

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Vivian de Almeida Gregori Torres, Bernardo Leandro Carvalho Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-031-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXXI Congresso Nacional do CONPEDI Brasília - DF (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

Em Brasília-DF, um local central para observar as relações entre Direito e Política, o Grupo de Trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II coordenado pelos professores Vivian de Almeida Gregori Torres (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul- UFMS) e Bernardo Leandro Carvalho Costa (Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT) recebeu uma série de relevantes trabalhos para apresentação ao longo do dia 27 de novembro de 2024.

As apresentações começaram com o artigo “DEMOCRACIA AMBIENTAL: A IMPORTÂNCIA DA RATIFICAÇÃO DO ACORDO DE ESCAZÚ PARA A EXPANSÃO DE UMA GESTÃO AMBIENTAL DEMOCRÁTICA NO BRASIL”

Neste artigo, Thaís Silva Alves Galvão e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, partindo de aproximações entre a teoria democrática de Robert Dahl e o Direito Internacional propõe a observação de uma democracia ambiental para o Brasil.

Essa proposta inclui, por exemplo, a tomada de participação de povos indígenas na tomada de decisões que versem sobre interesses sobre os seus territórios.

O trabalho defende a ratificação do Tratado de Escazú no Brasil.

Apesar de não ter sido ratificado pelo Brasil, o Tratado já foi mencionado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como argumento para a análise da constitucionalidade de decretos presidenciais.

O trabalho, portanto, defende não apenas a ratificação, mas também a inclusão dos pressupostos do referido tratado

Na sequência, foi apresentado o trabalho “A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA APLICABILIDADE À ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA”

Neste artigo, os autores Edson Barbosa de Miranda Netto e Mariana Barbosa Cirne utilizam a teoria de Jeremy Waldron para debater o controle de constitucionalidade brasileiro, sobretudo volta à atual crise democrática no Brasil.

O artigo volta sua atenção às possibilidades de aplicação dessa teoria estrangeira no Brasil.

As observações também são voltadas à crítica de uma suposta falta de legitimidade do Poder Judiciário, na medida em que os juízes não são eleitos.

Coloca, para essa análise, as 04 (quatro) condições que devem estar presentes para Jeremy Waldron, em seu propósito de controle de constitucionalidade, buscando questionar as possibilidades de presença dessas condições no Brasil.

A apresentação foi seguida da pesquisa “A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DAS FAKE NEWS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X LIBERDADE DE EXPRESSÃO”

Neste artigo, Luciana de Aboim Machado e Lídia Cristina dos Santos fazem um levantamento acerca das principais doutrinas que versam sobre a dignidade humana, passando de Kant aos contemporâneos, aproximando esse arcabouço teórico das práticas de mediação- destacando a relevante obra de Luís Alberto Warat - defendendo sua relevância para resolver conflitos envolvendo as fake News.

Dando sequência aos trabalhos, foi apresentado o artigo “CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS PODERES: UMA ABORDAGEM ANALÍTICA SOBRE AS TENSÕES E LIMITES ENTRE LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL”

Neste artigo, Gustavo Araujo Vilas Boas procura analisar as funções típicas e atípicas de cada um dos poderes, analisando-as a partir de casos práticos da democracia brasileira.

Desse modo, parte da teoria da tripartição de Montesquieu e busca analisá-la com os casos práticos trazidos ao artigo.

Utiliza as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente: a decisão sobre a equiparação entre os delitos de homofobia e racismo; a decisão sobre a possibilidade de uso medicinal da cannabis para fins terapêuticos; e o julgamento sobre o marco temporal na demarcação de terras indígenas.

Com exemplos práticos, portanto, traz casos práticos de tensões entre os poderes no Brasil para análise na pesquisa.

O artigo subsequente foi “DEMOCRACIA 4.0: AS REDES SOCIAIS COMO ARENA DO PODER”

Neste trabalho, Rafael Martins Santos repensa o exercício dos direitos fundamentais no Século XXI, evidenciando a transição do acesso ao direito, destacando a importância de se pensar a participação e representação do poder a partir das plataformas de rede social.

Destaca, nesse trabalho, a importância que a Tv Justiça protagonizou com a publicidades dos julgamentos do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que destacou o impacto de maior monta das plataformas de rede social com esse propósito.

Elenca casos de manifestação nas plataformas de rede social que pressionaram os poderes da República, destacando a relevância desses espaços virtuais.

Na ordem das apresentações, passou-se a apresentar o trabalho “A (I)LEGITIMIDADE DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA EM INOVAR NORMATIVAMENTE ANTE À INÉRCIA DO PARLAMENTO: RISCO À VIOLAÇÃO À SUPREMACIA DOS PODERES”

Neste trabalho, Eid Badr, Ana Maria Bezerra Pinheiro e Diana Sales Pivetta questionam se há um risco da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) quando decide com base no argumento da inércia do parlamento.

O artigo elenca diferentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) para analisar o limite de atuação do Poder Judiciário em respeito à separação dos poderes.

Na sequência, foi apresentada a pesquisa “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL: DA SÚMULA VINCULANTE ÀS DEMANDAS REPETITIVAS”

Neste trabalho, Carolina Mendes, Rafaela Teixeira Sena Daibes Resque e José Henrique Mouta Araújo questionam a própria essência do sistema jurídico brasileiro, com declarada vinculação ao sistema jurídico da civil law, a partir da adoção da ideia de precedentes no Brasil, momento em que o Brasil, na análise dos autores, passa a ter traços de vínculos com o próprio sistema jurídico da common law.

Utilizando a obra de Dworkin, analisa a utilização da ideia de precedentes no Brasil, sobretudo a partir do viés da integridade do Direito.

Passa com esse propósito, por dispositivos do Código de Processo Civil e da Constituição Federal Brasileira, aliando esses elementos positivados com a prática dos tribunais.

O debate subsequente envolveu o artigo “CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA, O CONTRATO SEXUAL E A OCUPAÇÃO FEMININA DOS ESPAÇOS POLÍTICOS NO BRASIL”

Neste artigo, Christine Oliveira Peter da Silva não busca uma leitura feminista da Constituição, mas sim a refundação do Direito Constitucional a partir da teoria das excluídas.

Para tal, pela perspectiva das mulheres, questiona a presença de mulheres no Direito Constitucional, apresentando um ideal de representatividade feminina no Direito Constitucional.

O artigo revisita teorias contratualistas clássicas, buscando uma revisão a partir das propostas do constitucionalismo feminista.

O artigo subsequente apresentado foi “CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: UMA REFLEXÃO SOBRE OS 20 ANOS DE EXISTÊNCIA”

Neste trabalho, Fernando Oliveira Samuel faz uma análise do protagonismo do Poder Judiciário a partir da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), destacando casos paradigmáticos, sobretudo: ADI nº 3367, que versou sobre a discussão sobre a separação dos poderes, que discutia a atuação do CNJ.

Ao longo do artigo, analisa as mais de 600 (seiscentas) resoluções do CNJ que invadem competência que não seriam propriamente do Poder Judiciário.

O trabalho, portanto, busca destacar a tensão no aspecto da separação dos poderes no tocante à edição de resoluções do CNJ.

Na sequência, passou-se à apresentação da pesquisa “AUSTERIDADE: A POLÍTICA FISCAL BRASILEIRA COMO EXPRESSÃO DA CONTRADIÇÃO ENTRE NEOLIBERALISMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO”

Neste trabalho, Maria Júlia de Castro e Sousa, Vinícius Henrique de Oliveira e José Duarte Neto analisam as políticas fiscais brasileiras, verificando se suas tendências neoliberais são compatíveis com o Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição Federal de 1988.

