

---

**POSITIVISMO KELSENIANO E DIREITO NEGOCIAL:  
APONTAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DO NEGÓCIO JURÍDICO COMO ATO  
CRIADOR DE DIREITO**

Adyr Garcia Ferreira Netto\*  
Clodomiro José Bannwart Júnior\*\*  
Dorival Assi Junior\*\*\*

**RESUMO**

Este artigo oferece alguns apontamentos epistemológicos sobre a teoria pura do direito, sua herança kantiana e a forma de validação da função criadora de direitos do negócio jurídico. Para tanto, enquadra o direito negocial na estrutura lógica do direito positivo; discorre sobre a autonomia da vontade; apresenta os delineamentos epistemológicos da teoria pura conforme o criticismo kantiano e, apresenta uma objeção ao psicologismo na fundamentação do direito.

**Palavras-chave:** positivismo jurídico; negócio jurídico; ato criador de direito.

**ABSTRACT**

This article offers some epistemological notes on the pure theory of law, its Kantian heritage and the way of validating the rights-creating function of legal transactions. To this end, it frames negotiation law within the logical structure of positive law; discusses the autonomy of the will; presents the epistemological outlines of pure theory according to Kantian criticism and presents an objection to psychologism in the foundation of law.

**Keywords:** legal positivism; the legal transaction; law-creating act.

**INTRODUÇÃO<sup>1</sup>**

“Os pássaros voam não porque têm o direito de voar, mas porque têm asas”<sup>2</sup>.

Yurval Nohan Harari

---

\* Doutor (Letras/Linguística) USFC e doutorando em direito negocial UEL.

\*\* Doutor e pós-doutor em filosofia UNICAMP

\*\*\* Mestrando em direito negocial UEL

<sup>1</sup> Abreviatura das obras de H. Kelsen: ASL: Allgemeine Staatlehre (Teoria geral do estado); ATN: Allgemeine Theorie der Normen (Teoria geral das normas); GTLS: *General Theory of Law and State* (Teoria geral do direito e do Estado); HP: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Principais problemas da teoria jurídica do Estado), RR1/RR2: *Reine Rechtslehre* (1.ª ed. 1934/2.ª ed. de 1960 da Teoria Pura do Direito) e, WIJ: What is justice? (O que é justiça?). Abreviatura das obras de I. Kant: KrV: *Kritik der Reinen Vernunft* (Crítica da razão pura - A/B: 1.ª ed. 1781/2.ª ed. 1787); GMS: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Fundamentação da Metafísica dos Costumes) e, KpV: *Kritik der Praktischen Vernunft* (Crítica da razão prática).

<sup>2</sup> HARARI, N. Y. *Sapiens - uma breve história da humanidade*. Trad. J. Marcoantonio. PA: L&PM, 2015, p. 114.



---

Um dos legados que o positivismo de Hans Kelsen (1881/1973) deixou, foi a concepção de uma realidade jurídica do fenômeno social que só permite ser explorada por metodologias e instrumentos teóricos restritos ao domínio da Teoria Geral do Direito Positivo.

A reação juspositivista contra o sincretismo científico que se aventurou pelo campo do direito relativizando as fronteiras da sua realidade, exigiu a elaboração de uma teoria geral<sup>3</sup> fundamentada em diretrizes da lógica e da epistemologia que fosse capaz de suportar e instrumentalizar um programa teórico apto e suficiente para produzir conhecimento jurídico autônomo, objetivo e intersubjetivamente demonstrável.

Para que o estudo do direito não se disperse em uma rapsódia de dogmatismos esparsos e contraditórios (*Antithetik/thesis cum antithesi*)<sup>4</sup>; cada jurista uma opinião, um conceito, uma teoria; Kelsen propõe que os fundamentos de *juridicidade*, de estruturação dos sistemas normativos e seus critérios de validação, compartilhem uma base epistêmica comum na qual se assentam as diretrizes gerais que regulam os ordenamentos jurídicos particulares.

A despeito das propostas teóricas predominantes no campo do direito negocial, cujos objetivos consistem em estudar e interpretar os acordos privados e da administração pública à luz de um regime jurídico especial, as pretensões científicas do positivismo transcendem especificidades legislativas transitórias, para explorar os fundamentos da epistemologia jurídica que validam a função criadora de direito do ato negocial.

Oportuno acrescentar que o cientificismo kelseniano não se ocupa em elaborar teorias contratuais, interpretar legislações ou fixar parâmetros hermenêuticos para conduzir o órgão aplicador do direito a uma única sentença verdadeira e correta<sup>5</sup>. Estas questões, por vezes creditadas às atribuições do positivismo, são de outra ordem e mantêm-se suscetíveis às intervenções transdisciplinares como da política jurídica e da teoria da argumentação.

A doutrina kelseniana foi concebida conforme as diretrizes do criticismo kantiano e consagrada pela tradição acadêmica como a matriz universal do pensamento científico jurídico.

Como adverte o mote, que são pelas asas que os pássaros voam e não pelo direito de voar, são pelas estruturas lógicas e epistemológicas do positivismo que os valores morais, as pretensões sociais e os acordos entre os indivíduos se elevam ao mundo do direito.

---

<sup>3</sup> “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial”. RR2, p. 1.

<sup>4</sup> Sobre “*Antithetik/thesis cum antithesi*”, vide dogmática e antitética da razão pura in.: KrV, A421/B449: 414.

<sup>5</sup> “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica”. RR2: 251.



---

## JUSTIFICATIVAS PRELIMINARES: NEGÓCIO JURÍDICO E POSITIVISMO KELSENIANO

A velocidade de transformação dos valores e variáveis empíricas que constituem a experiência social, impõe ao legislador, aos operadores do direito e à produção acadêmica, a necessidade permanente de reinterpretar o fenômeno jurídico.

Sobrevém a tensão deste processo, o esforço dos doutrinadores para manter a aderência de seus modelos teóricos às novas demandas da realidade<sup>6</sup>, prevenindo anacronismos com a mobilidade do substrato fático/social, com a fluidez dos valores e com as recorrentes alterações legislativas, principalmente na esfera negocial, área particularmente sensível à dinâmica da atividade socioeconômica enquanto premissa pela codificação.

Um desafio para os modelos teóricos no âmbito negocial, sobretudo aqueles que se dispõem a satisfazer as urgências de natureza prática do cotidiano e suplantam o *status* de *pareocere* (de opinião escrita), é vencer a instabilidade destes referenciais, na medida em que se subordinam às disposições da cultura jurídica local e da vigência da lei especial.

