

Kátia Rovaris de Agostini<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho objetiva uma análise epistemológica da obra Teoria Pura do Direito, de Hans KELSEN. Aponta que o centro de interesse da Teoria Pura é a ciência jurídica, para qual KELSEN propõe um método de conhecimento pretensamente puro.

**Palavras-chave:** Teoria Pura do Direito; Hans KELSEN, Ciência Jurídica, Pureza Metodológica; Norma Hipotética Fundamental; Teoria Jurídica Estática; e Teoria Jurídica Dinâmica.

**Abstract:** This project aims to an epistemological analysis from the work Pure Theory of Law, written by Hans KELSEN. He shows that the main point from the Pure Theory is the science of law, from which the author proposes a knowledge allegedly pure.

**Key-Words:** Pure Theory of law; Hans KELSEN; Science of law; Methodological Purity; Hypothesis of a fundamental norm; Nomostatics System (Theory); Nomodynamics System (Theory).

## Introdução

É inegável a importância do pensamento de Hans KELSEN para o desenvolvimento da ciência jurídica.

As idéias do jurista austríaco, que em virtude da perseguição nazista teve que se refugiar no final de sua vida em Berkeley, nos Estados Unidos, eram tão avançadas que Tércio Sampaio FERRAZ Jr. chegou a afirmar que Hans KELSEN foi um verdadeiro “divisor de águas” para a cultura jurídica.<sup>2</sup>

Seus trabalhos, lidos, relidos, debatidos e analisados minuciosamente por várias gerações se mantêm jovens e são capazes de renovar-se e manter-se atualizados mesmo em tempos de pensamentos descartáveis.

Devido a esses e a outros fatores, se entendeu adequado analisar epistemologicamente um dos mais valiosos trabalhos de KELSEN, a denominada Teoria Pura do Direito.

Para tanto, buscar-se-á proceder a uma descrição das principais idéias do doutrinador austríaco, sem se preocupar com eventuais críticas à mencionada obra.

---

<sup>1</sup> Pós-graduada em Direito Civil pela UFPR-ESA/OAB-PR, Mestranda em Direito das Relações Sociais pela UFPR, Professora Universitária da disciplina de Direito das Relações de Consumo, Advogada Militante na Cidade de Curitiba – Paraná.

<sup>2</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1891. **Revista CCJ/UFSC**. Ano 2, dezembro de 1991. pp. 133-138.

Procurar-se-á, igualmente, através da descrição da teoria proposta por KELSEN, afastar algumas severas (e injustas) críticas impostas, as quais exigem da teoria kelseniana respostas que essa não se propôs a fornecer<sup>3</sup>.

Finalmente, pretende-se evidenciar que muitos daqueles que praticam o direito cotidianamente, mesmo sem sabê-lo, valem-se, em alguma medida, da teoria kelseniana<sup>4</sup>.

Desse modo, objetivando a descrição da teoria kelseniana, abordar-se-á os seguintes pontos: **i)** a ciência jurídica como centro de interesse da Teoria Pura do Direito; **ii)** a pureza metodológica proposta por KELSEN; **iii)** a norma jurídica como objeto da ciência jurídica; **iv)** a norma hipotética fundamental como fundamento de validade do ordenamento jurídico; **v)** uma rápida análise sobre a teoria jurídica estática e a teoria jurídica dinâmica; e, finalmente, **vi)** as conclusões.

## **1 A ciência jurídica como centro de interesse da teoria pura do direito.**

A primeira pergunta que deve ser feita é: qual é a grande busca de KELSEN na obra intitulada **Teoria Pura do Direito**?

Ninguém melhor do que o próprio autor para responder esta indagação. Segundo KELSEN a busca empreendida consistiria em:

(...) desenvolver uma **teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural**, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. **Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência**, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente

---

<sup>3</sup> “A razão maior das críticas radicais a Hans KELSEN está em exigir da **Teoria Pura do Direito** que seja o que, declaradamente, não pretende ser; ou que dê aquilo que jamais se propôs a dar ao estudioso: seja uma valoração – uma apreciação livremente axiológica do conteúdo de uma ordem jurídica determinada, sejam explicações sociológicas do porquê deste conteúdo, e de fatos do Direito na sociedade, influenciando, ou sendo resultante, de fenômenos sociais.” (PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Atualidade do Pensamento de Kelsen. **Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). São Paulo : Saraiva, p. 463-478, 2001, {p. 464}).

