



**CENTRO UNIVERSITÁRIO MÁRIO PALMÉRIO**

**Curso de Direito**

**BRUNO RAFAEL RODRIGUES DE ARAÚJO**

**HANS KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO COMO MODELO DE  
CIENTIFIZAÇÃO DO DIREITO**

**MONTE CARMELO**

**2021**



**BRUNO RAFAEL RODRIGUES DE ARAÚJO**

**HANS KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO COMO MODELO DE  
CIENTIFIZAÇÃO DO DIREITO**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito, como parte do requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Araújo Batista.

**MONTE CARMELO  
2021**



**BRUNO RAFAEL RODRIGUES DE ARAUJO**

**HANS KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO COMO MODELO DE  
CIENTIFIZAÇÃO DO DIREITO**

Artigo Científico apresentado ao Centro  
Universitário Mário Palmério, como requisito  
parcial para a obtenção do título de Bacharel  
em Direito.

Monte Carmelo, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Gustavo Araújo Batista

---

Prof. (nome do professor avaliador)

---

Prof. (nome do professor avaliador)

*Dever ser é o ato de vontade que constitui o sentido de um ser.*

***Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen.***



## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador e amigo, Professor Doutor Gustavo Araújo Batista, pela oportunidade, pelos ensinamentos e, principalmente, pela confiança irrestrita.

Agradeço aos meus pais, Pedro de Araújo Pereira e Irene Rodrigues Lopes Pereira, ao meu irmão, Pedro Henriques Rodrigues de Araújo, e a minha amada filha, Beatriz Toporowicz de Araújo.

Agradeço as minhas queridas e amadas tias, Francisca Rodrigues Lopes, Marta de Araújo Pereira, Florisvalda Pereira de Oliveira e Consuelo Martins de Araújo.

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar dentro da teoria do direito as principais teses apresentadas por Hans Kelsen (1881-1973), na obra teoria pura do direito. Embora Kelsen seja um autor bastante conhecido na área jurídica, é um autor pouco lido nos cursos de graduação, seja pela sua linguagem hermética, abstrata ou pela sua abordagem legalista do direito, é necessário entender a sua influência e importância. Para isso, trataremos de esmiuçar alguns temas presentes na sua obra que é uma das mais importantes do século XX e sempre muito citada em decisões dos grandes tribunais pelo mundo. Nesse contexto, apresentaremos um enfoque no princípio de pureza, a diferença entre ato e norma, entre o princípio da causalidade e o princípio amputação, ou seja, entre o ser e o dever ser. Será tratada também a famosa teoria do escalonamento de Kelsen, além da significação da Constituição e sua fundamentação através da norma fundamental.

**Palavras-chave:** Hans Kelsen. Normativismo. Positivismo Lógico. Teoria do Direito. Teoria Pura do Direito.

## ABSTRACT

This article aims to analyze, within the scope of direct theory, the main theses presented by Hans Kelsen (1881-1973) a work of pure direct theory. Although Kelsen is a well-known author in the legal field, he is a minor author in our undergraduate courses, strips away his hermetic language, abstracts or strips away his straightforward legalistic approach, and one needs to understand his influence and importance. For this, we will seek to scrutinize some themes present in this work that are some of the most important of the 20th century and are always mentioned in the decisions of two great tribunes around the world. In this context, we will present an approach other than the principle of purity, a difference between an act and a norm, between the principle of causality and the principle of amputation, that is, between or being and or being. Kelsen's famous theory of enactment will also be addressed, as well as the meaning of the Constitution and its foundation through the fundamental norm.