O trabalho da sequência foi o denominado “A TEORIA PURA DO DIREITO COMO NORMA FUNDAMENTAL DE UMA JURISTOCRACIA”

Neste artigo, José Ernesto Pimental Filho, Eduardo Mateus Ramos de Moura e Gleydson Thiago de Lira Paes abordam o trabalho de Hans Kelsen a partir da ótica da “juristocracia”, defendendo a utilização de correntes históricas nessa observação.

Na sequência, o artigo apresentado foi “A CONFIANÇA NO DIREITO CONSTITUCIONAL PÓS-MODERNO. REQUISITO PARA REDUÇÃO DA INCERTEZA NO DIREITO”.

Neste trabalho, Farley Soares Menezes utiliza a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, sobretudo sua conceituação de confiança, para observar o Direito Constitucional Pós-Moderno.

Para tal, traça elementos gerais do pensamento sistêmico que podem ser usuais para a redução da complexidade e a formação da confiança no Sistema do Direito.

Elenca, para tal, casos práticos do Direito Tributário, aplicando a eles o arcabouço teórico da Teoria dos Sistemas.

Dando sequência aos trabalhos, foi apresentado o trabalho “A RELAÇÃO TENSIONAL ENTRE O DIREITO À CULTURA E O DIREITO AO SOSSEGO E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO: UM ESTUDO DO CASO “AARAIAL PERTINHO DE VOCÊ”

Neste artigo, a partir de um caso prático, Márcia Haydée Porto de Carvalho e Cláudio Santos Barros analisam a definição de princípios de Robert Alexy, sustentando a necessidade de haver um maior rigor técnico na aplicação de teorias importadas de outras culturas jurídicas.

No debate, após Alexy, mencionam as teorias de Hart e Dworkin, analisando suas diferenças no âmbito teórico, bem como sustentando como elas podem ser aplicadas em casos práticos.

O pleno exercício dos direitos culturais e o meio ambiente economicamente equilibrado são os dois princípios colocados em análise sobre suposta colisão no trabalho analisado.

Seguindo a ordem dos trabalhos, foi apresentado o artigo “A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PAPEL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ATUALIDADE”

Neste trabalho, Davi Niemann Ottoni, Matheus Oliveira Maia e Gabriel Gomes da Luz abordam a problemática da judicialização da política. Para tal, conceituam o Estado Democrático de Direito, elencando os principais documentos históricos que serviram para sua fundação e sedimentação. Traçam também linhas gerais sobre a dignidade humana e o controle de constitucionalidade, destacando sua relevância para os sistemas democráticos.

As apresentações continuaram com a pesquisa “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E REGRAS DE SIMETRIA: A PROBLEMÁTICA DAS LEIS COMPLEMENTARES ESTADUAIS E MUNICIPAIS”

Neste trabalho, Claudio Ladeira de Oliveira e André de Sousa Roepke analisam as regras de simetria do sistema constitucional brasileiro, destacando a regulamentação constitucional da simetria e observando sua aplicabilidade no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), apontando dados de pesquisa feita em Constituições Estaduais e em Leis Orgânicas.

O artigo subsequente versou sobre o tema “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO VETO PRESIDENCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”

Neste trabalho, Edson Barbosa de Miranda Netto, José Elias Gabriel Netto e Sara Barros Pereira de Miranda analisam criticamente o controle de constitucionalidade dos vetos presidenciais pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Em análise das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental em que ocorreu de fato o controle de constitucionalidade dos vetos presidenciais pelo Supremo Tribunal Federal (STF) conclui que a análise do Tribunal foi feita em torno de aspectos formais, de cunhos legislativos; e que, portanto, não mereciam a crítica sem critérios que a eles foram feitos.

Na sequência, o artigo apresentado foi o denominado “UMA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROJETO DE LEI Nº 1904/2024”

Neste artigo, Mateus Gomes dos Santos Rocha e Maíra Villela Almeida abordam questões voltadas às finanças públicas a partir de um embate federativo. Faz-se essa análise a partir da estruturação dos Fundos de Educação., destacando os impactos federativos dessa observação. Destacam-se, na observação do artigo, os mecanismos de federalismo cooperativo elencados na estruturação das propostas analisadas.

Encerrando os trabalhos da tarde, foi apresentado o trabalho “CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO, DESCONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS DE 2019–2022 E LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA E CLIMÁTICA”, de Mariana Barbosa Cirne e Sara Pereira Leal abordando a relevância da judicialização de demandas para a tutela ambiental.

O Grupo de Trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II foi marcado por intensas e relevantes discussões sobre os temas nele envolvidos. O presente livro é um registro das qualificadas pesquisas que chegaram para debate ao longo do evento.

Esperamos que esses textos sirvam como fonte críticas para pesquisas e para inspirações para os próximos eventos do Conpedi.

Vivian de Almeida Gregori Torres (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul- UFMS)

Bernardo Leandro Carvalho Costa (Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT)

A TEORIA PURA DO DIREITO COMO NORMA FUNDAMENTAL DE UMA JURISTOCRACIA.

THE PURE THEORY OF LAW AS THE GRUNDNORM OF A JURISTOCRACY

José Ernesto Pimentel Filho ¹
Eduardo Mateus Ramos De Moura ²
Gleydson Thiago De Lira Paes ³

Resumo

Este trabalho examina a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, destacando as insuficiências em sua proposta de interpretação das normas jurídicas. A tese central é que a teoria pura representa uma construção autocrática de poder, com sua estrutura e conteúdo evidenciando a norma fundamental que deveria sustentar a juristocracia moderna. Apesar de sua inspiração no controle de constitucionalidade dos Estados Unidos, Kelsen reformula a hierarquia das cortes constitucionais de forma a se afastar dos valores democráticos autênticos. Ele distingue entre interpretação autêntica, realizada por órgãos com autoridade para alterar normas, e interpretação não autêntica, feita fora dos órgãos de decisão. Enquanto a interpretação autêntica ocupa um papel superior, a interpretação não autêntica contribui para a evolução prática das normas sem caráter vinculativo formal. A "pureza" defendida por Kelsen, que busca isolar o direito de influências políticas, morais e de justiça, acaba por introduzir uma norma fundamental, ou Grundnorm, que não se encaixa em sua própria definição de norma. A teoria, embora influente, falha ao ignorar a complexidade das relações sociais e históricas que fundamentam o direito. Sua proposta de uma norma fundamental insustentável demonstra uma visão que, além de arcaica, não se adapta bem às realidades democráticas contemporâneas. A teoria pura é criticada por promover uma forma de juristocracia que pode se distanciar do respaldo constitucional e prejudicar a democracia representativa. Apesar de Kelsen ter contribuído com o controle de constitucionalidade na Europa, sua visão juspositivista é limitada frente às evoluções das ciências sociais no século 20.

Palavras-chave: Interpretação legal, Democracia, Teoria do estado, Hermenêutica jurídica, Positivismo jurídico

¹ Professor Titular da UFPB. Docente Permanente do PPGCJ/UFPB. Pós-doutorado em Direito Constitucional pela UNIFOR.

² Advogado. Pós-Graduado em Direito da Mineração. Mestrando no PPGCJ - UFPB

³ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas na Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ /UFPB. Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito de Garanhuns - FDG.

