

## TEORIA PURA DO DIREITO E POSITIVISMO JURÍDICO: A INFLUÊNCIA DO NORMATIVISMO EM HANS KELSEN E SEUS IMPACTOS

*PURE THEORY OF LAW AND LEGAL POSITIVISM: THE  
INFLUENCE OF POSITIVISM IN HANS KELSEN 'S THEORY AND  
IT 'S IMPACTS*

*TEORÍA PURA DE LA LEY Y POSITIVISMO LEGAL: LA  
INFLUENCIA DEL POSITIVISMO EN HANS KELSEN Y SUS  
IMPACTOS*

Leilane Serratine Grubba\*  
Alexandre Marques Silveira\*\*

\* Doutora em Direito com estágio de pós-doutoramento pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional - IMED (Mestrado em Direito/IMED). Professora Colaboradora do Mestrado em Psicologia da Faculdade Meridional (PPGP/IMED). Professora da Escola de Direito (IMED), Passo Fundo (RS), Brasil.

\*\* Mestre em Direito pela Faculdade Meridional de Passo Fundo (IMED), Passo Fundo (RS), Brasil.

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2 Hans Kelsen e a Ciência do Direito: noções gerais para a compreensão do objeto de pesquisa; 3 A questão da forma do Direito na concepção positivista clássica; 4 O positivismo kelseniano: uma questão de normativismo; 5 O problema de pesquisa: o fundamento de validade filosófico da teoria pura e a norma básica; 6 Considerações Finais; Referências.*

**RESUMO:** Hans Kelsen é considerado um dos principais agentes para a transformação e compreensão do Direito enquanto ciência, sendo sua obra *Teoria Pura do Direito* uma das mais notáveis e discutidas no contexto jurídico brasileiro contemporâneo, fomentando uma série de debates entre os defensores e os críticos do pensamento de Kelsen. O artigo busca analisar a obra de Hans Kelsen e sua teoria acerca da pureza do Direito sob a ótica do positivismo (normativismo) jurídico, verificando quais os principais impactos da correlação entre o positivismo e a teoria pura nos estudos jurídicos da atualidade. Leva-se em consideração, para tanto, a discussão mais atual sobre a norma básica (fundamental e hipotética), central no pensamento kelseniano. Com ênfase, discute-se a problemática da norma básica de Kelsen, questionando o seu fundamento de validade filosófico: é ela um fundamento jusnaturalista ou positivista? A hipótese preliminar apresentada implica refletir que, enquanto hipotética, pressuposta e fundamental, a norma básica seria uma espécie de norma metafísica que confere validade ao ordenamento jurídico, isto é, seria um fundamento jusnaturalista para o positivismo kelseniano. Para tanto, o método de abordagem utilizado na pesquisa foi o hipotético-dedutivo, com o método de procedimento monográfico, juntamente com a técnica de pesquisa de documentação indireta.

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

**ABSTRACT:** Hans Kelsen is considered one of the main agents for the transformation and understanding of law as science, his work *Pure Theory of Law* being one of the most notable and discussed in the contemporary Brazilian legal context, fostering a series of debates between defenders and critics of Kelsen's thinking. The article seeks to analyze the work of Hans Kelsen and his theory about the purity of law from the perspective of legal positivism, verifying the main impacts of the correlation between

**Autor correspondente:**  
Leilane Serratine Grubba  
E-mail: lsgrubba@hotmail.com

positivism and pure theory in current legal studies. Therefore, the most current discussion about the basic norm (fundamental and hypothetical), central to Kelsenian thought, is considered. With emphasis, the problem of Kelsen's basic norm is discussed, questioning its foundation of philosophical validity: it is a jusnaturalist or positivist foundation? The preliminary hypothesis presented implies reflecting that, while hypothetical, presupposed and fundamental, the basic norm would be a kind of metaphysical norm that gives validity to the legal system, that is, it would be a jusnaturalist foundation for Kelsenian positivism. For this, the approach method used in the research was the hypothetical-deductive one, with the monographic procedure method, together with the indirect documentation research technique.

**KEY WORDS:** Hans Kelsen; Legal Normativism; Legal Positivism; Pure Theory of Law.

**RESUMEN:** Hans Kelsen es considerado uno de los principales agentes para la transformación y comprensión del derecho como ciencia, su trabajo *Pure Theory of Law* es uno de los más notables y discutidos en el contexto legal brasileño contemporáneo, fomentando una serie de debates entre defensores y críticos del pensamiento de Kelsen. El artículo busca analizar el trabajo de Hans Kelsen y su teoría sobre la pureza de la ley desde la perspectiva del positivismo legal, verificando los principales impactos de la correlación entre el positivismo y la teoría pura en los estudios jurídicos actuales. Por lo tanto, se tiene en cuenta la discusión más actual sobre la norma básica (fundamental e hipotética), central para el pensamiento kelseniano. Con énfasis, se discute el problema de la norma básica de Kelsen, cuestionando su fundamento de validez filosófica: ¿es una base iusnaturalista o positivista? La hipótesis preliminar presentada implica reflejar que, si bien es hipotética, presupuesta y fundamental, la norma básica sería una especie de norma metafísica que da validez al sistema legal, es decir, sería una base iusnaturalista para el positivismo kelseniano. Para esto, el método de enfoque utilizado en la investigación fue el hipotético deductivo, con el método de procedimiento monográfico, junto con la técnica de investigación de documentación indirecta.

**PALABRAS-CLAVE:** Hans Kelsen; Ley; Normativism; Positivism legal; Teoría pura del derecho.

## INTRODUÇÃO

Durante o século XX, mais especificamente durante as décadas de 20 e 30, muitas teorias com fundo sociológico foram elaboradas como forma de restabelecer a aplicação do Direito após a revolução industrial e as modificações ocorridas na sociedade. A obra intitulada *Teoria Pura do Direito* foi escrita em 1934, e foi uma das mais notórias contribuições de Hans Kelsen, que teve sua reputação estabelecida como filósofo jurídico por volta da década de 40. De fato, todas as obras de Kelsen são amplamente discutidas até os dias de hoje, principalmente em solo brasileiro, dada a necessidade de se refletir acerca da constituição de uma base científica e teórica própria para o Direito. Essa base teria como fundamento o ideal positivista de que o Direito por si só deveria se estruturar, não desconhecendo outros campos do conhecimento humano, mas deixando de lado as dimensões alheias para o Direito em si, como a Moral, a Política e a Religião.

No presente artigo científico, busca-se aprofundar os conhecimentos acerca do positivismo e da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Ainda, através de ampla pesquisa bibliográfica, busca-se contemplar o legado deixado por Kelsen e pelo seu positivismo clássico (normativismo) no contexto jurídico da contemporaneidade. Destaca-se que, ainda que o positivismo tenha perdido espaço enquanto corrente jurídica e filosófica no século XX, as ideias advindas da obra positivista de Kelsen continuam desempenhando um papel importante no âmbito jurídico, sendo objeto de ampla reflexão.

