

# A DINÂMICA JURÍDICA SOB A ÓTICA DE KELSEN

Ana Carolina Belitardo de Carvalho Miranda<sup>1</sup>

Sumário: **INTRODUÇÃO; 1. A NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL; 2. LEGITIMIDADE, EFETIVIDADE E VALIDEZ; 4. DO DIREITO INTERNACIONAL E A NORMA FUNDAMENTAL; 5. DA ORDEM JURÍDICA HIERARQUIZADA; 6. AS “FONTES” DO DIREITO; 7. DOS PROCESSOS DE CRIAÇÃO, APLICAÇÃO E OBSERVÂNCIA DO DIREITO; 8. DA JURISPRUDÊNCIA; 9. DAS “LACUNAS” JURÍDICAS; 10. A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA; 11. DA “ILEGALIDADE” DA DECISÃO JUDICIAL E DA LEI “INCONSTITUCIONAL”; 12. ANULABILIDADE NORMATIVA; CONCLUSÕES**

## RESUMO

O presente artigo traz à baila os aspectos mais relevantes da Teoria Pura do Direito, especificamente tratando da dinâmica jurídica elaborada por Hans Kelsen. O objetivo da revisão de literatura ora realizada é demonstrar o desacerto de algumas críticas mordazes dirigidas àquele, particularmente no tocante à ausência de reconhecimento da existência de valores no campo do direito. Procurou-se explicitar que a pureza metodológica ora adotada indicaria tão só a necessidade de afastar os elementos metajurídicos para atender ao ideal de objetividade. Apesar do descompasso entre o Direito e a vastidão da casuística, nem por isto se pode deduzir a existência de lacunas, afinal, a ausência de proibição redundava em uma faculdade. Utilizou-se o método dialético, partindo-se da análise da Teoria Pura do Direito e obras concernentes ao tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** TEORIA PURA DO DIREITO. DINÂMICA JURÍDICA. HANS KELSEN. OBJETIVIDADE. JUSTIÇA.

## ABSTRACT

This article talks about the most relevant subjects of “Pure Theory of Law”, specially referring to the part of dynamic legal made by Hans Kelsen. The objective of this literature review is to prove that many of scathing critics directed to him are wrong, especially when it points to not recognize values in Law. This article tried to explain that the method of purity was necessary only to construct an objective Law, thus values should be away. In spite of the differences between Law and concrete cases, it’s not true that there is no rules to be applied because the no prohibition is a faculty. The dialectic method was adopted to analyze the Pure Theory of Law in comparison to other books that focus this theme.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito (UFBA). Advogada. Mestranda em Direito Público-(UFBA). Especialista em Direito Público(UNYAHNA). Email: anacarolinabelitardo@hotmail.com

KEYWORDS: PURE THEORY OF LAW. DYNAMIC LEGAL. HANS KELSEN. OBJECTIVITY. JUSTICE.

## INTRODUÇÃO

O Positivismo Jurídico surgiu entre os séculos XVIII e XIX com o intuito de conferir ao Direito o status científico mediante uma avaliação neutra da realidade, desprezando-se desta forma os elementos metajurídicos. Primava-se pelo desenvolvimento de um saber geral, pautado no método de investigação empirista, e capaz de estabelecer leis constantes e invariáveis que explicariam os fenômenos naturais. Reportando-se a este período histórico, Boaventura de Sousa Santos<sup>2</sup> afirma que na ciência moderna confere-se destaque ao conhecimento científico, alijado na formulação de leis cujo pressuposto é a idéia de ordem e estabilidade. Haveria, então, duas formas de conhecimento científico, que são as disciplinas formais da lógica e da matemática, e as ciências empíricas dentre as quais estão as ciências sociais. O caráter subjetivo dos fenômenos sociais impediria a captação da objetividade do comportamento, já que o cientista não poderia se despir dos valores que conformam a sua prática em geral.

Aplicando-se as referidas exigências ao Direito, que merecia tratamento semelhante às demais ciências naturais, incumbia ao intérprete avaliar somente os aspectos normativos da realidade (situados no âmbito do dever ser). Isto viabilizou a sistematização do estudo jurídico, que contrapunha a atmosfera vigente de arbítrio, insegurança jurídica e fragmentação normativa.

O austríaco Hans Kelsen, profundamente influenciado pelo pensamento kantiano, foi um dos grandes expoentes da aludida vertente filosófica, e dentre as suas diversas obras destaca-se a engenhosa “Teoria Pura do Direito”. Segundo ele, a norma jurídica consistiria num comando coercitivo, de natureza lógica, estando situada no plano do dever-ser. O eventual descumprimento de suas postulações sujeitaria o infrator a uma sanção, facultando-se ao Estado o manejo da força física para impor o cumprimento forçado de tais determinações. Haveria assim duas espécies de ordenamento: o estático, de escopo jusnaturalista, que abarcaria o Direito e a Moral, e o dinâmico, identificado com o Direito positivo. Seguindo a orientação dos demais positivistas, Kelsen sustentava o caráter unitário

---

<sup>2</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 2.ed.São Paulo: Cortez, 2004.p.36

do Direito, com base no qual haveria a fixação de todas as normas jurídicas por um ato de autoridade legitimada para tanto.

A “justiça” da norma seria um aspecto irrelevante, bastando que houvesse o atendimento aos requisitos de validade formal. Negava-se, de outra sorte, a possibilidade de haver regras antinômicas dentro de um mesmo sistema. A ordem jurídica seria representada por uma pirâmide normativa, estabelecendo-se entre a norma inferior e a superior uma relação de subsunção, e a eventual ausência de regulação normativa indicaria uma mera faculdade.

Os críticos desta linha de pensamento, no entanto, afirmam que a julgar pela dinamicidade da casuística seria impossível ao Direito regular todas as situações. Emergiriam por isto muitas questões sobre as quais não houve pronunciamento, ou ao menos não com a solidez necessária. Ademais, a Teoria Pura do Direito tem sido acusada de legitimar regimes totalitaristas ante a afirmativa da validade da norma hipotética fundamental, mesmo que esta seja eventualmente injusta. Isto espelharia a suposta tentativa de conferir um viés de naturalidade até mesmo aos horrores perpetrados pelo nazismo, a exemplo do holocausto.

Cumprido explicitar, neste diapasão, os aspectos de maior relevo da dinâmica jurídica elaborada por Kelsen para que, enfim, seja possível fornecer um pronunciamento adequado às críticas dirigidas à Teoria Pura do Direito. Isto porque, em verdade, muitas destas revelam a carência de uma leitura pouco mais detida, que a despeito de sua genialidade e vanguardismo de seu autor, nem sempre é de fácil compreensão. A atualidade da obra é de tal ordem que muitas das ferramentas viabilizadoras da atual produção e aplicação do Direito remontam daquela.