Abstract/Resumen/Résumé

This work examines Hans Kelsen's Pure Theory of Law, highlighting the shortcomings of his proposal for the interpretation of legal norms. The central thesis is that the pure theory represents an autocratic construction of power, with its structure and content evidencing the fundamental norm that should underpin modern juristocracy. Despite its inspiration in the US system of judicial review, Kelsen reformulates the hierarchy of constitutional courts in a way that distances itself from authentic democratic values. He distinguishes between authentic interpretation, carried out by bodies with the authority to alter norms, and non-authentic interpretation, conducted outside of decision-making bodies. While authentic interpretation occupies a superior position, non-authentic interpretation contributes to the practical evolution of norms without formal binding character. The 'purity' advocated by Kelsen, which seeks to isolate law from political, moral, and justice influences, ends up introducing a fundamental norm, or Grundnorm, that does not fit within his own definition of a norm. While influential, the theory fails to acknowledge the complexity of the social and historical relations that underpin law. Its proposal of an unsustainable fundamental norm demonstrates a vision that, besides being archaic, does not adapt well to contemporary democratic realities. The pure theory is criticized for promoting a form of juristocracy that can distance itself from constitutional backing and harm representative democracy. Although Kelsen contributed to the development of judicial review in Europe, his positivist view is limited in the face of the evolutions of the social sciences in the 20th century.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal interpretation, Democracy, State theory, Legal hermeneutics, Legal positivism

1. Introdução

Este estudo se debruça sobre a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, uma das mais notáveis e, ao mesmo tempo, controversas abordagens no campo da teoria jurídica. A análise concentra-se na insuficiência da proposta de Kelsen para a interpretação das normas jurídicas, com ênfase em como sua teoria pode ser vista como uma construção autocrática de poder. Ao longo desta investigação, é argumentado que a *Teoria Pura do Direito* não apenas falha em capturar a complexidade das relações sociais e históricas que moldam o direito, mas também pode fomentar formas de juristocracia que se distancia dos valores autênticos da democracia contemporânea.

Hans Kelsen buscou criar sua teoria jurídica pela a "pureza" e a isenção de influências políticas e morais. Ele propôs uma estrutura normativa hierárquica onde a norma fundamental, ou *Grundnorm*, serve como a base hipotética que valida todas as normas jurídicas inferiores. No entanto, este estudo contesta a eficácia e a aplicabilidade desta elaboração autoral acerca da norma fundamental, ao demonstrar como ela compromete o diálogo honesto com as ciências sociais e a compreensão do Direito dentro da área das Humanidades.

O trabalho é estruturado para abordar vários aspectos cruciais da *Teoria Pura do Direito*. Primeiramente, exploramos a distinção feita por Kelsen entre interpretação autêntica e não autêntica. A interpretação autêntica, realizada por órgãos com autoridade para modificar ou autorizar o sentido das normas, não parece implicar que ela seja considerada superior no sistema jurídico, enquanto a interpretação não autêntica, que é, por exemplo, a que é feita por acadêmicos e especialistas, é vista como contribuinte para a evolução das normas sem caráter vinculativo formal. Em seguida, discutimos como a teoria de Kelsen, ao separar o direito de influências externas, acaba por propor uma prática de pesquisa que ignora a complexidade das relações sociais e históricas.

Analisa-se também o conceito de norma fundamental e a possibilidade de uma interpretação alternativa, que a concebe não apenas como o topo da pirâmide normativa, mas como uma base transversal que sustenta e atravessa toda a estrutura normativa. Este modelo sugere que a *Grundnorm* não está restrita ao topo da hierarquia, mas atua como uma prescrição que confere validade e coesão ao sistema jurídico de maneira mais abrangente.

Finalmente, a conclusão deste estudo reflete sobre as limitações da *Teoria Pura do Direito* em contextos democráticos modernos. Argumenta-se que a proposta de Kelsen pode promover uma forma de juristocracia que se desvia do respaldo constitucional e dos princípios democráticos, criando uma desconexão entre o sistema jurídico e as necessidades sociais. A crítica central é que Kelsen, ao buscar uma neutralidade e uma pureza científica, acaba por criar uma estrutura que, ao contrário de promover a justiça, pode alienar a lei das realidades e valores da sociedade. Este estudo está em andamento, mas provisoriamente já tem elementos em que se pretende oferecer uma visão crítica e

contemporânea sobre a *Teoria Pura do Direito*, destacando a importância de uma abordagem que reconheça a complexidade e a dinâmica do direito em interação com as ciências sociais, desafiando a ideia de uma norma jurídica proposta por Kelsen.

2. A Interpretação em Teoria Pura do Direito

O oitavo capítulo de *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, trata da “Interpretação”. Este tópico deve ser analisado no contexto geral da doutrina de Kelsen, incluindo suas limitações. Kelsen inicia seu capítulo pela “interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito” (KELSEN, 2006, p. 388), a qual ocorre no processo de fixação da norma a ser aplicada, observando um processo hierárquico na aplicação do Direito por um escalão superior. Ou seja, o autor descreve a interpretação da lei como um procedimento intelectual, realizado por um processo de dedução do enunciado normativo para um caso específico. Esse poder do órgão jurídico superior sobre o inferior deve fornecer uma resposta sobre o conteúdo da norma individual em uma sentença judicial ou em uma resolução administrativa. Nesse sentido, trata-se de uma parte da teoria pura do Direito que aborda a dedução da norma geral para o caso concreto, um problema de legalidade, mas também “há uma interpretação da Constituição” (KELSEN, 2006, p. 387).

Kelsen afirma inequivocamente que há duas espécies de interpretação a serem consideradas: a autêntica e a não autêntica. A interpretação autêntica, segundo Kelsen, é aquela realizada pelo órgão competente para aplicar o direito, ou seja, pelo órgão que detém o poder de criar normas individuais em definitivo. Já a interpretação não autêntica é realizada por outros sujeitos, como a doutrina jurídica, o advogado e o cidadão comum. Embora a interpretação não autêntica não possua as mesmas características e efeitos jurídicos da interpretação autêntica, ela desempenha um papel importante na formação da consciência jurídica e na construção do direito. Pela menção a órgão em decisão definitiva, é possível inferir que o autor está a falar de decisões colegiadas.

A interpretação não-autêntica é realizada por indivíduos ou órgãos que não têm o poder formal de alterar ou autorizar oficialmente o sentido de uma norma. Isso inclui juízes, advogados, acadêmicos e outros especialistas. Essa interpretação é importante para a aplicação prática da norma, mas não possui o mesmo status vinculativo que a interpretação autêntica. A interpretação autêntica pode alterar a aplicação ou o entendimento da norma de forma efetiva e definitiva, enquanto a interpretação não-autêntica de pesquisadores do direito, por exemplo, contribui para a evolução e a aplicação prática da norma, sem ter um efeito vinculativo formal. Kelsen enfatiza que, na teoria pura do direito, a interpretação autêntica, por ser feita pelo órgão que tem a autoridade para tanto, tem um papel superior e mais formal no sistema jurídico comparado à interpretação não-autêntica.

2. Teoria Pura do Direito: Hans Kelsen, o “Dr. Pureza”

A “pureza” foi a principal palavra de defesa de Kelsen quando passou a ser atacado. Teve muita dificuldade em ter seu projeto de ciência aceito, segundo ele mesmo relata. Aliás, é não somente no título que aparece o puro, em *Pure Theory of Law* em inglês e no original *Reine Rechtslehre*, que pode ser também traduzido por Doutrina do Direito Puro, mas igualmente o capítulo inicial do seu livro é iniciado pelo subtítulo “1. A Pureza”. Por pureza, Hans Kelsen queria entender uma teoria científica ou positivista do direito e, portanto, sem conexão com ordenamentos jurídicos nacionais específicos. O leitor de Kelsen não deve procurar no livro a assimilação às instituições particulares do sistema brasileiro, por exemplo, nem de nenhum outro país em particular.

Hans Kelsen queria entender o que é a “norma” da mesma forma que Augusto Comte queria que a sociedade fosse estudada pelos fatos, ou como Émile Durkheim propõe o estudo de fatos sociais. Nada de interferência alheia. O que for jurídico deve ser entendido pelo direito; e o direito compreendido pela ciência jurídica. A política e os interesses que tanto interferem na interpretação autêntica do Direito deveriam ser afastados pela ciência jurídica. A ciência jurídica seria uma forma isenta, não-autêntica de compreensão do direito, um campo independente em relação a influências e conveniências da decisão dos tribunais e da esfera administrativa autorizada.