Diante disso, metodologicamente objetiva-se verificar alguns dos principais elementos que conduzem e relacionam o positivismo e a obra de Kelsen. Analisa-se, ainda, a questão do normativismo e a discussão relativa ao positivismo e pós-positivismo. Com ênfase, discute-se a problemática da norma básica de Kelsen, questionando o seu fundamento de validade filosófico: é ela um fundamento jusnaturalista ou positivista? A hipótese preliminar apresentada parece sugerir que, enquanto hipotética, pressuposta e fundamental, a norma básica seria uma espécie de norma metafísica que confere validade ao ordenamento jurídico, isto é, seria um fundamento jusnaturalista para o positivismo kelseniano.

Dessa forma, a problematização se dará por intermédio de estudos que já transformaram o tema em seu objeto de pesquisa, assim estabelecendo um aprofundamento e possibilitando novas conclusões. O método de abordagem que servirá de base para a análise das ideias, informações e resultados desta pesquisa é o hipotético-dedutivo. Como método central, a tentativa e erro, uma vez que se buscará refutar a hipótese apresentada ao problema de pesquisa. Quanto ao método de procedimento, este será o monográfico, de modo que serão usados vários estudos para que haja embasamento para o tema abordado no trabalho.

Desta forma, realiza-se um estudo crítico na área do Direito para que se possam ter conclusões a partir dos argumentos expostos, afastando-se o estudo meramente dogmático. Logo, a técnica de pesquisa consistirá na investigação de documentação indireta através de pesquisa bibliográfica, com exame de fontes doutrinárias de maneira a questionar as informações já demonstradas em outros documentos e aprofundar a referida discussão.

## 2 HANS KELSEN E A CIÊNCIA DO DIREITO: NOÇÕES GERAIS PARA A COMPREENSÃO DO OBJETO DE PESQUISA

Hans Kelsen (1881-1973) é considerado um dos mais importantes juristas que contribuíram para as concepções de uma Ciência do Direito. O autor austríaco publicou uma série de livros, sendo que no Brasil a sua obra *Teoria Pura do Direito* é percebida como a principal, pela função de constituição do Direito como ciência. Assim, é considerada como uma das maiores contribuições de Kelsen para o mundo jurídico, sendo que a adoção “da ‘Teoria Pura’ terá lugar a partir da década de 1940, em razão do reconhecimento internacional dos trabalhos e produção teórica de Kelsen, como sua participação efetiva no projeto de Constituição Republicana da Áustria”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Hans Kelsen - A Recepção da “Teoria Pura” na América do Sul, Particularmente no Brasil. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 71, dez. 2015. p. 4.

A *Teoria Pura do Direito*, sugere Reis<sup>2</sup>, é uma obra ainda amplamente discutida e estudada no século XXI. Aclamada jurídica e epistemologicamente, ela também foi bastante criticada. No texto, Kelsen; aponta que objetiva “[...] 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”<sup>3</sup>, libertando a Ciência Jurídica daqueles elementos que lhe eram estranhos, como a Política e a Religião. Esse era o princípio metodológico fundamental do autor austríaco, que não buscava uma mera purificação do Direito, visto que detinha consciência das múltiplas perspectivas teóricas a partir das quais os fenômenos jurídicos poderiam ser analisados e abordados.

Kelsen, ao contrário do que se pode pensar em uma leitura preliminar da *Teoria Pura do Direito*, detinha consciência da complexidade do mundo como um todo, procurando não pensar o Direito de uma maneira alheia aos aspectos éticos e políticos, por exemplo. A pureza, nesse sentido, encontra-se na abordagem estritamente científica do Direito por ele realizada, tendo-o como linguagem-objeto<sup>4</sup>. A pureza, para Kelsen, é relativa apenas à Ciência do Direito.

Dessa maneira, “[...] na tentativa de demonstrar o caráter científico do Direito, Hans Kelsen formulou sua Teoria Pura do Direito, que, em última instância, buscava afastar o caráter metafísico do Direito, bem como as ideologias”. Trata-se de uma ampla abordagem científica acerca do Direito em si, deixando de lado aspectos que não lhe dizem respeito para uma abordagem mais concisa acerca de uma possível Ciência do Direito Pura<sup>5</sup>.

Lima, Magalhães e Júnior, ao comentarem sobre a Teoria Pura, sugerem igualmente que, para Kelsen, a Ciência Jurídica deveria depurar-se metodicamente, livrando-se de objetos e conhecimentos próprios de outros campos do conhecimento, sendo objeto do Direito apenas a norma jurídica. Entretanto, destaca-se que toda e qualquer ciência deve ser entendida diante de fenômenos históricos, sociais e culturais, sendo que no próprio positivismo existia um caráter ideológico advindo do contexto histórico e social no qual fora concebido e desenvolvido.

454

Em resumo, posicionando-se contrariamente ao conhecimento jurídico naturalista, Kelsen busca transformar o Direito em uma ciência genuína, estabelecendo os critérios e elementos da objetividade e exatidão, sendo esses considerados aspectos indispensáveis para que se produza e analise qualquer ciência<sup>6</sup>. O principal objetivo de toda a obra de Kelsen concentrou-se na formulação de uma Ciência Jurídica objetiva, centralizando-se nas normas jurídicas enquanto objetos de estudo, e não julgando as concepções de justiça que fundamentam as normas jurídicas em si, pressuposto esse do Jusnaturalismo. Aliás, considerando a pureza da Ciência Jurídica, que tem como objeto as normas jurídicas, Kelsen deixa de se preocupar com a relação entre Direito e Moral ou, ainda, com o fundamento moral do Direito, rompendo com a concepção jusnaturalista de Direito.

Se, por um lado, Kelsen desvincula a validade das normas jurídicas do fundamento essencialista (jusnaturalismo) e busca separar a Ciência do Direito de elementos extrajurídicos, por outro lado, afirma Rocha<sup>7</sup>, ele não nega as relações existentes entre outros ramos e pontos das Ciências Sociais e o próprio Direito. Ainda assim, ele objetivou transformar a Ciência Jurídica em uma ciência autônoma, a qual não se confunde e não pode se contaminar com outros aspectos de relevância nas Ciências Sociais, como a Política ou a ideologia.

Em seu livro sobre a natureza da Justiça e, separando o Direito dessa mencionada categoria filosófica, Kelsen<sup>8</sup> sugere que a concepção da norma detém como premissa fundamental as categorias do *ser* e do *dever ser*, sendo o

<sup>2</sup> REIS, Isaac. Interpretação na Teoria Pura do Direito. Revista Sequência, Florianópolis, n° 45, dez. 2002. p. 11-30.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

<sup>4</sup> ROCHA, Leonel Severo. O sentido político da Teoria Pura do Direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 9, jun. 1984. p. 57-75.

