

**A TEORIA PURA DO DIREITO NÃO É UMA TEORIA DO DIREITO
PURO**

THE PURE THEORY OF LAW IS NOT A THEORY OF PURE LAW

Tailine HIJAZ¹

A tarefa do conhecimento científico não consiste apenas em responder às perguntas que lhe dirigimos mas também em ensinar-nos quais as perguntas que lhe podemos dirigir com sentido.²

RESUMO

O trabalho objetiva investigar um dos elementos centrais da *Teoria Pura do Direito* (TPD), a pureza, para esclarecer que a empreitada kelseniana nunca se tratou de uma tentativa de purificar o Direito. Para fazer isso, com base em uma análise bibliográfica, alguns aspectos gerais da TPD são introduzidos. Depois, busca-se demonstrar, por meio do estudo da obra de Kelsen e de comentadores, que a TPD nunca pretendeu purificar o Direito. Foi possível concluir que a TPD é uma teoria autolimitada e que

¹ Mestre em Direito pela UFPR. Pós-Graduada em Direito pela ABDConst e pela FEMPAR. Graduada em Filosofia pela UFPR. Procuradora do Estado do Paraná. E-mail: tailinehijaz1@gmail.com

² KELSEN, H. **O problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado, 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 114.

deve ser provocada sobre o que pretendeu responder. Embora seja uma das mais influentes, no fim das contas, é mais uma teoria sobre o Direito, que recebeu e recebe críticas injustas, mas outras muito acertadas. De todo modo, a TPD não pode ser ignorada e, muito menos, ser tomada por sua “falsa imagem”. Descrever o Direito como ele é – afinal, o propósito da teoria em estudo – pode ser fundamental para que seja possível se constatar como o Direito *realmente* é, sem mais e sem menos, isto é, sem que ele seja descrito como mais ou menos racional e mais ou menos justo.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Pura do Direito; Kelsen; Positivismo Jurídico.

ABSTRACT: The essay intends to investigate one of the central elements of the Pure Theory of Law (PTL): the purity, to clarify that the Kelsenian endeavor was never about an attempt to purify Law. To do so, based on a bibliographical analysis, at first some general aspects of the PTL are introduced. After that, it seeks to demonstrate, through the study of Kelsen's work and its commentators, that the PTL never intended to purify the Law. It was possible to conclude that the PTL is a self-limiting theory and that it should be provoked about what it intended to answer. Although one of the most influential ones, in the end it is more of one theory about law, which has received and still receives some unfair criticisms - and also some very coherent ones. In any case, the PTL cannot be ignored, much less be taken for its “false image”. Describing Law as it is – after all, the purpose of this theory – can be crucial to understanding how Law *actually* is, no more and no less, that is, without it being described as more or less rational and more or less fair.

KEYWORDS: Pure Theory of Law; Kelsen; Legal Positivism.

INTRODUÇÃO

Na introdução de *O Problema da Justiça*, Mario G. Losano insiste que a *Teoria Pura do Direito* “é uma teoria pura do direito positivo, e não uma teoria do direito puro”.³ Na mesma linha, nos *Quadrinhos Puros do Direito*, Luis Alberto Warat pontua que “Kelsen criou uma teoria pura do saber e não uma teoria do Direito puro”.⁴ Isso pode parecer uma obviedade para os estudiosos do jusfilósofo austríaco, mas a desconsideração do *quasi-mantra*, que confere título ao presente texto, pode acarretar numerosas incompreensões sobre a obra de Kelsen.

