

CORRENTE POSITIVISTA JURÍDICA DE HANS Kelsen

Positive Legal Current of Hans Kelsen

Corriente Jurídica Positiva de Hans Kelsen

*Flávio Franklin Ferreira de Almeida*¹, *Hyarley Alexandre Martins*² e *Cassiano Santos*³

RESUMO: Este artigo busca abordar as definições e, distinções e as influências históricas do positivismo jurídico no campo teórico. Seria possível afirmar que o positivismo jurídico possui características específicas para afirmar-se como Teoria Pura do Direito. Em caso positivo caracteriza utilizando a pesquisa bibliográfica como método de pesquisa, se propõe analisar com clareza o tema, onde em um primeiro momento são abordados questões históricas acerca do positivismo jurídico que ganharam tamanha importância para atender o percurso progressivo de suas bases teóricas. Assim buscando alcançar tais objetivos. É utilizada a classificação de Dimitri Dimoulis sobre o positivismo jurídico, Dogmática Jurídica e Teoria do Direito.

Palavras chave: Positivismo jurídico *Stricto Sensu*, *Lato Sensu*, Teoria pura do Direito.

ABSTRACT: This article seeks to address how definitions and distinctions and historical influences of legal positivism in the field in the theoretical field. It could be indicated that legal positivism has specific resources to declare as Pure Theory of Law. If yes, using bibliographic research as a research method, analyze yourself with clarity or theme, where in the first moment will be discussed historical questions about legal positivism that will gain tomorrow the importance of meeting or following the progressive progress of its theoretical bases. Thus, seeking to achieve these goals. It is used to classify Dimitri Dimoulis on legal positivism, legal dogmatics, and the theory of law. .

Keywords: Legal positivism *Stricto Sensu*, *Lato Sensu*, pure theory of Law.

RESUMEN: Este artículo busca abordar las definiciones y distinciones e influencias históricas del positivismo jurídico en el campo teórico. Cabría decir que el positivismo jurídico tiene características específicas para afirmarse como Teoría Pura del Derecho. De ser así, se caracteriza utilizar la investigación bibliográfica como método de investigación, se propone analizar el tema con claridad, donde, en un primer momento, se abordan cuestiones históricas sobre el positivismo jurídico que tanta importancia ha cobrado para conocer el camino progresista de sus bases teóricas. Buscando así lograr estos objetivos. Se utiliza la clasificación de Dimitri Dimoulis sobre positivismo jurídico, **Palabra clave:** Dogmática Jurídica y Teoría del Derecho.

INTRODUÇÃO

O referido trabalho das teorias do juspositivismo Hans Kelsen dentro da escola filosófica do direito denominada Positivismo Jurídico ajuda a compreender as principais influências e pretensões teóricas desse jurista, e esse é o principal objetivo do presente estudo. O positivismo constitui-se numa forma de pensamento surgida no século XIX, por ocasião do grande desenvolvimento verificado nas ciências naturais, nas quais o método experimental era concebido como caminho necessário à busca da verdade científica, trazendo como consequência a negação da metafísica, com a perda de credibilidade de cientificidade da abstração e da especulação.

O Positivismo objetivou transferir o método para âmbito das ciências sociais. Hans Kelsen (1881-1973), cuja teoria normativista, construída notadamente em sua obra *Teoria pura do Direito*, reduz a expressão do Direito à norma jurídica. Através de tal teoria, Kelsen pretendeu purificar o Direito, libertando-o de especulações filosóficas e sociológicas. O objetivo do artigo é analisar o pensamento de um dos três principais autores da corrente positivista. Para a construção do referido artigo foi utilizado o método dedutivo. Busca abordar as definições e distinções e as influências históricas do Positivismo Jurídico no campo teórico. Autor citado: Hans Kelsen, Utilizando pesquisas bibliográficas. Iremos citar a sua teoria *Pura do Direito* (DUTRA, 2020).

Nessa obra, Kelsen busca desenvolver uma teoria científica do direito, definindo a ciência jurídica como campo de estudo cujo objeto são as normas jurídicas positivas. O autor sustenta a necessidade de renunciar ao até então enraizado costume de defender ideais políticos, de caráter subjetivo, em nome de uma ciência do direito supostamente objetiva.

