

O ENTENDER SEMÂNTICO DO DIREITO SEGUNDO HANS KELSEN

Maria Deniza Duarte de Almeida¹

Rodrigo Galdino de Oliveira Santos²

Sergio Alexandre Galvão Alves³

RESUMO: Hans Kelsen é um autor clássico considerado de extrema importância no tocante ao Direito como ciência jurídica, tendo uma visão ampla do direito como meio de controle social, autorizador de condutas humanas. Nesse ínterim Kelsen preceitua a necessidade do Direito como ciência ter o seu objeto de estudo, com escopo de evitar suscetíveis erros e pluralidade de objetos. Esse objeto segundo Kelsen seria a norma positivada e organizada em um sistema hierárquico, o qual teria sua norma suprema, a Norma Hipotética Fundamental, que por sua vez estaria no topo do sistema normativo, e todas as demais normas produzidas deveriam estar em harmonia com a norma suprema.

Palavras-Chave: Hans Kelsen. Ciência jurídica. Norma Hipotética Fundamental.

ABSTRACT: Hans Kelsen is considered a classic author of the utmost importance as regards the law as a legal science, taking a broad view of law as a means of social control, authorizer of human behavior. Meanwhile Kelsen stipulates the need of law as science has its object of study, with scope to avoid errors and susceptible plurality of objects. This second object Kelsen would be the norm positively valued and organized in a hierarchical system, which would have its supreme law, Norma Hypothetical Elementary, which in turn would top the regulatory system, and all other rules should be produced in harmony with the supreme norm.

Key Words: Hans Kelsen. Ciência jurídica. Norma hypothetical elementary.

¹ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário FACEX - UNIFACEX. Email: <marcos678seta@hotmail.com>.

² Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário FACEX - UNIFACEX. Email: <rodrigodos@hotmail.com>.

³ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário FACEX - UNIFACEX. Email: <sergio-galvao33@hotmail.com>.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 13 de janeiro, 2015; Aprovado em 8 de fevereiro, 2015.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com os ensinamentos do austríaco Hans Kelsen, o Direito como ciência autônoma não poderia tomar empréstimos das demais ciências sociais, tendo em vista que incorreria num sério risco de pluralidade de objetos. Não pretendia Kelsen com esse entendimento purificar a ciência do Direito, posto que se trata o Direito de uma ciência social aplicada passível de mutações de acordo com o contexto histórico social.

A teoria Kelseniana pressupõe uma identificação entre o direito e as normas jurídicas. Dessa forma, o objeto de estudo da ciência jurídica seriam as normas jurídicas, a chamada norma hipotética fundamental a qual todos os cidadãos pelo princípio da imputação estariam submetidos.

Em sua obra “A Teoria Pura do Direito” elegeu a edificação do mundo jurídico centrado no mundo do *dever ser*, este por sua vez seria regido pelo válido/inválido. As leis prescrevem, autorizam ou permitem determinadas condutas do indivíduo.

A norma geral e abstrata tornaria-se individualizada e concreta para resolução do caso concreto. A norma segundo Kelsen é de suma importância para o âmbito jurídico, haja vista que ela irá trazer o significado dos atos humanos, como também sua licitude ou ilicitude.

O positivismo preceituado por Hans Kelsen é um conjunto de normas, princípios e postulados que se articulam e se harmonizam, sendo de suma importância na área científica, política e sociológica. Não obstante em uma sociedade pluralista e em constante evolução científico-cultural o positivismo não pode se sustentar de maneira uniforme.

Porem não se pode olvidar sua tamanha importância para o sistema jurídico normativo, para estruturação de um sistema de leis organizadas de maneira hierárquica que norteiam os aplicadores do Direito para resolução de conflitos e para as inúmeras relações sociais firmadas diariamente, proporcionando um ambiente favorável para relações sociais marcados pela segurança jurídica. Sem dúvidas um legado deixado pelo austríaco Hans Kelsen.

Seria possível a estruturação de um sistema normativo sem o positivismo de Kelsen? Hoje em uma época pós – positivista, neoliberalista, poderíamos sustentar o sistema normativo sem o positivismo de Hans Kelsen?

Dentre os breves apontamentos relatados, pretende-se no corpo de um artigo científico ressaltar a importância do legado de Hans Kelsen para a ciência jurídica, abordando a relação dinâmica entre o Direito e a moral, atuante também como um meio de controle social. A

constante atuação do Estado, proporcionando a dinâmica jurídica do sistema normativo, retratar e pontuar a importância do objeto de estudo da Ciência jurídica, “ a norma”.

No tocante as normas, importa ressaltar, ser esta a forma mais ampla e eficaz de controle social, daí a importância da Teoria do Direito que é ao mesmo tempo um complexo de normas distribuídas de forma hierárquica e harmônica que possuem seu objeto próprio, qual seja, a norma positivada.

Em uma análise do sistema Kelseniano, é necessário abordar a importância de um sistema positivado, a importância do pilar axiológico do sistema normativo, guiar-se pela norma jurídica positivada para de forma elástica e abrangente resolver os inúmeros conflitos sociais e normativos, com ênfase na pureza metodológica e no mundo imputável que, segundo Kelsen, é o mundo do válido/ inválido, ideal para inserção do sistema positivista.

