

Evento: XXVIII Seminário de Iniciação Científica

ODS: 16 - Paz, justiça e instituições eficazes

## O POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN<sup>1</sup>

### THE LEGAL POSITIVISM AND HANS KELSEN'S PURE THEORY OF LAW

**Bibiana Knorr de Moura<sup>2</sup>, Gilmar Antonio Bedin<sup>3</sup>**

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido no Projeto de Iniciação Científica no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) e no Grupo de Pesquisa: Direitos Humanos, Governança e Democracia.

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ e Bolsista de Iniciação Científica PIBIC/CNPq. E-mail: bibiana.moura1999@gmail.com

<sup>3</sup> Doutor em Direito. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da UNIJUÍ e dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da URI. Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Governança e Democracia. E-mail: gilmarb@unijui.edu.br

## INTRODUÇÃO

Os juristas extraordinários do Século XX são muitos. Entre estes, tem um destaque diferenciado o jurista austríaco Hans Kelsen. Em razão deste fato, o presente trabalho se preocupa em situar o pensamento do autor e o lugar de destaque ocupado por sua principal obra: *Teoria Pura do Direito*. O livro referido é, de fato, um marco de referência diferenciado do amadurecimento do chamado positivismo normativista, forma de pensar por excelência do mundo jurídico das últimas décadas.

Para que se entenda a relevância da obra *Teoria Pura do Direito*, é necessário discorrer sobre a matéria do positivismo jurídico, ou que redunde no mesmo, o juspositivismo. Esta corrente de pensamento se afasta da ideia de direito natural e passa a sustentar que o direito é produzido pelo Poder Legislativo.

Neste processo tem um papel importante a formulação da ideia de poder constituinte no decorrer da Revolução Francesa e a adoção dos primeiros grandes códigos modernos (como o Código Civil Francês de 1804). A partir deste fato, o direito será entendido notadamente como direito positivo.

Entendido desta forma, o direito se consolida como uma técnica secular de organização social e leva os teóricos do direito a formularem novas teorias sobre o direito estabelecido de forma positiva. Estas novas teorias vão ser denominadas de teorias positivistas. Neste contexto, a teoria sofisticada apresentada será a formulada por Hans Kelsen (positivismo normativista). Por isso, a sua relevância no pensamento jurídico nas últimas décadas e sua presença ainda tão significativa na atualidade.

O núcleo central do pensamento do autor é que a Ciência do Direito deve ter como única preocupação uma análise exclusivamente do direito positivo. Portanto, deve ser uma teoria pura do direito. Isto significa que o seu objeto deve ser única e exclusivamente o direito positivo. Em decorrência deste fato, o papel do cientista do direito deve se afastar de toda e qualquer preocupação política ou social, afastando-se dos debates sobre as demandas sociais e culturais da sua realidade.

A partir deste recorte, a preocupação central do cientista do direito deve ser os aspectos formais da



**Evento:** XXVIII Seminário de Iniciação Científica

**ODS:** 16 - Paz, justiça e instituições eficazes

produção jurídica e seus vínculos com o conceito de validade. Daí, portanto, a ideia de separação radical no pensamento de Hans Kelsen entre a ordem do *dever ser* e a ordem do *ser*. Este é o recorte epistemológico fundante do positivismo normativista e da obra *Teoria Pura do Direito*.

**Palavras-chave:** Juspositivismo; Norma Jurídica; Direito Positivo; Validade; Eficácia;

**Keywords:** Juspositivism; Juridic Norm; Positive Law; Validity; Effectiveness;

## METODOLOGIA

Durante o desenvolvimento deste projeto de iniciação científica, o método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. Nesse sentido, fez-se o uso de fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e digitais, em idioma nacional, assim como de doutrinas referentes à temática do estudo. Portanto, mediante a realização de leituras e fichamentos das obras selecionadas, foi possível estabelecer uma maior compreensão acerca do tema proposto e produzir resultados específicos.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

No início do século XIX, surgiu o termo “positivismo jurídico” na Alemanha, e apesar de ter tido certa ligação com o conhecido positivismo filosófico, nada tem a ver com esse. Por isso, ao tratarmos dessa corrente de pensamento, é preciso fazer a distinção entre direito natural e direito positivo para então o positivismo jurídico ser abordado, uma vez que esse deriva do direito positivo.

Como Bobbio (1995) descreve em sua obra *O Positivismo Jurídico*, o direito natural é imutável no tempo e vale em toda parte, ou seja, o conhecemos através da nossa razão, pois é inerente ao ser humano. É chamado de direito natural porque advém da natureza, não é estabelecido por normas, e prescreve o direito positivo. Já o direito positivo é posto pelo Estado, sendo um conjunto de regras obrigatórias em uma determinada época e sociedade que se não cumpridas, darão espaço para a intervenção de um terceiro que elimina o conflito através de uma sanção ao que violou a norma (BOBBIO, 1995).

