

REVISITANDO A *TEORIA PURA DO DIREITO* A PARTIR DA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA: UM APERFEIÇOAMENTO JURÍDICO?

REVISITING THE PURE THEORY OF LAW FROM THE BRAZILIAN LEGAL TRADITION: A LEGAL IMPROVEMENT?



Recebimento em 01/04/2024

Aceito em 03/06/2024

Otto Manoel Rufino Pereira¹

<https://orcid.org/0000-0001-7832-816X>

ottorufino.direito@gmail.com

José Lourenço Torres Neto²

<https://orcid.org/0000-0001-5687-1444>

lourenconeto@yahoo.com

RESUMO

O presente artigo busca entender a posição metodológica de Hans Kelsen, que tem a norma jurídica como ponto fundamental de observação da Ciência do Direito levantados em sua *Teoria Pura do Direito*. O problema recai principalmente na sua definição do objeto da ciência jurídica, sendo este objeto: a norma jurídica. Logo, o objetivo é entender a posição metodológica de Hans Kelsen e compreender as consequências desta situação, argumentando em favor dos pontos de contradição levantados. O estudo utiliza uma metodologia dedutiva e exploratória e de cunho qualitativo que, visando a dialetização da proposta, apresenta inicialmente institutos da *Teoria Pura do Direito*, explicando conceitos kelsenianos presentes na obra em tela. Em seguida, segue-se um tópico crítico contrapondo a (im) possibilidade da norma jurídica ser o objeto primeiro de análise na epistemologia jurídica. Por fim, um tópico apresenta uma solução à problemática destacada num diálogo com uma tradição jurídica brasileira. Conclui-se que, nessa ponte entre o tradicional e o contemporâneo, há uma impossibilidade epistemológica em compreender a norma jurídica - sendo uma regra, uma manifestação formal - como o alicerce fundante da Teoria do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Pura do Direito; Hans Kelsen; Tradição Jurídica Brasileira; Norma Jurídica; Epistemologia.

ABSTRACT

This article aims to understand the methodological position of Hans Kelsen, who has the legal norm as a fundamental point of observation of the Science of Law raised in his *Pure Theory of Law*. The problem lies mainly in its definition of the object of legal science, this object being: the legal norm. Therefore, the objective is to understand Hans Kelsen's methodological position and to understand the consequences of this situation, arguing in favor of the points of contradiction raised. The study uses a deductive and exploratory methodology of a qualitative nature that, aiming at the dialectization of the proposal, initially presents institutes of the *Pure Theory of Law*, explaining Kelsen's concepts present in the work in question. Then, a critical topic follows opposing the (im) possibility of the legal norm as the primary object of analysis in legal epistemology. Finally, a topic presents a solution to the problem highlighted in a dialogue with a Brazilian legal tradition. It concluded that, in this bridge between the traditional and the

¹ Universidade Federal de Pernambuco

² Centro Universitário Maurício de Nassau



contemporary, there is an epistemological impossibility in understanding the legal norm - being a rule, a formal manifestation - as the founding foundation of the Theory of Law.

KEYWORDS: Pure Theory of Law; Hans Kelsen; Brazilian Legal Tradition; Legal Standard; Epistemology.

1 INTRODUÇÃO

A obra de Hans Kelsen é vasta e abrangente, e uma das melhores maneiras de entendê-la é através de suas contribuições fundamentais para a teoria do direito e para a filosofia política que incluem lições a respeito da *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*, do normativismo e do positivismo jurídico, a respeito da neutralidade do jurista, inclusive contribuindo para a Teoria da Democracia. Entender a obra de Kelsen requer uma imersão cuidadosa em seus escritos e uma apreciação das complexidades da teoria jurídica e política. Devido a suas muitas obras e importantes contribuições, não queremos parecer presunçosos ao tecer considerações a partir de uma em particular. Aqui, este estudo dialoga com o autor paradigma, também utilizando o apoio de outros doutrinadores, que como ele, só enriquecem o debate e desenvolvimento de suas ideias.

O presente artigo tem por objetivo entender a posição metodológica de Hans Kelsen, que, como se verá, tem a norma jurídica como ponto fundamental de observação da Ciência do Direito levantados principalmente em sua obra *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*, nosso marco teórico. O problema recai principalmente na sua definição do objeto da ciência jurídica, sendo este objeto: a norma jurídica. Será que a delimitação em si de seu objeto de análise constitui-se como um erro metodológico de Kelsen? Ou por não entender corretamente seu objeto primeiro de análise e, com isso, retirar conclusões que não se sustentaram solidamente, elas ficaram à deriva, sem um fechamento satisfatório? Logo, também é objetivo entender a posição metodológica de Hans Kelsen e compreender as consequências desta situação, argumentando em favor dos pontos de contradição levantados.

Juntamente com a abordagem crítica, objetiva-se também expor teorias que servem de contraponto e de possíveis respostas para a problemática desenvolvida no trabalho, revelando que outras estruturas de raciocínio, mesmo que minoritárias em relevância, podem ser convenientes à construção de uma tradição jurídica; para realizar este contraponto, é afirmado que o objeto da Ciência do Direito são as próprias relações humanas, ou seja, a relação do homem com outros homens em sociedade, utilizando os fundamentos de São Tomás de Aquino, Dante Alighieri, Arnaldo Vasconcelos, Miguel Reale e Marcos Bernardes de Mello para se chegar nesta conclusão.

O estudo utiliza uma metodologia dedutiva e exploratória de cunho qualitativo que, visando a dialetização da proposta, construindo um caminho de apresentação, desconstrução e refutação,



regras clássicas da *disputatio* da dialética escolástica, desenvolve uma pesquisa em três tópicos principais: o primeiro tópico objetiva entender a proposta do jurista austríaco, expondo as principais teses de Hans Kelsen que envolvem seu objeto de estudo e a sua metodologia, retiradas da obra em tela, onde não há a pretensão de realizar qualquer crítica inicial, mas apenas criar um argumento explicativo, para fixar os lugares comuns da posterior crítica, feita nos capítulos subsequentes. Em seguida, segue-se um tópico crítico contrapondo a (im) possibilidade da norma jurídica ser o objeto primeiro de análise na epistemologia jurídica. Nesta fase do artigo, busca-se apresentar e desenvolver o problema da pesquisa, que gira em torno da redução da ciência do Direito a uma análise de lógica formal da norma jurídica. Sabe-se que a lógica jurídica (lógica jurídica formal e lógica jurídica material) é um dos aspectos que formam a ciência do Direito, e não todo o corpo de sua estrutura. Kelsen propõe seu raciocínio a partir da dimensão da lógica formal, mas não se preocupa em criar a ponte deste raciocínio com a lógica material, não conseguindo, assim, estabelecer a estrutura dialética necessária à ciência jurídica.

Por fim, um tópico apresenta uma solução à problemática destacada num diálogo com uma tradição jurídica brasileira. apresenta-se um caminho alternativo de abordagem metodológica, tendo em vista a hipótese inicial da incapacidade da Teoria Pura do Direito para a satisfação das descrições dos fenômenos jurídicos.

Sendo assim, a função deste tópico é sistematizar a proposta kelseniana, com suas próprias palavras, fragmentar estas teses e apontar os motivos de discordância, seguindo as regras da dialética clássica: I) divisão da estrutura; II) definição dos tópicos; III) descrição das definições, para isso utiliza-se como base teórica os escritos de Miguel Reale, com sua Teoria Tridimensional do Direito, e de Marcos Bernardes de Mello, com sua Teoria do Fato Jurídico pretendendo firmar o argumento de que a teoria kelseniana possui um erro de metodologia, e que é possível encontrar respostas para a presente questão na tradição jurídica brasileira.