A despeito de não se tratar de abordagem inexplorada, procurou-se tratar do tema de forma inovadora, utilizando-se para tanto os métodos dialético e monográfico, capazes de aclarar os louros e as fragilidades da formulação em tela. Através da pesquisa bibliográfica buscou-se o enfrentamento da problemática das lacunas, antinomias e da justiça, que costumam ser os objetos centrais das críticas à Teoria Pura do Direito. Objetiva-se, modestamente, em síntese, erigir um autêntico contributo ao foro acadêmico e jurídico com a análise que se delineia adiante.

## 1. A NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL

Imbuído do propósito de elaborar uma ciência do Direito, Kelsen adota o princípio da pureza, que exigiria do cientista do Direito a incumbência de desprezar todos os elementos metajurídicos. O princípio da causalidade regeria o campo do ser, haja vista a existência de uma causa correspondente a qualquer acontecimento, e o da imputabilidade o do dever ser. Tais prismas estariam interligados, todavia, a consecução de uma autêntica ciência jurídica, dotada de método e objeto próprios, demandaria um enfoque estritamente normativo, ou seja, desvinculado dos juízos de valor (atinentes aos fatos sociais) que fazem parte do Direito. Com isto evitar-se-ia que o aplicador do Direito incorresse no risco de ter a sua avaliação conspurcada por elementos estranhos ao campo normativo. Descortina-se na Teoria Pura, portanto, uma abordagem avaliativa que não enuncia, absolutamente, a negativa do aspecto multifacetado do fenômeno jurídico.

Valendo-nos da lição de Marília Muricy<sup>3</sup> é possível melhor compreender razão da inclinação purista:

(...) motivado pela preocupação em assegurar a autonomia da ciência do direito em frente ao que considera invasivas interferências de outras ciências sociais; preocupado, por outro lado, em eliminar o risco ideológico do jusnaturalismo que ameaçava o rigor científico de prática do jurista, Kelsen vai buscar, na matriz kantiana da ‘razão pura’, eficiente cobertura epistêmica para seus propósitos. Sua filiação ao pensamento do ‘filósofo das três críticas’, não obstante o desprezo com que trata pressupostos e conseqüências da ‘razão prática’, é, a nosso ver, inquestionável, nela encontrando separação intransponível entre *ser* e *dever ser*, responsável por seccionar o saber sobre a sociedade em um saber sobre a ‘natureza’ (Sociologia) e um saber direcionado pela lógica da imputação (Direito).

Na perspectiva kelseniana o Direito corresponderia a um sistema de normas disciplinadoras da conduta humana de caráter coercitivo. Uma norma será reputada válida desde que fundada no quanto estabelece a norma superior, que deverá ter sido posta por autoridade legitimada a fazê-lo, com base numa disposição normativa anterior. Entre as normas superiores e inferiores há uma relação de “supra-infra ordenação”, sendo que as primeiras apresentam maior grau de generalidade, ao passo que as segundas são mais específicas.

---

<sup>3</sup> MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOCAULT, C; RODRIGUEZ, J. (Org.). **Hermenêutica Plural** : possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 107-108

A norma fundamental (*Grundnorm*) ocuparia o mais alto grau no ordenamento jurídico, e é o fundamento de validade de todas as outras normas, ainda que injusta, o que traz ao sistema a característica da unidade. Diferentemente das demais, que são postas por um ato de autoridade, esta é uma norma pressuposta, ou seja, estabelecida por ato de vontade suprema ou em razão de práticas reiteradas.

Sobre a validade das normas Norberto Bobbio<sup>4</sup> aduz:

O Positivismo Jurídico, definindo o direito como um conjunto de comandos emanados pelo soberano, introduz na definição o elemento único da validade, considerando portanto como normas jurídicas todas as normas emanadas num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindido do fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade: na definição do direito não se introduz assim o requisito da eficácia.

Hans Kelsen<sup>5</sup> estabelece, por outro prisma, uma distinção entre as duas espécies de sistemas normativos: o estático e o dinâmico. O primeiro corresponde àquele cujas normas têm conteúdo e fundamento de validade dedutíveis da norma fundamental através de uma operação lógica, partindo-se do geral rumo ao particular. Nesta seara estariam compreendidas as normas reguladoras da conduta humana, relacionadas entre si como elementos da ordem vigente. A norma pressuposta apresentaria conteúdo “imediatamente evidente”, fixando a forma e o conteúdo das demais normas. O segundo sistema, diversamente, apresenta uma norma hipotética que apenas direcionaria o fundamento de validade das outras normas, e não o seu conteúdo. Assim, delega-se à autoridade legislativa a competência para criar normas gerais e individuais a partir daquela. Este prisma abarca as normas que cuidam do processo de criação e aplicação do Direito, a exemplo das que versam sobre as questões de validade, unidade, lógica da ordem jurídica, lacunas e regras de competência.

Manuel Atienza<sup>6</sup> assevera:

Ahora bien, el Derecho puede contemplarse no sólo desde un punto de vista estático (como un conjunto de normas), sino también desde una perspectiva dinámica, esto es, como la serie de actos mediante los cuales el Derecho es creado y aplicado. Desde este segundo punto de vista, el derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación e aplicación; en la terminología puesta de moda por el sociólogo Niklas Luhmann, es un sistema autopoietico.

---

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. tradução : Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 1995. p.142

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.217-221

<sup>6</sup> ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Espanha: Ariel, 2004. p.288

A validade das normas pode ser depreendida de sua criação necessariamente de acordo com a forma estabelecida pela norma fundamental. Isto se coaduna mediante um processo especial de elaboração. As normas estariam dispostas de maneira escalonada assumindo a forma piramidal, a qual, de acordo com A. L. Machado Neto<sup>7</sup>, resguardaria uma cadeia de fundamentações em sentido ascendente, e de derivações e aplicações no movimento inverso, à exceção das normas individuais, que estariam adstritas à mera aplicação.

Sobre o tema Hans Kelsen<sup>8</sup> pontifica:

Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo 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 anteriormente descrita – um complexo de normas válidas colocadas umas ao lado das outras, mas uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras.

Pouco importa a “justiça” da norma porque o essencial é avaliar a obediência da norma inferior ao que prescreve a norma superior, e ambas devem estar pautadas na norma hipotética fundamental. Este fundamento de validade da norma positivada é perquirido mediante um procedimento silogístico. Assim, a norma vincula a um fato condicionante a sanção correspondente, sem fazer qualquer juízo de valor acerca de tal relação.