**Palabras-clave:** Hans Kelsen. Normativism. Logical Positivism. Theory of Law. Pure Theory of Law.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 HANS KELSEN</b> .....	8
<b>2.1 A Teoria Pura do Direito</b> .....	9
2.1.1 <i>O princípio da pureza</i> .....	10
2.1.2 <i>O Ato e a Norma</i> .....	10
2.1.3 <i>O princípio da causalidade (ser) e o princípio da Imputabilidade (dever ser)</i> .....	12
2.1.4 <i>A Teoria Escalonada de Kelsen</i> .....	13
2.1.5 <i>A Constituição e a Norma Fundamental</i> .....	15
<b>3 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	17
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	19

## 1 INTRODUÇÃO

O século XX foi definido pelo renomado historiador Eric Hobsbawm como, Era dos Extremos. Isto se deve, principalmente, às duas grandes guerras, ao surgimento dos regimes totalitários e aos grandes genocídios. Porém, em meio ao caos e as tensões, sempre aparecem alternativas e novos modos de viver, pensar e mudar o contexto em que se vive. A primeira metade desse século foi propícia, não somente às grandes tragédias, mas também aos grandes avanços na Psicologia, na Física, Biologia, Medicina e também no Direito.

Nesse período, o Direito vinha da dicotomia entre o direito natural (*jusnaturalismo*) e do direito positivo (*juspositivismo*). O estudo dessas duas escolas ou teorias do direito é tema importante para entender os diferentes detalhes do nosso ordenamento jurídico. O direito não é uma ciência exata, pois existem diversas formas de enxergar as normas. Ao estudá-las é possível perceber a influência de cada uma dessas correntes até os dias de hoje.

A primeira dessas teorias é o jusnaturalismo que acredita que a lei natural seria a lei verdadeira, pois ela se origina da própria natureza humana. Para essa corrente há valores que são imanescentes do homem, seja qual for sua cultura. Os jusnaturalistas acreditam que deve existir uma lei única em todas as nações e essa lei é eterna, porque advém de valores que devem reger toda a humanidade. O direito natural seria um direito universal, que seria o mesmo para todos os povos. Assim, haveria um conjunto de princípios superiores que nos orientam sobre a validade das leis (certo e errado). Eles buscavam um ideal de justiça e acreditam que o direito deve se basear em princípios eternos e imutáveis, ou seja, se uma lei for contrária a esses princípios, ela será uma lei injusta e não terá validade.

A segunda teoria é a chamada juspositivista que exerce um forte contraponto a escola jusnaturalista. Para os positivistas não existe um direito universal porque a justiça é relativa, aquilo que é considerado justo para uma pessoa pode não ser para outra. Para esse corrente, uma justiça absoluta é um ideal inatingível. As leis são criações voluntárias, ou seja, a sociedade pode escolher como serão as suas leis, o que pode variar de acordo com o que será decidido por cada povo. É importante destacar que, para os positivistas, as normas devem ser objetivas e racionais, pois se o direito se apoia em valores ele se torna muito instável, afinal você pode ter seus valores, o juiz pode ter outros, o promotor outro e assim por diante. A solução seria criar um sistema jurídico lógico, coeso, nos moldes de uma ciência exata, para conferir segurança jurídica.

Dentro do positivismo existe um nome de grande destaque chamado Hans Kelsen, esse jurista formulou a *teoria pura do direito*. É sobre ele e esta teoria, o objeto de estudo do presente trabalho.

## 2 HANS KELSEN

Hans Kelsen (1881-1973) nasceu em Praga, mas criado em Viena, foi jurista, professor e filósofo do direito. É considerado um dos mais importantes e influentes estudiosos do Direito, concebeu a técnica de controle de constitucionalidade, assim como foi o iniciador da lógica jurídica. Foi, durante nove anos (1921-1930), juiz da corte constitucional da Áustria e um dos principais responsáveis pela redação da Constituição da Áustria. Judeu, perseguido pelo nazismo apoiou a República de Weimar e teve que abandonar a cátedra em Colônia, na Alemanha. Exilado, passou a parte final de sua vida nos EUA, onde lecionou na Universidade de Berkeley.