Por fim, apresenta-se as considerações finais da presente pesquisa, objetivando a concatenação das ideias formadas ao longo da escrita, juntamente com a conclusão crítica necessária à proposta. Além disso, pretende-se contribuir com o cenário acadêmico brasileiro, trazendo diálogos teóricos consolidados e, com isso, o aperfeiçoamento da Ciência do Direito, tendo, como consequência, a arquitetura de uma tradição jurídica brasileira. Conclui que, nessa ponte entre o tradicional e o contemporâneo, há uma impossibilidade epistemológica em compreender a norma jurídica - sendo uma regra, uma manifestação formal - como o alicerce fundante da Teoria do Direito.



2 A TEORIA PURA DO DIREITO: BASES PARA A COMPREENSÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO KELSENIANA

Como sabido, Hans Kelsen foi um prolífico autor e suas obras abordam uma ampla gama de temas relacionados à teoria do direito, filosofia política e jurisprudência. Algumas de suas principais obras incluem *O Problema da Justiça* (*Das Problem der Gerechtigkeit*) publicado em 1923, *Teoria Geral do Direito e do Estado* (*Allgemeine Staatslehre*) de 1925, a *Teoria Pura do Direito* (*Reine Rechtslehre*) em 1934, *Teoria Pura das Normas* (*Pure Theory of Norms*) publicado em 1960, e no mesmo ano *Jurisprudência e Teoria do Direito* (*Rechtswissenschaft und Reine Rechtslehre*), além da *Teoria Geral das Normas* (*General Theory of Norms*) publicada em 1979, entre outras mais.

No século XX, mais especificamente no ano de 1934, como visto, com a expansão das denominadas ciências filosóficas analíticas, que pregavam inicialmente, a sistematização da lógica formal como apogeu do conhecimento científico, Hans Kelsen publicou a sua *Teoria Pura do Direito*, que, seguindo os critérios estabelecidos pelos moldes epistemológicos da época, concordava com este senso comum jurídico, afirmando sinteticamente, que a ciência do Direito reduzia-se à interpretação e aplicação lógicas formais da norma, sem garantir, pelo menos nesta obra, ao fato jurídico um espaço de significado dentro do raciocínio, pois este estaria sendo representado pelo próprio sentido manifestado no signo normativo.

Kelsen, assim, foi considerado o nome mais aclamado do movimento positivista da ciência jurídica, este disciplinarmente intitulado de Positivismo Jurídico, que coloca a norma como sendo o objeto de análise da ciência do Direito, como toda a fonte de conceito, o parâmetro máximo de cognição do cientista. Em sua teoria, Kelsen leciona que a análise descritiva do Direito deve se limitar à manifestação de sentido da norma, onde toda carga semântica e de valor está agrupada, não sendo necessário observar o chamado “fato social”, tendo em vista que este será sempre refletido, enquanto significado, na norma jurídica.

A *Teoria Pura do Direito* atingiu altos patamares, ganhando o posto, em centros como os EUA e aqui no Brasil, de teoria mais relevante na difusão do conhecimento científico jurídico: ao adentrar no curso de Direito, o estudante já se depara com os conceitos preambulares kelsenianos, sendo este primeiro contato inevitável. Contudo, a *Teoria Pura do Direito* está nas decisões dos tribunais superiores, nos pareceres dos advogados e nas teses dos cientistas e funcionando como alicerce das construções doutrinárias.

A *Teoria Pura do Direito* está nas decisões dos tribunais superiores, nos pareceres dos advogados e nas teses dos cientistas, prestigiada pelos altos títulos acadêmicos e funcionando como



alicerce das construções doutrinárias. A ciência do Direito ocidental foi absolutamente influenciada pela *Ciência Pura do Direito* de Hans Kelsen, que firmou a força da dogmática sob os aspectos de análise científica deste campo teórico.

A *Teoria Pura do Direito* é, segundo as palavras do próprio jurista austríaco (Kelsen, 1998, p. 12), “uma teoria do Direito Positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial”. Em outras palavras, a ciência do Direito kelseniana versa sobre uma proposta metodológica de análise do Direito enquanto um fenômeno formal, institucional, normativo, que possa abarcar a descrição geral das ordens jurídicas.

Neste sentido, Kelsen diz que sua teoria busca a descrição do Direito enquanto uma concepção de termos e definições gerais, de caráter universal, que podem ser aplicados a qualquer sistema de Direito positivo, independentemente das circunstâncias de tempo e espaço que o envolvam. Aqui, o cientista investiga os signos que representam a Teoria Geral do Direito e, a partir dela, encontra significados para as especificidades das disciplinas jurídicas.

A mero título de curiosidade, esta intenção de Hans Kelsen, explicada anteriormente, não é de autoria inédita, como bem aponta Michel Villey em seus escritos em filosofia do Direito:

Nessa época (século XIX e início do século XX), os alemães produziram uma profusão de ‘teorias gerais do direito’, de ‘Doutrinas do direito’ e princípios gerais do direito; mergulharam voluptuosamente nos problemas de método (*Methodenlehren*). O primeiro foi o de Savigny em 1803. Foram explorados nos outros países da Europa e na América, onde foram ampliados (Villey, 2003, p. 225).

Como pode-se ver, a tentativa de formulação de uma Teoria Geral do Direito não ocorreu a partir da epistemologia de Hans Kelsen, tendo em vista que toda uma tradição doutrinária — com ênfase nas produções alemãs e francesas — buscou a estruturação deste sistema geral, o que nos leva a crer que a ciência jurídica intrinsecamente depende, assim como outras ciências, de um fundamento introdutório, geral, para estabilizar suas premissas e dar caminho às especificações.

Como intenção, a *Teoria Pura do Direito* “quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto” (Kelsen, 1998, p. 1), objetivando a compreensão do que é o Direito e como este é, afinal “é ciência jurídica e não política do Direito” (Kelsen, 1998, p. 1).

A grande questão inicial, de onde partirá toda a presente discussão, está em entender a pureza do Direito. Quando Kelsen diz que a teoria do Direito é pura, ele quer na verdade dizer que “ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto” (1998, p. 1).

Explicando o trecho, compreende-se que a pureza do Direito diz respeito, na verdade, à pureza de seu objeto, que nada pode corromper sua observação. A pureza não está no ato intelectual, que é ideológico por si só, mas, sim, no objeto de análise da ciência jurídica, que deve



ser claramente fixado, não podendo ser misturado ou confundido com um outro. Para Kelsen, este objeto é a norma jurídica.

Sendo assim, tendo como base esses lugares-comuns, este tópico busca compreender os alicerces de fundamentação da *Teoria Pura do Direito*, mais especificamente nas fundamentações que envolvem a definição e explicação do objeto de análise da ciência do Direito. O objetivo aqui é de sistematizar suas bases teóricas, com o intuito de mapear o objeto de análise, para só posteriormente poder tratar da crítica. Resumidamente, tem-se, primeiro, a divisão e definição das estruturas e, depois, a abordagem crítica destas. Para entender o objeto de análise da ciência do Direito em Hans Kelsen, é necessário, antes de mais nada, compreender que este é formado por dois elementos: I) o fato externo; II) e o seu significado jurídico.