Nesse sentido, o trabalho procura investigar um dos elementos centrais da *Teoria Pura do Direito* (TPD), a pureza, com o objetivo de esclarecer que a empreitada kelseniana nunca se tratou de uma tentativa de purificar o Direito. Para tanto, no primeiro momento, intenta-se introduzir alguns aspectos gerais da TPD. No segundo, busca-se demonstrar que a TPD nunca pretendeu purificar o Direito. O estudo que ora se apresenta pode ser relevante para aclarar questões centrais de uma das teorias jurídicas mais influentes do século XX e, assim, evitar equívocos e más compreensões. Conforme assevera Warat, os “*jus-professores*” explicavam a TPD, aos estudantes, sob uma perspectiva negativa, isto é, eles “*apresentavam um conjunto de ‘clichês’ que mostravam de forma negativa o pensamento de Kelsen*”.⁵ Embora se suspeite que o estigma tenha sido atenuado com o passar do tempo, a adequada colocação do problema que Kelsen realmente pretendia enfrentar dá conta

³ LOSANO, M. Introdução. In: KELSEN, H. **O problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado, 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XVI.

⁴ WARAT, L. A.; CABRIADA, G. P. **Os Quadrinhos Puros do Direito**. Argentina: Angra Impresiones, sd.

⁵ *Ibidem*.

de que numerosas críticas feitas à TPD perdem o seu objeto. Em suma, trata-se de fazer as perguntas certas (“*com sentido*”) à *Teoria Pura do Direito* e ao seu fundador. A metodologia empregada para a confecção do texto pautou-se na leitura da *Teoria Pura do Direito*, com foco no segundo capítulo “*Direito e Moral*”, além de excertos de outras obras de Kelsen, como *O problema da Justiça* e *O que é Justiça?* No entanto, também se utilizou literatura secundária.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS: A TEORIA PURA DO DIREITO É GERAL, DESCRITIVA, PURA E AUTÔNOMA.

Conforme se apresenta na sequência, a TPD é ampla em alguns aspectos, mas muito limitada em outros. Desse modo, antes de enfrentar o problema específico desse estudo, é importante introduzir alguns pontos gerais sobre a *Teoria Pura do Direito*. Além de se tratar de uma introdução sobre as características centrais da teoria examinada, essa descrição inicial é necessária para se compreender adequadamente o seu alcance e as suas limitações.

Logo no primeiro capítulo da obra, intitulado “*Direito e Natureza*”, Kelsen pontua que a TPD “*é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais*”.⁶ Essa afirmação dá conta de que, nesse ponto, a TPD é ampla. Isto é, não pretende interpretar determinado ordenamento jurídico e tampouco normas jurídicas em

⁶ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado, 8ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 1.

particular, mas fornece uma teoria da interpretação aplicável a todas as ordens jurídicas positivas de todos os tempos. Trata-se, portanto, de uma teoria geral.

Nas palavras do autor:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – uma teoria geral do Direito, não uma apresentação ou interpretação de uma ordem jurídica especial. A partir de uma comparação de todos os fenômenos classificados sob o nome de Direito, procura descobrir a natureza do próprio Direito, determinar sua estrutura e suas formas típicas, independentemente do conteúdo variável que apresenta em diferentes épocas e entre diferentes povos. Dessa maneira, ela deduz os princípios fundamentais por meio dos quais qualquer ordem jurídica pode ser compreendida.⁷

Além disso, segundo Kelsen, “*como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto*”.⁸ Quanto a esse aspecto, a TPD é limitada e tem, apenas, a pretensão de descrição: “*Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito*”.⁹ Então, no segundo parágrafo da obra, Kelsen deixa claro qual é o objetivo da teoria: única e exclusivamente descrever - e não prescrever. Esse ponto será retomado na segunda parte desse trabalho, mas é importante destacar que o autor lança o seu propósito logo de início.

Outro ponto importante, que, na verdade, diz respeito justamente ao objeto do presente texto, é o seguinte: a TPD pretende ser neutra. Isto é, “*é ciência jurídica e não política do Direito*”.¹⁰ Note-se que, desde a primeira página do livro em estudo,

⁷ KELSEN, H. **O que é Justiça?** Trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 261.