<sup>5</sup> LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe; AGUIAR JÚNIOR, Carlos Augusto M. de. O Caráter Anti-ideológico da Teoria Pura do Direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 72, 2016. p. 169.

<sup>6</sup> REIS, Isaac. Interpretação na Teoria Pura do Direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 45, dez. 2002. p. 11-30.

<sup>7</sup> ROCHA, Leonel Severo. O sentido político da Teoria Pura do Direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 9, jun. 1984. p. 57-75.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. O que é justiça. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Direito contemplado como um sistema composto por normas do *dever ser*, regulando o comportamento humano. O Direito não diz o que ocorre no mundo (o *ser*), mas regula como devem ser as condutas humanas (o *dever ser*). Trata-se da diferença entre uma Ciência Factual e uma Ciência Normativa. O próprio conceito de norma, para Kelsen, diz respeito a algo que deve ser ou acontecer, sobretudo diante da conduta humana e dos atos praticados e exercidos pelas pessoas perante à sociedade. Dessa forma, torna-se importante evidenciar que:

O direito posto se define como conjunto de normas de dever ser que regulamentam a conduta humana na sociedade e foram criadas por seres humanos, mediante manifestação solene de vontade que pode ser objetivamente constatada, sendo um fato social de particular notoriedade<sup>9</sup>.

As normas do *dever ser* do Direito, de acordo com Kelsen, são escolhidas pela vontade das pessoas, criadas por seres humanos, e validadas pela hierarquia entre elas no ordenamento jurídico. Assim, Kelsen diagnostica o ordenamento jurídico como um sistema composto por normas, no qual a validade de uma norma e sua aplicabilidade pode ser concebida de acordo com o estabelecimento hierárquico das normas jurídicas. “[...] A norma fundamental do ordenamento superior é, neste caso, também o fundamento de validade do ordenamento inferior”<sup>10</sup>, não devendo uma norma hierarquicamente inferior ser considerada válida se não validada por uma norma hierarquicamente superior<sup>11</sup>.

Neste contexto, Kelsen verá o Direito como uma estrutura simples de coerção, disposto de forma sistemática e hierarquicamente organizada de normas (não morais) e que dispõem acerca das condições necessárias para que os agentes do Estado possam impor sanções. Por isso é que a teoria trata apenas do aspecto da estrutura formal, não importando questões atinentes ao propósito ou conteúdo<sup>12</sup>.

É na Teoria Pura do Direito que Hans Kelsen estabelece que o sistema positivista não deve reconhecer a moralidade como um critério de validade da norma positiva, nem fazer uso de análise que diz respeito à suposta justiça ou injustiça das normas em si. Estando as normas analisadas de acordo com a norma hierarquicamente superior, elas são consideradas plenamente válidas<sup>13</sup>. No mesmo sentido:

Na interpretação da norma realizada pelo aplicador do direito, a determinação que ocorre (de forma e conteúdo) de uma norma inferior por uma norma superior nunca é completa. Por sua vez, a indeterminação do conteúdo de uma norma pode ser intencional ou não intencional. É 1) intencional quando opera sob o pressuposto de que a norma inferior continua o processo de determinação iniciado pela norma superior e incapaz de, por ela, ser levado a termo; é 2) não intencional em virtude da pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis<sup>14</sup>.

De fato, esses são apenas alguns dos fundamentos primordiais a serem analisados no âmbito do pensamento de Hans Kelsen, com o intuito de identificar como tais concepções relacionam-se entre si na formação de uma Ciência Jurídica autônoma, sendo esse o principal objetivo do jurista e filósofo austríaco. Sobre Kelsen, é necessário afirmar que a sua importância:

[...] é inegável para o estudo do Direito. Mesmo seus adversários reconhecem o papel exercido pelo mestre de Viena na formulação de um pensamento que levou o Direito ao patamar de uma ciência autônoma. Ao dispor acerca de sua Teoria Pura, Kelsen aponta para a necessidade de se estudar o Direito pelo Direito, sem

<sup>9</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 131.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 233.

<sup>11</sup> REIS, Isaac. Interpretação na Teoria Pura do Direito. Revista Sequência, Florianópolis, nº 45, dez. 2002. p. 11-30.

<sup>12</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Breves considerações sobre a teoria pura de Hans Kelsen. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, jul./dez. 2011. p. 202.

<sup>13</sup> ROCHA, Leonel Severo. O sentido político da Teoria Pura do Direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 9, jun. 1984. p. 57-75.

<sup>14</sup> REIS, Isaac. Interpretação na Teoria Pura do Direito. Revista Sequência, Florianópolis, nº 45, dez. 2002. p. 17.

quaisquer referências a outros ramos da ciência, entendendo que ele, por uma ciência autônoma, pode ser analisado e estudado com os próprios elementos e instrumentos que ele fornece<sup>15</sup>.

Em resumo, de acordo com Larenz<sup>16</sup>, a principal contribuição de Kelsen deu-se no estudo do Direito enquanto ciência, visto que Hans Kelsen introduziu e estruturou a visão do Direito como uma Ciência Autônoma, na “[...] «Teoria Pura do Direito» o que interessa é a especificidade lógica e a autonomia metódica da ciência do Direito. O que ela quer é libertar a ciência do Direito de todos os elementos que lhe são estranhos”. A Ciência do Direito não se confunde com uma análise da conduta efetiva de uma pessoa, mas tão somente com aquilo que é prescrito juridicamente. Não se trata, na visão kelseniana, de uma ciência de fatos, como é o caso da sociologia, mas sim de uma ciência de normas, sendo seu objeto de estudo não aquilo que acontece ou é praticado pelo sujeito, mas sim no complexo sistema de normas hierarquicamente distribuídas, conforme já apontado no presente estudo.

Essas são apenas algumas das concepções fundamentais para que o presente estudo atinja os objetivos pelos quais o mesmo fora produzido. Conhecer as noções básicas acerca da vida e da obra de Hans Kelsen, bem como da importância de suas contribuições, sendo tal entendimento fundamental para que se aprofunde a realidade jurídica na qual estão estruturados o positivismo jurídico e a teoria produzida por Kelsen.

### 3 A QUESTÃO DA FORMA DO DIREITO NA CONCEPÇÃO POSITIVISTA CLÁSSICA

O positivismo jurídico parte do preceito fundamental de que o direito positivo e o direito natural são elementos distintos, compreendendo o direito positivo como aquele que gera eficácia no âmbito onde fora posto, estabelecendo ações na medida da previsão legal que deve desempenhar um determinado papel. O direito natural, por sua vez, é aquele no qual surtem efeitos em todas as partes, prescrevendo ações cujo valor não depende do juízo do sujeito sobre os fatos<sup>17</sup>. Segundo a ótica do positivismo clássico, o Direito pode ser compreendido como aquilo que é estabelecido e colocado pelas autoridades de forma legal, com poder político na imposição de normas jurídicas, as quais obrigatoriamente deverão ser seguidas pelos sujeitos<sup>18</sup>.

