

PUBLICAÇÃO

98

ISSN: 0101-9562

ISSN ELETRÔNICO: 2177-7055

# SEQÜÊNCIA

Publicação do  
Programa de Pós-Graduação  
em Direito da UFSC

Estudos  
jurídicos  
e políticos

VOLUME 45 ■ ANO 2024



**SEQÜÊNCIA – ESTUDOS JURÍDICOS E POLÍTICOS** é uma publicação temática e de periodicidade quadrienal, editada pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

**SEQÜÊNCIA – ESTUDOS JURÍDICOS E POLÍTICOS** is a thematic publication, printed every four months, edited by the Program in law of the Federal University of Santa Catarina – UFSC.

Versão eletrônica: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia>

Editora-Chefe: Norma Sueli Padilha

Editor Associado: José Sérgio da Silva Cristóvam

Editores Adjuntos: Priscilla Camargo Santos, Thanderson Pereira de Sousa

A publicação é indexada nas seguintes bases de dados e diretórios/

The Publication is indexed in the following databases and directories:

Base OJS

OJS

Base PKP

PKP

CCN (Catálogo Coletivo Nacional)

Portal de Periódicos UFSC

Dialnet

Portal do SEER

DOAJ (Directory of Open Access Journals)

ProQuest

EBSCOhost

SciELO

Genamics Journalseek

Scopus/Elsevier

Google Scholar

Sherpa/Romeo

ICAP (Indexação Compartilhada de Artigos de Periódicos)

Sumarios.org

Latindex

ULRICH'S

LivRe!

vLex

ÖAW

#### Ficha catalográfica

Seqüência: Estudos jurídicos e políticos. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. n.1 (janeiro 1980)-. Florianópolis: Fundação José Boiteux. 1980-.

Publicação contínua

Resumo em português e inglês

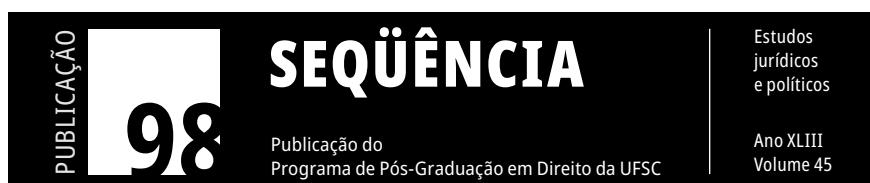
Versão impressa ISSN 0101-9562

Versão on-line ISSN 2177-7055

1. Ciência jurídica. 2. Teoria política. 3. Filosofia do direito. 4. Periódicos. I. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-graduação em Direito

CDU 34(05)

Catalogação na fonte por: João Oscar do Espírito Santo CRB 14/849



# Kelsen e o realismo jurídico: a teoria pura como teoria realista do direito

*Kelsen and Legal Realism: the pure theory as a realist theory of law*

*Vinicius Fernandes Ormelesi<sup>1</sup>*

<sup>1</sup>Universidade do Estado de Minas Gerais, Frutal, Brasil.

**RESUMO:** As fronteiras de uma corrente do pensamento jurídico costumam ser um tema disputado nos trabalhos metateóricos sobre o direito. Esse é o caso do realismo jurídico, inclusive quando se tomam em consideração os escritos de autoras e autores que se identificam com o realismo. Neste sentido, este trabalho propõe ilustrar essa problemática a partir do exame da teoria pura do direito de Hans Kelsen. A questão sobre a proximidade ou não da teoria de Kelsen com o realismo jurídico é desenvolvida dialeticamente por meio de uma abordagem qualitativa do problema, na qual se confrontam as visões de dois pensadores inseridos na tradição do realismo jurídico: Pierluigi Chiassoni e Brian Leiter. Após um exame crítico da visão de Leiter sobre o idealismo transcendental da teoria pura, como um elemento que impede que ela possa ser considerada realista, este artigo conclui que a posição de Chiassoni, para quem a teoria pura possui afinidade com o realismo jurídico, mostra-se mais acertada.

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

**ABSTRACT:** The boundaries of a school of thought in legal theory are often a contested topic in metatheoretical works on law. This is true of legal realism, even when considering the writings of authors who identify with realism. In this context, this paper aims to illustrate this issue through an examination of Hans Kelsen's Pure Theory of Law. The question of whether Kelsen's theory is close to legal realism is developed dialectically through a qualitative approach, which contrasts the views of two thinkers rooted in the tradition of legal realism: Pierluigi Chiassoni and Brian Leiter. After a critical examination of Leiter's perspective on the transcendental idealism of the Pure Theory, which he sees as preventing it from being considered realist, this article concludes that Chiassoni's position, which argues for an affinity between Kelsen's theory and legal realism, is more accurate.

**KEYWORDS:** Legal Realism. Legal Positivism. Pure Theory of Law. Kelsen.



## INTRODUÇÃO

As fronteiras de uma corrente do pensamento jurídico costumam ser um tema disputado nos trabalhos metateóricos sobre o direito. Esse é o caso do realismo jurídico, inclusive quando se tomam em consideração os escritos de autoras e autores que se identificam com o realismo. Deste modo, este estudo investiga o que se pode considerar uma teoria realista do direito na contemporaneidade. Para abordar a problemática escolhida, elege-se o caso da teoria pura do direito de Kelsen<sup>1</sup> como ilustração, aventando-se a possibilidade de ela ser considerada ou não uma teoria realista do direito.

A discussão sobre o realismo jurídico é desenvolvida dialeticamente por meio de uma abordagem qualitativa do problema e a partir de uma análise comparativa entre as visões de dois de seus teóricos contemporâneos: Pierluigi Chiassoni e Brian Leiter. A comparação é feita por meio da posição que a teoria de Kelsen ocuparia em relação ao realismo jurídico para esses dois autores. Assim, Chiassoni (2013) sustenta que a teoria pura do direito é, em sua essência, uma teoria realista do direito ao passo que Leiter (2021) considera que qualquer teoria baseada em pressupostos transcendentais de tipo kantiano, como a de Kelsen, não pode ser considerada realista.

Neste sentido, este ensaio pretende defender duas posições principais: primeiramente, que as visões de Chiassoni e Leiter sobre o realismo jurídico não são necessariamente inconciliáveis, todavia, suas concepções sobre o que seria uma teoria realista do direito são as responsáveis pela discordância em relação ao caráter realista da teoria pura de Kelsen; e, em segundo lugar, sustenta-se que Leiter não realiza

---

<sup>1</sup> Apesar de dar nome ao livro mais famoso de Kelsen, a teoria pura do direito não é apenas uma obra, mas um projeto teórico perseguido por seu autor durante toda sua vida acadêmica, sobretudo após a publicação de *Problemas fundamentais do direito público* em 1911. Para uma discussão sobre as rupturas e continuidades na obra de Kelsen, ver Mirante (2014).

uma leitura apropriada de Kelsen<sup>2</sup>, principalmente por não considerar o conjunto do pensamento de Kelsen, em especial, o último período de sua produção científica, o Kelsen “cético” (Paulson, 1999). Por fim, são feitas também considerações sobre o realismo jurídico e sobre se a teoria de Kelsen seria compatível ou não com ele.<sup>3</sup>

A primeira parte deste trabalho é dedicada a analisar alguns aspectos gerais acerca do realismo jurídico, sem a pretensão de exaustividade, e a verificar como os dois autores indicados concebem as características fundamentais que uma teoria deve apresentar para que possa ser considerada realista no âmbito do direito. A segunda seção do trabalho se destina a discutir como Chiassoni e Leiter enxergam a teoria pura de Kelsen em relação ao realismo. Por fim, a última seção se dedica à crítica da posição de Leiter, examinando se a teoria pura do direito pode ou não ser considerada uma teoria realista do direito à luz da discussão realizada no estudo. Após um exame crítico da visão de Leiter sobre a teoria pura do direito, este artigo conclui que a posição de Chiassoni mostra-se mais acertada.

