a inexistência de antinomias. Melhor dizendo, regra que em todo ordenamento jurídico, havendo duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas, mas somente uma delas pode fazer parte do referido ordenamento (BOBBIO, 1995, p.203).

A Teoria do Ordenamento Jurídico foi sem sombra de dúvidas uma das maiores contribuições da doutrina jus positivista para o direito moderno e pós moderno. Haja vista que, até o seu surgimento não existia um termo ou um sistema que representasse um conjunto de normas; sendo analisado até aquele momento somente a norma unitariamente.

Importante ressaltar desde já que esta teoria teve sua maior disseminação no pensamento de Hans Kelsen, em suma na sua obra Teoria Pura do Direito.

Em síntese, a Teoria do Ordenamento Jurídico, para além de uma concepção kelseniana – da qual trataremos posteriormente – se baseia em três características fundamentais a ela atribuídos: a unidade, a coerência, a completitude (BOBBIO, 1995, p.198).

A primeira característica, a unicidade, pode ser confundida como característica também presente na corrente jus naturalista. O que, de modo geral, não é uma inverdade. Contudo, há de se verificar que a unicidade da corrente jus positivista é formal, diferentemente da unicidade compreendida pela corrente jus naturalista, que é material ou substancial (BOBBIO, 1995, p.199).

Kelsen é feliz ao diferenciar muito bem esta diferença por meio de dois conceitos por ele criados: O ordenamento estático (ao qual pertencem a moral e o direito concebido jusnaturalisticamente) e o ordenamento dinâmico, que é o próprio direito concebido positivamente (BOBBIO, 1995, p.199).

Neste ponto, surgiu uma questão que levou a um empasse não resolvido inteiramente até os dias de hoje, e que por este motivo é centro de diversas críticas. Se as normas, segundo o positivismo jurídico, são justificadamente válidas em razão do escalonamento hierárquico, se supondo que há uma norma hierarquicamente superior as demais (norma fundamental) que as justifiquem, o que justifica e torna válida esta norma superior? Não há resposta amplamente aceita, nem mesmo a própria justificativa de Kelsen:

Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental. (KELSEN, 2000a, p.136)

As demais características do ordenamento jurídico são vistas de forma mais conexa, ainda que isto não seja perceptível em primeiro momento. Ocorre que a coerência se dá quando inexistirem em um ordenamento jurídico normas que se contradizem, ou seja, há excesso de normas em detrimento de mais de uma previsão normativa para a mesma situação fática (BOBBIO, 1995, p.202).

Não obstante, a completitude ocorre quando não falta no ordenamento jurídico uma norma que seja aplicável ou preveja uma situação fática, de modo que o torne deficiente (BOBBIO, 1995, p.202).

Por fim, verifica-se importante para um ordenamento jurídico que consiga satisfazer o seu fim proposto. Evitando portanto óbices a este fim, seja pela falta de norma necessária, ou pelo excesso de normas. Porquanto conforme demonstrado anteriormente, as antinomias jurídicas contrariam as características da coerência e completitude.

Entretanto, é possível que em algum momento haja antinomias em um ordenamento jurídico, ou seja, existência de normas que preveem uma mesma situação fática. Para tanto, a doutrina criou três critérios que sanam a incompatibilidade, de modo que determina qual das normas prevalecerá em caso de colisão normativa:

- a) Segundo o critério cronológico, a norma posterior prevalece a norma precedente (*lex posterior derogat priori*);
- b) Segundo o critério hierárquico, a norma de grau superior (isto é, estabelecida por uma fonte de grau superior) prevalece sobre aquela de grau inferior (*lex superior derogat inferiori*);

c) Segundo o critério de especialidade, a norma especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*). (BOBBIO, 1995, p.205)

Ainda que amplamente aceitos, estes três critérios não são inteiramente eficazes, haja vista que não conseguem evitar todos tipos de confrontos hierárquicos entre as normas. Existindo casos em que não serão capazes de sanar o vício normativo:

1. Quando há um conflito entre os próprios critérios, no sentido de que a uma mesma antinomia se possa aplicar se possa aplicar dois critérios, cada um deles levando a um resultado diverso;
2. Quando não é possível aplicar nenhum dos três critérios. (BOBBIO, 1995, p.205)

Evidentemente, a doutrina criou formas de sobrepor uma norma sobre a outra de forma a sanar o vício normativo e manter a coerência e completitude do ordenamento jurídico. Contudo, “não importa qual tenha sido a norma eliminada, cria-se sempre uma vantagem a favor de um sujeito e um ônus em desfavor de outro” (BOBBIO, 1995, p.207). O que, para o pensamento jus positivista não é, necessariamente, uma preocupação.

Das características acima apresentadas evidencia-se a completitude do ordenamento jurídico. Porquanto para o positivismo jurídico, conforme já exposto, é compreendido o direito como uma ciência, para tal se faz essencial a completitude vias de consolidar a ideologia doutrinária defendida pelo jus positivismo.

O princípio da completitude do direito se apresenta necessário para conciliar entre si dois outros temas jus positivistas fundamentais: aquele segundo o qual o juiz não pode criar o direito e aquele segundo o qual o juiz não pode jamais recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer. (RADBRUCH, 1959, p.184, apud, BOBBIO, 1995, p.207)

Contudo, ao afirmar que o ordenamento jurídico seja “completo”, não necessariamente se afirma que não hajam lacunas normativas neste ordenamento, ou seja, situações fáticas não previstas ou regulamentadas por uma norma jurídica.

Daí apresentam-se duas teorias de cunho jus positivista: a primeira se refere a Teoria do Espaço Jurídico, tendo como expoentes Bergboh e Santi Romano, os quais afirmam que o fato não previsto por nenhuma norma é um fato situado fora dos limites do direito (BOBBIO, 1995, p.208). Ou seja, se um fato não tem previsão pelo direito, então um fato irrelevante, que nada interfere na validade deste ordenamento jurídico.

A segunda corrente, referente a Teoria da Norma Geral, que tem como expoentes Zitelmann e Donati:

Não existem fatos juridicamente irrelevantes e não existem lacunas, porque cada norma jurídica particular que submete a uma dada regulamentação certos atos é sempre acompanhada de uma segunda norma implicitamente nela contida, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última e os submete a uma regulamentação jurídica antitética. (BOBBIO, 1995, p.209)

Ou seja, se inexistente uma norma jurídica que proíba determinada situação fática, por consequência lógica se tem que é uma situação fática permitida pelo ordenamento jurídico, sendo também verdadeiro um caso inverso. De mesmo modo que, caso inexistente uma norma jurídica que preveja formalidades ou procedimentos a serem tomados para que se valide um determinado ato jurídico, por consequência lógica se tem que este ato jurídico pode ser realizado de forma discricionária, ao passo que afirmar que o mesmo é válido para uma situação inversa está correto.

Deste modo, do ponto de vista *jus* positivista, as lacunas normativas, existindo ou não (conforme a teoria a ser defendida), não impedem a completude do ordenamento jurídico, bem como não são óbices a doutrina do positivismo jurídico.

### **2.3 A relação entre o direito e a moral a partir do(s) positivismo(s) jurídico(s)**

Inicialmente, e para desde já verificar a distinção entre direito e moral, veja-se a análise histórica na concepção de Miguel Reale (2002, p.53):

Desde os pré-socráticos até os estoicos, passando pelos ensinamentos de Platão e de Aristóteles, as relações entre a Moral e o Direito são focalizadas sob diversos ângulos. Alguns deles coincidem com os que ainda são lembrados atualmente, mas não se pode dizer que tenha havido na Grécia o deliberado propósito de apresentar notas distintivas entre o mundo moral e o jurídico.

Cabe adiantar que a visão *jus* positivista leva a separação do direito e da moral, analisando distintamente ambos institutos. Não obstante, depois de verificarmos a definição de direito, enquanto direito positivo, importante verificarmos a definição de moral na concepção do positivismo jurídico. Segundo Dimitri Dimoulis:

Podemos definir a moral como conjunto de convicções que, primeiramente, têm como objetivo distinguir o bem do mal; em segundo lugar, orientam o comportamento dos indivíduos (fazer o bem, evitar o mal); em terceiro lugar, permitem avaliar as condutas individuais, impondo sanções (difusas e informais) ao transgressor. (2006, p.167-168)

Já para Ferraz Junior, no que concerne a distinção entre direito e moral no ordenamento jurídico reside entendimento semelhante. E neste ponto, é importante verificar que Bobbio e Kelsen acompanham em grande medida essa posição:

A distinção mais famosa proposta pelo pensamento ocidental correspondente à tese segundo a qual normas jurídicas dizem respeito à conduta *externa* do indivíduo, sendo indiferente aos motivos e às intenções, ao passo que os preceitos morais referem-se ao aspecto *interno* do comportamento. (2015, p.321)

Portanto, analisando os conceitos expostos é possível verificar desde já discordância dos institutos quanto ao objeto regulador da convivência em sociedade; enquanto para o positivismo se encontra a justiça no cumprimento estrito da lei, para a moral faz-se necessário recorrer a valores subjetivos de bem e mal na conduta dos indivíduos.

Em outra análise, tem-se na concepção de Hart a respeito do direito e da moral uma visão não muito distante das demais. Contudo, perceptivelmente com cunho mais voltado ao legalismo:

Um sistema jurídico *deve* mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça, ou *deve* repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer. De novo, embora esta proposição possa, em certo sentido, ser verdadeira, não se segue daí que os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça. (2011, p.201)

A doutrina *jus* positivista fundamenta-se em três principais argumentos para a separação do direito e da moral (DIMOULIS, 2006, p.185). O primeiro se refere ao relativismo moral, seguido posteriormente ao argumento lógico (separação entre ser e dever ser), e por fim o argumento da segurança jurídica e da paz social.

