

# TEORIA GERAL DO DIREITO

## O SISTEMA EPISTEMOLÓGICO DE HANS KELSEN

**Belmiro Pedro Welter**

Promotor de Justiça e mestrando em Direito Público pela UNISINOS

---

**Palavras-Chaves:** teoria pura do direito, sistema epistemológico, Hans Kelsen.

**UNITERMOS:** As críticas dirigidas à doutrina kelseniana devem ser vistas de soslaio, porque a epistemologia jurídica não pode ser repensada sem a leitura da obra de KELSEN. As matrizes jurídicas devem ser conectadas entre si, edificando-se a matriz normativa social autopoiética, isso porque somente com a adjudicação das três matrizes epistemológicas é que teremos um comando judicial normativo, interpretativo e autopoiético, ou seja, uma sentença umbilicalmente ligada à norma (normativa), discricionária (hermenêutica) e inserida no complexo comunicativo social (sistêmica).

### INTRODUÇÃO

Por que ler Kelsen, hoje? Várias são as razões, como, por exemplo: a primeira, com a sua genialidade, construiu o mais rigoroso sistema jurídico, concretando as bases epistemológicas de uma ciência do Direito, no início deste século, principalmente com a sua *Teoria Pura do Direito*, ainda dominante em todo o universo, absorvendo os impactos das mais acirradas críticas; b) em vista das várias leituras epistemológicas da *Teoria Pura do Direito*: positivista, neopositivista, neokantiana e hermenêutica; c) a biografia de KELSEN. Nascido em Praga, em 1881, faleceu em 1973, aos 92 anos. Autor de mais de 1.200 trabalhos jurídicos, mais de 600 publicados, incluídas as obras, traduções e reimpressões. Teórico de direito, filósofo e teórico do Estado. Autor intelectual da Constituição republicada austríaca. Magistrado por nove anos da Corte Constitucional da Áustria (1921-1930), com a vida cercada de experiências difíceis que marcaram de

modo geral a intelectualidade judaica, desde o início do século, na Áustria e na Alemanha; professor de extraordinários méritos. Exilou-se, com o advento do nazismo, nos Estados Unidos, permanecendo até a sua morte, em 19 de abril de 1973. Tradução de sua obra *Teoria Pura do Direito*, lançada em 1934, em todas as línguas modernas (FERRAZ JÚNIOR, prólogo, pp. 12-3). Lecionou na Universidade de Viena, antes e depois da queda da dupla monarquia (Áustria-Hungria), desde 1917 até 1930. Depois, dirigiu-se a Colônia, onde permaneceu até 1933, quando, com o advento do governo nacional-socialista na Alemanha, foi expulso da Universidade. Foi então para Genebra e dali para os Estados Unidos, onde professou nas Universidades de Harvard e Berkeley (Califórnia), desde 1940 (COSTA, 2000).

A proposta deste ensaio é de examinar as origens do sistema jurídico; pinçar e dissecar algumas partes de cada Capítulo do livro *Teoria Pura de Direito*, 4ª edição, 1ª reimpressão, 1995; recordar algumas críticas que foram dirigidas a HANS KELSEN e enquadrar a matriz epistemológica dessa teoria.

## AS ORIGENS DO SISTEMA JURÍDICO

KEGEL (pp. 39-43) faz brilhante relato histórico das origens do sistema jurídico, que começa a ser definido a partir das mudanças de seu conceito, que, na origem grega, significava uma totalidade, composta de várias partes, agregando-se a idéia de organização. O termo sistema difunde-se no meio jurídico a partir do humanismo, séculos XV e XVI, período conhecido como Renascença, que é a marca do declínio do pensamento prudencial e exegético da jurisprudência medieval. A contar da vertente romanista e das reformas religiosas, o HOMEM passa a ser um membro da NATUREZA. O Direito surge como regulador da vida em sociedade, devido à sua racionalidade, formalismo e sistematização. Surge o positivismo, que parte do pressuposto de que o Direito se expressa em norma. O Direito limita-se a ordenar e sistematizar a norma estatal, sem discuti-la ou julgá-la em referência a valores ou realidade social. Por fim, o advento da construção mais notável de um sistema jurídico, arquitetada por KELSEN, delimitando as bases epistemológicas de uma ciência do Direito (*Teoria Pura do Direito*, em 1934).

## TEORIA PURA DO DIREITO

COSTA lembra que a *Teoria Pura do Direito* tem quatro edições fundamentais, aliás, na verdade, “quatro versões distintas da mesma obra. *Reine Rechtslehre* foi a primeira edição alemã, publicada em 1934, na cidade de Viena. A segunda, foi a inglesa, editada pela Universidade de Harvard, em 1945, com o nome de *General Theory of Law and State* (com tradução portuguesa de Luís Carlos Borges, Teoria Geral do Direito e do Estado, São Paulo, 1992). A terceira, foi a edição francesa, publicada na Suíça, em 1953, chamada *Théorie Pure du Droit*. A quarta e definitiva edição foi a chamada segunda edição alemã de *Reine Rechtslehre*, editada em Viena, no ano 1960 e reimpressa em 1967 (com tradução portuguesa de João Baptista Machado, Coimbra, 1990)”.