## 2. DOS CONFLITOS NORMATIVOS

Mesmo diante do dogma da coerência do ordenamento jurídico, que nega veementemente a possibilidade de haver antinomias, Hans Kelsen<sup>9</sup> afirma que apenas uma das normas deve ser reputada como objetivamente válida. Através do processo de interpretação é possível superar as supostas colisões normativas. Isto porque, diante da disposição escalonada do ordenamento e das relações de fundamentação e derivação entre as normas que o compõem, a solução seria fornecida de maneira diferenciada, conforme se tratem de normas de mesma hierarquia ou não. Pois bem. Apresentando idêntico escalão, e

---

<sup>7</sup> MACHADO NETO, A.L. **Compêndio de Introdução á Ciência do Direito**. 2.ed.São Paulo: Saraiva, 1973. p.46

<sup>8</sup> KELSEN, op.cit., p.224

<sup>9</sup> Ibidem, p.229

tendo sido elaboradas pelo mesmo órgão legiferante, prevalecerá a norma mais recente pelo princípio da *Lex posterior derogat priori*. Tal regra também se aplica à hipótese em que as normas são estabelecidas por órgãos legislativos distintos, a exemplo da competência para legislar atribuída ao Parlamento e ao monarca.

Por outro lado, segundo aduz, se as normas forem estabelecidas à mesma época, há duas possibilidades de solver o conflito. A primeira seria reputá-las como igualmente válidas, atribuindo-se ao tribunal o condão de eleger a que será aplicável ao caso concreto, e a segunda seria supor a contrariedade parcial das normas, e neste caso, uma restringiria a validade da outra. Se houver contradição entre normas individuais, especialmente quando postas por órgãos legislativos distintos, não é dada a nenhum destes a prerrogativa de anular a decisão do outro porque haveria idêntica legitimidade ao exame do caso concreto. Incumbiria ao órgão executivo tão somente selecionar qualquer uma das decisões, a seu critério. Se o conflito estiver presente, no entanto, numa mesma decisão isto originaria um ato sem sentido, o que inviabilizaria o seu próprio reconhecimento como norma jurídica objetivamente válida.

Merece destaque o posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho<sup>10</sup>:

Se assim é – se leis inconstitucionais podem acabar integrando a ordem jurídica- então a única explicação possível para tal situação é a de que a Constituição outorga ao poder legiferante a opção entre baixar leis ordinárias de conteúdo compatível com o que nela vem disciplinado indiretamente, ou baixá-las com o conteúdo que entender mais adequado, ainda que diverso do que o texto constitucional estabelece. (...) Para a superação das antinomias (conflitos normativos), vale-se o cientista do direito das categorias do duplo poder jurisdicional e do duplo poder legiferante, acima delineadas. A partir da consideração das alternativas, consciente ou inconscientemente abertas aos órgãos legisladores e aos judicantes, pela ordem jurídica em vigor, o cientista do direito mostra que os conflitos entre as normas não existem.

Por fim, há clara negação da possibilidade de conflito entre normas com hierarquias diversas porque a superior é fundamento de validade da inferior, e se esta vai de encontro àquela deve ser concebida como inválida. Se não há observância do procedimento descrito pela norma superior, a norma inferior sequer existe no plano jurídico, por isto é inadmissível o conflito entre uma norma superior e outra inferior.

---

<sup>10</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.44-45

### 3. LEGITIMIDADE, EFETIVIDADE E VALIDEZ

É possível restringir a validade de uma norma, estabelecendo-se seu início e fim, seja por prescrição da mesma, seja por outra de hierarquia superior. Para Kelsen o princípio da legitimidade impõe que a validade de uma norma existirá até que a ordem jurídica disponha em sentido contrário, ou haja a sua substituição por outra norma. O mesmo adverte, no entanto, que tal princípio não será aplicado se houver a instauração de uma nova ordem constitucional. Pode ser, todavia, que a validade de alguns dispositivos seja mantida, recepcionando-se suas prescrições à ordem recém-instaurada. Neste caso não se trata de um direito inteiramente novo, e esta recepção normativa também coaduna um ato de produção do direito.

Alterando-se o fundamento de validade da ordem jurídica, conseqüentemente serão modificados os fatos, interpretados como criação e aplicação de normas jurídicas válidas. Reputar-se-á eficaz a Constituição cujas normas são estabelecidas em conformidade ao que a mesma preceitua, sendo estas aplicadas e observadas. Cumpre mencionar que as leis não recepcionadas pela nova ordem constitucional serão invalidadas.

Para o teórico de Viena, a relação entre a validade e eficácia do Direito reflete a ligação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade. Com isto também o ato de positivação da norma, à semelhança da eficácia, é um fato que abarca a esfera do ser. A validade responderia ao porquê da observância e da aplicação das normas da ordem jurídica, e a eficácia é o acréscimo ao ato de fixação de validade a todo o ordenamento e à norma singularmente considerada. Em uma palavra, a ordem jurídica será válida quando suas determinações, sob o prisma global, forem eficazes, ou seja, observadas e aplicadas. Se a norma, embora pertencente ao ordenamento, permanece sem aplicação poderá perder a sua validade em virtude da chamada *desuetudo*. Kelsen esclarece que esta última corresponderia a um costume negativo cuja incumbência seria invalidar a norma existente que carece de aplicação. A eficácia, em síntese, é uma condição de validade.

Para melhor esclarecer as considerações anteriores, cumpre transcrever a lição esclarecedora de Miguel Reale<sup>11</sup>:

Validade ou *vigência*, esclarece Hans Kelsen, sempre lúcido e preciso nas determinações conceituais, “significa que as normas jurídicas são obrigatórias, isto é, que os homens devem se conduzir como tais normas o

---

<sup>11</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.462-463



prescrevem, ou que as devem cumprir e aplicar. *Eficácia* do Direito significa que os homens realmente se conduzem de acordo com as normas ou que ditas normas são realmente aplicadas e cumpridas. *A validade é uma qualidade do Direito; a chamada eficácia é atributo da conduta real dos homens*, e não, como o uso da linguagem parece sugeri-lo, do direito mesmo.(...) Para Kelsen, ao contrário, o que distingue a regra jurídica é sobretudo a sua *vigência* ou validade técnico-formal. *A eficácia é elemento distinto e de certa forma secundário.*

Com base no quanto afirmado é possível enxergar que, a despeito das críticas dirigidas ao autor da Teoria Pura do Direito, não há uma negativa da presença de valores. Ao revés, afirma-se claramente a vinculação mantida entre a validade lógico-formal e o comportamento humano. A adoção de elementos puramente normativos como objeto do Direito se dá no intuito de refrear a possível influência da Sociologia que despontava à época, e sobretudo, trazer às decisões judiciais a certeza e a segurança necessárias.

