ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

SER E DEVER SER NA TEORIA KELSENIANA DO DIREITO

BE AND SHOULD BE IN KELSEN'S THEORY OF LAW

Eduardo Ramalho Rabenhorst*

RESUMO: O presente artigo procura refletir sobre os diversos aspectos da distinção proposta por Hans Kelsen entre os domínios do Ser e do Dever Ser. Examina também as dificuldades inerentes a uma concepção descritivista de ciência do direito, centrada nos pressupostos do formalismo e da neutralidade axiológica.
Palavras-chave: Hans Kelsen. Ser e dever ser. Ciência do Direito.

ABSTRACT: This paper discusses the various aspects of the distinction proposed by Hans Kelsen between the domains of Being and Should be. It examines the difficulties inherent in designing a descriptive science of law focused on the assumptions of the formalism and the neutrality of values.
Keywords: Hans Kelsen. Be and should be. Science of Law.

* Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba; Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Strasburg III, França; Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. *Email:* raben@openline.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A grande contribuição de Hans Kelsen para o domínio da teoria positivista do direito emerge das duas teses que constituem o âmago de sua célebre *Teoria Pura do Direito*: a da necessidade de um exame das condições de possibilidade do conhecimento jurídico, e a da exigência metódica da "pureza", uma idéia que significa, ao mesmo tempo, a afirmação do caráter metateórico da ciência do direito e do seu traço distintivo com relação às demais ciências sociais.

Os principais traços deste programa aparecem já no primeiro grande trabalho de Kelsen intitulado **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre** (Problemas fundamentais da teoria jurídica do Estado), cuja primeira edição é de 1911. Essa obra manifesta uma forte influência do neokantismo alemão e, mais particularmente ainda, da filosofia dos valores de Herman Cohem. Porém, é importante observarmos que, se Kelsen seguiu os neokantianos na busca da fundação da lógica específica das ciências sociais, ele soube tomar suas distâncias com relação a este movimento filosófico, no que diz respeito ao estatuto da ciência jurídica.

Kelsen reconhece que o seu projeto é, na verdade, uma radicalização do pensamento kantiano. Para o jurista austríaco, se Kant afastou a metafísica da sua filosofia da natureza, ele a manteve, no entanto, no plano da sua filosofia do direito. Assim, a despeito das intenções de Kant, a *Teoria Pura do Direito* pretende transpor o princípio da lógica transcendental kantiana, concebendo o dever-ser como a categoria lógica das ciências normativas em geral, e da ciência do direito em particular.

2 A PUREZA METÓDICA

A *Teoria pura do direito* tem como princípio fundamental a "pureza" metódica, que é entendido por Kelsen em dois sentidos distintos: em primeiro lugar, ele faz referência ao próprio caráter objetivo e autônomo da ciência do direito, que deve se conformar em descrever o seu objeto de uma forma neutra, sem se pronunciar acerca de seu conteúdo ético ou político. Obviamente, isso não significa uma adesão aos postulados de um

positivismo jurídico radical ou ao ideal de um mundo jurídico perfeito, livre de toda ideologia. Tal interpretação não procede, pois a exigência de "neutralidade axiológica" concerne à ciência do direito e não ao direito ele próprio. Neste sentido, nunca é demais lembrar que o propósito de Kelsen é construir uma "teoria pura" do direito, e não uma teoria do direito "puro".

Na verdade, ao definir a ciência do direito como metateoria do direito positivo, Kelsen segue um artigo de base da teoria analítica do direito esboçada por J. Austin e J. Bentham, a saber, o de que não existe nenhuma correlação entre o *direito tal como ele é* e o *direito tal como ele deveria ser*. Tal idéia foi expressa por Bentham no seu célebre Fragmento sobre o governo de 1776:

> Existem duas posições, uma das quais tem de ser assumida por quem quer que tenha algo a dizer sobre uma questão jurídica: a do expositor e a do censor. Ao expositor cabe explicar o que a lei é, tal como a entende; ao censor cabe indicar o que ele acredita que deve ser. Por isso, o primeiro se ocupa, principalmente, de determinar ou inquirir os fatos; o segundo de discutir as razões (BENTHAM apud PARAMO, 1984, p.128).

