

REVISITANDO A TEORIA DO ESCALONAMENTO: REFLEXÕES SOBRE AS LEITURAS EQUIVOCADAS DA ESTRUTURA PIRAMIDAL DE KELSEN

Marcel Silva Luz*

Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira**

Alexandre Macedo Pereira***

RESUMO

A teoria do escalonamento das normas jurídicas é um dos pilares da teoria pura do direito. O objetivo do artigo é discutir a representação iconográfica piramidal da ordem jurídica atribuída a Kelsen e a estrutura escalonada da ordem jurídica desenvolvida por Kelsen. Especificamente, objetiva-se: a) apresentar a estrutura escalonada da ordem jurídica desenvolvida por Kelsen; b) identificar as contradições entre a estrutura piramidal da ordem jurídica atribuída a Kelsen e a estrutura escalonada da ordem jurídica desenvolvida por Kelsen; c) demonstrar que a estrutura piramidal da ordem jurídica não corresponde à estrutura escalonada da ordem jurídica desenvolvida por Kelsen. Metodologicamente esta é uma pesquisa bibliográfica. A partir do exposto, infere-se que: 1) no que diz respeito à representação iconográfica em forma piramidal, usualmente utilizada no círculo acadêmico da área do Direito no Brasil, é necessário afirmar que Hans Kelsen não se utilizou de tal representação; 2) quanto ao(s)s efeito(s) da utilização da representação iconográfica em forma piramidal atribuída a Hans Kelsen, pode-se afirmar que esta compromete a compreensão do sentido da construção do processo interpretativo do Direito desenvolvido pelo próprio Hans Kelsen.

Palavras-chave: Teoria do Escalonamento; Pirâmide de Kelsen; Norma Jurídica; Norma Fundamental.

Data de submissão: 30/01/2025

Data de aprovação: 30/04/2025

* Possui graduação em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (2012), especialista em Direito Tributário pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (2015), mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pelo Prodema-UFPB (2022), doutorando em Ciências Sociais pelo PPGS-UFPB (2024).

** Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Mestra em Direito, linha de concentração em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Graduação em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

*** Professor da Universidade Federal da Paraíba (UFPB)/campus I/Departamento de Habilidades Pedagógicas/Centro de Educação. Pós-doutor em Linguística (PROLING/UFPB), Doutor na área de Educação pelo Programa de Pós-Graduação em Educação Ambiental (PPGEA/FURG), Mestre em Gestão de Recursos Naturais e Desenvolvimento Local na Amazônia (PPGEDA/UFPA), Psicopedagogo, Pedagogo (UNEB) e Bacharel em Direito.

REVISTING SCALING THEORY: REFLECTIONS ON THE MISTAKEN READINGS OF KELSEN'S PYRAMIDAL STRUCTURE

Marcel Silva Luz

Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira

Alexandre Macedo Pereira

ABSTRACT

The theory of scaling legal norms is one of the pillars of the pure theory of law. The objective of the article is to discuss the pyramidal iconographic representation of the legal order attributed to Kelsen and the staggered structure of the legal order developed by Kelsen. Specifically, the objective is to: a) present the staggered structure of the legal order developed by Kelsen; b) identify the contradictions between the pyramidal structure of the legal order attributed to Kelsen and the staggered structure of the legal order developed by Kelsen; c) demonstrate that the pyramidal structure of the legal order does not correspond to the staggered structure of the legal order developed by Kelsen. Methodologically, this is a bibliographical research. From the above, it is inferred that: 1) with regard to the iconographic representation in a pyramidal shape, usually used in academic circles in the area of Law in Brazil, it is necessary to state that Hans Kelsen did not use such representation; 2) regarding the effect(s) of using the iconographic representation in a pyramidal shape attributed to Hans Kelsen, it can be said that this distorts the understanding of the meaning of the construction of the interpretative process of Law developed by Hans Kelsen himself.

Keywords: Scheduling theory; Kelsen's Pyramid; Legal Standard; Standard Fundamental.

Date of submission: 30/01/2025

Date of approval: 30/04/2025

INTRODUÇÃO

Hans Kelsen (1881-1973) é indubitavelmente um teórico importante para o Direito no mundo ocidental. Sua vasta obra ainda causa muitos debates e polêmicas. É um teórico que desperta paixões. Há os que defendem suas ideias com intensidade e os que as combatem com a mesma veemência. Todavia, para além das paixões, a teoria de Kelsen continua influenciando o pensamento jurídico ocidental na atualidade.