## 1. O REALISMO JURÍDICO E AS VISÕES DE CHIASSONI E LEITER

Embora não haja muito consenso entre os estudiosos sobre o que seria efetivamente uma teoria realista do direito (realismo jurídico)<sup>4</sup>,

---

<sup>2</sup> É preciso ter em vista que esse não é um problema exclusivo de Leiter e que pode estar relacionado à forma como seu deu a recepção do pensamento de Kelsen nos Estados Unidos. Green (2002, p. 369), por exemplo, diz preferir uma leitura de Kelsen como um “idealista transcendental”, apesar de reconhecer que outras interpretações sejam possíveis e que o próprio Kelsen tenha se “retratado” de sua postura idealista em suas últimas obras. Sobre a recepção do pensamento de Kelsen nas terras estadunidenses, ver Telman (2010).

<sup>3</sup> Vale mencionar que o próprio Kelsen chegou a apresentar sua teoria como sendo realista após migrar para os Estados Unidos (Kelsen, 1941).

<sup>4</sup> “How to understand Legal Realism and its legacy is contested terrain. Some see Realism as focused not principally on legal indeterminacy, but instead on the contingency and non-neutrality

pode-se dizer que um de seus aspectos fundamentais está na recusa de uma visão tradicional do pensamento jurídico assentada na ideia de que materiais jurídicos oficiais, como leis e casos judiciais relatados, possam gerar aplicações diretas do direito, de forma mecânica ou logicamente implicada (subsunção) na grande maioria dos casos.

Para Schauer (2012), a mais importante das múltiplas facetas do realismo Jurídico é a negação dessa visão tradicional. Quase todos os realistas consideram que a doutrina jurídica normalmente não determina a aplicação das leis sem a influência substancial de elementos extralegais, cuja existência e utilização são variáveis e manipuláveis. Na medida em que isso acontece, os resultados das decisões muitas vezes serão o produto não apenas do direito oficial, mas principalmente de algo outro. O que constituiria esse “outro” varia entre os realistas, porém, eles estão comprometidos com a visão de que o que importa no momento decisório é outra coisa além das regras legais, da doutrina ou do raciocínio jurídico, como tradicionalmente concebidos (Schauer, 2012).<sup>5</sup>

---

*of law and its baselines. [...] Others understand it as the ancestor of modern methodologically sophisticated empirical legal studies. [...] And still others find in Legal Realism the foundations for pretty much the entire law and society research agenda. [...] Such non-standard views of Realism are not, however, my concern here. Rather, this article is located within the widespread view that the main lines of Legal Realism maintain that legal doctrine, whether because of the indeterminacy of individual rules or the availability of multiple ones, is more malleable, less determinate, and less causal of judicial outcomes than the traditional view of law's constraints supposes. This conventional [...] conception of Legal Realism's core claims includes among Realism's major figures Thurman Arnold, Felix Cohen, Walter Wheeler Cook, Jerome Frank, Karl Llewellyn, Herman Oliphant, Hessel Yntema, and Underhill Moore.” (Schauer, 2012, p. 750).*

<sup>5</sup> “The most important of Legal Realism's multiple facets is its denial of this traditional view. Virtually all Realists take themselves to be repudiating the belief that official legal sources and legal doctrine alone produce the uncontroversial – at least among trained legal professionals – outcomes that the traditional view imagines. Rather, most versions of Realism maintain that legal doctrine ordinarily does not determine legal outcomes without the substantial influence of non-legal supplements, supplements whose existence and application are both variable and manipulable. To the extent that this is so, legal outcomes will often then be the product not predominantly of official law, but primarily of something else. What constitutes this something else varies among Realists [...] But although the Realists differed about what ‘really’ mattered in judicial decision-making, they were

Em estudo dedicado ao realismo jurídico nas suas mais diversas configurações<sup>6</sup>, Barberis (2015) aponta três teses como sendo as mais representativas das concepções realistas do direito. Elas seriam: 1) a separação entre direito e moral; 2) o emotivismo meta-ético; e 3) o ceticismo interpretativo. Segundo a tese da separação, direito e moral seriam coisas empiricamente distintas.<sup>7</sup> A tese do emotivismo ético é a ideia segundo a qual os juízos de valor morais seriam apenas expressões das emoções de quem os profere.<sup>8</sup> Por fim, o ceticismo interpretativo afirma, a respeito da interpretação do direito, que toda disposição jurídica tem mais de um significado e, a respeito da aplicação do direito, que todo caso é ou pode se converter em um caso difícil.<sup>9</sup>

Por outro lado, Barberis (2015, p. 237), verifica que as duas primeiras teses não são seguidas por todos os juristas realistas, de modo que, atualmente, o ceticismo interpretativo seria “a única tese verdadeiramente distintiva e definidora do realismo jurídico”, tanto americano quanto continental, de modo que, na medida em que

*uniformly committed to the view that what mattered was something much more than, legal rules, doctrine, and reasoning as traditionally conceived.”* (Schauer, 2012, p. 757-760).

<sup>6</sup> Importante distinguir os realismos norte-americano e continental e, no âmbito deste último, as vertentes escandinava, italiana e francesa. Contudo, não é o propósito deste estudo adentrar nas minúcias das diferenças entre essas escolas, remetendo-se o leitor interessado ao texto de Barberis (2015).

<sup>7</sup> Aqui é necessário notar que a tese da separação é diferente da tese da separabilidade, segundo a qual direito e moral seriam realidades empiricamente conectadas embora conceitualmente diversas. A oposição entre essas duas teses é o ponto fundamental da divergência surgida nas últimas décadas entre os chamados positivistas exclusivistas, os quais sustentam a tese da separação, e os positivistas inclusivistas, que sustentam a tese da separabilidade. Não é nosso intuito aprofundar nessa discussão, para tanto, ver Woodbury-Smith (2018).

<sup>8</sup> O emotivismo ético se opõe ao objetivismo ético, típico de concepções jusnaturalistas, mas não é necessariamente incompatível com o subjetivismo ético, para o qual os juízos de valor não são objetivos como os juízos de fato, sendo meramente subjetivos.

<sup>9</sup> Neste sentido, o ceticismo se oporia ao formalismo interpretativo, que defende que cada disposição possui apenas um significado (exegese francesa, por exemplo) e às teorias mistas, como a de Hart (1994), que entendem que há situações em que uma disposição possa ter apenas um significado.

esta tese também foi defendida pelo próprio Kelsen, este poderia ser considerado um realista, pelo menos no que diz respeito à sua teoria da interpretação. Uma vez que esses aspectos gerais sobre o realismo jurídico tenham sido aclarados, pode-se passar à análise das concepções de Chiassoni e de Leiter acerca do que seria uma teoria “verdadeiramente” realista do direito.