A *Teoria Pura do Direito* não visa a entender o Direito como um produto da justiça, mas, sim, como uma técnica social, baseada na experiência humana. O fundamento de sua validade é uma hipótese jurídica, uma norma fundamental, examinando o direito positivo puro (KELSEN, 1992, p. 02), enfatizando “o primado da pureza metódica. A construção da ciência jurídica implica um conhecimento rigorosamente neutro e puro em relação ao seu objeto” (KEGEL, p. 46).

Enfim, o objetivo da obra de KELSEN é dar à ciência jurídica um objeto próprio e delimitado, de modo a não confundir a investigação jurídica com outras disciplinas, que tenham por objeto elementos eventualmente integrantes do contexto normativo. E “para la *Reine Rechtslehre*, el objeto de la ciencia jurídica es la norma como simple estructura lógica; norma que se presenta como um simple juício hipotético, formulado en los siguientes términos: *si es A, debe ser B*. Así, la norma jurídica, en el lenguaje kelseniano, *no pasa de ser una categoría relativamente apriorística para el conocimiento del material jurídico empíricamente dado*. Esa categoría tiene un carácter puramente formal, que se torna aplicable a cualquiera que sea la especie de actos constitutivos del Derecho; se trata, por lo tanto, de una categoría gnoseo-lógico-transcendental en el sentido kantiano” (LUISI, p.234).

Dessa forma, para KELSEN, uma ciência do Direito está umbilicalmente ligada à uma teoria capaz de desvincular-se de qualquer elemento estranho ao Direito, apto “a expurgar de si toda a referência que não seja estritamente jurídica. O extra-jurídico, nesta concepção,

está relegado aos limites exteriores da Ciência do Direito. Para tanto, KELSEN erige a Teoria Pura em um sistema auto-referente, excluindo dele quaisquer considerações não normativas” (KEGEL, p. 63).

#### A) DIREITO E NATUREZA

KELSEN diz que o dualismo de ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação, porquanto “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” (1995, pp. 6-7). Depois, certifica que uma ordem social representa um sistema de normas, unidas pela norma fundamental, da qual se extrai a validade de todas as normas. Já a segurança coletiva visa a paz, que é a ausência do emprego da força física. “A paz do Direito, porém, é uma paz relativa e não uma paz absoluta, pois o Direito não exclui o uso da força, isto é, a coação física exercida por um indivíduo contra o outro” (1995, p. 41).

Para FRIEDE, a Ciência Jurídica de KELSEN é normativa e descritiva. Por não prescrever normas, ela é descritiva, e é normativa “no sentido de que o que descreve através da imputação não são fatos, mas normas, de modo que é descritiva não daquilo que é, mas do que deve ser. Sua tarefa não consiste, portanto, em explicar como ocorrem os fenômenos sociais que deram origem a uma norma” (p. 35).

LENIO LUIZ STRECK lembra que, para KELSEN, a norma é uma prescrição (dever-ser), “um comando, permissão ou outorga de competência, posta por uma autoridade competente por força de atribuição emanada de outra norma hierarquicamente superior e, desse modo, escalonadamente, até chegar-se à norma fundamental, não mais posta, e sim pressuposta” (p. 129).

#### B) DIREITO E MORAL

KELSEN desdenha a idéia de que uma ordem social moral é Direito, que, como uma ordem normativa, procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de

coerção. A validade de uma ordem jurídica positiva é independente da Moral absoluta. “A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e a Moral. A ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar, quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa, a ordem normativa que lhe compete, tão-somente, conhecer e descrever”. Com isso, manifesta-se um juízo do valor relativo, e não um juízo de valor absoluto, o que demonstra que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral (1995, pp. 71, 75-6).

FÁBIO ULHOA COELHO consolida a idéia de que KELSEN rejeita a moral absoluta, não tendo relevância científica o pensamento sobre o que é justo ou injusto (p. 34), contudo, “uma teoria do direito positivista, isto é, realista, não afirma – e isto importa acentuar sempre – que não haja qualquer justiça, mas que de fato se pressupõem muitas normas de justiça, diferentes uma das outras e possivelmente contraditórias entre si” (p.74).

RUI CARLOS DUARTE BACCIOTTI empunha a doutrina de que ninguém está obrigado a cumprir a norma moral, porquanto não está conectado a “um dispositivo exterior coercitivo que possa prescindir da vontade. O direito, pelo contrário, exige tal dispositivo, isto é, um organismo estatal capaz de impor a observância da norma jurídica ou de obrigar o sujeito a comportar-se de certa maneira, embora este não esteja convencido de que assim deve comportar-se devendo, pois, se necessário passar por cima de sua vontade”.

É claro que KELSEN não se afastou da função primordial do Direito, que é a busca incansável da justiça, mas, para tanto, existe “um campo delimitado de estudo, o qual se costuma chamar de Ética. Aqui, sim, é lícito debater a justiça ou a injustiça de um governo, de um regime, de determinadas leis... Por isso, Kelsen não se recusa a estudar o justo e o injusto; ambos possuem lugar em sua teoria, mas um lugar que não o solo da *Teoria Pura do Direito*; para esta somente o direito positivo, e seus modos hierárquico-estruturais, deve ser objeto de preocupação”.