Tal se justifica, guardadas as devidas proporções, pelo dilema experimentado com o antigo império do subjetivismo que conspurcava as decisões judiciais por delegar ao seu intérprete grande margem de discricionariedade. A pureza metodológica emerge, portanto, da preocupação com a garantia da segurança jurídica, malgrado não se possa olvidar do exagero quando da sua aplicação. O Direito existe justamente para balizar as controvérsias surgidas no seio social, sendo impossível apartá-lo dos fatos sociais que compõem o seu âmago.

#### **4. DO DIREITO INTERNACIONAL E A NORMA FUNDAMENTAL**

A julgar pelo caráter soberano dos Estados, é possível haver a recepção de uma norma internacional que se tornará vigente no direito interno. Por isto Hans Kelsen<sup>12</sup> aduz que a norma fundamental do Estado atua também neste caso como fundamento de validade da norma internacional, que passou a integrar o ordenamento interno. A situação será diversa, entretanto, se o Direito internacional for a única ordem soberana, superior às ordens jurídicas dos Estados, restringindo-as no âmbito da validade ao se afastarem das disposições da ordem internacional. Em tal hipótese a norma internacional, que é positivada, atua como fundamento de vigência da ordem estadual, o pressuposto sobre o qual estão assentadas as normas jurídicas dos Estados, e apresenta origem costumeira. É esta norma que impõe o modo de

---

<sup>12</sup>KELSEN, *op.cit.*, p.239-242

relação entre os Estados, garantindo-se assim a harmonia. Mesmo que haja uma imposição coativa de um Estado com relação a outro, há uma orientação fixada pelos pressupostos e pela forma correspondente a certo costume dos Estados. Designa-se tal norma de “constituição lógico-jurídica do Direito internacional”.

Impende referir que através destas normas de Direito internacional geral é possível firmar relações mútuas entre os Estados por tratados, com base no *pacta sunt servanda*. Da norma fundamental, neste contexto, apenas se pode extrair a validade e não o conteúdo da norma jurídica.

## 5. DA ORDEM JURÍDICA HIERARQUIZADA

O jurista austríaco pontifica que o Direito regula a sua produção, seja através de uma disposição normativa, que estabelece o processo de criação, seja pela indicação do conteúdo da norma a produzir. A validade da norma estaria atrelada à observância do modo de produção estabelecido por outra norma superior. A ordem jurídica estaria disposta numa construção piramidal, de maneira hierarquizada, portanto, sendo que a norma hipotética fundamental conferiria unidade àquela ao servir de fundamento de todas as normas.

A Constituição ocuparia o mais alto grau do escalão normativo, podendo ser concebida em duas acepções. A primeira delas é a Constituição em sentido material, que corresponderia às normas reguladoras da produção de normas gerais, produzida pela via costumeira ou por ato de um ou mais indivíduos. Através desta haveria a indicação do (s) órgão(s) competente(s) à produção das normas jurídicas gerais, leis e decretos. A segunda é a Constituição em sentido formal que apresentaria normas reguladoras da produção de normas gerais (legislação), além de preceitos que impõem um rito especial à revogação ou alteração de seus dispositivos.<sup>13</sup>

Registre-se que a Constituição poderia apresentar a forma escrita, exigindo um procedimento mais solene à sua alteração, ou consuetudinária (não codificada), que embora apresente caráter material, poderia ser revogada ou modificada por leis simples. Nem sempre o órgão competente para estabelecer, revogar ou modificar as leis constitucionais em sentido

---

<sup>13</sup> KELSEN, *op.cit.*, p.247

formal coincide com o órgão incumbido de estabelecer, revogar ou modificar as leis normais, já que tal competência, em certos casos, é delegada a um órgão especial.

A legislação e o costume estão dispostos no escalão imediatamente inferior ao da Constituição, sendo que os órgãos legislativos especiais criados pelas Constituições estatais são competentes à produção de normas gerais que serão aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas. Se a Constituição não institui órgão legiferante especial, estes últimos serão considerados competentes à criação de normas adequadas ou justas que serão aplicadas ao caso concreto.

A Constituição firmaria o sentido objetivo das normas estatuídas pela via legislativa. Por outro lado, o Direito também poderia ser regulamentado pela Constituição através de fatos consuetudinários, que originariam os costumes ou a vontade coletiva. Para que a norma jurídica seja objetivamente válida, Kelsen condiciona a inserção do sentido subjetivo do fato consuetudinário na Constituição, tornando-se assim fato produtor de norma jurídica. O Direito legislado e o consuetudinário, neste caso, são passíveis de revogação mútua, com base no princípio da *Lex posterior*. Neste particular, a lei constitucional em sentido formal é diferente porque não pode ser alterada por uma lei simples, mas somente através de outra lei constitucional.

Kelsen discordava expressamente da Escola Histórica Alemã, capitaneada por Savigny, e da Teoria Sociológica do direito, que sustentavam a inexistência de criação do Direito através da lei ou do costume, atribuindo a tal processo a mera constatação do Direito preexistente. Para aquele haveria inegável função constitutiva (criadora do direito) da lei e do costume, bastando, todavia, avaliar se este último é transformado em norma jurídica pelo reconhecimento do tribunal, que é o órgão aplicador do Direito. Esta operação seria similar à aplicação da norma legislada porque nos dois casos a existência da norma jurídica geral antecede ao ato de aplicação do Direito, e com isto a determinação do fato pelo órgão que aplica a norma apresentaria eficácia retroativa. Em razão da aplicação das mencionadas normas gerais produzidas consuetudinariamente apenas se realizar através de órgãos aplicadores do Direito, sua validade é restrita.

Enquanto o Direito consuetudinário é produzido por um processo relativamente descentralizado, passando a existir a partir da conduta da maioria dos indivíduos, o legislado exige uma produção por processo relativamente centralizado. As leis são elaboradas por órgãos especiais instituídos com tal finalidade, funcionando de acordo com a divisão do trabalho. Não há uma identificação, no primeiro caso, entre a autoridade produtora da norma e os indivíduos a esta submetidos, ao passo que no segundo caso há certa correspondência.

