

**O NORMATIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN:
a norma jurídica como objeto da Ciência do Direito**

Sulamita Crespo Carrilho

Machado

Professora Titular do Centro Universitário

Newton Paiva

Advogada

**RESUMO: Apresentação dos pressupostos teóricos do desenvolvimento da Teoria Pura do
Direito como ciência da norma jurídica.**

SUMÁRIO

I Intróito	1
II A Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen	2
III A Norma Objeto da Ciência do Direito	4
IV A Norma Fundamental	10
V Considerações Finais	14
VI Referências Bibliográficas	15

I Intróito

O Normativismo Lógico é o legado de Hans Kelsen para a Teoria Geral do Direito e a Filosofia Jurídica, trazendo imensa contribuição para o conhecimento jurídico-científico do século XX.

Participante do Círculo de Viena e influenciado pelo pensamento de Kant, Kelsen posiciona-se no contexto filosófico de modo crítico e extremamente lógico. A Escola Positivista, caracterizada pelo Matematicismo, assim como a crítica do conhecimento jurídico kantiana, marcada pela formação e pela busca de uma ciência do Direito autônoma e depurada, são o ponto de partida de Kelsen para o desenvolvimento de sua teoria acerca do Direito.

Vejamos de um lance como Kelsen perpassa certos pontos do Direito e da Filosofia do Direito, partindo do seu problema epistemológico, seguindo em direção à norma, objeto da Ciência do Direito, e suas implicações, até à norma como norma de justiça, desenhando, enfim, um breve esboço do normativismo jurídico.

II A Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen

Kelsen faz uma opção positivista ao desenvolver sua epistemologia. Parte do pressuposto de que só é possível conhecer as coisas que se dão à nossa sensibilidade. O conhecimento só é possível através da dialética entre sensibilidade e razão, entre fenômeno e noumenon, e conhecimento é

conhecimento científico. Irá, assim, identificar a teoria do conhecimento jurídico ao conhecimento científico do Direito, da mesma maneira que a Teoria Pura do Direito à Ciência do Direito.

Eis, pois, a importância de Kelsen para a Filosofia do Direito: a afirmação do Direito como ciência.

Recordando com Aristóteles o conceito de ciência, temos que consiste no “conjunto de verdades relativas a um objeto formal metodologicamente ligados por causas e princípios”. Trata-se, então, de um sistema de conhecimento, que visa à captação da essência das coisas, tendo a razão como poder diferenciador e que descreve o observado através de enunciados.

O problema epistemológico de Kelsen é, portanto, como é possível uma ciência rigorosa do direito. Põe, então, a questão do método. Neste sentido, irá lançar mão de uma dicotomia, dividindo a realidade a fim de que possa ser analisada, estabelecendo um paralelo entre natureza e sociedade, e, por conseguinte, a distinção das ciências em explicativas e normativas.

Diz Kelsen, as ciências explicativas são as que tratam do ser, que têm por objeto a realidade como ela é. As suas leis são as leis naturais e suas relações respectivas são de causalidade (A será B), necessárias, compondo elos infinitos. Enfim, a sua finalidade é teórica, voltada para o intelecto, consistindo na contemplação da essência do objeto. Por outro lado, as ciências normativas tratam do dever ser, tendo por objeto a realidade como deve acontecer. As suas leis (proposições jurídicas) são normas de conduta, sendo as suas relações, pois, de imputação (se A deve ser B), obrigatórias, compondo elos finitos. A sua finalidade é prática, voltada para a análise da ação humana dotada de vontade. Do exposto, advém que o direito é uma ciência normativa.