Para além dos costumes e das leis vigentes, o horizonte teórico do direito negocial contempla múltiplos segmentos de estudos indispensáveis para aperfeiçoar a compreensão, *in totum*, do fenômeno jurídico, malgrado serem comumente mitigados pelo interesse da produção acadêmica dominante. É preciso, *e.g.*, recorrer à psicologia para perscrutar as sutilezas psíquicas da subjetividade e aferir a subsunção entre a intenção do ato negocial e seus efeitos jurídicos; às ciências econômicas para atualizar o direito com as inovações comportamentais do mercado e seus reflexos sociais; à ciência política para explorar os meandros discricionários da administração pública; à sociologia; antropologia; história, entre outras contribuições interdisciplinares<sup>7</sup>.

Contudo, a despeito do descompasso entre a dinâmica da *facticidade* e as categorias abstratas de demarcação de *juridicidade* comumente acelerar o processo de “obsolescência doutrinária”, o paradigma epistemológico da *teoria pura do direito* não prova resistência das transformações culturais e legais no decurso do tempo; insensível à fricção da realidade, atém-

---

<sup>6</sup> “[...] a realidade social é o presente; o presente é vida - é vida e movimento”. GRAU, Eros. Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 130.

<sup>7</sup> Vide: Apresentação do Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da UEL: Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/pages/apresentacao-do-programa.php> Acesso em 03/08/2023.



---

se, *tout court*, às metodologias e propriedades apriorísticas da teoria do conhecimento que alicerçam as estruturas fundantes da ordem jurídica positiva universal.

Para configurar o paradigma doutrinário do direito positivo, Hans Kelsen recorreu à epistemologia filosófica, especialmente a metodologia da *Crítica da Razão Pura*, obra de Immanuel Kant que organizou e estruturou a produção do conhecimento científico a partir do século XVIII<sup>8</sup>; um marco que estabeleceu as diretrizes teóricas para habilitar o positivismo, como doutrina geral, a *fundamentar e demonstrar* à margem dos juízos valorativos, das divergências culturais e idealizações políticas, como um instituto, *in casu*, o negócio jurídico, movido pela *vontade*, é capaz de produzir direito *válido* à luz da objetividade do conhecimento. Cf. Robert Walter<sup>9</sup>: “Importantes posições fundamentais, adotadas pela Teoria pura do direito, podem ser atribuídas a determinadas doutrinas da filosofia de Kant, como, por exemplo [...] a construção de uma norma fundamental, como pressuposto lógico-transcendental, para poder explicar uma ordem coercitiva eficaz, como sistema válido de normas”, ou como resume Ricaséns Siches<sup>10</sup>, o kelsenianismo: “[...] *quiere ser solamente una Filosofía de método y de los conceptos fundamentales de linaje neokantiano [...] hay una estricta y rigurosa correlación entre el método y el objeto de conocimiento*”.

86

Não obstante o positivismo jurídico apresentar-se como doutrina antimetafísica, traço marcante das construções teóricas sob influência da *Wiener Schule* (Escola de Viena)<sup>11</sup>, vale recordar que foi na obra filosófica *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten* (Fundamentação da metafísica dos costumes de 1785) que Immanuel Kant (1724/1804) buscando por meio dos *juízos analíticos*<sup>12</sup> *a priori* o princípio supremo da moralidade, e, investigando os móveis (*Triebfedern*) internos e externos da conduta humana no âmbito da *razão prática*, criou o termo *Autonomie des Willens* (*autonomia da vontade*). Desde então, *mutatis mutandis*, o conceito kantiano consolidou-se nas humanidades e disciplinas deontológicas em geral, como referência

---

<sup>8</sup> Na segunda metade do século XIX: “[...] a busca pela autonomia das chamadas Ciências do Espírito (*Geisteswissenschaften*), ou Ciências Humanas, teve sua importância acentuada. [...] a questão das Ciências Humanas e da relação delas com as Ciências Naturais ocupou um lugar de destaque já no âmbito do Positivismo”. MARTINS, R. E. S. A ciência do direito como uma ciência humana. PA: Fi, 2016, p. 48.

<sup>9</sup> WALTER, Robert. In.: KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. José Cretella Jr. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 26.

<sup>10</sup> SICHES, R. Estudio preliminar. KELSEN, H. CTE. Trad. R. Siches México: Colofón, 1992, p. 9-10.

<sup>11</sup> Sobre esta influência: “[...] assunção de uma postura epistemológica orientada rumo à avaloratividade e à construção de um discurso científico rigoroso, no que se percebe a influência do Círculo de Viena de Carnap, Neurath e Schlick”. Cf. COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011, p. 45.

<sup>12</sup> GMS, BA VII, VIII: 15; GMS, BA96: 91.



---

para legitimar, pela faculdade do arbítrio, acordos e contratos particulares; atribuir responsabilidade moral e jurídica ao agente capaz e, entre outras competências, como critério hermenêutico de imputação de culpa ou dolo no Estado Democrático de Direito.

Entretanto, quando se pretende elevar o estudo do direito negocial às categorias universais de uma teoria geral, *i.e.*, pela perspectiva científica do positivismo de Hans Kelsen, insta salientar que a *Reine Rechtslehre* (*Teoria pura do direito*) - título de sua *Opus Magnum* e de sua doutrina jurídica/científica - foi concebida a partir das contribuições kantianas na *teoria do conhecimento* (*razão teórica*<sup>13</sup>), a exemplo do *método transcendental* para conhecer aquilo que “*é*” (*Sein*), não herdando, portanto, a *liberdade* como lei apodítica da *razão prática*<sup>14</sup>, ou seja, a *autonomia da vontade* como princípio jurídico *a priori* do *dever-ser* (*Sollen*); *cf.* Juan Martinez, as metodologias da *razão prática*: “[...] *serán abandonadas por los neokantianos, que sólo conservarán la Crítica de la razón pura. Algo semejante sucederá con el derecho*”.

Digno de nota, é que o reconhecimento da influência kantiana foi registrado na carta de Kelsen enviada em 03/08/1933 para Renato Treves, sociólogo italiano tradutor de suas obras<sup>15</sup>:

*Il est absolument vrai que le fondement philosophique de la Théorie Pure du Droit repose sur la philosophie kantienne ou, plus précisément, sur l'interprétation cohenienne de sa philosophie. Le fait que, à l'instar de Cohen, j'aie appréhendé la Théorie de la Raison Pure comme une théorie de l'expérience, est assurément d'importance capitale par rapport à ma tentative d'appliquer la méthode transcendantale à la théorie du droit positif. [...] Tout comme la philosophie transcendantale de Kant s'érige contre la métaphysique, la Théorie Pure du Droit s'érige contre le droit naturel, celui-ci étant le correspondant exact, dans le domaine de la réalité sociale, en général, et du droit positif en particulier, de la métaphysique.*

87

Por este prisma, “estes apontamentos” que pretendem explorar os aspectos lógico/formais do negócio jurídico, resgata o sentido tradicional da expressão “*fundamentos*

---

<sup>13</sup> MARTINEZ - VILLALBA, J. C. R.. De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida. RDESG. V. 2, n. 2, p. 436-461, jul.dez/2013, p 439.