Sua principal obra é a *Teoria pura do direito*, publicada em 1934, obteve grande sucesso, tendo uma segunda edição alterada de 1960. Além dessa, destacam-se também *Teoria geral do direito de Estado* e a *Teoria geral das normas*, esta última publicada postumamente.

Hans Kelsen é conhecido por ter lançado as bases da ciência do direito autônoma excluindo do objeto “direito” quaisquer referências que eram estranhas a esse objeto, especialmente as de cunho sociológico ou axiológico. Ele considerou que essas metodologias deveriam ser utilizadas pelos ramos das ciências respectivas, como a sociologia ou a filosofia, mas não pela ciência jurídica. A teoria de Kelsen é considerada o ápice do positivismo jurídico. Os juristas positivistas foram influenciados pelo conceito positivo de ciência que pretendia banir a metafísica do mundo da ciência e restringir a ciência aos fatos, considerados empiricamente.

Na época de Kelsen havia uma noção consagrada que eram as outras ciências com as suas metodologias que dariam a base metodológica para a própria ciência jurídica, que não possuía uma linguagem própria. Assim, o contexto em que Kelsen surge, é o contexto em que o direito estava muito contaminado pela filosofia, sociologia, psicologia e ele era analisado com as metodologias das outras ciências sem possuir, entretanto, uma linguagem ou uma metodologia própria.

Hans Kelsen fez parte do chamado *Círculo de Viena* (1922-1936), juntamente com Carnap, Wittgenstein, Quine, entre outros. Esse círculo era um grupo de intelectuais de diversas áreas (filosofia, matemática, física, economia...) que se reuniam informalmente na Universidade de Viena, em reuniões semanais procuravam reconceitualizar o empirismo a partir das novas descobertas científicas e demonstrar as falsidades da metafísica. Seu sistema filosófico ficou conhecido como o *positivismo lógico*. Kelsen absorve essa metodologia filosófica e se afasta tanto de uma abordagem jusnaturalista, que não é verificável, mas também se afasta de uma abordagem sociológica, pois este método pertence à sociologia e a ciência jurídica precisaria de um método próprio.

Assim, influenciado pelo positivismo lógico do Círculo de Viena e utilizando uma *linguagem* precisa e rigidamente lógica, Kelsen abstrai do conceito de direito, uma série de conceitos, implicações, teorias e um método que, até então, eram estranhos ao próprio direito. Kelsen vai chegar à conclusão que a estrutura fundamental do direito é a estrutura do dever ser, isto é, o direito seria uma ciência social normativa. Para Kelsen, estudar direito, portanto, é estudar a norma jurídica que é algo empírico, já que esta positivado e é algo dotado de significado.

## 2.1 A Teoria Pura do Direito

A *teoria pura do direito* de Hans Kelsen, não é somente a sua principal obra, é também das principais e mais influentes obras do século XX. A sua importância repercute até os dias de hoje em diversas áreas do direito e de outras ciências. Ela consiste justamente no rompimento com os paradigmas de sua época, trazendo consigo realismo jurídico, rigor e estabelecendo uma ciência jurídica neutra e autônoma.

Na teoria pura do direito são discutidos noções de validade, vigência e eficácia, a diferença entre direito e moral, a ideia de norma jurídica, a diferença entre dinâmica e estática jurídica, a diferença entre interpretação autêntica e não-autêntica, e muitos outros conceitos.

Nesta obra, Kelsen busca criar uma teoria que tivesse por objeto apenas o conteúdo estritamente jurídico do direito, afastando seus motivos políticos, ideológicos, econômicos, psicológicos. Desse modo, “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito?”<sup>1</sup>. Isso não quer dizer que tais motivos não existam, apenas o método científico com que ela se propõe, deve se preocupar unicamente identificar e descrever direito.

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito. p. 1

### 2.1.1 *O princípio da pureza*

A pureza a que Kelsen se refere significa evitar o sincretismo metodológico, a mistura de métodos até então utilizado pelos juristas para escrever direito. Este é teu objetivo, uma teoria que mostre como direito funciona com exatidão e razoável grau de previsibilidade.