<sup>4</sup> Esclarecedor o pensamento de José Sepúlveda PERTENCE:

“Digo, mais, que essa prática forense, após alguns anos de estudo de Kelsen, alicerçou em mim a convicção de que **nós, práticos do direito, somos todos mais ou menos kelsenianos**. O que há é que poucos a confessam. É grande a carga de preconceitos que vem alimentando a crítica implacável, que atravessa décadas, ao grande teórico. **Devo dizer que muitas dessas críticas são de quem não leu. Outras tantas, de quem o leu mas não o entendeu; e, finalmente, muitas outras são de quem o leu, o entendeu, mas não quis entender** (...) (in Atualidade do Pensamento de Kelsen. **Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). São Paulo : Saraiva, p. 463-478, 2001, {p. 464}). (sem grifo no original)

dirigidas ao conhecimento do Direito, e **aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.**<sup>5</sup> (sem destaque no original)

Como se vê, a intenção de KELSEN era a de fornecer referências para um **conhecimento jurídico** puro, despidido de ideologias políticas ou elementos de ciência natural. Um conhecimento que seguisse **critérios de cientificidade**.

Na realidade, a preocupação de KELSEN nunca foi diretamente o Direito, mas sim, a ciência jurídica. O Direito, entendido como sistema normativo, somente interessava à KELSEN na medida em que se apresentasse como objeto da ciência jurídica.

A fim de alcançar o ideal de toda ciência (objetividade e exatidão), a teoria kelseniana propunha o desenvolvimento de um método de conhecimento próprio para a ciência jurídica. Importante destacar que anteriormente a proposta da **Teoria Pura do Direito**, invariavelmente, o cientista do Direito, na busca de respostas para suas indagações, tomava emprestado métodos de outras ciências (como as naturais). Este “empréstimo” para KELSEN era inválido haja vista que impregnava as respostas obtidas de subjetividade.

Eis então a mola propulsora para que se criasse método próprio para a ciência do Direito<sup>6</sup>, método esse que se pretendia totalmente puro.

## 2 A pureza metodológica

Como visto anteriormente, segundo KELSEN, para que se possa qualificar um conhecimento como sendo científico, é imprescindível que esse forneça respostas objetivas e exatas.

É por tais motivos que na **Teoria Pura do Direito**, Hans KELSEN propõe o desenvolvimento de método tendente a obter tal resultado (respostas objetivas e exatas).

Pondera KELSEN que para se alcançar essas respostas (objetivas e exatas) o cientista do direito **jamais** poderá tecer sua opinião. Ou seja, o cientista do direito não deverá deixar que seus valores pessoais (p.ex. morais, espirituais etc.), ou então que eventuais tendências políticas momentâneas interfiram no conhecimento. Em suma, o cientista deverá se portar com neutralidade perante o objeto de estudo.

---

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7º ed. São Paulo : Martins Fontes, 2006. Prefácio à primeira edição, fl. XI.

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 106.

A justificativa apresentada por KELSEN para o rechaçamento de qualquer subjetividade encontra-se no fato de que valores subjetivos do agente poderiam, em tese, contaminar as conclusões do estudo (as respostas obtidas). Assim, por meio de enunciados ideológicos e subjetivos estar-se-ia fazendo mais política jurídica do que ciência jurídica.

Note-se que KELSEN não estava só. Pontes de MIRANDA, ao tratar sobre a aplicação de critérios objetivos para a realização da ciência do Direito também visualizava extrema vantagem no afastamento dos métodos subjetivos (valorativos), sugerindo que o cientista buscasse, exclusivamente, dentro do próprio Direito as ferramentas para as respostas aos questionamentos científicos. Eis o pensamento do jusfilósofo alagoano:

À medida que conhecemos simplificamos o nosso saber: e à simplicidade dos métodos científicos corresponde simplificação da matéria jurídica. **A passagem dos processos subjetivos para os objetivos importa extraordinária vantagem na economia do pensamento e, como a Ciência do Direito auxilia e pode presidir à cristalização dele, proverá ela à própria depuração dos dados que irão servir de estudo e verificação experimental.** Isto, que, para o subjetivismo, seria empecilho, toldamento do assunto, duplo inconveniente, pela constante inserção de elemento heterogêneo na substância social, é, para o objetivismo científico, harmonia e rigor, precisão e clareza: guiam-se os fatos com os próprios princípios que os regem e insere-se nas leis, nas relações jurídicas, o que se extrai das próprias leis e relações. Dá-se apenas a utilização prática da Ciência, por processo idêntico ao do aproveitamento da energia elétrica, do magnetismo, do calor, do frio.<sup>7</sup> (sem destaque no original)