III A Norma Objeto da Ciência do Direito

Consoante, neutralizando outros aspectos da realidade, Kelsen faz um recorte epistemológico e estabelece a norma como objeto da ciência do direito. Teoria Pura do Direito é a teoria do direito positivo. Eis a pureza metodológica afirmativa do caráter científico do direito. Expurgados os elementos metajurídicos, excluídos conceitos indeterminados e juízos de valor, limita a Jurisprudência à incidência de sua visualização às condições de validade e às relações lógicas entre conceitos de natureza formal. Afirmada, pois, a cientificidade do Direito pela sua intencionalidade, pelo seu método e pelo seu objetivo. A ciência do Direito é uma atividade descritiva, cuja função é a de enunciar as normas jurídicas positivas, através da formulação de proposições jurídicas.

No que tange à norma jurídica positiva, objeto da ciência jurídica, temos que ela se apresenta como um esquema de interpretação e como um sentido de dever ser.

Os fatos realizam-se no tempo e no espaço. Contudo, eles por si mesmos, como fatos da natureza, não têm uma significação jurídica. A norma positiva é que lhes dá uma coloração jurídica, um sentido jurídico, transformando-os em fatos jurídicos (lícitos ou ilícitos). Tomando o exemplo de um homem que se encontre sob a mira de uma arma em um batalhão, temos que o fato por si só não se explica. Tanto pode tratar-se de um homicídio, quanto de uma execução de sentença. A única atitude hábil para solucionar a questão é recorrer ao ordenamento jurídico. Neste sentido, o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico ou antijurídico é o resultado de uma interpretação normativa.

Por outro lado, funciona a norma jurídica positiva como um sentido objetivo

de dever ser oriundo de um ato de vontade, dirigido à vontade de outrem, isto é, como um mandamento vinculativo da conduta de outrem. O Direito é um sistema de normas que regula a conduta humana. Assim a norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou facultada.

Convém, a esta altura, demonstrar o dualismo metodológico relativo ao “sein” e ao “sollen”. Segundo Kelsen, ser e dever ser são dados apreendidos imediatamente pela nossa consciência. A norma é um dever ser e o ato de vontade de que ele constitui o sentido é um ser. A conduta que é e a conduta que dever ser não são idênticas. Da circunstância de algo ser se não segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja. Desse modo, de um ser não decorre um dever ser, e de um dever ser não decorre um ser. Um sociólogo afirma que há crime na sociedade, mas o jurista assim não entende. Para este, do fato de que exista crime na sociedade, não decorre que deva existir. Pelo contrário, embora exista crime na sociedade, não deveria existir. Mas, observe-se, o dever ser não é completamente independente de um ser. O estabelecimento de uma norma efetiva-se sob o pressuposto de que seja possível um ser a ela correspondente. A conduta devida na norma e a existente na realidade são coisas diferentes, mas algo que é pode corresponder a um dever ser (substrato modalmente indiferente).

Aqui se coloca outra divisão: a divisão do dever ser em dever ser em sentido subjetivo e dever ser em sentido objetivo. O primeiro diz respeito ao ato de vontade de um indivíduo que visa à conduta de outro. Seu único fundamento é à vontade de que impõe a realização do ato, revelando arbítrio. Este dever-ser não é vinculativo. Um ladrão que me ordena que entregue meu dinheiro não deve esperar de mim o cumprimento de sua ordem, pois esta não contém um fundamento de validade que me obrigue a tal ato. Isso mostra que nem toda ordem é uma prescrição. Por sua vez, no dever ser objetivo, o ato de vontade é qualificado por uma norma objetivamente válida, que tem seu fundamento em um outro dever ser, superior. Assim, a vontade de realização do ato está fora do

sujeito. O fiscal do imposto de renda, então, é um veículo através do qual se exterioriza a vontade da norma, e uma ordem sua de confisco, por exemplo, deve ser cumprida, vez que vinculante.

Como se verifica, a norma jurídica positiva é um sentido objetivo de dever-ser, que vincula os seus destinatários.

Só pode impor uma norma quem está autorizado por outra norma externa e superior, dentro de limites de competência. Caso contrário, tratar-se-á de arbítrio. Também, uma lei fiscal há que se reportar ao Código Tributário Nacional, e, estas, à Constituição Federal. Uma norma procede de outra até chegar à Constituição. Um dever ser decorre sempre de outro dever ser. Indaga-se, então, de onde vem o fundamento de validade de norma constitucional.