O que Bentham sugere, portanto, é uma distinção entre duas posições distintas com relação ao direito: a primeira apresentaria o direito tal como ele é de fato (na sua atualidad) ou tal como ele foi (na sua história), enquanto que a segunda procederia a uma crítica do direito atual ou passado, prescrevendo o que este deveria ser. Na linha de Bentham, J. Austin introduzira uma distinção nítida entre a "jurisprudência" e a "ciência da legislação": a primeira, acredita o filósofo inglês, estuda o direito existente tal como ele é efetivamente. Já a segunda estuda o direito segundo critérios de avaliação, isto é, de um ponto de vista deontológico. E é no quadro desta distinção teórica que Austin enuncia a sua famosa frase, freqüentemente evocada pelos partidários do positivismo jurídico: "*A existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra* ".

Mas há pelo menos duas maneiras diferentes de se interpretar a frase acima citada. A primeira, consiste em dizer que, para Austin, a lei é moralmente falível, isto é, ela não é necessariamente boa, correta ou justa. Porém, tal interpretação enunciaria um truísmo admitido até mesmo pelo jusna-

turalista mais ortodoxo. Uma segunda leitura, ao contrário, consistiria em afirmar que, segundo Austin, não é possível oferecer uma definição ética ou politicamente orientada do direito, uma vez que, para fazê-lo, é necessário avaliar o direito, e as avaliações são simplesmente a expressão de atitudes.

Esta última parece ser a interpretação de Kelsen que, de imediato, reconhece que a sua teoria pura do direito é uma teoria "positivista", no sentido de que ela evita toda definição ética ou política do direito (KELSEN, 1985). Neste sentido, a teoria kelseniana é vislumbrada, pelo seu próprio autor, como uma teoria "monista" em oposição às teorias "dualistas", que supõem a existência, ao lado do direito positivo, de um direito "ideal" ou "justo". Porém, isso não significa que Kelsen negue a existência de uma norma de justiça que guiaria, em última instância, a ação humana. Na verdade, o que o jurista austríaco afirma é apenas que a ciência do direito não tem por objeto a descoberta dessa norma de justiça última e, mais importante ainda, que a validade do direito positivo não pode depender de uma tal norma.

E é assim que encontramos o segundo sentido atribuído pela teoria pura ao termo "pureza". Com efeito, a validade de uma norma jurídica positiva não pode ser aferida de um princípio moral ou de um ideal de justiça. A validade de um ordenamento jurídico é, pois, infrajurídica, no sentido de que apenas uma norma jurídica superior (a Constituição, por exemplo) pode fundar a validade de uma norma jurídica inferior. Naturalmente, como não podemos remontar tal processo ao infinito (perguntar, por exemplo, de onde a própria Constituição tira a sua validade), devemos, necessariamente, supor a existência de um postulado lógico-transcendental ao qual Kelsen atribui o nome de "norma fundamental". Tal norma não deve ser confundida nem com uma norma de direito positivo, nem com uma norma de justiça transcendente.

A norma fundamental é, segundo a *Teoria pura do direito* (Kelsen mudará de terminologia mais tarde), uma hipótese, ou pressuposição, cuja função é, simultaneamente, evitar o "sofisma naturalista" de se deduzir o normativo de instâncias não-jurídicas e impedir o regresso ao infinito quando tentamos definir a validade de um ordenamento jurídico na sua totalidade. Assim, podemos dizer, seguindo Roberto Vernengo (1986), que o estatuto da

norma fundamental é duplo: ela é, ao mesmo tempo, uma categoria epistemológica e o fundamento de validade de todo ordenamento jurídico (validade entendida aqui como eficácia, e não como legitimidade ética ou política).

3 SER E DEVER-SER

Importa observarmos que, no centro de todas estas distinções, se encontra precisamente a oposição vislumbrada por Kelsen entre o ser e o dever-ser. Com efeito, tal oposição define o objeto constitutivo da ciência do direito, fixa o conhecimento por ela proporcionado no quadro geral das demais ciências normativas. Porém, a despeito de o fato da dicotomia entre o ser e o dever-ser estruturar o projeto kelseniano de uma teoria pura do direito, o uso que Kelsen faz desta é por demais ambíguo.