Lei e Decreto são institutos que não podem ser confundidos, embora integrem o rol das normas gerais. O Decreto é definido por Kelsen como norma geral oriunda de uma autoridade administrativa, podendo ser classificado em decreto-regulamentar ou decreto-lei. A lei em sentido material, por seu turno, compreenderia toda norma jurídica geral. A lei em sentido formal abrangeria toda e qualquer norma jurídica geral em forma de lei, ou seja, emitida pelo Parlamento e publicada de uma maneira determinada.

O mesmo alude ainda à diferença existente entre Direito material e formal. O primeiro corresponde às normas jurídicas gerais que estabelecem o teor dos atos judiciais e administrativos, a esta seara pertenceria o Direito administrativo, civil e penal. O Direito formal, por sua vez, estaria encarregado de regular a organização e processo das autoridades judiciais e administrativas. As duas esferas estariam interligadas, e promoveriam a criação e aplicação do Direito. Sobre a matéria cumpre transcrever a lição de Hans Kelsen<sup>14</sup>:

A relação que intercede entre as normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária e a sua aplicação pelos tribunais ou órgãos da administração é, no essencial, a mesma que existe entre a Constituição e a criação, por ela regulada, de normas gerais de Direito. a criação de normas jurídicas gerais é aplicação da constituição, tal como a aplicação de normas jurídicas gerais pelos órgãos administrativos é criação de normas jurídicas individuais.

As normas superiores determinariam o conteúdo formal e material das normas individuais. No tocante ao Direito consuetudinário, a Constituição poderia promover eventuais delegações. Isto porque, nesta seara a norma constitucional seria composta predominantemente por direito de cunho formal, e as normas que ocupam o escalão imediatamente subsequente a este englobariam o Direito material e o formal.

Partindo-se rumo à base da pirâmide normativa estariam dispostas as normas individualizadas, dentre as quais se encontra o negócio jurídico. Este corresponde, outrossim, a um fato produtor de Direito, que dota os contratantes do condão de estabelecer as regras aplicáveis à relação ora firmada. O seu eventual descumprimento, no entanto, sujeitará o infrator a uma sanção civil e, a depender do caso, também penal. A norma pactícia desencadeia direitos e obrigações recíprocos entre os contraentes. Dentre as espécies mais corriqueiras de negócio jurídico está o contrato, que consiste numa relação bilateral ou plurilateral através da qual as partes declaram a sua vontade dirigida a um fim. É possível que esta vontade esteja eivada de vícios, distorcendo-se então o real intento da parte. Diante disto, a ordem jurídica pode ou não validar a celebração referida.

---

<sup>14</sup>KELSEN, op.cit., p.257

Cumpra dizer que a oferta deverá ser anterior ao aceite, e a alteração posterior daquela será irrelevante, já que apresenta tónus vinculante. Além disto, via de regra, o contrato apenas faz lei entre seus aderentes, porém, poderá apresentar caráter geral ao estabelecer, por exemplo, um número indeterminado de prestações. Hans Kelsen<sup>15</sup> ilustra esta hipótese com os Tratados de Direito internacional, esclarecendo que em certos casos há uma cláusula de adesão que admite o ingresso de quaisquer Estados, ou estaria direcionada a apenas alguns destes. A convenção é outra espécie de avença internacional que impõe normas gerais aos Estados, instituindo um Estatuto Associativo ou uma associação internacional, a exemplo da ONU.

## **6. AS “FONTES” DO DIREITO**

Kelsen<sup>16</sup> esclarece que a expressão “fontes do Direito” aludiria a todos os métodos de criação jurídica, ou à norma superior em relação à inferior, haja vista que a primeira é o fundamento de validade da segunda. A Constituição é o nascedouro, então, das normas gerais produzidas pelo Legislativo ou consuetudinariamente. Por seu turno, a norma geral pode funcionar como fundamento de uma decisão judicial ou norma individual. Em sentido estrito, portanto, esta nomenclatura estaria vinculada ao próprio fenômeno jurídico.

## **7. DOS PROCESSOS DE CRIAÇÃO, APLICAÇÃO E OBSERVÂNCIA DO DIREITO**

Com arrimo no quanto afirmado tem-se que as normas integrantes de uma ordem jurídica mantêm entre si uma relação de fundamentação e derivação. A norma hipotética fundamental é a responsável pela unidade do sistema, e impõe a obediência das demais aos seus preceitos. Mesmo quando há a mera regulação da produção normativa, simultaneamente, ocorre um processo de aplicação do Direito porque ambos estariam vinculados. A aplicação envolveria a criação de uma norma inferior em obediência à norma superior, ou a execução de

---

<sup>15</sup> KELSEN, op. cit., 284-289

<sup>16</sup> *Ibidem*, p.258-259

um ato coercitivo. A norma superior poderá dispor quanto ao órgão encarregado da produção do direito, indicando o modo de produção e o conteúdo da norma inferior. Vale dizer que pelo menos haverá a indicação do órgão competente à produção da norma inferior, sob pena da norma ser reputada inválida. Ademais, a aplicação de uma norma jurídica exige a preexistência desta ao ato.

Podem haver graus diversos na determinação da produção de uma norma inferior pela superior, porém, necessariamente deve ser reputada como ato de aplicação e produção do Direito. Sobre o tema Kelsen<sup>17</sup> assevera:

A questão de saber se um ato tem o caráter de criação jurídica ou de aplicação do direito está dependente do grau em que a função do órgão que realiza o ato é predeterminada pela ordem jurídica. Há, no entanto, atos que apenas são aplicação do Direito e não criação jurídica: são os já mencionados atos através dos quais os atos de coerção estatuídos pelas normas jurídicas são executados. E há um ato de positiva criação jurídica que não é aplicação de uma norma jurídica positiva: a fixação da primeira Constituição histórica, que se realiza em aplicação da norma fundamental, a qual não é posta, mas apenas pressuposta.

A observância do Direito, por seu turno, consistiria no comportamento que visa a agir de acordo com o preceito normativo para evitar a eventual incidência da sanção por força do seu descumprimento. Os três processos, em síntese, seriam funções jurídicas, porém, apenas a criação e aplicação seriam enquadradas como tal em uma acepção restrita.