Vislumbrar como de forma dinâmica e necessária o sistema criado por Kelsen perdura vivo até hoje e em constante atuação com a moral, os valores sociais o Estado, as diretrizes de conduta e convívio social.

2 DESENVOLVIMENTO: ASPECTOS GERAIS

O Direito como uma ciência social que está em constante interação com as demais ciências sociais aplicadas, também com preceitos morais, valores religiosos, não obstante em algumas situações, deve-se manter de forma neutra e imparcial.

Essa neutralidade e ausência de juízo de valor apenas são possíveis com um objeto próprio de estudo que lhe dê a segurança e a elasticidade necessárias para resolução das inúmeras situações trazidas para o Direito enquanto sistema normativo.

É por intermédio do sistema normativo preceituado por Hans Kelsen que o Direito como ciência tem o objeto próprio de estudo, a norma hipotética fundamental. Esse sistema organizado e escalonado prescreve, autorizam e sancionam condutas dos indivíduos no seio da sociedade.

O Estado, por sua vez, detentor da aplicação do Direito, faz com que o sistema normativo atue diretamente na resolução de conflitos, nas relações comerciais e nas demais relações travadas entre os indivíduos que são regulados pelo Direito.

De posse de tais informações não se pode olvidar a importância de um sistema normativo, nem tão pouco da pureza normativa que, na maioria das vezes, faz-se necessário para afastar juízo de valor na aplicação de uma norma.

Quando Kelsen zela pela pureza normativa, não afasta o Direito em definitivo de preceitos morais ou sociais, ao contrário eles se completam sem se sobrepor um ao outro, de forma que o sistema normativo tenha uma norma suprema e que as demais normas e interpretações realizadas delas se harmonizem com a norma superior. São esses aspectos que trataremos nos tópicos que seguem.

2.1 DIREITO E MORAL

Desde os primórdios da história humana, os valores morais atuam como condutores e autorizadores da conduta humana. Atualmente não é diferente, a moral atua em conjunto com o Direito regulando o comportamento social.

As regras de conduta imposta pela sociedade ao lado dos preceitos jurídicos controlam a conduta dos homens, podendo ser apontadas e constituídas de moral e dirigidas aos seus conhecimentos como éticos.

Com a mesma constância, a moral pode ser confundida com a ética e controlar o comportamento humano deliberando atribuições e garantias, e, o Direito se mistura com a doutrina jurídica. Há ainda princípios morais que servem de regra para um comportamento humano em favor de si mesmo, como a compreensão e seu entendimento seguido e não pactuado de que o Direito estabelece atuação externa enquanto o comportamento interno pela moral.

Segundo os ensinamentos do filósofo Immanuel Kant, a separação entre Direito e moral, deve ser vislumbrado sob um prisma formal, e não material, ou seja, a distinção irá depender do que leva o indivíduo a cumprir determinada norma, se uma questão moral, social ou coercitiva.

Nesse diapasão, segundo filósofos moralistas, o comportamento interior do indivíduo, para ser moral, terá que ser contra a sua tendência natural ou seu interesse pessoal. Enquanto o Direito regula a conduta humana pela coação e a imposição de sanções, a moral é um elemento interno e subjetivo de cada indivíduo.

Da mesma forma que, o princípio que serve a regra do Direito serve também o da moral, são criados através dos costumes resultantes de ideias e ações elaboradas de fonte consciente. Nesse contexto em ambos os lados existe um relevante interesse ao positivismo com uma finalidade voltada ao científico.

Por fim, partindo desse pressuposto, as ordens coercitivas, antes mencionadas não possuem diferenciação uma com a outra, no que estabelecem ou autorizam, e sim sua forma de restringir ou vedar determinados comportamentos em seu meio social. A juridicidade em conformidade com a lei aplica sanções, enquanto a moral delimita regras fixadas por um grupo social específico.

Nesse contexto, é importante frisar a importância do Estado como regulador, administrador e aplicador das inúmeras sanções atribuídas pela ordem jurídica, influenciadas pelos valores morais de cada sociedade.

2.2 DIREITO E ESTADO

O Direito, como sistema normativo aplicador de sanções e regulador de condutas, deve ser regido por um conjunto de órgãos e pessoas imbuídos de neutralidade e competência para tanto, daí a relação circular e necessária entre o Direito e o Estado.

Partindo do pressuposto que a constituição ocupa o grau mais alto no ordenamento jurídico, o Estado é o sistema que regula e norteia as diretrizes do Direito como um todo. Dessa maneira, o Direito escalonado pelo Estado e embasado na carta magna é uma produção de normas jurídicas gerais para seu contexto individual das normas.

Com a adversidade do meio de elaboração do Direito por parte do Estado afeta não só a esfera constitucional, mas também a atividade legislativa, de modo que compromete a relação e a concepção de normas individuais incluindo decisões dos tribunais e atos administrativos.

Em contrapartida a relação jurídica em cunho privado com uma relação bilateral entre os indivíduos em condição de uniformidade, regulamentando as inúmeras relações jurídicas entre os particulares.