Em suma, KELSEN buscava em seu estudo desenvolver uma ciência jurídica isenta de qualquer interferência<sup>8</sup> (que não a do próprio Direito), repelindo totalmente a contaminação por questões afetas<sup>9</sup>, exemplificativamente, a psicologia, a sociologia, a ética ou a política. Esta conclusão se encontra no pensamento de Luis Alberto WARAT:

(...) a Teoria Pura pretende conhecer os horizontes problemáticos e as condições de possibilidade do objeto de conhecimento jurídico. Fornecer-nos, também, a concepção de ciência a que se deve recorrer para salvaguardar a produção de um saber científico dirigido ao Direito. **Procura caracterizar o objeto particular da Ciência Jurídica ou o Direito como objeto de um saber autônomo, regido por leis que lhe são próprias.**

**Para Kelsen, a autonomia da Ciência Jurídica requer a sua libertação de todos os elementos que lhe são estranhos: a Ciência do Direito deve apenas pretender construir um conhecimento que**

---

<sup>7</sup> in **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1972, p. 18/19.

<sup>8</sup> "A ciência do direito, como conhecimento de um sistema de normas jurídicas, não pode constituir-se, segundo nosso autor, senão excluindo tudo o que é estranho ao direito propriamente dito." (PERELMAN, Chaïm. **Droit, morale et philosophie**. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968. Anteriormente publicado em **Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen**, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964.)

<sup>9</sup> Diz KELSEN, que sua teoria do direito "quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito." (in **Teoria Pura do Direito**, p. 01).

**tente responder às questões do ‘que é’ e ‘como é’ o Direito, sem procurar explicitá-lo, transformá-lo, justificá-lo, nem o desqualificar a partir de pontos de vista que lhe são alheios. Esta é a exigência metodológica fundamental que nos define o sentido da idéia de pureza.**<sup>10</sup> (sem destaque no original)

Importante destacar, como bem adverte Katya KOZICKI, que a teoria kelseniana não ignora a política jurídica ou, até mesmo, a sociologia jurídica. Entretanto deixa essas, e outras ciências, fora da análise da ciência jurídica:

Tomando estes enunciados como base, pode-se dizer que a teoria kelseniana se pretende “pura” em dois sentidos distintos: a) o objetivo de sua teoria é libertar-se de quaisquer considerações ideológicas ou julgamentos de valor quanto ao sistema jurídico positivo; e b) **a sociologia jurídica, bem como a política, a economia e outras ciências afins podem ser consideradas ciências auxiliares, mas estão fora da caracterização específica da ciência jurídica.** A preocupação de Kelsen era criar uma ciência jurídica purificada de elementos valorativos, ao mesmo tempo em que estabelecia um rígido critério de demarcação entre ciência e seu objeto, e também entre o mundo do ser e o do dever ser. Por detrás desse objetivo, existia uma clara preocupação com o rigor e com questões de fundo metodológico<sup>11</sup>. (sem destaque no original)

Desse modo, não restam dúvidas que KELSEN objetiva alcançar uma ciência jurídica cujo objeto seja, exclusivamente, o Direito (sem qualquer caráter valorativo).

Segundo a visão de WARAT, a teoria kelseniana, a fim de atingir a pureza metodológica, propõe cinco níveis de purificação, os quais têm como função excluir do conhecimento jurídico toda a ideologia, prática política, bem como qualquer contribuição proveniente da filosofia, da justiça, da moral, da religião além de crenças, princípios e categorias que regulam as ciências causais<sup>12</sup>.

A **primeira** etapa de purificação seria a denominada "purificação política e ideológica". Esta teria como objetivo geral distanciar o Direito das ideologias sociais. Ou seja, buscaria afastar a ciência jurídica de interesses políticos, econômicos, sociais, dentre outros.

A **segunda** etapa de purificação seria a denominada "purificação anti-jusnaturalista" a qual consignaria o afastamento da idéia de que se poderia criar um Direito justo. Seria inadequado vincular o Direito ao critério “justiça” haja vista que a justiça seria algo variável de época para época e de pessoa para pessoa, sendo, então, um ideal nunca alcançável.

---

<sup>10</sup> WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis : UFSC, 1983, p. 27.