De fato, observa J. Wroblewski (1981) que toda interpretação do papel da oposição entre o ser e o dever-ser no pensamento kelseniano esbarra na dificuldade da ausência de uma definição precisa de tais categorias, por parte de Kelsen. Na *Teoria pura do direito,* o jurista austríaco cita os **Principia Ethica** de Moore para justificar que a diferença entre o **Sein** e o **Sollen** não pode ser aprofundada em detalhes, uma vez que ela é "*um dado imediato da nossa consciência*" e, como tal, algo de simples e de indefinível. Neste sentido, escreve Kelsen:

> ninguém pode negar que o enunciado : tal coisa é - ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático - se distingue essencialmente do enunciado : algo deve-ser - com o qual descrevemos uma norma - e que de circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser não se segue que algo seja (KELSEN, 1985, p. 6).

Face à ausência de definição precisa dos termos - sem dúvida curiosa num autor que pretende fundar uma ciência objetiva do direito -, Wroblewski sugere que devemos tentar compreender a dicotomia entre o ser e o dever-ser em cada um dos níveis onde ela é empregada por Kelsen.

Assim, segundo Wroblewski, Kelsen utilizaria a dicotomia entre o **Sein** e o **Sollen** em quatro níveis distintos: o ontológico, o epistemológico, o lógico-semiótico e o nível "modal".

No nível ontológico, Kelsen apresenta o dualismo entre o ser e o dever-ser como uma oposição entre duas "realidades" distintas: a da natureza, por um lado, e a dos valores por outro. Porém, o jurista austríaco nos fornece uma análise por demais imprecisa de tal distinção ontológica. Na verdade, Kelsen pressupõe tal distinção, sem justificá-la propriamente.

O que Kelsen fará com mais clareza é apresentar essa mesma dicotomia ontológica entre o ser e o dever-ser, num segundo sentido, a saber, como diferença entre o ato de vontade que instaura a norma jurídica, e a sua significação objetiva. Com efeito, segundo a *Teoria Pura do Direito*, a norma jurídica é a "*significação de um ato de vontade*" através do qual uma determinada conduta é ordenada, autorizada, habilitada ou derrogada. A norma jurídica não se confunde, portanto, com o ato de vontade que a instaura. Ela é, pois, um dever-ser (**Sollen**), enquanto que tal ato de vontade é apenas um ser (**Sein**).

Procedendo assim, observa Michel Troper (1994), Kelsen toma as suas distâncias com relação às concepções positivistas tradicionais: se os atos de vontade possuem a significação de que uma norma foi criada, tal significação não provém de uma propriedade intrínseca a tais atos. Ao contrário, são exatamente as normas que conferem esta significação normativa, de tal forma que estes atos podem ser interpretados de acordo com elas. Neste sentido, as normas jurídicas são "esquemas de interpretação", e a tarefa da ciência do direito consiste precisamente em descrever tais esquemas[1]. Logo, a especificidade da ciência do direito decorre do próprio caráter específico do seu objeto, ou seja, o direito tem por objeto os mesmos fatos objetivos examinados pelas ciências naturais, sendo que ele apreende tais fatos enquanto fatos jurídicos, isto é, enquanto fatos que possuem uma significação normativa.

1 Kelsen nos dá um exemplo bastante esclarecedor da sua tese: alguns homens estão reunidos numa sala, pronunciando certas palavras e realizando determinados gestos (levantando ou abaixando as mãos). Apenas do ponto de vista do direito, isto é, com o auxílio deste esquema de interpretação que é a norma jurídica, nós podemos compreender que o que se passa nessa sala é precisamente uma assembléia.

A posição de Kelsen é, portanto, radicalmente diferente daquela que caracteriza um positivismo restrito, em que a ciência do direito é concebida segundo o modelo das ciências naturais. Afinal, segundo o positivismo jurídico tradicional, o objeto da ciência do direito não é outro senão o conjunto de comportamentos sociais observáveis, e a ciência do direito, ela própria, uma espécie de psicologia ou sociologia empírica do comportamento. Kelsen não nega o interesse de uma tal pesquisa empírica para a teoria jurídica. No entanto, o que ele observa é que, se desejamos examinar o sentido específico das normas jurídicas, devemos supor que o conhecimento jurídico se organiza de uma forma radicalmente distinta daquela do conhecimento patrocinado pelas ciências naturais. E é por isso que a *Teoria pura do direito* estabelecerá, ao lado da distinção ontológica entre o ser e o dever-ser, uma outra distinção; desta vez, de contornos nitidamente *epistemológicos*.