Este princípio de dualidade entre o Estado e o Direito, almeja uma autonomia em favor de sua ideologia através do poder constituinte originário e sua representatividade, ou seja, poder atribuído aos indivíduos a fim de estabelecer a criação das leis fundamentais do Estado.

A supremacia e disparidade entre os poderes públicos e privados norteiam o domínio político desigual no ordenamento subjetivo do interesse estadual. Desta forma, parte do fundamento da teoria do Estado e do Direito atribui a sua superioridade do Governo em uma ordem coercitiva centralizada e organizada para estruturação jurídica estatal.

A constante dualidade existente entre Direito público e privado cria também a impressão de que só o domínio do Direito público norteados pelos direitos constitucionais, e a organização administrativa, teriam um conceito de política diferente do direito subjetivo que não existe oposição entre o político e o privado, no sentido em que há uma integração ativa na formação da vontade estadual por parte dos indivíduos no que tange aos anseios e necessidades sociais.

Assim, os ditames das normas jurídicas preceituadas através de um Estado munido do poder de jurisdição que lhe é cabível encontram na prestação jurisdicional a garantia da regência das inúmeras relações sociais e promoção da pacificação social.

Conforme sabiamente pontifica Diniz:

O direito ⁴público seria aquele que regula as relações em que o Estado é parte, ou seja, rege a organização e atividade do Estado considerado em si mesmo (direito constitucional), em relação com outro Estado (direito internacional), e suas relações com os particulares, quando procede em razão de seu poder soberano e atua na tutela do bem coletivo (direitos entre particulares, nas quais predomina, de modo imediato, o interesse de ordem privada, como compra e venda, doação, usufruto, casamento, testamento, empréstimo etc.

No que concerne ao poder e à vontade, são considerados pela teoria do Estado e do Direito, como essência do Estado. Uma vez atribuído que o Estado possui uma ordem de conduta humana, é uma ordem de coação caracterizada pela centralidade e personificação desta ordem coerciva, podendo ser aferida pela parcela jurisdicional prestada pelo Estado à população, muitas vezes de forma imperativa.

Nesse ínterim, podemos concluir que toda norma para ter cunho normativo válido, deve advir do Estado, sem emitir, contudo, juízo de valor aos casos concretos que necessitem de regulamentação.

Para se ter uma interpretação e aplicação jurídica normativa livre de juízo valorativo, faz-se necessário um objeto de estudo, para dar a ciência jurídica sua segurança necessária.

2.3 DIREITO E CIÊNCIA

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução à ciência do direito**. 19.ed.São Paulo: Saraiva, 2008. p. 255.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 13 de janeiro, 2015; Aprovado em 8 de fevereiro, 2015.

O Direito como uma ciência social aplicada, necessita do seu objeto próprio de estudo, foi com essa pensamento que Hans Kelsen travou uma árdua luta intelectual para dar a ciência jurídica o seu valioso objeto de estudo “ a norma hipotética fundamental”.

Como enfatizado anteriormente, o Direito como ciência social não poderia tomar empréstimos das demais ciências, pois incorreria em um sério risco de pluralidade de objetos. De acordo com Kelsen a ciência jurídica procura compreender e aprender seu objeto levando em consideração uma visão jurídica normativa.

Sobre esse prisma não se atenta dizer que o Direito como sistema jurídico não veja a importância dos valores sociais, e sim que para criação da lei para resolução de um caso concreto, deve-se levar em consideração um Direito sobre o prisma positivado, ou seja, normativo.

A obra “Teoria Pura do Direito” de Kelsen sem dúvidas é uma das maiores construções estruturais do sistema normativo, proporcionando inúmeras diretrizes para criação normativa de forma escalonada e harmônica com a norma hipotética fundamental.

“O ⁵ jusnaturalismo, longe de ser ciência, era uma ideologia, tolerável num tempo em que os instrumentos teóricos da filosofia eram insuficientes, hoje, superada pela fundamentação da axiologia jurídica”.

É de extrema importância que se ressalte a importância desse aprendizado para o controle de inconstitucionalidade, haja vista atribuir grande importância à norma suprema, como também a criação de normas harmônicas com estas, para que possam usufruir de validade normativa.

Caso assim não o fosse, o sistema jurídico normativo seria um sistema pluralista e falho, além de cair na insegurança jurídica de suas decisões e abrir preceitos de sucedâneos recursais em todas as esferas do Direito.

O Direito como meio de controle coercitivo, político e social deve garantir aos cidadãos um sistema jurídico uno, positivado, regulamentado e condizente com os preceitos fundamentais axiológicos da norma suprema.

Apesar de varias críticas atribuídas à Kelsen por encarar o positivismo com tamanha seriedade, a maior luta do autor era atribuir ao Direito o seu objeto como ciência, qual seja, a norma. Além de proporcionar segurança jurídica, atribuir diretrizes normativas duradouras e confiáveis.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução à ciência do direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.47.
*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 13 de janeiro, 2015; Aprovado em 8 de fevereiro, 2015.

Enfatizou a importância de se ter um sistema positivado organizado e preparado para a resolução dos conflitos, buscando um ideal de pacificação social com justiça, é o que se vislumbra de um sistema organizado e preparado de forma madura e escalonada.