Pelas razões expostas anteriormente, é preciso, primeiro, compreender estes elementos para posteriormente se seguir para a definição do objeto de observação científica do Direito. Sobre estas elementares, Kelsen diz:

O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade (1988, p. 3).

Em outros termos, o fato externo, que é uma ação realizada no tempo e no espaço, que deve ser perceptível sensorialmente, é uma manifestação externa de conduta humana (Kelsen, 1998, p. 2). O fato é o ponto de partida de toda e qualquer ciência, pois é através dela que o homem consegue experimentar e, com isso, descrever a realidade.

Já dizia Aristóteles (2022, p. 14), “a experiência parece um pouco semelhante à ciência e à arte. Com efeito, os homens adquirem ciência e arte por meio da experiência”. E, seguindo esta linha, Kelsen considera a percepção do fato externo como um dos elementos de seu método, e esta percepção só pode ocorrer através dos sentidos humanos.

Entretanto, a percepção do fato não explica a sua manifestação, mas apenas o percebe, sendo da ciência o papel de descrever aquilo que foi percebido. Sobre isso, Aristóteles diz:

De fato, se as sensações são, por excelência, os instrumentos de conhecimento dos particulares, entretanto não nos dizem o porquê de nada: não dizem, por exemplo, por que o fogo é quente, apenas assinalam o fato de ele ser quente (2002, p. 18).

Com isso, nota-se a importância do fato externo para a definição do objeto da Ciência Pura do Direito de Kelsen. O outro elemento desta equação é o significado jurídico que possui o fato.

Em sua teoria, o ato humano realizado no tempo e no espaço precisa de uma significação jurídica para ser considerado relevante para a Ciência do Direito, ou seja, “a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito” (Kelsen, 1998, p. 2).

Resumidamente, não basta haver um fato ocorrido através de uma manifestação humana,



tendo em vista que este elemento é comum ao conhecimento científico (com exceção das chamadas ciências teológicas), mas este fato necessita da sua significação jurídica para ser adequado à Ciência Pura do Direito. Caso seja uma manifestação humana, perceptível, contudo não coincidente com algum significado objetivo do Direito positivo, então este não é relevante para a observação científica jurídica. Neste ponto, Hans Kelsen afirma:

Mas esta significação jurídica não pode ser percebida no ato por meio dos sentidos, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de um objeto, como a cor, a dureza, o peso. Na verdade o indivíduo que, atuando racionalmente, põe o ato, liga a este um determinado sentido que se exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros. Este sentido subjetivo, porém, pode coincidir com o significado objetivo que o ato tem do ponto de vista do Direito, mas não tem necessariamente de ser assim (1998, p. 2).

Com isto exposto, observa-se que, para Kelsen, o fenômeno jurídico é edificado pela junção do fato humano e sua significação jurídica. Caso tenha-se uma manifestação de vontade humana, mas que não possua um significado subjetivo que corresponda a algum significado objetivo formal, então este fenômeno jurídico é inexistente.

Ainda sobre a significação jurídica, o jurista austríaco leciona que o ato possui dois sentidos: o primeiro seria o seu sentido subjetivo, e o segundo o seu sentido objetivo.

O sentido subjetivo do ato é aquele que se “exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros” (Kelsen, 1998, p. 2), ou seja, é o sentido do ato em si, sua percepção voluntária, sem qualquer finalidade de adequação contemplativa científica. Ao verificar o sentido objetivo, entende-se que este é o sentido fixado categoricamente por um instituto externo ao fato, de onde este último retira o significado jurídico; em outros termos, o fato humano, para ser enquadrado como um fato jurídico, deve se enquadrar no sentido objetivo do instituto jurídico, devendo o sentido subjetivo do ato, como já mencionado anteriormente, coincidir com o significado objetivo que propõe o Direito. É exatamente isto que Kelsen afirma quando menciona que:

O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui (1988, p. 3).

Mas, afinal, o que é este instituto jurídico, para Kelsen, que emprega significado objetivo e o empresta ao ato humano? Segundo o autor, este instituto é a norma jurídica.

Na teoria pura do Direito, Hans Kelsen entende a norma jurídica como o objeto máximo de observação de seu modelo metodológico, sendo ela quem empresta significado ao fato, e transforma-o em objeto de análise da Ciência do Direito; sem a significação objetiva da norma, o fato é inexistente para a contemplação científica. O fato deve ser interpretado de acordo com o sentido normativo; aqui, a norma funciona como um padrão de esquema hermenêutico. Sobre isso, o austríaco afirma:



O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação (Kelsen, 1998, p. 3).

A norma jurídica é o objeto de análise da Ciência Pura do Direito por excelência. Sem ela, não há sentido jurídico, tampouco a descrição do fenômeno jurídico. Para Hans Kelsen (1998, p. 3), “o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa”.

Em verdade, seguindo a linha de raciocínio do autor, o Direito, enquanto ato de conhecimento, refere-se a esta produção normativa; é ela o objeto de análise deste plano cognitivo. Fundamentando esta posição, Kelsen diz:

Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano (1998, p. 4).

A terminologia “norma” quer retratar algo que deve ser, um modelo, uma forma final. Em outros termos, além de emprestar significado ao ato humano, a norma jurídica é uma regra de conduta, que prever uma ordem³ e, consigo, uma ação. Sendo assim, toda norma jurídica nasce com a propriedade de ser atendida, eficaz. Por isso que toda norma possui o elemento de coercitividade, para fazer com que sua vontade seja dirigida à conduta de outrem.

Sobre este ponto, “o sentido do seu ato não pode enunciar-se ou descrever-se dizendo que o outro se conduzirá dessa maneira, mas somente dizendo que o outro se deverá conduzir dessa maneira” (Kelsen, 1998, p. 4). É por isso que o verbo “dever” é aqui empregado, para especificar o ato intencional de ordem à conduta de outrem.

Com isso, a partir do exposto anteriormente, compreende-se que, para Kelsen, a norma jurídica representa a dimensão do dever ser, enquanto que o ato humano (ato de vontade) está na dimensão do ser, ou seja, daquilo que é. Sobre isso, Kelsen diz que “a distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência” (1998, p. 4). Entretanto, sabe-se que são dimensões distintas, onde “a conduta devida e que constitui o conteúdo da norma não pode, no entanto, ser a conduta de fato correspondente à norma” (Kelsen, 1998, p. 16).

³ Esta ordem pode prescrever, permitir ou conferir poder a realizar algo. Aqui, Kelsen (1998, p. 4) afirma que elas “e dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar [...] um determinado poder”.



Sobre isso, a atenção mais robusta não seria adequada para os fins da presente pesquisa, mas, sim, compreender que a norma jurídica é o objeto primeiro de análise da *Teoria Pura do Direito*, e que, sem ela, a proposta metodológica de Hans Kelsen não teria eficiência, tampouco qualquer tipo de proposta discursiva sua que verse sobre o conhecimento epistemológico jurídico.

Caso não exista norma que regule um determinado ato, “este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico – não é, pura e simplesmente, algo jurídico” (Kelsen, 1998, p. 3).

Objetivamente, vê-se que Kelsen deixa bastante claro que as normas jurídicas são o objeto da ciência jurídica, e que “a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, [...] na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas (Kelsen, 1998, p. 50).

Sendo assim, tudo aquilo que não foi captado semanticamente pela norma jurídica não é objeto da Ciência do Direito, mas de qualquer outra ciência, haja vista que “apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica” (K Kelsen, 1998, p. 50).

