

## Pensar a atualidade da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen



Um pouco de Teoria Pura do Direito não faz mal a ninguém. Prometi aos

que acompanham a coluna indicar leituras preliminares. E hoje irei falar — brevemente — de Hans Kelsen.

A teoria do Direito proposta por Hans Kelsen[1] representou verdadeiro divisor de águas na Filosofia do Direito em face da maneira pela qual ele propôs o olhar sobre o objeto Direito. Esse olhar tinha pressupostos filosóficos da *Escola neokantiana*[2], segundo a qual o importante era o método (fundamento *neopositivista*[3]). É que somente com rigor metodológico poder-se-ia fazer ciência. Tendo em vista o caráter meramente descritivo, Hans Kelsen elegeu as normas jurídicas como seu objeto de estudo, construindo, assim, uma teoria formal, desvinculada, pois, do mundo da vida.

No contexto histórico em que surgiu a *Teoria Pura do Direito*, a proposta lançada por Hans Kelsen significava o rompimento com o paradigma[4] *jusnaturalista*[5]. A proposta era a abstração dos aspectos morais, sociológicos e religiosos, bem assim a Justiça, dentre outros, propondo a discussão meramente vinculada ao disposto nas normas jurídicas emanadas pelo Estado (monismo). Formou, destarte, o normativismo *Kelseniano*, preocupado exclusivamente com a lei e as demais normas positivas, com o escopo de purificar a ciência jurídica, então pululada por diversos fatores. Procurou — e conseguiu — dar personalidade ao Direito, investindo-o de caráter próprio: as normas.

De sorte que a *Teoria Pura do Direito* pretende analisar cientificamente o seu objeto, munida de pureza metódica, afastando da ciência jurídica qualquer elemento estranho, reduzindo-o à pura norma[6]. O processo de depuração propugnava um duplo decantamento, consistente na exclusão do mundo da vida e de aspectos valorativos, restringindo-se ao mundo lógico: norma jurídica.

Por não ser seu objeto, pouco importa à ciência jurídica como as normas são produzidas ou como deveriam ser, dado que isso seria objeto da *Política Jurídica*[7]. Com esse desiderato, a tarefa científica restringia-se à descrição, sem qualquer necessidade de discussões valorativas por parte dos juristas, fiel — sempre — ao seu objeto e desprovido de preocupações decorrentes, por exemplo, da Justiça, em

---

decorrência da neutralidade pressuposta[8].

Hans Kelsen distinguia o mundo do *ser*, próprio das ciências naturais, do *dever-ser*, no qual o Direito estava situado. Premissa de seu pensamento era de que não existe possibilidade lógica de deduzir o *dever-ser* do *ser*, ou seja, de descobrir as normas jurídicas a partir dos fatos — natureza. Com essa dicotomia, o mundo da vida seria regido por leis da causalidade, enquanto o mundo do Direito traria as leis da imputação[9].

Com esse instrumental, a norma jurídica habitaria o mundo do *dever-ser* e obedeceria à ideia de imputação, decorrente de um comando ou mandamento. Logo, a norma jurídica traria um juízo hipotético de determinada conduta que, uma vez verificada, redundaria na aplicação da correspondente sanção[10].

À formulação das regras de reconhecimento das normas jurídicas, segue-se a aplicação hierarquizada. A estrutura do sistema estaria representada por uma pirâmide normativa, composta no vértice da *Norma Fundamental*, recurso lógico/pressuposto de validade de um sistema hierárquico, deduzindo-se, formalmente, a delegação da validade da norma superior. A linhagem formal ascendente é o fundamental para o reconhecimento e conseqüente validade formal da norma jurídica.

De sorte que a primeira manifestação positiva da *Norma Fundamental* estaria materializada pela Constituição. O conteúdo da *Norma Fundamental* é meramente formal, sem, pois, vinculação valorativa ou material, não justificando o ordenamento por critérios outros que não o lógico.

A resolução do problema das fontes do Direito foi solvida mediante a implementação de uma perspectiva unificada do Direito, decorrente exclusivamente do Estado. Esse casamento entre Estado e Direito impede a introdução de qualquer pluralismo jurídico, condicionando a validade à emanção formal do Estado[11].

Apesar das críticas a que a *Teoria Pura do Direito* está sujeita, o importante para efeito deste breve escrito, é que a forma prepondera sobre o conteúdo e o ordenamento jurídico seria estruturado de modo lógico, com inferências formais, colmatadoras da validade das normas jurídicas, emanadas, de qualquer sorte, do Estado. Não se pode, ademais, criticar Hans Kelsen fora do seu tempo, nem o uso que se fez de sua teoria. Mas flutuar sem saber de onde surgiu o discurso *kelseniano* é um problema para quem defende posições que desconhece.

---

[1] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

[2] WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*, vol. II. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p. 136-137, assevera: “Para Kant, a determinação racional da possibilidade e limite do conhecimento puro precede ao conhecimento do real. Da mesma forma, para Kelsen a necessidade de uma teoria pura, que delimite o objeto de conhecimento jurídico e estabeleça as condições e possibilidades do mesmo, precede logicamente o conhecimento das ciências jurídicas positivas. Por isso, a tarefa prioritária da teoria pura é estabelecer as categorias jurídicas distintivas e determinantes, em última instância, do campo temático específico das ciências jurídicas, as categorias constituintes da normatividade. Para este

---

trabalho teórico apelaríamos para o método transcendental kantista, que permitiria a Kelsen estabelecer a legalidade da ciência jurídica”. Na esteira, OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiádes. *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994, p. 51.

[3] OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiádes. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 5-38.

[4] KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, externa dois conceitos de paradigma: Primeiro: “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. p. 219. Depois: “Os paradigmas são algo compartilhado pelos membros de tais comunidades”. P. 222. Os paradigmas são, assim, como a constelação dos compromissos de grupo.

[5] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política, vol. I*. Trad. Carmen C. Varriale et alli. Brasília : UNB, 1999, p. 655: “O Jusnaturalismo é uma doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (ius naturale), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Este direito tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer”. É uma concepção essencialista, que desconsidera o *giro linguístico* e a superação da filosofia da consciência, como se verá adiante.

[6] KELSEN, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* México: Fontamara S.A., 1995, p. 8, esclarece: “Y por último, apoyándose en la comparación de todos los fenómenos calificados como ‘derecho’, se puede investigar la esencia del derecho, su estructura típica, independientemente del contenido variante que ha tenido en las diferentes épocas y países. Esta es la tarea de una teoría general del derecho, es decir, de una teoría que no se limita a un determinado orden jurídico o a determinadas normas jurídicas. Esta teoría tiene que precisar el método específico y los conceptos fundamentales con los cuales es posible describir y concebir cualquier tipo de derecho”.

[7] Assim é que a formulação do Direito ficava a cargo do legislador, seara em que o aspecto valorativo desfilava com vigor; ao jurista era descabida essa valoração, mas tão somente a interpretação a-valorativa das normas jurídicas, sem a pretensão de suplantar a tarefa do legislador e, desta forma, violar o dogma da separação de poderes. Conferir: MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[8] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...* p. 210: “Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada — em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”.

[9] KELSEN, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?...* p.10-11.

[10] A representação clássica é a de que *Se é A, deve ser B*, em que A é o ilícito, e B, a sanção.

[11] Conferir: WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.

## Date Created

29/10/2016