Nas palavras do próprio Kelsen (1998, p. 1):

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.

Foi com este propósito que Kelsen propôs o que denominou *princípio da pureza*, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. Ou seja, o direito, para o jurista, deveria ser encarado como norma (e não como fato social ou como valor transcendente). Isso valia tanto para o objeto quanto para o método. (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. XV-XVI).

A pureza da ciência do direito, portanto, decorre da estrita definição de seu objeto e de sua neutralidade. A intenção de Kelsen não é negar a complexidade e a pluralidade do fenômeno direito, mas torná-lo apto ao estudo do jurista ou do cientista do direito. Ele queria propor uma ciência que se orienta pelas certezas das ciências exatas, como a matemática, a física, a geometria, a fim de dar certo rigor a um pensamento que se pretende científico.

### 2.1.2 *O Ato e a Norma*

Para entender o conceito de *ato*, Kelsen aponta dois elementos característicos: “primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito” (1998, p.2).

Assim sendo, o ato está no cotidiano, no mundo dos fatos. Enquanto os fatos são acontecimentos naturais, sucessivos e sem uma ordem jurídica, os atos dependem da vontade humana e, poderão ou não, ter um significado jurídico. Porém para saber interpretar a conduta e o significado desse ato, é necessário a *norma*. Kelsen, afirma:

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 tal 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. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. (KELSEN, 1998, p. 3)

A norma, portanto, é mais complexa que o ato, pois esta necessita de um componente subjetivo. Ela é um esquema de interpretação do ato humano, da atitude humana. A norma percebe uma conduta e interpreta essa conduta, ou seja, dá-se uma ação e ela se enquadra dentro da norma, por consequência, têm-se o sentido objetivo, positivado. Só será jurídico se estiver formalizado, se estiver na legislação.

À vista disso, é o entendimento do Professor Alysson Mascaro (2010, p.343):

Para Kelsen, o direito só pode ser entendido cientificamente a partir de uma especificidade que é normativa, do campo do *dever-ser*. Assim sendo, a proposta kelsiniana reside numa ciência normativa, isto é, do *dever-ser*. O direito não é analisado pelo campo de sua manifestação concreta, como *ser*. O que ele é, em termos factuais concretos, pode ser uma reflexão da sociologia ou da história, mas não da ciência do direito. Tal ciência alcança e se limita ao âmago normativo do direito. Para Kelsen, entre as questões sociais, que são analisadas como fenômenos reais, e as normas jurídicas, interpretadas como imputação, há uma diferença de nexos: *ser* e *dever-ser*, como instâncias próprias. A norma jurídica é o que distingue a pureza do conhecimento jurídico.

A norma jurídica para existir tem como pressuposto de significação, a conduta realizada. Ela ordena, determina o *ser* a agir, é somente quando se efetiva a conduta, que temos a norma. A norma constitui o objeto de pensamento do Direito. Desse modo, o Direito nada mais é do que um sistema de normas que regulam o comportamento humano.

Mais adiante, Hans Kelsen identifica outro significado da norma:

Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. (KELSEN, 1998, p.4)

Quando Kelsen se refere ao termo *outrem*, no sentido de transferir poder ao fazer normas, ele quer dizer com isso, por exemplo, a atribuição do legislativo. O povo que legitima, que autoriza, a esse determinado grupo essa responsabilidade, por meio do voto. Serão eles que irão produzir a norma.

Percebe-se, dessa maneira, que a *norma* possui duas características específicas: em um primeiro momento, a norma é definida como um esquema de interpretação do ato jurídico; já em um segundo momento, como produção normativa, ou seja, ato de produzir-se a si mesma.