<sup>11</sup> *in* **Conflito e Estabilização: Comprometendo Radicalmente a Aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas**. Florianópolis, 2000. 266 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 156.

<sup>12</sup> WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis : UFSC, 1983, p. 32-33.

A **terceira** etapa de purificação levaria a designação de “purificação anti-naturalista ou anti-causalista”. Em tal etapa, destaca-se que a ciência do Direito não deve se preocupar com a conduta humana como essa se realizada no mundo natural (causa e efeito) e sim como um dever-ser, de acordo com a ordem normativa.

Nesse momento, importante se faz abrir um parêntese para relembrar o pensamento de Miguel REALE, o qual consigna que no mundo do “ser” impera o princípio da causalidade (causa e efeito), princípio esse que se aplica às ciências naturais, mas que deve ser repellido na ciência jurídica, na qual deve imperar o princípio da imputabilidade, que determina que em decorrência de um ato advém uma conseqüência descrita na norma. Eis a passagem a que está a se referir:

Em que sentido a norma é algo que se põe no plano do *dever ser*? O princípio que governa o mundo do *ser* é, como já dissemos, o princípio de *causalidade*, de tal maneira que tudo o que acontece pressupõe uma causa; ao contrário, no mundo do *dever ser*, o princípio dominante é o da *imputabilidade*, em virtude da qual se atribui uma conseqüência em razão da prática de determinado ato.<sup>13</sup>

Assim, na terceira etapa de purificação, afasta-se a utilização do princípio da causalidade, vigente para as ciências naturais, pelo que as condutas humanas não devem ser analisadas através do predicado causa e efeito e sim serem analisadas de acordo com sua adequação a norma, ou seja, pelo princípio da imputabilidade.

A **quarta** etapa de purificação leva o nome de “purificação intra-normativa” e está intimamente ligada à idéia de sanção e órgão. Em face desse nível de purificação, busca-se atrelar a sanção, decorrente da transgressão à ordem jurídica, unicamente a um órgão dotado de autoridade. Autoridade essa outorgada por outra norma do próprio Direito Positivo. Ou seja, novamente a ciência jurídica busca um critério de validação no próprio Direito, afastando as outras ciências.

Na **quinta** etapa de purificação – “purificação monista ou anti-dualista” – segundo WARAT, KELSEN busca somente um pressuposto metodológico para a ciência do Direito e fixa esse pressuposto na estrutura normativa, na norma jurídica.

Conclui-se, então, que em decorrência da pureza metodológica proposta por KELSEN, o objeto da ciência jurídica será exclusivamente o Direito. Direito esse que não tem que ser verificado no mundo real, pois que constitui um mundo próprio, uma outra realidade, uma **realidade normativa**, distinta daquela do mundo natural, o que será analisado em capítulo próximo.

---

<sup>13</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, vol. II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 406.

### 3. A norma jurídica como objeto da ciência jurídica

Quando KELSEN se propôs a criar uma teoria jurídica pura, deparou-se com grande problema, qual seja: o fato de não trabalhar com conceitos de uma mesma natureza. Visualizavam-se alguns conceitos **i)** empíricos e genéricos, como os elaborados pela técnica jurídica, tais como a pretensão, a declaração de vontade e o sujeito de direito; **ii)** outros, ainda empíricos, mas agora referentes a objetos e situações relacionados à vida social, como casa, árvore, fruto e serviço; **iii)** relacionados à essência de fenômenos típicos da vida social, como comunhão de bens, propriedade privada, pessoa e posse; e, finalmente, **iv)** aqueles que se reportam a valores éticos, como boa-fé, usos e costume e mulher honesta<sup>14</sup>.

Mediante a **Teoria Pura do Direito**, KELSEN buscou reduzir todos esses fenômenos jurídicos a um único referencial. O referencial eleito por KELSEN foi a norma jurídica, como bem elucida Tercio Sampaio FERRAZ JR.:

Esta multiplicidade levou Hans Kelsen a propor o que chamou de Teoria Pura do Direito, numa manifesta pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los coerentemente. **Esta dimensão seria a normativa**. Kelsen propõe, nestes termos, uma ciência jurídica preocupada em ver, nos diferentes conceitos, o seu aspecto normativo, **reduzindo-os a normas ou a relações entre normas**. O princípio de sua proposta está numa radical distinção entre duas categorias básicas de todo o conhecimento humano: ser e dever ser, a partir da qual se distinguem o mundo da natureza e o mundo das normas. Kelsen reconhece que o direito é um fenômeno de amplas dimensões, sendo objeto de uma Sociologia, História, Antropologia, Psicologia, Ética etc. **Para a ciência do Direito *stricto sensu*, porém, ele deve ser visto como um objeto que é o que é pela sua especial forma normativa.**<sup>15</sup> (sem destaque no original)