Se não há possibilidade de obter acordo em assuntos morais, nem mesmo entre os membros da mesma sociedade, e se não há procedimento que permita aferir objetivamente o conteúdo e a aceitação dos imperativos morais “corretos”, não podemos considerar que o direito depende (ou deve depender) de valores e normas de cunho moral. (DIMOULIS, 2006, p.185)

Conforme se depreende da doutrina de Dimitri Dimoulis, a moral não consegue ser analisada da mesma forma que o direito. Enquanto este último é sistêmico, como mencionado no tópico a respeito da importância do conceito de ordenamento jurídico, isto não ocorre com a moral. De modo que se esta é relativa e subjetiva a ponto de não ser possível analisá-la com mesmo caráter e rigor que se analisa o direito.

Passando ao argumento lógico, Dimoulis afirma que a validade do direito é um problema que independe de seu caráter correto, adequado, justo ou ético (DIMOULIS, 2006, p.192). De mesmo modo, Kelsen incisivamente adota esta posição: Da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de algo deve ser não se segue que algo seja (KELSEN, 2000a, p.6).

Por fim, a respeito do terceiro argumento em favor da separação entre direito e moral, assim leciona Dimitri Dimoulis:

Permite que o direito seja aplicado “como ele é”, evitando a interferência de elementos subjetivos e polêmicos, como são as convicções morais. Nessa perspectiva, o direito garante a previsibilidade das decisões, impedindo decisões incoerentes e desagradáveis “surpresas”, em razão do subjetivismo do aplicador, que se manifesta com justificativa (ou disfarce) moral. (2006, p.195-196)

Verifica-se neste caso a aplicação do direito sem interferência da moral em defesa da segurança jurídica, da coerência das decisões judiciais. Ademais, em caso de estrito cumprimento da lei, por questão lógica se espera decisões e atos jurídicos idênticos previsíveis. Contudo, conforme já exposto, a moral é subjetiva e demasiadamente relativa, de modo a ser temeroso permitir torná-la fundamento de qualquer ato judicial.

A relação conceitual entre os institutos do direito e da moral é tema central do presente trabalho. E de fato não poderia ser outro, haja vista ser tema substancial que, em grande parte, determina posicionamentos doutrinários em prol ou contrários a doutrina jus positivista ou jus moralista.

Neste tópico será verificado a visão jus positivista a respeito do instituto da moral. Inicialmente importante conceituar a moral sobre o entendimento da doutrina positivista:

Podemos definir a moral como conjunto de convicções que, primeiramente, têm como objetivo distinguir o bem do mal; em segundo lugar, orientam o comportamento dos indivíduos (fazer o bem, evitar o mal); em terceiro lugar, permitem avaliar as condutas individuais, impondo sanções (difusas e informais) ao transgressor. (DIMOULIS, 2006, p.168)

Da conceituação jus positivista da moral pode-se subtrair que, para os doutrinadores desta corrente jurídica, a moral tem importância no que confere à uma análise pessoal do que se considera certo ou errado, justo ou injusto, e que, de certa forma orienta a sociedade num controle de convivência. Contudo, é instituto que não interfere e/ou se vincula com o direito ou a teoria do direito.

Entretanto, se faz necessário eliminar algumas interpretações negativas e equivocadas a respeito da doutrina jus positivista no que concerne a seu entendimento da separação entre o direito e a moral.

Dizer que a doutrina jus positivista rejeita qualquer influência da moral sobre o direito é um dos entendimentos a ser combatido. Tal afirmação é inverídica de modo que, o próprio positivismo jurídico compreende a influência da moral sobre o direito. Ao passo que “caso o direito contrarie voluntariamente a moral [...] comprometeriam a legitimidade e, conseqüentemente, a eficácia social do sistema jurídico” (DIMOULIS, 2006, p.170).

Deste modo, pode se dizer que “o legislador leva em consideração valores morais ao elaborar certas normas jurídicas” (DIMOULIS, 2006, p.171). Não quer dizer que a produção jurídica fique estritamente vinculada aos preceitos morais vigentes, de modo em que sofresse restrições. Mas que, em prol da efetividade e eficácia das normas, o direito possa analisar a análise moral da situação fática a ser “normatizada” ou “regulamentada”.

A influência da moral na criação do direito indica uma forma de vinculação, que propõe-se denominar como *conexão genética* (termo proposto por Dimitri Dimoulis), entre o direito e os preceitos morais (DIMOULIS, 2006, p.172).

De todo modo, frisa-se que a interferência da moral na criação da norma jurídica fica vinculada somente naquele ato, não estipulando qualquer imposição ao jurista que for aplicar a norma. “Os jus positivistas consideram que o teórico não deve indicar ao aplicador o que deve fazer, interferindo em suas competências” (DIMOULIS, 2006, p.173).

Portanto, o que tem-se de ressaltar essencialmente neste ponto é que a doutrina do positivismo jurídico não nega de forma absoluta a interferência da moral sobre o direito, “sua posição consiste na simultânea rejeição da tese moralista da necessária conexão entre direito e moral e da tese da necessária ausência de conexão entre sistemas normativos” (DIMOULIS, 2006, p.178).

Outro ponto a ser levantado, se refere a afirmativa de que para o jus positivismo direito deve permanecer separado da mora. Ou seja, de que não se poderá analisar positivamente ou negativamente uma norma analisando seu caráter moral.

Tal constatação é também equivocada e, sem delongas, o correto é que “a teoria jus positivista procura separar o conhecimento do direito de sua avaliação e das eventuais propostas de reforma” (DIMOULIS, 2006, p.178). Portanto, o que a doutrina do positivismo jurídico, de fato, não aceita é a utilização da moral para questionar, interferir ou modificar o direito

Ademais, passando ao próximo tópico, também não se pode dizer que para o positivismo jurídico os juristas não podem decidir conforme suas convicções morais. Tal afirmativa não é, em sua totalidade, uma verdade:

O recurso à moral é autorizado, primeiro, quando o direito em vigor o prevê, incorporando em suas disposições referências morais; segundo, quando o legislador atribui ao aplicador poder discricionário, podendo esse último recorrer a critérios morais (como também a considerações de oportunidade política ou de funcionalidade social). (DIMOULIS, 2006, p.180)

Para tanto, mesmo a doutrina jus positivista conceber em seu “cerne” o apelo forte na lei positivada, ainda assim, aceita em determinadas situações específicas a interferência dos preceitos morais em uma decisão jurídica.

Por fim, no último ponto a respeito dos equívocos sobre a teoria jus positivistas; deve-se verificar que para tal doutrina, não é concebível reconhecer qualquer comando jurídico como válido, conforme se afirmam alguns críticos da doutrina. Até mesmo que por tal afirmativa equivocada “fomenta a crítica dessa corrente como ideologia de legitimação de qualquer regime político” (DIMOULIS, 2006, p.180).

Importante lembrar dois pontos abordados anteriormente em características gerais da doutrina jus positivista: sendo que esta, primeiramente, “exige que a norma satisfaça os requisitos de pertença ao sistema jurídico entre os quais se insere a exigência de concordância de conteúdo das normas” (DIMOULIS, 2006, p.181). Além do fato que esta “analisa as condições de validade do próprio ordenamento jurídico, levando em consideração o requisito fático de eficácia social do sistema jurídico” (DIMOULIS, 2006, p.181).

Neste ponto, podemos verificar em Hart, um dos principais doutrinadores do jus positivismo, elemento que sana inteiramente este último equívoco: Hart afirmou que qualquer sistema jurídico deve incluir certos elementos normativos para que possa adquirir a qualidade de direito e qualificou esses elementos como expressão mínima de jusnaturalismo (DIMOULIS, 2006, p.181).

Ademais, também importante lembrar que para a doutrina em referência, especialmente em Kelsen; as normas devem estar em consonância com a norma fundamental, em respeito a teoria do escalonamento jurídico.

Não obstante, após ter-se verificado os constantes equívocos quanto a defesa da separação entre direito e moral pela doutrina jus positivista. Neste momento, passa-se para a análise dos principais argumentos que fundamentam tal posicionamento doutrinário.

Primeiramente, há de se verificar o relativismo intrínseco dos preceitos morais. Conforme já exposto, a moral se trata de uma análise pessoal, de um juízo de valor, do que se considera certo ou errado, justo ou injusto, e por consequência naturalmente não existindo um consenso social, ou uma moral amplamente aceita que a torne objetiva.

Deste modo, dada a relatividade da moral, a impossibilita de ser vinculada a um ordenamento jurídico, ou ao próprio direito. Kelsen afirma ser impossível constatar a vinculação necessária entre direito e moral, pois a moral é incerta, mutável e, em última análise, depende de preferências puramente subjetivas (DIMOULIS, 2006, p.185).

Existe ainda o argumento lógico, que não necessariamente defende objetivamente a separação entre o direito e a moral, mas, demonstra a separação necessária entre os institutos do ser e do dever ser:

Afirma-se que a validade do direito é um problema que independe de seu caráter correto, adequado, justo ou ético, da mesma forma como a canção ruim, a comida insípida e a notícia falsa não deixam de ser, respectivamente, obras musicais, alimentos e informações. (DIMOULIS, 2006, p.192)

Numa próxima justificativa, que está aparentemente vinculada com a primeira, temos que a separação do direito e da moral deve existir para que seja possível garantir a segurança jurídica e a paz social. Neste sentido, considerando a relatividade da moral, isso afetaria consubstancialmente a objetividade e solides do ordenamento jurídico ou do próprio direito:

Nessa perspectiva, o direito garante a previsibilidade das decisões, impedindo decisões incoerentes e desagradáveis "surpresas", em razão do subjetivismo do aplicador, que se manifesta com justificativa (ou disfarce) moral. (DIMOULIS, 2006, p.196)

Adiante, outro argumento em favor do positivismo jurídico se atrela a possibilidade de avaliar e criticar, se assim desejar, as normas de um ordenamento

jurídico embasado na doutrina jus positivista. Tal ocorrência não seria possível em um ordenamento jurídico jus naturalista, considerando que as normas teriam caráter moralmente fundamentados, e para tanto indiscutíveis.