Nesse sentido, Kelsen entendia que isolar a ciência jurídica era um preceito fundamental metodológico, considerando que a influência de outros ramos do conhecimento acabam por confundir sua aplicação, era a opção mais acertada, em uma tentativa de evitar qualquer tipo de sincretismo metodológico. Note-se que na visão do autor, realizar esse isolamento não era negar sua conexão com outros ramos, mas uma opção estrutural.

Observe nas próprias palavras de Kelsen como ele argumenta em círculos reafirmando ciência jurídica, norma jurídica e direito como elementos que se referenciam exclusivamente entre si, como se as normas pudessem ser compreendidas não apenas “purificando” influências da ideologia, mas afastando e restringindo análises da política, ou oriundas das ciências sociais:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas por meio de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado por meio de uma norma jurídica. (KELSEN, 2006, 79)

Para ele, o universo dos juristas e suas normas se bastam. Essa concepção, que praticamente não tem mais evidência de vigor no Brasil ou nos Estados Unidos, ainda pode ser defendida sob a

perspectiva europeia atualmente. Eles querem ser juristas que monopolizam as análises em ciências sociais sem os cientistas sociais qualificados para tal¹. Ou seja, em consonância com o que acima se afirma: as relações das humanidades só passam pela porta estreita da norma jurídica, entendida de maneira técnico-formalista, como enunciado. Kelsen busca ignorar a justiça como ela é (ainda que diga que somente o órgão julgador faz interpretação autêntica), a moral presente na sociedade e a política, elemento sem o qual não existe um parlamento, por conseguinte não é possível se fazer. Kelsen não criou um controle de constitucionalidade democrático, mas uma justificação para a juristocracia. Somente a partir de Kelsen a corte constitucional poderia performar um supertribunal, tribunal constitucional, sem amparo do povo, de democracia representativa e da própria constituição perene. Kelsen não é um fascista, nem um ditador, muito menos o defensor da democracia liberal. Ele se apresenta na *Teoria Pura do Direito* como um europeu juristocrata, que se louvava por ter amparo dos países “civilizados”.

O grande mérito de Hans Kelsen e a explicação para seus apologistas é o fato de ter sido um europeu que introduziu o controle de constitucionalidade que fora criado pelos estadunidenses, mais talvez do que a suposta aplicabilidade d’*A Teoria Pura do Direito*. “Foi, entretanto, por obra intelectual de Hans Kelsen que a Europa recepcionou a doutrina americana do controle de constitucionalidade das leis, com estrutura, todavia, distinta do modelo americano.” (CUNHA JÚNIOR, 2022, p. 275.) O seu livro basilar expressa o desejo do autor de fazer uma ciência jurídica superlativa, isolada mesmo entre as ciências sociais da contemporaneidade, uma elaboração sem os interesses políticos da sociedade. Ora, para que serve um direito sem atender as pessoas em seus interesses enquanto grupo social e objetivo maior do Estado?

Hans Kelsen não consegue, em suas elaborações escritas n’*A Teoria Pura do Direito*, entender que o Estado é uma construção política, que a constituição não é fruto de uma hipotética norma fundamental, mas é um pacto político concreto. Sem esse pacto, não há constituição e sem constituição não há ordenamento jurídico. Mas a Hans Kelsen se aplica a crítica feita a todo o positivismo numa das famosas anedotas d’*As Aventuras do Barão de Münchhausen*.

O Barão de Münchhausen é um personagem fictício criado por Rudolf Erich Raspe. A história do Barão de Münchhausen é cheia de aventuras extravagantes e impossíveis, e a escapada do pântano é um exemplo clássico de suas peripécias imaginativas. Na narrativa, o Barão conta que estava preso em um pântano de areia movediça, um local traiçoeiro onde ele estava para ser rapidamente engolido. Para se libertar, o Barão teve uma ideia engenhosa e, ao mesmo tempo, absurda: ele puxou a si mesmo

¹. A UFPB opera, por exemplo, em seu convênio com a Universidade de Florença uma similar e retrógrada posição, imposta informalmente pelo representante italiano. Como não era possível violar a “norma fundamental” – para lembrar Kelsen – de que a pesquisa social-jurídica não é exclusiva de bacharéis, o imperativo circula por meio da oralidade e da recomendação não-expressa. Dessa forma, pesquisas nitidamente políticas, históricas e sociológicas não têm podido entrar para o convênio pela reserva de formação na graduação, contrariando os pressupostos mundiais da pesquisa jurídica e criando orientações que não estão na CAPES, agência do MEC.

para fora da areia movediça, agarrando-se pelos próprios cabelos. O Barão explica que, sendo tão habilidoso e destemido, ele conseguiu erguer a própria cabeça e, com isso, sair da areia movediça. Michael Löwy, sociólogo e renomado crítico do positivismo em Ciências Sociais, comparou o axioma da neutralidade das ciências sociais como a puxada de si pelos cabelos do Barão de Münchhausen. (LÖWY, 1987.) Para fugir da lama dos diferentes interesses, o Barão imagina uma solução mágica impossível.

A “norma fundamental” de Hans Kelsen é sua própria mão a tentar puxar-se pelos cabelos com uma norma que não existe lugar algum, não foi escrita. Conforme afirma Pablo Biondi, “Basta substituir, *mutatis mutandis*, Deus por norma fundamental e se tem o mesmo artifício retórico.” (BIONDI, 2022, p. 574.) A teoria pura do direito de Hans Kelsen tem uma semelhança intrigante com o famoso “argumento ontológico” de Anselmo de Canterbury. Anselmo afirmava que Deus é o ser mais grandioso que se pode imaginar, a ponto de sua inexistência ser inconcebível. Kelsen faz algo parecido ao criar a ideia da norma fundamental. Para ele, a norma fundamental é a base absoluta do direito, a norma suprema que fundamenta todo o sistema jurídico. É como se, na sua concepção, a norma fundamental ocupasse o mesmo lugar no direito que Deus ocupa na metafísica de Anselmo. Assim, a norma fundamental, sendo uma criação puramente teórica e imaginativa, é comparável às histórias fantasiosas do Barão de Münchhausen, que, em um ato de pura invenção, se salvou de um pântano puxando-se pelos próprios cabelos. Ambas as ideias, tanto a divina quanto a jurídica, são frutos da criatividade teórica, refletindo uma visão que se distancia da realidade concreta para se ancorar na abstração e na imaginação.

Pela relevância do teórico do direito de Viena, *A Teoria Pura do Direito* quando foi publicada, já muitos não viam senão contradição em suas elaborações e no projeto que vinha sendo divulgado à época por duas décadas antes da primeira edição de 1934. Escreve o próprio Hans Kelsen no prefácio da primeira edição que uma das críticas que lhe foram feitas foi esta ainda muito pertinente e atual: “Como se mantém completamente alheia a toda a política, a *Teoria Pura do Direito* afasta-se da vida real e, por isso, fica sem qualquer valor científico.” (KELSEN, 2006, p. XIII.)

As ideias de Kelsen são um retrocesso ao século 19. Seu positivismo pode ser arcaico e inócuo diante de um direito cada vez mais articulado com as humanidades, tão apreciável quanto as ultrapassadas ideias de Auguste Comte. A sua construção teórica não fazia sentido nos 1930 para os fascistas, nem para democratas e liberais, nem para comunistas, para laicos e católicos ou outra corrente. Refratário a admitir qualquer crítica oriunda de tendências políticas, a “pureza” foi a resposta de Hans Kelsen: “Em suma, não há qualquer orientação política de que a *Teoria Pura do Direito* não se tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza.” (KELSEN, 2006, p. XIII e XIV.)