Não obstante, é preciso reconhecer que algumas das ideias atribuídas a Hans Kelsen não correspondem ao seu pensamento. Pode-se afirmar que determinados conceitos e fundamentos teóricos do referido pensador estão sendo tratados de forma vulgar, ou seja, estão sendo interpretados de forma empobrecida. Um exemplo clássico desse tratamento inadequado do pensamento do jurista é o que se convencionou denominar ‘pirâmide de Kelsen’. Embora o referido pensador em toda a sua obra nunca tenha feito referência à pirâmide, é comum ler e ouvir referências à ‘pirâmide de Kelsen’. É importante registrar que o uso da representação iconográfica piramidal é uma distorção da teoria do escalonamento (Prazak; Soares; Silva, 2020; Silva, 2022).

Nesse cenário complexo e confuso, esta pesquisa tem como objeto de estudo a desconfiguração da Teoria do Escalonamento de Hans Kelsen produzida a partir da utilização da representação iconográfica piramidal, comumente utilizada no Brasil, assumindo como hipótese que a representação iconográfica piramidal atribuída a Hans Kelsen desconfigura a teoria do escalonamento e compromete a compreensão desta. Destaca-se que tal representação é equivocada, pois não encontra fundamento na própria teoria do eminentíssimo jurista (Prazak; Soares; Silva, 2020; Silva, 2022).

Isto posto, este artigo tem como objetivo discutir a representação iconográfica piramidal da ordem jurídica atribuída a Kelsen e a estrutura escalonada da ordem jurídica desenvolvida por Kelsen. Para empreender esta discussão, o trabalho tem como objetivos específicos: a) apresentar a estrutura escalonada da ordem jurídica desenvolvida por Kelsen; b) identificar as contradições entre a estrutura piramidal da ordem jurídica atribuída a Kelsen e a estrutura escalonada da ordem jurídica desenvolvida por Kelsen; c) demonstrar que a estrutura piramidal da ordem jurídica não corresponde à estrutura escalonada da ordem jurídica desenvolvida por Kelsen.

O fenômeno analisado nesta pesquisa é um fenômeno material concreto e de natureza teórica. Dada a natureza do fenômeno, esta é uma pesquisa básica. Segundo Paiva (2019, p. 11), a pesquisa básica “[...] tem como objetivo aumentar o conhecimento científico, [...]”.

Quanto à metodologia, é uma pesquisa essencialmente exploratória, que consiste em estudo inicial com o fito de aproximar o pesquisador do objeto investigado (Paiva, 2019). O caráter exploratório da pesquisa se dá em razão da necessidade de fomentar um debate aprofundado acerca do fenômeno em questão. Assim, entendemos que o caráter exploratório é importante para a realização desta pesquisa porque, na prática acadêmica do curso de Direito, a teoria do escalonamento de Kelsen é muito citada nas aulas, mas pouco explicada e analisada.

Segundo Gil (2008, p. 27), “[...] as pesquisas exploratórias têm como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, tendo em vista a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores”.

Ainda de acordo com o Gil (2008, p. 27):

Pesquisas exploratórias são desenvolvidas com o objetivo de proporcionar visão geral, de tipo aproximativo, acerca de determinado fato. Estetipodepesquisaérealizadoespecialmente quando o tema escolhido é pouco explorado e torna-se difícil sobre ele formular hipóteses precisas e operacionalizáveis.

A teoria do escalonamento de Kelsen é ainda pouca explorada no campo do Direito. Partindo dessa consideração, esta pesquisa pretendeu explorar o fenômeno com a intencionalidade de construir uma visão geral e, assim, fomentar o debate.

Quanto ao método, esta é uma pesquisa bibliográfica. A pesquisa bibliográfica é um tipo de pesquisa específica que trabalha com amplo conjunto de textos, livros, ensaios, jornais, artigos científicos etc. (Lakatos; Marconi, 2020) posto que “[...], a pesquisa bibliográfica não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, visto que propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, [...]” (Lakatos; Marconi, 2020, p. 200), ou seja, a pesquisa bibliográfica deverá produzir conhecimento novo, contribuindo para a consolidação da epistemologia no campo do conhecimento ora explorado.

Este trabalho foi realizado em três fases. Na primeira fase, elaboramos a proposta da pesquisa. Na segunda fase, estudamos a obra “Teoria Pura do Direito”, de Kelsen, com foco na teoria do escalonamento. Ainda na segunda etapa, estudamos obras que auxiliaram na compreensão e análise do fenômeno. Na terceira e última fase, redigimos o texto final deste trabalho.

A partir da pesquisa realizada, pode-se inferir que determinadas abordagens da teoria do escalonamento de Hans Kelsen distorcem-na. A interpretação distorcida da referida teoria tem produzido uma interpretação equivocada acerca da estrutura do ordenamento jurídico brasileiro.