Kelsen observa que a rejeição de sua teoria pela maioria dos juristas foi motivada pela vontade de legitimar (ou deslegitimar) o direito existente com base em preferências pessoais, rejeitando a neutralidade científica que permite separar a questão de validade da questão da avaliação de cada norma e da análise (sociológica, política, econômica) de sua função na sociedade. (DIMOULIS, 2006, p.203)

Por fim, o último dos principais argumentos a ser levantado a respeito da separação entre o direito e a moral é “puramente” conceitual. Isto é, mais objetivamente, a separação deve existir simplesmente porque direito e moral são institutos distintos.

Numa situação hipotética criada por Dimitri Dimoulis, em sua obra “Positivismo Jurídico”, temos um determinado Estado onde o ordenamento jurídico é inteiramente em consonância com os preceitos morais daquela sociedade. Ou seja, as normas jurídicas estão amplamente adequadas as normas morais.

Neste caso hipotético, a norma moral perderia a sua importância para com o direito, haja vista não haver contrariedade. Ou seja, a própria defesa da relação entre direito e moral pelos moralistas perderia seu sentido. Ainda, se verifica necessário certa discrepância entre a norma jurídica e a norma moral. É muito mais convincente “dizer que o direito constitucional de uma ditadura é moralmente reprovável do que dizer que não é direito porque discordamos dele” (DIMOULIS, 2006, p.207).

Em síntese apartada temos, por fim, que a separação entre os institutos do direito e da moral é mais “interessante” até mesmo para a corrente jus moralista, no sentido que deste modo, a torna possível:

A tese moralista da conexão entre direito e moral só adquire relevância prática a partir do momento em que se constata uma discrepância, isto é, a partir do instante em que se torna manifesta a diversidade de ambos os sistemas normativos porque as normas juridicamente vigentes contrariam certos imperativos da moral universal ou comunitária. (DIMOULIS, 2006, p.205-206)

Por fim, verifica-se que a separação conceitual entre o direito e a moral se justifica em razão da análise estrutural de ambos institutos, independentemente da influência de outros fatores, de outra natureza, não analisados até aqui.

### 3 OS CONCEITOS DA PUREZA EPISTEMOLÓGICA

O primeiro ponto a ser analisado a respeito da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen reside na própria concepção de pureza desta teoria. A teoria do direito elaborada por Kelsen foi desde seu princípio formulada sob um enfoque exclusivamente no que diz respeito ao direito por si só.

Neste sentido, estamos falando da busca por meio de uma pureza epistemológica, de formular uma teoria do direito sem quaisquer interferências valorativas, ou de quaisquer outras matérias analíticas do direito como da filosofia do direito, da sociologia jurídica, da política e etc.

A ciência do direito deve apenas pretender construir um conhecimento que tente responder às questões do “que é” e “como é” o direito, sem procurar explicitá-lo, transformá-lo, justificá-lo, nem o desqualificar a partir de pontos de vista que lhe são alheios. (WARAT, 1983, p.27)

Segundo Luis Alberto Warat, a Teoria do Direito de Hans Kelsen passa por 5 níveis de “purificação”, ou seja, por 5 critérios metodológicos que consubstanciam a pureza epistemológica da tese produzida por Kelsen, quais sejam: A purificação política e ideológica; a purificação anti-jusnaturalista; a purificação anti-naturalista ou anti-causalista; a purificação intra-normativa; e a purificação monista ou Anti-dualista.

A respeito do primeiro nível de purificação, da política e ideológica, se faz importante no sentido de que tanto a política quanto as ideologias não se baseiam em justificativas epistemológicas, e sim em considerações essencialmente valorativas. Portanto ambas devem ser distanciadas em uma análise pura do direito.

É necessário distanciar os saberes específicos do direito das concepções jurídicas tradicionais preocupadas em sustentar alguma ideologia social, em implementar certos interesses, e ainda envolta em raciocínios de política jurídica ou especulações endereçadas à formulação do direito. (WARAT, 1983, p.41)

Num segundo nível de purificação, anti-jusnaturalista, Kelsen fundamenta sua teoria livre de qualquer análise de justiça sobre as normas jurídicas, afastando assim também o jusnaturalismo, mediante a qual se substancializam os juízos de valor, apresentando-os como critério de validade das normas jurídicas (WARAT, 1983, p.57).

Para o terceiro nível de purificação, anti-naturalista ou anti-causalista, é preciso antes levar em consideração que Kelsen compreendia duas formas de

ciência: da natureza e da sociedade. Ainda, que as ciências da natureza são fundamentadas sob princípios de causalidade, ou seja, relações de causa e efeito. Ao passo que as ciências sociais estão fundamentadas por princípios de imputação, diga-se, por previsões de atos/fatos e previsões normativas sujeitas a interpretações.

Neste sentido, Kelsen determina condições metodológicas, sob as quais é possível constituir um conhecimento do direito, fundamentado em um pressuposto de pensamento (WARAT, 1983, p.78), distante da análise dos efeitos causalísticos oriundos da natureza em sentido *lato sensu*.

Adentrando ao quarto nível de purificação, intra-normativa, tem-se um aprofundamento da purificação mencionada anteriormente (anti-naturalista ou anti-causalista). Isto porque naquele ponto, distinguiu-se ciências naturais e ciências sociais. Já neste próximo nível, precisa-se distinguir a ciência jurídica das demais ciências sociais.

E para isto, utiliza-se duas noções essenciais: a de sanção e a de órgão. Quando se examinam os textos kelsenianos, encontra-se proposta a noção de sanção como único critério pelo qual podemos distinguir claramente o Direito dos outros fenômenos sociais, como da moral e da religião (WARAT, 1983, p.82). Complementarmente, tem-se que a sanção é válida e exigível porque advém de um órgão, legitimado para tanto pelo direito positivo.

Por fim, no último nível de “purificação” segundo Luis Alberto Warat, tem-se a purificação monista ou anti-dualista. E este último nível é fundamental para a formulação da teoria de Kelsen, no sentido de que determina uma formulação metodologicamente monista centrada no direito, ou seja, na construção de da teoria analisando estritamente o direito, livre das dicotomias usuais, tais quais Estado/Sociedade, Direito/Estado, Direito/Sociedade e etc.

Não se faz grande esforço de interpretação para concluir que Kelsen vê, nos dualismos, construções estereotipadas, onde não é possível obter qualquer orientação válida para a elaboração de um pensamento sistemático (WARAT, 1983, p.100).

Por conseguinte, estes 5 níveis de purificações realizados por Kelsen na construção de sua teoria pura do direito serão estudadas e analisadas de forma mais específica e abrangente nos subcapítulos que seguem.

### 3.1 O princípio lógico de imputação e o dualismo metodológico

Na concepção de Kelsen, delimita-se o direito estritamente às normas, ou o conjunto destas, e as relações que estas produzem sobre os fatos previstos juridicamente por elas (KELSEN, 2000a, p.84). Por isso, tem-se que o direito é uma ciência normativa. E, neste ponto, cabe diferenciá-lo das ciências causais ou da natureza. Mais precisamente, tem-se de distinguir a sociedade da natureza e a ciência social da ciência natural (KELSEN, 2000a, p.85).

Evidentemente, podem ocorrer situações sociais “normatizadas” que incorram em elementos de causas e efeitos, verificando-se assim o princípio da causalidade. Entretanto, quando a sociedade é entendida como uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é que ela pode ser concebida como um objeto diferente da ordem causal da natureza (KELSEN, 2000a, p.86).

Àquele princípio mencionado anteriormente, diferente do causal, que verifica o efeito normativo nas relações entre os homens, designa-se imputação. Assim como o efeito causal, a imputação também impõe uma consequência caso verificado um fato previsto juridicamente. Sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecido (KELSEN, 2000a, p.86).

Entretanto, é necessário atentar-se para o fato que, para uma lei natural, quando ocorre uma determinada ação, necessariamente ocorrerá também um efeito, e sem a necessidade de qualquer intervenção de um agente externo. Isto não ocorre à uma lei jurídica, que quando verificado um determinado fato juridicamente previsto, poderá ou deverá ser aplicado uma sanção, condicionado a uma ação externa intrinsecamente vinculado a um ato de vontade (KELSEN, 2000a, p.87).

Exemplarmente, tem-se as leis de Newton (Princípio da Inércia, Princípio Fundamental da Dinâmica, Princípio da Ação e Reação), leis naturais, que agem em condições conhecidas de mesmo modo repetidamente. Ao passo que, como é de conhecimento geral, caso hipoteticamente um determinado sujeito haja de tal modo a infringir uma lei penal, tem-se que o próprio ordenamento jurídico prescreverá uma sanção, mas, não necessariamente este sujeito efetivamente irá cumprir ou sofrer os efeitos desta sanção.

Frisa-se que as leis jurídicas compartilham, “- tal como as leis naturais da ciência da natureza - uma descrição do seu objeto alheia aos valores [...], essa descrição realiza-se sem qualquer referência a um valor metajurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional” (KELSEN, 2000a, p.89).

Ainda, que a lei jurídica, assim como a lei natural, adota “um caráter geral, isto é, descreve as normas gerais da ordem jurídica e as relações através delas constituídas” (KELSEN, 2000a, p.90).

Kelsen expõe que desde as sociedades primitivas os indivíduos percebiam que existiam atitudes julgadas sob sua perspectiva como sendo benéficas ou aceitáveis ao convívio coletivo, bem como entendiam que algumas determinadas atitudes prejudicavam a manutenção da coletividade.

Em razão dessa percepção, já se entendia àquele tempo necessário uma regra de aplicação geral que determinasse ações aceitáveis e ações puníveis. “Pode ser formulada mais ou menos nestes termos: se te portas retamente, deves ser premiado, isto é, algo de bem te deve caber; se te portas mal, deves ser punido, isto é, algo de mal te deve acontecer” (KELSEN, 2000a, p.92). E, nessa relação de retribuição em razão da ação, está nitidamente antecipado o princípio da imputação.