### 2.1.3 O princípio da causalidade (*ser*) e o princípio da Imputabilidade (*dever ser*)

O dualismo entre *ser* (*sein*) e *dever ser* (*sollen*) é muito presente na obra de Hans Kelsen. Pode-se dizer que é impossível compreender o método do autor sem entender essa dualidade. Que, ao passo que se distinguem, ao longo do processo normativo, se complementam. O que torna mais acessível à compreensão se dará através do princípio da causalidade e do princípio da imputabilidade.

No livro, *Para entender Kelsen*, Fábio Ulhoa Coelho (2001, p. 52), distingue estes dois princípios:

As ciências causais apresentam seus enunciados sob a forma correspondente ao princípio da causalidade (se A é, então B é), enquanto as normativas o fazem atendendo ao da imputação (se A é, então B deve ser). Qualquer proposição da ciência química, por exemplo, pode ser reduzida à sustentação de um conseqüente necessário: se, mantido o volume do gás, aumenta a temperatura (se A é), então a pressão também aumenta (então B é). A ciência jurídica, por outro lado, constitui-se de proposições estruturadas como sustentação de um conseqüente prescrito: se o devedor não paga sua obrigação (se A é), então deve ser movida a execução forçada de seu patrimônio (então B deve ser). (COELHO, 2001, p. 52)

O *ser* (*sein*) pertence ao mundo natural. As leis físicas, por exemplo, como a lei da gravidade são indicadas uma causa natural, a causa de uma maçã que cai é a gravidade atuar sobre sua massa, a causa e efeito se (A é, então B é), a isso chamamos ordem do ser. O *dever ser* (*sollen*) diz respeito às normas. Diferentemente do mundo natural, no direito as coisas são diferentes, não faz sentido falar em causa e efeito no mundo jurídico, um ladrão pode muito bem roubar e jamais ser preso. É por isso que Kelsen fala em imputação, dois fatos são relacionados unicamente por meio das normas. As normas são criações humanas, diferentes da causalidade que tratam de relações naturais. A imputação possui condição e consequência normativa, *se alguém roubar deve ser preso* (se A é, então B deve ser), em outras palavras, há

uma norma que imputa a sanção, *ser preso*, ao fato *roubar*, a isso chamamos ordem do dever ser.

Adiante, Kelsen demonstra uma relação entre ser e dever ser:

Este dualismo de ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação. Diz-se: um ser pode corresponder a um dever-ser, o que significa que algo pode ser da maneira como deve ser. Afirma-se, por outro lado, que o dever-ser é ‘dirigido’ a um “ser”. A expressão: “um ser corresponde a um dever-ser” não é inteiramente correta, pois não é o ser que corresponde ao dever-ser, mas é aquele “algo”, que por um lado “é”, que corresponde àquele “algo”, que, por outro lado, “deve ser” e que, figurativamente, pode ser designado como conteúdo do ser ou como conteúdo do dever-ser. (KELSEN, 1998, p.5).

Ele traz como exemplo, duas suposições: *a porta será fechada e fechar a porta*. Aparentemente se trata da mesma ação, porém não o é. A expressão *a porta será fechada* é a conduta, e quando se diz *fechar a porta* esta determinando a conduta, em outras palavras, *a porta será fechada* é o *ser*; *fechar a porta* é o *dever ser*. Portanto, no primeiro caso, algo que é (*ser*), no segundo caso, o que *deve ser*. Dirá Kelsen (1998, p. 5) que, “a conduta que deve ser, porém, equivale à conduta que é em toda a medida, exceto no que respeita à circunstância (*modus*) de que uma é e a outra deve ser”. Nota-se que existe uma relação, pois é o ser que dá conteúdo ao dever ser.

#### 2.1.4 A Teoria Escalonada de Kelsen

A teoria do escalonamento normativo diz que, “as normas inferiores tem sua validade decorrente de uma atribuição das normas superiores”<sup>2</sup>. Uma sentença, que é uma norma particular, deve ser obedecida, pois esta amparada em uma lei, um código digamos, este código por sua vez está amparado na Constituição, que autoriza sua criação por meio de um procedimento legislativo.