1 O POSITIVISMO JURÍDICO NA PERSPECTIVA KELSENIANA E A CIÊNCIA DO DIREITO

Inicialmente é importante destacar que Hans Kelsen foi um intelectual conectado à episteme da ciência moderna e que passou a vida empreendendo esforços para delinear o caráter epistemológico do Direito (Bacqué, 2023). Em outras palavras, o grande desejo de Hans Kelsen foi elevar a jurisprudência ao nível de ciência, evidenciado no primeiro prefácio à sua obra “Teoria Pura do Direito”, quando esclarece os seus propósitos:

.Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente

da legalidade específica do 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 exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão (Kelsen, 2009, p. XI).

Nessa conjuntura, Kelsen definiu a Teoria Pura do Direito como: “[...] uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial” (Kelsen, 2009, p. 1), de modo que o direito positivo em Kelsen é o direito posto cujo objetivo é regular o comportamento humano, ou seja, as normas jurídicas são, sobremaneira, normas de conduta que impõem limites diretos ou indiretos na forma de agir das pessoas quando estas se relacionam. Foi exatamente a positividade do direito que o diferenciou de outras tantas normas que, igualmente a este, impõem algum tipo de limite à conduta humana, no que corrobora Merkl (2018, p. 189) ao afirmar que, “[...] com a positividade do direito manifesta-se sua independência frente a outros sistemas normativos, como a religião e a moral, razão ou a natureza”.

É digno de registro o fato de Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, admitir a existência da norma não posta ou positiva. Isso se dá quando a norma jurídica, além de assumir o sentido de ato de vontade, também pode ser considerada “[...] o conteúdo de um ato de pensamento” pois “[...] uma norma não tem de ser efetivamente posta [...]” (Kelsen, 2009, p. 10). Nesse sentido, a norma pode ser pressuposta.

Vale ressaltar que, ao se referir sobre a norma posta/positiva, Kelsen (2009, p. 10) não está fazendo referência exclusiva ao Direito escrito, pois, as normas resultantes dos costumes são normas postas, igualmente, pois, “[...] o fato do [sic] costume ser constituído por atos de conduta humana, também as normas produzidas pelo costume são estabelecidas por atos de conduta humana e, portanto, normas postas, isto é, normas positivas [...]. É exatamente a norma positiva que se constitui como objeto da ciência do direito, numa relação recíproca na qual a constituição do Direito, enquanto ciência, perpassa pela definição do objeto (Prazak; Soares; Silva, 2020).

Em síntese, para o referido pensador, o Direito é resultado de uma conduta humana, cuja finalidade é regular o comportamento das pessoas. A partir dessa compreensão do Direito, Kelsen (2009, p. 79) afirma que “[...] as normas jurídicas são o objeto da ciência jurídica” – o Direito.

Nas palavras de Kelsen (2009, p. 33):

Para alcançar uma definição do Direito, é aconselhável primeiramente partir do uso da linguagem, quer dizer, determinar o significado que tem a palavra Recht (Direito) na língua alemã e suas equivalências nas outras línguas (law, droit, diritto, etc.). É lícito verificar se os fenômenos sociais que com esta palavras são designados apresentam características comuns através das quais possam ser distinguidos de outros fenômenos semelhantes,

e se estas características são suficientemente significativas para servirem de elementos de um conceito do conhecimento científico sobre a sociedade. Desta indagação poderia perfeitamente resultar que, com a palavra Recht ("Direito") e as suas equivalentes de outras línguas, se designassem objetos tão diferentes que não pudessem ser abrangidos por qualquer conceito comum. Tal não se verifica, no entanto, com uso desta palavra e das suas equivalentes. Com efeito, quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e em diferentes épocas, são designados como "Direito", resulta logo que todos eles, se apresentam como ordens de conduta humana. 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 pertencente a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem (Grifo nosso).

Outro aspecto importante a ser ressaltado é a ideia de pureza aplicada à teoria do Direito. Para Kelsen (2020), o Direito enquanto ciência deve se ocupar do seu próprio objeto. Assim, o Direito é "ciência jurídica e não política do Direito" (Kelsen, 2009, p. 1). A pureza a que se refere diz respeito à definição do objeto de que o Direito deve se ocupar. Ela significa o afastamento de informações de outras áreas do conhecimento que não contribuem para a descrição das normas jurídicas (Sgarbi, 2019). Sobre a pureza do direito, assim se reporta Sgarbi (2019, p. 22):

[...], a 'pureza' da qual Kelsen se ocupa está relacionada à 'teoria', e não ao 'direito'. Porque o 'direito', entendido como conjunto de normas, é resultado da disputa política e da afirmação de valores. Mas o papel da teoria é outro; este, diverso da política. Enquanto a política trata da decisão sobre a utilidade de produzirem-se certas normas, ou a avaliação a respeito das condutas, cabe à teoria jurídica descrever as normas que foram produzidas em determinada ordem jurídica. 'Descrever' para se transmitir informações sobre o que elas, as normas, estabelecem como o comportamento devido em determinada situação.