Atualmente, admite-se a inclusão do princípio da moralidade no Direito, visto que, segundo CELSO ANTÔNIO DE MELLO, é muito mais grave violar um princípio do que transgredir uma norma (Revista Jurídica, 219/85, e DOJ-TJRS, nº 1.358, de 30.04.98, p. 01). O Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA vai bem mais longe, professando que “a regra moral está acima das leis positivas” (Resp. 2.122, BIM nº 156/28, e Julgados do TARGS 76/226), e, certamente, “violada seria a regra moral, quando, por questão formal, se admitisse o enriquecimento ilícito” (Des. OSVALDO STEFANELLO, em Julgados do TARGS 76/226), porque “nem sempre a aplicação rigorosa da lógica formal conduz a resultados juridicamente razoáveis” (Des. CLARINDO FAVRETTO, em RJTJRS 152/188).

O Direito privado da moralidade, segundo TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR (1995, p.358), “perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível, às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com o seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até um despuddorado cinismo”.

JÜRGEN HABERMAS (p. 203, tomo II) apregoa que o discurso jurídico, não importando a forma em que se ligam ao Direito vigente, não pode locomover-se em regime fechado de regras jurídicas univocamente fixas, resultante da consequência da “estratificação do direito moderno em regras e princípios. O direito constitucional revela que muitos desses princípios possuem uma dupla natureza: moral e jurídica. Os princípios morais do direito natural transformaram-se em direito positivo nos modernos Estados constitucionais. Por isso, a lógica da argumentação permite ver os caminhos de fundamentação, institucionalizados através de processos jurídicos, continuam abertos aos discursos morais”.

Veja-se que as regras morais não são fruto da modernidade jurídica, tendo sido aplicadas nos movimentos sociais, de 1817, portanto antes mesmo do nascimento de Kelsen, liderados por HENRY THOREAU, MOHANDAS KARAMACHAL GANDHI e MARTIN LUTHER KING, e cada vez mais engendram milhares de seguidores, pugnando pela desobediência civil, inclusive mediante resistência, nos casos em que “o governo ultrapassasse suas prerrogativas ou não cumprisse com as expectativas criadas. Enfim, a desobediência demonstra-se como a única saída a ser adotada pelos indivíduos

quando “se deparassem com legislação e práticas governamentais que não procurassem agir pelos critérios da justiça ou contrariassem os princípios morais do indivíduo” (LUCAS, p. 35).

### **c) ESTATÍSTICA JURÍDICA: A SANÇÃO**

KELSEN considera o homem naturalmente inclinado a perseguir apenas a satisfação de interesses egoístas, e o estabelecimento de uma ordem social não altera esta realidade natural, sendo “necessário que as conseqüências, normativamente estabelecidas para as condutas indesejadas, levem o homem a considerar menos vantajoso, sob o seu individual ponto de vista, a transgressão à norma... Por isso, o Direito só pode ser entendido como uma ordem social coativa, impositiva de sanções” (COELHO, pp. 44-5), devendo a pessoa deve comportar-se segundo a conduta oposta àquela sancionada pela norma. Ainda segundo KELSEN, (1995, p. 124), o ilícito ou delito ocorre quando uma ação ou omissão é contrária à determinação da ordem jurídica, e que coação tem o caráter de uma sanção ou conseqüência do ilícito pelo fato de pender sobre uma ação ou omissão, brotando o dever jurídico de indenizar a outrem que sofreu o ilícito. Entretanto, “a sanção não é em si mesma um dever - ela pode ser estatuída como tal, porém, não tem necessariamente de o ser -, mas é o ato coercitivo que uma norma liga a uma determinada conduta cuja conduta oposta é, desse modo, juridicamente prescrita, constituindo conteúdo de um dever jurídico. Também a responsabilidade não é um dever, mas a relação do indivíduo contra o qual o ato coercitivo é dirigido com o delito por ele ou por outrem cometido. O dever é a omissão do delito por parte do indivíduo cuja conduta forma o delito” (KELSEN, 1995, pp. 137-8).

Para KEGEL (p. 63), a teoria kelseniana preconiza o princípio da imputação nas ciências sociais normativas em contraposição ao princípio da causalidade nas ciências naturais, mas a aplicação da sanção não é obrigatória a nível fático. Na teoria Pura, “o conceito de sanção opera como uma categoria lógica, da qual se deduzem os demais conceitos (ato ilícito, dever jurídico, responsabilidade, etc...) que integram o sistema. Neste sentido e sob a perspectiva da estática jurídica, a norma jurídica assenta sob a categoria da sanção, da qual derivam logicamente os demais conceitos, outorgando unidade e pureza metodológica á ciência jurídica”. A seguir, a escoliasta ministra a idéia de que existe um monopólio da coação por parte da comunidade jurídica, já que autoriza a coação aos indivíduos de conduta indesejada.

Com isso, algumas características da sanção em Kelsen podem ser discernidas: *primo*, distinção entre o ato de sancionar da coação pura e simples; *secundo*, a sanção é sempre a consequência de uma determinada conduta humana, pelo que os atos de coação destinados a loucos ou portadores de doenças contagiosas não possuem o caráter de sanção, pois estes indivíduos não podem controlar os fatos que motivaram a coação; *tertio*, distinção entre sanção penal e civil: pena e execução forçada (KEGEL, pp. 51-3).

A proposição jurídica consiste num imperativo geral, abstrato, bilateral e coativo. Contudo, “os sistemas jurídicos modernos repugnam dispositivos normativos não revestidos de generalidade, atributivos de direitos ou privilégios a indivíduos ou grupos em particular. A característica da generalidade somente não está presente na chamadas normas individuais, singulares ou particulares, como é o caso dos contratos, das decisões judiciais e de alguns atos administrativos normativos. Abstração é a qualidade da norma estabelecer uma ação ou ato em abstrato. A regra de direito é imperativa, pois estabelece comandos que devem ser compulsoriamente observados, que é garantida pela sanção, imposta pelo Estado, e dita aparelhada” (PICCOLI, 2000).