## 8. DA JURISPRUDÊNCIA

Kelsen afirma que a aplicação do Direito estaria presente na produção de normas jurídicas gerais elaboradas pelo Legislativo, pelos costumes, nas resoluções administrativas e atos negociais. Os tribunais aplicariam normas gerais ao estabelecerem normas individuais determinadas por aquelas quanto ao conteúdo, e as que envolvem uma sanção concreta, seja esta uma execução civil ou uma pena. No contexto da dinâmica jurídica, ao estabelecer uma norma individual o tribunal exercita um procedimento intermediário iniciado com a elaboração da constituição e que, mediante a legislação e o costume, desembocaria na decisão judicial, e por fim, na execução da sanção. Tal processo de recriação sucessiva do direito

---

<sup>17</sup> KELSEN, *op.cit.*, p.262

partiria do geral rumo ao individual, e é designado como processo de individualização ou concretização crescente.

A decisão judicial não estaria adstrita a uma mera “declaração do Direito” porque também abrangeria a determinação da norma geral cabível ao caso concreto, e este processo teria cunho inegavelmente constitutivo. Ao perquirir a norma aplicável ao caso sob exame, o intérprete do Direito deve se certificar da vigência da mesma, obviamente apurando a sua constitucionalidade, erigindo-se por meio disto uma situação inédita, já que inexistia antes da decisão.

Também na apuração de um delito haveria a função constitutiva do Direito porque a ordem jurídica vincula ao fato tipificado uma consequência jurídica respectiva, sendo necessário estabelecer o órgão e o processo mediante os quais tal fato se materializa no caso concreto. Impende citar *in verbis* o quanto afirma o jurista<sup>18</sup> acerca do tema:

O fato não é tido como somente produzido no momento da sua verificação (scl. Por parte do órgão), mas como produzido no momento verificado pelo órgão aplicador do direito, quer dizer, como posto ou produzido no momento em que o fato natural – de acordo com a verificação do órgão aplicador do Direito – se produziu. A verificação do fato condicionante pelo tribunal é, portanto, em todo sentido, constitutiva.

Ao se debruçar sobre uma lide de natureza penal, por um prisma, é possível que o tribunal conclua pela culpabilidade do acusado no delito em apreço, desde que haja prévia tipificação na norma jurídica geral. Noutra giro, pode-se constatar a inocência do acusado pela ausência de afronta a qualquer regra do ordenamento jurídico. Dando provimento á demanda, rejeitando-a ou absolvendo o acusado, a decisão judicial é materializada através da aplicação do Direito.

Se há o confronto entre duas condutas juridicamente permitidas, que não envolvem emprego de força física, o tribunal pode rejeitar a ação ou absolver o acusado, já que a matéria careceria de tutela jurídica, ou ao menos não haveria proibição de qualquer das condutas. Por uma razão de equidade, no entanto, Kelsen admite ainda no aludido caso a possibilidade do julgador, investido de poderes delegados pela ordem jurídica, vir a dar provimento à demanda ou condenar o acusado. Criar-se-ia deste modo um direito novo, insubordinado a qualquer norma geral de natureza legislativa ou consuetudinária, mas válido apenas àquele caso singular. Com isto emerge a função criadora de Direito delegada ao tribunal, que apresentaria uma livre apreciação mais restrita que a da outra hipótese.

---

<sup>18</sup> KELSEN, *op.cit.*, p.266

Pode-se investir o tribunal de competência para legislar, tanto criando normas individuais aplicáveis ao caso concreto, como normas gerais, que assumirão o status de precedente judicial. Isto será possível se houver indeterminação da norma individual quanto ao seu conteúdo, ou ainda que seja determinada, desde que a norma geral admita mais de uma interpretação. O precedente, neste diapasão, é dotado de força vinculante para “casos idênticos”, e tal similitude pode ser apurada levando-se em consideração os “elementos essenciais” indicados na norma geral.

Ao atuarem como legislador nos casos supracitados, os tribunais concorrem com o órgão legiferante, razão pela qual Kelsen<sup>19</sup> explicita alguns sistemas que tratam das relações firmadas entre aqueles. O Sistema da Livre Descoberta do Direito admite a livre decisão dos tribunais e órgãos administrativos pela inexistência de órgão legislativo central, garantindo-se por um lado a flexibilidade necessária à adaptação da decisão aos imperativos do caso concreto. O seu inconveniente, todavia, seria a odiosa insegurança jurídica pela ausência de certeza nas decisões. O segundo sistema, por sua vez, concentraria a produção normativa em um órgão legislativo centralizado, reservando-se aos tribunais a aplicação das normas gerais às lides em curso. Tal arquétipo, embora mantenha a segurança jurídica, é inflexível, o que facilitaria o descompasso entre o Direito e a práxis.

O terceiro sistema é derivado da livre apreciação do direito, e sob a inspiração existencialista, afirmaria a apreensão da realidade apenas pela vivência humana, e não por conceitos abstratos e normas gerais. Argumenta-se que apenas através da análise acurada da realidade seria possível promover a justiça material. Na Teoria Pura do Direito há alusão também ao sistema em que são criadas normas individuais pelos tribunais, sem vinculação às normas gerais elaboradas pelo órgão legislativo central. Sob outra perspectiva, aventa-se também a fixação de normas gerais pelos tribunais com força de precedente. Em última análise, faz-se referência ainda a um sistema especial cujas normas gerais são criadas pelo costume e aplicadas pelos tribunais. Neste caso a verificação da norma aplicável ao caso concreto estaria mais latente na consciência do julgador do que quando este aplica uma outra de autoria do Legislativo. Para Kelsen, no entanto, tal vertente ignora a distinção entre fontes jurídicas vinculantes e não vinculantes.

---

<sup>19</sup> KELSEN, *op. cit.*, 279-283



## 9. DAS “LACUNAS” JURÍDICAS

Configurar-se-ia uma “lacuna” no Direito sempre que inexistisse regulamentação normativa geral atinente a um determinado caso submetido à apreciação do Judiciário. Caberia ao tribunal colmatar este vazio normativo criando uma norma jurídica aplicável ao caso. Para Kelsen a teoria das lacunas seria errônea porque se a ordem jurídica não proíbe determinada conduta é porque a faculta. Mesmo inexistindo a norma geral é possível aplicar a ordem jurídica.

O referido doutrinador admite apenas a possibilidade de “lacunas presumidas” quando a ausência normativa for reputada inconveniente pelo aplicador do Direito, suscitando decisões não equitativas ou incorretas. Isto é, apenas para evitar a materialização de decisões insatisfatórias até mesmo por produzir resultados não desejados ou não previstos permitir-se-á a aplicação de uma norma individual pelo tribunal. Calha registrar, porém, que tal impropriedade das decisões também pode ocorrer diante de uma norma vigente, e o desconforto gerado em um e outro caso envolve um juízo de valor relativo. Em qualquer hipótese, mesmo havendo a rejeição da demanda pela ausência de regulamentação, a ordem jurídica será aplicada.