2.4 O OBJETIVO DO SISTEMA POSITIVADO

É bem verdade que não se vive hoje uma era positivista, todavia não se pode olvidar que o modelo positivista perdura até hoje e que sem ele seria praticamente impossível manter a Direito como o meio mais eficaz de controle social.

Conforme ensinado pelos professores Ada Pellegrine, Cândido Rangel e Antônio Carlos de Araujo Cintra, o Estado detém o monopólio jurisdicional a função de dizer o direito e dirimir conflitos inter individuais. A pacificação social com justiça é o pilar axiológico e normativo do sistema jurisdicional.

Logo, para alcançar com amplitude o viés de resolução dos inúmeros conflitos interindividuais, mister se faz um sistema positivado, previamente pensado e organizado de forma atender os anseios sociais ao longo do tempo.

Nesse ínterim, Hans Kelsen preceitua a necessidade de positivação normativa, normas dotadas de validade e concordância com a norma primeira que rege uma sociedade, a sua Constituição. Não obstante, Kelsen admite a existência de lacunas no sistema, tendo em vista os inúmeros conflitos existentes em uma sociedade.

Com o escopo de preencher lacunas e dirimir possíveis divergências legislativas, Kelsen admite em um escalão posterior ao Constitucional, a criação de normas gerais positivadas advindas do costume. Ressaltando que estas para terem validade devem estar em conformidade com a norma hierarquicamente superior, qual seja a norma hipotética fundamental.

Como preceitua sabiamente o Ministro Gilmar Mendes:

O valor⁶ normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade auto-evidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da história e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8.edd. São Paulo: Saraiva, 2013. p.53.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 13 de janeiro, 2015; Aprovado em 8 de fevereiro, 2015.

A norma positivada proporciona a absorção de valores sociais, econômicos e políticos dentro de um esquema piramidal e hierarquizado, respeitando os princípios de unidade do texto Constitucional, supremacia da constituição e materialização das normas.

De forma que para ter valor e força normativa, todas as leis, atos e emendas devem estar em conformidade com a norma suprema, sob-ameaça de serem atingidas por vícios de inconstitucionalidade. Kelson⁷ “Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica”.

Outro caráter do sistema Constitucional preceituado por Kelsen em sua obra “Jurisdição Constitucional” é estabelecer limites jurídicos aos órgãos do poder, seja na esfera executiva, legislativa ou judiciária, estes devem ser controlados conforme requisitos constitucionais.

No Brasil, utiliza-se dois tipos de controle constitucional, o modelo difuso e o modelo concentrado. O modelo difuso predominante nos Estados Unidos é aquele exercido por qualquer juiz na resolução do caso concreto, suas decisões são interpartes, ou seja, atingem as partes no processo.

Já o controle concentrado atua como guardião da Constituição, suas decisões têm efeitos erga omnes e vinculante, o que significa que terá efeitos sob qualquer cidadão brasileiro. Exercido no Brasil pelo STF(Superior Tribunal Federal), este julgará casos, atos normativos, leis em tese atingida por vícios de inconstitucionalidade.

De acordo com Kelsen o sistema Constitucional atua como força motriz do âmbito jurídico, regulará desde a elaboração de leis, a sua aplicação, seu grau de abrangência e a sua interpretação.

Nesse íterim, mister se faz comentar sobre a importância da interpretação jurídica, também preceituada por Kelsen em sua obra “Teoria Pura do Direito”, que de acordo com ele não deve ultrapassar o sistema positivado.

A interpretação realizada pela ciência jurídica, difere da interpretação realizada pelos órgãos jurídicos. A ciência jurídica vislumbra o direito como um sistema estático, em uma interpretação simplesmente cognoscitiva incapaz de colmatar as diversas lacunas ocorrentes no direito.

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p.36.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 13 de janeiro, 2015; Aprovado em 8 de fevereiro, 2015.

“A interpretação⁸ jurídico - científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’”(Kelsen).

Sendo assim, a interpretação científica só pode estabelecer significações sobre determinada norma, não podendo incorrer na tomada de decisões para resolução de conflitos, tal aceção compete ao órgão jurídico, esse por sua vez aplicador do direito e colmatador de lacunas.

O direito é o mais amplo e principal meio de controle social. Nesse sentido, pode-se dizer que o direito detém o monopólio da coação, dos limites impostos aos indivíduos com o fulcro de um convívio social pacificado. No tocante as relações comerciais, fornecem as diretrizes necessárias para sua realização de forma duradoura e segura tanto no âmbito nacional quanto internacional.

Em qualquer ato da vida civil está presente a figura jurídica através das normas, para dar a devida validade aos fatos como também a segurança nas relações sociais. É importante ressaltar que essa paz social se dar de forma relativa, pois se um indivíduo age de forma antijurídica o direito pode exercer sua coação sobre ele, ou seja, seu direito de punir.

Vale salientar que o direito de punir não comporta exacerbações nem margens de discricionariedade em razões de motivos pessoais, de cunho emocional, daí a importância de um sistema puro, livre de especulações políticas, sociológicas, pois determinadas condutas comportam apenas uma visão estreitamente jurídica.