Uma das definições mais importantes da teoria kelseniana está fincada, de um lado, na norma jurídica, e, de outro, na proposição jurídica. A norma jurídica, editada pela autoridade, “prescreve a sanção que se deve aplicar contra os agentes de condutas ilícitas”. A proposição jurídica, emanada da doutrina, tem natureza descritiva, um “juízo hipotético, afirma que, dada a conduta prescrita na lei, deve ser aplicada a sanção também estipulada na lei... O conjunto de normas jurídicas, a ordem em vigor, não tem lógica interna. As autoridades simplesmente baixam atos de vontade, no exercício de suas competências jurídicas. Aliás, como as normas não podem ser unicamente válidas ou inválidas, não havendo sentido atribuir-lhes ou negar-lhes função de verdade, e, por outro lado, a lógica se cinge às inferências entre enunciados verdadeiros ou falsos, então não cabe submeter as relações entre normas de uma mesma ordem jurídica aos preceitos lógicos” (COELHO, p. 25).

#### D) DINÂMICA JURÍDICA: A NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL

FÁBIO ULHOA COELHO argumenta que a *Teoria Pura* define o Direito como uma ordem coativa, sendo a norma fundamental hipotética, que prescreve a obediência aos editores da primeira



constituição histórica, representa a *revolução* na ordem jurídica, tendo em vista que não encontra suporte nesta ordem, mas inaugura uma nova. E fornece o exemplo da primeira constituição histórica brasileira: o ato institucional nº 05, “porque a ordem jurídica iniciada com a sua edição ainda não foi substituída. Todas as normas hoje vigentes se ligam, mediatamente, a este ato de execução, fonte última de sua validade. A Carta de 1988 tem seu fundamento na emenda à Carta de 1967 e esta totalmente reeditada em 1969, com base naquele ato institucional” (pp. 28 a 31 e 35).

Comunga com essa idéia JOSÉ LUIZ BOLZAN DE MORAIS (1996, p.49), ao atestar que da norma fundamental “partem e a ela se reportam todas as normas jurídicas que o compõem, independentemente do nível em que se encontram na sua estrutura”, e mesmo não expressa, ela “se apresenta como fundamento de legitimidade do sistema jurídico, permitindo que cheguemos ao fundamento último de validade das normas jurídicas”.

VALE FILHO lembra que Luhmann consegue resolver o problema da fundamentação da norma hipotética fundamental de Kelsen, “uma vez que a vigência do código *Ilcito/illicito* independe dessa norma, o mesmo se aplicando à *norma de reconhecimento* de Hart”.

### D.1) ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA

Pela *Teoria Pura do Direito*, segundo FÁBIO ULHOA COELHO (pp. 36-9), as normas jurídicas têm a estrutura de proibição, por descreverem como antecedente a conduta reconhecida como ilícita, mas como conseqüente a punição. Kelsen enfrentou a questão da generalização das normas: as que não proíbem, mas obrigam e como poderiam ser proibitórias as que estatuem permissão; as que nem obrigam, nem permitem, mas se limitam a estabelecer definições. A primeira indagação é resolvida a partir da “interdefinibilidade existente entre as normas proibitivas e obrigatórias. Isto é, qualquer proibição se pode traduzir por uma obrigatoriedade e vice-versa”. Quanto à questão referente às normas permitidoras, Kelsen “distingue a permissão negativa da positiva; aquele deriva da inexistência de proibição, enquanto esta última se manifesta, especialmente, na limitação das normas proibitórias, como, por exemplo, na previsão da legítima defesa. A permissão negativa, por se configurar na ausência de proibição (*o que não é proibido é permitido*), não pode se desligar da prescrição. Já a positiva, é norma não autônoma, dependente da

proibição à qual se liga. KELSEN nominou as normas não autônomas dessa categoria de *secundárias*, e as instituidoras de sanção de *primárias*".

A possibilidade de um juízo de valor sobre o direito vigente depende de norma fundamental, que representa uma questão de fé, e não de ciência, segundo doutrina KELSEN. Nesse sentido, realça a distinção por ele proposta entre norma fundamental, no sentido "da primeira norma posta (por exemplo, a constituição) e no sentido da primeira norma transcendental, como condição de possibilidade de um ordenamento (jurídico ou moral). Esta é absoluta, pois sem ela é impossível pensar um complexo de normas como uma unidade válida, por conseguinte, dizer se uma prescrição vale ou não. Mas essa norma não é posta por nenhuma autoridade nem prescreve nenhum conteúdo específico. Ela apenas obriga o pensador a tomar um conteúdo prescritivo posto, como o primeiro de uma série. Ela é, como diz Kelsen, um pressuposto formal da razão normativa" (FERRAZ JR, em prólogo, pp. 17-8), enfim, a fonte comum da validade das normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum, a que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (KELSEN, 1995, p. 217).