Apenas em casos excepcionais o Legislador permite a criação do Direito pelos tribunais para restringir a discricionariedade e evitar prejuízos à segurança jurídica. Nesta toada, as “lacunas técnicas” não se confundiriam com as “próprias”, pois as primeiras existiriam quando houvesse omissão do legislador acerca de determinada matéria, que já deveria ter sido normatizada.

## 10. A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Dentre as funções essenciais do Estado, Kelsen<sup>20</sup> se reporta à Administração, que apresentaria natureza similar à legislativa e jurisdicional no que diz respeito à criação e aplicação das normas jurídicas. Caberia ao órgão administrativo superior (governo) atuar como legislador nos limites constitucionais, seja celebrando tratados internacionais, seja na

---

<sup>20</sup> KELSEN, *Op.cit.*, p.290-295

publicação de decretos e ordens administrativas dirigidas aos seus subordinados. Haveria, neste contexto a criação e aplicação de normas gerais e individuais. O exercício da função administrativa destoaria da judicial quando houvesse a imposição de uma ato coercitivo, exemplificado pelo jurista supracitado com a internação compulsória de doentes, expropriação compulsória ou destruição de propriedade. Em tais casos não haveria reação da ordem jurídica à conduta individual.

A observância das normas jurídicas pelos funcionários do Estado corresponderia à chamada “administração estadual” e seria dotada de natureza similar à atividade econômica e cultural dos particulares. A distinção estaria apenas calcada no fato de que o exercício desta atividade no contexto administrativo seria coadunada com o intermédio de “pessoas qualificadas”. Ilustra-se a hipótese com a construção e exploração de ferrovias pelo Estado, a construção de escolas hospitalares etc.

## **11. DA “ILEGALIDADE” DA DECISÃO JUDICIAL E DA LEI “INCONSTITUCIONAL”**

Kelsen<sup>21</sup> chama a atenção para a impropriedade da nomenclatura “norma inválida”, já que por mais que esta afronte a norma geral sobre a qual deveria estar fundada, enquanto não houver a sua anulação há produção de efeitos no ordenamento jurídico. Trata-se, em verdade de uma norma anulável porque se fosse “nula” o vício que a macula seria de tal monta que inviabilizaria a sua existência no universo jurídico. A decisão judicial ou resolução administrativa “antijurídicas” são aquelas que destoam das normas gerais, legislativas ou consuetudinárias a partir das quais foram elaboradas.

Cabe registrar que o processo de anulação pressupõe, portanto, uma norma objetivamente válida para o Direito. Enquanto esta norma anulável não for objeto de impugnação produzirá efeitos até que, enfim, o órgão judicante competente disponha em sentido contrário. A situação é excepcionada, no entanto, se a ordem jurídica prever um procedimento especial em que os litigantes poderão questionar a juridicidade do julgado “ilegal”.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*.p.295-305

Não se pode negar ainda a possibilidade da ordem jurídica atribuir força de julgado à decisão de um tribunal de última instância, mesmo em rota de colisão com a norma geral. Neste ínterim, estará em vigor uma norma geral que indica o conteúdo da decisão judicial, e outra norma geral que capacita o tribunal a dispor sobre o teor da norma individual por ele produzida. A validade desta espécie normativa, entretanto, é transitória porque poderá ser atacada em virtude de padecer de vícios de anulabilidade. Apenas através do trânsito em julgado não mais se poderá atacar a as referidas decisões judiciais. Entende-se então que o fundamento da anulabilidade está alijado na possibilidade da ordem jurídica materializar a vigência definitiva de uma outra alternativa que não foi objeto da decisão objurgada.

Uma lei “inválida” não pode afrontar a Constituição porque a mesma seria juridicamente inexistente. A expressão “lei inconstitucional”, outrossim, é imprópria porque poderia indicar que conforme a disposição constitucional é possível revogá-la com base no princípio de que a lei posterior revoga a anterior, e também por um procedimento especial estabelecido pelo constituinte. Enquanto não for revogada, a lei perdura produzindo efeitos no ordenamento, e a ela não se aplica a equivocada classificação de “inconstitucional”.

O controle de constitucionalidade deve ser exercido pelo órgão competente, designado pela própria Constituição. Ausente esta indicação, tal incumbência recairá sobre os órgãos encarregados da aplicação normativa, já que neste contexto se apura a existência do sentido objetivo e subjetivo da norma.<sup>22</sup> A Constituição poderá afastar o exercício de tal competência dos órgãos encarregados de aplicar as leis, mas só poderá fazê-lo restritivamente. A investigação da constitucionalidade das leis faz parte do cabedal de um órgão especial, superior, que poderá anular a validade da lei com efeitos *erga omnes* ou *inter partes*.

A Constituição poderá ainda reservar aos órgãos da Administração a competência para elaborar decretos, cuja matéria escapa da alçada legislativa. Os órgãos administrativos estarão sujeitos a sanções disciplinares pela elaboração de “decretos ilegais”, sem que estes tenham de ser removidos obrigatoriamente do ordenamento. A ausência de impugnação do decreto, ou a manutenção de sua validade até o procedimento de anulação leva à conclusão de que o órgão encarregado de elaborá-lo também deve obediência à Constituição e às leis.

---

<sup>22</sup> De acordo com Kelsen, a norma seria dotada de sentido subjetivo e objetivo. O primeiro corresponderia ao conteúdo do campo do dever-ser, que impõe um direcionamento à conduta de outrem. O segundo também seria constituído pelo primeiro, embora esteja relacionada a um dever-ser de natureza coercitiva, obrigatória. op.cit. p.20-25

## 12. ANULABILIDADE NORMATIVA

Via de regra, a anulabilidade de uma norma jurídica produz efeitos meramente *ex nunc*, e conseqüentemente, os atos produzidos sob a sua égide serão reputados válidos. Isto atende, em verdade, ao imperativo da segurança jurídica, porque não seria razoável desconstituir os atos já praticados por aqueles que se orientaram por tal preceito. Isto vale não somente para as decisões judiciais como também para os negócios celebrados com fulcro na norma que, posteriormente, foi objeto de impugnação. Em razão da pluralidade de graus de anulabilidade, é possível que esta apresente, de outra sorte, eficácia *ex tunc*, fulminando-se em tal caso os efeitos produzidos anteriormente. Enquanto a lei passível de anulação não for submetida ao procedimento indicado para tal fim, produzirá efeitos jurídicos.