O objeto de estudo do positivismo jurídico é o direito positivo em rigor no qual os valores são desenvolvidos pelo homem, sendo o Direito uma ciência exata e estrita. Os juspositivistas apenas apreciam aquilo que precisa ser observado e experimentado sem atribuir percepções alheias ao Direito. Nesse sentido, Douglas Lucas e Gilmar Bedin (2015, p. 218) apontam que,

O cientista deve afastar tudo o que não é estritamente jurídico e considerar relevante (seu objeto) apenas o Direito válido (sem qualquer consideração valorativa). Assim posicionado, o cientista do Direito conseguirá fazer (segundo os defensores do positivismo jurídico) uma ciência que seja isenta de considerações políticas e das projeções morais dos grupos sociais existentes e, em consequência, garantirá sua exatidão e seu rigor.

Nesse sentido, o positivismo jurídico é concebido como o estudo da estrutura formal do Direito e da

**Evento:** XXVIII Seminário de Iniciação Científica

**ODS:** 16 - Paz, justiça e instituições eficazes

sua validade, afastando tudo aquilo que não seja estritamente jurídico. Essa teoria é característica do pensamento do jurista Hans Kelsen, evidente em sua obra *Teoria Pura do Direito* em que defende a “neutralidade científica aplicada à ciência jurídica” (COELHO, 1995, p. 17). Assim, afirma que o Direito deve ser encarado como norma, e não com manifestações morais, direcionando-se ao cerne de seu livro.

Para tanto, é possível analisar que a *Teoria Pura do Direito* do jurista está diretamente relacionada ao juspositivismo quando afirma que, o estudo do Direito deve ser apenas direcionado a ele mesmo e sua validade, sem juízos de valor. Conforme seu entendimento,

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 pertence 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. (KELSEN, 1998, p. 1)

Nessa lógica de Kelsen, quando uma norma prescreve uma conduta devida, a “conduta real” pode correspondê-la ou contrariá-la tendo, portanto, juízos de valor que irão determinar a conduta real como boa ou má. E assim a conduta válida opera como medida de valor em relação à conduta real, pois se trata da realidade da ordem do *ser*. Assim, difere da ordem do *dever ser* que prevê uma norma válida independentemente de seu conteúdo, ou seja, sem atribuir juízos de valor para considerá-la.

Por outro aspecto, a validade da norma não pode ser confundida com a eficácia da norma, pois enquanto a primeira observa o dever ser correspondente a determinação da norma, a segunda atende às condutas que a sociedade terá em decorrência desta norma, tornando-a eficaz ou não. Em outras palavras, apesar de haver esta separação, não é arbitrária, uma vez que em certa medida se a norma não for eficaz, não será considerada vigente. Em face disso que a eficácia é a condição da vigência da norma jurídica.

Ocorre que, o *dever ser* da norma jurídica e o *ser* da realidade natural estão entrelaçados porque a norma jurídica para ser válida, deve obrigatoriamente ser posta através de um ato da ordem do ser. Ou seja, apesar de serem conteúdos distintos, não há como abordar um sem a associação ao outro. Isto posto, uma norma jurídica só existe após sua promulgação, quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente (KELSEN, 1998). Nessa perspectiva, entre vigência e eficácia há uma conexão enquanto que “uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz” (KELSEN, 1998, p. 12).

O autor afirma que determinar corretamente a relação entre validade e eficácia é de extrema importância para uma Teoria Pura do Direito, apesar de se mostrar um dos temas mais difíceis de ser resolvido. Por isso que ao elaborar uma teoria jurídica positivista deve-se se atentar em encontrar o equilíbrio adequado entre a relação destes dois institutos, uma vez que os extremos são insustentáveis (KELSEN, 1998).

**Evento:** XXVIII Seminário de Iniciação Científica

**ODS:** 16 - Paz, justiça e instituições eficazes

Ainda é pertinente mencionar que uma norma jurídica ser válida não a torna justa ou moral, até porque uma norma pode ser imoral, mas ela possui validade. Por esse motivo deve-se considerar que apesar do positivismo jurídico se preocupar apenas com a validade do Direito, isso é, com sua estrutura formal, não deixa de ser relevante o conteúdo do Direito, mas esse não é seu objeto de estudo (LUCAS, BEDIN, 2015).

Destarte, para Kelsen uma norma só será válida se tiver sido criada em conformidade com outra norma superior, até atingir a norma fundamental do ordenamento jurídico, a Constituição Federal. Por isso que uma norma que representa a base de validade de outra norma, “é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior” (KELSEN, 1998, p. 215). Logo, uma norma nunca vai existir separadamente, pois integra um sistema de normas que forma uma determinada ordem jurídica (LUCAS, BEDIN, 2015).