Hans Kelsen (1998, p.155) diz que:

A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.

---

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, p. 155.

Sobre essa hierarquia de normas, é importante usar um exemplo ilustrativo. Quando digo: *o ladrão roubou um carro e foi pego*. Disso deve-se fazer duas afirmações: a primeira: o ladrão será preso; a segunda, o ladrão deve ser preso. Nós fazemos um juízo de veracidade sobre a primeira afirmação, o ladrão será preso, quer dizer, ladrão será ou não será preso, ou afirmação é verdadeira ou ela é falsa. Para segunda afirmação, o juízo de validade e não de veracidade, o ladrão deve ser preso ou não deve ser preso e isso dependerá da validade da norma.

Para Kelsen, o direito deve se preocupar exclusivamente com *juízo de valor* da norma. Ele não discute a validade, conteúdo da lei (se ela é justa ou injusta, útil ou inútil). “O ladrão rouba o carro e preso”, o ato de roubar é um acontecimento fático, todavia, o direito não trabalha simplesmente com acontecimentos fáticos, é preciso que esse acontecimento seja juridicizado. A condição normativa: Art. 157 do CPP: *subtrair coisa alheia móvel mediante violência*, permite interpretar o fato, atribuindo-lhe um sentido objetivo.

Na teoria pura do direito, uma norma jurídica vale não pelo seu conteúdo, mas sim pela validade atribuída por uma norma superior. Se digo que, *um ladrão deve ser condenado à determinada a pena*, imediatamente é necessário buscar no direito brasileiro, qual lei trata esse assunto, ou seja, o código penal e o código de processo penal. Segundo os termos da teoria pura do direito, existe um conjunto de normas que atribuem um sentido objetivo ao fato do ladrão é roubado e uma consequência objetiva segundo a qual ele deve ser preso.

Além de expressar deveres, uma norma também pode conseguir permissões e poderes. Pode inclusive tratar de outra norma, esse é um ponto muito importante. Na teoria pura do direito, há normas superiores que tratam de outras normas. Quando uma norma inferior está amparada pelo sentido de uma norma superior, diz-se que aquela norma é válida. O direito é formado por normas superiores que emprestam sentido e dão validade normas inferiores.

Ainda no exemplo do roubo: *o ladrão roubou um carro e foi pego*. O seu ato adquire o sentido objetivo pelo artigo 157 do Código Penal e é julgado por um juiz competente, nos termos do Código de Processo Penal. A validade dos dois códigos está amparado pela Constituição Federal, que determina a competência para julgamento. Se as normas inferiores cumprem os requisitos das normas superiores pode-se afirmar que elas são válidas, essa é a *teoria escalonada* de Kelsen.

### 2.1.5 A Constituição e a Norma Fundamental

Kelsen afirma que, “a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado<sup>3</sup>”, é ela que está no topo do ordenamento jurídico e que determina as demais normas abaixo dela, ao mesmo tempo em que inspira as demais normas, ela determina suas atribuições. Nesse diapasão, o jurista interpreta a Constituição em dois sentidos.

É o que afirma Dirley Cunha Junior (2018, p.80):

Segundo Kelsen, a Constituição pode ser concebida em dois sentidos: no sentido *lógico-jurídico*, como a *norma hipotética fundamental (Grundnorm)*, pressuposta, que serve de fundamento lógico transcendental de validade da própria Constituição jurídico-positiva; e no sentido *jurídico-positivo*, como a *norma positiva suprema*, fundamento de validade para todas as outras normas positivas, ocupando, dessarte, o vértice do ordenamento jurídico do Estado.

Por conseguinte, *o grande desafio da teoria pura do direito será justificar a validade da própria constituição*, afinal, se toda norma inferior encontra sua validade numa norma superior, o que atribui validade ao último componente do sistema normativo? Por que devemos obediência a Constituição?