Pontualmente, no que diz respeito às normas jurídicas como objeto da **ciência do Direito**, KELSEN pontifica que é evidente que o **Direito** apresenta-se como objeto da ciência jurídica. Entretanto, dessa afirmação advém outra não tão óbvia, qual seja: que as normas jurídicas, na medida em que são a expressão do Direito, acabam por ser o centro do estudo da ciência jurídica<sup>16</sup>.

Desse modo, KELSEN afasta a possibilidade de um critério de validade metafísico, subjetivo ou valorativo para o ordenamento jurídico. Valendo-se de seu método puro, reputa a validade de todo ordenamento jurídico à norma jurídica e, ainda, as relações entre as normas.

---

<sup>14</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª ed. Atlas, 1986, p. 37.

<sup>15</sup> *in* **A Ciência do Direito**. 2ª ed. Atlas, 1986, p. 37.

<sup>16</sup> *in* ob. citada, p.79.

Nessa busca de definir a especificidade de seu objeto na norma jurídica, KELSEN firma uma distinção entre o mundo natural (ser) e o mundo normativo (dever-ser).

Diante dessa distinção natural x jurídico, a conduta humana passa a ser analisada sob **dois prismas**: um de índole **subjetiva**, que nada mais é do que a exteriorização da conduta humana, a forma como ela é percebida no mundo real, designada por KELSEN pela denominação de “ser” e, outro, de índole **objetiva**, o qual seria o significado jurídico que a conduta humana, verificada na natureza, teria dentro do Direito, ou seja, sua adequação à norma, que é apresentado e nominado por KELSEN como o “dever-ser”.

Importante destacar, que o fato externo, analisado isoladamente, não constitui objeto do conhecimento jurídico<sup>17</sup>. O que transforma esse fato externo em ato jurídico, **não é a forma como ele se exterioriza**, mas sim, o significado que ele apresenta, quando em verificação com o ordenamento jurídico vigente.

Assim, a norma atua como esquema de interpretação para a conduta humana externa (que não é objeto da ciência jurídica), sendo que na medida em que essa se adapta ao Direito, passa a fazer parte do objeto da ciência jurídica.

Desse modo, **ao delimitar seu objetivo no mundo do “dever-ser”, KELSEN direciona o olhar de sua ciência às normas, tal como elas estão postas**. Não interessa ao cientista as condutas humanas tal como se verificam no mundo real (dia-a-dia), mas apenas ganham importância enquanto conteúdo de normas postas<sup>18</sup>.

Conclui-se, então, que a teoria jurídica kelseniana está “exclusivamente preocupada com a análise do Direito positivo como uma realidade normativa.”<sup>19</sup>

Superada a questão de que as normas jurídicas são objeto da ciência jurídica, salienta-se que o discurso que descreve essa realidade normativa, a que KELSEN dá o nome de proposição jurídica (doutrina), distingue-se das normas jurídicas, na medida em que essa prescreve uma conduta do “dever-ser”, sendo que aquela (proposição jurídica) não detém essa competência, podendo somente descrever o que norma prescreve.

De qualquer forma, ao se falar em proposições jurídicas, está se falando em manifestações da ciência do Direito, pelo que essas descrições devem se afastar de qualquer interferência que não seja diretamente afeta ao Direito (pureza metodológica).

---

<sup>17</sup> KELSEN, ob. citada, p. 04.

<sup>18</sup> “O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui.” (KELSEN, ob. citada, p. 04)

<sup>19</sup> WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis : UFSC, 1983, p. 28.



Cabe, ainda, ressaltar, que também na produção normativa verifica-se, fortemente, o dualismo entre o “ser” e o “dever-ser”, pois que o ato de vontade que dá origem à norma, encontra-se no mundo real, no “ser”; ao passo que a norma posta encontra-se na esfera do “dever-ser”, pois que a norma não pode mais do que descrever aquilo que se espera da conduta humana, ou seja, como esta deve ser e nunca como é.