Com efeito, a validade de uma norma deve estar em congruência com a norma fundamental, como afirma Kelsen (1998, p. 237) em *Teoria Pura do Direito*,

As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) *porque* a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem *se* esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apoia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência).

Nesse sentido, a norma fundamental determinada pela doutrina de Kelsen como condição de validade, efetivamente apoia a validade de qualquer “ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coerciva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos” (KELSEN, 1998, p. 242). Daí é possível afirmar que de acordo com a teoria jurídica positivista, o conteúdo de uma ordem jurídica positiva é desobrigado da sua norma fundamental, portanto que apenas a validade deriva desta. Assim sendo, um elemento fundamental do positivismo jurídico consiste em nenhuma ordem jurídica positiva recusar a validade das demais em razão de seu conteúdo (KELSEN, 1998).

Em síntese, ao definir o Direito como norma de uma determinada ordem jurídica positivada, eliminamos a ciência jurídica da ciência natural, todavia é preciso frisar que ao lado das normas jurídicas existem as normas sociais. Nesse sentido, essas normas sociais apenas surgem porque os indivíduos vivem em sociedade, pois ao que tange sobre a conduta de um indivíduo acarreta no comportamento dos demais.

Por isso que a despeito do positivismo jurídico observar apenas o objeto do Direito, não é possível afirmar que o indivíduo que vive em comunidade não é influenciado pelas concepções alheias ao Direito. Entretanto, é necessário distinguir o que cada ciência propõe, pois apesar da importância da teoria específica para o estudo jurídico em que o sujeito é diretamente envolvido, outras ciências também importam à sua existência.

Evento: XXVIII Seminário de Iniciação Científica

ODS: 16 - Paz, justiça e instituições eficazes

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do projeto de iniciação científica que tem como objeto de estudo as análises e contribuições do jurista austríaco Hans Kelsen, optou-se por desenvolver uma pesquisa a partir de sua obra *Teoria Pura do Direito* e seu papel na consolidação do Positivismo Jurídico. Assim, foi possível observar sua relevância no meio jurídico, posto que estabeleceu sua teoria de maneira clara e exemplificada.

Nessa lógica, o ensaio de Kelsen rompe com os ideais adotados até o momento de sua publicação (1934), sendo um deles o jusnaturalismo (direito natural), apontando para uma nova e única perspectiva de interpretar o Direito. Por identificar o direito positivo nesse sentido que Kelsen trata o Direito como sendo o único objeto de estudo da teoria positivista, como já citado anteriormente, sem interferência de outros institutos como a sociologia, a filosofia e a política.

Assim, o dever ser da norma jurídica e o ser da realidade natural, por versarem sobre as normas jurídicas, são um dos principais pontos a serem abordados sobre a obra do autor, pois indiretamente também atingem o conteúdo do positivismo jurídico. Nesse sentido que não é possível tratar sobre sua obra sem citar a corrente do juspositivismo, uma vez que ambas estão percebidas lado a lado.

Por essa lente, é essencial que a norma fundamental de um ordenamento jurídico seja pressuposta como válida, porém só será se for eficaz e permitir que as demais normas sejam válidas em razão desta. Assim, se a Constituição perder sua eficácia, logo perderá sua vigência, pois entre estes dois institutos há uma imensurável conexão. Portanto, nota-se que Kelsen atende às mais diversas particularidades de seu livro, bem como os possíveis dilemas que possa vir a gerar.

Em suma, diante da pesquisa realizada, os objetivos requeridos foram atingidos, visto que a obra *Teoria Pura do Direito* é fruto da contribuição da teoria jurídica positivista e traz até os dias atuais debates e contestações não só para o ensaio em si mesmo, como também para o meio jurídico. Nesse sentido, é possível dizer que Kelsen não passa despercebido para o pensamento jurídico em razão da profundidade de sua obra, mesmo já tendo partido deste plano há muito tempo.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, pela concessão da bolsa de iniciação científica para o desenvolvimento desta pesquisa, e à Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, enquanto instituição comunitária, pelas vivências, aprendizados e transformações humanas adquiridas até o presente momento.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

Evento: XXVIII Seminário de Iniciação Científica

ODS: 16 - Paz, justiça e instituições eficazes

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUCAS, Douglas Cesar. BEDIN, Gilmar Antonio. **O positivismo jurídico maduro e o projeto de construção de uma teoria pura do direito**: uma aproximação do núcleo central do pensamento de Hans Kelsen. Ijuí: Ed. Unijuí, 2015. p. 213-238.

VASCONSELOS, Yumara Lúcia. MIRANDA, Kleyvson José de. **Jusnaturalismo e Juspositivismo**: Objetos e Orientações Doutrinárias. UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres., Londrina, v. 14, n. 2, p. 243-254, Set. 2013. Disponível em <https://revista.pgsskroton.com/index.php/juridicas/article/view/417>. Acesso em 09 jul. 2020.

**Parecer CEUA:** 01/2015