Em uma visão simplista, pode-se compreender o Direito positivo como um conjunto de regras, as quais são compostas e se comunicam entre si de maneira hierarquizada. Contudo, ainda é necessária uma reflexão concisa acerca dos requisitos indispensáveis para que uma regra seja considerada Direito, objetivando que o assunto seja plenamente e devidamente passível de compreensão<sup>19</sup>. Os requisitos primordiais para que seja verificado o pertencimento de uma norma jurídica a um dado ordenamento jurídico são de natureza estritamente formal, definindo-se o Direito com base em elementos empíricos e que se alteram com o tempo. Para o positivismo clássico, criam-se direitos e obrigações para os sujeitos quando uma regra pertence efetivamente ao sistema jurídico no qual a mesma é imposta, emanando de autoridade competente seguindo um procedimento positivo legal para que sejam editadas novas normas<sup>20</sup>.

Ainda seguindo a concepção jurídica do positivismo clássico, o fundamento da validade de uma norma, de tal modo, encontra-se em uma norma válida superior, havendo hierarquia dentre as fontes do Direito. A validade das normas jurídicas se encontra no topo de um paradigma hierárquico no qual a eficácia social em um determinado

<sup>15</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Breves considerações sobre a teoria pura de Hans Kelsen. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, jul./dez. 2011. p. 203.

<sup>16</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 95.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

<sup>18</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 65-160.

<sup>19</sup> REIS, Isaac. Interpretação na Teoria Pura do Direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 45, dez. 2002. p. 11-30.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

momento e local estão em função da existência de um poder político efetivo. Kelsen<sup>21</sup> sugere que uma norma fundamental (básica, hipotética e pressuposta) ordena a condução de acordo com normas positivas do ordenamento jurídico, atribuindo validade a todas as normas (ou regras) que decorrem da manifestação da vontade do legislador, a partir dessas normas que estão em posição hierárquica superior.

No positivismo jurídico o Direito não pode ser formulado de maneira ambígua ou abstrata, de modo que o mesmo se encontra estabelecido diante de princípios supra positivos, como é o caso da legitimidade para a produção da norma ou a noção de autoridade. De fato, sendo o Direito compreendido como um conceito positivo, entende-se que em tal conceito estão explicitadas as condições para que se faça o Direito propriamente dito<sup>22</sup>. Ademais, de acordo com Habermas<sup>23</sup>, “[...] a positividade, a certeza e a previsibilidade do direito, suas conexões institucionais e seu aparelho coercitivo”, de modo que sua legitimidade ideal e sua aceitabilidade racional são fundamentos da própria razão, estabelecendo o Direito como um fundamento racional para o direito positivo.

No mesmo sentido, Höffe<sup>24</sup> contempla na Filosofia do Direito tão somente uma crítica à própria razão, desenvolvendo um conceito racional acerca do Direito, o qual, para a legislação positiva, advém do significado de um padrão de medida crítico-normativo. Assim, o Direito conceitua-se, sob a ótica do positivismo, justamente através da legitimidade para a produção da norma, sendo que tanto para a produção quanto para a constatação da norma em questão, essa deve ser estabelecida em conformidade com a Razão, a Justiça ou de acordo com preceitos legais como mandatos.

A noção de legitimidade para a produção da norma é estabelecida como o elo direto que relaciona o Direito com a razão, vetando arbitrariedades e fazendo com que as normas que regem o Direito sejam estabelecidas com apelo à razão, especificamente sob a ótica do positivismo jurídico<sup>25</sup>. De tal maneira, é impossível tratar do positivismo jurídico sem contemplar seu apego diante da razão e da legitimidade para a produção da norma para justificar a existência do próprio Direito. O conceito do Direito apresentado contempla a razão como um fundamento indispensável para que se faça a Justiça. A Justiça, seguindo tal concepção, não é compreendida como um elemento arbitrário, mas sim como um elemento fundamentado pela própria razão.

Nesse sentido, o positivismo contrapõe-se ao jusnaturalismo, conforme sugerido no início desta argumentação, mas também contrapõe-se ao realismo jurídico, visto que esse, conforme Dimoulis<sup>26</sup>, parte da premissa de que o Direito não deve ser entendido como a pura forma, devendo ser considerada (além das normas individuais) o fato social ou a relação social regulada pela lei, com praticidade e estudando contextos para a aplicação do Direito. Acerca do realismo jurídico, Godoy afirma que:

[...] realismo jurídico é movimento prioritariamente intelectual que ganhou dimensão nos Estados Unidos, nas décadas de 1920 e de 1930. Certo olhar cético problematizava como os juízes decidem os casos e o que as cortes de justiça verdadeiramente fazem. Para o realismo, magistrados decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares. Assim, juízes responderiam muito mais aos fatos (*fact-responsives*) do que às leis (*rule-responsives*). Vários são os fatores que marcam a atuação dos juízes; e são fatores de fundo consciente e inconsciente<sup>27</sup>.

Assim, enquanto a preocupação do positivismo é para com a validade do Direito, o realismo preocupa-se principalmente com a eficácia (é válido o direito eficaz), buscando enquadrar o Direito à realidade social. Isto é,

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>22</sup> TERRA, Ricardo. A política tensa: ideia e realidade na filosofia da história de Kant. São Paulo: Iluminuras, 1995.

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. Conceptions of modernity. In: HABERMAS, Jürgen. The Postnational Constellation. Cambridge: MIT Press, 2001. p. 132.

<sup>24</sup> HÖFFE, Otfried. Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 139-159.

<sup>26</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 148.

<sup>27</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte Americano. Brasília: 2013. p. 14.

para o realismo, de maneira singular, os magistrados possuem o dever de sentenciar, fazendo uso embasado no realismo jurídico de uma interpretação sociológica com o objetivo de contextualizar a finalidade normativa às exigências impostas pela sociedade<sup>28</sup>. O realismo jurídico não contempla o positivismo jurídico, ou seja, a definição de Direito pela norma jurídica, aludindo que as decisões judiciais podem possuir uma carga particular dos magistrados, possivelmente ideológica, verificando que tanto a Justiça quanto a Moral são fatores determinantes para que se defina o Direito propriamente dito.

#### 4 O POSITIVISMO KELSENIANO: UMA QUESTÃO DE NORMATIVISMO

Conforme já apresentado na presente pesquisa, uma das principais correntes de pensamento e filosofia jurídica é o positivismo clássico, justamente pela corrente em questão ser o elo que relacionou a ciência e o Direito<sup>29</sup>, inaugurando a cientificidade jurídica nos padrões de cientificidade internacional. Hans Kelsen é considerado, por grande parte da doutrina da área, como o principal articulador entre a ciência e Direito<sup>30</sup>.