Nesse sentido, a pureza refere-se à utilização de métodos e teorias que viabilizem a compreensão do fenômeno jurídico per si. Para Kelsen (2009), a pureza diz respeito à exclusão de tudo que não pertence ao objeto do direito, nas palavras de Kelsen (2009, p. 1): "[...] tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito", de modo que o princípio metodológico fundamental consiste em "[...] libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos" (Kelsen, 2009, p. 1). Neste sentido, o Direito enquanto ciência está obrigado a descrever

o Direito positivado no contexto de sua essência e compreendê-lo a partir da análise de suas estruturas.

2 A TEORIA DO ESCALONAMENTO DA ORDEM JURÍDICA E A VALIDADE DO DIREITO

A teoria do escalonamento da ordem jurídica não é uma construção original de Hans Kelsen. No início do desenvolvimento da sua teoria, Kelsen adotava a ideia de uma teoria plana do Direito (Sgarbi, 2019; Bacqué, 2023). Naquele momento da sua história, o referido pensador austríaco compreendia o Direito e a lei como sinônimos. Segundo Sgarbi (2019, p. 30), para Kelsen, “[...] a totalidade do direito era pensada, tão-somente, como um conjunto de normas legislativas”.

É relevante destacar que a ideia de escalonamento da ordem jurídica advém de seu aluno Adolf Julius Merkl (2018) (Helena; Santa Helena, 2020). O próprio Hans Kelsen admite, no prefácio do livro “Problemas Fundamentais do Direito Público”, que o criador da teoria do escalonamento do ordenamento jurídico é Merkl (2019), conforme exposto in verbis:

O mérito de ter concebido e exposto o ordenamento jurídico como um sistema genérico de normas de direito que segue concretizando-se gradualmente desde a Constituição, passando pela lei e o decreto e demais fases intermediárias, até os atos jurídicos de execução, deve-se a Adolf Merkl (Kelsen apud Sgarbi, 2019, p. 30).

No texto “Prolegômenos para uma Teoria da Construção Escalonada do Direito”, publicado em 1931, Merkl (2018) assume ser o autor da teoria do escalonamento, conforme se expõe a seguir: “Porém, pode-se a esse respeito referir que o problema arrolado por Voegelin já havia sido apresentado em minha ‘Lehre von der Rechtskraft’ [Teoria da imodificabilidade jurídica] (1923) e lá foi solucionado como uma consequência de minha teoria da construção escalonada [...]” (Merkl, 2018, p. 289-290).

A partir do exposto acima, pode-se afirmar que o encontro de Kelsen (2009) com a teoria do escalonamento do ordenamento jurídico, desenvolvida por Merkl (2018), o influenciou a tal ponto que abandonou a teoria plana do direito. Cabe ressaltar que na teoria plana do direito as leis estão lado a lado (horizontalizadas), no mesmo nível, ou seja, as leis não estão submetidas à hierarquia (Helena; Santa Helena, 2020).

Ao assumir a teoria do escalonamento da ordem jurídica, Kelsen projeta a estrutura do direito em degraus, ou seja, passou a trabalhar com a ideia de leis e normas superiores-fundantes e leis e normas inferiores-fundadas (Sgarbi, 2019), de maneira que a norma ‘superior-fundante’ é a que regula a criação da norma ‘inferior-fundada’. Por sua vez, considera-se norma ‘inferior-fundada’ a que foi regulada em sua criação por uma norma superior-fundante (Prazak; Soares; Silva, 2020; Silva, 2022).

Nos termos de Kelsen (1998, p. 181),

[...] a ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis e formas.

Por conseguinte, as normas jurídicas ocupam uma posição no ordenamento jurídico consoante o grau de imperatividade/normatividade de cada uma, ou seja, “[...] a ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (Kelsen, 2009, p. 247). Nesse sistema, a Constituição exerce a supremacia, além de regular a produção das normas e determinar o seu conteúdo. Neste sentido, Sgarbi (2019, p. 120) aduz que a supremacia da Constituição está assentada em três pilares: “1- na hierarquia das normas; 2- na regulação dos conteúdos; e 3- na rigidez da Constituição”.