2.5 A PUREZA METODOLÓGICA

Conforme explanado anteriormente, o Direito como uma ciência jurídica não poderia tomar empréstimos das de mais ciências sociais. Com escopo de dirimir essa questão Kelsen preceitua a produção de um sistema normativo puro e desvinculado de emoções e juízo de valor.

Em sua obra “Teoria Pura do Direito”, Kelsen procura desvincular o direito de especulações políticas, sociológicas, psicológicas, não no sentido de dizer que tais ciências não se completam, mas sim no tocante as considerações e opiniões de determinados assuntos que na visão do autor deve ter o caráter estritamente jurídico normativo.

⁸ Ibidem., p.396.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 13 de janeiro, 2015; Aprovado em 8 de fevereiro, 2015.

Conforme se denota, Kelsen pretendia libertar a ciência jurídica, evitando assim a incorporação de elementos estranhos ao objeto de estudo da ciência jurídica. A norma seria o alicerce fundamental do direito. Haja vista que a norma jurídica é o meio abrangente e eficaz de controle social.

Na visão ampla do direito, impossível não vislumbrar sua ligação umbilical com a sociologia, a política, a psicologia como também outras ciências envolvidas intrinsecamente com o comportamento humano e seus reflexos no mundo exterior.

Todavia o direito como ciência jurídica deve ter seu objeto autônomo de estudo, e esse objeto deve ser dotado de elasticidade, de interpretação coesa e ampla para atender as inúmeras necessidades sociais que surgem ao longo dos anos.

Foi com esse pensamento que Hans Kelsen elegeu o objeto da ciência jurídica e deu a esse objeto a importância que lhe é peculiar como sistema de controle social e regente de inúmeras relações sócias de cunho jurídico, patrimonial, pessoal, dentre outros.

Não obstante Kelsen reconhece a interação do Direito e os demais ramos das ciências sociais aplicadas, inclusive para produção de normas positivadas para reger as relações sociais, o que não pode ocorrer é uma impureza do sistema normativo, a ciência jurídica incorrer num sério risco de ausência de objeto de estudo.

Caso ocorresse determinado fato, como preconizar que o Direito é um sistema hierarquizado de normas válidas que prescrevem, autorizam ou proíbem determinadas condutas? Qual a segurança que tem uma ciência sem um objeto próprio de estudo?

Para responder esses, dentre outros questionamentos, Kelsen escreveu “*A Teoria Pura do Direito*” considerada uma das suas maiores obras. Nessa obra Kelsen nos relata os erros que poderia ocorrer à ciência do Direito caso tomasse empréstimos das demais ciências sociais.

Esses erros, certamente culminariam com o descrédito normativo e insegurança jurídica. Como poderíamos pensar em um negócio jurídico, uma relação comercial, as inúmeras relações sociais existentes entre os indivíduos a cada instante sem uma norma dotada de força normativa, de validade, de poder de coação.

E é em razão da segurança jurídica e de um mundo dotado de normas e regras de convivência que Kelsen descreve em sua obra “*Teoria Pura do Direito*” o mundo do dever ser, o mundo imputável assim chamado por ele.

2.6 O MUNDO IMPUTÁVEL

O mundo imputável é composto por condutas e diretrizes da ciência jurídica, que autorizam, prescrevem e sancionam o comportamento humano, intrinsecamente ligado ao sistema positivado, proporcionando segurança jurídica e as inúmeras relações sociais.

O mundo do dever ser, qual seja, o mundo do válido/inválido. Este seria o mundo ideal descrito por Kelsen. O mundo do dever ser seria regido por condutas humanas tidas como obrigatórias e direcionadas a todos de forma igual e generalizada. De forma a uniformizar as regras e decisões e zelar pelo princípio da segurança jurídica.

Nesse ínterim, pode-se citar a teoria dinâmica do direito, esta por sua vez analisa e regulamenta o processo jurídico, a produção de leis bem como sua aplicação e fundamento de validade.

Como identificar o que fundamenta a validade de uma norma? Apenas a autoridade competente e devidamente investida, nos atributos das suas funções pode fixar normas, esses indivíduos por sua vez fazem parte do poder legislativo. As normas produzidas devem atender a uma premissa maior, que será seu fundamento conclusivo de validade.

As normas produzidas que atendem aos critérios de validade fazem parte do sistema normativo vigente, logo passíveis de aplicação de forma imediata, contida ou limitada, de acordo com os ensinamentos do Prof. José Afonso da Silva:

[...] não há norma ⁹constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.

Nessa hierarquia de validade, a norma superior, premissa maior, não pode ter sua validade aferida, por isso Kelsen a intitula de “norma fundamental”, a qual constitui validade para todo sistema normativo.

Assim sendo, a norma fundamental basta existir, e se impor, para que exista um sistema jurídico positivado. Elas vão estabelecer como e por quem as leis devem ser feitas, constituindo assim um sistema de normas estruturadas de forma piramidal, de forma que a norma superior estaria no topo da pirâmide.

⁹ SILVA, Jose Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 81.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 13 de janeiro, 2015; Aprovado em 8 de fevereiro, 2015.