Ora, uma norma jurídica só é em um sistema jurídico, vale dizer, quando derivada formalmente de outra norma jurídica que lhe seja superior de acordo com a hierarquia estabelecida pelo próprio sistema. Mas, então, qual o fundamento de validade do sistema? A pergunta assume grande relevância quando, com base no raciocínio inicial de Kelsen, nota-se que a fundamentação de uma norma em outra norma levaria a um regresso ao infinito, sendo sempre necessário recorrer-se a uma outra norma para fundamentar a norma hierarquicamente inferior (GRUBBA, 2021).

Destarte, afirma Kelsen que, inobstante o estudo científico do Direito não se pautar por valores, todo Direito é moral, é dizer, carrega no conteúdo de suas normas valores morais. Contudo, pela diversidade e contraditoriedade dos valores consagrados pelos diversos ordenamentos jurídicos, um estudo científico do Direito só se pode fazer por sobre seu aspecto formal, único capaz de fornecer conclusões teóricas certas e de se prestar a objeto de estudo científico, dado o caráter

necessariamente universal e atemporal de toda ciência. Daí afirmar-se que Kelsen fez uma Teoria Pura do Direito.

Direito e que se corporifica no conceito de validade, definido por Kelsen como a norma jurídica, constatação que nos leva a uma compreensão sistemática do Assim, tem-se que o fundamento de validade de uma norma jurídica é outra pertinência de uma norma a um ordenamento jurídico, isto é, a um sistema de normas formalmente inter-relacionadas. Kelsen aduz então a existência de uma norma fundamental, norma esta situada acima do sistema jurídico e que prescreve a atribuição de validade a esse mesmo ordenamento. Trata-se de uma norma pressuposta, um verdadeiro a priori do raciocínio jurídico, eivada de caráter lógico-formal e responsável pelo fechamento da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (KARL,2021).

A coerência da pureza metodológica propugnada por Kelsen radica-se justamente no enclausuramento sistemático proporcionado pela norma fundamental, eis que, em um regresso ao infinito, ausente tal pressuposto de validade, inevitável seria recorrer a categorias sociológicas como o poder, ou metafísicas como o direito natural de molde a explicitar o fundamento de validade do sistema jurídico.

Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem (KELSEN, 2009).

Muitas vezes o direito foi responsável por sacrificar um de seus grandes objetivos – a justiça – em nome da segurança jurídica. Mas isso teve uma explicação. Na transição da idade média para a moderna, de meados do século XVIII ao início do século XIX, a sociedade reclamava limites ao poder concentrado e ilimitado do soberano. Buscavam-se barreiras aos arbítrios dos reis absolutistas.

Os movimentos constitucionais modernos, cuja origem remonta às criações da Constituição francesa de 1791 e da Constituição dos Estados Unidos de 1787, trouxeram consigo também um mito no sistema jurídico: a lei. Esse instrumento conformador da liberdade dos cidadãos passa a ser considerado o único a legitimar a limitação dos seus direitos (JUNQUEIRA,2021).

Somente a lei válida poderia impor obrigações aos cidadãos. A lei e o primado da soberania popular ganham tamanha importância que são alçados a um patamar. O projeto de Ciência Jurídica de Hans Kelsen sofre nítidas influências do ambiente epistemológico inserto no período entre guerras do século XX. Um ponto relevante de contato entre o ideário neopositivista e a Teoria Pura do Direito

de Kelsen está na questão do verificacionismo lógico. Dentro desta ótica, o critério de verificação da falsidade ou verdade de proposições, defendido por Carnap e Schlick como elemento central do discurso científico, é também utilizado por Kelsen para sustentar a atividade específica de sua Ciência do Direito. Essa nítida influência do Círculo de Viena no pensamento kelseniano, contudo, não eliminou alguns paradoxos relevantes, notadamente quanto à questão da fundamentação racional de valores e a validade da Norma Fundamental.

Nesse sentido, Hans Kelsen estabelece como princípio metodológico conhecer o Direito apenas a partir do Direito, excluindo desse campo tudo aquilo que não pertença ao seu objeto (norma), tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Propõe uma ideia de ciência jurídica a partir do reconhecimento de sua autonomia. Logo, seu projeto de uma Teoria Pura do Direito se justifica como uma proposta de epistemologia jurídica, pela qual a preocupação se voltaria para a ciência dos significados objetivos definidos em um texto, no qual se lê algo sobre a realidade, explicando-se o comportamento a ser adotado em face dela (GUERRA, 2001).