Contudo, não estava presente aos homens primitivos a dualidade científica entre lei natural e lei científica. Esta distinção surge somente com a evolução intelectual presente nas sociedades modernas.

Neste sentido, tem-se então que o princípio da causalidade teve origem nas eras primitivas na forma do princípio retributivo: “O resultado de uma transformação do princípio da imputação, em virtude do qual, na norma da retribuição, a conduta não-reta é ligada à pena e a conduta reta é ligada ao prêmio” (KELSEN, 2000a, p.94).

O direito se encontra dentre as ciências sociais, tais quais a sociologia, a psicologia e a ética. Entretanto, o direito se distingue por ser uma ciência social normativa, ou seja, por meio de asserções/enunciados juridicamente previstos (positivados) prescrevem, autorizam ou permitem ações (KELSEN, 2000a, p.98).

Assim como a lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, da proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, e não o objeto a descrever, isto é o Direito, a norma jurídica. Esta - se bem que quando tem caráter geral seja designada como 'lei' - não é uma lei, não é algo que, por qualquer espécie de analogia com a lei natural, possa ser designado como 'lei'. Ela não é, com efeito, um enunciado pelo qual se descreve uma ligação de fatos, uma

conexão funcional. Não é sequer um enunciado, mas o sentido de um ato com o qual se prescreve algo e, assim, se cria a ligação entre fatos, a conexão funcional que é descrita pela proposição jurídica, como lei jurídica. (KELSEN, 2000a, p.90)

Cabe verificar que a principal distinção ocorre pelo princípio da imputação, de modo que para as demais ciências sociais, há uma previsão entre relações de causa e efeito, ou que algo poderá acontecer em razão de determinado fato. Contudo, somente no direito é que se pode falar em imposição de uma sanção em decorrência da subsunção entre uma norma jurídica positivada e um ato/fato jurídico previsto.

Não obstante, verifica-se que a diferença essencial entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação reside na perspectiva em que para o primeiro caso os fatos pairam na lógica do ser, ou seja, se existe uma ação também existirá ou poderá existir uma reação. Ao passo que na segunda concepção, do princípio da imputação, paira na lógica do dever-se, ou seja, se se pratica uma determinada ação prevista normativamente, deverá ser imposta a sanção determinada (KELSEN, 2000a, p.100).

Outra característica diferenciadora a ser evidenciada, é no sentido em que as relações causais estão sempre interligadas com outras relações de causa e efeito anteriores e posteriores, ou seja, as relações causais são interligadas ilimitadamente. Este fato não ocorre nas relações de imputação, onde uma causa gera uma imputação e não necessariamente se vincula a uma imputação anterior, ou nem tão pouco ensejará uma imputação posterior, assim a cadeia sob o princípio da imputação é limitada (KELSEN, 2000a, p.101).

Conforme dito anteriormente, analiticamente a ciência natural, tem-se sempre uma relação causal, onde a ligação de condição e consequência é a de causa e efeito. O que não necessariamente ocorrerá às ciências sociais, onde a ligação de causa e efeito apresenta uma necessidade normativa, e não uma necessidade causal (KELSEN, 1986, p.29).

Nesse sentido, tem-se que o direito é uma ciência normativa, ou seja, fundamentada em proposições jurídicas, as quais preveem expressamente a imposição uma sanção, em suma coercitiva, em razão de uma conduta ilícita: O Direito é essencialmente ordem de coação. Prescreve uma certa conduta de modo que, como consequência, liga um ato de coação à conduta contrária do ser-devido (KELSEN, 1986, p.30).

Ainda, estas pressuposições jurídicas são compreendidas por Kelsen na forma da lei jurídica. Não obstante, tem-se que a moral também é uma ordem normativa, de mesmo modo que as leis jurídicas. Ao passo que a moral, tal qual a lei jurídica, também impõe uma sanção em razão da desaprovação, desprezo ou simplesmente da não aceitação de uma atitude externalizada por um indivíduo qualquer.

Entretanto, evidencia-se que a moral não goza de igualdade normativa em comparação com o direito, no sentido em que somente este último detém a legitimidade para impor sanções por meio de atos coercitivos. Enquanto a moral se restringe a uma mera reprovação subjetiva, ou indireta, de modo que não será efetivamente imposto uma sanção direta ao transgressor:

A moral diferencia-se do Direito pelo fato de que a reação por aquela prescrita, suas sanções, não têm como as do Direito o caráter de atos de coação, quer dizer: - como a sanção do Direito – não são executáveis com o emprego da força física, quando elas enfrentam a resistência, e porque as sanções da moral não são como as do Direito, não representam apenas reações a uma conduta contrária à norma, como também reações a uma conduta conforme à norma. (KELSEN, 1986, p.30)

As proposições da ciência do direito validam e qualificam a lei jurídica, de mesmo modo que as proposições da ética validam e qualificam a lei moral. Neste ponto, importante verificar que ambas lei jurídica e lei moral se alicerçam no princípio retributivo, onde em razão de uma ação benéfica ou maléfica, se impõe uma retribuição ou sanção, respectivamente.

Outrossim, para a ciência jurídica, e diferentemente da ciência natural, esta relação de causa e efeito Kelsen atribui a titulação de imputação, que é diferente ao da causalidade, porém ainda, análogo (KELSEN, 1986, p.32).

Vale frisar, diferentes no sentido que a imputação é produzida por um ato de vontade, ao passo que a causalidade é independente de qualquer intervenção. Ainda, a imputação não se vincula com outras relações de imputação, e quando o faz é de forma limitada. Diferentemente da causalidade onde se verifica relações de causalidade anteriores e posteriores interligadas ilimitadamente (KELSEN, 1986, p.32).

Este dualismo de causalidade e imputação serve de base ao dualismo de ciência natural causal e ciências sociais normativas. É, nas palavras de Kelsen, o dualismo lógico-fundamental de ser e dever-ser (KELSEN, 1986, p.33).

### 3.2 A norma fundamental gnosiológica e a unidade lógica do ordenamento jurídico

Enunciados sobre a realidade são confirmados pela nossa experiência sensorial, e para tanto nos é possível dizer que são válidos. No entanto, as normas não são enunciados sobre a realidade, e por consequência, não se é possível averiguar a validade destas por experiências sensoriais. A validade da norma jurídica não está na realidade, nos fatos, mas sim em outra norma que a valida, ou seja, as normas são validas no sentido em que “recebem” a validade de uma norma geral anterior (KELSEN, 2000b, p.162-163).

Ao passo que a validade das normas é verificada sempre em razão de uma norma geral superior que as validem, tem-se então uma norma última, ou primeira. Kelsen denomina esta norma geral superior que valida todas as demais normas jurídicas de norma fundamental. “A força de obrigatoriedade da norma fundamental é, ela própria, auto-evidente, ou, pelo menos, presume-se que o seja” (KELSEN, 2000b, p.163).

É dessa conexão (característica) de validade das normas jurídicas entre si, umas conexas as outras de forma estática, que se formula o sistema estático das normas jurídicas, ao passo que as normas todas se fundamentam em razão de outras normas, gerais superiores, tendo ao fim ou ao início a norma fundamental, auto evidentemente válida:

É essencial apenas que as várias normas de qualquer sistema sejam deduzíveis da norma fundamental, assim como o particular é deduzível do geral, e que, portanto, todas as normas particulares de tal sistema sejam obtíveis por meio de uma operação intelectual, a saber, pela inferência do particular a partir do geral. Tal sistema é de natureza estática. (KELSEN, 2000b, p.164)

Porém há ainda o sistema de natureza dinâmica, no qual as normas não podem ter sua validade verificada por meio de operações intelectuais. Isto porque, conforme anteriormente dito, a validade da norma fundamental tem de ser auto evidente. “A norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades” (KELSEN, 2000b, p.165). Esta referida competência se justificará por delegação: “As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos

que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior. Essa autorização é uma delegação” (KELSEN, 2000b, p.165).

Assim, entende-se o ordenamento jurídico de forma dinâmica, não por pressuposição de validade, mas por de um atrativo que lhe é inerente. Desta forma, exprime-se que as normas são válidas independentemente de juízos morais ou políticos, ao passo que a sua validade se encontra no simples pertencimento ao ordenamento jurídico. Se a norma existe, ela é válida. O Direito é sempre Direito positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos, sendo, desse modo, independente da moralidade e de sistemas similares de normas (KELSEN, 2000b, p.166).

Continuamente, as normas podem ser criadas de duas formas distintas: em razão dos costumes, neste caso o direito consuetudinário; ou por atos legislativos, judiciais ou administrativos ou por meio de transações jurídicas, especialmente contratos e tratados (internacionais), nestes casos o direito estatutário (KELSEN, 2000b, p.167).

Ainda, as normas são criadas a partir da constituição, que tem validade em razão da pressuposição de validade da norma fundamental. É postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Daí que se origina e se fundamenta a norma fundamental, e que para tanto, valida todo o ordenamento jurídico em discussão (KELSEN, 2000b, p.168).

A função integral dessa norma básica é conferir poder criador de Direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato. Interpretar esses atos de seres humanos como atos jurídicos e seus produtos como normas de caráter obrigatório, e isso quer dizer interpretar como Direito o material empírico que se apresenta como tal, é possível apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como sendo uma norma válida. A norma fundamental é apenas uma pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico. (KELSEN, 2000b, p.170)

Em que pese a legitimidade, a validade, da norma jurídica estar vinculada a um determinado ordenamento jurídico, em um determinado espaço específico, sobre um determinado lapso temporal. Esta característica é perdida a partir do momento que é invalidada por uma outra norma, hierarquicamente superior; ou excepcionalmente em casos de revolução, onde a invalidação da norma anterior ocorre por meio de uma imposição forçada da norma posterior. O fenômeno da

revolução demonstra de forma clara a significação da norma fundamental (KELSEN, 2000b, p.171-173).