Essa norma em dinâmica com a sociedade, confeccionada pela autoridade competente e normatizada, terá seus reflexos na sociedade e no sistema normativo hierárquico, refletindo diretamente na sociedade como um todo.

3 DESENVOLVIMENTO: ASPECTOS ESPECÍFICOS

A norma pode ser observada sob dois prismas, o dinâmico e o estático. O que é de suma importância para a produção normativa, como também para a aplicação da norma. Ambas terão como estudo a norma jurídica em vigor.

Enquanto o sistema estático estuda o sistema normativo, com intuito de produção normativa coerente, tendo a norma fundamental como seu método logico formal, a dinâmica jurídica atuará no sistema normativo, o sistema de criação da norma, a sua atuação de fato no sistema, na sociedade e o seu fundamento de validade.

A construção normativa deve seguir um rito, uma formalidade essa formalidade está prevista e positivada na Norma Hipotética Fundamental, no caso do Brasil na Constituição Federal, para uma norma ser dotada de validade e eficácia é necessário à solenidade do processo legislativo.

Graças ao legado normativo deixado por Kelsen é possível e necessário um sistema escalonado positivado, a produção normativa é realizada por meios de órgãos e pessoas com competência para tanto.

O conflito normativo sempre existirá, dada a complexidade das situações e as mudanças inerentes a toda sociedade ao longo dos anos, todavia com um sistema duradouro e coerente é possível enfrentar os conflitos de forma pacífica e harmônica com a ciência jurídica. São essas temáticas que trataremos nos tópicos que seguem.

3.1 A DINÂMICA JURÍDICA

O sistema de análise de normas dinâmico preceituado por Kelsen faz um estudo normativo em constante interação com a sociedade e seus conflitos, observando a norma, como também a sua principal, a resolução de conflitos.

Seu estudo será as normas jurídicas em vigor, como determinadas normas são produzidas e como serão aplicadas, como também o seu fundamento de validade. “Uma norma

que representa o fundamento¹⁰ de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com a norma que é, em relação a ela, a norma inferior”.(Kelsen)

O fundamento de validade de uma norma jurídica não está vinculado unicamente ao seu conteúdo, mas por ela seguir um rito para sua criação, de uma forma mais ampla porque seu conteúdo é fixado em concordância com a norma hipotética fundamental.

Em razão disso fará ela parte do sistema jurídico, ocupando nele seu espaço de forma harmônica e hierarquizada. A norma fundamental seria o caminho, a direção para validade normativa.

Sobre o tema Kelsen ensina:

Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, esse pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta¹¹, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que os sentidos subjetivos dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado com seu sentido objetivo. As normas de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade comum é esta norma fundamental não são como o mostra a recondução à norma fundamental anteriormente descrita um complexo de normas válidas colocadas umas ao lado das outras, mais uma construção escalonada de normas supra- infra- ordenadas umas às outras.

O caráter da criação normativa nesse diapasão, não estaria atrelado a um ideal de justiça, e sim a sua concordância, sua validação com a norma imediatamente superior, num esquema piramidal, ambas em harmonia com a norma hipotética fundamental.

Essa busca pelo fundamento de validação é um silogismo filosófico, haja vista, as normas articularem um determinado fato produzido pela conduta humana (premissa), uma sanção correspondente aquele fato antijurídico (premissa), a aplicação da norma ao caso concreto sem produzir juízo de valor (conclusão).

No que concerne à eficácia, esta não é pressuposto para validade, essa observação é de suma importância, haja vista que constantemente liga-se a validade da norma jurídica a sua eficácia. Não obstante, podemos encontrar normas jurídicas plenamente eficazes que carecem de validade, como também normas sem eficácia, porém totalmente válidas, dessa forma podemos concluir que eficácia não é sucedâneo para validade normativa.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 215.

¹¹ *Ibidem*. p.224.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 13 de janeiro, 2015; Aprovado em 8 de fevereiro, 2015.

Noutra acepção não menos importante temos normas válidas, todavia conflituosas entre si, foi com o intuito de solucionar essa problemática que o jurista Norberto Bobbio criou critérios para solucionar divergências normativas, são eles o critério cronológico, de especialidade e hierárquico.

Apesar dos critérios criados por Bobbio, é na pratica que os operadores do Direito de forma dinâmica e flexível resolvem os inúmeros conflitos levados aos órgãos do judiciário. Analisaremos de forma pormenorizada como funciona na pratica os conflitos normativos.

3.2 CONFLITO NORMATIVO

O conflito normativo, não significa dizer que uma norma não é valida, mas sim que para determinado caso existem duas ou mais normas conflituosas entre si aplicáveis ao caso concreto, tratando-se de uma ciência social é algo perfeitamente possível.

Levando em consideração a construção escalonada do sistema normativo, de forma piramidal de normas supra e infraordenadas, não é de assustar que haja conflito entre normas de um escalão superior e uma norma de escalão inferior. Nesse íterim poderíamos nos fazer o seguinte questionamento: Se uma norma entra em conflito com outra, não perderíamos a unidade do sistema normativo?

Nossa indagação poderá ser respondida de uma forma clara e precisa, algo que é nulo não é passível de ser anulado pelo Direito. Se a norma não corresponde de forma harmônica a norma que precedeu a sua criação, ela não pode ser considerada como norma do sistema normativo.