## D.2) OS PRINCÍPIOS ESTÁTICO E DINÂMICO

Existem dois tipos de sistemas de normas, segundo a natureza do fundamento de validade: um tipo estático e outro dinâmico. Estático, quando a conduta dos indivíduos por elas determinada é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo; o dinâmico, quando se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema, caracterizado "pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. O princípio estático e o princípio dinâmico estão reunidos numa e na mesma norma quando a norma fundamental pressuposta se limita, segundo o princípio dinâmico, a conferir poder a uma autoridade legisladora e esta mesma autoridade ou uma outra por ela instituída não só estabelecem normas pelas quais delegam noutras autoridades legisladoras mas também normas pelas quais se

prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas e das quais - como o particular do geral - podem ser deduzidas novas normas através de uma operação lógica” (KELSEN, 1995, pp. 219-220).

Na doutrina de ÂNGELO AUGUSTO COSTA (2000), o sistema de normas dinâmico ocorre quando umas normas fundamentam-se nas outras “em virtude de uma delegação de autoridade das normas superiores para as inferiores, determinando o modo como serão produzidas, e não o seu conteúdo. O direito, como ordem normativa, composta por normas de *dever ser*, é um sistema dinâmico porque o fundamento de validade de uma norma (de um *dever ser*) só pode ser outra norma (outro *dever ser*), por força da já mencionada impossibilidade de derivação lógica entre *ser* e *dever ser*. As normas vão se fundamentando umas nas outras até chegar em uma norma que seja o fundamento de validade de todas as outras, pois essa busca do fundamento de validade não pode prolongar-se até o infinito”, denominada por Kelsen de *norma fundamental*.

Acerca do sistema estático e dinâmico do direito, manifesta-se FÁBIO ULHOA COELHO (p.23), anotando que os assuntos comentados na teoria estática do direito são, “neste contexto, a sanção, o ilícito, o dever, a responsabilidade, direitos subjetivos, capacidade, pessoa jurídica, etc; e os compreendidos na teoria dinâmica do direito são a validade, a unidade lógica da ordem jurídica, o fundamento último do direito, as lacunas, etc. Kelsen considera o sistema jurídico essencialmente dinâmico (Kelsen, 1960:273)”.

### D.3) O FUNDAMENTO DE VALIDADE DE UMA ORDEM JURÍDICA

O sistema de normas jurídicas tem um caráter dinâmico, e não vale porque tem um determinado conteúdo que pode ser aspirado pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, “mas porque é criada por 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. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica” (KELSEN, 1995, p. 221), negando a existência de uma lógica especialmente jurídica, sendo sem sentido cogitar-se de qualquer tipo

de lógica na criação do Direito e uma lógica própria para a descrição das normas (COELHO, p.60).

KELSEN nega à Constituição outro papel que não o de servir de fundamento de validade de um sistema de direito positivo, classificando-a em formal e material. “Definindo a Constituição como norma, Kelsen encontra um fundamento que permite explicar a Constituição independentemente do seu conteúdo, e a idéia de norma hipotética fundamental exclui o embate sobre a legitimidade da Constituição como elemento de gênese social, pois apenas pode ser concebida como uma manifestação suprema do direito, fechando o círculo espiral do fenômeno jurídico” (ROCHA, 2000).

#### D.4) VALIDADE E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

A validade da norma jurídica depende de sua relação com a norma fundamental e do mínimo de *eficácia*. Com isso, KELSEN começa por considerar duas diferentes formas de tratar a teoria jurídica, rejeitando-as por falsas. “De um lado, a afirmação de que a validade não depende da eficácia; de outro, a de que validade e eficácia se identificam. Sustenta a teoria pura que tanto a norma jurídica singularmente considerada, quanto a própria ordem jurídica como um todo, deixam de ser válidas se perderem a eficácia. É incorreto pretender, por conseguinte, que a vigência não tenha qualquer relação com a eficácia. Por outro lado, há normas jurídicas que não são observadas em determinadas situações ou durante algum tempo, e nem por esse motivo são invalidadas. Assim, também é incorreto postular a validade como sinônimo de eficácia”, enfim, “a ineficácia episódica ou temporária não compromete a vigência de uma norma jurídica em particular” (COELHO, pp. 41-2).

Ainda, nos termos de FÁBIO ULHOA COELHO, a validade da norma jurídica está condicionada a três pressupostos: a) competência da autoridade que a editou, oriunda da norma hipotética fundamental; b) o mínimo de eficácia, independentemente da observância temporal ou de episódio; c) eficácia global.

KELSEN anota que uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas. A norma jurídica “singular não perde a sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada” (KELSEN, 1995, p. 237), pelo que se pode

sintetizar o pensamento kelseniano: a ineficácia absoluta compromete a validade da norma jurídica (COELHO, p. 44). Inobstante vigência e eficácia serem conceitos diferentes, “guardam certa relação entre si. Uma norma que não apresenta um mínimo de eficácia não poderá ser considerada vigente” (KEGEL, p. 48).

### ALGUMAS CRÍTICAS À TEORIA DE KELSEN:

Várias foram as críticas lançadas contra a *Teoria Pura do Direito*, as quais, contudo, não abalaram as estruturas dessa epistemologia jurídica, porquanto os juristas e jusfilósofos, mesmo após mais de setenta anos da edificação da teoria, ainda continuam afirmando que há necessidade de ler e reler Kelsen. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR (COELHO, 1995, p. 14), eminente jurista e filósofo brasileiro, afirma que, “embora tenha tido muitos adeptos e continuadores, como Robert Walter, na Áustria, Norberto Bobbio, na Itália, Ulrich Klug, na Alemanha, Roberto José Vernengo, na Argentina, Fuller, nos Estados Unidos, não faltaram aqueles que o cobriram de críticas. Alguns, mais veementes, como Voegelin, preocupados com o caráter formalista de sua teoria, chegaram a dizer, não sem um certo sarcasmo, que Kelsen consideraria a substância política do Estado “como uma ordem do comportamento humano, em princípio de igual dignidade à de uma sociedade de colecionadores de selo” (*Der autoritaere*, Viena, 1956, p. 41).