<sup>14</sup> “O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora; e este conceito e - como se mostrara - insustentável, pois a função da razão e conhecer e não querer [...]”. RR2: 137.

<sup>15</sup> (É absolutamente verdade que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito repousa na filosofia kantiana ou, mais precisamente, na interpretação coheniana de sua filosofia. O fato de, como Cohen, eu entender a Teoria da Razão Pura como uma teoria da experiência, é certamente de capital importância em relação à minha tentativa de aplicar o método transcendental à teoria do direito positivo. [...] A Teoria Pura do Direito opõe-se ao direito natural, sendo este último o correspondente exato, no campo da realidade social, em geral, e do direito positivo, em particular, da metafísica). In: TREVES, Renato, Perrin Jean-François. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennes. In: *Droit et société*, n°7, 1987. Science du droit, sociologie. pp. 327-335. p. 334. (Trad. Livre). “*Je publie ici la traduction française d'une lettre que Hans Kelsen m'a adressée le 3 août 1933*”.



---

*dogmáticos*” como o aparato teórico organizador do sistema escalonado de *normas jurídicas* (*Rechtsordnung*) que embasa os critérios de *validação* consonante um expediente epistemológico (*Grundnorm*)<sup>16</sup>, cf. Kelsen e R. Walter, de natureza lógico/transcendental e não valorativa. Recorrendo à didática de Henrique Gonçalves Neves<sup>17</sup>, pode-se resumir a objetividade do sistema de validação formal da metodologia positivista cf. a seguinte citação:

Em razão do fundamento de validade do Direito positivo ser formal (trata-se de sistema normativo do tipo dinâmico), decorrente de uma norma hipotética, pressuposta (não é posta), sem conteúdo material (é formal), o que explica a não vinculação material (apenas formal) das normas de um ordenamento jurídico-positivo à norma fundamental, é que se pode afirmar pela existência de *uma objetividade formal* no Direito.

Ainda é importante anotar que o negócio jurídico foi tratado esparsamente e sob várias perspectivas teóricas pelo *corpus* doutrinário kelseniano, com destaque para o estudo que rejeita a *autonomia da vontade privada* como pressuposto psicológico (empírico) ou filosófico (metafísico) de justificação ou legitimação da *juridicidade* das transações negociais na obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Principais problemas da teoria jurídica do Estado de 1911)<sup>18</sup>; considerando que o fundamento epistemológico e o conhecimento objetivo e avalorativo do direito devem ser *demonstrados* por instrumentos próprios, não justificados ou legitimados por empréstimos linguísticos ou subsídios conceituais de ordem metajurídica.

Por estas razões, a *Teoria pura* ao dedicar-se ao tema *negócio jurídico*, restringe-se a considerá-lo como um *ato criador de direito* a partir da outorga de poder que as normas auferem quando recepcionadas na estrutura escalonada de uma ordem jurídica válida e eficaz, tema explorado no seu capítulo V, “Dinâmica Jurídica”, que analisa os fundamentos de validade e de unidade lógica da ordem jurídica positiva<sup>19</sup>. A validade da *função criadora* de direitos da *autonomia da vontade* no âmbito negocial, pertence, portanto, à teoria geral do direito positivo, não é objeto de teorias contratuais ou da interpretação de um regime jurídico especial.

A aceção da expressão “*fundamentos dogmáticos dos negócios jurídicos*” será desvinculada de seu uso corrente como pontos de partida conceituais de uma estrutura curricular

---

<sup>16</sup> “[...] norma fundamental, que constitui o fundamento da validade destas normas, nem sequer é estatuída através de um ato de vontade, mas é pressuposta pelo pensamento jurídico”. RR: 16.

<sup>17</sup> GONÇALVES N. A Objetividade do direito nas teorias do direito de H. Kelsen e H. Hart. Disponível em: [http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/\(Henrique%20Gonc%CC%A7alves%20Neves\)%20A%20objetividade%20do%20Direito%20em%20Kelsen%20e%20Hart.pdf](http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/(Henrique%20Gonc%CC%A7alves%20Neves)%20A%20objetividade%20do%20Direito%20em%20Kelsen%20e%20Hart.pdf) Acesso em 03/08/2023. p.10.

<sup>18</sup> “[...] *el concepto de ‘voluntad’ revela un significado específico dentro del área del derecho privado, es en la teoría del negocio jurídico. Este es, según la opinión predominante, una declaración de voluntad*”. HP, p.106.

<sup>19</sup> RR: 284.



---

acadêmica, ou ainda, restritos às previsões legais da codificação especial em vigor, precisamente por tratarem-se das configurações universalmente compartilhadas pelos sistemas normativos positivos; bem como do alcance dos instrumentos teóricos que o positivismo dispõe para reconhecer e *validar* o instituto do negócio jurídico em sua função criadora de direitos.

Sobre a relação entre dogmática e fundamentação jurídica, Robert Walter<sup>20</sup> ensina: “A doutrina do direito, de Hans Kelsen - também denominada Teoria Pura do Direito - é um programa para consideração científica, isto é, objetiva-intersubjetivamente comprovável - do objeto ‘direito positivo’. Pode-se qualificá-la como uma teoria geral da dogmática do direito positivo”; Norberto Bobbio<sup>21</sup> também anota que esta ciência (positivismo): [...] recebeu usualmente o nome de dogmática do direito, que consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do próprio ordenamento jurídico [...]”.

Sendo assim, o positivismo utilizará de aparato instrumental próprio do seu domínio e de metodologias herdadas da *razão teórica kantiana* para demonstrar, por discernimento transindividual, objetivo e avalorativo, como os negócios criam direitos sem recorrer às previsões legislativas especiais limitadas pelas demandas da cultura jurídica local<sup>22</sup>.

Em tempo, vale ainda anotar a ressalva de Renan Lotufo<sup>23</sup>, por manifestar o espírito destas pretensões: “[...] a tripartição do negócio jurídico no plano da existência, validade e eficácia, já é clássica no Brasil, onde teve como precursor Pontes de Miranda, mas deve-se observar: [...] que é amplamente desenvolvida na Teoria Geral do Direito por Hans Kelsen, já na sua Teoria pura do direito”.

Resta concluir que, sob as turbulentas transformações culturais e legislativas que sempre agitaram a superfície da experiência jurídica, o positivismo kelseniano preparou uma base epistemológica sólida e estável para edificar a “escada ponteana” e suportar as futuras pretensões de “objetividade científica” no domínio da teoria geral do direito.

A partir destas justificativas preliminares que demarcam o paradigma epistemológico do negócio jurídico no positivismo, pretende-se ainda: relacionar a metodologia da *Kritik der*

---

<sup>20</sup> WALTER, Robert. Op. Cit., p. 21.

<sup>21</sup> BOBBIO, N. O positivismo jurídico. Trad. M. Pugliesi, E. Bini e C. E. Rodrigues. SP: Ícone, 1995, p. 220.