⁸ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito...**, loc. cit.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

Kelsen também se preocupa em explicar que por “*pura*” quer dizer “*que ela [a TPD] se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito*”.¹¹ Trata-se do princípio metodológico fundamental da TPD: “*libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos*”.¹²

A partir dessas constatações, pode-se afirmar que a TPD também é autônoma em relação a outros ramos, como psicologia, sociologia, ética e política. Da mesma forma, desde a primeira página da obra, Kelsen procura esclarecer que essas outras ciências se referem a objetos “*que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito*”¹³ e que quando a TPD “*empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que são impostos pela natureza do seu objeto*”.¹⁴

Essa breve apresentação das características centrais da TPD parece suficiente para afastar numerosas críticas que foram direcionadas a Kelsen a partir de todo tipo de corrente teórica. No entanto, como ele mesmo enuncia no prefácio à primeira edição da obra, o fato de receber críticas de todos apenas confirma a pureza da sua teoria: “*não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza*”.¹⁵

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem, p. 1-2.

¹⁵ Ibidem, XIV.

Embora os outros elementos rapidamente mencionados também sejam objeto de críticas, considera-se a característica relacionada à pureza é a que provocou as maiores incompreensões sobre a teoria kelseniana. Na verdade, conforme se procura demonstrar, boa parte das críticas não se dirigem propriamente à TPD, mas, nas palavras de Kelsen, “*a sua falsa imagem, construída segundo as necessidades do eventual opositor*”.¹⁶ Portanto, na sequência, busca-se aprofundar um dos fundamentos da TPD, a pureza.

2 A TEORIA PURA DO DIREITO NÃO É UMA TEORIA DO DIREITO PURO: MAS O QUE ISSO QUER DIZER?



¹⁶ Ibidem, XIII.

¹⁷ WARAT, L. A.; CABRIADA, G. P., op. cit.

Esse texto tem o propósito central de demonstrar que a *Teoria Pura do Direito* não é uma teoria do Direito puro. Embora pareça redundante, insiste-se que esse aspecto não pode ser desconsiderado ao se estudar as contribuições de Kelsen para a filosofia e teoria do direito. Assim, além de resgatar comentários do autor sobre a “pureza”, também se retoma os conceitos centrais do debate sobre Direito e Moral, que Kelsen enfrenta no segundo capítulo da TPD. Essa discussão envolve reflexões fundamentais para a questão da pureza, como a distinção entre Direito, ciência jurídica, Moral e Ética.

Um primeiro ponto a se esclarecer é o de que, em nenhum momento, Kelsen rejeita a afirmação de que o Direito sofre influências externas de outros ramos. O Direito não é puro e é por isso que uma teoria sobre o Direito deve ser neutra. Repita-se: não é que os problemas sobre a justiça e sobre a origem do direito, por exemplo, não existam ou que Kelsen, deliberadamente, os ignore. Esses problemas apenas escapam do escopo de uma teoria do direito que se limita a dizer como o direito positivo é: “*O problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica*”.¹⁸ Segundo Goyard-Fabre: “*Kelsen não pretende dedicar-se ao estudo de um ‘direito puro’: sabe muito bem que, na positividade delas, as regras de uma ordem de direito não são alheias a certos parâmetros da existência social, histórica ou mesmo ética*”.¹⁹

Na mesma linha, assevera Kozicki:

(...) a teoria kelseniana se pretende “pura” em dois sentidos distintos: a) o objetivo de sua teoria é libertar-se de quaisquer considerações ideológicas

¹⁸ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito...**, XVIII.

¹⁹ GOYARD-FABRE, S. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 233-234.

ou julgamentos de valor quanto ao sistema jurídico positivo; e b) a sociologia jurídica, bem como a política, A economia e outras ciências afins podem ser consideradas ciências auxiliares, mas estão fora da caracterização específica da ciência jurídica.²⁰

Uma interpretação que não observa esse aspecto, inevitavelmente, parte de pressupostos diferentes dos escolhidos por Kelsen e, é claro, chega a conclusões diferentes sobre o que o autor pretendia com a TPD. Cabe destacar que se trata de uma autolimitação da teoria, conforme Kelsen afirma no prefácio à primeira edição:

Em vista dos efeitos políticos – meramente negativos – que importa a postulada desvinculação da política, em vista desta autolimitação da ciência jurídica que muitos consideram como uma renúncia a uma posição de destaque, é compreensível que os opositores se sintam pouco inclinados a fazer justiça a uma teoria que põe tais exigências. Para a poder combater, não se deve reconhecer a sua verdadeira essência.²¹

Em outras palavras, é por constatar que o Direito sofre influências externas que Kelsen defende a pureza metodológica, isto é, o “*estudo do direito em si e por si, sem influências de outras disciplinas*”.²² Sobre o tema, segundo Losano, “*Hans Kelsen propõe delimitar o direito no que diz respeito ao valor, não eliminar toda e qualquer consideração ética do direito: ele apenas sustenta que a valoração ética do direito não é função da ciência jurídica*”.²³

²⁰ KOZICKI, K. Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000, p. 156.

²¹ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**..., XIII.

²² LOSANO, M., op. cit, IX.

²³ *Ibidem*, XIV.

Em relação a esse último ponto, no capítulo II da TPD, intitulado “*Direito e Moral*”, Kelsen declara que, embora a Moral e o Direito não sejam a mesma coisa, eles têm muito em comum. Ou seja, diferentemente do que se pode pensar a partir do “*senso comum teórico*”,²⁴ Kelsen nunca disse que a Moral não tem nada a ver com o Direito. Esse mal entendido protagoniza as críticas menos sofisticadas à TPD. Conforme introduz o “quadrinho” que abre a presente seção: “*diziam tudo isso de Kelsen quando o pobre homem não havia dito nada disso*”.²⁵

Na realidade, Kelsen dedica as páginas iniciais desse capítulo para apresentar as semelhanças entre Direito e Moral para, só depois, apontar qual é a diferença fundamental entre eles. Em suma, o autor explica que há mais de uma espécie de norma social, isto é, de normas que regulam a conduta dos homens entre si. O Direito e a Moral, por exemplo, são espécies de norma social. Enquanto o Direito é objeto da ciência jurídica, a Moral é objeto da Ética. O autor coloca o problema aqui: a pureza de método da ciência jurídica – e não do Direito! – “*é posta em perigo*” quando se ignora os limites que a separam da ciência natural, bem como quando não se atenta que a ciência jurídica não se confunde com a Ética.²⁶ A ciência jurídica e a Ética, de modo geral, são disciplinas dirigidas ao conhecimento e à descrição de normas sociais:²⁷

²⁴ Segundo Warat, “*podemos dizer que de um modo geral os juristas contam com um arsenal de pequenas condensações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, elos rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível – o ‘senso comum teórico dos juristas’ – no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo ao poder*”. WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 15.

²⁵ WARAT, L. A.; CABRIADA, G. P., op. cit.

²⁶ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**..., p. 67.

²⁷ *Ibidem*.

Ao lado das normas jurídicas (...) há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética. Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está condita a relação entre a Justiça e o Direito.²⁸

Por outro lado, o Direito e a Moral regulam a conduta humana e impõem direitos e deveres, estabelecendo as suas normas de forma autoritária. Assim, para Kelsen, tanto a ciência jurídica quanto a Ética não aprovam e desaprovam tais normas, respectivamente, mas apenas conhecem e descrevem a norma que é posta por uma autoridade ou produzida pelos costumes:

(...) assim como o Direito é confundido com a ciência jurídica, a Moral é muito frequentemente confundida com a Ética, e afirma-se desta o que só quanto àquela está certo: que regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida.²⁹

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

Embora sejam normas sociais, a diferença fundamental entre o Direito e a Moral é a estrutura de coação que caracteriza o Direito, mas não a Moral. Portanto, o Direito é ordem de coação; é uma ordem normativa com ato de coerção socialmente organizado. Nas palavras do autor, “*Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana*”.³⁰ E, assim:

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 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.³¹

Portanto, Direito, Moral, ciência jurídica e Ética, para o autor em estudo, são coisas distintas. Tanto a ciência jurídica quanto a Ética apenas descrevem, respectivamente, como são o Direito e a Moral. E a “pureza” da *Teoria Pura do Direito* se relaciona apenas com a ciência jurídica. Em outras palavras, a pureza não diz respeito ao Direito, nem à Ética e nem à Moral. Esclarecidas essas diferenças,

³⁰ Ibidem, p. 71.