Nesse momento, oportuna a remissão ao próprio KELSEN:

*Norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser.*<sup>20</sup> (sem destaque no original)

Assim, a norma jurídica não é o ato de vontade do legislador (que se encontra no mundo do “ser”) e, sim, o “dever-ser”, o “dever ser” da conduta humana nela descrita.

Prega KELSEN, que para que essa norma descritiva de um “dever-ser” seja considerada válida (vigente), basta que a mesma integre o ordenamento jurídico, ou seja, que tenha sido regularmente constituída, que decorra direta ou indiretamente da norma fundamental, a qual confere validade ao ordenamento jurídico.

Esse é o próximo ponto a ser explorado.

#### **4. A norma hipotética fundamental como fundamento de validade do ordenamento jurídico**

Quando KELSEN se propõe a explicar cientificamente a validade-vigência de uma norma jurídica, não se orienta pelas noções subjetivas de justiça<sup>21</sup> e valores imanes ou morais. Se o quer objetivo, o conceito de validade apenas pode advir do dever-ser, de uma forma geral, desprendida de conteúdo.

Relembra Maria Helena DINIZ que para aquela doutrina a justiça não é objeto da ciência jurídica. Isso porque, a justiça é algo mutável, variável de sociedade para sociedade, de época para época e, até mesmo, para cada círculo social. Ou seja, a justiça depende de valorações pessoais (critério subjetivo), as quais são variáveis. Assim, o que pode ser justo em

---

<sup>20</sup> *in* ob. citada, p. 06.

<sup>21</sup> “As crenças sobre a possibilidade de definir e estabelecer um Direito justo, se bem que decisivas para a Política Jurídica, nada acrescentam ao ponto de vista estritamente científico do Direito.” (WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis : UFSC, 1983, p. 28.)

dada época, para determinado grupo de pessoas, pode ser tido como injusto para outro grupo, em época diversa. Aliás: isto pode ocorrer até em épocas contemporâneas<sup>22</sup>.

Katya KOZICKI tratando, igualmente, sobre a questão da justiça na teoria kelseniana afirma que:

a ordem jurídica não necessita ser explicada a partir de considerações acerca do justo. Aliás, Kelsen reconhecia que **não é possível nenhuma garantia de que uma determinada ordem jurídica possa ser considerada efetivamente justa em dado momento**. Outrossim, **não existe um elemento transcendental ou último que possa outorgar ao direito positivo o adjetivo de justo**.<sup>23</sup>

Entretanto, convém destacar que KELSEN não negou a existência da justiça; somente afastou essa análise da ciência jurídica.

Desse modo, em observância à pureza metodológica, a norma jurídica será analisada pela ciência jurídica de forma objetiva, sem referência a seu conteúdo, notadamente a justiça desse.

Assim, propõe KELSEN um conceito formal, segundo o qual a validade de uma norma advém sempre de outra norma, hierarquicamente superior, a qual confere a determinado ente competência para dizer o conteúdo do Direito.

Com isso, explica KELSEN, a formação de um sistema normativo escalonado a partir de uma hierarquia, segundo a qual a norma superior confere validade à norma inferior.

Convém destacar que essa transferência de validade não pode perder-se no interminável. Deve haver a norma última, a qual é denominada por KELSEN de **norma hipotética fundamental**. Esta norma está fora da ordem jurídica, mas proporciona a garantia de validade de todo o sistema.

Nesse sentido, leciona Miguel REALE:

O Direito é visto como *um sistema escalonado e gradativo de normas, as quais atribuem sentido objetivo aos atos de vontade*. Elas se apóiam umas nas outras, formando um todo coerente: recebem uma das outras a sua vigência (*validade*), **todas dependendo de uma norma fundamental**, suporte lógico da integralidade do sistema.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 107.

<sup>23</sup> KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização**: Comprometendo Radicalmente a Aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas. Florianópolis, 2000. 289 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 157.

<sup>24</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, vol. II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 403.

Não diferentemente, aponta Tercio Sampaio FERRAZ JR., afirmando que KELSEN vê o “fundamento da Constituição numa norma pressuposta, de natureza teórica, que apenas prescreve ao jurista que aceite a Constituição do primeiro legislador.”<sup>25</sup>

Assim, a **norma hipotética fundamental**, que não é norma positiva e sim pressuposta, **confere validade a todo o ordenamento jurídico**, na medida em que, em decorrência de sua superioridade, **outorga validade à norma positiva que ocupa o topo, o ápice, do ordenamento e essa confere validade, sucessivamente, as demais normas do ordenamento.**

Note-se, ainda, que a norma hipotética fundamental, além de conferir validade a todo o ordenamento jurídico, permite distinguir as normas jurídicas positivas dos outros tipos de normas, como as morais e religiosas, pois toda norma que não tiver sua validade decorrente dela, não poderá ser considerada parte do ordenamento jurídico positivo e, conseqüentemente, objeto da ciência do Direito.