Chiassoni (2013, p. 133) identifica três aspectos fundamentais do realismo jurídico: 1) do ponto de vista da história da cultura jurídica ocidental, o realismo jurídico representa uma reação crítica ao positivismo jurídico do século XIX, especialmente contra seu formalismo e conceitualismo, e contra sua influência sobre o pensamento jurídico do século XX; 2) em termos de classificações jurisprudenciais, o realismo jurídico pode ser considerado um representante da variante “direito como fato” do positivismo jurídico; portanto, o realismo deve ser contrastado com a variante “direito como norma” do positivismo jurídico (ou seja, com o “positivismo normativo”, ou “normativismo”, como também às vezes é chamado); e 3) com relação à sua filosofia inspiradora, o realismo está de acordo com o empirismo e se opõe ao idealismo e à metafísica.

Leiter (2021, p. 79), por outro lado, entende como teorias realistas do direito aquelas que: 1) descrevem, sem ilusões sentimentais ou moralizantes, o que é o direito e como ele opera efetivamente nas sociedades humanas (a adequação descritiva tem prioridade sobre sermões moralizantes); 2) reconhecem que o direito nunca é adequado para explicar como os tribunais julgam todos os casos que lhes são apresentados; e 3) explicam o direito e o ato de julgamento dentro das restrições de uma teoria naturalística do mundo, ou seja, de uma teoria que rejeita o apelo a entidades ou a propriedades que não encontram lugar nas visões empíricas e científicas bem-sucedidas de fenômenos naturais e sociais.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Importante destacar que Leiter entende o naturalismo na filosofia como uma posição preponderantemente metodológica: “Naturalism in philosophy is always first a methodological

Na próxima seção, examinaremos como essas duas visões distintas fazem com que a teoria pura do direito de Kelsen possa ser entendida como realista para Chiassoni e como não realista para Leiter.

## 2. A POSIÇÃO DA TEORIA DE KELSEN NAS VISÕES DE CHIASSONI E LEITER

Após indicar os aspectos centrais do realismo jurídico, Chiassoni (2013, p. 134-135) propõe oito características que podem ser encontradas na teoria pura do direito de Kelsen, as quais seriam indicativos de uma posição realista. São elas: 1) o direito positivo como uma ideologia institucionalizada; 2) o direito natural como uma ideologia em busca de institucionalização; 3) a mutabilidade do direito; 4) a instrumentalidade do direito; 5) o ceticismo legal e factual, a discricionariedade judicial e o interpretativismo não cognitivista; 6) a falta de uma sistematicidade intrínseca ao direito; 7) o empirismo e o não cognitivismo meta-ético; e 8) uma epistemologia realista.

Para Chiassoni (2017), algumas dessas características poderiam ser encontradas durante todo o percurso teórico do autor austríaco, embora elas tenham assumido seu caráter definitivo na última etapa do pensamento kelseniano, a qual ele denomina “pós-construcionismo descritivista”<sup>11</sup>. Essa derradeira fase da produção de Kelsen se caracterizaria: 1) pela retomada da ideia de ficção, agora separada em duas

---

*view to the effect that philosophical theorizing should be continuous with empirical inquiry in the sciences. The naturalist, following Quine, rejects the idea that there could be a ‘first philosophy’, a philosophical solution to problems that proceeds *a priori*, that is, prior to any experience.”* (Leiter, 2007, p. 34).

<sup>11</sup> De acordo com Paulson (1998), a obra de Kelsen pode ser dividida em três fases, as quais ele denomina: 1) Construtivismo Crítico; 2) Clássica; 3) Cética. É a essa última etapa que Chiassoni se refere. A fase Cética é o último momento de Kelsen, desenvolvendo-se a partir de 1960. Na perspectiva de Paulson (1998), essa última fase é marcada pela ruptura com as doutrinas de Kant que haviam acompanhado Kelsen ao longo do seu percurso acadêmico.

espécies, as ficções teóricas e as dogmáticas; 2) pelo “irracionalismo”<sup>12</sup>; e 3) pela adoção de uma posição mais coerentemente realista das tarefas de uma ciência jurídica pura (Chiassoni, 2017, p. 449).

Assim, o irrationalismo kelseniano refletiria, para Chiassoni (2017, p. 453), “uma divergência radical entre o direito positivo, por um lado, e os discursos que constituem o resultado do conhecimento jurídico, por outro”, o qual estaria “acompanhado da adoção de uma concepção mais radicalmente descriptivista, ou, se preferir, mais radicalmente realista, das tarefas *de iure condito* de uma ciência jurídica pura.” Portanto, a ciência do direito, na forma concebida por Kelsen,

[...] não pode de nenhum modo “resolver”, ou dissolver, eventuais conflitos entre as normas jurídicas; pode somente esclarecê-los, registrando, se o caso, a presença, no ordenamento, de critérios de resolução utilizáveis pelos órgãos jurídicos competentes. Consequentemente, o sistema proposicional construído pela ciência jurídica não restituirá necessariamente uma imagem do direito indagado como um sistema coerente de normas, mas, no máximo, como um sistema que pode ser coerente, sobre a base de certos critérios de direito positivo, e por obra dos órgãos da aplicação competentes. (Chiassoni, 2017, p. 453-454).

Deste modo, para Chiassoni (2013, p. 136), a teoria do direito de Kelsen seria realista tanto no nível epistemológico quanto no nível teórico. Em relação ao primeiro, o realismo da Teoria Pura se manifesta em três aspectos: 1) quando ela considera o direito como

---

<sup>12</sup> Aqui a expressão usada por Chiassoni é de Losano (1985), quem primeiro considerou atentamente a mudança de posição de Kelsen em relação à lógica das normas jurídicas. “No jargão dos kelseneologistas, com irrationalismo costuma-se designar a tese, sustentada pelo último Kelsen, segundo a qual o princípio lógico de não contradição e as regras da inferência lógica ‘não se aplicam’ às normas jurídicas: nem diretamente, já que as normas jurídicas, enquanto significados normativos, não são nem verdadeiras nem falsas; nem indiretamente, já que não subsiste nenhuma ‘analogia’ entre a veracidade de uma asserção e a validade de uma norma.” (Chiassoni, 2017, p. 451).

um fenômeno social pertencente ao domínio da realidade empírica, rejeitando qualquer ideia de uma realidade jurídica transcendente ou transcendental, e se opondo a todos os tipos de teorias do “direito natural”; 2) quando ela sustenta que um conhecimento genuinamente científico do direito é possível, e toma uma posição firme contra o sincretismo metodológico, as ficções dogmáticas, a metafísica e contra escolhas ideológicas ocultas e alianças políticas dissimuladas; 3) quando ela está comprometida com a distinção entre *Sein* (ser) e *Sollen* (dever), de modo que sua perspectiva filosófica imanentista, racionalista e empirista combina a epistemologia kantiana com a metodologia empírica das ciências sociais do século XX (do tipo Weberiano, por exemplo), rejeitando qualquer retorno a uma “metafísica pré-kantiana”.