Nesse sentido, são destacadas duas vertentes: positivismo jurídico e o positivismo filosófico. O positivismo jurídico é compreendido em sentido amplo, abrangendo o método positivo de se estudar e interpretar o Direito, além de ser um mecanismo de definição, função e finalidade das normas jurídicas<sup>31</sup>. Já o positivismo filosófico contempla que a diferença entre a Ciência e a Filosofia seria apenas uma questão de grau, sendo a Filosofia compreendida como uma resultante das ciências na unidade do saber positivo, fornecendo as diretrizes seguras para a reforma e governo da sociedade, dispondo por tanto a Filosofia do ponto mais amplo para estabelecer o ordenamento jurídico da sociedade, “[...] o conhecimento dos fenômenos está na dependência dos recursos das ciências positivas, culminando em uma síntese que outra coisa não é senão a Filosofia”<sup>32</sup>.

458

Hans Kelsen é considerado o grande idealizador do positivismo jurídico, sendo sua teoria denominada normativismo jurídico. A teoria de Kelsen é baseada no positivismo e, a partir de tal concepção, é fomentado o desenvolvimento de uma doutrina jurídica que pode ser fundamentada na caracterização do Direito enquanto ciência<sup>33</sup>. Kelsen<sup>34</sup> sustenta em sua obra *Teoria Pura do Direito* um sistema estruturado por pressupostos filosóficos que condicionam não somente a visão acerca do Direito, mas a própria concepção científica sob a qual são estruturados o conhecimento e o saber jurídico.

Analisando a influência do positivismo na Teoria Pura do Direito, pode-se apontar que Kelsen<sup>35</sup> buscava conceber uma teoria pura, livre de elementos jurídicos para que o Direito pudesse ser concebido sem levar em conta elementos não-jurídicos (Economia, Política, Psicologia, Religião dentre outros, que devem ser considerados em outras esferas do saber, as quais devem analisar os conteúdos das normas do Direito e o fenômeno jurídico como um todo).

Além disso, a Teoria Pura do Direito detém uma tendência a negar ideologias, justamente pelo fato de que na exposição do positivismo “comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter

<sup>28</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 150.

<sup>29</sup> ROSS, Alf. Direito e justiça. São Paulo: Edipro, 2000. p. 50.

<sup>30</sup> REIS, Isaac. Interpretação na Teoria Pura do Direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 45, p. 11-30, dez. 2002. p. 11-30.

<sup>31</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 66.

<sup>32</sup> REALE, Miguel. Filosofia do direito. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 166.

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. Conceptions of modernity. In: HABERMAS, Jürgen. The Postnational Constellation. Cambridge: MIT Press, 2001.

<sup>34</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 55.

este isento de qualquer confusão com um Direito 'ideal' ou 'justo'". De acordo com Kelsen<sup>36</sup> trata-se de conceber o Direito como ele realmente é e não como ele deveria ser.

Luz<sup>37</sup> aponta que, a partir das concepções de ciência expostas pelas categorias centrais da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, podem ser pontuadas algumas influências do Neopositivismo Lógico no pensamento do jurista austríaco, no âmbito de sua percepção, epistemologia, alcance e coerência dentro do ideário do Neopositivismo. Assim:

Inicialmente, destaca-se que Hans Kelsen é um pensador que viveu o mesmo ambiente histórico-espacial de formação do Neopositivismo. Vale dizer, de outra forma, que mais importante seria salientar que tal influência deve ser percebida num amplo espectro. Parece não ser possível falar numa influência mecânica, externa, mas assinalar um pensamento forjado no bojo de toda uma discussão conceitual comum, cujo centro era determinar como seria possível conhecer, que o modelo de ciência seria capaz de conhecer, e como a linguagem científica poderia ser estruturada. A influência de Kelsen, então, pode ser vista mais como uma expressão, no campo jurídico, de uma pauta comum forjada em vários níveis, num dado momento histórico. Nesse sentido, não parece ser acaso do destino que vários projetos epistemológicos similares, postulantes de objetividade e generalidade, nasceram na primeira metade desse século<sup>38</sup>.

Ainda de acordo com Luz, o ponto de encontro entre a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e o ideário geral do Neopositivismo é verificado no rigor de sua linguagem. O ideal da pureza estabelecido por Kelsen e sua especificidade apresentam um pensamento epistemológico produzido no período entre as guerras. Diante das crises capitalistas e dos acontecimentos e fatos de guerra, não há como verificar outro ponto de embasamento para a Teoria Pura do Direito.

Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe 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. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental<sup>39</sup>.

459

Kelsen, assim, estruturou sua corrente de pensamento evidenciada na sua teoria a partir do contexto social e do período no qual encontrava-se a sociedade em sua época. É por isso que autores como Godoy<sup>40</sup> defendem o realismo jurídico como um condicionante do próprio positivismo de Hans Kelsen, visto que sua obra possui teor ideológico e o autor não se separou do momento em que vivia, não analisando o Direito em si, mas considerando-o dentro do contexto de sua época com base na influência do Neopositivismo, de modo que, conforme apontado por Luz<sup>41</sup>, não haveria possibilidade de se separar a redação e produção da obra daquele contexto de guerras e crises capitalistas. Entretanto, mesmo que a obra de Kelsen possa apresentar alguns pontos de inconsistência amplamente discutidos pelos principais críticos e defensores de suas ideias, tem-se que o autor possibilitou de fato correlacionar o direito e o positivismo através de uma base científica.

De acordo com Mata-Machado<sup>42</sup>, a Teoria Pura do Direito de Kelsen extraiu as consequências da filosofia e da teoria jurídica no século XIX, positivistas e contra ideologia "[...] há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural"<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 75.

<sup>37</sup> LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 47, dez. 2003. p. 11-31.

<sup>38</sup> LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 47, dez. 2003. p. 15.

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

<sup>40</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte Americano. Brasília: 2013.

<sup>41</sup> LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 47, dez. 2003. p. 11-31.

<sup>42</sup> MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. Elementos de teoria geral do direito. Belo Horizonte: Líder, 2005. p. 42.

<sup>43</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 7.

Trata-se, segundo o autor, de isolar a exposição do Direito Positivo de toda ideologia jusnaturalista em termos de justiça, sendo a Teoria Pura do Direito a própria teoria do positivismo jurídico.

O direito positivo é concebido como a norma e só poderia ser objeto de ciência, sendo direito posto uma vez que as normas são produzidas e implementadas por meio de ação humana<sup>44</sup>. Assim, a Ciência do Direito, na Teoria Pura do Direito, seria baseada no normativismo puro, fazendo uso da lógica formal jurídica que serve como pilar para que se faça conhecer o Direito.