4 A DISTINÇÃO ENTRE O SER E O DEVER-SER NO PLANO EPISTEMOLÓGICO

Para Kelsen, o ser e o dever-ser determinam os limites de dois tipos diferentes de conhecimento que se distinguem tanto pelos seus objetos específicos quanto pelos seus princípios explicativos. O primeiro tipo de conhecimento é oriundo das ciências naturais, que, segundo Kelsen, são ciências "causais", no sentido de que elas se relacionam com os seus objetos (os fenômenos físicos, temporal e espacialmente situados) por meio de uma descrição fundada sobre o princípio de causalidade do tipo "se A é, B é ou será". É importante lembrarmos aqui que Kelsen situa, entre as ciências causais, não apenas as ciências tradicionalmente consideradas como "naturais" (a física, a química e a biologia, entre outras), mas também a psicologia, a história e a sociologia, ciências que, para o jurista austríaco, têm por objeto "*a conduta humana na medida em que ela é determinada através de leis causais, isto é, na medida em que se processa no domínio da natureza ou da realidade natural*" (KELSEN, 1985, p. 96). Dessa forma, entre as ciências sociais "causais" e as ciências naturais, existirá apenas uma distinção de grau, e não propriamente de princípio.

Ao lado das ciências causais, se localizam as ciências normativas, que recebem tal denominação, não porque elas estabelecem normas ou prescrevem um comportamento qualquer, mas porque *descrevem* normas. Segundo a *Teoria pura do direito*, ainda que as normas sejam fatos objetivos situados no tempo e no espaço, elas não se deixam apreender por uma relação de causa e efeito. Ao contrário, elas exigem um princípio de interpretação específico, a que Kelsen, utilizando-se da terminologia kantiana, dá o nome de princípio de imputação. Tal princípio toma a forma de um juízo hipotético do tipo "Se A é, então B deve ser", juízo que estabelece uma conexão entre uma certa conduta e as suas conseqüências.

Nestes moldes, a ciência do direito aparece, então, como uma metateoria descritiva da estrutura do ordenamento jurídico. Tal ciência se limita, pois, a descrever as normas com auxílio de enunciados fatuais que não se confundem com as normas jurídicas elas próprias (**Rechtsnormen**). Uma proposição é um enunciado descritivo, isto é, um enunciado indicando que algo é, foi ou será. Uma norma, ao contrário, é uma prescrição (no sentido mais amplo do termo, isto é, englobando as permissões e as habilitações), criada por uma autoridade jurídica competente, e que deve ser observada pelos operadores jurídicos [2].

E é assim que encontramos o terceiro nível da distinção kelseniana entre o ser e o dever-ser, a saber, o nível lógico-semiótico. De fato, as proposições jurídicas são, enquanto enunciados descritivos, submetidas aos valores-de-verdade, isto é, verdadeiras ou falsas. As normas jurídicas, ao contrário, não são susceptíveis ao tratamento vericondicional, pois uma prescrição não é verdadeira ou falsa, mas simplesmente válida ou inválida. Assim, se a verdade é uma propriedade da proposição de direito, a validade, por sua vez, é o próprio modo de existência de uma norma jurídica.

2 De fato, foi um grande mérito de Kelsen apontar tal distinção mostrando que no discurso ordinário é comum utilizarmos a palavra "direito" de uma forma bastante ambígua, confundindo, pois, dois domínios que são diferentes: o direito enquanto sistema de normas jurídicas e o direito enquanto disciplina metateórica que descreve tal sistema. No entanto, como bem observou o lógico polonês G. Kalinowski, Kelsen, acreditando poder relacionar esta distinção à duas acepções do termo "dever" — *prescritivo* no caso das normas e *descritivo* no caso das proposições de direito — terminou por confundir linguagem com metalinguagem sem perceber, pois, que no caso das proposições de direito, o verbo **Sollen** não é *utilizado,* mas apenas *mencionado*. Ver a propósito G. Kalinowski (1965).

5 CIÊNCIA DO DIREITO E ÉTICA

Mas, aqui, é importante abrirmos um parêntese para assinalar que, diante do que foi exposto acima, a diferença entre a ciência do direito e a ética não pode ser estabelecida. Aliás, essas duas disciplinas são "ciências normativas", no sentido de que ambas se propõem a descrever normas. Ora, sob o risco de ameaçar a pureza metodológica da ciência do direito, Kelsen se vê constrangido a estabelecer a especificidade de cada uma destas disciplinas, mostrando a heterogeneidade existente entre as normas jurídicas e as normas morais.