Neste âmbito, diz-se portanto que as normas perdem sua validade em razão da perda da eficácia. Vale ressaltar que a eficácia é uma condição da validade, e não um fundamento. Porquanto a validade se fundamenta na positivação dentro do ordenamento jurídico vigente (KELSEN, 2000b, p.173-174).

Outrossim, as normas podem perder a eficácia, e por conseguinte a validade, em razão dos costumes. Como dito anteriormente, normas podem ser criadas por meio do costume, e vice-versa. Kelsen denomina este fenômeno jurídico como *dessuetude*. "*Dessuetude*" é o efeito jurídico negativo do costume.

Assim, a relação entre validade e eficiência parece ser a seguinte: uma norma é uma norma jurídica válida se a) houver sido criada de maneira estabelecida pela ordem jurídica à qual pertence, e se b) não houver sido anulada, ou de maneira estabelecida por essa ordem jurídica, ou por *dessuetude*, ou pelo fato de ter a ordem jurídica, como um todo, perdido sua eficácia. (KELSEN, 2000b, p.174-175)

Ainda sobre a norma fundamental, esta deve corresponder a fatos que justifiquem a sua criação e aplicação. De modo que, não necessariamente corresponda somente a seara do ser dos indivíduos subordinados ao ordenamento jurídico, ao passo que se tornaria irrelevante. Porém, deve estar em conformidade com a realidade dos fatos de tal forma que possa estipular um dever-ser possível, vias de ter um mínimo de aceitação. Haja vista, conforme exposto anteriormente, a validade das normas depende diretamente da sua eficácia e dos costumes (KELSEN, 2000b, p.175-176).

A eficácia do Direito pertence ao domínio da realidade e é muitas vezes chamada de poder do Direito. Se substituirmos poder por eficácia, então o problema de validade e eficácia é transformado no problema mais comum de "direito e força". E, então, a solução aqui apresentada é meramente o enunciado preciso da velha verdade de que, apesar de o Direito não poder existir sem poder, ainda assim Direito objetivo e poder, direito e força, não são a mesma coisa. O Direito é, segundo a teoria aqui desenvolvida, uma ordem ou organização específica de poder. (KELSEN, 2000b, p.177)

O princípio da eficácia como requisito para a validade da norma, e do ordenamento jurídico como um todo, é de ordem positiva do direito internacional. Isto porque segundo o direito internacional, para que um ordenamento jurídico seja reconhecido como válido, a constituição bem como as demais normas devem ter sua eficácia reconhecida. Esse requisito, como já dito, também é verificado no direito

nacional, ao passo que a validade da norma individual depende de sua eficácia (KELSEN, 2000b, p.177-178).

Por fim, Kelsen tenta definir que direito então é tudo o que se produz por meio de processos legitimados a criar o direito, e que venha a regular uma conduta por meio de uma sanção (KELSEN, 2000b, p.180).

Quando dizemos que uma norma é válida diz-se então que devemos ser conforme esta prevê. Ou seja, é um dever-ser que influencia objetivamente o ser. Em razão deste fato pode-se afirmar que a validade de um dever-ser (a norma) não encontra fundamento no ser, e sim em outro dever-ser (KELSEN, 2000a, p.215).

Visto que as normas são validadas por outras normas, necessariamente superiores, visto que num raciocínio lógico a premissa maior antecede a premissa menor, tem-se a necessidade de, em algum momento, atingir a uma norma tão superior as demais que não possa encontrar validade em outra norma.

Em Kelsen, verifica-se que esta norma tem necessariamente de ser pressuposta, visto que a imposição da norma dependeria da legitimidade de quem a impôs, para que então se verificasse válida esta norma. Contudo, a legitimidade dependeria de outra norma, de modo que àquela norma anterior já não mais seria a hierarquicamente superior. Então, essa norma pressupostamente válida, que valida as demais normas hierarquicamente inferiores, e cria uma unicidade composta pela pluralidade das normas, é denominada como norma fundamental (KELSEN, 2000a, p.217).

Existem dois tipos de sistemas normativos, os dinâmicos e os estáticos. O sistema dinâmico segue a lógica conduzindo do particular ao geral, ou seja, da norma específica a norma geral, até que se atinja a norma fundamental, e esta tenha reconhecido sua validade como evidente. Nessa modalidade a norma fundamental fundamenta a validade das demais normas jurídicas, porém não o seu conteúdo. Já a norma fundamental do sistema normativo estático, esta confere competência a um legislador a produzir normas legitimamente válidas, em sua forma e conteúdo (KELSEN, 2000a, p.217-220).

Na obra de Kelsen é adotado o sistema normativo dinâmico. Isto porque para o doutrinador a validade das normas se encontram no procedimento de sua inserção no ordenamento jurídico, ou seja, sua positivação. Não se é verificado o conteúdo desta norma para verifica-la válida. Para o autor, não existe limitação de

conteúdo para uma norma jurídica, somente procedimento válido (KELSEN, 2000a, p.221-224).

A norma fundamental deve ser pressuposta de forma lógico-transcendental, no sentido de fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, as normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz. Em suma, “devemos obedecer às ordens do autor da constituição” (KELSEN, 2000a, p.226-227).

Como dito anteriormente, a norma fundamental além de validar as normas jurídicas, ela cria uma unicidade entre a pluralidade de normas. Nesta unicidade pode haver conflito entre normas de mesma hierarquia, considerando a amplitude do ordenamento jurídico. Frisa-se que a contradição poderá ocorrer somente em normas de mesmo nível hierárquico, tendo vista que a norma superior valida e como também invalida normas inferiores. Também diz-se, para normas de mesmo nível hierárquico, que a norma posterior revoga a norma anterior. Porém, o importante é averiguar que as contradições podem ser resolvidas por meio da interpretação da norma fundamental:

Com efeito a norma fundamental determina: a coação deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma determinados pela Constituição que seja, globalmente considerada, eficaz, pelas normas gerais, postas em conformidade com a Constituição, que sejam, de modo global, eficazes e pelas normas individuais eficazes. A eficácia é estabelecida na norma fundamental como pressuposto da validade. (KELSEN, 2000a, p.232)

Nesta mesma linha, sobre a validade, tem-se que a validade de uma norma jurídica perpetua até que o próprio ordenamento jurídico a invalide, ou até este ordenamento ser substituído por outro sob uma revolução. Para isto, dá-se o nome de princípio da legitimidade. Cabe ainda verificar que o princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade. (KELSEN, 2000a, p.232-235).

Considerando o exposto, percebe-se uma conexão entre os conceitos de validade e eficácia dentro do ordenamento jurídico do direito positivo. Isto porque, entre o ser e o dever-ser, o direito e a realidade, o direito positivo tenta encontrar um meio termo, produzindo-se teorias idealistas e realistas para entender esta conexão. Na teoria pura do direito de Hans Kelsen expõe esta conexão da seguinte forma:

As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. (KELSEN, 2000a, p.237)

Neste ponto, cabe averiguar a função essencial do direito natural, que é o de fornecer um critério ético-político, e, portanto, uma possível justificação do direito positivo. Isto porque, o direito natural atrelado a eficácia do direito positivo, não pode validá-lo ou invalidá-lo, somente reafirmá-lo (KELSEN, 2000a, p.244).

A validade das normas encontra fundamento num silogismo teórico onde:

O enunciado que funciona como premissa maior assevera que o sentido subjetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem também é seu sentido objetivo, e isto significa uma norma válida, se este ato é autorizado por uma norma moral ou do direito pressuposta como válida. (KELSEN, 1986, p.326)

A norma fundamental é a pressuposição de que devemos conduzir-nos como historicamente prescreve a primeira constituição. Sob esta norma fundamental se baseia todo o ordenamento jurídico (KELSEN, 1986, p.327)

Esta norma fundamental, via de regra, tem de ser pressuposta, para que seja possível dar um sentido de obrigatoriedade às normas jurídicas ou morais obrigatórias (KELSEN, 1986, p.328).

A norma fundamental não é uma norma positiva, ou um ato de vontade, mas sim uma ficção teórica, no sentido de que:

O fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido subjetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de norma. Este fim é atingível apenas pela via de uma ficção. (KELSEN, 1986, p.329)

Da validação de normas por outras normas pode-se subtrair o conceito de normas superiores e normas inferiores. Contudo, tem-se de verificar neste ponto, que a norma superior valida a norma inferior na sua forma, porém não no seu conteúdo (KELSEN, 1986, p.330).

Que a validade da norma inferior é fundada pela validade da norma superior significa que a norma inferior corresponde à superior. Esta correspondência tem diferentes graus, conforme a norma superior o ato de estabelecimento de norma inferior, e isto quer dizer: somente o órgão determina que a norma inferior tem de ser estabelecida (...) ou determina também o conteúdo da norma que deve ser fixada por esse órgão. (KELSEN, 1986, p.332)

Sem mais análises necessárias para este tópico, passa-se as últimas considerações necessárias a respeito da obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen para compreensão do tema.

### **3.3 Normas jurídicas e enunciados jurídicos**

As normas têm uma característica essencial, que é o elemento da coerção. Ou seja, ao preverem uma determinada situação fática, elas também impõem um dever-ser, uma sanção. Evidentemente nem toda norma impõe uma sanção, há normas produzidas para dizer o direito, ou normas meramente administrativas. E neste sentido, é importante diferenciar enunciados jurídicos, por meio dos quais a ciência jurídica descreve o direito, e não devem ser confundidos com as normas criadas pelas autoridades legislativas (KELSEN, 2000b, p.62-63).

Uma conexão importante, já elucidada anteriormente, se refere a comparação entre as regras de direito e as regras da natureza. Novamente, diferenciam-se no sentido em que quando uma diz: se A é, B é (ou será); a outra dirá então: se A é, B deve ser. Em suma, o princípio segundo o qual a ciência natural descreve seus objetos é o da causalidade; o princípio segundo o qual a ciência jurídica descreve seu objeto é o da normatividade (KELSEN, 2000b, p.64).