Importa dizer: assim como Augusto Comte delimitou sua filosofia à observância dos fatos, sem aporte à metafísica ou a idealismos teológicos ou políticos, Hans Kelsen vale-se do mesmo método para purificar a ciência jurídica de elementos metajurídicos ou não jurídicos (psicologia, moral, religião, economia, antropologia, sociologia, história e política). Apesar de o jurista ter olhos para a experiência advinda das demais áreas do conhecimento – como evidenciado em suas obras –, o seu domínio próprio é o da norma, a partir da busca de uma metodologia capaz de isolar o estudo do Direito do estudo das outras ciências sociais (REALE, 1984). Nas palavras de Kelsen (2006, “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: Tobias Barreto, “Da adoção do positivismo passou Tobias, mediante uma crítica sarcástica e algo rancorosa a essa doutrina, envolvendo, pelos seus laivos positivistas, até mesmo o spencerismo, por maior que fosse sua adesão nunca desmentida ao evolucionismo de Darwin e suas aplicações à sociedade e ao direito provenientes da Alemanha Haeckel, Jhering, Post, Niré. O evolucionismo em sua formulação filosófica alemã, foi, mesmo, o ponto de apoio de que se serviu em sua dupla crítica às duas doutrinas que dominaram as fases anteriores de sua evolução espiritual positivismo e ecletismo espiritualista (CUNHA, 2022).

Criticando a doutrina do Direito Natural Antigo e o jusnaturalismo dos modernos, escrevia Tobias⁴ : “Assim como o *ius naturale* dos romanos não teve outra melhor missão, senão a de ser um direito de escravos, da mesma forma o direito natural dos modernos nunca foi mais do que um direito dos oprimidos, um desabafo, um *pis-aller* dos precitos e mal aventurados.” Em outro momento de sua

obra, Tobias apresentava seu entendimento sobre o culturalismo jurídico, dizendo que "É preciso bater cem vezes e cem vezes repetir: o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. Serpes nisi comederit non fit draco, a serpente que não devora a serpente não se faz dragão; a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força.

Se se perguntasse a Kelsen o que é Direito, ele responderia: Direito é norma jurídica e não é nada mais do que norma, Kelsen, com todo o seu rigor metodológico, supera essa visão propondo o positivismo-normativista. A exemplificação máxima desse panorama pode ser vista na passagem do prefácio à primeira edição (1934) de sua Teoria Pura do Direito na qual o jusfilósofo tcheco define bem seus objetivos: "Há. específica de seu objeto. Logo, desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que aberta ou veladamente se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao estudo do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão" (KELSEN, 2006, p. XI).

Em sua busca pela dimensão normativa do direito, Kelsen se aprofunda mais do que os teóricos anteriores. Na sua visão, nenhum tipo de teoria tradicional nem o positivismo jurídico baseado em fatos, em suas muitas versões (realismos, teorias do interesse e outras), nem o jusnaturalismo é defensável.

O primeiro tipo de teoria tradicional elimina a normatividade como um todo, substituindo-a pelo fato. Já o segundo tipo confunde a normatividade do direito com a normatividade da filosofia moral". Em A Teoria Pura do Direito, Kelsen propõe uma análise estrutural de seu objeto, formado por uma série de ordenamentos subordinados a uma hierarquia de graus sucessivos de extensão e eficácia decrescentes (normas que emanam umas das outras) ou escalonamento, desde o ordenamento internacional até o Estado. Para tanto, Kelsen colocou como último fundamento de regresso ad infinitum uma norma hipotética fundamental fundamento último de validade. Caso contrário, inexistente a norma fundamental (um subterfúgio lógico-argumentativo; um argumento transcendental), admitir-se-iam pressupostos metafísicos para a fundamentação da ordem jurídica.

A busca de Kelsen por uma doutrina da normatividade faz com que ele pense, inclusive, o conceito de soberania apoiado em um sentido jurídico, isto é, conectado a um sistema ou ordenamento jurídico, desse modo como uma exigência lógica em sentido transcendental, tendo por base uma norma fundamental pressuposta (GIACOIA JUNQUEIRA, 2021).