IV A Norma Fundamental

A norma fundamental (*grundnorm*) é o pressuposto de validade objetivo. Trata-se de uma norma fictícia (no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se: Contradiz a realidade e a si mesma), pressuposta por um ato de pensamento, pelo intelecto, e não posta por um ato de vontade. É algo sem o que não se explica a ordem jurídica sob a perspectiva científica, e as explicações não passariam do aspecto teleológico (causal). Ela existe no ponto onde já não mais cabe indagação acerca da razão da validade. Por isso, “devemos obedecer ao pai da Constituição”. Então, ela representa o supremo fundamento de validade de todas as normas jurídicas que formam o ordenamento jurídico.

Deste modo, o fundamento de validade de norma positiva é forma, decorrente da forma de criação; pelo ato de fixação a norma entra em validade,

admitindo-se a sua existência. Validade é a específica existência da norma, no sentido de que deve ser cumprida e aplicada. Não imporá a legitimidade. Pode ser de um ato tirano ou de uma Assembléia, mas deve ser cumprido pelo simples fato de que é válida, isto é, porque existe e a validade de uma norma vai decorrer de outra, que lhe dá fundamento, e assim por diante, *ad infinitum*.

Porém, uma norma só é considerada objetivamente válida quando a conduta humana por ela regulada lhe é efetivamente correspondente. Disso decorre a eficácia, como aplicação efetiva de atos coativos ou a observância de condutas capazes de ensejar a aplicação dos atos coativos, é condição de validade da norma. Daí que a norma deixa de ser considerada válida quando perde sua eficácia. Também, assim como a eficácia é condição de validade, a norma precisa ser válida para ser eficaz (desuetudo). A observância e a aplicação do direito são a medida de eficácia de ordem jurídica.

Como se verifica, a validade da ordem jurídica tem o seu fundamento na norma fundamental e, na eficácia, a sua condição de validade.

V Norma e Valor

No que se refere à norma, igualmente necessita menção a sua relação com o valor.

O valor pode implicar numa apreciação subjetivista, numa idéia de relação sujeito-coisa, num movimento dialético produzindo um conhecimento universal ou valor do objeto em si. Aqui nos interessa este último, relativo à norma jurídica positiva, produzida através de um juízo deôntico, ou seja, relativo à conduta humana, ao modo do dever-ser, e não por um juízo alético (do ser) ou axiológico

(do valor).

Para a teoria tridimensional, a norma deve pautar-se em um valor, pois o direito visa de modo imediato ao bem social e aos valores de convivência, possibilitando a afirmação de cada ser humano segundo sua virtude pessoal. O direito marca e reflete as tendências do espírito, na tutela e na realização de valores.

Em concepção diversa, Kelsen afirma que da norma decorre o valor, e valor não implica uma relação entre realidade e norma, entre ser e dever ser. Valor é a relação de igualdade entre o substrato modalmente indiferente do ser e o substrato modalmente indiferente do dever ser, isto é, uma relação de conteúdos. Desta forma, o juízo de valor que exprime uma relação de uma conduta humana com uma norma presente como válida não se confunde com um juízo de valor subjetivo, que expressa a relação entre dois fatos reais.

A norma funciona como um juízo de valor. Uma conduta determinada como devida pela norma pode corresponder a ela ou contrariá-la. Se uma conduta corresponde à norma objetivamente válida, é justa, valiosa, e o juízo segundo o qual uma conduta é como deve ser é um juízo de valor positivo. Contudo, se uma conduta determinada não corresponde ao dever ser, é injusta, desvaliosa, e o juízo de valor respectivo é negativo.