Ademais, a norma hipotética fundamental atende ao critério de pureza metodológica kelseniana. Isso porque, independentemente do conteúdo da norma jurídica – observe-se que para a análise do conteúdo da norma seria inevitável a utilização de critérios subjetivos, como justiça, política e sociologia - essa será tida como válida se for emanada por poder competente. Poder esse que é decorrente da norma hipotética fundamental.

Por fim, destaca-se que KELSEN atrela a vigência do ordenamento jurídico a sua eficácia, concluindo que se esse não tiver um mínimo de eficácia, de aplicabilidade no mundo real, conseqüentemente, perderá sua vigência<sup>26</sup>.

Importante esclarecer que a eficácia não é condição de validade da norma jurídica considerada isoladamente, mas sim condição de validade para todo o ordenamento jurídico. O fundamento de tal assertiva é que se o poder, a competência, estabelecida na norma hipotética fundamental não é mais obedecido, conseqüentemente não se visualiza mais nessa a sua imperatividade e, por sua vez, a sua força para validar todo o sistema.

Ou seja, apesar de KELSEN procurar separar de forma rigorosa o “ser” do “dever ser”, no entanto, ao falar sobre a vigência e a eficácia, acaba reconhecendo que é preciso um mínimo de eficácia (que está no plano do “ser”) para se ter vigência (que está inserido no plano do “dever ser”).

---

<sup>25</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio **A Ciência do Direito**. 2ª ed. Atlas, 1986, p. 59.

<sup>26</sup> “Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada validade quando permanece duradouramente ineficaz. A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a vigência.” (KELSEN, ob. citada, p. 12.)

De todo modo - afora a questão da ausência de eficácia, que evidencia a morte do sistema jurídico estabelecido, em decorrência do dismantelamento do poder originário - tem-se que a norma hipotética fundamental, que não é norma positiva, e sim pressuposta, confere validade a todo o ordenamento jurídico, instituindo competência, sucessiva, para a elaboração das normas jurídicas. Ou seja, ao outorgar legitimidade à norma que integra o ápice do ordenamento, legitima em cascata as demais normas que lhe são direta ou indiretamente ligadas.

## 5. Teoria jurídica estática e teoria jurídica dinâmica

Em sua Teoria Pura, KELSEN também propõe duas formas de ver, de observar, o Direito.

Assim, de acordo com ângulo que se observa o Direito, se em movimento ou em estagnação, pode-se distinguir duas teorias jurídicas, denominadas por KELSEN de dinâmica e estática, respectivamente.

Francesco CARNELUTTI, analisando as teorias jurídicas estática e dinâmica, faz questão de reforçar que essas nada mais são do que cada lado de uma mesma moeda. Ou seja, o objeto da ciência do Direito é, unicamente, o Direito e, conseqüentemente, a norma jurídica. Entretanto, esse pode ser visto sob dois ângulos distintos, o que possibilita ao jurista uma melhor percepção de seu objeto de estudo:

Estática e dinâmica não são, pois, por seu turno, senão modos de ser do observador e da observação, não da realidade. A realidade não é nem estática, nem dinâmica. Só quando isolamos, por abstração, um ou mais objetos, é que esse gera a idéia do movimento e da permanência. **Os princípios de estática e de dinâmica não significam senão as regras da observação desenvolvida deste ou daquele modo, e o resultado da observação conduzida num ou no outro sentido.**<sup>27</sup>

Desse modo, na teoria jurídica estática o Direito será analisado como sistema de normas em vigor.

Por sua vez, na teoria jurídica dinâmica, o Direito será analisado no âmbito de sua produção e aplicação, produção e aplicação essas que são, igualmente, reguladas por normas jurídicas.

## Considerações finais

---

<sup>27</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo : LEJUS, 1999, p. 36.

Em síntese, visualiza-se que a teoria kelseniana tem como objetivo a criação de uma ciência jurídica pura, livre de valorações, de questões ideológicas.