Kelsen se encastela na sua visão juspositivista para fazer dela um escudo contra a inconsistência de suas argumentações que ultrapassam em muito a sua própria definição de norma: “algo que deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira” (KELSEN, 2006, p. 5). Ora, não existe norma no momento da dita por ele de “norma fundamental”, pois o que realmente existe é o âmbito do instituinte. Por mais que o instituinte possa acompanhar a criatura, a norma positivada, determinando-lhe o sentido, as normas são realidades dos vivos e não dos mortos. Os mortos têm poder limitado de condução da vida futura das gerações, como bem explanou Thomas Jefferson em sua correspondência com James Madison acerca do assunto.

Os críticos eram apenas a lama da qual queria se livrar por si, inventando a norma fundamental. Neste século 21, as ideias de Kelsen e sua teoria pura são por vezes vistas tão inaplicáveis quanto elas recheiam os estudos daqueles que se querem dizer eruditos, ao lançar uma nota de rodapé com uma referência ao livro *Teoria Pura do Direito*, ainda que numa análise criteriosa o seu amparo não passe (como escreve o próprio Kelsen ao registrar uma crítica recebida) de “um jogo vazio de conceitos ociosos”.

3. Positivismo Mais Metafísica?

Para manter a precisão metodológica, a teoria pura do direito precisou construir seu sistema positivista com bases que se afastam dos princípios de positividade originalmente defendidos por Kelsen. O positivismo jurídico busca ser científico e rejeita a metafísica do direito natural, defendendo a autossuficiência do direito positivo. Nessa visão, qualquer ideia que vá além do direito positivo deve ser excluída da ciência jurídica, que deve focar apenas nas normas criadas ou reconhecidas pela autoridade competente.

Nesse contexto, a abordagem de Kelsen enfatizou a positividade das normas jurídicas, sustentando-a com um ideal científico. Kelsen introduziu o conceito de “norma fundamental”, norma de base, ou *Grundnorm*, que atua como o alicerce supremo para todo o sistema jurídico. Essa norma fundamental não é criada por uma norma superior, mas é uma prescrição hipotética que dá validade não somente às leis ou dispositivos específicos, mas ao sistema jurídico como um todo. Assim, o Estado é visto como a manifestação dessa norma fundamental. A *Grundnorm* é essencial na Teoria Pura do Direito de Kelsen, representando a norma suprema e hipotética a partir da qual todo o sistema jurídico deriva sua validade.

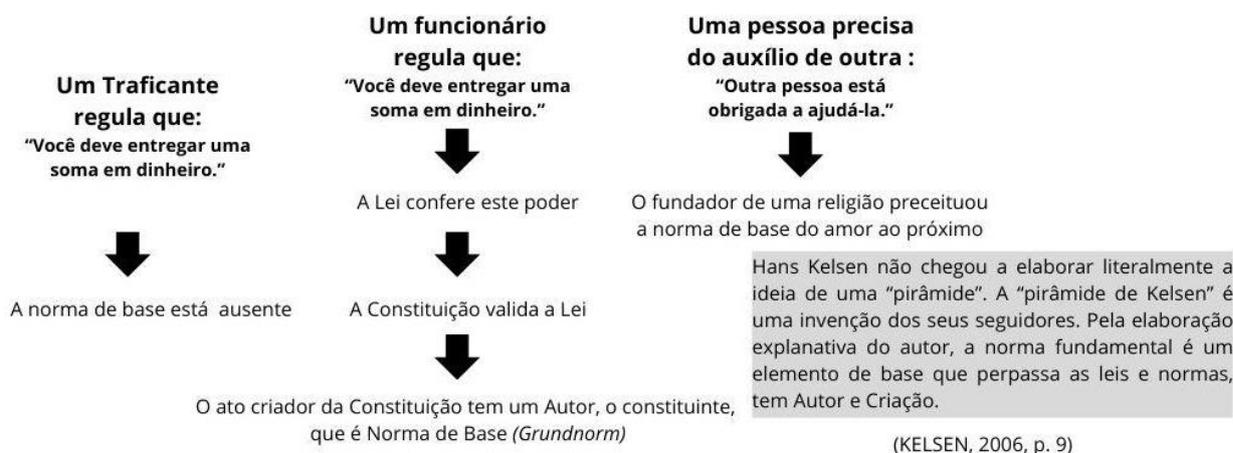
Cada norma jurídica específica é derivada de normas mais gerais, até alcançar a norma fundamental, que serve como a base para toda a ordem jurídica e a fonte suprema da autoridade normativa. Ora, permitindo aqui criar um exemplo, imagine que um irmão demanda alimentos de outro. Se não houver a norma fundamental de que os laços familiares são fortes e protegidos, não haverá nunca leis escritas sobre essa proteção. É somente num plano não-jurídico que acontece a

existência da validade do direito positivo. Ao se partir dos círculos escritos mais específicos das regras para aquele de maior generalidade, chega-se a um ponto em que não há mais norma, pois quem tem autoria e se faz presente na criação das normas é quem participa da realidade histórica e natural precisa da criação.

Kelsen destacou com orgulho sua própria realização ao afirmar que a teoria pura do direito conseguiu, finalmente, separar a ciência jurídica da política. Esse feito foi alcançado ao alinhar o pensamento jurídico com o que ele denominou "teoria geral da ciência", estabelecendo uma distinção entre o campo jurídico e os interesses políticos, mas postulando pressupostos positivistas. Ao fazer isso, Kelsen buscou uma abordagem científica para a análise do direito, afastando a teoria jurídica não somente das contingências políticas, mas de toda a base e compreensão dos pressupostos das normas. Só a fé o salva, a sua própria e a dos fiéis que nisso acreditarem.

Norma Fundamental de Hans Kelsen

Ela é hipotética, não pode ser expressa no texto de uma norma escrita (positivada). Como Kelsen se refere a "ato criador" e "pressuposto fundante", a norma fundamental se assemelha ao ato divino ou aos atos naturais, pois é o fundamento ou razão de existir e de ter sido criado um direito.



A deficiência do pensamento de Kelsen está em não entender que não existe norma fundamental como pressuposto. Nem tudo é norma, mas o positivismo do século 19 queria que o estudo da sociedade fosse expresso numa ciência nomológica. E Kelsen é fiel ao século 19. Seu pensamento é resistente às mudanças epistemológicas que estavam em curso nas ciências sociais. Os pressupostos mais gerais e profundos de compreensão das normas estão na história. O meio de compreender os postulados prévios de criação de uma constituição, por exemplo, é estudar as pessoas, o tempo, a periodização, os agentes, as intenções, os elementos da historicidade.

Nesta compreensão, a história é uma ciência social e não pode ser apreendida como mera norma hipotética. Apesar de sua erudição e conhecimentos amplos das normas de vários países

conforme atesta sua história, a visão de Hans Kelsen se voltava para a ideia de países civilizados, tendo a Europa como centro. Sua teoria não assimila a democracia estadunidense, ainda que ele se inspirasse no direito da América.

4. Definição de Norma e a Possibilidade da Representação Piramidal

Para Hans Kelsen, a norma é um comando ou prescrição que estabelece um padrão de comportamento e tem a função de orientar a conduta dos indivíduos em uma sociedade. Em sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen define a norma como uma regra que impõe uma obrigação ou um dever, e sua validade depende de sua conformidade com uma norma superior dentro de uma hierarquia jurídica. Kelsen vê a norma jurídica como um imperativo categórico, conceito kantiano, que tem um caráter coercitivo e normativo. Ela é distinta de uma mera descrição ou fato, pois não descreve como as coisas são, mas prescreve como elas devem ser. Nesse sentido, a norma não apenas orienta a conduta individual, mas também reflete o caráter autoritário do sistema jurídico, onde a obediência às normas é vista como um requisito fundamental para a manutenção da ordem social. A norma, para Kelsen, é uma construção racional que se impõe sobre a realidade, buscando moldar o comportamento humano de acordo com os princípios estabelecidos pela autoridade legislativa.