Uma resposta possível seria dizer que houve uma constituição anterior que autorizou a instalação da Assembléia Constituinte para a formulação de uma nova Constituição. Entretanto, sempre podemos perguntar qual a validade da Constituição anterior até chegar àquela que foi historicamente a primeira delas. Esse é o chamado *problema da fundamentação normativa*.

As teorias anteriores buscavam legitimar a validade de uma constituição por meio do poder soberano ou buscavam respostas investigando a natureza humana ou a ordenação divina da realidade. Percebe-se que essas causas não são respostas, isto é, relações de causalidade entre poder, natureza e ordem divina. Kelsen não pode recorrer a nenhuma dessas respostas, seu método afasta todos os elementos vindos de fora da lógica normativa, ou seja, afasta todos os elementos extrajurídicos e suas relações causais. Como então justificar a validade da Constituição? A resposta de Kelsen é a chamada teoria da norma fundamental (*Grundnorm*).

Para fundamentar essa norma, anterior a Constituição, Kelsen recorre busca um dado que, ao invés de ser uma causa, fosse um pressuposto da ordem jurídica. Esse método ele encontrará na teoria Kantiana.

---

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, p. 155.

Em sua *Crítica da Razão Pura*, Kant afirma que o conhecimento humano tem uma forma (*sensibilidade*) e um conteúdo (*entendimento*). A forma (*sensibilidade*) diz respeito aos dados sensíveis que recebemos por meio dos sentidos, tais com: visão, audição, etc. Já o conteúdo (*entendimento*) existe dentro do próprio ser humano, são as chamadas categorias: noção de unidade, pluralidade, a noção de possibilidade, necessidade, existência e a noção de relação, como os juízos hipotéticos, categóricos e disjuntivos.

Há dois troncos do conhecimento humano, porventura oriundos de uma raiz comum, mas para nós desconhecida, que são a *sensibilidade* e o *entendimento*; pela primeira são-nos dados os objetos, mas pela segunda são esses objetos pensados. Na medida em que a *sensibilidade* deverá conter representações a priori, que constituem as condições mediante as quais os objetos nos são dados, pertence à filosofia transcendental. A teoria transcendental da *sensibilidade* deve formar a primeira parte da ciência dos elementos, porquanto as condições, pelas quais unicamente nos são dados os objetos do conhecimento humano, precedem as condições segundo as quais esses mesmos objetos são pensados. (KANT, 2001, p.82)

A investigação dessas categorias, ou seja, as condições de conhecimento surgidas antes e independentemente dos objetos é a chamada *lógica transcendental*. Logo, para investigar o conhecimento humano, Kant precisa primeiro *pressupor* a existência de categorias dentro do próprio conhecimento humano. Percebe-se aqui a semelhança entre ambos pensadores. Kelsen se arroga da lição dada por Kant, ou seja, antes de iniciar uma teoria é preciso *pressupor* dados sobre ela, e é assim que Kelsen a aplica na teoria pura do direito.

Há uma categoria do conhecimento humano, chamada *relação hipotética*, que trata de uma hipótese que se concretizada, leva uma consequência. Por exemplo, *se chover, não irei à aula*. Conforme diz Kelsen na teoria pura do direito, “as normas inferiores são válidas se houver normas superiores doadoras de sentido”<sup>4</sup>. Percebe-se também que estamos diante de uma relação hipotética e essa é a chave para compreender a teoria pura do direito. Kelsen faz uma analogia, ou seja, se relações hipotéticas são pressupostos do conhecimento humano, também é lícito utilizar um pressuposto no conhecimento do direito. Esse pressuposto, como todos os objetos das ciências jurídicas, também deve ser uma norma, portanto temos uma norma pressuposta hipotética, uma norma fundamental. Nas palavras de Kelsen:

A norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma

---

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, p. 155.