A apreciação do órgão encarregado de anular a lei incompatível com a ordem jurídica apresenta natureza constitutiva, já que, no entender de Kelsen<sup>23</sup>, a anulação normativa e o seu processo de criação resguardariam sentido similar. O grau de anulabilidade poderia assumir um escopo tal que até dispensaria a recorrência ao aludido procedimento peculiar de anulação. O autor referido exemplifica esta hipótese com uma norma cujo conteúdo é refutado pela Constituição, ou quando a norma não foi elaborada pelo órgão competente. De qualquer forma, é preciso submeter a norma anulável à verificação dos requisitos que ensejariam a sua aniquilação, e tal só pode ser efetuado por aqueles que dispõem de competência para tal fim.

## CONCLUSÕES

Ante o exposto não se pode olvidar do brilhantismo, atualidade e relevância das postulações kelsenianas. A começar pela abordagem emprestada à coerência do sistema, calcada mormente na questão da validade normativa, há uma nítida preocupação com o afastamento de normas possivelmente contraditórias, e com elas o risco da legitimação de um verdadeiro “caos” no Direito. Mesmo admitindo a existência de certo grau de indeterminabilidade na produção da norma inferior, Kelsen se restringe conferir importância à mera obediência ao procedimento estabelecido pela norma superior. Apesar do excesso de

---

<sup>23</sup> KELSEN, op.cit., p. 306-308

formalismo presente em tal postulação, que intenta extrair do Direito o elemento social, não se pode negar o seu legado extraordinário. Isto subverte, no entanto, a nosso ver, a lógica do próprio Direito, que é justamente balizar as controvérsias sociais, devendo andar ladeado com os imperativos da práxis justamente para não se tornar obsoleto.

Deve-se sublinhar, todavia, que a abordagem “avalorativa” do Direito não intenta negar valores, mas retirar da realidade apenas o elemento normativo. Por outro lado, ainda nesta seara, a Teoria Pura do Direito abre margem à discricionariedade judicial, que, de certo modo, contradiz a preocupação reiteradamente esboçada pelo autor em priorizar a segurança jurídica. Resta clara, paradoxalmente, a sua impregnação pelo ideal jusnaturalista, que estaria atrelado à metafísica comprometedora do ideal de cientificidade. Tal se depreende, outrossim, do caris atribuído à norma fundamental, que salvaguardaria a unidade sistemática, embora fosse pressuposta, ou posta por um ente “sobrenatural”. No entender de Tércio Sampaio<sup>24</sup> esta noção é deveras relevante, e embora seja de simples compreensão, é difícil de ser caracterizada. Não se saberia, sequer, se a mesma é uma norma positivada, um ato, um poder ou um princípio lógico organizador do sistema.

Maria Margarida Camargo<sup>25</sup> assevera que a Teoria Pura do Direito é a maior construção lógico-estrutural do ordenamento que se tem notícia, sendo apropriadas as abordagens emprestadas à eficácia temporal da lei, que abarca a validade e vigência normativas. O legado da teorização sobre o “controle da constitucionalidade”, que pressupõe o escalonamento hierárquico das normas, e já vislumbrava a superioridade das normas constitucionais é identicamente relevante e assegura a unidade e harmonia sistemáticas.

Salvo alguns ajustes, então, a grosso modo, o controle de constitucionalidade efetuado pelos ordenamentos é inspirado na Teoria Pura do Direito, que já vislumbrava a necessidade de se atribuir a “guarda da Constituição” a um órgão de instância superior, que corresponde ao Supremo Tribunal Federal.

Acresça-se a isto a ausência de menção da Teoria Pura à problemática da justiça, que deveria ser encarada, ao revés, como elemento primordial porque forneceria ao jurista as balizas concretas à prolação de decisões ou exercício do direito alijado no bem comum. Tal imperativo suplanta, certamente, a preocupação excessiva de Kelsen com a questão da validade normativa e a obediência hierárquica porque, malgrado o Direito e a justiça nem sempre

---

<sup>24</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed.São Paulo: atlas, 2003.p.177

<sup>25</sup> CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. Virada para o Pós-Positivismo: a discussão metodológica atual. In: \_\_\_\_\_. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição para o estudo do Direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.101

andem ladeados, esforços devem ser envidados na consecução disto. Marília Muricy<sup>26</sup> aduz que tal aspecto foi negligenciado por Kelsen, por ter sido encarado como mero atributo da “consistência das decisões”. Restringe-se, então, grosseiramente os problemas jurídicos, da interpretação, argumentação e aplicação do Direito, a uma mera questão de “funcionalidade sistêmica”.

Sobre outra perspectiva, diferentemente do ledó engano de muitos de seus críticos, a intenção de Kelsen jamais consistiu em legitimar os regimes totalitários, e menos ainda as aberrações por eles produzidas. A sua nacionalidade judaica, inclusive, impôs ao mestre vienense a necessidade de migrar para a América do norte justamente para escapar das perseguições nazistas. Por infortúnio do “destino”, emprestou-se à sua teoria uma interpretação distorcida, desprovida do sentido que efetivamente intentou firmar, e que serviu, por absurdo, para legitimar o referido discurso.

Malgrado haja um descompasso entre o Direito e os imperativos sociais, de fato não seria plausível afirmar que a ausência de normas seria o terreno fértil às lacunas jurídicas. A bem da verdade, a efervescência das relações sociais traz à tona demandas sobre as quais, por vezes, não houve pronunciamento jurisdicional efetivo. A lógica dos métodos de integração, no entanto, permite a aplicação do Direito em qualquer caso. Em arraigada síntese, inexistiriam lacunas em sentido real porque, como visto, se não há proibição depreende-se uma faculdade.

A Teoria Pura abre lastro à possibilidade da manutenção de normas “anuláveis” e “ilegais” no ordenamento, e ainda que isto se dê por período fugaz, são desencadeados efeitos jurídicos. Para solver os possíveis “conflitos normativos” elencam-se alguns critérios, a exemplo do cronológico, hierárquico e da especialidade, e esta construção ainda é aplicada no Direito vigente.

Numa palavra é possível afirmar a existência de dois Direitos: um antes da Teoria Pura do Direito, e outro posterior. O lamentável é que por força, muitas vezes, da complexidade e ausência de objetividade em suas postulações, ou mesmo por interpretações errôneas, há críticas que, incessantemente, insistem em depreciá-la. Apesar de todas as limitações ora alinhadas, que permeiam, aliás, toda e qualquer obra humana, devem ser devotados a Kelsen todos os louros aos quais faz jus. Basta imaginar o exercício do Direito despido deste legado.

---

<sup>26</sup> MURICY, *op.cit.*, p.124