Nesse modelo, as normas são parte de um sistema hierárquico, onde normas inferiores derivam sua validade das normas superiores, até chegar à norma fundamental ou *Grundnorm*, que serve como a base primeira e última de todo o sistema jurídico.

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução. (KELSEN, 2006, p. 388)

Portanto, para Kelsen, uma norma é um elemento essencial do ordenamento jurídico que estabelece regras para a conduta social e é integrada em um sistema normativo maior, cuja validade é legitimada por normas superiores e, em última análise, pela norma fundamental. Este modelo hierárquico é crucial para a manutenção da coerência e da integridade do sistema jurídico, pois garante que todas as normas estejam interligadas e sejam consistentes entre si. Kelsen acreditava que essa estrutura hierárquica era o que diferenciava o direito de outros sistemas normativos, como a moral ou a religião, conferindo-lhe uma objetividade e uma racionalidade que outras formas de normatividade não poderiam reivindicar.

Na teoria de Kelsen, a norma fundamental (*Grundnorm*) é a base teórica e hipotética que legitima o sistema jurídico como um todo. No modelo tradicionalmente apresentado por Kelsen, a

norma fundamental é vista como o topo da pirâmide normativa, a partir da qual todas as outras normas derivam em suas respectivas validações. No topo da dita pirâmide, o direito internacional pode se sobrepor ao direito nacional. É comum representar no vértice máximo a constituição e o direito internacional lado a lado. Nesse sentido, a *Grundnorm* serve como a norma suprema que confere legitimidade a todas as normas inferiores na hierarquia jurídica. A *Grundnorm* não é uma norma escrita ou formalizada, mas um pressuposto necessário que assegura a validade de todas as normas dentro de um sistema jurídico. Essa concepção permite que o direito seja visto como um sistema fechado, autorreferente, onde a legitimidade de cada norma depende de sua conformidade com a estrutura hierárquica que se origina na *Grundnorm*. Para Kelsen, a aceitação da *Grundnorm* é um ato de fé jurídica, essencial para a coesão e a continuidade do sistema normativo, mesmo que essa norma fundamental nunca possa ser empiricamente verificada ou contestada dentro do próprio sistema.

Assim, teríamos:

Plano hierárquico mais superior	Direito Internacional e Constituição
Plano intermediário	Leis do parlamento nacional
Plano inferior	Normas de infra-legalidade

Como não há em Kelsen uma pirâmide expressamente anunciada, os professores em aulas ou as bancas avaliadoras em exames e concursos só podem se remeter a essa imagem sugestiva para descrever a hierarquia de normas do sistema brasileiro, em que a Constituição está em primeiro plano, em seguida, as emendas constitucionais. Após a emenda 45/2004, com um terceiro subplano composto pela tese do ministro Gilmar Mendes, integrante da suprema corte brasileira, carrou-se a proposição da existência de uma dimensão normativa de supralegalidade com relação aos tratados e convenções do direito internacional no direito brasileiro. Logo, com este aditivo internacionalista, tem-se o plano hierárquico normativo mais superior do Brasil.

No entanto, é possível interpretar a norma fundamental de uma maneira um pouco diferente. Em vez de visualizá-la apenas como o topo da pirâmide, você pode conceber a norma fundamental como uma espécie de "base transversal" que perpassa e sustenta a estrutura normativa. Nesse modelo alternativo, a *Grundnorm* não está necessariamente no topo, mas atua como uma base que atravessa todas as normas, fornecendo a validade e a coesão necessárias para o sistema jurídico como um todo. Essa tese de interpretação das ideias de Hans Kelsen sugeriria que a norma fundamental não é apenas a norma de nível superior, mas uma prescrição hipotética que permeia e legitima a validade de todas as normas, independentemente de sua posição na hierarquia. Assim, ela poderia ser vista tanto como a norma suprema no topo quanto como o elemento fundamental que atravessa e sustenta o sistema jurídico de maneira mais abrangente e integradora.

É possível encontrar em Kelsen a elaboração sobre dois campos distintos do mundo do direito, um deles é a doutrina científica (*jurisprudence*, na sua semântica em língua inglesa, a ciência ou filosofia do direito) e o outro é o órgão jurídico competente. No primeiro, é possível haver isenção plena e possibilidades compreensivas do direito não devendo o cientista jurídico ter uma solução única para os problemas de interpretação, pois assim ele passa a decidir com base na política e não no conhecimento acadêmico. Ainda que não estivesse dito nas palavras de Kelsen, essa é a dimensão mais próxima em ciências sociais do que se chama de compreensão, o que é diferente de interpretação, como já explanamos em aulas anteriores.

A *Teoria Pura do Direito* estabelece as bases para uma abordagem acadêmica positivista na pesquisa jurídica. Kelsen afirma que “A questão a saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito” (KELSEN, 2006, p. 393).

Neste contexto, Kelsen distingue claramente a teoria do direito como uma doutrina que se preocupa com a estrutura e a fundamentação do sistema jurídico, em contraste com o direito aplicado e a interpretação legal. A teoria do direito se ocupa do estudo sistemático e teórico das normas e de sua validade, enquanto a aplicação concreta das normas, como ocorre nas decisões judiciais ou administrativas, está fora do escopo da teoria pura e se insere na prática do direito. A teoria pura, portanto, busca entender e explicar o sistema jurídico em termos de sua estrutura normativa e não diretamente em relação às decisões ou interpretações que são realizadas pelos órgãos jurisdicionais e administrativos.

O pesquisador jurídico, de acordo com Kelsen, não válida ou verifica a interpretação das normas jurídicas da mesma forma que os órgãos jurídicos. Como Kelsen afirma, “tem de distinguir-se rigorosamente a interpretação do Direito feita pela ciência jurídica, como não autêntica, da interpretação realizada pelos órgãos jurídicos” (KELSEN, 2006, p. 395). A teoria pura do direito, conforme defendida por Kelsen, adota uma abordagem metodológica que busca uma isenção axiológica, isto é, um distanciamento de valores políticos, morais e culturais que são utilizados pelo aplicador do direito nos órgãos jurídicos.

O aplicador do direito, ao interpretar e aplicar as normas, muitas vezes cria normas e decisões que são indissociáveis de sua interpretação. Em contraste, a interpretação científica, segundo Kelsen, é uma análise puramente cognitiva do sentido das normas jurídicas. Ela visa compreender e explicar o significado das normas sem criar novas normas ou tomar decisões normativas, diferentemente da interpretação realizada pelos órgãos jurídicos. Dessa forma, enquanto a prática jurídica envolve a criação e aplicação de normas, a pesquisa científica concentrar-se-ia na determinação objetiva e

teórica do conteúdo das normas, mantendo-se distanciada do processo criativo e interpretativo aplicado pelos órgãos jurídicos.

Diz Kelsen em *Teoria Geral do Direito e do Estado*:

A justiça é uma ideia irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e a ação dos homens, não está sujeita à cognição. (...) Tal cognição pode entender apenas uma ordem positiva evidenciada por atos determináveis objetivamente. Essa ordem é o Direito positivo. Somente isso pode ser objeto de ciência; somente isso é o objeto de uma teoria pura do Direito, o qual é uma ciência, não uma metafísica do Direito. Ela apresenta o Direito tal como ele é, sem defendê-lo chamando-o de justo. Ou condená-lo denominando-o injusto. Ela busca um direito real e possível não o correto. É, nesse sentido, uma teoria radicalmente realista e empírica. Ela declina de avaliar o direito positivo. (KELSEN, 2000b, p. 19).