Kelsen não propõe que os conteúdos das normas jurídicas sejam deduzidos de axiomas normativos racionais, como faziam os jusracionalistas (matematizantes ou geometrizarantes) do séc. XVIII. Tudo o que diz é que não cuidando agora do seu conteúdo a validade de uma norma jurídica depende sempre de uma norma superior, que estabelece a competência e o processo para editar as normas inferiores. Empiricamente, esta norma é a Constituição. Mas como a Constituição também é uma norma, cuja validade tem que ser fundada noutra norma fundamental (Grundnorm), que determina o poder e processo constituintes pressupostos pela constituição efetivamente existentes (BARRETO, 2013).

Para explicar isso, Hans Kelsen se vale de construções lógico-formais a fim de libertar o Direito dos aspectos jusnaturalistas. Segundo Kelsen o homem primeiro compreendeu o mundo da natureza (o “ser”) como um mundo normativo (o “dever-ser”).

A ordem da natureza (jusnaturalismo cosmológico e teológico) revelava regras que deveriam ser respeitadas (o justo é o que vem da natureza). Mais tarde, na modernidade, quando o fenômeno da codificação surge (jusnaturalismo racionalista), não há mais que se pensar em verdades metafísicas derivadas das leis de um Deus, mas tão somente naquilo que se optou por definir como algo que deve ser (o justo é o que está na norma). Desse modo, o isolamento do método jurídico da categoria do ser seria a chave para alcançar a neutralidade objetiva da ciência jurídica. Nessa linha, o positivismo aparta o Direito da Moral (juízos de valor) argumento conhecido como princípio de separação a fim de encontrar respaldo na realidade empírica (juízos de fato). Não se reconhece (MORAIS, 2021).

Desse modo, a tarefa do intérprete do sistema normativo seria a de determinar o sentido das normas jurídicas, para então serem observadas, muito embora essa determinação nunca viesse a ser completa. Nesse processo, seria proibido se valer de critérios metajurídicos (moral, ética, justiça, etc.). Esse rigor científico incomparável de Hans Kelsen definiria um novo paradigma para o sistema normativo no século XX. Por essas razões é que sua postura científica se enraizará em todos os Estados com Direito codificado, como no Brasil. Não sem razão, Miguel Reale, em discurso proferido em 1981, já dizia que “o rigor e o travamento interno de seu raciocínio são de tal ordem que, quando aceitamos os seus pressupostos, somos fadados a acompanhá-lo, *pari passu*, até mesmo nas vacilações do seu pensamento”.

Porém, a delimitação epistemológica do Direito, reservando ao jurista apenas o estudo da dimensão normativa, fez de Kelsen vítima de incontáveis acusações e rotulações ; foi considerado um autor reducionista , exatamente por negar à ciência do Direito qualquer possibilidade de investigação sobre as dimensões históricas e axiológicas do fenômeno jurídico. sobre sua obra foi atribuir-lhe (indevidamente) a pecha de intérprete da “letra fria da lei” ou de um pensador “reducionista”. Do pequeno panorama que se apresentou de Hans Kelsen, verifica-se que o positivismo-normativista

nunca postulou que as leis resolveriam todos os problemas de forma mecânica, tornando o juiz uma espécie de máquina de subsunção, guiado pela certeza normativa, Tanto é inapropriada essa visão que o próprio Kelsen conclui que “a interpretação feita pelo aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicável é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”. A única abordagem positivista pela qual poderia ser dito que se admite a aplicação mecânica da lei é a doutrina civilista francesa da primeira metade do século XIX da Escola da Exegese tema já explorado nas linhas anteriores, que subsidiou a construção do pensamento jurídico positivista-exegético. “Esse foi um período em que se entendeu ingenuamente a positivação como uma relação causal entre a vontade do legislador e o Direito(DUTRA,2020).

O julgamento do caso sobre inspeção de tinturarias,¹³¹ no qual o Tribunal Constitucional Federal teve que decidir se o direito de visita e inspeção comercial, com o intuito de controle econômico, violava o art. 13 da Constituição alemã, demonstra as dificuldades com as quais o modelo puro de regras pode se defrontar nos casos de direitos fundamentais com reserva qualificada e como elas podem ser evitadas por meio da aceitação do caráter principiológico dos direitos fundamentais.