Neste sentido, Kelsen entende que o sentido de justiça é dado pela própria norma jurídica, já que algo só pode ser entendido como jurídico se “determinado através de uma norma jurídica”. Em outras palavras, o parâmetro daquilo que é ou não Direito é a própria norma jurídica, que empresta seu significado ao fato; este último, por sua vez, não manifesta qualquer significação jurídica, mas é dependente da norma para ser considerado como um fenômeno jurídico. Resumidamente, na teoria kelseniana, neste aspecto, a norma jurídica antecede ao fato humano.

Sabendo que a norma jurídica é o objeto de análise da Ciência Pura do Direito, e que ela sustenta todo o método kelseniano, onde tudo aquilo que não é englobado pela norma não faz parte da observação científica jurídica, passa-se agora para a próxima fase da pesquisa, que pretende descrever o equívoco desta posição, ou seja, da inadequação da norma jurídica como sendo o objeto máximo, fundamental, de uma metodologia de descrição científica do Direito.

3 A ORGANIZAÇÃO NECESSÁRIA DO PENSAMENTO: ABORDAGEM CRÍTICA À CIÊNCIA DO DIREITO COMO REDUÇÃO A UMA DIMENSÃO DE LÓGICA FORMAL DE ANÁLISE NORMATIVA

Como pontuado no tópico anterior, Hans Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*, descreve sua proposta metodológica para a fixação de uma epistemologia jurídica, tendo a norma jurídica como seu objeto primário de observação, sendo ela a fonte de significado jurídico, emprestando-o à ação



humana, encarada, a partir desta transmissão de significado, como o fenômeno jurídico.

Neste sentido, afirma-se que Kelsen reduz toda a Ciência do Direito a uma dimensão de lógica formal de análise normativa, tendo em vista que a observação do fenômeno jurídico é baseada pura e simplesmente na categorização formal do entendimento normativo, não integrando este entendimento à materialidade da representação normativa, faltando, assim, a ponte da lógica formal kelseniana com uma lógica maior, material.

Em poucas palavras, compreende-se que a tradição kelseniana entende que o sentido jurídico não está no ato humano, mas na norma jurídica, e que o ato humano apenas será considerado juridicamente quando do reflexo semântico ocasionado pela norma. Em outros termos, o ato humano é vazio de significado jurídico, não é nada em si mesmo.

Quando se encara a Ciência Jurídica, sendo ela uma Ciência Particular, ou seja, uma ciência que estuda apenas uma parte abstrata de toda a concretude do objeto, como, por exemplo, a Física, a Química, a Biologia, entre outras, verifica-se certo equívoco na afirmação de Hans Kelsen quanto ao objeto da Ciência do Direito, isso porque “a norma não é Direito, embora, em linguagem metafórica, possa dizer-se que ela contém Direito” (Vasconcelos, 2000, p. 13).

Em outras palavras, na mesma forma que a equação que comporta a descrição do fenômeno físico não é o objeto de estudo da Física, mas sua consequente, a norma jurídica, que se assemelha a esta equação, não pode ser, por uma questão de lógica epistemológica, o objeto de estudo da Ciência do Direito.

Para entender melhor esta definição de Ciência Particular, recorre-se ao tradicional comentário de São Tomás de Aquino ao *De Trinitate* de Boécio. Em seu comentário, São Tomás (1999, p. 74 – 84) apresenta três níveis de abstração do fato, sendo: I) a abstração do todo (estudadas pelas ciências naturais); II) a abstração da forma (estudadas pelas ciências matemáticas); e III) a separação (estudadas pela metafísica). Sobre este assunto, afirma São Tomás de Aquino:

Posto isto, é possível precisar as diferentes maneiras de o intelecto distinguir de acordo com suas operações. De acordo com a composição e divisão, distingue ao inteligir que algo não está em outro. De acordo com a intelecção do que é algo, distingue ao inteligir o que é algo, nada inteligindo a respeito de outro, isto é, nem inteligindo que seja com ele, nem que não seja. O primeiro modo de distinguir é denominado separação, e o segundo reserva para si o nome de abstração, isto é, consideração à parte do que está unido nas coisas. De acordo com os modos de união já referidos (parte e todo; forma e matéria), há, pois, dois modos de abstração do todo em relação à parte e da forma em relação à matéria. (1999, p. 31) [...] Há, assim, duas abstrações do intelecto: uma corresponde à união da forma e da matéria ou do acidente e do sujeito; é a abstração da forma da matéria sensível; outra, que corresponde à união do todo e da parte; a esta corresponde a abstração do universal do particular que é a abstração do todo – na qual se considera de maneira absoluta alguma natureza de acordo com sua noção – de todas as partes que não são partes da espécie, mas são partes accidentais. Não se encontram, porém, abstrações opostas a



estas, pelas quais a parte seja abstraída do todo ou a matéria da forma; pois, à parte, ou não pode ser abstraída do todo pelo intelecto, se for das partes da matéria em cuja definição entra o todo, ou então pode ser sem o todo, se for das partes da espécie, como a linha sem o triângulo ou a letra sem a sílaba ou o elemento sem o misto. (1999, p. 122-123).

Neste sentido, entende-se que as ciências que estudam essa correspondência do todo são conhecidas como Ciências Naturais, que analisam tanto os aspectos materiais como os aspectos formais da coisa, considerados enquanto abstrações. Ainda nas palavras de São Tomás de Aquino:

Cabe à ciência natural determinar a respeito das coisas naturais. Ora, as coisas naturais são as em que há princípio de movimento. Mas, onde quer que haja movimento é preciso que haja matéria, como se diz no livro IX da Metafísica. Portanto, a ciência natural trata do que é no movimento e na matéria (1999, p. 111).

Entretanto, não se deve considerar o termo *Ciências Naturais* na acepção moderna, mas como um sinônimo de Ciência Positiva ou Particular, ou seja, como a ciência que estuda parcialmente algo, que estuda de forma particular um aspecto de um todo. Aqui encontra-se a Ciência Jurídica, sendo considerada como Ciência Positiva ou Particular do Direito.

Por estas razões, e apenas nesse sentido, é absolutamente incompatível afirmar que o objeto de uma Ciência Particular, como no caso do Direito, seja um dispositivo de caráter normativo, uma regra, uma manifestação formal, tendo em vista que esse é, na verdade, um dos resultados de uma observação anterior à sua própria concepção. Concordando com esta afirmação, leciona Arnaldo Vasconcelos:

A lição pauliana é exemplar: a regra nasce do Direito. Trata-se de um juízo de realidade que, nada obstante incontestável por sua própria natureza, não tem sido, contudo, levado em conta com o necessário destaque. O certo é que o Direito antecede à sua expressão formal, que é a norma jurídica, devendo, só por esse motivo, prevalecer sobre ela. Exige-se que a lei tenha Direito, a saber, que ela seja justa. Se deve ser justa é porque, evidentemente, pode ser injusta. A norma enuncia e veicula Direito (2000, p. 13).