Mas o problema não é tão fácil de ser resolvido. Na verdade, é interessante observarmos que a posição kelseniana em relação à ética é extremamente ambígua. Por um lado, Kelsen adota uma posição não cognitivista com relação aos valores morais, pois acredita o autor da *Teoria pura do direito* que os valores possuem apenas uma constituição emotiva e subjetiva[3]. Contudo, o próprio Kelsen reconhece que, da mesma maneira que confundimos muitas vezes o direito com a ciência do direito, confundimos, igualmente, a moral com a ética, e afirma, " *desta o que só quanto aquela 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*" (KELSEN, 1985, p. 64). No mais, Kelsen denuncia outra confusão que consiste em definir a ética como "ciência de fatos" e, destarte, como um simples ramo da psicologia ou da sociologia. A ética, como a ciência do direito, "*é ciência de normas ou ciência normativa porque tem por objeto normas de dever-ser como conteúdos de sentido, e não os atos da ordem do ser insertos no nexo causal, cujo sentido são normas*" (KELSEN, 1985, p. 63).

Assim, fica claro que a ciência do direito e a ética não se distinguem pelos seus métodos. Ambas são ciências normativas que descrevem normas entendidas como a significação de fatos empíricos. Enquanto tal, elas seriam igualmente regidas pelo princípio de imputação, se bem que a impu-

3 Vários autores observaram que esta posição acerca dos valores é contraditória, pois, se por um lado Kelsen manifesta um não cognitivismo explicito com relação aos valores morais, por outro, na seção 4 da sua Teoria pura do direito, ele supõe a existência de "valores legais" derivados das normas jurídicas objetivamente válidas.

tação jurídica seja diferente da imputação moral[4]. No mais, a ética, como a ciência do direito, também descreve o seu objeto por meio de proposições descritivas submetidas aos valores-de-verdade.

A diferença entre a ciência do direito e a ética só aparece, portanto, ao nível dos seus respectivos objetos. A moral se distingue do direito pelo fato de que as suas normas não têm, como as normas jurídicas, o caráter de atos de coação. Neste sentido, escreve o autor da *Teoria pura do direito*:

> O direito só pode ser distinguido essencialmente da moral quando [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em consideração o emprego da força física (KELSEN, 1985, p. 68).

6 A CIÊNCIA DO DIREITO NA TEORIA GERAL DAS NORMAS

Tal concepção da separação entre o direito e a moral (por meio da sanção) é por demais contestável, mas não abordaremos o problema aqui. Mais importante é sublinharmos a grande transformação que a teoria kelseniana sofreu, a partir dos anos 60, quando o jurista austríaco, afastando-se das suas posições neokantianas iniciais, propôs uma nova concepção da ciência do direito. Com efeito, observa oportunamente Michel Troper (1994), uma das principais dificuldades da *Teoria pura do direito* estava exatamente em não estabelecer um critério preciso de validação das suas próprias proposições.

Na verdade, na *Teoria pura do direito*, Kelsen se limitava a afirmar que uma proposição de direito, segundo a qual existe, num determinado ordenamento jurídico a obrigação de realizar "P", é verdadeira, se este ordenamento estabelece, de fato, a obrigação de realizar "P" (e falsa, no caso contrário). Porém, proceden-

4 Na primeira edição da **Teoria pura do direito** Kelsen utilizava o mesmo termo em alemão **Zurechnung** para fazer referência a estes dois tipos de imputação. Porém, na segunda edição desta obra ele decide empregar o termo **Zuschreibung** (atribuição) para designar a imputação moral.

do assim, Kelsen apenas afastava o problema sem, na verdade, resolvê-lo; pois, se a validade é, segundo ele próprio, tão-somente a conformidade de uma norma inferior com uma norma superior, o fato é que tal conformidade não pode ser verificada de uma forma objetiva, posto que não se trata de um fato empírico.