O tribunal escolheu uma construção que corresponde à subsunção a normas com a estrutura de regras. Em um primeiro momento o tribunal inclui os cômodos de uma tinturaria no conceito de domicílio, o que, como o próprio tribunal reconhece, "não decorre de forma inequívoca" do texto do art. 13, § 12, da Constituição alemã. ¹³² A expansão da garantia do suporte fático para além do texto constitucional conduz a dificuldades no plano das restrições. O objetivo "controle econômico" não se encontra entre os motivos que o próprio art. 13, § 32 , define como justificadores de restrições à inviolabilidade do domicílio. Com intuito de ainda assim chegar a uma decisão pela admissibilidade da visita e da seção comercial, o tribunal conclui que, quando a visita e a inspeção são permitidas, elas perdem o caráter de "intervenções e restrições". É possível perceber que o próprio tribunal tem certas dúvidas acerca dessa construção, que contradiz os conceitos básicos da dogmática dos direitos fundamentais - uma intervenção é sempre uma intervenção, não interessa o quão bem fundamentada ela seja-, quando ele a caracteriza como uma "perspectiva" (ARANHA, 2018).

Não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, com um operador técnico dos textos legais. Estão aí as razões para se relacionar a vulgata que se faz da teoria formulada de Kelsen com o processo de degenerescência (e não mais de crise, na medida em que a crise é necessariamente positiva e superável) da educação jurídica. Dessas premissas, verifica-se que o positivismo-normativista kelseniano foi erroneamente compreendido, motivo pelo qual até hoje se estereotipam pessoas, pejorativamente, de ter uma “visão kelseniana”. Falar, portanto, que Hans Kelsen deu ensejo

a um pensamento unidimensional do Direito é incabível. Essa pecha pode ser atribuída exclusivamente aos positivistas radicais, “que cultuam o Direito apenas como forma e nada mais dissociando-o da realidade social e humana. Do ponto de vista metodológico, a vinculação do Direito à noção de ciência normativa e a uma perspectiva uni disciplinar a par das críticas que Hans Kelsen recebeu conduziu a um tipo de equívoco que encontrou eco na educação jurídica. De modo geral, a habitualidade da reprodução literal e acrítica do discurso kelseniano gerou uma série móvel de conceitos separados das teorias que os produziram. (MANENTI, 2018)

Isso, sem dúvida, incutiu nos “juristas” a desnecessidade de se valer do conhecimento de outros eixos do saber; permitiu-se que os juristas se demitissem da obrigação de conhecer todas as demais dimensões do Direito, sob o artifício de que o verdadeiro conhecimento jurídico-científico se restringe ao conhecimento da norma. Seguramente, o foco no estudo do (e tão somente do) Direito Positivo levará à caracterização de uma abordagem positivista e, conseqüentemente, a uma educação jurídica não reflexiva. Por outro lado, se se pensar como Hans Kelsen e não como seus leitores que se valem de resumos ou referências indiretas às suas supostas teses ver-se-á um teórico com um incomensurável senso de complementaridade. Isso equivale a dizer, a partir de nossa leitura, que foi o positivismo kelseniano que abriu os espaços para a introdução de uma metodologia inter e transdisciplinar envolvendo o Direito.

Com o positivismo jurídico em defesa da democracia: considerações sobre o *reductio ad Hitlerum* Linhas atrás, mencionou-se a afirmação de Kelsen de que o Direito pode ter qualquer conteúdo (KELSEN, 2006).

A partir de tal afirmação, somados os horrores dos acontecimentos bélicos do século XX, principalmente após 1945, a humanidade precisou encontrar o seu culpado – mesmo que a barbárie tenha o seu próprio rosto e o encontrou no positivismo jurídico e em Kelsen. Ainda que seja óbvio que ‘poder ter’ não significa ‘dever ter’, a consequência lógica dessa proposição, para qualquer um verdadeiramente juspositivista, é que juízos como ‘O ordenamento sócio-normativo nazista é direito’ ou o ‘direito soviético era tão jurídico como o norte-americano’ são não apenas perfeitamente válidas, mas também necessárias”. Note-se o destaque de Andityas Costa Matos para o argumento de que o direito “pode ter” qualquer conteúdo, ao qual podemos acrescentar que isso não significa necessariamente que deva ter um conteúdo opressor, desumano ou “impuro”. Ainda, o argumento de Kelsen se apresenta de acordo com sua proposta de teoria do direito, uma vez que esta última nega a influência das ideologias, de qualquer espécie de metafísica e, também, das concepções políticas, pois a ciência do direito deve ser capaz de descrever.