Como assevera Francesco CARNELUTTI, para a teoria kelseniana é necessário “conceber o Direito com olhos de jurista, sem procurar a todo instante elementos que a Psicologia elabora, a Economia desenvolveu ou a Sociologia nos apresenta.”<sup>28</sup>

E foi exatamente isso que KELSEN se propôs. Ou seja, criar parâmetros para o desenvolvimento de um estudo jurídico livre de interferências externas que não a do próprio Direito.

Todavia, nunca é demais lembrar, que KELSEN não negou a utilidade da sociologia do Direito, nem mesmo sustentou que a justiça não existe, somente afastou esses elementos do estudo científico do Direito<sup>29</sup>.

Assim, focando o estudo da ciência do Direito no próprio Direito, a teoria kelseniana propõe que as atenções sejam voltadas para a norma jurídica, que na verdade é a expressão do Direito<sup>30</sup>.

Nesse sentido, leciona José Hermano SARAIVA<sup>31</sup>, apontando que para KELSEN o problema precípua do jurista é o de saber: **i)** como as normas se articulam entre si; **ii)** qual o seu fundamento de validade; e **iii)** qual o critério para que as normas possam ser consideradas uma unidade sistemática.

Na busca por essas respostas KELSEN idealizou a norma hipotética fundamental.

Importante destacar que a norma hipotética fundamental não é norma positiva e sim presumida. É fundamento último de validade do ordenamento jurídico. Ou seja, a norma fundamental confere legitimidade a norma que se encontra no ápice do ordenamento jurídico e essa, sucessivamente, confere validade as demais normas jurídicas.

---

<sup>28</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, vol. II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 401.

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 107.

<sup>30</sup> “KELSEN não nega o valor dos estudos de Sociologia do direito, nem a procedência das reflexões crítico-filosóficas sobre o ideal jurídico, ou, por outras palavras, sobre a Justiça. A meu ver, a Ciência do Direito nada tem com isso. A ela só se pode pedir o conhecimento das normas jurídicas como esquemas classificadores dos fatos sociais e de consciência, não sendo jamais normas jurídicas de si mesmas fatos e consciência. O único objeto do conhecimento jurídico, acentua KELSEN, é o direito, e o direito é a norma, nada mais que a norma.” (LIMA, Hormes. **Introdução à Ciência do Direito**. Rio de Janeiro : Ed. Nacional de Direito, 1952, p. 230.)

<sup>31</sup> *apud* DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 108.

Desse modo, as normas se **articulam** entre si em decorrência de critério formal, qual seja: a competência para sua instituição (i), pelo que a norma superior confere **validade** a norma inferior (ii), criando-se assim um **sistema escalonado** (iii).

Assim, finalizada a análise da obra do doutrinador austríaco, Hans KELSEN, inevitável se faz concluir, como já mencionado na introdução desse trabalho, que todos os juristas, em maior ou em menor grau, adotam o pensamento kelseniano, muitas vezes até sem o perceberem, pois que tal pensamento, por exemplo, está na justificação de validade de uma determinada norma jurídica em decorrência dessa ter sido emanada de órgão competente.

## Referências

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. Compilada por Nello Morra e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo : Ícone, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo : LEJUS, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1989.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª ed. Atlas, 1986.

\_\_\_\_\_. Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1891. **Revista CCJ/UFSC**. Ano 2, dezembro de 1991. pp. 133-138.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4ª ed. São Paulo : Malheiros, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. São Paulo : Quatier Latin, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução à ciência do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1960.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização: Comprometendo Radicalmente a Aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas**. Florianópolis, 2000. 266 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

LIMA, Hormes. **Introdução à Ciência do Direito**. Rio de Janeiro : Ed. Nacional de Direito, 1952.

- MINGHELLI, Marcelo. Crítica Waratiana à Teoria do Direito: Os mitos do ensino jurídico tradicional. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, p. 93-104, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1972.
- PERELMAN, Chaim. **Droit, morale et philosophie**. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968.
- PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Atualidade do Pensamento de Kelsen. **Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). São Paulo : Saraiva, p. 463-478, 2001.
- PRADE, Péricles. **Duguit, Rousseau, Kelsen & outros ensaios**. Florianópolis : Obra Jurídica, 1997.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, vol. II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- \_\_\_\_\_. **O Direito Como Experiência**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1992.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito: Repasse Crítico de seus Principais Fundamentos**. Rio de Janeiro : Forense, 2003.
- VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. vol I e II. São Paulo : Axis Mundi : IBET, 2003.
- WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis : UFSC, 1983.