De acordo com Kelsen, o Direito é um fenômeno social, pois “[...] somente na medida em que o Direito for uma ordem normativa da conduta dos homens entre si pode ele, como fenômeno social, ser distinguido da natureza, e pode a ciência jurídica, como ciência social, ser separada da ciência da natureza”<sup>45</sup>, norteando a conduta do homem, não devendo se confundir com a ação humana em si, visto que nesse ponto se trataria de Ciência Natural e o Direito é criação do próprio homem. Trata-se, para o autor, de uma relação de causa e efeito, levando em consideração o princípio da imputação, possuindo significado jurídico.

Analisando o caráter positivo do direito natural na obra de Kelsen, Coelho afirma que: “Kelsen insere tal formulação no rebate à crítica de que o positivismo não poderia dar qualquer tipo de segurança, já que todo direito posto, independentemente de seu conteúdo, é reputado válido”<sup>46</sup>. Ainda de acordo com o mesmo autor, a teoria do direito natural, no mesmo sentido, também não poderia conceder a segurança necessária, visto que a ordem natural também é considerada positiva, uma vez que se trata da própria natureza humana e dos impulsos e reflexos do ser humano como um todo.

De acordo com Kelsen, a essência do Direito só é evidenciada quando a regra do Direito é desrespeitada, relacionando a conduta humana com a ideia do Direito ou com o direito em si através do conteúdo da norma jurídica<sup>47</sup>. Nesse sentido, o Direito nada teria a ver com essa conduta humana (diante da ordem natural que exerce influência sobre a conduta humana), nem com outras Ciências Sociais, visto que há um corpo próprio e independente que é alheio às outras ciências naturais e sociais como um todo.

Ademais, a corrente de pensamento de Hans Kelsen teve como principal característica justamente conceder a base e corpo próprios para a Ciência Jurídica, buscando superar determinadas confusões metodológicas e possibilitar uma autonomia aos juristas<sup>48</sup>. Kelsen embasou a ‘pureza’ na Teoria do Direito, contemplando que ela somente poderia ser atingida com um eminente enfoque normativo na ciência que é própria ao Direito.

Tal enfoque normativo era respaldado e baseado na concepção de utilização de um método que descreve e experimenta o Direito em si, contemplando os valores e juízos que cercam o Direito. Além disso, “[...] rejeita a dependência do ordenamento jurídico de elementos metafísicos e tendencialmente imutáveis, tais como os mandamentos divinos ou imperativos da razão humana”<sup>49</sup>. Dessa forma, pode-se verificar que a Teoria Pura do Direito é baseada sobretudo na corrente positivista. Aprofundando essa relação, verifica-se que:

Além das ideias centrais de realidade, utilidade, certeza, precisão e organização, o olhar positivista de ciência é construído a partir da necessidade de se conseguirem respostas às questões mencionadas. O estatuto de ciência que se formou ao longo do tempo, no bojo do pensamento positivista, explícita ou implicitamente, luta por responder cabalmente a tais questões, buscando superar as contradições inerentes ao trabalho científico, com especial revelo no âmbito das ciências sociais, o que, já adiantando uma questão que será mais detalha-

<sup>44</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 67-68.

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 54.

<sup>46</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. Para entender Kelsen. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 20.

<sup>47</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 88-91.

<sup>48</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 65-66.

<sup>49</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 79.

da alhures, será um problema forte de adaptação da Ciência Jurídica ao ideário neopositivista do Círculo de Viena. Esse desafio foi assumido por Kelsen<sup>50</sup>.

Kelsen, ao estabelecer a Teoria da pureza do Direito, buscou argumentos e fundamentos no positivismo clássico e na visão do ideário neopositivista para que sua obra de fato contemplasse o respaldo necessário para que a teoria fosse aceita e aprofundada. Para Reis:

Assim, pode ser que a norma não contenha, em suas palavras, a vontade do legislador. E mais, pode ser que tal vontade só corresponda parcialmente àquilo que vem prescrito literalmente na norma, ou seja, a suposta “vontade do legislador” - se é que ela existe - corresponderia apenas a um dos sentidos possíveis. A partir daí, Kelsen irá elaborar a ideia da moldura: O Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível<sup>51</sup>.

Ademais, analisando a relação entre o positivismo e a Teoria Pura do Direito, Matos afirma que o positivismo jurídico de Hans Kelsen foi provavelmente a Teoria do Direito que mais influenciou o estudo contemporâneo do Direito<sup>52</sup>. As teorias pós-positivistas e o estudo jusfilosófico que se desenvolveram após a virada linguística jamais poderiam ser contempladas sem o pensamento kelseniano, que se destaca entre as doutrinas jurídicas de sua época, propondo maior reflexão e análise do Direito enquanto ciência<sup>53</sup>.

Diante dessa concepção, evidenciar o positivismo jurídico de Hans Kelsen é um importante elemento condicionante para que seja analisada a estruturação do estudo científico do fenômeno jurídico<sup>54</sup>. Kelsen não se limitou tão somente a estabelecer critérios para que fosse produzida uma Ciência Jurídica, como estabeleceu uma base e uma teoria científica baseada na norma jurídica enquanto objeto primordial do Direito. Portanto, sem as contribuições advindas do positivismo jurídico de Kelsen na obra supramencionada, não teriam sido possíveis as reflexões posteriores. A interpretação autêntica, por exemplo, movimentou o espaço no qual são embasadas até mesmo as mais atuais teorias do direito no âmbito pós-positivista, Kelsen não negligenciava o mundo que cercava o Direito, mas via o Direito como autossuficiente e como ciência plena.

Fernandes e Bicalho, ao analisar a transição do positivismo ao pós-positivismo, estimaram a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen da seguinte maneira:

[...] a justiça estaria na própria lei, cabendo ao aplicador do direito aferir tão somente a validade formal da norma e não a justiça ou correção de sua aplicação, uma vez que a norma fundamental que valida todo sistema é condição lógico-transcendente, desprovida de conteúdo valorativo. A positivação de uma norma que fosse identificada como válida seria a forma de aferição do conteúdo material do direito - a verificação da validade da norma ocorre por meio de sua compatibilidade com a Constituição. Se determinado conteúdo foi positivado, deve ser entendido como reto e justo<sup>55</sup>.

Kelsen<sup>56</sup> estabeleceu, na Teoria Pura do Direito, o normativismo jurídico, que se constituiu como a máxima expressão do positivismo jurídico, libertando a Ciência Jurídica de elementos que lhe são estranhos, com a pureza da Teoria do Direito, sendo claramente a viabilização de um conhecimento em campo específico voltado ao Direito. De

<sup>50</sup> LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 47, dez. 2003. p. 14.