A partir das explicações anteriores, compreende-se que a norma jurídica nasce do Direito, ou seja, de um objeto anterior a ela mesma; neste sentido, não há lógica jurídica em afirmar que a norma é, por excelência, o objeto primeiro de observação da Ciência do Direito. Há algo anterior à própria norma jurídica, que comporta em si o significado jurídico que define o verdadeiro objeto da ciência jurídica. Sobre isso, Arnaldo Vasconcelos afirma:

A injustiça é do Direito que se pressupõe na norma, e não desta. Se assim não fora, toda concepção normativista conteria necessariamente Direito injusto. Montesquieu traduziu essa verdade em síntese extraordinária de significado histórico e força de lógica: ‘Antes de haver leis feitas, existiam relações de justiça possíveis. Dizer que não há nada de justo, nem de injusto, senão o que as leis positivas ordenam ou proíbem, equivale a afirmar que antes de ser traçado o círculo os seus raios não eram iguais’ (2000, p. 13).

A menção feita por Arnaldo Vasconcelos a Montesquieu, com a devida citação, representa exatamente o que se pretende dizer. “Antes de haver leis feitas”, ou seja, antes mesmo da criação da norma jurídica, “existiam relações de justiça possíveis”, sendo estas relações constituídas pela



própria relação dos homens em sociedade, sem a necessidade de um empréstimo de significado por parte de uma regra, de uma manifestação formal. Em verdade, em qualquer estrutura epistemológica, a manifestação formal de um preceito dá-se a partir da observação do próprio fenômeno humano, sendo este carregado de significado intrínseco.

Neste sentido, o estudo etimológico das palavras pode corroborar com a investigação. Primeiro, quanto à etimologia de *norma*, vê-se que ela deriva do latim *norma*, que significa “esquadro de carpinteiro”; ou seja, um molde de verificação, que delimita e mede, mas não representa a coisa construída ou analisada. Segundo, quanto à etimologia de manifestar, nota-se que ela deriva do latim *manifestus*, formada por *manus* (mão) e *festus* (agarrado, apanhado), significando aquilo que fora Tateado, sentido, com o intuito de evidenciar, clarear; em outras palavras, a manifestação formal de um objeto, por lógica, jamais poderá ser o objeto, mas, sim, o trabalho sobre este objeto. Não se pode confundir o modelo de representação descritiva com a coisa observada.

Em todos os sentidos em que possa se investigar, não há como se concluir que a norma jurídica seja o objeto de análise da ciência jurídica, pois, como pode-se observar, a norma, como qualquer regra, reflete a significação do objeto, e não o inverso.

O verdadeiro objeto de observação da Ciência Particular ou Positiva do Direito precede a existência da norma jurídica! Assim, entende-se que “a norma jurídica é, pura e simplesmente, previsão. Modelo de conduta diante dos fatos relevantes para o convívio social. Quando acontece o fato da previsão, seja natural ou humano, nasce o Direito” (Vasconcelos, 2000, p. 14).

Em síntese, compreende-se que a posição metodológica de Hans Kelsen, ao dizer que a Ciência do Direito se resume à análise normativa, é incoerente.

De fato, a análise normativa fundamenta um dos campos de trabalho da ciência jurídica, sendo este campo a Lógica Jurídica, mas a Ciência do Direito é uma estrutura muito maior, sendo essa redução altamente prejudicial para o desenvolvimento desse corpo científico, pois reduz o Direito àquilo que se intitula “Direito Contencioso”, à sentença, à decisão judicial. Confirmando esta posição, diz Arnaldo Vasconcelos:

Todos que reduzem o Direito à sentença — dado o pressuposto de que ela decorre sempre de um ilícito, único motivo de ir ao tribunal — cometem equívoco semelhante ao de Hobbes e Carnelutti. Enquadra-se na hipótese a Teoria Pura de Kelsen, que, embora tenha pretendido ser uma teoria do Direito positivo em geral, contempla e distingue com especialidade o Direito contencioso, em torno do qual faz girar toda sua construção doutrinária [...] É de ordem lógica o outro grande equívoco resultante da conceituação de Direito em termos de decisões judiciais. Firma-se ele na destruição da sequência temporal, por sua natureza inarredável, existente entre norma-fato-Direito-ilícito-sentença, pulando-se da norma para a sentença, como pretende Kelsen, ou indo diretamente a esta, como quer Jethro Brown (2000, p. 15).



De forma bem objetiva, reduzir o Direito à norma jurídica ocasiona um fluxo vicioso em toda a estrutura epistemológica do que se entende por Ciência do Direito. Ainda, sobre este entendimento de sentença como norma jurídica, Arnaldo Vasconcelos leciona que:

A sentença, sem dúvida, não é norma jurídica em sentido próprio, porque com ela não se faz Direito, sendo, antes, a declaração do reconhecimento ou não de um Direito a ela preexistente. Só a norma jurisprudencial, resultado de um conjunto de sentenças uniformes, possui as características essenciais da norma jurídica, valendo como modelo ou previsão de Direito. Donde, pois, o caráter imperativo da sentença? Se não advém, como é certo, de ser a sentença norma jurídica, decorreria, provavelmente, de expressar ela um mandado judicial para que se acate ou se restabeleça o Direito apurado? A hipótese não deixa de ser sugestiva e, nesses termos, tudo poderia ficar resolvido, não fosse o fato de ser o Estado o destinatário da norma, como o afirma Kelsen. Teríamos, então, o absurdo, tantas vezes repellido, de o Estado dar ordens a si próprio (2000, p. 83).

Além deste fato, há ainda uma outra questão: qualquer ciência que tente reduzir seu objeto a um monismo fracassará irreversivelmente. Marcos Bernardes de Mello afirma que:

Mesmo porque não se consegue jamais um isolamento completo nessas atitudes monistas. Exemplo ilustre dessa impossibilidade nos é dado pelo próprio Hans Kelsen. Apesar de todo o seu esforço par a purificar o direito, não conseguiu se furtar ao sociologismo quando relacionou a eficácia do direito ao efetivo comportamento social, em um mínimo que seja, segundo os ditames da norma (1988, p. 33).

Em outros termos, é impossível desenvolver uma teoria científica sem considerar todas as proporções necessárias de seu objeto. Kelsen, mesmo que inconscientemente, tocou nestas proporções, mas não as admitiu. O objeto não se molda à metodologia, mas o inverso: o objeto faz parte do real, a metodologia é o caminho de virtualização encontrado pelo homem para a compreensão do objeto. Toda a ciência gira em torno de seu objeto, qualquer que seja ela.

Evidentemente que é realização de cortes epistemológicos são possíveis na elaboração das ciências, contudo é um processo absolutamente distinto da elaboração de uma estrutura científica geral, fechada em si mesma. Kelsen não propôs um corte epistemológico na Teoria Pura do Direito, mas elaborou todo um sistema de observação dos fenômenos jurídicos, ou seja, elaborou toda uma doutrina.

É por estas razões que se pode afirmar que Hans Kelsen se equivocou ao concluir que a norma jurídica é o objeto primeiro de observação da Ciência do Direito e, por consequente, toda a *Teoria Pura do Direito* sofre com os resultados dessa conclusão inicial.