Quanto ao nível teórico, Chiassoni (2013, p. 138-140) considera que são dois os pilares da teoria do direito “radicalmente realista” de Kelsen: 1) a teoria da estrutura hierárquica dos sistemas jurídicos (“*Stufenbau*”) e 2) sua teoria da interpretação jurídica. A orientação realista presente na concepção do direito como estrutura hierárquica é perceptível no conhecimento das “normas jurídicas em ação”, ou seja, no entendimento de como os sistemas jurídicos de fato operam, de que tipos de relações existem entre órgãos jurídicos (e as normas jurídicas) colocados em diferentes “níveis” hierárquicos e assim por diante.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Em relação ao escalonamento (*Stufenbau*), Chiassoni (2013, p. 139-140, tradução nossa) considera que ele está relacionado também a outros aspectos “realistas” da teoria kelseniana, a saber: “1) o direito positivo é um fenômeno social carregado de ideologia e interesses: o direito em si, por assim dizer, é necessariamente ‘impuro’; 2) os sistemas jurídicos são ordens dinâmicas mutáveis e, de fato, constantemente em mudança; 3) o direito positivo é uma ‘técnica social’ específica que pode ser utilizada como meio para qualquer objetivo ou interesse que as autoridades jurídicas possam escolher perseguir; 4) a validade jurídica é condicionada pela eficácia (e, portanto, também pela *desuetude*); 5) as normas jurídicas gerais devem ser entendidas como incorporando uma ‘cláusula alternativa’ tácita: pois normas ‘ilegais’ de nível inferior (ou seja, normas individuais criadas por decisões judiciais) devem ser reconhecidas como válidas (ainda que apenas ‘restritamente’ – ‘por assim dizer’ – se sujeitas a posterior anulação); e, consequentemente, 6) as noções comuns do jurista sobre a “nulidade” de um ato, a ‘inconstitucionalidade’ de

No que diz respeito à teoria da interpretação, para Chiassoni (2013, p. 138-139), Kelsen acredita que as normas jurídicas gerais são sempre padrões indeterminados, “produtos semi-acabados”, que são completados apenas por meio da decisão judicial e de sua execução. A interpretação jurídica é sempre o resultado de um ato de vontade (“*kein Imperativ ohne Imperator*”), um ato pelo qual os intérpretes decidem o significado “apropriado” ou “correto” de uma norma e a atividade jurisdicional nunca é meramente declarativa, não sendo uma questão de cognição ou de inferência lógica, ou seja, “a decisão judicial possui caráter constitutivo” (Kelsen, 1967, p. 236-237).<sup>14</sup>

Por outro lado, Leiter (2020) nega que a teoria de Kelsen possa ser considerada realista. Das oito características apontadas por Chiassoni (2013) para defender o realismo da teoria kelseniana, o jurista americano suspeitaria, pelo menos, das duas últimas: o empirismo e a epistemologia realista. A perspectiva de Leiter (2020) é que a teoria pura de Kelsen é fundamentalmente normativa, focada no “dever-ser” ao invés do “ser”. O realismo jurídico, particularmente na tradição norte-americana em que Leiter se insere, estaria mais preocupado com o “ser”, ou seja, o modo como o direito é praticado e os fatores do mundo real que influenciam as decisões jurídicas.<sup>15</sup> Esse foco empírico é visto como incompatível com a abordagem normativa de Kelsen.

Para Leiter (2020), uma teoria realista do direito requer uma visão naturalística de mundo<sup>16</sup>, ou seja, que o fenômeno social jurídico seja explicável sem se recorrer a valores morais objetivos ou a condições de existência transcendentais de tipo kantiano sobre o julgamento,

uma lei, a ‘ilegalidade’ de uma decisão judicial e assim por diante, devem ser redefinidas se forem corresponder ao funcionamento real do direito.”

<sup>14</sup> Inclusive essa visão sobre o realismo interpretativo de Kelsen está de acordo com Barberis (2015), como já aludido.

<sup>15</sup> Sobre o realismo norte-americano, ver Green (2004).

<sup>16</sup> Vale mencionar que Leiter não está sozinho neste entendimento. A título de exemplo, para Spaak (2014) Kelsen também não seria um teórico naturalista, ao contrário de Hägerström.

logo, o direito e os sistemas legais existiriam inteiramente em razão de fatos psicológicos e sociológicos sobre as pessoas. Isso faz com que ele conclua que “qualquer teoria que postule condições transcendentais sobre o julgamento jurídico (por exemplo, Kelsen) ou valores morais independentes da mente (por exemplo, Dworkin) não é realista.” (Leiter, 2021, p. 81, tradução nossa).<sup>17</sup>

Logo, Leiter parece endossar uma objeção à teoria pura já bastante conhecida, aquela segundo a qual o direito e seu significado não podem ser plenamente apreciados a menos que sejam estudados em seu contexto social, com ênfase em seus efeitos práticos reais. Contra essa objeção, é preciso insistir novamente que Kelsen nunca negou a possibilidade de uma jurisprudência sociológica. No mais, quanto ao problema da falta de empirismo da teoria kelseniana, Raz (1981, p. 442, tradução nossa) já argumentou que a “jurisprudência normativa não é menos empírica do que a jurisprudência sociológica, uma vez que se ocupa exclusivamente do direito positivo, ou seja, do direito enquanto produto do costume social e das instituições legislativas e judiciais.”<sup>18</sup>

### 3. ANÁLISE E CRÍTICA DA VISÃO DE LEITER SOBRE A TEORIA DE KELSEN

Para contestar a posição de Leiter (2020; 2021) sobre o não realismo da teoria de Kelsen, pode-se sustentar os seguintes argumentos: 1) Leiter parece não levar em consideração o último período da produção kelseniana, pois ele nega o realismo da teoria pura acusando Kelsen de transcendentalismo; 2) o ficcionalismo revigorado no último Kelsen

<sup>17</sup> No original: “Any theory that posits transcendental conditions on legal judgment (e.g., Kelsen) or mind-independent moral values (e.g., Dworkin) is not realistic.” (Leiter, 2021, p. 81).

<sup>18</sup> No original: “Normative jurisprudence is no less empirical than sociological jurisprudence, since it is concerned exclusively with positive law, that is, law as the product of the activity of social custom and of legislative and adjudicative institutions.” (Raz, 1981, p. 442).

não é idealista nem transcendental; e 3) as ciências naturais também se servem de ficções (modelos teóricos) sem com isso perder seu caráter empírico ou negar uma visão naturalística de mundo.

Quanto ao argumento de Leiter (2021) sobre o idealismo transcendental de Kelsen, que estaria manifesto sobretudo na teoria da norma fundamental (*Grundnorm*)<sup>19</sup> e seria o principal responsável pela inadequação de Kelsen ao realismo jurídico, é preciso uma breve apreciação do tema no pensamento kelseniano. Apesar de existirem estudos que enxergam uma continuidade no pensamento de Kelsen entre a norma fundamental como hipótese e como ficção já que ambas são pressupostas (Trivisonno, 2021), no nível epistemológico, é necessário fazer uma diferenciação. A norma fundamental pode ser encarada como hipótese (científica, não transcendental de tipo kantiano) do prisma da sociologia do direito, a qual, como ciência jurídica causal, tem condições de verificar essa hipótese empiricamente, considerando a questão da eficácia do direito. Porém, do ponto de vista da ciência jurídica normativa, a fim de preservar a neutralidade axiológica que a teoria de Kelsen propõe, a norma fundamental pode ser apenas considerada do ponto de vista ficcional, ou seja, como um ato de vontade fictício (imputação) que inaugura uma ordem jurídica. É possível afirmar essa questão tenha sido percebida pelo próprio Kelsen (1991), em virtude de ele ter mudado sua concepção no final de sua trajetória acadêmica para melhor acomodar as nuances de sua teoria.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> O tema da norma fundamental é objeto de profundas controvérsias entre os especialistas no pensamento kelseniano. Neste estudo, não temos a pretensão de superar essa discussão, apenas de mostrar que, independentemente da forma como seja concebida, a norma fundamental, por si só, não impede que a teoria pura possa ser considerada realista. Sobre o tema ver Paulson (2000).