<sup>51</sup> REIS, Isaac. Interpretação na Teoria Pura do Direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 45, p. 11-30, dez. 2002. p. 20.

<sup>52</sup> MATOS, Andityas Soares Moura. Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 63.

<sup>53</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 45-47.

<sup>54</sup> LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 47, dez. 2003. p. 11-31.

<sup>55</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 189, jan./mar. 2011. p. 108.

<sup>56</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

acordo com Matos<sup>57</sup> as influências das ideias de Kelsen em tal obra foram tamanhas que o mesmo pode ser considerado uma das principais figuras do pós-positivismo. Todavia, analisar e fundamentar as contribuições de Kelsen e a relação com o positivismo jurídico não significa que o Direito ainda seja visto de maneira segregada a outros campos do conhecimento, ainda que entendido como um campo do saber no qual conta-se com uma base científica própria. A saber:

A diferença entre o referido positivismo jurídico e o pós-positivismo, nesse aspecto, é que naquele - principalmente em sua versão tradicional, exclusiva -, os valores tangenciam o Direito apenas e tão somente no momento de criação da norma, durante a atividade legiferante. Dessa forma, conforme já mencionado, no positivismo jurídico o juiz aplica a Lei limitado à busca pela vontade do legislador, sem juízo de conteúdo valorativo. Observa-se, daí, um vácuo valorativo entre a edição da norma e a sua aplicação. Já o pós-positivismo, de outra banda, passa a conceber o Direito como um sistema aberto, axiológico-teleológico. Axiológico porque em constante diálogo com os valores sociais e a moralidade. Teleológico por ter como fim a efetivação das normas embasadas no universo desses valores. Nessa nova tendência jusfilosófica pós-positivista, portanto, os valores circundam o sistema jurídico não apenas no momento de criação da norma, mas também durante a sua aplicação. Sobretudo por meio dos princípios, que condensam valores fundamentais do sistema e os transportam para a concretização do Direito, os valores, ao passo que garantem unidade ao ordenamento, figuram como pauta de atuação para o intérprete<sup>58</sup>.

Ora, o positivismo jurídico em si já não é mais considerado a única prerrogativa do Direito. O Direito claramente acompanha as transições na sociedade, tornando-se 'inócuo' sem considerá-las. Grossi, em sua obra a 'Primeira Lição sobre o Direito', levanta algumas considerações importantes sobre a temática. O autor explica que o Direito pode ser considerado uma espécie de alavanca utilizada pelo poder. Estabeleceram-se leis que teoricamente advêm de uma vontade geral, porém tais leis dependem diretamente do poder para existir, a lei é apenas um comando regido pelo Direito, mas tal comando é imposto pela autoridade<sup>59</sup>.

462

Esses são alguns dos pontos para que se possa analisar a aplicabilidade da teoria de Kelsen na atualidade. Deve-se reconhecer que Kelsen trouxe inúmeros desdobramentos para solucionar os casos concretos, limpando o Direito de toda ideologia política e jusnaturalista, ou seja, a Teoria Pura do Direito. "[...] Kelsen, era pensador obcecado pela crítica ao jusnaturalismo e à justiça material. Isso se exprime na afirmação Kelseniana que a tese da separação entre direito e a moral é a mais importante consequência do positivismo jurídico"<sup>60</sup>. Em suma, a obra de Hans Kelsen tem por objetivo interpretar a norma regulamentadora, focando especificamente na pureza do Direito.

Embora o positivismo já não seja considerado o fundamento vital do Direito na contemporaneidade, é inegável que as contribuições de Kelsen desempenharam um importantíssimo papel tanto para a concepção do fenômeno jurídico enquanto ciência, quanto para o aprofundamento de questões envolvidas na formulação do Direito moderno.

## 5 O PROBLEMA DE PESQUISA: O FUNDAMENTO DE VALIDADE FILOSÓFICO DA TEORIA PURA E A NORMA BÁSICA

Nas seções anteriores, discutiu-se a Teoria Pura de Kelsen e seu pensamento, tanto a partir dos seus escritos, quanto a partir da sua influência jurídica, apontada por pesquisadores brasileiros que se dedicaram a analisar suas obras e desdobramentos. Assim, faz-se importante retomar a discussão apresentada preliminarmente nos capítulos anteriores, a fim de questionar o problema de pesquisa proposto neste ensaio.

<sup>57</sup> MATOS, Andityas Soares Moura. Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 62-63.

<sup>58</sup> LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe; AGUIAR JÚNIOR, Carlos Augusto M. de. O Caráter Anti-ideológico da Teoria Pura do Direito. Revista Sequência, Florianópolis, n. 72, 2016. p. 322-323.

<sup>59</sup> GROSSI, Paolo. Primeira Lição sobre o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1-2.

<sup>60</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 105.

Em primeiro lugar, é necessário ter em mente o objetivo kelseniano de estruturação de uma ciência genuína do Direito, que exclui do seu espectro elementos não jurídicos, como a Moral e a Ideologia. Assim, Kelsen opõe-se veementemente contra o pensamento de cunho jusnaturalista. A Ciência do Direito, nesse sentido, deve ser guiada metodologicamente pela objetividade e exatidão.

Para a ciência mencionada, Kelsen preocupa-se mais com a validade do que com a aplicabilidade (efetividade) das normas. Para ele, as normas jurídicas devem ser válidas, ou seja, escolhidas pela vontade dos seres humanos (poder legiferante) e validadas pela hierarquia entre elas no ordenamento jurídico. Com isso, todas as normas do ordenamento jurídico seriam validadas pelo que o autor denominou de *norma fundamental*, também entendida como *norma básica, hipotética ou pressuposta*, que institui a hierarquia de tal ordenamento.

O Direito é, na visão kelseniana, uma estrutura coativa de normas disposta sistematicamente e hierarquicamente. Independe, para Kelsen, o conteúdo material das normas, desde que elas sejam formalmente válidas - ancoradas hierarquicamente em normas superiores, havendo uma hierarquia das fontes do Direito.

Tendo retomado os principais aspectos do normativismo kelseniano, pode-se confrontar o problema de pesquisa proposto, isto é, questionar o fundamento de validade do ordenamento jurídico em Kelsen - a norma fundamental. Para Kelsen, essa norma ordena a condução das normas positivas do ordenamento jurídico, atribuindo validade a todas as normas que decorrem da manifestação da vontade do legislador. Contudo, tal norma, apesar da crítica kelseniana ao jusnaturalismo, parece ser de caráter metafísico, visto que ela é pressuposta. Ou seja, parece que uma norma *hipotética* garante a validade hierárquica do ordenamento jurídico kelseniano (hipótese de pesquisa). Assim, apesar da crítica ao essencialismo moralista jusnaturalista, Kelsen recai igualmente no paradigma metafísico ao fundamentar filosófica e teoricamente a sua teoria em uma pressuposta norma.