Nessa perspectiva, a relação de hierarquia entre as leis, outrossim, entre leis e normas¹ no sistema de escalonamento está relacionada à validade das referidas estruturas jurídicas. Destaque-se que a validade de uma lei, bem como a validade de uma norma, é determinada por lei ou norma que deu origem à lei ou norma criada, conforme afirma Kelsen (1998, p. 165), “as normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que forma autorizados a criar normas por alguma norma superior”. Este pensamento fora corroborado, igualmente, em outro escrito do autor, ao afiançar que “[...] a norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior” (Kelsen, 2009, p. 247),

Deste modo, a ideia de validade normativa se inicia com a diretriz de que esta norma está inserida no ordenamento jurídico, ou seja, não há como avaliar a validade de uma norma a observando isoladamente. Nas palavras de Dmoulis (2018), a validade diz respeito a pertença desta norma a dado ordenamento vigente. Depreendendo, então, que validade é um conceito relacional. Em seguida, esta norma para ser considerada válida, deverá ser criada em consonância com procedimentos vigentes para a sua produção e está em conformidade com a norma superior. Portanto, as condições de validade das normas são determinadas por outras normas do mesmo ordenamento (Prazak; Soares; Silva, 2020; Silva, 2022; Bacqué, 2023).

Sgarbi (2019, p. 28) observa outro requisito para a validade das normas: poder (autoridade) de quem as anuncia. Melhor dizendo, uma norma apenas será “[...] válida se for produzida por autoridade competente para produzi-las [sic] e nos termos exigidos para esta produção”, no que complementa Kelsen (1998, p. 166) quando afirma que “[...] uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso”.

¹ Segundo Kelsen (2009, p. 255), decretos são “[...] as normas gerais que não provêm do Parlamento, mas de uma autoridade administrativa, [...].” Nos termos do referido autor (2009, p. 255), a lei “[...] compreende toda norma jurídica geral. [...], emitida pelo parlamento”. Desta forma, normas tem caráter mais genérico, enquanto as leis são um tipo de norma, cuja origem, stricto sensu, é o Poder Legislativo.

É digno de nota o fato de que, ao discutir a questão da validade do Direito, Kelsen teve de enfrentar a questão da validade do Direito versus a eficácia do Direito. Na compreensão de Kelsen, para discutir a questão da validade da norma jurídica, é necessário afastar as ideias extremadas acerca da relação entre validade e eficácia. Aos olhos do referido pensador, duas teses extremas e falsas dominavam a cena jurídica à época, a saber: 1- não haver conexão entre o dever-ser e a eficácia como um ser, de sorte que a validade do Direito é independente da sua eficácia; 2- a validade do Direito identificar-se com sua eficácia (Kelsen, 2009).

Para Kelsen (2009), não há que se falar em identidade entre dever-ser e o ato de ser posto, logo não há também relação de identidade entre a validade de uma norma jurídica e sua eficácia, pois, ainda segundo Kelsen (2009, p. 236), o “fundamento da validade, [...], é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz [...]”.

3 A NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL E SUA FUNÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO

É imprescindível estabelecer a verdade dos fatos no que tange à autoria da teoria da norma hipotética fundamental. Contrariando as muitas vozes que afirmam que a teoria da norma hipotética fundamental foi criada por Hans Kelsen, afirmamos, sem controvérsia, que a referida teoria foi originalmente postulada por Alfred Verdross. Hans Kelsen (Kelsen apud Sgarbi, 2019, p. 33), no livro² “Problemas Fundamentais do Direito Público” afirmou:

A ideia da norma fundamental como constituição[sic] no sentido lógico-jurídico foi desenvolvida principalmente por Alfred Verdross (...) que reconheceu a norma fundamental como uma hipótese relacionada ao material do direito positivo analogamente à hipótese da ciência natural.

Feito este importante destaque, voltemos ao foco desta seção: a questão da norma fundamental dentro da Teoria Pura do Direito desenvolvida por Kelsen (2009).

Toda a fundamentação de validade do Direito, segundo Kelsen, passa inevitavelmente pela norma hipotética fundamental. Para o referido pensador “[...] como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas” (Kelsen, 2009, p. 228), e, ainda afiança que a norma hipotética fundamental não resulta de uma descoberta livre, ou seja, a pressuposição da norma fundamental não é um ato de vontade. Senão, vejamos:

A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um

² No prefácio da segunda edição, em 1923.

ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas (Kelsen, 2009, p. 225).

Na concepção da Teoria Pura do Direito, a norma fundamental determina a obediência à Constituição concreta, assim, só a partir da subordinação à norma fundamental, é possível, para Kelsen (2009, p. 225),

[...] interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas.

Cabe ressaltar que, para Kelsen (2009), a norma fundamental não encerra em si qualquer valor moral e ético, portanto, não se discute o conteúdo da norma fundamental, pois enquanto pressuposição, não há valor transcidente ao Direito positivo.

A partir das considerações de Kelsen acerca da norma hipotética fundamental, pode-se inferir que, para a Teoria Pura do Direito, esta é o pilar epistemológico e hermenêutico que dá sustentação à ideia de escalonamento das leis e das normas e à ideia de validade do Direito positivo, ou seja, à forma como essas leis e normas se relacionam, conforme mencionado anteriormente, posto que “A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum” (Kelsen, 2009, p. 217).