³¹ Ibidem.

também importa para o objeto de estudo do presente texto abordar a posição relativista adotada por Kelsen.

Em suma, para Kelsen, o Direito pode ser moral ou justo, “*mas não tem necessariamente de o ser*”.³² Dito de outro modo, uma ordem social pode não ser considerada moral ou justa, mas, ainda assim, pode ser Direito. A partir desse ponto, é possível entender melhor o porquê de Kelsen insistir na pureza da ciência jurídica. Conforme argumenta o autor, não há valor que seja moral em todos os lugares e épocas. Nem mesmo a paz, diz Kelsen, é absoluta: “*Tem se afirmado que uma exigência comum a todos os sistemas de Moral seria: conservar a paz, não exercer violência sobre ninguém*”. Porém, nas palavras do autor, nem mesmo Jesus proclama a paz como o valor mais alto.³³

O trecho a seguir é longo, mas explica bem a concepção kelseniana:

Se, do ponto de vista de um conhecimento científico, se rejeita o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular – pois um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade – e se aceita, por isso, que desse ponto de vista não há uma Moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade da validade de qualquer outra; se se nega que o que é bom e justo em todas as circunstâncias, e o que segundo esta ordem moral é mau é mau em todas as circunstâncias; se se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito

³² Ibidem, p. 71-72.

³³ Ibidem, p. 73.

diferentes e contraditórios entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos – então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas, para poderem ser consideradas como Direito, apenas pode significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistemas de Justiça. Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, **não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais.**³⁴ (grifou-se)

Note-se que, embora não haja nenhum valor absoluto para todos os sistemas morais, a forma, o dever-ser, o caráter de norma, é a única circunstância comum entre eles, “isto é, normas que estatuem, quer dizer, estabelecem como devida (devendo ser) uma determinada conduta de homens referida – imediata ou mediamente – a outros homens.”³⁵ Por outro lado, “a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral”.³⁶

Isso não quer dizer que valores não importam ou que não há Justiça para Kelsen. O ponto do autor é o de que não existe *uma* Justiça, mas sistemas de Justiça e de Moral relativos. Segundo o jusfilósofo austríaco, os valores que os homens e mulheres constituem por meio dos atos produtores de normas, e que são colocados na base dos respectivos juízos de valor, não podem se apresentar com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos.³⁷ Se a questão é criar direitos e construir

³⁴ Ibidem, p. 72-73.

³⁵ Ibidem, p. 74.

³⁶ Ibidem, p. 76.

³⁷ Ibidem.

valores, então pode-se falar de Direito e Moral de determinada sociedade. Porém, se a questão envolve descrever como determinado sistema jurídico é, então pode-se falar de ciência jurídica. E a pureza diz respeito apenas a esse último ponto.

Se o livro *Teoria Pura do Direito* deixou alguma dúvida sobre o que Kelsen considera que a pureza é e o que ela não é, em outras oportunidades o autor repisou que “o direito pode ser objeto de diversas ciências”³⁸ e que a TDP “nunca pretendeu ser a única ciência do direito possível ou legítima”.³⁹ Segundo Kelsen, “A sociologia do direito e a história do direito são outras. Elas, juntamente com a análise estrutural do direito, são necessárias para uma compreensão completa do fenômeno complexo do direito”.⁴⁰ De acordo com Warat, Kelsen “não pretende negar a legitimidade de todos esses tipos de análise, antes se propõe a manter a Teoria do Direito dentro dos limites de um método próprio”.⁴¹

Na mesma linha, Kelsen repete que “A ‘pureza’ de uma teoria do Direito que se propõe uma análise estrutural de ordens jurídicas positivas consiste em nada mais que eliminar de sua esfera problemas que exijam um método diferente do que é adequado ao seu problema específico”.⁴² Kelsen se volta contra o sincretismo de métodos e, assim, “A eliminação de um problema da esfera da Teoria Pura do Direito não implica, é claro, negar a legitimidade desse problema ou da ciência que ele trata”.⁴³ Há numerosos problemas e questões a serem desvendados. Eles se colocam no mundo e as perguntas decorrentes dessas questões podem e devem ser

³⁸ KELSEN, H. **O que é Justiça?...**, p. 291.