Ainda sobre esta conexão, é fundamental verificar que as normas não admitem exceção, ou seja, se houver incoerência lógica da norma com a realidade, esta deverá ser invalidada, haja vista, como dito, as normas serem descritivas. Já as leis da natureza permitem exceções, ao passo que verificado empiricamente uma nova reação em relação a causa já prevista, abre-se margem então para duas reações em razão da causa mencionada, de modo, que não invalide a primeira (KELSEN, 2000b, p.65).

Assim como os homens obedecem às normas da ordem social, as coisas obedecem às normas que emanam de seres pessoais sobre-humanos. A lei social fundamental é a norma de acordo com a qual o bem tem de ser recompensado e o mal, punido. O princípio de retribuição domina completamente a consciência primitiva. A norma jurídica é o protótipo desse princípio. Segundo esse princípio de retribuição, o homem interpreta a natureza. Sua interpretação tem um caráter normativo jurídico. É na norma de retribuição que a lei da causalidade se origina e é nela que, na forma de uma modificação gradual de significado, se desenvolve. (KELSEN, 2000b, p.66)

Os enunciados que afirmam valores de Direito são julgamentos objetivos de valor, e os que afirmam valores de justiça são julgamentos subjetivos de valor. Isto porque, tem-se que os enunciados jurídicos, as normas, são julgamentos objetivos, em razão de serem interpretações da realidade expressamente positivadas, e portanto, válidas. Já os enunciados morais, políticos ou de justiça, são

interpretações subjetivas pessoais, baseados em ideologias próprias, e para tanto, em desconformidade com a realidade (KELSEN, 2000b, p.66-69).

Somente enunciados jurídicos são passíveis de imputação, ou seja, a vinculação de uma sanção em razão de uma certa conduta, um ilícito. “As sanções, especialmente as criminais, são [...] vinculadas apenas à conduta de certos indivíduos que possuem certas qualidades, certa idade mínima e certa capacidade mental” (KELSEN, 2000b, p.133). Ou seja, a imputação é a capacidade de um sujeito, que preenche certos pré-requisitos, de sofrer as sanções previstas normativamente em um ordenamento jurídico positivo.

A palavra "imputação" carrega, é verdade, a idéia de que um evento ou outro é atribuído ou posto em conexão com certo indivíduo. Mas a imputação que está em questão aqui não é a relação entre um indivíduo e uma ação sua, mas a relação entre a sanção jurídica e a ação, e, assim, indiretamente, o próprio indivíduo atuante. O que não pode ser posto em conexão com um indivíduo juridicamente irresponsável é a sanção e não o fato que seria um delito, caso cometido por outra pessoa. O conceito de imputação refere-se à relação específica entre delito e sanção. (KELSEN, 2000b, p.134)

Por fim, sobre enunciados jurídicos, é *mister* compreender que a ideia de um enunciado jurídico não é o de descrever uma sanção real em razão de um ilícito; ou seja, no caso de um indivíduo cometer um ilícito, ele certamente responderá por ele na forma de uma sanção. Mas que, neste caso específico, ele deverá responder pelo ilícito na forma de uma sanção, por uma questão de necessidade jurídica (KELSEN, 2000b, p.243).

## 4 A SEPARAÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITO E MORAL

Toda a matéria até aqui analisada, constante capítulos anteriores, foram essencialmente necessários para que fosse compreensível estudar os conceitos e abstrações que serão pormenorizados adiante. Isto porque é necessário entender primeiramente a doutrina juspositivista, conforme estudado no primeiro capítulo (e seus subcapítulos) do presente trabalho, para compreender a motivação, a ideologia e o contexto histórico que se encontra a teoria pura do direito de Hans Kelsen.

Não obstante, foi também necessário analisar a forma de construção da própria teoria pura direito de Kelsen, a prescrição meta-teórica de descrever-se o direito – e descrever-se somente –, além da tentativa fortemente motivada de elevar a ciência do direito, em sentido de objetividade e precisão, tal qual as demais ciências, por meio do afastamento de análises axiológicas ou prescritivas.

Por fim, cabe agora adentrar a análise *in loco* das distinções e aproximações conceituais entre direito em moral segundo a concepção de Hans Kelsen, assim como exposta em sua obra Teoria Pura do Direito – nosso objeto privilegiado de análise. Acrescentaremos aqui, ainda, algumas úteis considerações e análises de Norberto Bobbio, um dos maiores estudiosos dos ensinamentos de Kelsen.

### 4.1 Normas de justiça e normas morais

Para além das normas jurídicas e morais tem-se também as normas de justiça. A justiça está dentro do campo da moral, e é sempre relacionada como uma virtude individual, vinculada a um sujeito. Isto porque se um indivíduo age de acordo com a moral ou com a norma jurídica, este indivíduo está sendo justo; ou injusto se assim não o fizer (KESLEN, 2003, p.3).

A justiça é verificada sempre na aplicação de uma norma, jurídica ou moral, por uma pessoa ou instituição, em face de outra pessoa. Isto porque prever uma norma genérica, sem aplicação à um alguém, não enseja um julgamento de justo ou injusto; ao passo que este julgamento ocorrerá somente quando verificado a imposição de uma condição ou até uma sanção à alguém (KELSEN, 2003, p.4).

A justiça é, portanto, a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo

segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta. (KELSEN, 2003, p.4)

Neste contexto, a justiça é verificada como um valor intrínseco ao ser de cada indivíduo, uma análise valorativa individual, assim como a moral. E, por circundar na seara do ser, confronta diretamente as normas jurídicas que estatuem o dever-ser (KELSEN, 2003, p.4).

As normas de justiça entretanto não podem qualificar ou desqualificar, validar ou invalidar as normas jurídicas. Kelsen já evidenciou em toda sua obra a necessidade de validação das normas jurídicas pelo direito positivo, e não pelo direito natural conforme os jusnaturalistas. Isto porque se a norma jurídica advier do direito natural, que é puramente valor, este não poderia ser valorado pela moral ou pela justiça, porquanto não se pode valorar ou desvalorizar o próprio valor (KELSEN, 2003, p.5-6). “Na independência da validade do direito positivo da relação que este tenha com uma norma de justiça reside o essencial da distinção entre a doutrina do direito natural e o positivismo jurídico” (KELSEN, 2003, p.7).

Neste ponto, é importante dizer que a validade das normas jurídicas independem da valoração das normas de justiça (KELSEN, 2003, p.7). A validade das normas jurídicas reside no direito positivo, embasada na teoria do escalonamento jurídico, e fundada a partir da norma fundamental. Portanto, ainda que as normas de justiça sejam utilizadas para valorar, julgar como justas ou injustas o conteúdo das normas jurídicas, estas nada interferem na validade e/ou existência daquelas.

Conforme já evidenciado, somente as normas podem validar ou invalidar outras normas, ao passo que um dever-ser pode influenciar em outro dever-ser. Já os conceitos abstratos, presentes na lógica do ser, não podem influenciar na ordem do dever-ser (KELSEN, 2003, p.12-13).

Ainda sobre as normas de justiça, estas também seguem a lógica quanto ao fundamento de validade das normas jurídicas. Assim como aquelas, estas também são fundamentadas por normas gerais superiores que fundamentam normas específicas inferiores, e, para tanto, também dependem de uma norma fundamental que traduz o valor de justiça absoluto (KELSEN, 2003, p.15).

Não obstante, apesar das normas de justiça organizarem-se de modo similar às normas jurídicas, elas também devem ser analisadas de modo científico. E, segundo Kelsen, ao se tentar chegar num conceito geral de justiça, se verificará

que esta “prescreve um determinado tratamento dos homens sem afirmar algo sobre a natureza e o modo deste tratamento [...] se revela vazia de conteúdo” (KELSEN, 2003, p.16).

#### **4.2 O problema de diferenciar direito e moral enquanto ordens normativas diversas segundo critérios estáticos**

No presente estudo foram verificadas as normas jurídicas como normas sociais, ou mais especificamente como normas de regulação da conduta humana. Entretanto, a este tempo se faz necessário também a análise de outra norma social, assim como as normas jurídicas, que são as normas morais.

As normas morais regulamentam a conduta de um certo indivíduo para com os demais, bem como regula a sua conduta para consigo mesmo. Estas normas são de origem essencialmente individual, ao passo que cada indivíduo detém suas próprias normas morais. Importa dizer que, somente em razão dos efeitos destas normas morais no convívio em coletivo que as tornam normas sociais (KELSEN, 2000a, p.68).

Vale dizer, a concepção em que “o Direito prescreve uma conduta externa e a Moral uma conduta interna não é acertada” (KELSEN, 2000a, p.68). Isto porque ambos institutos regulam, de certo modo, interna e externamente. O direito não pode regular somente externamente porque este só tem sentido se regulamentar a ordem social em razão das inclinações e interesses egoísticos internos de cada indivíduo. De mesmo modo que a Moral não pode regulamentar somente internamente porque para que haja a ordem social devem ser verificadas as normas morais em seus efeitos dentro do coletivo (KELSEN, 2000a, p.69-70).

Continuamente, importa dizer que a Moral, assim como o Direito, também é direito positivo, tendo em vista que sua origem advém dos costumes, e ainda que não detenha a mesma complexidade do Direito entre todos seus órgãos e institutos, forma uma ordem positiva (KELSEN, 2000a, p.70).

Neste ponto é fundamental que se evidencie o fato de a norma moral ser de ordem positiva, contudo sem caráter coercitivo. Este é o ponto central onde se faz a distinção entre Direito e Moral na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen:

O direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa

que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (KELSEN, 2000a, p.71)

Deste modo, tem-se que as normas morais e as normas jurídicas são distintas, não obstante não deixando de se relacionar conforme se verá a seguir. É este o objeto de análise desde capítulo.