#### A) ALGUMAS CRÍTICAS DE HART

LENIO LUIZ STRECK (p. 133) certifica que, entre as críticas de HART, “distingue também entre o ponto de vista externo e o ponto de vista interno relativamente à regra de reconhecimento. O ponto de vista externo é o de um observador que descreve o fato de em certo âmbito vigorar determinada regra de reconhecimento prescrevendo que normas devem ser aplicadas. Quando um observador externo diz que em um país os juízes estão obrigados, segundo a regra de reconhecimento vigente, a aplicar as normas que satisfazem determinada condição, este observador usa a palavra *obrigação* em um sentido descritivo que não implica considerar justificada a obrigação em questão. Por outro lado, o ponto de vista interno frente à regra de reconhecimento não consiste em fazer referência a ela, a não ser para determinar as normas a serem aplicadas”.

Acerca da regra fundamental de KELSEN, HART (1961, p. 274) assevera que “a questão de se saber se uma regra de reconhecimento

existe e qual é o seu conteúdo, isto é, quais são os critérios de validade em qualquer sistema dado, é considerada em todo este livro como uma questão de fato empírica, embora complexa. A terminologia de Kelsen, ao classificar a norma fundamental como uma *hipótese jurídica*, como uma *regra existente na última postulada*, como uma *regra existente na consciência jurídica*, ou como uma *suposição*, *obscurece*, se é que, na verdade, com ele não é incompatível, o ponto acentuado neste livro, nomeadamente que a questão sobre quais são os critérios de validade jurídica, em qualquer sistema jurídico, é uma questão de fato. É uma questão de fato, embora seja uma questão *acerca* da existência e conteúdo de uma regra”, e uma razão para usar a expressão *regra de conhecimento*, em vez de *norma fundamental*, é para evitar qualquer comprometimento com a visão de KELSEN do conflito entre o direito e a moral”.

O desafeto de KELSEN professa ainda que a norma fundamental tem, num certo sentido, sempre o mesmo conteúdo, “porque é, em todos os sistemas jurídicos, simplesmente a regra de que a constituição ou aqueles *que estatuíram a primeira constituição* devem ser obedecidos. Se uma constituição que especifique as várias fontes de direito for uma realidade viva, no sentido de que os tribunais e funcionários do sistema efetivamente identificam o direito de acordo com os critérios que prevê, então essa constituição é aceita e existe efetivamente. Parece ser uma duplicação repetida e inútil sugerir que há uma regra ulterior estabelecendo que a constituição (ou os que *a editaram*) deve ser obedecida” (1961, p.275).

HART, com relação à validade jurídica e eficácia da norma jurídica, critica KELSEN, lecionando que “a eficácia geral do sistema não é um critério de validade conferido pela regra de reconhecimento de um sistema jurídico, mas é pressuposta, embora não afirmada especificamente, sempre que uma regra do sistema é identificada como uma regra válida do sistema por referência ao seu critério de validade, e, a menos que o sistema seja eficaz em geral, não pode se fazer qualquer afirmação significativa de validade”.

Pelo que foi visto, adotando o paradigma hermenêutico, HART se distancia do positivismo e passa a dar relevância ao papel do intérprete do direito, retirando o direito do sistema fechado, normativista. Ainda assim esse autor dá relevância à sanção para o ordenamento jurídico, alegando que o cumprimento das normas depende da fixação de conseqüências jurídicas no caso de seu

descumprimento, mas “a principal crítica refere-se ao caráter coercitivo de um ordenamento jurídico. Para HART, existe uma grande variedade de normas que não correspondem à estrutura normativa kelseniana. Esta, para HART, seria mais adequada ao esquema do Direito penal, mas com raríssimas exceções no Direito civil. Dessa forma, HART distingue as normas segundo três critérios: em relação ao conteúdo das leis, à sua origem e ao seu campo de aplicação” (KEGEL, p. 58).

## B) ALGUMAS CRÍTICAS DE BOBBIO

BOBBIO, elaborando a teoria das sanções positivas, que atua como estímulo às condutas socialmente desejadas, faz críticas a KELSEN, considerando a sanção não apenas no seu aspecto repressivo, mas também positivo. De outra banda, “a ênfase às sanções positivas, como parte das novas funções do direito, leva à configuração de outro tipo de sistema jurídico aberto à elementos extra-sistemáticos” (KEGEL, p. 63). Indaga se não é possível ir além da norma constitucional. E responde afirmativamente, porque a norma constitucional originou-se do Poder Constituinte, que é o último poder, originário, supremo, dentro do ordenamento jurídico (p. 58). Depois, faz crítica com relação à validade da norma jurídica, asseverando que se uma norma jurídica é válida significa que é obrigatório conformar-se a ela, significando que, “se não nos conformarmos, o juiz será por sua vez obrigado a intervir, atribuindo esta ou aquela sanção” (p. 61).