<sup>22</sup> “Uma ‘ordem’ e um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade”. RR2: 21.

<sup>23</sup> LOTUFO, Renan. Código civil comentado. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 380.



---

*Reinen Vernunft* (Crítica da razão pura) com a *Reine Rechtslehre* (Teoria pura do direito) e, discorrer sobre a autonomia da vontade, o ato negocial e a sua função criadora de direitos<sup>24</sup>.

## RELAÇÃO ENTRE METODOLOGIA KANTIANA E POSITIVISMO KELSENIANO

“Não é possível obter, por inferência dedutiva, o conceito específico do direito, de outros conceitos, precisamente porque no plano dos objetos existe uma separação intransponível de constituição. Assim, por nenhuma transição podemos passar dos objetos físicos aos psíquicos, dos valores estéticos, aos valores jurídicos”.

Lourival Vilanova<sup>25</sup>

A reforma epistemológica realizada pela *Kritik der Reinen Vernunft* (KrV - Crítica da razão pura) no século XVIII, estabeleceu diretrizes metodológicas incontornáveis às pretensões científicas do positivismo de produzir conhecimento objetivo no campo jurídico.

Kant ao reconfigurar o papel da razão e da sensibilidade na apreensão dos fenômenos da natureza (*physis*), demonstrou que a fonte do conhecimento universal e necessário no avanço sintético das ciências empíricas deriva de categorias *a priori* do entendimento, *i.e.*, de funções lógico/cognitivas reguladoras dos objetos da experiência. Com efeito, rejeitou a tradicional bipolaridade entre a analiticidade metafísica<sup>26</sup> e o indutivismo cético/empirista como categorias reducionistas e disjuntivas dos juízos sintéticos e analíticos<sup>27</sup>, *cf.* Kant<sup>28</sup>: “[...] a experiência não concede nunca aos seus juízos uma universalidade [...] Necessidade e rigorosa universalidade são pois os sinais seguros de um conhecimento *a priori* e são inseparáveis uma da outra”.

90

Ora, se o influxo dos dados fenomênicos<sup>29</sup> captado pela sensibilidade é regulado - legislado<sup>30</sup> - por categorias apriorísticas do entendimento, da mesma forma, para o positivismo *legislar*, ou, recepcionar e organizar em estruturas de significação *estritamente jurídicas* (*unidade sintética do diverso segundo regras*), a dinâmica das variáveis fático/axiológicos que

---

<sup>24</sup> Para satisfazer estes objetivos nos limites editoriais do artigo, no lugar de um estudo pontual, linear e exaustivo, opta-se por oferecer múltiplas perspectivas de análise otimizando o espaço textual com ampla revisão bibliográfica e sugestões de pesquisa nas notas de rodapé.

<sup>25</sup> VILANOVA, L. Sobre o conceito do Direito. VI. São Paulo: AXIS MVNDI IBET, 2003, p. 21.

<sup>26</sup> “A tarefa desta crítica da razão especulativa consiste neste ensaio de alterar o método que a metafísica até agora seguiu, operando assim nela uma revolução completa [...]”. KrV, BXII: 49. Vide: KrV, B18: 74; KrV, B21: 76.

<sup>27</sup> “A ciência da natureza (*physica*) contém em si, como princípios, juízos sintéticos *a priori*”. KrV, B18:74.

<sup>28</sup> KrV, B3, 4: 64.

<sup>29</sup> KrV, B, XVI-XVII: 45, 46; KrV, B18:74.

<sup>30</sup> “O entendimento [...] ele próprio é a legislação para a natureza, [...] ou seja, unidade sintética do diverso dos fenômenos segundo regras”. KrV, A127/B167: 195-196.



---

permeiam e movimentam o substrato empírico social, deverá assumir como *cognitio ex principiis* doutrinário de uma pretensa ciência normativa, símile *condição lógico-transcendental* como expediente epistemológico do sistema positivo e dos critérios formais de validação de direitos. Luiz Warat<sup>31</sup>: “*De la misma manera, como Kant trata de establecer racional y apriorísticamente las condiciones de posibilidad de la ciencia física, Kelsen trata de fijar [...] condiciones formales y necesarias del conocimiento jurídico, dirigido al contenido deóntico de las normas positivas*”. No mesmo sentido, em L. Vilanova<sup>32</sup>: “O jurídico não está no conteúdo, mas na forma. Do ponto de vista lógico, é o direito que determina o seu conteúdo, tomando a matéria social e selecionando os aspectos da mesma que vão ser submetidos a sua regulação”; ou ainda: “A experiência do direito só é possível partindo-se do direito como um *a priori*. O conceito de direito é a condição de possibilidade da experiência jurídica”.

Inspirado na KrV, Kelsen adota a *pureza metodológica* (teoria pura) como imperativo lógico de *produção* do conhecimento jurídico/científico a margem de subsídios teóricos transdisciplinares, de fenômenos psíquicos (vontade privada) ou de juízos valorativos (sobre o justo) incidentais a um tempo e a uma cultura (não há *juridicidade* na *facticidade*<sup>33</sup>); logo, rejeita argumentos de *justificação* ou *legitimação* de natureza metajurídica. Cf. Kelsen<sup>34</sup>:

Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas [...] do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas [...]

A premissa epistemológica kelseniana rompe, então, o vínculo entre *juridicidade* (sentido jurídico da realidade) com elementos estranhos<sup>35</sup> à dogmática do direito positivo<sup>36</sup>; “O

---

<sup>31</sup> WARAT, L. A. La Norma fundamental kelseniana como critério de significacion. p. 55.

<sup>32</sup> VILANOVA, L. Op. Cit., p. 47. VILANOVA, L. Op. Cit. p, 71.

<sup>33</sup> “Se uma norma encontra correspondência na conduta que prescreve, tal conduta é facticidade normada”. VILANOVA, L. Teoria jurídica da revolução. In.: RBEP. BH: UFMG, 198, p. 89.

<sup>34</sup> RR2: 141.

<sup>35</sup> “[...] *la teoría pura del Derecho aspira a librar a la ciencia jurídica de elementos extraños*”. KELSEN, Hans. El Método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Op. Cit. p.23.