Sabe-se que com o avanço das ciências nominalistas e analíticas durante toda a modernidade, diversos campos do conhecimento científico sofreram com a deslocação de seus objetos de estudo, e com o Direito não foi diferente. Considera-se a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen como uma teoria analítica, ou seja, uma teoria que fixa seus pressupostos a partir do que se chama de “argumento da linguagem privada”, reduzindo, com isso, toda a análise científica do Direito. Ludwig Wittgenstein, em sua obra *Investigações Filosóficas*, trata deste tema, quando



descreve os jogos de linguagem, como observado a seguir:

Na prática do uso da linguagem (2), uma das partes grita as palavras, a outra age de acordo com elas; no ensinamento da linguagem, contudo, ocorrerá este processo: Aquele que aprende nomeia os objetos. Quer dizer, ele fala a palavra quando o professor aponta para o material. – De fato, aqui ocorrerá um exercício ainda mais simples: o aluno repete as palavras que o professor lhe dita — ambos processos semelhantes à linguagem. Podemos também imaginar que todo o processo de uso das palavras em (2) é um daqueles jogos por meio dos quais crianças aprendem sua língua materna. Quero chamar esses jogos de “jogos de linguagem”, e falar de uma linguagem primitiva, às vezes, como de um jogo de linguagem. E também se poderiam chamar de jogos de linguagem os processos de nomeação dos materiais e de repetição das palavras ditadas. Pense nos vários usos que se fazem das palavras nos jogos e brincadeiras de roda. Também chamarei de “jogo de linguagem” o todo da linguagem e das atividades com as quais ela está emaranhada (2022, p. 64).

Sendo assim, mostra-se, anteriormente, o porquê de entender ser equivocada a concepção de Hans Kelsen quanto à definição do objeto de análise da Ciência do Direito. Contudo, ainda se mostra necessário apresentar o contraponto da crítica, evidenciando o real objeto da observação científica jurídica.

Dando continuidade às investigações, no próximo tópico será apresentada uma resposta para a problemática evidenciada na estrutura deste trabalho, criando um diálogo com o que se chama de tradição jurídica brasileira. Esta expressão será definida no capítulo. O mais importante agora é apreender toda a estrutura desenvolvida até aqui: inicia-se apresentando o contexto em que o problema de pesquisa é observado e, posteriormente, a crítica pontual, elencando as argumentações necessárias para o avanço da refutação. Em outras palavras, afirma-se que, até o presente momento, a construção do raciocínio segue como planejado, com todas as premissas sustentadas efetivamente.

Neste sentido, o estudo segue agora para a resolução da objeção, apoiado nas obras de Miguel Reale e de Marcos Bernardes de Mello para a sustentação das afirmações, criando um diálogo com a produção acadêmica brasileira clássica, chegando, assim, à última fase da presente pesquisa.

4 O CAMINHAR COM VIRGÍLIO: BUSCANDO A RESOLUÇÃO NOS DIÁLOGOS TRADICIONAIS

Como posto anteriormente, ao raciocinar sobre a estrutura epistemológica da Ciência do Direito, não há fundamento para se afirmar que a norma jurídica deva ser o objeto primeiro de observação desta teoria do conhecimento científico. Por conta disto, fixa-se agora o real objeto da Ciência Positiva do Direito, buscando resolver a problemática apresentada, utilizando-nos de toda uma tradição jurídica robusta, construída desde as bases romanas, aqui implicitamente percebidas.

Antes de adentrar nos fundamentos do presente tópico, é necessário definir o que se chama



de Tradição. A Tradição é entendida aqui como um repasse sequencial, durante todo o desenvolvimento da história, de estruturas culturais. Para os fins metodológicos deste artigo, fora delimitada a tradição jurídica brasileira como fonte de resolução para o problema de pesquisa apresentado, ou seja, busca-se nas estruturas culturais jurídicas brasileiras, que foram repassadas sequencialmente durante o desenvolvimento histórico do Brasil, as respostas adequadas à problemática.

Inicialmente, encontra-se essa resposta na expressão de Dante Alighieri, ao afirmar que “o Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a” (2017, p. 66). Analisando a afirmação, vê-se que Dante descreve o Direito como um corpo com características reais e pessoais, e não, a priori, normativas; segue de homem para homem, está intrínseco nas relações humanas. Veja, quando o poeta divino diz que se “conservada, conserva a sociedade”, tem-se aqui um apontamento do que seria a norma jurídica: um modelo de conservação do Direito, que reflete idealmente sua significação, que pretende, através da coerção, conserva o verdadeiro Direito, conservando, conseqüentemente, a sociedade.

Resumidamente, Dante diz que o Direito está nas próprias relações humanas, e não em uma manifestação formal, em uma regra. A regra, a manifestação formal, como já explicado, contém o Direito, mas não é essencialmente o Direito. Ao comentar a frase de Dante, Miguel Reale, nas *Lições Preliminares de Direito*, diz que:

Dante esclarece que a relação é uma proporção. A proporção é, sempre, uma expressão de medida. O Direito não é uma relação qualquer entre os homens, mas sim aquela relação que implica uma proporcionalidade, cuja medida é o homem mesmo. Notem como o poeta viu coisas que, antes dele, os juristas não tinham visto, oferecendo-nos uma compreensão do Direito, conjugando os conceitos de proporção e socialidade. Proporção entre quem? De homem para homem. Quando a proporção é respeitada, realiza-se a harmonia “... *quae servata, servat societatem* ...” e, quando corrompida, corrompe a mesma sociedade (2002, p. 55).

Em verdade, concordando com Dante, Miguel Reale leciona que o Direito é uma relação entre os homens, mas não qualquer relação: uma relação que implica uma proporcionalidade, cuja medida desta proporção é o próprio homem. Miguel Reale entra em concordância com Dante! Entretanto, observa-se a horizontalidade desta concordância, sendo bem mais ampla que parece ser: tanto Dante como Miguel Reale inspiram-se nas obras e ensinamentos aristotélicos-tomistas e nas preleções dos jurisconsultos romanos, com ênfase nos ensinamentos de Cícero (Reale, 2002, p. 56).

Objetivamente, afirma-se, com base no conteúdo já explicado, que o verdadeiro objeto de observação da Ciência do Direito são as próprias relações humanas, a relação do homem com seus



pares, ou seja, a sociedade. É isso o que Miguel Reale ensina:

Devemos procurar o segredo do Direito na própria natureza do homem: *natura juris ab homine repetenda est natura*. Vamos buscar o elemento fundamental do Direito no exame mesmo da natureza humana, pois é ele uma expressão ou dimensão da vida humana, como intersubjetividade e convivência ordenada (2002, p. 56).

Como pode-se ver, Hans Kelsen acaba errando o objeto de sua metodologia, colocando a norma jurídica no lugar das próprias relações humanas. Veja, as relações entre os homens não necessitam de um empréstimo de significado, de uma fonte externa de significação, pois elas mesmas representam os valores jurídicos e de justiça, por excelência.

Indo até os romanos, nota-se que estes definiam a Ciência do Direito como *Jurisprudência*, do latim jus (justo) e prudentia (prudência), informando que o jurista deve ter prudência na observação dos fenômenos jurídicos, deve ter um “cauteloso senso de medida das coisas humanas” (Reale, 2002, p. 56).

De acordo com Miguel Reale, ao analisar sua posição quanto a esta primeira definição, o Direito “está em correlação essencial com o que se denomina ‘experiência jurídica’, cujo conceito implica a efetividade de comportamentos sociais em função de um sistema de regras que também se designa com o vocábulo Direito” (2002, p. 56).

Em outras palavras, o Direito é substancialmente definido pela tradição romana como experiência jurídica, fundamentado pela efetividade dos comportamentos sociais, que, em si próprios, manifestam o sentido de justiça absorvido pelo sistema normativo, através de um processo formal de criação legislativa e de hermenêutica judicial. Neste sentido, diz Miguel Reale:

Quando dizemos, por exemplo, que o Direito do Brasil contemporâneo é diferente do que existia no Império e na época colonial, embora mantendo uma linha de continuidade, de acordo com a índole da nossa gente e nossas contingências socioeconômicas, estamos nos referindo, de preferência, a um momento da vida da sociedade, a um fato social (2002, p. 57).