Ambas as teorias de BOBBIO e de KELSEN relacionam-se à própria concepção do que sejam o Estado e o Direito. “A visão Kelseniana é clássica no sentido de conceber o Estado nas suas funções tradicionais de mantenedor da ordem política e garantidor das relações privadas. O que BOBBIO muito acertadamente nota, é a gradual mudança deste Estado para as formas atuais do Estado promocional, o que implica uma revisão não apenas das funções clássicas do Estado, mas também do papel que o Direito exerce nestas sociedades. As sanções positivas de BOBBIO são a expressão de como o Estado promocional modificou as teorias sobre a sanção, incluindo-se aí a teoria Kelseniana” (KEGEL, p. 64).

## A MATRIZ EPISTEMOLÓGICA DA TEORIA DE KELSEN

As matrizes epistemológicas da teoria jurídica foram egregiamente analisadas pelo notável jusfilósofo, LEONEL SEVERO ROCHA (Anuário, 121-136), nos termos:

• a primeira matriz da teoria jurídica: A FILOSOFIA ANALÍTICA, que é centrada nas partes descritivas e estruturais do Direito, “mantendo ainda, no tocante aos seus aspectos políticos, uma visão de neutralidade, por enquadrar-se no tipo de Estado liberal clássico, não-interventor. Portanto, bem limitada politicamente, gerando também conseqüências graves, devido a sua incapacidade de pensar uma complexidade social mais ampla”;

• a segunda matriz: A HERMENÊUTICA, que deriva da filosofia analítica, que a critica e, ao mesmo tempo, acrescenta novo pensamento, concretada nos procedimentos e práticas sociais, preocupa-se com a interpretação dos textos. Já “no terreno jurídico, a grande contribuição é, portanto, do positivismo de Hart. Para Hart, a normatividade é social. A necessidade do reconhecimento é que colocou a teoria no centro da hermenêutica. Nessa lógica (...), o Direito possui uma zona de textura aberta que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz para a solução dos conflitos, nos chamados *hard cases*. Voltando-se para as instituições sociais e abrindo-se já para o Estado interventor. Entretanto, num certo sentido, esta matriz, já bastante prescritiva, ainda é normativa (normativismo de 2º grau)”;

• a terceira matriz: A PRAGMÁTICA (SISTÊMICA), que causa sensível mudança epistemológica na teoria jurídica e, por isso, ainda não possui grande influência na dogmática positivista dominante. “O ponto de partida são as análises de Niklas Luhmann sobre a *Teoria dos Sistemas* de Parsons. Niklas Luhmann adaptaria, entretanto, alguns aspectos da teoria de Parsons, somente numa primeira fase de sua atividade intelectual, que caracterizou a matriz inicialmente, por nós denominada de sistêmica. Porém, recentemente, Luhmann, ao voltar-se para uma perspectiva *autopoiética* (Varela-Maturana), acentuando a sistematicidade do Direito como auto-reprodutor de suas condições de possibilidade de ser, rompeu com funcionalismo parsiano. A perspectiva sistêmica autopoiética (pragmático-sistêmica) permite afirmar que por de trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente, as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidos no interior do sistema, a problemática do risco e do paradoxo. Nesta linha de idéias, é que Hart (hermenêutica) define o Direito como “uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (normal), social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo). Isso porque, para Luhmann, na Sociologia do Direito, “o comportamento



social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de graduações que possibilitem expectativas sobre tais expectativas”. Estas reduções podem dar-se através de três dimensões: temporal, social e prática. Na dimensão temporal, “essas estruturas de perspectivas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização”; na dimensão social, essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, isto é, apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros; e na dimensão jurídica, “essas estruturas de expectativas podem ser fixadas também através da delimitação de um *sentido* idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas”.

Relatadas as três epistemologias jurídicas, conclui-se que a Teoria Pura do Direito de HANS KELSEN faz parte de duas matrizes: a analítica e a hermenêutica, visto que: a) De um modo geral, “positivista tem sido considerado tanto aquele autor que nega qualquer direito além da ordem jurídica posta pelo Estado, em contraposição às formulações jusnaturalistas e outras não formais, como o defensor da possibilidade de construção de um conhecimento científico acerca do conteúdo das normas jurídicas. Kelsen é positivista em ambos os sentidos” (COELHO, p. 33); b) KELSEN também foi neopositivista, porquanto repudia a metafísica e a ideologia, aceitando o conhecimento objetivo como sendo o único científico e crê na razão como único caminho para a obtenção de uma ciência (KEGEL, p.44); c) KELSEN também é hermenêuta, por entender que, pela interpretação da norma jurídica, pode ser criado Direito novo, já que a norma nunca pode vincular em todas as direções, com margem ao Julgador para livre apreciação (KELSEN, 1995, pp. 388-9).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra de KELSEN, principalmente a *Teoria Pura do Direito*, há quase um século lembrada pelos juristas e jusfilósofos, demonstra que ele está vivo e será relido no terceiro milênio, porquanto suas contribuições “para a ciência jurídica, para a lógica da norma, para a aplicação do direito, para o sistema jurídico, são tão fecundas que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos” (FERRAZ JÚNIOR, p. 19). Com o engendramento das matrizes hermenêutica e sistêmica, ocorre viragem epistemológica na teoria jurídica, exigindo do cultor do Direito

profunda meditação e repensamento do sistema jurídico, na medida em que não se pode adotar tão-somente o atavismo do positivismo, esquecendo a interpretação dos textos e as transformações da sociedade, devendo-se deletar todo pensamento que não se voltar à zetética das normas jurídicas.