É importante destacar que a norma hipotética fundamental, na Teoria Pura do Direito, não exerce função ético-política. Assume a função teórico-gnosiológica, por sua condição lógico-transcendental, porquanto a norma hipotética fundamental é hipótese, uma projeção que garante o pressuposto de validade do ordenamento jurídico, portanto, pressuposta, ou seja, “[...] segundo uma teoria jurídica positivista, a validade do Direito positivo se apoia numa norma fundamental que não é uma norma posta mas [sic] pressuposta [...]” (Kelsen, 2009, p. 244). Nestes termos, a norma fundamental instaura o fato essencial à criação jurídica, sendo assim a Constituição em sentido lógico-jurídico distingue-se da Constituição em sentido jurídico-positivo. Nos termos de Kelsen (2009, p. 222), “[...] ela é o ponto de partida de um processo [...] da criação do Direito Positivo”.

Ela [a Constituição] própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior (Kelsen, 2009, p. 222).

É importante destacar que a norma hipotético fundamental na teoria kelseniana é uma hipótese básica, um modelo teórico não jurídico. Segundo Sgarbi

(2019), a suposição de que a norma fundamental (modelo teórico) é válida leva à conclusão de que o ordenamento jurídico que a ela está submetido também é válido. Sem a norma fundamental a teoria do escalonamento do ordenamento jurídico não se sustenta, pois o fundamento de validade que estabelece a unidade da ordem jurídica na pluralidade é a norma hipotética fundamental, constituindo-se o elemento não jurídico que dá unidade ao direito positivado/posto, à Constituição no sentido lógico-jurídico.

Esta norma fundamental é genuína e única, por inexistir outra norma acima. Ela é o limite. Neste sentido, Ferraz Júnior (2018), aduz que: apenas poderá existir uma norma fundamental, sob pena de não se ter um ordenamento, ou não se ter um sistema e desta citada norma não ser a ‘fundamental’, ou seja, os pilares, a base do ordenamento. Esta norma fundamental prescreve: i) a obediência à Constituição e sua condição de pressuposto de validade de todos os atos normativos infraconstitucionais; ii) considera válidas todas as normas que são feitas em obediência à Constituição (norma suprema). De modo que a norma hipotética fundamental garantirá a qualidade de jurídico ao sistema oportunizando seu fechamento operacional. Contudo, não apenas a norma hipotética fundamental oportuniza unidade ao sistema (ordenamento jurídico), como também completude e coerência (Prazak; Soares; Silva, 2020; Bacqué, 2023).

Ultrapassada a discussão sobre a norma hipotética fundamental que se constitui o centro de validade da norma constitucional que, por sua vez, é o pressuposto de validade do ordenamento jurídico, deve-se observar alguns outros aspectos que orbitam em torno da concepção de ordenamento jurídico, a saber: o ordenamento jurídico brasileiro é considerado um sistema, portanto, é uma estrutura fechada e rígida, cujo fechamento é a Constituição Federal. É esta norma que garante a existência, a validade, a coesão do sistema. E, coesão, também pressupõe coerência e completude deste sistema. Os ordenamentos fechados além de coesos, devem ser coerentes e completos. A coerência significa que o ordenamento jurídico não pode se contradizer, portanto, não são aceitos conflitos entre as normas jurídicas, denominada antinomia. Para que ocorra antinomia são necessárias três condições: as normas jurídicas em conflito devem fazer parte do mesmo ordenamento jurídico; devem ser válidas e aplicáveis ao mesmo tempo e ao mesmo conflito; devem apresentar incompatibilidade entre si. Bobbio (1995) é assertivo ao aduzir que em caso de antinomia: 1 - uma norma obriga e outra proíbe; 2 - uma norma obriga e outra permite, ainda; 3 - uma norma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. No ordenamento brasileiro, as antinomias, em regra, são aparentes ou solúveis. São situações com solução prevista no próprio ordenamento. Nessas situações, as normas superiores revogam as inferiores; as posteriores revogam as anteriores; e, as específicas revogam as gerais, no limite da especificidade (Prazak; Soares; Silva, 2020; Bacqué, 2023).

Outro aspecto é a completude. A concepção de que inexistem lacunas no sistema/ordenamento jurídico. Lacuna é a situação em que não há norma que discipline determinado fato ou acontecimento, que gera consequência(s) jurídica(s). Há o fato, mas não há norma jurídica que discipline o fato. Kelsen (2020) não admite a ideia de lacuna, pois qualquer comportamento pode ser regulado (positivamente ou negativamente) pelo Direito. De modo que as situações de lacuna na legislação são resolvidas através de elementos do próprio ordenamento

jurídico, conforme o art. 4º do Decreto lei nº 4.657/1942, “Em caso de omissão, o juiz decide por analogia, costume ou princípios gerais do direito”. Significando dizer que a integração do ordenamento ocorre com elementos do próprio ordenamento (autointegração), inclusive, outros que não estão pontuados na legislação, a exemplo da jurisprudência.