Tendo sofrido essa crítica jusnaturalista, Kelsen buscou, em 1959, refutá-la, o que igualmente refutaria a hipótese de pesquisa aqui proposta. Parte-se então a analisar a resposta do autor. No artigo denominado *On the basic norm (Sobre a norma básica)*, publicado pela *California Law Review*, Kelsen afirma que o motivo de validade de uma norma nunca pode ser um fato ou a vontade pela qual é criada, mas apenas uma outra norma, hierarquicamente superior. Nesse sentido, se perguntarmos o fundamento de validade de um ordenamento jurídico, chega-se à primeira Constituição, que inevitavelmente autoriza o órgão legislativo a criar normas de caráter geral e, ainda, aos órgãos judiciais e administrativos a criarem normas individuais, diz Kelsen. Ainda, se pressupormos que estas mencionadas são válidas, igualmente pressupomos que exista uma norma que autorizou a criação da primeira Constituição. Assim, esta norma seria o fundamento de validade da primeira Constituição e, por isso, a norma básica da estabelecida ordem jurídica<sup>61</sup>.

A norma básica, para Kelsen<sup>62</sup>, não é criada pela vontade. Se não aceitarmos, conforme o positivismo jurídico, a existência de uma autoridade supra-humana, de Deus ou da Natureza, deve-se aceitar a autoridade legislativa do que Kelsen denominou *Fathers of the Constitution* (Pais da Constituição). Nesse sentido, apesar de ter sido mal interpretada como uma norma naturalista, diz Kelsen, a norma básica - que segundo ele, não é tampouco uma norma positiva - é uma norma que fundamenta um sistema positivista. Ele sugere que a norma básica não é naturalista visto que ela não está em concordância com "leis naturais" - uma lei que emana da natureza e que, em seu conteúdo material, é conforme as leis supostamente naturais.

Para Kelsen<sup>63</sup>, a norma básica é o que confere validade à ordem jurídica positiva, inclusive para a criação de normas de Direito positivo, mas não determina o conteúdo material das normas. Ela é, nesse sentido, apenas um fundamento de validade. Assim, segundo o autor, ela pode ser o fundamento de validade de uma lei democrática ou autocrática, capitalista ou socialista, bem como pode ser justa ou injusta.

<sup>61</sup> KELSEN, Hans. On the basic norm. In: *California Law Review*. v. 47. Issue I. 1959. p. 108-109.

<sup>62</sup> KELSEN, Hans. On the basic norm. In: *California Law Review*. v. 47. Issue I. 1959. p. 109.

<sup>63</sup> KELSEN, Hans. On the basic norm. In: *California Law Review*. v. 47. Issue I. 1959. p. 109-110.

Parece possível afirmar, nesse sentido, que apesar de Kelsen ter afastado, em seu texto *On the basic norm*, as críticas jusnaturalistas, ele não parece ter afastado o fundamento metafísico da norma básica. Assim, aparentemente, a hipótese levantada para o problema desta pesquisa, de que a norma básica kelseniana detém um caráter metafísico (essencialista) não parece ser refutada. Apesar de tal norma, pressuposta por Kelsen, não possuir conteúdo material, sendo apenas um fundamento de validade hierárquico para um sistema jurídico, é ela uma norma hipotética, que serve como um paradigma metafísico para fundamentar filosófica e teoricamente o ordenamento jurídico positivo. Ela não é, por consequência, uma norma formalizada pela vontade humana, de acordo com um poder instituído e hierarquicamente inferior a outra norma também posta. Mas uma pressuposição de norma que pode conferir validade às demais normas do sistema positivo, motivo pelo qual parece ser uma norma de caráter metafísico.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen está amplamente relacionada ao positivismo. Ainda que o positivismo tenha perdido espaço no século XX enquanto ideia central que moldava o Direito, as contribuições da teoria kelseniana continuam presentes no âmbito jusfilosófico, sendo que Kelsen foi um dos principais agentes que conduziram o Direito para a criação de um conhecimento científico próprio.

464

O presente estudo buscou contemplar alguns dos principais fundamentos que correlacionam as ideias de Hans Kelsen para a influência do positivismo, verificando como ocorre tal relação e quais as bases utilizadas pelo jusfilósofo na produção de sua Teoria Pura do Direito. Ainda, apresentou como problema de pesquisa questionar o fundamento filosófico da norma básica de Kelsen, inquerindo se ela pode ser considerada um fundamento jusnaturalista ou positivista. Apresentou-se, como hipótese de pesquisa, que a norma básica parece ser um pressuposto metafísico que confere validade ao ordenamento jurídico.

A fim de avaliar o problema e a hipótese, primeiramente, o estudo dedicou-se a analisar, a partir de noções gerais, a ideia de Ciência de Direito kelseniana. Após, investigou-se a forma do Direito na concepção positivista e analisou-se o normativismo kelseniano. Finalmente, investigou-se o problema e a hipótese de pesquisa, levando-se em consideração principalmente o texto *On the basic norm*, no qual Kelsen explicou a sua norma básica e buscou refutar as considerações jusnaturalistas a respeito dela. Com a análise realizada no trabalho, não parece ser possível inferir que a norma básica é um fundamento positivista ou jusnaturalista. Contudo, aparentemente, não é possível refutar a hipótese apresentada de que a norma básica ou fundamental seria uma espécie de pressuposto metafísico que orienta e confere validade ao ordenamento jurídico kelseniano.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Hans Kelsen: a recepção da “Teoria Pura” na América do Sul, Particularmente no Brasil. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 95-106, dez. 2015.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte Americano**. Brasília: 2013.
- GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. Conceptions of modernity. *In*: HABERMAS, Jürgen. **The Postnational Constellation**. Cambridge: MIT Press, 2001.
- HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. On the basic norm. **California Law Review**. v. 47, número I, p. 107-110. 1959.
- KELSEN, Hans. **O que é justiça**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe; AGUIAR JÚNIOR, Carlos Augusto M. de. O Caráter Anti-ideológico da Teoria Pura do Direito. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 72, 2016. p. 169.
- LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 47, p. 11-31, dez. 2003.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2005.
- MATOS, Andityas Soares Moura. **Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- REIS, Isaac. Interpretação na Teoria Pura do Direito. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 45, p. 11-30, dez. 2002.
- ROCHA, Leonel Severo. O sentido político da Teoria Pura do Direito. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 9, p. 57-75, jun. 1984.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipiro, 2000.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Breves considerações sobre a teoria pura de Hans Kelsen. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 201-223, jul./dez. 2011.
- TERRA, Ricardo. **A política tensa**: ideia e realidade na filosofia da história de Kant. São Paulo: Iluminuras, 1995.

Recebido em: 19/05/2021

Aceito em: 26/07/2021