Esta dificuldade é, na verdade, fruto da definição da norma jurídica, não como uma realidade empírica, mas sim como uma espécie de entidade ideal. Anos mais tarde, já nos Estados Unidos, Kelsen mudará de opinião e passará a reconhecer que as proposições de direito não descrevem normas que sejam entidades ideais, mas que elas representem a expressão de atos de vontade. Neste sentido, e de acordo com a nova posição de Kelsen, as proposições de direito seriam efetivamente verdadeiras ou falsas, pois a validade seria vista, agora, como uma simples propriedade empírica de ordem sociológica ou mesmo psicológica (uma norma é válida se ela foi criada por um ato de vontade). Note-se, portanto, que estamos diante de uma reviravolta fundamental do pensamento kelseniano que afetará profundamente o estatuto da ciência do direito, ou seja, o sentido da distinção entre o ser e o dever-ser, e a própria idéia da possibilidade de existência de uma lógica das normas.

No texto póstumo da *Teoria Geral das Normas* (publicado em 1979), Kelsen, abandonando a sua definição da norma como entidade ideal, passará a conceber a distinção entre o ser e o dever-ser como uma simples distinção "modal", segundo a terminologia de Wroblewski. Doravante, ser e dever-ser serão definidos como conceitos puramente formais, isto é, como "*dois modos que podem tomar todo e qualquer conteúdo*" (KELSEN, 1979, p. 70). Neste sentido, numa frase do tipo "A paga sua dívida de jogo", o substrato modal indiferente "pagar dívida de jogo" toma o modo do ser, enquanto que numa frase do tipo " A deve pagar a sua dívida de jogo", o substrato modal indiferente toma a forma de um dever-ser.

Como observa C. Grzegorczyk, Kelsen, ao introduzir tal distinção (que parece lembrar a distinção estabelecida por Hare entre o conteúdo de uma proposição e o seu modo de expressão), não ajuda a esclarecer o sentido da oposição entre o ser e o dever-ser, no âmbito da sua doutrina, uma vez que ele não se preocupa em determinar qual seria o estatuto dos "modos" do ser e do dever-ser (seria ontológico, epistemológico ou alético?). No mais, é sabido que a lógica deôntica estabelece uma relação entre as modalidades ônticas e as modalidades deônticas,

estas últimas entendidas como "modos" do **Sollen**. Porém, para Kelsen, o **Sollen** já é, ele próprio, um modo.

A *Teoria geral das normas* introduz também uma profunda mudança no que se refere à aplicação da lógica no domínio do direito. Com efeito, no passado, Kelsen sustentava que se os princípios lógicos não eram aplicáveis diretamente às normas jurídicas, eles seriam, em contrapartida, aplicáveis indiretamente às proposições de direito. Porém, o jurista vienense foi obrigado a mudar tal posição, dado que esta não era mais compatível com a sua nova concepção da validade e da verificação das proposições da ciência do direito. Assim, ele passará a defender a idéia de que a validade de uma norma individual não depende, como no caso de uma proposição, de uma inferência a partir de uma norma geral. Logo, a verdade de uma proposição do tipo "Sócrates é mortal" está contida, implicitamente, nas proposições "Todos os homens são mortais "e" Sócrates é mortal", enquanto que a validade de uma norma individual do tipo " Smith deve ser condenado a uma pena de prisão" não está contida na norma " Todo assassino deve ser condenado a uma pena de prisão". Na verdade, a norma individual "Smith deve ser condenado a uma pena de prisão" é válida não porque pode ser inferida de uma norma geral, mas apenas porque ela é a manifestação de um ato de vontade de um juiz.

No entanto, como bem observou Michel Troper (1994), seguindo a opinião de Letizia Gianfromaggio (1987), Kelsen parece confundir, erradamente, aquilo que pertence à lógica com aquilo que pertence à teoria do direito, pois, ao afirmar que a validade de uma norma individual não depende da possibilidade de uma inferência de uma norma geral, ele acreditou poder contestar, assim, toda possibilidade de uma lógica das normas, quando poderia simplesmente ter vislumbrado que uma inferência entre as normas poderia ser logicamente válida, mas que a validade jurídica de uma norma não depende desta inferência.

Apesar de todas estas contradições e hesitações do pensamento do jurista vienense, não se pode negar que ele continua sendo, até hoje, o mais importante entre todos aqueles que a teoria contemporânea produziu. Neste sentido, as dificuldades enfrentadas pela teoria pura do direito testemunham os impasses de uma doutrina que, procurando preservar a qualquer preço uma separação entre os domínios do ser e do dever-ser, termina por negar a própria racionalidade do direito.