4 ESCALONAMENTO VERSUS PIRÂMIDE: A FANTASMAGORIA DA PIRÂMIDE DE KELSEN

A representação piramidal da teoria do escalonamento é, frequentemente, atribuída a Kelsen no campo do Direito no Brasil. Há, inclusive, vasta representação iconográfica em forma piramidal atribuída a Kelsen (Prazak; Soares; Silva, 2020).

É praticamente impossível determinar a origem da representação piramidal da teoria do escalonamento. É fato, porém, que a representação piramidal não corresponde à teoria do escalonamento aprimorada por Kelsen, pois, na vasta obra do autor, não há sequer referência à representação piramidal. Advertem Simioni e Souza (2021, p. 3) de que é “[...] importante perceber que não há pirâmide em Kelsen e que apenas didaticamente usamos essa metonímia para representar uma ideia de hierarquia entre normas, que, na verdade, é muito mais dinâmica e complexa”. Segundo Sgarbi (2019), Merkl fez referência à ideia de pirâmide no texto “O Direito do Ponto de Vista de sua Aplicação”, nos termos seguintes:

[...] o campo apreciado em ambos os textos é a análise da dinâmica jurídica, constituindo, como análise, um tateio da concepção escalonada, embora mencione claramente no primeiro texto [O Direito do Ponto de Vista de sua Aplicação] a expressão “pirâmide” e “vértice da pirâmide” para descrever o encadeamento normativo (Sgarbi, 2019, p. 30). (Grifo nosso).

Na representação piramidal de Merkl, a Constituição ocupa a base e, no alto, estão os atos decisórios, provimentos e negócios jurídicos (Sgarbi, 2019). Ressalte-se que Merkl não voltou a usar em outras obras a figura da pirâmide para se referir à teoria do escalonamento.

Entre as imagens apresentadas para a comparação, tais como a de uma corrente, de um tronco de árvore ou de um curso de água, de um processo técnico de produção, e assim por diante, é certamente a [imagem] de uma sequência de degraus, de uma construção escalonada, a [imagem] menos ornamentada, porém a mais evidente e indicativa (Merkl, 2018, p. 295). (Grifo nosso).

É necessário destacar que, além de ser equivocado atribuir a Kelsen a representação piramidal da teoria do escalonamento, o seu uso tem comprometido a compreensão da própria teoria do escalonamento de Kelsen, consoante entendimento de Simioni e Souza (2021, p. 3):

O problema da pirâmide é que ela esconde o verdadeiro sentido do processo de construção interpretativa do Direito

que, segundo Kelsen, inicia a partir de uma norma de escalão superior e termina na construção de uma norma de escalão inferior. A norma de escalão superior pode ser a constituição, cuja linguagem aberta possui uma indeterminação semântica que torna as possibilidades de interpretação muito maiores. Mas seguindo o processo interpretativo, o ato de interpretação encontra nas normas inferiores uma determinação maior, até chegar-se na interpretação para o caso concreto, que pode ser tanto uma lei criada pela interpretação que o Poder Legislativo faz da Constituição, como também pode ser a sentença de um juiz, um ato administrativo do governo ou um contrato da advocacia privada.

A representação iconográfica piramidal encerra duas problemáticas: 1- atribui a Kelsen o que ele não fez; e 2- inviabiliza a compreensão da teoria do escalonamento desenvolvida por Kelsen (Helena; Santa Helena, 2020).

A partir do exposto nesta seção, pode-se inferir que a teoria da pirâmide de Kelsen é uma fantasmagoria imagética que distorce a teoria do escalonamento. É um constructo imagético sem respaldo teórico e fático na obra do próprio Kelsen. É um constructo didático que não cumpre o fundamento da didática, ou seja, que não possibilita a aprendizagem dos fenômenos e dos conteúdos, pois não faz a mediação que possibilita a construção de conhecimento fundamentado em bases teóricas consistentes. A didática está intrinsecamente relacionada a práxis, nas palavras de Franco (2023, p. 4): "[...] a lógica da didática é a lógica da produção da aprendizagem [...]" . Vale destacar que a didática opera por meio de planejamento prévio, ou seja, movimenta as dimensões da teoria e da prática de forma intencional com o fito de promover a aprendizagem dos sujeitos. Este processo de planejamento envolve a escolha de conteúdos, métodos de ensino e avaliação de processos. Em outras palavras, a escolha dos conteúdos é um momento decisivo da didática, logo, não faz sentido a escolha de conteúdos equivocados para promover a aprendizagem. Segundo Comenius (2011, p. 6), "[...] de que serve a extrema perícia dos docentes para ensinar, se as péssimas leis da escola não permitem que sejam usadas?" .