<sup>20</sup> “Kelsen clearly was concerned to blunt criticism born of misunderstanding and adopted the ‘fiction’ account to emphasize that the basic norm was to be presupposed, if at all, in full consciousness that its presupposition does not entail a belief in the existence of God, or a norm-creating Nature, or a real, personified State. There is, therefore, no epistemological pay-off in the nature of the imaginary will the meaning of which is the basic norm and consequently there can be no ontological commitment either.” (Tur, 1986, p. 152-153).

Não se pode ignorar que Kelsen passa a trabalhar com o conceito de validade do ponto de vista ficcional após a segunda edição da *Teoria Pura* (Paulson, 1999). Ele passa a distinguir entre ficções teóricas e ficções dogmáticas, sendo as primeiras úteis para fins cognoscitivos ao passo que as outras seriam falsificações da realidade, como a ideia da existência de um “espírito das leis”.<sup>21</sup> A norma fundamental (*Grundnorm*) se torna uma ficção teórica<sup>22</sup>, no sentido da filosofia de Vaihinger (1924)<sup>23</sup>, cuja única função seria possibilitar um conhecimento jurídico de tipo normativo diferente de um conhecimento jurídico de tipo causal ou sociológico.<sup>24</sup>

Do mesmo modo, essa caracterização da norma fundamental não basta para acusar Kelsen de ser idealista<sup>25</sup>, tendo em vista que

<sup>21</sup> A luta de Kelsen contra as ficções na teoria do direito já aparece em seus estudos desde a obra Problemas fundamentais da doutrina do direito público publicada pela primeira vez em 1911: “[...] la razón que debe movernos a rechazar todas estas ficciones no es, como a veces se cree, el que se trate de construcciones específicamente jurídicas – pues también éstas tienen sus títulos propios de legitimidad, su razón indiscutible de ser – sino el que, en vez de limitarse a expresar hechos específicamente jurídicos, afirman, por el contrario, hechos psíquicos que no existen, lo que las convierte en ficciones inadmisibles lo mismo en el reino de la psicología que en los dominios de la jurisprudencia.” (Kelsen, 1987, p. 134).

<sup>22</sup> Há uma discussão sobre se a norma fundamental de fato poderia ser considerada uma ficção no sentido de Vaihinger (Albrecht, 2021). De qualquer modo, para os fins deste estudo apenas apontamos a questão vez que não é central para a argumentação aqui desenvolvida.

<sup>23</sup> “Therefore one has to keep in mind that the basic norm in the sense of Vaihinger’s ‘as if’ philosophy is not a hypothesis — as I myself have occasionally characterized it — but a fiction, which is distinct from a hypothesis in that it is or should be accompanied by an awareness that reality does not correspond to it.” (Kelsen, 1986, p. 117).

<sup>24</sup> “The cognitive goal of the Basic Norm is to ground the validity of the norms forming a positive moral or legal order, that is, to interpret the subjective meaning of the norm—positing acts as their objective meaning (i.e. as valid norms) and to interpret the relevant acts as norm-positing acts. This goal can be attained only by means of a fiction.” (Kelsen, 1967, p. 256).

<sup>25</sup> Concorda-se, neste ponto, com a visão de Chiassoni (2013, p. 137): “Proponents of an idealistic reading of the Pure Theory appear mistakenly to assume that empirical knowledge is the same as causal knowledge. But Kelsen, in the course of presenting his views on (normative) legal science, makes it clear that there are two kinds of empirical knowledge about the law: causal knowledge and normative knowledge. The former is the business of sociological jurisprudence, i.e., the sociology of law.”.

a representação ficcional da validade a aproxima mais da realidade normativa do direito. Isso também não é o bastante para se sustentar que a teoria de Kelsen não possa ser considerada realista, mesmo no sentido de um realismo naturalista como o de Leiter (2020).<sup>26</sup> Ele defende que uma visão naturalística de mundo demanda descrever e explicar o que está realmente ocorrendo, então somente se pode confiar nos mecanismos e nas entidades explanatórias das ciências empíricas bem-sucedidas (sendo essas ciências o único guia confiável para o que é real).<sup>27</sup> Ora, as ciências empíricas muitas vezes se valem de ficções para poderem explicar a realidade:

Cientistas, cujo trabalho é entender o mundo empírico, frequentemente passam seu tempo considerando coisas que se sabe não fazerem parte desse mundo. Exemplos padrão são gases ideais e planos sem atrito. [...] Uma descrição natural inicial dessas coisas é como ficções, criaturas da imaginação. Elas não existem, mas pelo menos muitas delas poderiam ter existido, e se tivessem, teriam sido coisas concretas, físicas, localizadas no espaço e no tempo e envolvidas em relações causais. (Godfrey-Smith, 2009, p. 101, tradução nossa).<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> “[...] no responsible naturalized jurisprudence can eliminate the normative aspects of law and legal systems. Naturalists can demand, to be sure, that any account of those features of law which depends on ‘folk intuitions’ as data points in theory-construction ought to answer to empirically sound methods for ascertaining that data.” (Leiter, 2007, p. 4).

<sup>27</sup> “Because realism means understanding reality, realists are necessarily ‘naturalists’ in the following precise sense: in describing and explaining what is really going on they rely only on those mechanisms and entities that are explanatorily fruitful in the successful empirical sciences (those sciences being our only reliable guide to what is real). Naturalism is the second crucial commitment of realist jurisprudence. Of the historical legal realists, the Scandinavians were most explicit about commitment to naturalism, while the Italians and the Americans, in different ways, presuppose a naturalistic worldview (even though the Americans were philosophically unsophisticated). Insofar as only what is naturalistically explicable can be real, naturalism must be central to the realist worldview.” (Leiter, 2020, p. 2).

<sup>28</sup> No original: “Scientists, whose business is understanding the empirical world, often spend their time considering things that are known not to be parts of that world. Standard examples are ideal gases and frictionless planes. [...] A natural first description of these things is as fictions, creatures of the imagination. They do not exist, but at least many of them might have existed, and if they

Do mesmo modo, para investigar seu objeto de estudo, a ciência se serve de modelos teóricos que funcionam como ficções:

[...] modelos são tratados como sistemas ficcionais que carecem de existência real, mas que, de certa forma, são do mesmo tipo que os sistemas-alvo dos modelos usados para nos ajudar a entender. [...] A ciência baseada em modelos frequentemente se apresenta como uma investigação de análogos imaginados mais simples que um ou mais alvos. (Godfrey-Smith, 2009, p. 106, tradução nossa).<sup>29</sup>

A teoria pura vista como um modelo teórico para o direito positivo não macula o realismo da ciência jurídica quando utiliza um fundamento normativo de validade entendido como ficção teórica, já que a ficção somente pode existir em relação à realidade.<sup>30</sup> Desse modo, o modelo teórico proposto por Kelsen não pode ser considerado idealista nem transcendental (pelo menos não em sua formulação definitiva), estando a leitura de Leiter (2020; 2021) equivocada.<sup>31</sup>

No mais, ainda é possível indagar se a norma fundamental não poderia ser encarada como um pressuposto cognoscitivo de

*had, they would have been concrete, physical things, located in space and time and engaging in causal relations.”*

<sup>29</sup> No original: “[...] model systems are treated as fictional systems that lack actual existence but are, in a sense, of the same kind as the target systems that the models are used to help us understand. [...] Model based science often presents itself as an investigation of imagined simpler analogues of a target or targets.”