que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). (KELSEN, 1998, p.136)

A *norma fundamental* é o pressuposto do qual decorre a validade de todas as normas do ordenamento jurídico. Kelsen não quer expor uma causa que explique porque, ou como uma constituição é válida, como uma causa, como poder, natureza ou a ordem divina. Isso, segundo ele, não faz parte dos objetivos de uma ciência jurídica. Podemos dizer que a norma fundamental é uma condição lógica para que a ciência jurídica exista. Essa norma é exclusivamente jurídica de modo que a teoria da norma fundamental tem algo inédito. O direito explica como próprio direito é produzido e válido.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como observado, a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen é divisor de águas no que se refere ao estudo do direito como uma ciência jurídica. A abordagem imposta por esse jurista representa uma ruptura epistemológica com tudo que vinha sendo proposto até então e determinará as diretrizes de como seria estudado e orientado o direito a partir dali.

O ineditismo do *princípio da pureza* depura o direito de outras ciências, de encontrar no próprio direito a sua fundamentação, romperam com modelos e interpretações que não passagem de mera especulação ou de silogismos sem rigor lógico. O estudo da *norma* como objeto da ciência jurídica trouxe um termo, muito mencionado atualmente, que é a chamada segurança jurídica, ou seja, traz consigo critérios concretos ao ordenamento jurídico, por isso elas devem ser coerentes e lógicas.

O estudo da *norma*, proposta por Kelsen na teoria pura do direito, determina algo que *deve ser*, ela traz consigo como o homem deve se conduzir, distingue o fato da própria norma, o ser do dever ser, a licitude e ilicitude de cada ato praticado no convívio social. A estudo da norma representa em Kelsen, a essência de sua originalidade enquanto o objeto do direito.

Com esse entendimento, Kelsen observou que temos no ordenamento jurídico normas de hierarquia superior e normas de hierarquia inferior. Percebeu-se que, dentre elas, a *Constituição* é a que ocupa o prestígio de ser a norma, da qual, se produz e se origina as demais normas. É ela, a Constituição, que exerce o ápice normativo Kelseniano. Contudo para

tal função é necessário legitimá-la, ou seja, seguindo o método lógico de Kelsen, é essencial ter um fundamento que possa determinar a validade dessa Constituição. Para isso, ele propõe uma norma abstrata, *hipotética*, que dará autenticidade a esta, já que é *pressuposta*, que ela denominará de *norma fundamental* (*grundnorm*).

A verdade é que, a partir da Segunda Guerra Mundial, as teses postuladas por Kelsen se impõem na prática da maioria dos Estados democráticos com resultados positivos e louváveis. É o exemplo dos tribunais constitucionais da Itália, Alemanha e, nesse período, o do Espanha. Atribuindo a estes questões discutidas por Kelsen: legitimidade, funcionalidade e a coerência da justiça constitucional.

Entre outras coisas, Kelsen traçou uma linha entre direito e a política, entre o direito e a moral, afirmando que são coisas completamente diferentes e que maior erro é confundi-las. Kelsen mostrou ainda que o discurso sobre a justiça é uma falácia. Lutou e foi precursor dos estudos sobre a democracia, quando se fala de democracia e Estado Democrático de Direito hoje em dia, Kelsen já problematizava em 1920 e, muitos operadores do direito, nem sabem de tal fato. Teorizou sobre o Estado, o Direito e tantos outros temas relacionados à teoria e a filosofia do direito. Hans Kelsen foi o redator da primeira constituição democrática da Áustria, foi criador da corte constitucional, juiz, palestrante, escreveu cerca de 17.000 páginas e é tido, até os dias de hoje, como o maior jurista de todos os tempos.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995;

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988;

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

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018;

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001;

KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Trad. de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018;

\_\_\_\_\_ **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998;

\_\_\_\_\_ **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998;

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010;

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001;

SÓFOCLES. **Antígona**. Trad. Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.