<sup>36</sup> Vide Recaséns Siches: “*Kelsen orientóse en sus estudios jurídicos, desde un principio, hacia el espíritu de la Filosofía kantiana. El imperativo de pureza metódica encontró una firme base en la radical oposición kantiana, entre el ser y el debe ser. Kelsen, en un comienzo, tomó la filosofía kantiana en la forma que la habían dado los filósofos de la escuela sudoccidental alemana, y entre ellos, de un modo muy especial Windelband y Rickert. Después de la publicación de los Hauptprobleme y con motivo de una recensión de esta obra, aparecida en los Kantstudien (1912), consagró Kelsen su atención a la Filosofía neokantiana de la escuela de Marburg [...]*”. SICHES, R. Estudio preliminar. KELSEN, H. Compêndio de Teoria General del Estado. Op. Cit. p. 9-10.



conceito de dever jurídico refere-se exclusivamente a uma ordem jurídica positiva e não tem qualquer espécie de implicação moral”<sup>37</sup>. Uma correlação tradicionalmente mantida pelas teses sociologistas, jusnaturalistas e psicologistas quando estabelecem uma conexão necessária de fundamento (legitimidade) entre *ser* (*Sein*) e *dever-ser* (*Sollen*)<sup>38</sup>; entre o justo e o jurídico, entre a vontade e o direito; cf. Kelsen<sup>39</sup>: “*La pureté de la méthode, indispensable à la science juridique, ne me semble garantie par aucun philosophe avec autant de précision que par Kant avec son opposition de l’être et du devoir-être. La philosophie kantienne fut donc pour moi, dès le début, la lumière qui me guida*”; da mesma forma, em Wolfgang Schild<sup>40</sup>: “[...] *sobre el ser y el deber ser, para KELSEN signifique una discrepancia, no sólo de orden lógico-lingüístico, sino también de principio [...] representan la discrepancia absoluta entre la realidad empíricamente comprobable y la ideología dependiente de la voluntad que la estatuya*”.

Lourival Vilanova<sup>41</sup> ensinando sobre as estruturas lógicas do direito positivo também afirma: “Logicamente o conceito de direito é um *a priori*. O conhecimento jurídico implica-o como categoria”; “[...] o direito que existiu ou venha existir não pode deixar de ser uma confirmação efetiva do *a priori* lógico posto pelo conceito formal”; *idem* em Miguel Reale<sup>42</sup>: “[...] Kelsen concebe a norma jurídica como entidade logico-hipotética, capaz de qualificar ou constituir juridicamente a experiência social, abrangendo desde as normas fundamentais das Constituições até aos preceitos dos contratos e das sentenças”; enfim, H. Martinez<sup>43</sup> anota que a doutrina de Kelsen: “[...] *revela su filiación logicista kantiana en cuanto reduce todo el derecho a la norma, como, una especie de categoría intelectual [...]*”.

Portanto, o positivismo reivindicará para as estruturas formais do seu paradigma, a prerrogativa exclusiva de constituir os pressupostos de conversão da realidade em conteúdo jurídico<sup>44</sup>, *i.e.*, de *juridicização* do fenômeno social pelo intermédio de uma *norma* válida.

<sup>37</sup> RR2: 82.

<sup>38</sup> “*En cuanto teoría, quiere limitarse a conocer única y exclusivamente su propio objeto. Se propone contestar a esta pregunta: ¿qué es y como es el Derecho?, mas no le interesa plantearse la cuestión en torno a cómo debe ser, con arreglo a qué criterio debe ser construido. Es ciencia jurídica, no Política del Derecho*”. RR2: 82.

<sup>39</sup> (A pureza do método, indispensável à ciência jurídica, não me parece garantida por nenhum filósofo com tanta precisão quanto por Kant com sua oposição entre ser e dever ser. A filosofia kantiana foi, portanto, para mim, desde o início, a luz que me guiou). Carta enviada à Julius Moór em 20 de fevereiro de 1927. Documents de Kelsen en Hongrie: H. Kelsen et J. Moór. In: Droit et société. n° 7. Paris: L.G.D.J., 1987. p. 337. (Trad. Livre).

<sup>40</sup> SHILD, W. Las teorías puras del derecho. Bogotá: Temis, 1983, p. 10-11.

<sup>41</sup> VILANOVA, L. Op. Cit., p. 67. VILANOVA, L. Op. Cit., p. 53.

<sup>42</sup> REALE, Miguel. Filosofia do direito. Op. Cit. p. 457.

<sup>43</sup> MARTINEZ PAZ, Henrique. Sistema de filosofía del derecho. 3. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1940, p. 92.

<sup>44</sup> Vide: PAULO DE T. R. R. Dogmática jurídica e a crise de legitimação do Estado moderno. p. 118.



---

Conforme estas considerações conclui-se que: o conteúdo do direito positivo é dinâmico, mas sua validação é formal; a *juridicidade* depende de uma estrutura normativa *a priori*; a produção de conhecimento jurídico/autônomo depende da *pureza metodológica*; a teoria pura rejeita justificação ou legitimação de direitos e, a autonomia da vontade não é fonte de *juridicidade*.

*Quod erat demonstrandum*<sup>45</sup>

## **DELINEAMENTOS DA VONTADE, DO NEGÓCIO E SUA FUNÇÃO CRIADORA DE DIREITOS**

“Um ato é um ato jurídico’ apenas porque, e apenas na medida em que é determinado por uma norma jurídica”.

Hans Kelsen<sup>46</sup>

Considerando que os direitos e os deveres que se expressam pelas normas gerais estatuídas pelo processo legislativo, pela adjudicação à competência de uma autoridade ou por aqueles pactuados pelo ato de vontade são preliminarmente suportados pelas diretrizes gerais da epistemologia, caberá, portanto, à ordem jurídica vigente estabelecer critérios legais subsidiários de validade (*e.g.* a vontade privada); este procedimento metodológico é, segundo Kelsen<sup>47</sup>, uma particularidade: “[...] que possui o Direito de regular a sua própria criação”, ou ainda<sup>48</sup>: “[...] *de modo especial, el negocio jurídico, el cual no puede ser oposto - como hace la teoria jurídica tradicional - en calidad de acto de aplicación de Derecho, a la legislación, como acto creador del mismo. Pues tanto la ley como el negocio jurídico aplican y crean Derecho al mismo tiempo*”. Embora a faculdade de escolha seja pré-condição lógica das instâncias normativas reguladoras do comportamento (deontologia), a fundamentação do direito positivo, *a contra sensu* de outras construções doutrinárias, é indiferente em relação à natureza do arbítrio para definir critérios de validação de um negócio jurídico.

A vontade dos particulares não produz, *per se*, direitos à margem das estruturas normativas *a priori*, estas são condições, *cf. supra*, de *juridicização* e do sentido objetivo do

---

<sup>45</sup> “O que era necessário demonstrar”.

<sup>46</sup> GTLS: 55

<sup>47</sup> RR2: 155. Vide também: “O Direito regula sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada [...] Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela”. GTLS, p. 18.

<sup>48</sup> KELSEN, Hans. Loc. Cit.



---

direito. O sentido subjetivo do ato que constitui a norma é de ordem política/hermenêutica e não pertence à seara da fundamentação, cf. Kelsen<sup>49</sup>: “[...] a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser”. Neste sentido, L. Vilanova<sup>50</sup> lembra que: “Um dos pontos construtivos da teoria de Kelsen encontra-se, sem dúvida, na concepção de normas jurídicas como entidades distintas da consciência que as representa”.