Segundo Kelsen o sistema normativo é um sistema jurídico-lógico. Nesse viés mister se faz citar a questão das antinomias e lacunas normativas, segundo o autor as antinomias podem ocorrer de forma parcial ou total.

Uma antinomia será considerada total se uma norma autoriza determinada conduta, enquanto outra norma condena, poderá ocorrer também de forma parcial se, por exemplo, o conteúdo de uma norma for, em parte, distinta da outra.

A existência de antinomias seria um óbice à ideia de um sistema fechado, como propôs Kelsen. A solução encontrada por ele para resolver o incidente seria: para resolver o conflito entre duas normas entraria uma terceira norma posta pelo próprio sistema, que revogará uma das normas conflitantes.

Assim o princípio lógico da não contradição ensinado por Kelsen, remeteria a dizer se uma norma é válida ou não válida, logo se uma das normas não é válida se quer poderá haver divergências entre elas.

É importante ressaltar que o autor não considera admissível que uma norma seja considerada válida, estando em desacordo com o texto constitucional, o que seria uma contradição, haja vista a Constituição ser a norma suprema.

No tocante a lacuna, Kelsen diz que, quando as normas jurídicas não versam sobre determinada conduta não significa dizer que essa conduta esteja permitida, significa apenas que não há uma norma jurídica individualizada para aquela conduta praticada, todavia dentro do sistema normativo que por sua vez é uno nada impede o magistrado de colmatar o fato, para aplicação do Direito.

Dessa forma, o magistrado não estaria agindo fora do âmbito jurídico e nem aplicando outra forma de resolução de conflito, se não o próprio Direito positivado, individualizando a norma geral para o caso concreto.

3.3 A ESTÁTICA JURÍDICA

A Teoria Estática irá embasar seus estudos concentrando-se nas normas jurídicas em vigor, passíveis de produzir sanções civis e penais, direitos subjetivos, competências, responsabilização individual e coletiva dentre outras consequências jurídicas.

A sanção será atribuir ao indivíduo uma coação por uma conduta omissiva ou comissiva, praticada por ele, que de alguma forma tenha gerado um dano a uma terceira pessoa, seja esse dano na esfera civil ou penal.

Conforme se denota da lição de Kelsen:

As sanções no sentido específico¹² desta palavra aparecem no domínio das ordens jurídicas estaduais sob duas formas diferentes: como pena (no sentido estrito da palavra) e como execução (execução forçada). Ambas as espécies de sanções consistem na realização compulsória de um mal ou para exprimir o mesmo sob a forma negativa na privação compulsória de um bem(...)

No tocante a responsabilidade, ligamos diretamente o termo a algo que estamos obrigados a realizar de determinada maneira, no contexto em questão trata-se da responsabilidade como um dever jurídico.

¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 121-122.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 13 de janeiro, 2015; Aprovado em 8 de fevereiro, 2015.

O indivíduo é obrigado a agir ou omitir-se de determinada forma sob pena de ser responsabilizado, coagido pelo sistema normativo. O termo “obrigado” devemos entender como pressuposto para que caso ele aja em desacordo com o sistema normativo, sofrerá as sanções cabíveis em relação ao seu ato, que é reprovado juridicamente.

No sistema normativo estático o método aplicado é o hipotético dedutivo, pois o fundamento de validade das normas pode ser retirado da norma básica, da norma suprema, é um método lógico formal.

A conduta que um indivíduo é obrigado em relação ao outro, corresponde a uma determinada conduta do outro indivíduo, no caso dessa relação circular entre indivíduos, um na sua ação ou omissão agir de forma antijurídica com o outro, nascerá para o prejudicado a pretensão a reparação do seu dano, protegido juridicamente pelo direito positivado. “Uma ‘pretensão’ a ser¹³ sustentada num ato jurídico apenas existe quando o não cumprimento do dever se possa fazer valer através de uma ação judicial”. (Kelsen).

A competência tratada nesse contexto é a função do órgão legislativo em produzir normas, que por sua vez devem estar em concordância com a norma fundamental, o legislativo criará normas gerais e abstratas, e os órgãos administrativos e judiciários as tornarão individuais e concretas na resolução dos conflitos.

Conforme ensinamentos do Prof. Marinoni

A teoria de Kelsen afirma a idéia de que toda norma tem como base uma norma superior, até se chegar à norma fundamental, que estaria no ápice do ordenamento. De modo que a norma individual, fixada na sentença liga-se necessariamente a uma norma superior. A norma individual¹⁴ faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes.

Ou seja, o juiz aplicador da lei, atuará à vontade concreta desta, e na existência de lacunas deverá recorrer à analogia, costumes e princípios gerais do direito, pois conforme relatado anteriormente não pretendia Kelsen separar o Direito das demais ciências sociais, e sim determinar qual seria o objeto de estudo do Direito enquanto ciência jurídica.

O objeto de estudo, daria a ciência do Direito a segurança jurídica que lhe é necessária. É baseado nesse pensamento que em vários países, inclusive o Brasil a construção de uma norma passa por um rígido processo antes de sua entrada em vigor.