Os enunciados deônticos e a teoria de Kelsen se conectam na medida em que ambos se ocupam da estrutura normativa e das regras que regulam comportamentos. A lógica deôntica formaliza e analisa as relações entre diferentes tipos de normas, enquanto a teoria pura de Kelsen busca uma compreensão objetiva e científica das normas jurídicas. Ambos os campos abordam a regulação de condutas através de normas, mas a teoria de Kelsen vai além ao considerar o direito como um sistema normativo positivo, separando-o das considerações morais e políticas.

Os enunciados deônticos referem-se a afirmações sobre normas, obrigações, permissões e proibições. Eles são fundamentais para a lógica deôntica, que formaliza e analisa a estrutura das normas e como elas regulam comportamentos e ações. Esses enunciados são diferentes das afirmações descritivas sobre fatos, pois estão voltados para a regulação e normatização de condutas. Exemplos incluem:

- "Você deve fazer X" (obrigação)
- "Você pode fazer Y" (permissão)
- "Você não deve fazer Z" (proibição)

A lógica deôntica formaliza como essas normas interagem e se relacionam, fornecendo um sistema para raciocinar sobre obrigações e permissões.

A *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, por outro lado, se concentra na análise do direito enquanto um sistema normativo. Para Kelsen, o direito é um sistema de normas que são produtos da conduta humana e não de juízos morais ou valores subjetivos. Em sua visão, o direito positivo é um artefato criado por atos de autoridade, e a ciência jurídica deve estudá-lo de maneira objetiva e isenta de valores externos. Kelsen faz uma distinção entre a interpretação científica das normas, que é uma análise objetiva e teórica do sentido das normas jurídicas, e a interpretação realizada pelos órgãos jurídicos, que pode envolver a criação e aplicação de normas em contextos práticos e decisórios. Essa diferenciação reflete a necessidade de manter a pureza metodológica na ciência jurídica, afastando-se das influências políticas, morais e culturais.

Ademais, o prescritivismo de Kelsen retoma a perspectiva hobbesiana no sentido de mera atestação de que quem detém o poder define valores e interpreta normas (LIMA, 2019, p.68). Seria, dessa forma, uma espécie de encontrar o valor justiça na autoridade e não nos atos emanados por ela, a legitimidade concretizaria, portanto, a axiologia referida. Vê-se posições desta ordem em *Teoria Pura do Direito*.

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados. (KELSEN, 2006, 1984, p.69).

Ora, no moderno conceito de constituição essa acepção de poder, o totalitário, não é propriamente válida. E aqui se vê uma vez mais uma contradição. Hans Kelsen declara que “só a ordem do funcionário de finanças, e não a ordem do gângster, tem o sentido de uma norma válida, vinculante para o destinatário; apenas o ato do primeiro, e não o do segundo, é um ato produtor de uma norma que para tal lhe atribua competência.” (KELSEN, 2006, p. 9) Da mesma forma, a ordem totalitária é regressiva e não pode ser concebida como norma, pois seria admitir o retrocesso do Estado de Direito como se a ciência jurídica pudesse aceitar passivamente a regressão de um conceito moderno de constituição, estabelecido desde fins do século 18, para um conceito pré-moderno.

Contudo, Kelsen ignora com profundidade as características do nascimento da constituição nos Estados Unidos da América, colocando a realidade francesa no mesmo patamar da estadunidense. Inclusive atribui a qualidade social da Revolução Francesa de burguesa, quando ela foi uma revolução popular e largamente medida com satisfação de bandeiras do pequeno produtor agrário e não uma revolução burguesa própria, quando conduz seu processo à vitória do poder autocrático e imperialista de Napoleão Bonaparte. Somente a Revolução Americana constrói os atributos de movimento burguês, criando uma constituição do comércio e da arbitragem contratual construída não por norma fundamental, mas na sua história.

A teoria pura do direito de Kelsen, portanto, pode ser vista como uma abordagem que, embora não se envolva diretamente com a lógica deôntica, compartilha com ela o interesse em entender e sistematizar as normas e sua aplicação. A pureza metodológica proposta por Kelsen, ao focar na estrutura normativa e afastar valores externos, é complementada pela lógica deôntica, que formaliza as relações e regras entre as normas dentro do sistema jurídico. Em resumo, enquanto os enunciados deônticos e a lógica deôntica ajudam a entender a estrutura e a inter-relação das normas, a teoria pura de Kelsen proporciona uma base teórica e científica para a análise do direito positivo, mantendo uma separação rigorosa entre o estudo normativo e as influências externas.

A validade das normas é sempre hipotético-relativa, vinculada a um dever-ser inerente à norma positivada e não à natureza. Isso reflete a aderência de Kelsen à lei de Hume, que estabelece que não se pode derivar prescrições (enunciados deônticos) de meros atos de descrição (enunciados indicativos). Kelsen busca construir um sistema jurídico neutro, baseado em fórmulas e conceitos que, imunes às contaminações das linguagens históricas, preservam um simbolismo puro e abstrato.

Não vem ao caso fazer um estudo detalhado de *A Democracia*, também escrito por Kelsen, mas é sintomático que o autor em estudo demonstre ter percepções muito limitadas do que seja a democracia fora do contexto da Europa, da França ou da tradição grega antiga. Poderia ter abordado o processo de formação histórica da democracia estadunidense com mais profundidade e atenção, no conhecimento da doutrina d'O Federalista, ou mais especificamente de James Madison. O discurso performado em *A Democracia* tem por vezes ares defensivos, falando em “forças extraordinárias” e sugerindo que os autocratas teriam sido injustamente chamados de “reacionários”:

A ideia política do século XIX, nascida das revoluções americana e francesa do século XVIII, foi a democracia. Sem dúvida, também existiam na civilização ocidental forças extraordinárias a serviço da manutenção do princípio autocrático. Seus representantes, porém, foram estigmatizados como reacionários. (KELSEN, 2000a, p. 139.)

O povo descrito em *A Democracia* é o povo empoderado como vontade geral e uma descrição do clima intelectual europeu tomado pelo fascismo antes da II Grande Guerra. É justo afirmar que ele comenta, na verdade, a caricatura de povo elaborada no hitlerismo e no fascismo. Outros intelectuais europeus dos anos 30 em diante estenderam sua visão sobre os problemas políticos europeus aos Estados Unidos da América, querendo ler e provar que a sociedade estadunidense era tão fascista quanto a europeia, como se pode ver em representantes da Escola de Frankfurt. Alguns europeus da primeira metade do século 20 eram resistentes a reconhecer as virtudes da obra dos *founding fathers*. Esse viés não é adotado pelos autores desta pesquisa.

Kelsen desconsiderava que, antes do surgimento do direito e do Estado, as relações sociais ocorrem no plano concreto da história e são moldadas por fatores como a moral, a cultura e a política. As normas jurídicas não criam essas relações, mas podem ser estudadas cientificamente em um contexto separado desses elementos históricos e sociais. Kelsen levou a metodologia neokantista ao extremo ao posicionar o dever-ser normativo como o único e verdadeiro objeto da pesquisa jurídica. Essa abordagem compromete gravemente o caráter científico de sua teoria, ao desconsiderar os aspectos históricos e sociais do direito em favor de uma abordagem puramente lógica e hierárquica das normas. (BIONDI, 2022, p. 568.) Nesse sentido, Kelsen não conseguiu capturar a complexidade do direito como um fenômeno social, cuja existência e eficácia dependem de fatores que vão além da mera formalidade normativa. A abstração excessiva do dever-ser, ao ignorar o ser histórico e cultural das normas, torna a teoria kelseniana limitada para entender o direito em sua plenitude.