³⁹ Ibidem, p. 291-292.

⁴⁰ Ibidem, p. 292.

⁴¹ WARAT, L. A. **A Pureza do Poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983, p. 30.

⁴² KELSEN, H. **O que é Justiça?...**, p. 291.

⁴³ Ibidem.

direcionadas às outras disciplinas. O ponto do autor é o de que a TPD é incompetente para responder às perguntas que escapam do seu objeto.

A aplicação do princípio metodológico principal da TPD significa que, se uma norma “x” é promulgada de acordo com determinado procedimento previsto pelo Direito, e se observa a pirâmide normativa do respectivo sistema normativo, então ela é válida e deve ser aplicada.⁴⁴ Como a TPD se destina aos cientistas do Direito,⁴⁵ um exemplo da prática jurídica pode facilitar a compreensão desse princípio: recentemente, o Ministério do Trabalho e Previdência publicou a Portaria MTP nº 620, em 1º de novembro de 2021.⁴⁶ Em suma, essa portaria estabelece que, como “*a não apresentação de cartão de vacinação contra qualquer enfermidade não está inscrita como motivo de justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, nos termos do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*”,⁴⁷ então é “*prática discriminatória a obrigatoriedade de certificado de vacinação em processos seletivos de admissão de trabalhadores, assim como a demissão por justa causa de empregado em razão da não apresentação de certificado de vacinação*”.⁴⁸ Segundo a portaria, o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, além do direito à reparação pelo dano

⁴⁴ É claro que essa análise poderia ser aprofundada a partir da noção de norma fundamental, que é desenvolvida por Kelsen em outro momento da TPD. No entanto, para os fins desse texto, essa compreensão básica sobre a validade da norma “x” parece suficiente.

⁴⁵ “Kelsen está preocupado basicamente com o conhecimento do direito e os meios, cautelas e métodos a serem utilizados para assegurar-lhe o estatuto científico. Suas lições são dirigidas especificamente aos doutrinadores, aos professores de matéria jurídica. A atividade desenvolvida pelos profissionais do direito, como advogados, promotores, delegados, ou pelos órgãos de aplicação do direito, como os juízes, legisladores ou administradores, é absolutamente distinta da atividade de conhecer de modo científico o conteúdo das normas jurídicas”. COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1.

⁴⁶ BRASIL. Ministério de Estado do Trabalho e da Previdência. **Portaria MTP nº 620, de 1º de novembro de 2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mtp-n-620-de-1-de-novembro-de-2021-356175059>. Acesso em: 05 nov. 2021.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

moral, faculta ao empregado optar entre a reintegração e a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento.⁴⁹

O conteúdo da portaria é polêmico, pois divide opiniões sobre a interpretação de uma série de direitos fundamentais individuais e sociais. Como esse caso concreto *deveria* ser avaliado por um cientista do direito a partir princípios da TPD? Por mais controvertido que seja o conteúdo dessa portaria, ao jurista cabe avaliar apenas as questões formais, tais como, se a portaria foi promulgada pela autoridade competente, se ela se fundamenta em normas válidas, se exorbita ou não do seu poder regulamentar, tendo em vista a hierarquia do ornamento jurídico brasileiro, entre outras. Em suma, ao jurista cabe avaliar se a norma é válida. Conforme assevera o fundador da TPD, a partir de sua ideologia, o cientista do direito até pode concordar ou discordar da aplicação de tal norma porque não condiz com os seus valores. Quando faz assim, porém, ele deixa de ser um jurista ou cientista do direito, e passa a ser político. Na verdade, se o cientista do direito procura relacionar essa portaria à justiça ou injustiça, ele passa a criar Direito e a dizer como o Direito deve ser, o que a TDP não admite: *“Seria incorreto não perceber que, quando a Ciência do Direito pretende oferecer – apelando, por exemplo, a um Direito Justo – elementos para a determinação do conteúdo das normas jurídicas, encontra-se, indiretamente, produzindo Direito, indicando como esse deve ser feito”*.⁵⁰ E é isso que Kelsen pretendia evitar.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ WARAT, L. A. **A Pureza do Poder...**, p. 28.