Numa primeira análise, temos o direito como parte da moral, ou seja, o direito é sempre de acordo com a moral, quando não o for não pode ser considerado como direito. Para tanto, para esta linha de pensamento, o direito somente será reconhecido como direito enquanto for moralmente aceito (KELSEN, 2000a, p.71).

Contudo, a crítica que tem de ser feita para essa corrente doutrinária reside na característica relativista da Moral. Como dito anteriormente, a moral é uma análise de justiça essencialmente individual e, portanto, fortemente variável (KELSEN, 2000a, p.72).

Segundo a visão de Kelsen, a única constância verificada dentre todas as visões morais individuais é a sua forma, o seu caráter normativo, a sua condução à um dever-ser. Portanto, o direito tem um valor moral relativo (KELSEN, 2000a, p.74).

Contrariamente a visão tradicional, o direito positivo, sempre presente na teoria pura de Kelsen, discorre sobre uma separação entre o Direito e a Moral. Isto porque a concepção tradicional entende uma Moral absoluta, enquanto o direito positivo entende por vários sistemas morais individuais. E por consequência, na visão positivista, a validade do direito não poderia estar subjugada à análise de um determinado sistema moral específico dentre tantos outros (KELSEN, 2000a, p.75).

Analisando a justificação do direito pela moral tem-se reforçado a ideia de separação entre os referidos institutos. Se uma norma moral for utilizada quer seja para aprovar ou desaprovar o direito, ela necessariamente tem de ser algo diferente do objeto a ser valorado. Ou seja, o direito não pode ser concebido como parte da moral, ou puramente moral, para que assim seja possível utilizar a moral para justificá-lo ou não (KELSEN, 2000a, p.77).

Por fim, é fundamental dizer que a teoria pura do direito de Kelsen, uma visão descritiva do direito, pura por excelência por afastar qualquer valoração

política, sociológica ou filosófica do direito, não aceita a influência da moral na validação ou invalidação das normas ou do próprio ordenamento jurídico.

### **4.3 A sanção como elemento qualificador das normas jurídicas**

Conforme já abordado no tópico sobre a estática jurídica, a sanção é um dos elementos do direito. A sanção é um ato de coerção em razão da inobservância de uma determinada norma jurídica. E, neste ponto, deve-se distinguir sobre duas formas distintas de sanção: a pena e a execução.

Tanto a pena quanto a execução impõem um mal, uma privação, um castigo ao agente infrator; contudo, a diferença entre os referidos institutos reside no sentido em que no caso da execução, esta imposição de um mal se dá para indenizar um prejuízo causado, ou restabelecer uma status anterior. Ao passo que a pena se limita a unicamente punir, gerar um mal pelo mal causado. Vale dizer que ambos institutos carregam além do caráter retributivo, um caráter preventivo, ou seja, servem indiretamente para desestimular a ocorrência de determinadas ações ou omissões (KELSEN, 2000a, p.122).

Neste liame, importa ressaltar que a sanção não é assim definida porque impõe um mal em caso verificado um delito, mas o delito é assim definido em razão da previsão de uma sanção em caso verificado esta ação ou omissão. Ou seja, o ilícito é assim definido por haver a previsão de uma sanção para o mesmo. “Do ponto de vista de uma teoria do Direito positivo não há qualquer fato que, em si e por si, isto é, sem ter consideração a respectiva consequência estatuída pela ordem jurídica, seja um ilícito ou delito” (KELSEN, 2000a, p.124-125).

E, para tanto, o ilícito ou o delito não estão fora do direito, ou seja, não são um não-direito, uma negação ao direito. Mas pelo contrário, são pressupostos do direito, porque a sanção, na forma de pena ou de execução, só terá aplicação em caso de verificado um ilícito/delito, de modo que estes institutos são, portanto, condições da sanção (KELSEN, 2000a, p.127-128).

### **4.4 O ideal da ciência e a não cientificidade dos ideais**

Norberto Bobbio ao discorrer sobre a importância da ciência como ferramenta de racionalização dos saberes plúrimos e individuais cita as concepções de Vilfredo Pareto e Max Weber, evidenciando a ciência como instrumento necessário a produção de conhecimento verificável, e não somente praticável.

Foram ambos fortemente inclinados a crer (agindo como cientistas) que, numa sociedade dominada por forças irracionais, a única empresa humana em que deveriam manter-se não questionados o domínio e a condução da razão fosse a ciência; e que, portanto, ao homem de ciência coubesse a responsabilidade de preservar o saber científico da corrupção das crenças individuais e coletivas, dos sentimentos, das concepções do mundo não racional, mas só praticamente justificáveis. (BOBBIO, 2008, p.98)

E esta foi a intenção de Hans Kelsen quando se propôs a criar uma teoria pura do direito, “separar a pesquisa científica dos programas políticos, de impedir que os juízos de valor contaminassem a pureza da pesquisa” (BOBBIO, 2008, p.99). Todo este esforço para elevar a ciência do direito ao mesmo nível das demais ciências. Esforço este que atingiu tal proporção de modo que Kelsen pudesse sugerir não verificabilidade científica de decisões judiciais proferidas com cunho axiológico, ou firmadas em concepções valorativas. Neste ponto, Kelsen descreve, ou prescreve, que as decisões judiciais deveriam limitar-se a interpretar a lei (BOBBIO, 2008, p.100).

Em termos de valor, o conceito mais íntimo do direito é o de justiça. Contudo, por toda sua obra, além dos motivos já aqui expostos, Kelsen afasta a influência da ideia de justiça ou injustiça do que se define ciência do direito. Isto porque, segundo o mesmo, “a justiça é algo não sujeitável a qualquer forma de controle empírico ou racional” (BOBBIO, 2008, p.100). Deste modo, a justiça não é dotada de qualquer cientificidade verificável.<sup>1</sup> E, para tanto, se a justiça não é dotada de cientificidade, para a Teoria Pura do Direito que pretende ser ciência, esta não deve ser levada em consideração.

Por este motivo evidencia-se uma relação de relativismo ético ou ideológico frente a uma teoria pura do direito, ou permita-se dizer, uma teoria científica do direito. Reside aqui o tema central abordado no presente trabalho. Haja vista, considerando a relatividade dos valores e a cientificidade desejada por Hans Kelsen para formular a sua teoria do direito, que tem por objetivo se qualificar como

---

<sup>1</sup> Na *General Theory of Law and State*, abandonando o cotejo Kantiano, e acolhendo estímulos neo-positivistas, afirma que o juízo de valor com que se declara que alguma coisa constitui um fim último “é sempre determinado por fatores emotivos”. Tal juízo é subjetivo, válido somente para o sujeito que julga, e por isso relativo (BOBBIO, 2008, p.101).

ciência, equiparável as demais ciências, justifica-se a separação conceitual entre direito e moral segundo a concepção de Kelsen:

A exigência, quanto ao pressuposto de uma doutrina relativista dos valores, de separar o direito da moral e, em consequência, o direito da justiça, significa apenas que, avaliando um ordenamento jurídico como moral ou imoral, justo ou injusto, só se exprime a relação do ordenamento jurídico com um de seu vários possíveis sistemas morais (não com “a” moral) e se enuncia um juízo de valor não absoluto, mas sim relativo. (*RRL2*, §12 *apud* BOBBIO, 2008, p.102)

Neste sentido, é preciso recordar que “o jusnaturalismo tem sempre atribuído à teoria do direito a tarefa de distinguir o direito justo do injusto e, portanto, prescrever qual direito deva ser, em vez de descrever o direito que existe” (BOBBIO, 2008, p.102). Desta feita, torna-se evidente e plenamente justificável a postura de Kelsen, um relativista, positivista, e cientista do direito, no sentido de “purificar” sua teoria de quaisquer juízos de valor ou objetos estranhos ao que se pode definir como direito, mais especificamente, do jusnaturalismo:

O jusnaturalismo não é uma teoria (científica), mas uma ideologia ou, em outras palavras, não é uma teoria racional de um campo particular da experiência humana, mas é a racionalização póstuma de uma necessidade fundamental, que é geralmente aquela de conservar o estado existente. (BOBBIO, 2008, p.103)<sup>2</sup>

Por estas razões que, conforme já evidenciado, o afastamento, ou até a negação do jusnaturalismo faz parte de uma das etapas de purificação que Kelsen propôs ao formular sua teoria pura direito.

#### **4.5 Teoria descritiva e metajurisprudência prescritiva**

Hans Kelsen dá ao sentido normativo um significado diverso do compreendido até aquele momento. Isto porque até então, tinha-se como normativo aquilo que tem a ver com regras ou aquilo que impõe regras, ou seja, uma visão

---

<sup>2</sup> A necessidade de justificar racionalmente nossos atos emotivos é tão forte que buscamos satisfazê-la até com o risco de um auto-engano. E a justificação racional de um postulado baseado num juízo subjetivo de valor, isto é, sobre um desejo, como, por exemplo, o de que todos os homens sejam livres, ou que todos os homens sejam tratados igualmente, é um auto-engano ou uma ideologia, o que constitui mais ou menos a mesma coisa. Ideologias típicas deste gênero são as afirmações de que qualquer finalidade última e, portanto, qualquer regulação determinada pelo comportamento humano, deriva da “natureza”, isto é, da natureza das coisas, da razão humana ou da vontade de Deus. Esta doutrina afirma que existe um ordenamento das relações humanas diferente do direito positivo, mais alto e absolutamente válido e justo, enquanto emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus (*GTLS*, p.8, *trad. It.*, p.8 *apud* BOBBIO, 2008, p.103).

meramente descritiva ou prescritiva do direito (BOBBIO, 2008, p.57). Já na concepção de Kelsen, tem-se “que a ciência jurídica é normativa enquanto descreve aquilo que é, mas para descrever o que deve ser, vale-se de determinado sistema normativo” (BOBBIO, 2008, p.57). Deste modo, Kelsen nos apresenta uma visão normativa-descritiva do direito.