Vale dizer que a distância entre o sentido subjetivo do ato que constitui o negócio e o sentido específico (objetivo) que a norma atribui ao ato, é a mesma que medeia o *ser* (ato *em si*) e o *dever-ser* (jurídico), o *ius naturale* e o *ius positum*.

A *juridicidade* constituída pela liberdade dos particulares independe da subjetividade do querer, das fontes metafísicas ou fáticas, como a liberdade enquanto princípio da *autonomia da vontade* na razão prática kantiana<sup>51</sup> (da ética/*ethos* e do direito/*jus*), ou de uma disposição psicológica, conforme se atribui à teoria da vontade de Bernhard Windscheid<sup>52</sup>: *Contrato es un negocio jurídico que resulta de dos (o más) declaraciones de voluntad concordes, que se colocan en una determinada relación entre sí. Negocio jurídico es la declaración de voluntad particular que tiene una determinada eficacia jurídica*, ou ainda: “*Los derechos reales y los derechos de pretensión coinciden en que incumben a la sola voluntad del interesado*”<sup>53</sup>; a propósito, sobre a teoria da vontade em Windscheid, Gustav Radbruch<sup>54</sup> resume: “O direito subjetivo consiste, em essência, no ‘poder da vontade protegido pelo direito’ [...]”. Lourival Vilanova<sup>55</sup> também ressalta que: “[...] o subjetivismo jurídico apresenta o erro substancial de todo subjetivismo. E este erro consiste em confundir o pensamento com o ato de pensar, o conteúdo objetivo da vontade com o ato de querer”. Neste sentido, Kelsen<sup>56</sup> lembra que as duas linhas teóricas, supra mencionadas, são auto excludentes na pretensão de fundamentar o direito,

94

---

<sup>49</sup> RR2: 4.

<sup>50</sup> VILANOVA, L. Op. Cit., p. 59.

<sup>51</sup> “O conceito da liberdade é a chave da explicação da autonomia da vontade”. GMS, BA, 97: 93.

<sup>52</sup> WINDSCHEID, B. Tratado de Derecho Civil Alemán. Bogotá: UEC, 1976, (Cf. nota 01), p. 91. Vide: “Ambas acepciones del derecho subjetivo se comprenden en la definición: Derecho es un poder de voluntad o un señorío de voluntad otorgado por el ordenamiento jurídico”. WINDSCHEID. Op. Cit., p.134; Vide teoría da vontade: “Esta teoría hace cifrar el derecho subjetivo en la “facultad de obrar”, es decir, en la voluntad. El Derecho en sentido objetivo se define en la forma más breve y precisa como la voluntad general; el derecho subjetivo como un fragmento de la voluntad general que viene a hacerse concreto y existente en la persona privada”. AFTALIÓN, E. R.; VILANOVA, J.; RAFFO, J. Introducción al derecho. BA: Abeledo-Perrot, 1999, p. 498.

<sup>53</sup> WINDSCHEID. Op. Cit., p. 155.

<sup>54</sup> RADBRUCH, Gustav. Introdução à Filosofia do Direito. Trad. J S. Mendonça. SP: Martins Fontes, 2002. p. 52.

<sup>55</sup> VILANOVA, L. Op. Cit., p. 59.

<sup>56</sup> HP: 176.



---

pois, a liberdade metafísica como princípio moral de uma vontade autônoma é incompatível com as imposições psíquicas da teoria windsheidiana:

*“Los resultados de la psicología y los de la ética y la jurisprudencia se excluyen lógicamente entre si y no pueden, por tanto, coexistir, mientras se mantenga en pie la tesis de que la voluntad, que la ética y la jurisprudencia deben considerar necesariamente libre, es precisamente aquel mismo proceso psíquico que la psicología reconoce como causalmente condicionado”.*

No plano da epistemologia jurídica não há sentido delegar à subjetividade do arbítrio a capacidade de produzir autonomamente direitos, seria reconduzir ao psicologismo, a revelia das estruturas lógicas do direito positivo, a prerrogativa exclusiva de legitimar, validar e teorizar sobre a função criadora de direito da transação negocial, Kelsen<sup>57</sup> ainda acrescenta:

[...] ninguém pode conceder-se direitos a si próprio, pois o direito de um apenas existe sob o pressuposto do dever de outro, e uma tal conexão jurídica, [...] apenas pode constituir-se, no domínio do direito privado, em regra, através da manifestação concordante da vontade de dois indivíduos. [...] na medida em que o contrato é assumido pelo Direito objetivo como fator criador de Direito, de tal forma que a regulamentação jurídica [...] resulta precisamente deste Direito objetivo e não do sujeito jurídico que lhe está subordinado [...] no direito privado não existe qualquer autonomia plena.

95

Para o sistema positivo, Kelsen<sup>58</sup> propõe que: “É na função criadora de Direito da transação jurídica que se manifesta a chamada ‘autonomia privada’ das partes. Por meio de uma transação jurídica se criam normas individuais”; ou seja, o efeito jurídico decorrente do ajustamento das vontades depende de um estrutura nomológica positiva que, como *condição lógico-transcendental*, posiciona-se como instrumento teórico que concede à liberdade contratual uma função criadora de direito; o *gene da juridicidade* não está em um querer psicológico juridicamente protegido, ao contrário, a capacidade de produzir efeitos jurídicos do contrato é outorgado pelo sentido objetivo das normas gerais precedentes<sup>59</sup>.

O negócio jurídico sendo uma norma geral do sistema escalonado (*Rechtsordnung*), outorga aos particulares a função de converter interesses em direitos, v.g., à liberdade contratual de produzir normas jurídicas individuais. Consequentemente, à luz da objetividade, nenhum móbil sensível, psíquico ou metajurídico é admitido como causa imediata de efeitos jurídicos,

---

<sup>57</sup> RR2: 119.

<sup>58</sup> GTLS: 199.

<sup>59</sup> Mudanças de perspectiva como esta já revolucionaram paradigmas como o heliocentrismo e o criticismo.



---

porquanto não haver legitimação de direitos à margem do sistema positivo como condição *lógico-transcendental* do processo de validação do direito, como admitido nas demais teorias.

Validar é percorrer verticalmente, pela via dedutiva, a estrutura escalonada do ordenamento. A norma geral outorga o poder da função criadora das normas particulares por intermediação do instituto do negócio jurídico, *i.e.*, a estrutura escalonada da ordem jurídica contempla formalmente validação e criação; *cf.* Kelsen<sup>60</sup>: “*La mayoría de los actos jurídicos son, al propio tiempo, actos de creación y ejecución jurídica. En cada uno de estos actos es aplicada una norma de orden superior y creada una norma de grado inferior*”; resume Joseph Raz<sup>61</sup>, Kelsen: “[...] considera um sistema jurídico como o conjunto de todas as normas cuja validade jurídica deriva, direta ou indiretamente, de uma norma”.