CONCLUSÃO

No âmbito do Direito, Hans Kelsen é um teórico importante. Cabe destacar que a(s) sua(s) formulação(es) teórica têm fomentado debates e polêmicas ao longo da história, e ainda no século XXI influenciam o pensamento político-jurídico no ocidente.

Dada a relevância do conjunto teórico de Hans Kelsen para o Direito, as proposições kelsenianas sempre são retomadas quando os debates jurídicos envolvem o direito enquanto ciência, a teoria escalonada do ordenamento jurídico, a democracia, o direito internacional, Estado, entre outros.

No entanto, muitas das interpretações do pensamento de Hans Kelsen são distorcidas. Na particularidade da teoria do escalonamento das normas jurídicas, há um conjunto de afirmações que destoam das próprias proposições do referido pensador. No Brasil, constantemente professores e estudantes de direito afirmam

que a teoria do escalamento das normas jurídicas é uma construção teórica de Hans Kelsen. Essa afirmação é improcedente, pois o próprio teórico admite em alguns textos de sua autoria que a referida teoria foi construída por seu aluno Adolf Julius Merkl.

No que tange à representação iconográfica em forma piramidal, usualmente utilizada no círculo acadêmico de Direito no Brasil, é necessário afirmar que Hans Kelsen não se utilizou de tal representação. Quanto ao(s)s efeito(s) da utilização da representação iconográfica em forma piramidal atribuída a Hans Kelsen, pode-se afirmar que esta compromete a compreensão do sentido da construção do processo interpretativo do Direito desenvolvido pelo próprio Hans Kelsen.

Diante do exposto neste trabalho, pode-se inferir que a representação iconográfica em forma piramidal atribuída a Hans Kelsen é uma leitura equivocada da teoria do escalonamento do ordenamento jurídico criada por Adolf Julius Merkl e aprimorada por Hans Kelsen. No percurso deste trabalho, ficou evidente que determinadas abordagens acerca da teoria do escalonamento das normas jurídicas são distorcidas. Essa distorção teórica e conceitual acerca da teoria do escalonamento das normas jurídicas tem produzido interpretações inconsistentes acerca do ordenamento jurídico brasileiro. Muitos operadores do Direito e professores de Direito inferem, a partir da distorção da teoria do escalonamento da norma, haver uma hierarquia normativa no ordenamento jurídico brasileiro, suposição amplamente contestada por constitucionalistas.

REFERÊNCIAS

- BACQUÉ, J. A. Una pirámide aplanada. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, [s. l.], n. 25, p. 340-345, 2023.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995.
- COMENIUS. *Didática Magna*. 4. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- DMOULIS, D. *Positivismo jurídico. Teoria da validade e interpretação do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FRANCO, M. A. S. O que pode a Didática? Reflexões em torno do convite à aprendizagem. *Revista Internacional de Formação de Professores*, Itapetininga, v. 8, p. e023014, 2023. Disponível em: <https://periodicoscientificos.itp.ifsp.edu.br/index.php/rifp/article/view/1133/492>, 2023. Acesso em: 02 fev. 2024.
- GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HELENA, E. Z. S.; SANTA HELENA, B. de A. Z. Hans kelsen e a teoria pura do direito: o jurista do século XX / Hans kelsen and the pure theory of law: the twentieth century jurist. *Brazilian Journal of Development*, [s. l.], v. 6, n. 8, p. 54436–54465, 2020. DOI: 10.34117/bjdv6n8-020. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/14379>. Acesso em: 5 apr. 2025.

KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. *Fundamentos de metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MERKL, A. J.. *Escritos de teoria do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2018.

PAIVA, V. L. M. O. *Manual de pesquisa em estudos linguísticos*. 1. ed. São Paulo: Parábola, 2019.

PRAZAK, M. Á.; SOARES, M. N.; SILVA, U. O positivismo jurídico de Hans Kelsen. *Sapere Aude*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 521-535, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/SapereAude/article/view/24857>. Acesso em: 5 abr. 2025

SGARBI, A. *O mundo de Kelsen*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SILVA, M. L. da. A contradição lógica da projeção do escalonamento normativo de Kelsen em uma pirâmide. *Revista FT*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 113, 12 ago. 2022. Disponível em: <https://revistaft.com.br/a-contradicao-logica-da-projecao-do-escalonamento-normativo-de-kelsen-em-uma-piramide/>. Acesso em: 5 mar. 2025.

SIMIONI, R. L; SOUZA, F. V. O mito da pirâmide de Hans Kelsen. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-02/simioni-souza-mito-piramide-hans-kelsen/>. Acesso em: 16 abr. 2023.