Continuamente, é importante verificar a metajurisprudência constante em Hans Kelsen. Vale dizer que a metajurisprudência, em regra, se propõe a dizer mais como uma jurisprudência deve ser do que propriamente o que ela é (BOBBIO, 2008, p.62). Analisando a metajurisprudência de Kelsen, percebe-se que conforme expõe Bobbio, “se o jurista tem a tarefa de descrever e não de prescrever, isso quer dizer que a descrição do Direito existente é uma meta para a qual deve tender”. Neste sentido, tem-se que a metajurisprudência que Kelsen propõe é prescrever descrever. “O teórico da sociedade, como o teórico da moral e do direito, não é uma autoridade social. Sua tarefa não é dar um regulamento à sociedade humana, mas sim conhece-la e compreendê-la” (RRL, (2), p.105, apud BOBBIO, 2008, p.64).

Em primeira análise, “a jurisprudência é ciência normativa enquanto tem a ver com normas” (BOBBIO, 2008, p.68). Isto porque, em suma, percorre por momentos de relevação, revisão, aplicação e sistematização de normas.

Num segundo momento, a jurisprudência é ciência normativa “no duplo sentido de ciência que tem por tarefa qualificar normativamente comportamentos e atingir o seu escopo formulando proposições contendo um dever ser.” (BOBBIO, 2008, p.72). E, neste ponto, surgem críticas a uma teoria que se propõe a ser “meramente” descritiva, porém acaba por formular proposições de um dever ser, ou seja, prescrever.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho foi produzido utilizando-se do método dedutivo, ou seja, apresentando informações retiradas de fontes bibliográficas pertinentes, analisando-as, e por meio das análises tomando conclusões de base racional lógica. Percorrendo pelos conceitos e fundamentos da doutrina do Positivismo Jurídico, na posição histórica em que se localiza, bem como a presença e representatividade de Hans Kelsen sobre esta doutrina, por meio de sua teoria pura do direito consubstanciada em sua obra singular.

Deste modo, partindo para a análise da discussão central, a função teórica da separação conceitual entre Direito e Moral para a teoria do direito de Hans Kelsen, pode se chegar à uma conclusão final satisfatória. Inclusive, presente dentre as hipóteses inicialmente trazidas em sede de introdução, qual seja: A função da separação conceitual entre direito e moral permite a própria existência de uma teoria normativa do direito. Ela não uma separação substancial entre direito e moral. Kelsen não pode negar que as autoridades jurídicas recorrem a critérios morais para a produção da norma jurídica. Contudo, o que a teoria pura do direito defende é que a norma jurídica recebe o seu sentido de validade jurídica, em um processo silogístico, exclusivamente de uma norma jurídica hierarquicamente superior em um processo científico-dedutivo que somente se encerra com a pressuposição da norma fundamental gnosiológica.

Neste ponto, pode-se ainda acrescentar que, esta separação foi fundamental para que Kelsen atingisse o seu objetivo maior e central ao elaborar sua teoria própria do Direito, que é a de elevar a ciência do direito, em sentido de objetividade e precisão, equiparável as demais ciências.

Não obstante, vale dizer, contrariamente ao entendimento de grande parte da academia científica do meio jurídico, Kelsen jamais fundamentou sua teoria no sentido de distanciar a moral da prática jurídica e legislativa. Inversamente a esta concepção, Kelsen reconhece que os Juristas, como quaisquer outros sujeitos, tem convicções e valores intrínsecos, sendo factivelmente impossível o afastamento dos valores éticos e morais no âmbito do Judiciário e do Legislativo. O que Kelsen pondera é que a validade das normas não pode estar sujeita a apreciação de uma análise valorativa, porquanto a validade da norma reside por meio da teoria do

escalonamento jurídico, onde a norma fundamental gnosiológica, de validade pressuposta e amplamente aceita, valida as demais normas hierarquicamente inferiores, ao ponto de validar todo o ordenamento jurídico em análise. Trata-se, na descrição desse movimento, de juízo de conhecimento, e não de produção. O conhecimento de normas enquanto jurídicas não depende de critérios morais.

Em suma, Hans Kelsen se propôs a criar uma teoria em que se verificasse uma ciência normativa jurídica do direito. Isto pois, primeiramente, a teoria pura do direito se preocupa somente em descrever o direito, de forma científica, a luz de pressupostos lógicos bem definidos, negando-se a prescrever o direito de todo modo. Por isto, a primeira concepção da teoria elaborada é a negação ao caráter político, ideológico e moral do direito. Não uma negação fática de uma relação essencial entre direito e política ou entre direito e moral, mas uma negação metodológica necessária para atingir a “pureza” teórica desejada; Isto é, para se descrever puramente o direito.

Não obstante, Kelsen se propôs a elaborar uma teoria de uma ciência normativa. Isto é, dentro das ciências já aqui analisadas (causalística e a normativa), o cientista jurídico deve enquadrar o direito como uma ciência de tipo normativa, em função do chamado princípio da imputação, onde se verifica a relação conceitual entre preceitos e sanções, bem como ação da imputação sobre ambos institutos. É metodologia que difere das ciências causais, que verificam as relações de causa e efeito ocorridas na natureza segundo o princípio da causalidade.

Ainda, especificando a ciência jurídica dentro das diversas possíveis ciências normativas sob a égide do princípio da imputação, Kelsen se limita a descrever o fenômeno jurídico restritivamente segundo normas jurídicas, se distanciando das normas religiosas, morais ou de justiça. Neste ponto, o doutrinador fundamenta a verificação de validade e vigência das normas jurídicas por meio da teoria do escalonamento jurídico, a teoria jurídica dinâmica, reconhecendo-se normas específicas e hierarquicamente inferiores por meio de normas gerais e hierarquicamente superiores, de modo que, ao atingir-se a norma última ou primeira, aquela mais geral e superior, percebe-se que esta se valida em razão de uma ficção teórica jurídica denominada por Hans Kelsen como norma fundamental. Esta ficção por ele definida não é uma norma posta, ou positiva, propriamente dita, mas sim um dispositivo pressuposto como válido (porque globalmente aceito),

metodologicamente necessário para a validação e legitimação de todo o ordenamento jurídico vigente.

E é neste ponto que se tematiza inicialmente a relação conceitual entre direito e moral na teoria pura do direito de Hans Kelsen. O doutrinador, ao analisar sobre a relação entre ambos os conceitos mencionados, parte de uma análise a luz da estática jurídica, no sentido de precisar que a distinção conceitual entre direito e moral reside na hipótese de que somente o direito é revestido com sanções de caráter coercitivo onde é possível a imposição da força física e impositiva de ordem. Ao passo que a normas morais se limitam a sanções verbais ou atos de reprovação a condutas indesejadas.

É uma distinção falha segundo alguns doutrinadores e teóricos do direito, no sentido de que Kelsen se contradiz ao utilizar um argumento fundado em um conceito extranormativo de sanção para diferenciar conceitualmente direito e moral. Sendo sanção, nesse ponto, não simplesmente um elemento formal do conceito de norma jurídica, mas sim a possibilidade concreta de realização de um mal ou de emprego de violência institucional para constranger o comportamento concreto. Não se trata de um modo prescritivo de aproximar-se do objeto, mas um modo descritivo causalista que condiciona o reconhecimento formal da norma jurídica aos mecanismos institucionais que lhe prestam eficácia. Como a distinção conceitual entre direito e moral não pode decorrer, segundo os limites metodológicos da teoria pura do direito, da centralidade do elemento sanção (ao menos nesse sentido extranormativo) para a diferenciação das normas jurídicas em face das normas morais (supostamente desprovidas de sanção), essa separação precisa ser reavaliada. Ou nós optamos por critérios dinâmicos de reconhecimento normativo (e, portanto, pelo rastreamento à normas fundamentais distintas e autônomas entre si – uma norma fundamental formal-jurídica e outra norma fundamental material-moral), ou temos que admitir que a distinção conceitual entre direito e moral não se realiza no âmbito de aplicação da teoria, mas em momento teórico anterior e condicionante da teoria: um momento meta-teórico.

Vale dizer que a matéria não foi amplamente esgotada, longe disto. O que foi possível, por meio de uma brevíssima análise, em razão de se tratar de uma monografia, um estudo pontual, foi estudar e analisar rapidamente os conceitos aqui abordados. Portanto, a matéria discutida é objeto suscetível de análises ainda

maiores, a nível de produções científicas mais aprofundadas e detalhistas. De todo modo, o presente trabalho é satisfatório, ainda que dentro de suas limitações, para apresentar uma base de estudos considerável e relevante para iniciar aprofundamentos maiores.

Também importa dizer, fundamentando o exposto acima, que a matéria é de difícil entendimento. Quero dizer, conforme já apontado inicialmente, Hans Kelsen produziu uma vasta bibliografia científica; levando em conta ainda que adentrou à conceitos fortemente abstratos e complexos, e por consequência lógica, de difícil compreensão. Tornando-se um trabalho árduo, e muitas vezes tortuoso, o estudo aos que se propõem debruçar-se sobre esta teoria de grande valia e contribuição para a era moderna e pós-moderna.

## REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**, São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. 138 p.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: UnB, 1992. 1318 p.

\_\_\_\_\_. **Direito e Poder**. São Paulo: UNESP, 2008. 299 p.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995. 239 p.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. 301 p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. 334 p.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. 348 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000a. 427 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: SAFE, 1986. xvi 509 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. 3 ed. São Paulo: M. Fontes, 2000b. 433 p.

\_\_\_\_\_. **A ilusão da justiça**. 3. ed São Paulo: M. Fontes, 2000c. 654 p.

\_\_\_\_\_. **O problema da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 149 p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. 391 p.

SAVIGNY, F.C.von. **Sistema del Derecho Romano actual**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2009. 2576 p.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Positivismo Jurídico 1: Conceito e Características Centrais. **FURB: Revista Jurídica**, [s.i.], p.127-146, jun. 2013. Semestral.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983. 134 p.