<sup>30</sup> “The scientific case combines features from each of these. As in the literary case, we have entities that are presented overtly as fictions. But they are handled in a way that takes seriously a distinction between true and false claims about the fiction, and in a way that involves constant similarity comparisons between fictional and real-world objects. So practice seems to embody a kind of ‘fictional realism’.” (Godfrey-Smith, 2009, p. 113).

<sup>31</sup> Pelo menos no que se refere a uma teoria do direito e da interpretação. Enquanto teoria da decisão, Kelsen (1967) parece mesmo relegar a tarefa de predição à sociologia do direito. Nesse sentido, a posição kelseniana não poderia ser tida como naturalista efetivamente. “A naturalistic theory of adjudication, then, is required to produce a pragmatically valuable theory for lawyers, i.e. one that will enable them to predict what courts will do.” (Leiter, 2007, p. 31).

tipo naturalístico<sup>32</sup>, já que “Kelsen viu a pressuposição da norma básica como condicionada ao desejo por parte da pessoa que faz a pressuposição de conceber o material jurídico como um sistema de normas válidas” (Spaak, 2014, p. 232, tradução nossa).<sup>33</sup> Neste sentido, o conhecimento do direito dependeria da possibilidade psicológica do entendimento de alguém de que algo é jurídico, ou seja, comandado, permitido, com poderes conferidos ou ab-rogado por uma norma (Kelsen, 1991).<sup>34</sup>

Como um argumento adicional contra a posição sustentada por Leiter, convém mencionar que, curiosamente, o jurista norte-americano pensa que a teoria do direito de Hart (1994) possa ser considerada uma variante do realismo jurídico, apesar de Hart ter sido crítico dos realismos jurídicos tanto americano quanto escandinavo.<sup>35</sup> Em um estudo anterior sobre a relação entre o positivismo e o realismo jurídico, Leiter (2001) considerava que a posição teórica articulada por Hart (1994) não era inconsistente com o programa de pesquisa dos realistas jurídicos americanos. Pelo contrário, para ele, o projeto

<sup>32</sup> “Hart and the Scandinavians differ from Kelsen in their willingness to think the answer can involve ‘naturalizing’ certain normative concepts in law, that is, understanding them as complicated psychological and sociological artifacts, and thus as part of what Kelsen would have understood to be an ‘impure’ theory of law.” (Leiter, 2021, p. 86).

<sup>33</sup> No original: “Kelsen saw the presupposition of the basic norm as being conditional upon a wish on the part of the person who makes the presupposition to conceive of the legal raw-material as a system of valid norms.”

<sup>34</sup> De acordo com Kelsen (1991), as funções primordiais de uma norma seriam comandar, permitir, conferir poderes e ab-rogar (“Commanding, Permitting, Empowering, Derogating”).

<sup>35</sup> “Hart’s misguided, albeit influential, dispute with legal realism has obscured the essential connection between positivist and realist views about law.” (Leiter, 2020, p. 9). É curioso Leiter negar que Kelsen possa ser um realista, ao menos na mesma medida que Hart, já que, assim como este, Kelsen também se engajou na discussão teórica sobre o realismo jurídico. Contudo, ao contrário do filósofo inglês, Kelsen mesmo chegou a apresentar sua teoria como uma teoria realista do direito: “The Pure Theory exhibits this tendency by presenting positive law free from any admixture with any ‘ideal’ or ‘right’ law. The Pure Theory desires to present the law as it is, not as it ought to be; it seeks to know the real and possible, not the ‘ideal,’ the ‘right’ law. In this sense, the Pure Theory is a radical realistic theory of law, that is, a theory of legal positivism.” (Kelsen, 1967, p. 109).

realista parecia pressupor uma teoria do direito nos moldes de Hart. Em outro estudo publicado vinte anos mais tarde, Leiter (2021) já entende o positivismo jurídico de Hart como uma teoria realista do direito (mais no sentido americano do que no escandinavo), sendo que os “positivistas jurídicos e os realistas formariam uma frente teórica unificada contra as teorias moralizadoras e ideológicas que ofuscaram o direito, desde Lon Fuller até Ronald Dworkin” (Leiter, 2021, p. 80, tradução nossa).<sup>36</sup>

Nesse sentido, Leiter (2021) entende que a teoria de Hart possa ser considerada realista em virtude de reconhecer: 1) que o direito opera principalmente fora dos tribunais; 2) que dentro dos tribunais, algumas decisões são juridicamente indeterminadas; 3) que a natureza do direito é explicável de forma naturalística em termos de fatos psicossociais sobre comportamentos e atitudes humanas, particularmente aquelas dos oficiais; e 4) que o direito não é necessariamente algo bom, que tem custos, e que sempre é uma questão em aberto se o direito gera obrigações morais de conformidade.<sup>37</sup> Do mesmo modo, ele avalia a visão de Hart (1994) como uma “melhoria” em relação ao tipo de positivismo jurídico defendido por Kelsen em diversos aspectos<sup>38</sup>, principalmente na naturalização da noção de validade por meio da referência a certos tipos de prática social, ou seja, na medida em que a

<sup>36</sup> No original: “*Hart was a critic of both American and Scandinavian legal realisms, though in both cases he missed his mark. The irony is that Hart’s legal positivism is also a realist theory of law (more in the American than the Scandinavian sense), and once we sort out the misunderstandings and confusions, it will be clear that legal positivists and realists form a unified theoretical front against the moralising and ideological obfuscators about law, from Lon Fuller to Ronald Dworkin.*” (Leiter, 2021, p. 80).

<sup>37</sup> “*Hart is a realist insofar as he recognizes that law operates mostly outside the courts; that inside the courts, some decisions are legally indeterminate; that the nature of law is naturalistically explicable in terms of psycho-social facts about human behaviors and attitudes, particularly those of officials; and that law is not necessarily a good thing, that it has costs, and that it is always an open question whether law generates moral obligations of compliance.*” (Leiter, 2020, p. 8).

<sup>38</sup> “*I take Hart’s view to be an improvement on Kelsen’s kind of positivism in several crucial respects, most importantly in naturalising the notion of validity via appeal to certain kinds of social practice*” (Leiter, 2021, p. 79).

identificação das regras válidas é delegada à regra de reconhecimento, a qual se assenta em fatos sociais.<sup>39</sup>

Em relação ao exposto anteriormente, pode-se concordar com a premissa de que o realismo jurídico procede de uma visão positivista sobre o direito (Guastini, 2020).<sup>40</sup> Se, por um lado, considerar o realismo jurídico como um membro da família do positivismo jurídico possa parecer estranho, é preciso ter em mente que o termo “positivismo jurídico” é, em si, ambíguo. Alguns estudiosos ainda o associam a doutrinas formalistas, segundo as quais as leis são sempre claras e constituem a única fonte válida de direito. Por esse motivo, o realismo jurídico, dada sua ênfase na criação judicial do direito e na discricionariedade judicial, às vezes é visto como uma reação ao positivismo jurídico. No entanto, essa visão não se aplica ao tipo de positivismo jurídico defendido por Hart (1994) e Kelsen (1967), os quais não adotam qualquer modalidade de formalismo legal (Dyevre, 2014). Entretanto, embora Leiter (2021) seja capaz de enxergar isso em relação a Hart, ele parece possuir ainda uma visão enviesada do pensamento kelseniano.