Ressalte-se que o juízo de valor deve ser distinguido da norma constitutiva do valor. Os juízos de valor são verdadeiros ou falsos, conforme existam ou não normas correspondentes à conduta real no ordenamento jurídico. A norma em si não é verdadeira ou falsa, mas válida ou não válida, vigente ou não vigente. Uma sentença de um juiz pode partir de um juízo verdadeiro ou falso, mas a norma individual por ele formulada não é verdadeira ou falsa, mas válida ou não válida.

Em se tratando da norma e do valor, conveniente é tratar de justiça.

Afirmada como virtude relativa à qualidade moral ou à conduta social, é conteúdo da norma de justiça, que prescreve um determinado tratamento de um indivíduo por outro, especialmente por parte do legislador ou do juiz.

Platão, em sua *Teoria das Idéias*, trata de norma de justiça do tipo metafísico, relativa a uma ordem transcendental. Considerando o Aquém e o Além, revela o conflito entre a justiça relativa, apreensível pela razão humana, que conduz a uma satisfação parcial, a justiça da terra, e a justiça absoluta, divina, a única capaz de atingir o fim da felicidade.

Kelsen, em sua teoria realista do direito, não conhece o direito ideal, emanado de uma autoridade transcendental, mas apenas o direito positivo, estabelecido pelo homem. Na independência de validade do direito positivo da relação que possa ter com uma norma de justiça reside a distinção entre a doutrina do direito natural e o positivismo jurídico. A teoria do direito positivista considera a justiça em relação aos atos legiferantes. Uma norma de direito positiva é justa se a sua estatuição corresponde à norma de justiça, e o valor jurídico constituído por ela coincide com o valor de justiça constituído por este. Por outro lado, uma norma de direito positivo é injusta se a estatuição de uma norma de direito positivo contraria a norma da justiça, isto é, o valor de justiça e o valor jurídico não coincidem. Porém, o fundamento de validade de uma ordem positiva não está em qualquer norma de justiça, mas na norma fundamental por força da qual devemos nos conduzir e tratar os demais, sem importar se há conformidade com qualquer norma de justiça, mas na norma fundamental por força da qual devemos nos conduzir e tratar os demais, sem importar se há conformidade com qualquer norma de justiça, embora a elaboração da ordem jurídica possa representá-las ou ser por elas mesmas apreciadas.

Resta notar que, apesar de que a doutrina de Kelsen tenha se aproximado do pensamento jurídico de Kant, neste aspecto último, da justiça, dele se afasta. Kant localizou o fundamento universal para o direito positivo na noção do justo. No

centro do seu conceito de justiça está a idéia de liberdade, seguida da igualdade, sendo que somente em função delas se pode cogitar o conceito de ordem na sociedade. O direito positivo existe para garantir a liberdade. “Justa é a lei que expressa e que realiza a liberdade, ou o que é dela resultado”.

VI Considerações Finais

Ainda que não seja Kelsen autor de linha de frente nos tempos atuais na Filosofia do Direito, é inegável a sua importância para ela, dada a sua precisão lógica e a sua riqueza conceitual.

Constituindo sua noção de Ciência do Direito na estrutura escalonada de ordem jurídica, a expurgar elementos meta-jurídicos desse tipo de conhecimento, Kelsen vem-nos brindar com uma obra até mesmo excitante para o seu pesquisador, de modo a nos desafiar a todo instante com a sua radicalidade.

Não há que discutir que a Ciência do Direito jamais foi e será a mesma depois de Hans Kelsen, ainda que busque cada vez mais o jusnaturalismo. Os subsídios que são oferecidos em termos conceituais são de notória contribuição para o raciocínio do jurista, que aprende a “dissecar” o Direito, a ver as peculiaridades desse objeto multilateral, mesmo que restrito à norma jurídica, objeto de Ciência do Direito, tal como esquema de interpretação e sentido objetivo de dever ser.

VII Referências Bibliográficas

AFONSO, Elza Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: UFMG, 1978.

KELSEN, Hans. *O Problema de Justiça*; trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. *Teoria Geral das Normas*; trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

_____. *Teoria Pura do Direito*; trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.