O estudo do positivismo jurídico de Hans Kelsen revela a grandiosa contribuição prestada por esse pensador para a estruturação de um estudo científico do fenômeno jurídico. Tal asserção é

corroborada pela permanência de inúmeras categorias e noções por ele introduzidas em sua análise do Direito, com especial relevo para a observação escalonada e hierárquica do ordenamento jurídico e para o tratamento dispensado aos conceitos de validade e eficácia.

Não obstante, o formalismo e o fechamento sistemático da Teoria Pura do Direito, tão criticados pelas teorias jurídicas mais recentes, também assumem notória importância em uma compreensão dialética do jurídico. As reflexões posteriores não teriam sido possíveis sem o substrato teórico fornecido pelo jusfilósofo austríaco. A tese da interpretação autêntica, com a formulação da “moldura da norma”, foi o espaço sobre o qual se movimentaram e se embrenham até hoje as teorias pós-positivistas. Tanto a nova hermenêutica constitucional, quanto as teorias da argumentação jurídica, outra coisa não visam senão conferir maior racionalidade e fundamentação ao processo de escolha da norma individual, o qual não pode mais ser negligenciado por uma ciência do Direito em uma era dos princípios (MANENTI,2018)

Com efeito, como dito anteriormente, a viragem teórica proposta pelas Teorias Neoconstitucionalistas do Direito não implicou em uma renúncia total ao estado de coisas no qual se encontrava a compreensão do fenômeno jurídico sob os cuidados do Positivismo Jurídico; ao contrário, especificamente o ideário de vinculação dos atores do Direito a um ordenamento sistemático e unitário manteve-se hígido diante das críticas que atingiram, de uma forma geral, o conjunto de elementos teóricos juspositivistas. Dessa forma, ainda que, sob enfoque Neoconstitucionalista, a racionalidade de uma decisão judicial, em primeira medida, deve ser aferida pelo seu grau de vinculação ao ordenamento jurídico (LOPES,2018).

É importante frisar que a decisão judicial se beneficia da presumida racionalidade do sistema jurídico e, sobretudo, da contida em seu elemento central: a Constituição, contudo, não raras vezes, especialmente quando o intérprete do Direito se vê diante de casos não-paradigmáticos, é possível que exsurjam do ordenamento várias hipóteses de soluções distintas e igualmente embasadas no sistema jurídico aplicáveis, em tese, a um mesmo caso. Assim, a demonstração da racionalidade da decisão deixa simplesmente de estar centrada na sua vinculação à ordem jurídica posta e passa a residir na justificação das opções realizadas pelo julgador, ante as várias opções de solução que lhe foram oferecidas pelo ordenamento.

A compreensão da atividade de interpretação nas Teorias Neoconstitucionalistas do Direito foi a potencialidade de verificação de antinomias entre princípios no interior do ordenamento constitucional. Como já afirmado no desenvolvimento do presente trabalho, é inerente à estrutura normativa dos princípios a possibilidade de que, no interior do mesmo ordenamento jurídico, existam conflitos imanentes em valores contidos em normas principiológicas distintas; contudo, a realização

de cada um desses valores, ainda que contraditórios, deve-se verificar na maior medida possível. Como as teorias juspositivistas lidavam apenas com antinomias entre regras, os métodos tradicionais para solução de contradições entre normas jurídicas eram suficientes para a garantia do funcionamento e da própria lógica interna do ordenamento (ARANHA, 2018).

Todavia, em um cenário em que se insere a necessidade de harmonização entre valores contraditórios, surge a utilização de um novo instrumental idôneo a se coadunar com esta nova percepção do fenômeno jurídico. Tal instrumental é denominado de ponderação. Assim, como já afirmado, a ideia de ponderação surge como uma técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o conceito de validade na obra de Hans Kelsen, é importante frisar que o mesmo foi utilizado em outros sentidos, ou seja, dizer que a norma é válida significa dizer que ela vincula. Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo, significa que ela é vinculativa, ou seja, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma.

Toda essa discussão tem sua base no ideal de segurança, perseguido pelo Estado Moderno que foi moldado com base na insegurança das relações sociais sentida a partir da reforma, quando num mesmo espaço geográfico, passaram a conviver indivíduos com diferentes visões de mundo.