Portanto, essa linha de argumentação adicional contra a assertiva de Leiter (2021) vai no sentido de mostrar que as características “realistas” atribuídas por ele ao pensamento de Hart também podem ser encontradas no pensamento de Kelsen. Em especial, quanto à alegação de a regra de reconhecimento de Hart operaria uma “naturalização” do conceito de validade e, por isso, seria superior ao positivismo kelseniano, é preciso reforçar que o tratamento fíccional dispensado por Kelsen à validade em nada “desnaturaliza” esse

<sup>39</sup> Essa visão sobre a proximidade da teoria hartiana com o mundo dos fatos e o distanciamento do idealismo transcendental kelseniano é um tema comum na literatura científica (Gonçalves; Quirino, 2018). O exame proposto neste estudo contribui para desarticular essa visão ultrapassada na medida em que realça o realismo da teoria kelseniana, aspecto de sua obra que ficou apagado por muito tempo.

<sup>40</sup> De fato, pelo menos em relação ao positivismo jurídico “metodológico” (Bobbio, 2006), o realismo parece adotar as mesmas premissas, como identificou Guastini (2020).

conceito.<sup>41</sup> A pressuposição da validade baseada na norma fundamental é feita a partir de uma disposição que existe no “tempo” e no “espaço”, a partir da qual se extrai uma norma que será validada ficcionalmente, no plano da jurisprudência normativa ou poderá ter sua eficácia empiricamente constatada no plano da jurisprudência sociológica.

Para se compreender o realismo da teoria pura, é preciso ter em mente o “mapa do saber jurídico”<sup>42</sup> elaborado por Kelsen. Seguindo os passos de Bentham e Austin, Kelsen (1967) distingue a ciência do direito da política do direito. Sua principal crítica ao pensamento jurídico tradicional neste ponto é ele ter feito política do direito sob a pretensão de estar fazendo ciência. A política do direito compreenderia uma parte geral, sobre um direito ideal ou justo, identificada com as diversas filosofias da justiça existentes, e uma parte específica, referente às discussões sobre o “verdadeiro” sentido das normas da Constituição, por exemplo, típicas da dogmática jurídica tradicional. A ciência do direito, por outro lado, pode ser feita de duas formas: como sociologia do direito, a qual investiga o fenômeno jurídico de forma causal ou como ciência do direito *stricto sensu*, que investiga o direito de forma normativa, seja num âmbito geral ou particular (Chiassoni, 2017).

Essa distinção feita por Kelsen entre política do direito e ciência do direito é fundamentalmente realista. Ela evoca Maquiavel e sua distinção entre ética e política, um teórico que Leiter (2020) louva, juntamente com Tucídides, como sendo um precursor do realismo

<sup>41</sup> Nas palavras de Kelsen (1991, p. 256): “*The Basic Norm of a positive moral or legal system is not a positive norm, but a merely thought norm (i.e., a fictitious norm), the meaning of a merely fictitious, and not a real, act of will. As such, it is a genuine or ‘proper’ fiction (in the sense of Vaihinger’s philosophy of ‘As-If’). [...] According to Vaihinger, a fiction is a cognitive device used when one is unable to attain one’s cognitive goal with the material at hand [...]. The cognitive goal of the Basic Norm is to ground the validity of the norms forming a positive moral or legal order, that is, to interpret the subjective meaning of the norm-positing acts as their objective meaning (i.e., as valid norms) and to interpret the relevant acts as norm-positing acts. This goal can be attained only by means of a fiction.*”

<sup>42</sup> A expressão é tomada de empréstimo de Chiassoni (2017).

num sentido mais amplo do que o jurídico. Portanto, no nível epistemológico, o realismo da Teoria Pura parece indiscutível, tal como sustentado por Chiassoni (2013) e como a crítica da posição de Leiter (2020;2021), realizada neste estudo, permite concluir.

Kelsen promove, assim, uma epistemologia daquilo que possa ser entendido como direito. Enquanto jurisprudência normativa geral (teoria geral do direito), a teoria pura do direito busca descobrir e determinar a estrutura e as formas típicas daquilo que é identificado como direito e, enquanto jurisprudência normativa particular (doutrina jurídica), a teoria pura do direito pretende mostrar todas as virtuais possibilidades normativas deriváveis de um determinado direito positivo, descrevendo-as por meio de proposições jurídicas (*Rechtssatz*). Baseada nessa ciência do direito pura, a sociologia do direito (jurisprudência sociológica) pode observar e descrever o comportamento dos membros de uma sociedade, constatando sua conformidade ou não em relação ao direito vigente (eficácia) e formulando previsões sobre a conduta futura dos destinatários comuns ou dos órgãos competentes, além de poder investigar os fatores causais que influenciam a observância, a produção e a aplicação das normas jurídicas. Mesmo que Kelsen assuma uma prioridade conceitual da jurisprudência normativa em relação à sociológica, ele não descuida da necessária complementariedade entre essas duas abordagens científicas do direito (Chiassoni, 2017).<sup>43</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante considerar o tratamento dispensado por Leiter à teoria kelseniana, devido à sua proposta de uma “jurisprudência

<sup>43</sup> “[...] o problema que Kelsen tenta solucionar mediante suas propostas epistemológicas consiste aparentemente nisto: identificar as condições para um conhecimento genuinamente científico do direito enquanto fenômeno normativo, que seja assim conhecimento empiricamente fundado, exato e objetivo, mas não explicativo causal.” (Chiassoni, 2017, p. 419).

“naturalizada” (Leiter, 2007)<sup>44</sup> estar entre as mais “potentes” propostas teóricas para a ciência jurídica formuladas nos últimos tempos, comparável ao “direito como integridade de Dworkin” e à “hermenêutica de Raz” (Chiassoni, 2011, p. 73-74). A discussão sobre o realismo da teoria pura a partir do prisma de Leiter ganha uma relevância maior em virtude de essa desqualificação como idealista ou transcendental macular a teoria de Kelsen como sendo pseudocientífica, por não atingir os padrões de cientificidade presumidos por Leiter quando da sua identificação do realismo com o naturalismo metodológico. Assim, sustentar o realismo da teoria pura do direito assume o caráter de defender também a cientificidade do modelo teórico elaborado por Kelsen.<sup>45</sup>

Tendo isso em vista, a teoria pura do direito só pode descrever como as normas de um direito positivo devem ser aplicadas levando em consideração as determinações presentes nesse direito positivo. Assim, em outras palavras, ela é um enfoque de estudo do direito que o descreve de um ponto de vista interno, mas não se compromete de forma alguma com a legitimidade desse direito ou com a sua eficácia, as quais apenas enfoques filosóficos ou sociológicos do direito são capazes de considerar. Em suma, a teoria pura do direito apenas indica, mostra ou aponta o que está previsto no direito positivo, inclusive com seus defeitos, mas não sugere, recomenda ou julga sua aplicação.

<sup>44</sup> Vale mencionar que a posição de Leiter também não se encontra isenta de críticas. Marmor e Sarch (2019) reputam a “jurisprudência naturalizada” defendida por Leiter (2007) como sendo uma visão reducionista do direito. Para eles, visões reducionistas entendem que esclarecer a natureza do direito envolve explicar o que ele é e como funciona, com base em fatos mais fundamentais. A abordagem de Leiter utiliza uma metodologia empírica para explicar a natureza do direito, rejeitando uma avaliação teórica baseada em intuições (como a análise conceitual), alegando que estas são epistemologicamente pouco confiáveis. A metodologia naturalista sugere o uso das ciências sociais para entender o comportamento jurídico, especialmente o judicial. Essa visão metodológica, no entanto, levanta questões sobre por que o filósofo do direito deveria estudar apenas o comportamento judicial e não outras áreas. (Marmor; Sarch, 2019).