Sabendo, então, que o Direito é fundado pelo que se entende como experiência jurídica, resta ainda definirmos essa expressão. Em Miguel Reale, a experiência jurídica é traduzida como a Estrutura Tridimensional do Direito: o Direito possui três aspectos básicos, sendo I) o aspecto normativo (o Direito enquanto ordenamento), II) o aspecto fático (o Direito enquanto fato social e histórico) e III) o aspecto axiológico (o Direito enquanto valor de Justiça). A existência de um fenômeno jurídico dependerá necessariamente, segundo Reale, destes três aspectos (2002, p. 58).

Compreendendo a *Teoria Tridimensional* de Reale, e o que o jusfilósofo pretende descrever, percebe-se que reduzir toda a Ciência do Direito à Lógica Jurídica (estudo normativo do Direito) é absolutamente um equívoco, tendo em vista que se deixa de considerar as circunstâncias fáticas e axiológicas desta ciência.



Em verdade, “tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta” (Reale, 2002, p. 58). Por essas razões, afirma-se que Miguel Reale se coloca, com sua Teoria Tridimensional do Direito, em lado oposto à Teoria Pura de Kelsen, discordando, com ênfase, quanto à definição do objeto da Ciência Jurídica.

Uma outra abordagem é a de Marcos Bernardes de Mello, com sua Teoria do Fato Jurídico. Marcos Bernardes desenvolveu, tendo como base a teoria de Pontes de Miranda sobre o fato jurídico, sua obra acadêmica defendendo a ideia de que o fato jurídico, constituído pelas relações dos homens, é o que fundamenta o ser do Direito. Sem o fato humano, não há a norma, logo não se pode falar em Direito. Neste sentido, Mello afirma:

É evidente, porém, que nem todos os fatos — mesmo conduta — têm para a vida humana o mesmo valor, a mesma importância. Há fatos — inclusive puros eventos da natureza — que possuem para os homens, em suas relações intersubjetivas, significado fundamental, enquanto outros, ou por lhes fugirem ao controle, ou por não lhes acarretarem vantagens, ou, ainda, por não lhes provocarem o interesse, são tidos como irrelevantes. Quando, no entanto, o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens, a comunidade jurídica sobre ele edita norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social. Parece claro, daí, que a norma jurídica atua sobre os fatos que compõem o mundo, atribuindo-lhes consequências específicas (efeitos jurídicos) em relação aos homens, os quais constituem um plus quanto à natureza reza do fato em si. A norma jurídica, deste modo, adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos: — o ser fato jurídico (1988, p. 24).

Ao analisar a obra do jurista alagoano, vê-se que este concorda com Dante e Reale ao entender que a norma jurídica não é a fonte de significação jurídica, representando, consequentemente, o objeto de estudo da ciência jurídica, mas, sim, o próprio fato humano. Entende-se, assim, que “o mundo jurídico, como se vê, é criação humana e se refere, apenas, à conduta do homem em sua interferência intersubjetiva” (Mello, 1988, p. 26).

Na teoria de Marcos Bernardes de Mello, a norma jurídica imputa efeitos, criando consequências para as ações humanas, mas ela manifesta o sentido expresso pelo próprio fato humano. Neste sentido, Marcos Bernardes afirma:

As modificações por que passam as situações jurídicas jamais implicam alterações na natureza mesma dos fatos (a venda, pelo proprietário, da safra do coqueiral, não altera o ciclo natural da frutificação), mas, ao contrário, as transformações havidas nas situações de fato podem determinar mutações nas situações jurídicas (se o bem móvel é consumido pelo fogo, extingue-se o direito de propriedade (Mello, 1988, p. 27).

Em verdade, o que Marcos Bernardes de Mello diz que os fatos humanos possuem sua significação refletida pela norma jurídica, causando modificações na estrutura normativa do Direito, e não o inverso; em outras palavras, na teoria do fato jurídico de Marcos Bernardes de Mello, a norma não antecede a significação dada pelo fato humano, mas apenas o modula formalmente, ou seja, confirma a significação intrínseca do fato em uma dimensão diversa, sendo



a dimensão da formalização jurídica. Sobre isso, no tópico que trata da estrutura lógica da norma jurídica, Bernardes de Mello leciona:

A norma jurídica, já dissemos, prevê fatos (suporte fático) aos quais imputa certas conseqüências (= eficácia jurídica) com implicações no plano de relacionamento intersubjetivo. A primeira parte do art. 4º do Código Civil Brasileiro ("a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida"), por exemplo, constitui norma jurídica que atribui ao fato do nascimento com vida de um ser humano o efeito jurídico de considerar-se pessoa para os fins de direito. Assim, por força dessa norma jurídica, sempre que nascer um homem com vida será ele, a partir daquele momento, considerado capaz de ser titular de direitos e obrigações (o que constitui o conteúdo da personalidade civil, ou capacidade jurídica) (Mello, 1988, p. 43).

A partir de todos os argumentos apresentados, colocados como contrapontos à teoria kelseniana, visualiza-se uma concordância dos autores citados quanto à fixação do objeto primeiro de observação da Ciência do Direito, sendo este objeto o fato humano, as relações sociais.

Na teoria da norma de Marcos Bernardes de Mello, a norma jurídica depende de seu suporte fático para ser efetiva, tendo em vista que, sem a existência do fato jurídico, a hipótese fática normativa não possui fundamento. Nota-se isso quando o autor afirma:

No estudo da problemática da juridicidade o primeiro elemento essencial a considerar é a previsão, pela norma jurídica, da hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico (suporte fático). Quando aludimos a suporte fático estamos fazendo referência a algo (= fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Suporte fático, assim, é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois de que se concretizam (= ocorram) no mundo os seus elementos, é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, se poderá falar em conceitos jurídicos (Mello, 1988, p. 53).

Com o advento da modernidade, e com a expansão das vertentes nominalistas e analíticas, a Ciência Positiva acabou perdendo esse senso do real, criando, em volta de si, um campo dimensional que a afasta da materialidade das coisas. As ciências vêm se tornando cada vez mais formais, e é isso que ocorre com a Ciência do Direito, com a teoria kelseniana. Sobre isso, Marcos Bernardes de Mello afirma que:

Por uma questão de posicionamento doutrinário (monista), é comum o trato do fenômeno jurídico sob uma determinada dimensão, apenas. Os normativistas, positivistas e relativistas, principalmente, costumam tratar do direito, exclusivamente, sob o ângulo da norma jurídica (Mello, 1988, p. 31).

Em suma, tornou-se o senso comum dos juristas modernos o entendimento de que o Direito tem de ser reduzido absolutamente à norma jurídica, e este posicionamento ganhou bastante força, chegando ao seu auge, com a epistemologia pura de Hans Kelsen. Continuando, Marcos Bernardes leciona:

A proposta de Hans Kelsen de escoimar a Ciência Jurídica de qualquer ingerência axiológica e sociológica conseguiu, sem sombra de dúvida, uma maciça adesão dos juristas. Essa posição, no entanto, com a ênfase dada nos últimos tempos aos problemas filosóficos do direito, especialmente à problemática referente aos fundamentos da ordem jurídica, relacionada à questão dos valores e do consentimento social, vem sendo revista



e criticada (Mello, 1988, p. 32).