Motivações pontuais (móviles particulares da subjetividade<sup>62</sup>), pela natureza pulsional e personalíssima da formação dos juízos, não poderiam pertencer ao plano das estruturas fundantes da teoria geral, posto que constituem elementos de *justificação* da conduta no domínio da psicologia, política ou da aplicação do direito *in concreto*; Andityas Mattos reforça o entendimento<sup>63</sup>: “[...] somente a forma se mostra de maneira universal, sendo o seu conteúdo infinitamente variável segundo determinadas condições históricas, políticas, econômicas, ideológicas etc. Por isso Kelsen se vê obrigado a conceber um fundamento de validade para o direito que seja formal e vazio”.

A autonomia da vontade dos particulares constitui direitos e deveres nas relações negociais, mas não é, *em si mesma*, *cf. supra*, fonte *a priori* de *juridicidade* ou validade jurídica<sup>64</sup>. Como adverte Kelsen na *Hauptprobleme*<sup>65</sup>: “[...] *ningún jurista podría pensar seriamente en erigir la existencia real de un proceso psíquico de voluntad en premisa o requisito para la validez de un negocio jurídico*”; bem como na “*Introduction to the Problems of Legal Theory*”<sup>66</sup>: “[...] *norms of the law, are not valid by virtue of their content*”. Não se

---

<sup>60</sup> KELSEN, H. *El Método y los Conceptos fundamentales*. Madrid: Reus, 2009, p. 72-73.

<sup>61</sup> RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Trad. José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 126.

<sup>62</sup> Vide Kant: “Na verdade, um arbítrio *é sensível*, na medida em que *é patologicamente afetado* (pelos móveis da sensibilidade). KrV, A534/B562: 475. Ou ainda: “[...] não precisamos de investigar sobre que assenta o sentimento do prazer e do desprazer [...] porque tudo isto pertence a uma psicologia empírica [...]”. GMS, 62: 66.

<sup>63</sup> COSTA MATOS, A. S. M. Op. Cit., p. 46.

<sup>64</sup> “A doutrina da autonomia não corresponde à teoria geral do contrato [...] A regulamentação manifesta pelo sujeito no negócio flanqueia-se a normativa prevista pela ‘lei’ [...] A autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil*: RJ, 2002, p. 277.

<sup>65</sup> HP: 109.

<sup>66</sup> (normas do direito não são válidas em virtude de seu conteúdo). KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*: Trad. B. L. Paulson and S. L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 56. (Trad. Livre).



---

admite, portanto, como premissa da teoria geral o querer subjetivo dos particulares de se autorregularem como fato produtor de direitos e deveres entre as partes, pois é a estrutura normativa que outorga aos indivíduos o poder de regular os acordos pelo contrato, afirma Kelsen<sup>67</sup>: “*El querer em Derecho significa, pois, algo distinto de la voluntad psicológica*”.

Nesta perspectiva, merece destaque o comentário do jurista Pietro Perlingieri<sup>68</sup> quando compartilha a premissa da concessão de poder aos particulares pelo ordenamento estatal: “[...] pode-se entender por ‘autonomia privada’, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos - em qualquer medida - livremente assumidos”. Se o significado jurídico do ato não tem origem nas variáveis que incidem na relação, mas no enquadramento normativo de uma norma superior que concede aos indivíduos o poder de autorregulamentação das relações privadas, o significado objetivo da vontade e sua proteção ficam subordinados aos critérios estabelecidos pela ordem jurídica vigente.

A propósito, sendo o direito uma ordem coativa, pois Kelsen adverte que se deve: “[...] rejeitar uma definição do Direito que o não determine como ordem de coação [...]”<sup>69</sup>; então, as partes contratantes exigirão do Estado a aplicação da sanção civil na violação do acordo; *i.e.*, nenhum acordo entre particulares é capaz de vincular direitos em uma relação negocial na ausência de uma norma válida que garanta a execução, pela via estatal, os efeitos jurídicos de sua violação; continua Kelsen<sup>70</sup>: “[...] característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis [...]”; em perspectiva “sancionista”<sup>71</sup>, interpretam Adyr Ferreira e Clodomiro Bannwart que a imputação de *juridicidade* também exige dispositivo sancionatório<sup>72</sup>: “[...] a resposta do Estado colmata o princípio da inviolabilidade causal das ciências naturais, *i.e.*, a *sanção* estabelece a coerência intrassistêmica do mundo jurídico, tal como a *causalidade* fixa a coerência intrassistêmica do mundo natural [...]”. Nesse sentido, *cf.*

97

---

<sup>67</sup> KELSEN, Hans. *Compêndio de Teoria General del Estado*. Op. Cit. p. 35-36.

<sup>68</sup> PERLINGIERI, P. Op. Cit., p. 17.

<sup>69</sup> RR2: 38.

<sup>70</sup> RR2: 23.

<sup>71</sup> “normas jurídicas” são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”. BOBBIO, N. TGD. Trad. D. Agostinetti. SP: M.F., 2010, p. 152. “Sobre o problema da sanção [...] poderíamos quase distinguir os filósofos do direito do passado e do presente em duas grandes fileiras, uma dos “sancionistas” e a outra a dos “não sancionistas”. Por parte da filosofia do direito, é o problema que tenha incitado as maiores e mais inflamadas discussões e tenha sido objeto de maiores indagações e reflexões”. BOBBIO, N. Loc. Cit.

<sup>72</sup> FERREIRA NETTO, A. G.; BANNWART JÚNIOR, C. In.: *Positivismo jurídico kelseniano*. No prelo.



---

Kelsen<sup>73</sup>: “[...] se a norma for violada e o dano por ela causado não for reparado, uma sanção deverá ser executada. A transação jurídica é uma condição de um delito civil, e apenas como tal, uma condição (indireta) da sanção civil”.

Se não há como haurir *juridicidade* de um querer, a intencionalidade do ato negocial bem como seus efeitos jurídicos, ficam sujeitos, *cf. supra*, aos critérios estabelecidos pela norma geral superior (contrato) como um *a priori* (lógico) condicionante do seu sentido jurídico. Kelsen<sup>74</sup> ainda observa que há um erro na teoria do negócio jurídico que associa efeitos jurídicos a causa volitiva, trata-se de uma ficção incapaz de comprovar o nexos entre a causa psicológica do ato e o ato jurídico em si, ou, entre a ausência da causa psicológica e os efeitos jurídicos atribuídos a ela: “*Se equipara indebidamente la validez del negocio con los contenidos reales de la voluntad. Esta tendencia errónea se manifiesta superlativamente en la terminología y en el espíritu de las ficciones, en las cuales, a pesar de la prueba psicológica de que no hay voluntad alguna, se finge su existencia*”, bem como na *Hauptprobleme*<sup>75</sup>: “*Lo que, desde luego, puede asegurarse es que el dogma de la voluntad no encierra ni puede encerrar una significación psicológica, que la voluntad que este dogma preconiza tiene que ser necesariamente outra que opera la psicología [...] sino un concepto del pesamiento especificamente jurídico, uma construcción auténticamente jurídica*”.