CONCLUSÃO

Goyarde-Fabre alerta que Kelsen adotou uma direção na posição dos problemas: “*se não caminarmos com ele segundo esse vetor, ele se tornará ou caricato ou então incompreensível*”.⁵¹ Com efeito, ao final desse estudo, pode-se até mesmo concluir que *Teoria Pura do Direito* é muito limitada, que não é suficientemente propositiva e que não tem potencial para superar o *status quo*. Há até mesmo quem, injustamente, conclua que a TPD legitimaria Estados autoritários. Mas isso apenas se não caminarmos segundo o vetor adotado por Kelsen.

Prefere-se pensar que a *Teoria Pura do Direito* é uma teoria autolimitada e que deve ser provocada sobre o que pretendeu responder. Embora seja uma das mais influentes, no fim das contas, é mais uma teoria sobre o Direito, que recebeu e recebe críticas injustas, mas outras muito acertadas. O ponto é que a TPD não pode ser ignorada e, muito menos, ser tomada por sua “*falsa imagem*”.

Nesse sentido, ao se perguntar sobre o porquê de se fundar uma ciência “pura”, Correias responde que “*a ideologia jurídica não deve continuar a passar por ciência e, portanto, ocultar sob seu prestígio o que nada mais é do que a tentativa de justificar o poder exercido por ‘alguém’ que não deseja confessar que o faz*”.⁵² E o autor completa: “*A razão para fundar uma ciência do direito pura não é justificar todo o poder, mas sim o contrário: retirar qualquer justificação ‘científica’ de qualquer poder*”.⁵³ De fato, descrever o Direito como ele é – afinal, o propósito da teoria em estudo – pode ser

⁵¹ GOYARD-FABRE, S., op. cit, p. 253.

⁵² Tradução livre de: “*la ideologia jurídica no debe seguir haciendo pasar por ciencia, y por tanto ocultando bajo el prestigio de ésta, lo que no es más que el intento de justificar el poder ejercido por ‘alguien’ que no desea confesar que lo hace*”. CORREAS, Ó. *El otro Kelsen*. In: CORREAS, Ó. (Org.). **El otro Kelsen**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 28.

⁵³ Tradução livre de: “*La razón para fundar una ciencia pura del derecho no consiste en justificar todo poder, sino en lo contrario: despojar de toda justificación ‘científica’ a cualquier poder*”. *Ibidem*.

fundamental para que, com as escusas pela tautologia, seja possível se constatar como o Direito *realmente* é, sem mais e sem menos, isto é, sem que ele seja descrito como mais ou menos racional e mais ou menos justo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério de Estado do Trabalho e da Previdência. **Portaria MTP nº 620, de 1º de novembro de 2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mtp-n-620-de-1-de-novembro-de-2021-356175059>. Acesso em: 05 nov. 2021.

COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CORREAS, Ó. El otro Kelsen. In: CORREAS, Ó. (Org.). **El otro Kelsen**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

GOYARD-FABRE, S. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, H. **O problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado, 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**, Trad. João Baptista Machado, 8ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2020.

KELSEN, H. **O que é Justiça?** Trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KOZICKI, K. Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000.

LOSANO, M. Introdução. In: KELSEN, H. **O problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado, 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REVISTA
DIREITO

FAE

WARAT, L. A.; CABRIADA, G. P. **Os Quadrinhos Puros do Direito**. Argentina: Angra Impresiones, sd.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, L. A. **A Pureza do Poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.