É notório que a Teoria de Direito de Kelsen se refere a um funcionamento ideal e normal do sistema jurídico, visto que é aplicável a todo e qualquer governo, independentemente de fatores religiosos, sócias, partidários, políticos ou filosóficos. Sua teoria política, por outro lado, e em particular sua teoria da democracia, emergem em um momento de crise e convulsões na forma política, pois Hans Kelsen desenvolveu sua posição teórica enfrentando não somente o direito natural, como também seus contemporâneos e antecessores do positivismo jurídico, como foi o caso do tão influente Georg Jellinek.

É importante também destacar o positivismo jurídico inclusivista, corrente à qual esta tese se vincula, permite a flexibilização da ideia de separação entre direito e moral, autorizando uma relação contingente. Diante disso, passa-se a tratar do inclusivismo de Neil MacCormick, segundo o qual a relação entre direito e moral se dá por meio da ideia de moralidade institucional, contudo, defende-se que esse conceito precisa de adequação ao ser pensado ao contexto geral.

Para finalizar, podemos perceber que determinar corretamente a relação entre validade e eficácia, é importante visto que para uma Teoria Pura do Direito, faz-se pertinente apesar de se

mostrar um dos temas mais difíceis de ser resolvido. Sendo assim, elaborar uma teoria jurídica positivista deve-se se atentar em encontrar um possível equilíbrio adequado entre a relação destes dois institutos, uma vez que os extremos são insustentáveis e difíceis de sua plena equidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Melanie Merlin de. Positivismo jurídico inclusivo e moralidade institucional: uma reflexão sobre o contexto brasileiro. 2021.

ARANHA, Flora Augusta Varela. A RELAÇÃO ENTRE THOMAS HOBBS E HANS KELSEN NA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SANÇÃO. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, v. 4, n. 1, p. 77-96, 2018.

BARRETO. T. **A Crítica Moderada ao Positivismo**. *Revista Caderno de Relações*, Vol. 4, jul-dez. 2013.

BEGHETTO, João Luiz Martinechen; CORREA, Celio Roberto. O Positivismo Jurídico de Hans Kelsen. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v. 21, n. 41, p. 104-121. 2021.

CUNHA, Diogo. Os Fundamentos Jurídicos e Filosóficos do Autoritarismo Realeano: Experiência, Cultura e Decisionismo. *Dados*, v. 65, 2022.

DUTRA, Delamar José Volpato. Habermas e o positivismo jurídico. **DoisPontos**, v. 17, n. 2, 2020.

DE MOURA, Bibiana Knorr; BEDIN, Gilmar Antonio. O POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN. **Salão do Conhecimento**, v. 6, n. 6, 2020.

FONSECA, Yuri Ikeda. O Formalismo no Direito e a Ética dos Valores: Teoria dos Valores em Hans Kelsen e Max Scheler. 2018.

GRUBBA, Leilane Serratine; MARQUES SILVEIRA, Alexandre. TEORIA PURA DO DIREITO E POSITIVISMO JURÍDICO: A INFLUÊNCIA DO NORMATIVISMO EM HANS KELSEN E SEUS IMPACTOS. **Revista Jurídica Cesumar: Mestrado**, v. 21, n. 2, 2021.

KARL, Júlia Scholz et al. O constitucionalismo alemão oitocentista nos arcabouços teóricos de Hans Kelsen e de Carl Schmitt: nuances e delineamentos da jurisdição constitucional entre as elaborações do positivismo e do decisionismo (1911-1950). 2021.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; LOBO, Júlio César Matias; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. O positivismo jurídico foi superado no neoconstitucionalismo?. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 10, n. 3, p. 348-361, 2018.

MANENTI, Rafael Borges. A fundamentação da separação conceitual entre direito e moral na teoria pura do direito de Hans Kelsen. 2018.

MORAIS, Liliana Soares et al. **A influência da escola histórica do direito no pensamento filosófico-jurídico de Tobias Barreto**. 2021. Tese de Doutorado.

MONTEIRO, Marli. A jurisprudência como recurso hermenêutico no contexto brasileiro contemporâneo. **Revista JurisFIB**, v. 9, n. 1, 2018.

JUNQUEIRA, Bruna Helena Pereira. **Pachukanis e Kelsen: uma breve análise sobre o papel estatal em seus sistemas jurídicos**. Editora Dialética, 2021.