Conforme observado por Pablo Biondi (2022, p. 567), o direito deve ser analisado não apenas no nível formal das normas promulgadas ou como um mero produto da vontade estatal, mas principalmente no nível material onde se formam as relações entre os sujeitos de direito. A interpretação das normas jurídicas requer um entendimento que transcenda o texto legislativo e que incorpore as realidades sociais que lhe dão sentido e relevância. Por exemplo, no direito civil, a relação entre credor e devedor não é simplesmente gerada por uma ordem coercitiva de cobrança de dívidas imposta pelo Estado. Em vez disso, o crédito é estabelecido materialmente no mercado, e a ordem normativa apenas o assegura e o garante, sem ser a criadora da relação contratual. Esse aspecto material do direito civil demonstra que as normas jurídicas operam em um ambiente já estruturado por práticas e expectativas sociais que precedem e informam a legislação.

A lei não cria o indivíduo portador de mercadorias e sua trajetória. Esse sujeito age com liberdade, igualdade e propriedade, e suas obrigações são fruto de um contexto social previamente constituído, não apenas de atos legislativos ou do poder monárquico. A visão de Kelsen, ao negligenciar essa dinâmica material e social, apresenta uma visão simplificada do funcionamento do direito, que desconsidera como as relações de poder, as normas culturais e os valores morais moldam a aplicação e a interpretação das leis. Em vez de ver o direito como um sistema fechado e autossuficiente, é necessário reconhecer que ele é, na verdade, um reflexo das condições sociais e econômicas em que está inserido, e que essas condições desempenham um papel crucial na determinação de sua eficácia e legitimidade.

Além disso, ao tratar o direito de maneira puramente formal, Kelsen ignora as formas como a prática jurídica é influenciada por fatores externos à norma, como as pressões políticas, as transformações culturais e as necessidades econômicas. Essas influências externas não apenas moldam as leis, mas também determinam como elas são aplicadas e interpretadas pelos tribunais. Portanto, uma compreensão completa do direito requer uma abordagem que considere tanto a estrutura normativa quanto os contextos sociais e históricos em que essa estrutura opera. A crítica de Biondi à teoria de Kelsen destaca a necessidade de uma visão mais abrangente e integrativa do direito, que reconheça a interdependência entre a norma jurídica e o mundo social que ela pretende regular.

5. Conclusão

Hans Kelsen é assertivo em descrever a norma em seus elementos técnico-formais, mas sua contribuição está circunscrita por esse limite. Ele falha em responder aos desafios contemporâneos da ciência jurídica, pois tenta dissociar o direito do processo vivido, que envolve pessoas com interesses, práticas políticas e produção de valores, incluindo valores morais. Esses fatores estão

integrados ao funcionamento dos órgãos jurídicos que tomam decisões com base na interpretação da lei. A norma fundamental tem tanta existência quanto conceitos iluministas e puramente especulativos como “estado de natureza”, por exemplo, afirmando antes de história natural de Darwin e a história como ciência social em Marx. Embora Kelsen tenha buscado uma ciência do direito que fosse pura e livre de contaminações políticas ou morais, essa abordagem acaba por ignorar que o direito é, em última análise, uma construção humana, profundamente influenciada pelos contextos histórico, social e político em que se insere. A ideia de uma norma fundamental, isolada de tais influências, pode ser vista como uma abstração excessiva que falha em capturar a complexidade do processo jurídico real.

Para estudar a criação, os autores humanos e os fundamentos de uma norma ou lei, não há outro caminho senão a árdua e minuciosa pesquisa histórica. Não é suficiente, nem sequer plausível, afirmar a existência de uma norma fundamental. Se admitimos a teoria da compreensão ampla dos pressupostos como elemento hermenêutico de compreensão, integração e interpretação, exemplificadamente pode-se afirmar que a “norma de base” de uma constituição reside na história de sua formação e no processo constituinte originário; a “norma de base” de uma lei está na tessitura da sociedade que produz a lei e nos documentos do próprio processo legislativo. Portanto, compreender o direito requer uma análise que vá além da norma em si, envolvendo uma investigação interdisciplinar que englobe aspectos históricos, sociológicos e políticos. A compreensão de uma norma não pode ser desvinculada das condições materiais e sociais que possibilitaram sua criação e aplicação. Kelsen, ao isolar a norma de seu contexto, ignora que a interpretação jurídica é, em sua essência, uma prática que envolve diálogo com as realidades sociais e políticas.

Na verdade, não há uma norma fundamental; há história, análise sociológica, política, antropológica, etc. Jamais se compreenderá o sentido de uma norma fazendo a serpente morder a própria cauda. A interpretação jurídica é humanística e seus assuntos estão permeados por lógicas trans e interdisciplinares em diálogo com as ciências sociais. Resta impossível estabelecer como válido o axioma da neutralidade do pesquisador e sua abordagem. As normas jurídicas, ao serem aplicadas e interpretadas, são constantemente moldadas pelos valores e práticas da sociedade, tornando a neutralidade pura uma impossibilidade prática. A interpretação das leis é, portanto, uma atividade que exige sensibilidade às circunstâncias históricas e sociais, e que reconhece a influência inevitável dos valores humanos. O direito, como um fenômeno social, é inerentemente plural e dinâmico, desafiando a ideia de uma norma jurídica fixa e imutável, como propunha Kelsen.

É essencial reconhecer que a obra de Hans Kelsen, embora fundamental para a teoria jurídica, apresenta limitações significativas no que diz respeito à relação entre direito, justiça, moralidade e política. Kelsen tende a abstrair a justiça em sua forma pura, desconsiderando as dimensões morais e

políticas que permeiam a sociedade e que são essenciais para a vivência da democracia. Sua concepção do controle de constitucionalidade não promove um sistema democrático inclusivo, mas, ao invés disso, justifica a criação de uma juristocracia. Sob a perspectiva kelseniana, o tribunal constitucional pode exercer um poder quase absoluto, desvinculado do respaldo popular e da democracia representativa, operando quase como um supertribunal. Essa concentração de poder nas mãos de uma elite jurídica, por mais bem-intencionada que seja, corre o risco de alienar o sistema de justiça das realidades e necessidades do povo, criando uma desconexão perigosa entre a lei e a vida social.

É crucial destacar que, embora Kelsen não possa ser caracterizado como fascista, ditador ou defensor da democracia liberal tradicional, sua *Teoria Pura do Direito* reflete uma visão europeia que valoriza um sistema jurídico autônomo e técnico, muitas vezes desconsiderando as complexidades da prática democrática e a interação com os valores sociais e políticos vigentes. Assim, a teoria kelseniana, apesar de suas contribuições indiscutíveis, deve ser entendida como uma abordagem que prioriza a pureza jurídica em detrimento da interconexão com as realidades sociopolíticas e democráticas. A obra de Kelsen, ao mesmo tempo em que oferece uma base sólida para o entendimento técnico do direito, requer uma reavaliação crítica quando aplicada em contextos onde a interação entre direito, moralidade e política não pode ser ignorada. Portanto, enquanto a teoria de Kelsen continua a ser uma referência crucial, é imperativo complementá-la com perspectivas que reconheçam a complexidade e a interdependência entre o direito e as demais esferas da vida social.

6. Referências

- BIONDI, Pablo. Kelsen e a metafísica: uma crítica imanente da teoria pura do direito. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 02, p. 555-577, 2022.
- CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 16^a. ed. Salvador: Juspodium, 2022.
- KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Também se consultou, esta edição, KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- LIMA, Newton de Oliveira. *O estado de direito em Kant e Kelsen*. 2^o ed. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2019.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 44^a. ed. Salvador/São Paulo: Juspodium/Malheiros Editores, 2022.
- LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*. 1a. ed. São Paulo: Cortez, 1987.