¹³ Ibidem. p. 144.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.36-37.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 13 de janeiro, 2015; Aprovado em 8 de fevereiro, 2015.

3.4 A CONSTRUÇÃO DA NORMA

O processo de construção de uma norma influencia consideravelmente o conteúdo de um texto normativo, como também a aplicação dessas normas. Hoje um forte e importante traço do positivismo e formalismo jurídico, a construção normativa.

No Brasil, vivenciamos um processo legislativo rígido. Da construção de uma norma até sua efetiva entrada em vigor varias etapas são trilhadas. Esse processo de construção irá depender de inúmeros critérios, como exemplo, podemos citar o critério de competência, de qual ente federativo é a competência para legislar sobre determinado assunto.

A nossa norma hipotética fundamental, ou seja, a Constituição Federal cuidou de disciplinar a competência legislativa de cada ente federativo, como também da União dividindo essas competências por matéria, nada mais sensato haja vista em um país diversificado como o Brasil cada ente ter anseios e necessidades diversas.

Essa subdivisão e formalidade são necessárias para garantir um sistema duradouro, seguro e harmônico, compatível com os anseios da sociedade e capaz de comportar as mudanças de cada época.

Nosso Legislativo funciona por meio do Congresso Nacional, que é bicameral, ou seja, composta por duas casas a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, atuando em sessão ordinárias e extraordinárias ao longo da legislatura.

Como se pode observar, o sistema normativo está em constante transformação, as normas são readequadas, interpretadas e aproveitadas, e muitas vezes reformuladas, todavia a subdivisão e organização hierárquica e legislativa seria praticamente, impossível, sem o sistema Kelseniano.

É por intermédio do sistema piramidal criado por Hans Kelsen que a Constituição Federal prevalece formalmente e materialmente como norma suprema, situando no topo da pirâmide e ao mesmo tempo readequando e completando-se quando é necessário para atender o seu viés principal, qual seja, uma sociedade democrática, digna e o Estado Democrático de direito.

4 CONCLUSÃO

Nesse mesmo diapasão, pode-se concluir que o entender semântico do direito para Kelsen são as normas jurídicas positivadas e hierarquicamente organizadas, com o propósito

de regular o Estado e as regras de convívio social nos limites estabelecidos pela lei. Dessa forma consolidando o ideal do princípio da segurança jurídica.

Não separando o Direito das demais ciências sociais, ao contrário concordando que estas se completam, todavia o Direito necessita do seu objeto de estudo “a norma”. Pois qualquer ramo da ciência seja ele na área humanística ou não, deve ter o seu objeto de estudo.

Não se pode olvidar a bravura de Hans Kelsen, em ser um dos pioneiros e mais importantes positivistas em estruturar um esquema de produção e interpretação normativa atrelado na ideia de pureza e harmonia jurídica das normas.

Com notórias influências de Immanuel Kant, Kelsen dedica parte da obra “Teoria Pura do Direito”, para falar do mundo do *dever ser*, o mundo da imputabilidade, do válido e inválido, para ele o mundo ideal, o que seria segundo Kelsen uma lógica transcendental, em que a norma básica é o fundamento de validade para todas as demais normas construídas em um escalão inferior a ela.

Ressalta-se a importância de vermos o Direito como o maior e mais eficaz meio de controle social, que prescrevem, autorizam ou coagem determinadas condutas do indivíduo, atreladas a um conceito de moral, a qual é inerente e subjetiva de cada indivíduo.

Conforme esclarece a Prof.^a Maria Helena Diniz, Kelsen através de seu vasto conhecimento histórico e jurídico reagiu à anarquia da época, que detinha uma má consciência do jurista, reduzindo a atuação deste a uma ciência natural, a qual carecia de objeto de estudo.

A ciência tem por missão primária conhecer seu objeto de estudo e separá-lo da carga valorativa epistemológica de outras áreas de conhecimento, Kelsen, através da pureza metódica, como assim ele chamava, conseguiu definir qual seria o objeto primordial do Direito enquanto ciência.

A importância dos estudos de Kelsen é inerente a qualquer ramo de Direito seja ele público ou privado, pois possui um caráter essencialmente dinâmico, conforme ensinava Kelsen uma norma não vale essencialmente pelo seu conteúdo, tendo em vista que qualquer conteúdo pode ser jurídico, mais sim pelo seu fundamento de validade, “a norma hipotética fundamental”.

Um dos maiores legados da “Teoria Pura do Direito” sem dúvidas é a segurança jurídica nas relações jurídicas normativas, afastada de juízo de valor e de emoções pessoais inerentes ao ser humano, visando à resolução dos conflitos com seriedade e competência.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 13 de janeiro, 2015; Aprovado em 8 de fevereiro, 2015.

Sem dúvidas a segurança jurídica e a validade do conteúdo normativo aplicado na resolução de conflitos, como também nas inúmeras relações comerciais realizadas pelos indivíduos, deve ser tida como pilar de sustentação em um contexto jurídico político, como por exemplo, na nossa Constituição Federal, que é a nossa norma hipotética fundamental.

REFERÊNCIAS

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria geral do processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. **Teria pura do direito**. 8.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Jose Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.