98

Neste contexto ainda convém ressaltar que: “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”<sup>76</sup>; perspectiva que se opõe à busca de legitimidade no querer subjetivo (*contenidos reales de la voluntad*) como também na relação horizontal entre conteúdos, *i.e.*, não há uma logicidade implícita (ontológica ou analítica) na linguagem como determinação hermenêutica do discurso jurídico, em que a vontade veiculada no ordenamento pela norma válida determine pela sua “substância” uma coerência conceitual intrassistêmica no direito, *e.g.*, um critério de justiça, lembra Alf Ross<sup>77</sup> que: “Invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto”.

---

<sup>73</sup> GTLS: 203-204.

<sup>74</sup> KELSEN, Hans. *Compêndio de Teoria General del Estado*. Op. Cit. p. 37.

<sup>75</sup> HP: 114.

<sup>76</sup> RR2: 155.

<sup>77</sup> ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p. 320.



---

Aliás, desde a 1.<sup>a</sup> ed. da Teoria pura do direito, Kelsen<sup>78</sup> já advertia:

*“The doctrine of the hierarchical structure of the legal system comprehends the law in motion, in the constantly regenerating process of its self-creation. It is a dynamic theory of law--in contradistinction to a static theory, which seeks to comprehend the law (its validity, its sphere of validity, and so on) apart from the process of its creation, and simply as a System already created”.*

Em face destas considerações, conclui-se que a função criadora de direitos do ato negocial não se justifica pela subjetividade de um querer psicológico, pelo empirismo sociológico ou pela logicidade horizontal entre conteúdos valorativos que se desdobram analiticamente, *ad infinitum*, no campo hermenêutico, mas ao sistema escalonado (*condição lógico/transcendental*) em que normas superiores delegam às espécies infra normativas, v.g., o instituto do negócio jurídico, a autoridade de converter o arbítrio em fonte produtora de direito. Se não há direito subjetivo autônomo ou critério metajurídico *a priori* de validação, o direito positivo não se *legitima* pela substância, mas a substância se *valida* pelo direito positivo.

Sendo o negócio jurídico uma norma geral que produz internamente normas individuais, mantém idêntica estrutura nomológica das demais expressões normativas, constituindo-se de hipótese de incidência e um functor deontológico de implicação que vincula, não apenas sentido jurídico objetivo do ato negocial, mas a expectativa de resposta do Estado contra sua violação.

99

## REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho (conocimiento y conocimiento científico, historia de las ideas jurídicas, teoría general del derecho, teoría general aplicada)**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

APRESENTAÇÃO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/pages/apresentacao-do-programa.php> Acesso em: 03 ago. 2023.

AZEVEDO, Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

---

<sup>78</sup> RR1: 91. (A doutrina da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico compreende o direito em movimento, no processo constantemente regenerador de sua autocriação. É uma teoria dinâmica do direito - em contraste com uma teoria estática, que busca compreender o direito (sua validade, sua esfera de validade, etc.). KELSEN, H. *The Methods of Creating Law*. Oxford: Clarendon Press, 2002. (Trad. Livre).



---

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. RodPigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 220.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetto. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA NETTO, Adyr G.; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro. *In.*: Positivismo jurídico kelseniano: Aspectos lógicos, epistemológicos e estruturais da teoria pura do direito. No prelo.

GONÇALVES NEVES, Henrique. **A Objetividade do direito nas teorias do direito de Hans Kelsen e Herbert Hart**. Disponível em: [http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/\(Henrique%20Gonc%CC%A7alves%20Neves\)%20A%20objetividade%20do%20Direito%20em%20Kelsen%20e%20Hart.pdf](http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/(Henrique%20Gonc%CC%A7alves%20Neves)%20A%20objetividade%20do%20Direito%20em%20Kelsen%20e%20Hart.pdf) Acesso em: 03 ago. 2023.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HARARI, Noah Yuval. **Sapiens - uma breve história da humanidade**. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2015.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Compêndio de Teoria General del Estado**. Trad. Ricaséns Siches y Justino de Azcárate. México: Colofón, 1992.

KELSEN, Hans. **El Método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho**. Madrid: Editorial Reus, 2009.

KELSEN, Hans. **Introduction to the Problems of Legal Theory**: A Translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre* or *Pure Theory of Law*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. A. Krug. SP: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Normas jurídicas e análise lógica (correspondência trocada entre os Srs. Hans Kelsen e Ulrich Klug)**. Trad. Paulo B. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.



---

KELSEN, Hans. **Problemas capitales de la teoria jurídica del Estado (desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica)**. Trad. W. Roces. México: Porrúa, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. J. D. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1938.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Trad. José Cretella Jr. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado, 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **WHAT IS JUSTICE? Justice, law and politics in the mirror of science**. Collected Essays by Hans Kelsen. University of California Press Berkeley, Los Angeles, London, 1971.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: parte geral (arts. 1º a 232), volume 1. Renan Lotufo. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTÍNÉZ - VILLALBA, Juan Carlos Riofrio. De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida. **RDESG**, v. 2, n. 2, p. 436-461, jul./dez. 2013.

MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A ciência do direito como uma ciência humana**: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Parte Especial. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PARMÊNIDES, XENÓFANES: Filósofos épicos Parmênides e Xenófanés, fragmentos/edição do texto grego, trad. e comentários Fernando Santoro; revisão científica Néstor Cordero. Rio de Janeiro: Hexis: Fundação Biblioteca Nacional, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito**. Trad. Prof. Jacy de Souza Mendonça. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAMOS RIBEIRO, Paulo de Tarso. **Dogmática jurídica e a crise de legitimação do Estado moderno**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181931> Acesso em: 03 ago. 2023.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Trad. J. G. Ghirardi. RJ: Elsevier, 2010.



---

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. Sao Paulo: Saraiva, 1999.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

SHILD, Wolfgang. **Las teorías puras del derecho**. Reflexiones sobre Hans Kelsen y Robert Walter. Bogotá: Temis, 1983.

TREVES, Renato, Perrin Jean-François. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennees. *In: Droit et société*, n.7, 1987. Science du droit, sociologie. p. 327-335.

VILANOVA, Lourival. Teoria jurídica da revolução. *In.: RBEP*. BH: UFMG, 1981.

VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. *In: VILANOVA, Lourival. Escritos Jurídicos e Filosóficos*, V. 1. São Paulo: AXIS MVNDI IBET, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **La Norma fundamental kelseniana como critério de significacion**. Disponível em: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/333079/20789061>. Acesso em: 03 ago. 2023.

WINDSCHEID, Bernhard. **Tratado de Derecho Civil Alemán. Tomo 1, Volumen I**. Trad. Fernando Hinestrosa, de la octava edición, Literarische Anstalt, Rütten & Loening, Frankfurt a. M., 1900. Bogotá: Editorial UEC, 1976.