Por estas razões, dentro de todos os questionamentos levantados neste trabalho, é evidente o fato de que a teoria pura do direito não consegue sustentar os problemas em torno de seu objeto e, por conta disto, toda a estrutura geral acaba se corrompendo.

Em verdade, Miguel Reale e Marcos Bernardes de Mello acabam convergindo suas teorias em determinado aspecto: a ciência do Direito não se reduz à uma mera análise de lógica formal, ou seja, há mais do que a lógica jurídica nesta estrutura epistemológica. O objeto da ciência jurídica é mais complexo e, ao mesmo tempo, mais óbvio do que Kelsen imaginava. Os caminhos são diversos, mas as conclusões dos autores, Miguel Reale e Marcos Bernardes de Mello, assemelham-se, pelo menos no sentido aqui proposto.

Como consequência destas reflexões, foi possível concluir que “há, no Direito, algo mais profundo e arraigado ao sentido de *homem e civilização* do que os simples comandos do poder” (Mello, 1988, p. 32). Objetivamente, é justamente esse sentido “mais profundo e arraigado ao sentido de *homem e civilização*” o objeto de estudo da Ciência do Direito, como bem afirmaram Dante, Arnaldo Vasconcelos, Miguel Reale e Marcos Bernardes de Mello.

Por fim, na linha da mencionada conclusão, espera-se que a tradição jurídica brasileira, já definida na estrutura do artigo, seja considerada como ponto de partida para a resolução da problemática levantada, além da necessária conservação e propagação de seus pressupostos teóricos. Este é o caminho mais seguro de aperfeiçoamento da ciência jurídica na academia brasileira: a partir de um olhar para tradição.

Neste sentido, confia-se nos esforços autorais dos cientistas do Direito para a continuação deste diálogo tradicional, revigorando os clássicos e desenvolvendo as estruturas necessárias para a sustentação da unidade orgânica e dialética da ciência jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de todo o percurso da presente pesquisa, o rigor técnico necessário à investigação científica foi observado e encarado como premissa fundamental. Afinal, apresentou-se uma análise metodológica de uma metodologia, e não poderia ser diferente. O objetivo maior, além da elucidação do conteúdo, foi de criar um diálogo com as fontes inspiradoras, com a tradição jurídica que circunda a produção acadêmica brasileira.

Falando analogicamente, este trabalho é uma ponte: uma ponte entre os ensinamentos tradicionais e a academia contemporânea, reavivando os clássicos e criando diálogos entre correntes teóricas. E, como os compêndios de epistemologia jurídica, visou debater aspectos relevantes para a sistematização desta ciência. A crítica realizada é pontual, mas toca em toda uma teoria geral,



tendo em vista que este mesmo aspecto pontual é a base de toda uma estrutura teórica. Sendo assim, é preciso informar quanto à necessidade do caminhar desta proposta, para que a intenção inicial seja difundida em futuros projetos de pesquisa.

Neste artigo, contextualizou-se o panorama geral do problema de pesquisa e foi-se afunilando, até se chegar especificamente no núcleo central: o problema do objeto de análise da *Teoria Pura do Direito*. Dissecando-se a ideia de Hans Kelsen, e apresentando seus argumentos em um capítulo exclusivo para esta finalidade.

Posteriormente, apresentou-se a crítica em torno desta redução da ciência jurídica a uma dimensão de lógica formal de análise normativa, elucidando o equívoco em entender a norma jurídica como o objeto primeiro de observação da Ciência do Direito.

Seguindo, elaborou-se, através de um diálogo entendido como tradicional, uma contraposição à teoria kelseniana, fundamentando com as propostas teóricas de Miguel Reale e Marcos Bernardes de Mello, demonstrando que toda a crítica realizada em torno da teoria kelseniana é considerada como pertinente aos olhares da tradição jurídica brasileira.

Por estas razões, concluí-se que todos os objetivos inicialmente vinculados ao projeto de pesquisa foram satisfeitos a partir da constituição do presente artigo, tendo a rigorosa aplicação de todos os métodos preteridos. A estruturação dialética dos tópicos foi feita com sucesso, com a efetivação das premissas escolásticas da *disputatio*, firmando, assim, a seriedade da conclusão apresentada. Neste sentido, a partir deste caminhar, a pesquisa conclui que há uma impossibilidade epistemológica em compreender a norma jurídica — sendo uma regra, uma manifestação formal — como o alicerce fundante da Teoria do Direito, mostrando especificamente as razões e as consequências desta confusão.

Como dito, o corpo do trabalho é sistêmico por si só, com início, meio e fim. Entretanto, confia-se na capacidade da academia jurídica em prosseguir com o diálogo supramencionado, buscando a continuidade do aprimoramento da ciência jurídica através das fontes tradicionais. Ainda, após o fechamento deste estudo, objetiva-se a construção de outros trabalhos acadêmicos expandido a crítica realizada, visando confirmar a posição aqui adotada.

É preciso deixar claro que a intenção da presente pesquisa não versa sobre a condenação integral da obra kelseniana, de forma alguma. A estrutura epistemológica concebida por Hans Kelsen tem, sim, vícios, entretanto não se pode ignorar toda a sua relevância para a estratificação doutrinária ocidental, devendo ser estudada e entendida verdadeiramente.

Contudo, mesmo com toda sua relevância, análises quanto ao erro de definição de seu objeto não podem deixar de estar presentes, tendo em vista que é esta tensão que gera o



desenvolvimento das premissas fundamentais da metodologia científica do Direito.

Que a ciência jurídica seja entendida como uma teoria geral, como uma unidade, que representa a análise dos fatos humanos, entendidos como fenômenos jurídicos, e suas respectivas descrições. A teoria epistemológica do conhecimento jurídico deve ser considerada como um sistema, um único corpo, sem divisões reais, apenas analógicas, e sem vícios.

Outrossim, o trabalho visa conferir a autoridade necessária ao ato de conhecer da ciência jurídica, que estuda seu objeto através de suas causas. A partir do momento em que o cientista perde a noção de seu objeto, da coisa estudada, como diria Aristóteles, todo o ato de conhecer se corrompe. Por conta disto, entende-se que o artigo presta seu serviço quanto à fundamentação do conhecimento científico aristotélico, delimitando e apresentando seu objeto, com satisfação, e o estudando conforme o rigor requerido para arrematar todas as suas pretensões iniciais, atendendo aos critérios estabelecidos desde a delimitação e investigação do problema de pesquisa, a fixação do método e metodologia, o desenvolvimento da hipótese e das teses utilizadas até a devida conclusão, sempre percorrendo os caminhos delineados, sem perder o fio condutor do raciocínio.

Por fim, é esperado que a leitura deste artigo seja de grande valia, servindo de base para os operadores do Direito interessados no aprimoramento da ciência jurídica a partir dos diálogos com a tradição brasileira. Que este objetivo seja comum a todos os juristas brasileiros, porque dele depende o aperfeiçoamento das descrições dos fenômenos jurídicos.

REFERÊNCIAS

ALIGHIERI, Dante. **Monarquia**. São Paulo: Editora Lafonte, 2017.

AQUINO, Santo Tomás de. **Comentário ao Tratado da Trindade de Boécio**: questões 5 e 6. Tradução e introdução de Carlos Arthur R. do Nascimento. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999. Biblioteca Clássica.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: definições e fins do Direito: os meios do Direito. Prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Fósforo Editora, 2022.