O Professor LEONEL SEVERO ROCHA tem meditado sobre a sedutora matriz autopoiética, profetizando que, embora ainda não tenha influenciado a dogmática jurídica dominante, ela se tornará pensamento majoritário no primeiro decênio do século XXII, com a proposta “de rever a teoria jurídica numa perspectiva que aborde simultaneamente os seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos, em relação com o sistema social” (ROCHA, p. 131, item 5.3). Concordamos com essa idéia epistêmica, na medida em que as matrizes jurídicas não podem ser aplicadas individualmente, mas, sim, conectadas entre si, edificando-se a matriz normativa social autopoiética, mas permanecendo, por trás das dimensões da semiótica, a problemática do paradoxo jurídico: a fetichização do discurso jurídico e o simulacro de enunciações (STRECK, 1999, pp. 97 e 111, citando UMBERTO ECO). Somente com a adjudicação das três matrizes epistemológicas é que teremos um comando judicial normativo, interpretativo e autopoiético, ou seja, uma sentença umbilicalmente ligada à norma (normativa), discricionária (hermenêutica) e inserida no complexo comunicativo social (sistêmica).

Vê-se, pois, que, inobstante as mudanças da teoria jurídica, não se pode vilipendiar a filosofia analítica, devendo-se manter hígido o cordão umbilical da *Teoria Pura do Direito* com as modernas matrizes epistemológicas, visto que “as objeções e os aplausos se prestam à confirmação de que a teoria Kelseniana foi moldada pela independência e objetividade, difundindo o seu alcance e influência sobre as demais teorias, ao ponto de que, presentemente, das principais correntes epistemológico-jurídicas defluem tons anti ou pos-Kelsenianos. No campo jurídico, a consigna de Cossio muito bem o anteviu: ‘para além de Kelsen sem sair de Kelsen’. Nenhum progresso nos estudos normativistas do Direito sem repensar o que Kelsen pensou” (GALVÃO FILHO, 2000).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte - 2000. *Direito e Moral*. [www.jus.com.br/doutrina](http://www.jus.com.br/doutrina);
- BITTAR, Eduardo C. B. - 2000. [www.jus.com.br/doutrina](http://www.jus.com.br/doutrina);
- BOBBIO, Norberto - 1997. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª edição, Editora Universidade de Brasília, DF;
- COELHO, Fábio Ulhoa - 1995. Tércio Sampaio. *Para entender HANS KELSEN*. Max. Limonad, 2ª ed., pp.13-83;
- COSTA, Ângelo Augusto - 2000. *O direito internacional na teoria pura do direito de HANS KELSEN*, [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br);
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio - 1995. *Introdução ao Estudo do Direito*. Editora Atlas, SP, 2ª, Edição;
- FRIEDE, Reis - 1997. *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*, Forense Universitária;
- GALVÃO Filho, Dirceu Marques - 2000. *Kelsen: a pureza metódica*. [www.jus.com.br/doutrina](http://www.jus.com.br/doutrina);
- HABERMAS, Jürgen - 1997. *Direito de Democracia entre facticidade e validade*. Ed. Tempo brasileiro, RJ, volume II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler;
- HART, Herbert L. A. - 1961. *O conceito de Direito*, Ed. Fundação Calouste Gulberkian, Trad. A. RIBEIRO MENDES;
- KEGEL, Patrícia Lufza - 2000. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de HANS KELSEN*, publicado no livro *Paradoxos da auto-observação*, J. M. Editora, 1997, Curitiba, pp. 37-65;
- KELSEN, Hans - 1995. *Teoria Pura do Direito*, Ed. Martins Fontes, 4ª ed., tradução JOÃO BAPTISTA MACHADO;
1992. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. LUÍS CARLOS BORGES, Martins Fontes, 2ª ed.;
1960. *O problema da justiça*, Ed. Martins Fontes, SP, 03/1993, 1ª ed., trad. JOÃO B. MACHADO;
- LUCAS, Douglas Cesar - 1999. *Direito de resistência e desobediência civil: história e justificativas*. Rev. *Direito em Debate*, UNIJUÍ;
- LUISI, LUIZ - 1980. *Comprobaciones sobre la ciencia del derecho*. JURIS, Jurisprudencia, doctrina, legislación, bibliografía. Provincia de Santa Fé, Tomo 61, 3ª época;
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. - 1996. *Do Direito Social aos interesses transindividuais*. Editora Livraria do Advogado, RS, 1996;
- PICCOLI, Alexandre - 2000. *Norma jurídica e proposição jurídica: estudo diferenciado*. [www.jus.com.br/doutrina](http://www.jus.com.br/doutrina);
- ROCHA, Ibraim - 2000. *A Constituição na teoria pura do direito de Hans Kelsen*. [www.jus.com.br/doutrina](http://www.jus.com.br/doutrina);
- ROCHA, Leonel Severo - 1999. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, Mestrado e Doutorado, UNISINOS, RS;
- STRECK, Lenio Luiz - 1995. *Súmulas no Direito Brasileiro*, Ed. Livraria do Advogado, RS;
1999. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, Mestrado e Doutorado, UNISINOS, RS;
- VALE FILHO, 2000. *O problema da Justiça numa visão autopoietica do Direito*. [www.jus.com.br/doutrina](http://www.jus.com.br/doutrina).