<sup>45</sup> O autor agradece em especial ao professor Diego Luna, da Universidade de Buenos Aires, pela provocação que ensejou esse aclaramento da justificativa do presente trabalho.

A teoria pura do direito é uma forma de conceber uma teoria geral das normas jurídicas numa perspectiva que primeiro considera o direito como um fato, para depois pensar a norma a partir dele. Assim, o resultado de um estudo fundado epistemologicamente na teoria pura do direito pode ser uma teoria realista do direito. O modelo de ciência jurídica elaborado por Kelsen além de ser realista, consegue oferecer algo mais ao Direito do que algumas propostas teóricas enquadradas no realismo jurídico: ela dispõe de uma epistemologia própria para uma ciência jurídica autônoma, sem reduzi-la à sociologia do direito. Ela é uma ciência de possibilidades normativas, ou seja, ela investiga, a partir do direito positivo existente, as questões que possam vir a se concretizar como normas (incluídas na moldura).<sup>46</sup> Contudo, para Kelsen (1967), essa concretização depende da atuação dos órgãos jurídicos e não da ciência do direito, é uma questão de política jurídica e não de ciência do direito.

## REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Kristin Y. Conditions, Fictions and the Basic Norm. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 66, n. 2, p. 279-290, 2021.
- BARBERIS, Mauro Giuseppe. El realismo jurídico europeo-continental. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. v 1. Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 227-240.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. São Paulo: Contracorrente, 2017.
- CHIASSONI, Pierluigi. The simple and sweet virtues of analysis: a plea for Hart's metaphilosophy of law. *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n. 5, p. 53-80, 2011.

<sup>46</sup> A teoria da ficção permite pensar aquilo que pode ser direito como se ele já fosse.

CHIASSONI, Pierluigi. Wiener realism. In: ALMEIDA, Luís Duarte de; GARDNER, John; GREEN, Leslie (eds.). *Kelsen revisited: new essays on the pure theory of law*. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 131-162.

DYEVRE, Arthur. Law and the evolutionary turn: the relevance of evolutionary psychology for legal positivism. *Ratio Juris*, v. 27, n. 3, p. 364-386, 2014.

GODFREY-SMITH, Peter. Models and fictions in science. *Philosophical studies*, v. 143, p. 101-116, 2009.

GONÇALVES, Alex Silva; QUIRINO, Regio Hermilton Ribeiro. A norma hipotética fundamental de Hans Kelsen e a regra de reconhecimento de Herbert Hart: semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do sistema jurídico. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 39, n. 78, p. 91-118, 2018.

GREEN, Michael Steven. Hans Kelsen and the logic of legal systems. *Alabama Law Review*, v. 54, p. 365-413, 2002.

GREEN, Michael Steven. Legal realism as theory of law. *William & Mary Law Review*, v. 46, p. 1915-2000, 2004.

GUASTINI, Riccardo. Legal realism as a positivistic theory of Law. *Isonomía*, n. 53, p. 127-137, 2020.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

KELSEN, Hans. *General theory of norms*. Translated by Michael Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991.

KELSEN, Hans. *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987.

KELSEN, Hans. *Pure theory of Law*. Translated by Max Knight. Los Angeles: University of California Press, 1967.

KELSEN, Hans. Pure theory of Law and Analytical Jurisprudence. *The Harvard Law Review*, v. 55, p. 44, 1941.

KELSEN, Hans. The function of a constitution. In: TUR, Richard; TWING, William (eds.). *Essays on Kelsen*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 111-119.

LEITER, Brian. Legal Realism and Legal Positivism reconsidered. *Ethics*, v. 111, p. 278–301, 2001.

LEITER, Brian. Legal Positivism as a Realist Theory of Law. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (eds.). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 79–102.

LEITER, Brian. **Naturalizing Jurisprudence**: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LEITER, Brian. **What is a Realist Theory of Law?** (January 10, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3517589>.

LOSANO, Mario G. La teoría pura del Derecho: del logicismo al irracionalismo. *DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 2, p. 55–85, 1985.

MARMOR, Andrei; SARCH, Alexander. “The Nature of Law”. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2019 Edition). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/>. Acesso em: 27 set. 2024

MIRANTE, Daniela. Hans Kelsen: ruptura ou continuidade entre a Teoria Pura do Direito e a Teoria Geral das Normas. *Revista Direito e Práxis*, v. 5, n. 1, p. 120–151, 2014.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Domesticating Kelsen**. Towards the pure theory of English Law. Camberley: Edward Elgar Publishing, 2019.

PAULSON, Stanley L. Arriving at a defensible periodization of Hans Kelsen's Legal Theory. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 19, n. 2, p. 351–364, 1999.

PAULSON, Stanley L. Introduction. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie L. (Eds.). **Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes**. New York: Clarendon Press, 1998.

PAULSON, Stanley L. On the puzzle surrounding Hans Kelsen's Basic Norm. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 279–293, 2000.

RAZ, Joseph. The purity of the pure theory. *Revue internationale de philosophie*, v. 35, n. 138, p. 441–459, 1981.

SCHAUER, Frederick. Legal realism untamed. *Texas Law Review*, v. 91, p. 749–795, 2012.

SPAAK, Torben. Naturalism and Non-Naturalism in Legal Philosophy: Hägerström on Kelsen. In: **Axel Hägerström and modern social thought**. ELIAESON, Sven; MINDUS, Patricia; TURNER, Stephen (eds.). Oxford: The Bardwell Press, 2014, p. 231-256.

TELMAN, Jeremy. A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in the Land of Legal Realists. In: WALTER, Robert; JABLONER, Clemens; ZELENY, Klaus. (ed.) **Hans Kelsen Anderswo: der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern (Hans Kelsen Abroad)**. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2010, p. 353-376.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. On the continuity of the doctrine of the basic norm in Kelsen's Pure Theory of Law. **Jurisprudence**, v. 12, n. 3, p. 321-346, 2021.

TUR, Richard. The Kelsenian enterprise. In: TUR, Richard; TWINING, William. (eds.). **Essays on Kelsen**. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 149-188.

VAIHINGER, Hans. **The Philosophy of 'As-If'**. Trad. De C. K. Ogden. New York: Harcourt Brace, 1924.

WOODBURY-SMITH, Kara. Inclusive Legal Positivism. In: SELLERS, Mortmer; KIRSTE, Stephan. (eds) **Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy**. Dordrecht: Springer, 2018.

### VINICIUS FERNANDES ORMELESI

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre e graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Especialista em Docência do Ensino Superior e Educação em Direitos Humanos. Membro da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito (ABRAFI). Professor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) - Unidade Frutal e professor do curso de graduação em Direito da Faculdade de Educação São Luís.

Endereço profissional: Av. Escócia, 1001, Cidade das Águas, Frutal/  
MG, Brasil.

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-6511-328X>

**E-MAIL:** [vinicius.ormelesi@uemg.br](mailto:vinicius.ormelesi@uemg.br)

Recebido em: 21/10/2024

Aceito em: 30/01/2025



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution 4.0 International License.

publicação, ficando o trabalho licenciado sob a Creative Commons Attribution 4.0 International License. A licença autoriza que terceiros remixem, adaptem e ou criem a partir do trabalho publicado, indicando o crédito ao trabalho original e sua publicação inicial. Os autores têm permissão para assumir contratos adicionais em separado, com distribuição não exclusiva da versão publicada na Revista Sequência, indicando, de todo modo, a autoria e publicação inicial neste periódico.