

# A APLICAÇÃO DO DIREITO NO PENSAMENTO KELSENIANO: ANÁLISE CRÍTICA

*LAW'S APPLICATION IN KELSENIAN THINKING: CRITICAL ANALYSIS*

Paulo Roberto Lyrio Pimenta<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo objetiva realizar uma análise crítica do pensamento de Hans Kelsen acerca do fenômeno da aplicação do direito, apontando as suas omissões, inconsistências e contradições. O ponto de partida será a identificação do modelo de Ciência do Direito em que está inserido esse autor, o qual realiza uma análise estrutural do Direito, considerando-o como um conjunto de normas. Nessa concepção não se identifica a norma jurídica com a fonte de direito. Considerando os diversos tipos de normas, adentra-se, em seguida, no exame da aplicação do Direito, equiparada por Kelsen à aplicação. Esse posicionamento acaba gerando alguns problemas, pois se limita ao estudo da aplicação das normas de competência, de caráter geral e abstrato, estando ausente, ainda, nesse entendimento, uma discussão e uma definição sobre a metodologia da aplicação. Por fim, ao separar a aplicação da interpretação de textos normativos, o mencionado autor acaba admitindo que se tratam de fenômenos independentes entre si, postura que não pode ser aceita. Ao final do estudo, realizado pelo método dedutivo, serão apresentadas as conclusões, demonstrando-se os equívocos da teoria em estudo.

**Palavras-Chaves.** Aplicação. Direito. Kelsen. Crítica.

**ABSTRACT:** This article aims to carry out a critical analysis of Hans Kelsen's thinking about the phenomenon of applying the law, pointing out its omissions, inconsistencies and contradictions. The starting point will be the identification of the model of Science of Law in which this author is inserted, which performs a structural analysis of Law, considering it as a set of norms. In this conception, the legal norm is not identified with the source of law. Considering the different types of norms, the analysis of the application of Law is then examined, which Kelsen equates with application. This position ends up generating some problems, as it is limited to the study of the application of the rules of competence, of a general and abstract nature, with a discussion and definition of the application methodology still lacking in this understanding. Finally, by separating the application from the interpretation of normative texts, the aforementioned author ends up admitting that these are phenomena that are independent of each other, a position that cannot be accepted. At the end of the study, carried out by the deductive method, the conclusions will be presented, demonstrating the mistakes of the theory under study.

**Keywords:** Application. Law. Kelsen. Criticism.

## 1 DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

---

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Tributário e Financeiro da UFBA. Estágio- Pós Doutoral na Universidade de Munique, Alemanha. Doutor em Direito pela PUC-SP. Juiz Federal na Bahia. Professor da UCSAL.

O presente estudo busca examinar de maneira crítica o pensamento de Hans Kelsen acerca da aplicação do Direito, tal como exposto na segunda edição de sua Teoria Pura do Direito. Para isso, em primeiro lugar serão expostas as idéias básicas do autor para, em seguida, proceder a uma análise mais aprofundada.

Seria possível afirmar que a aplicação importa sempre na produção do Direito? Apenas as normas gerais e abstratas poderão ser aplicadas? O cumprimento da norma consiste em mera “observância do Direito”? Qual a metodologia a ser utilizada na aplicação, defendida por Kelsen? As normas de conduta também podem ser aplicadas? Eis os principais problemas que nortearão a análise a ser empreendida, no escopo de identificar algumas inconsistências, contradições e lacunas no pensamento do autor, objeto de investigação.

## **2 OS MODELOS DA CIÊNCIA DO DIREITO**

Não se pode negar que o Direito é um objeto cultural, pois é produto da atuação do homem. O direito é um fenômeno humano. Um objeto multifário, eis que apresenta múltiplos aspectos. É um fenômeno político, cultural, de dominação, de linguagem, etc.

Vários modelos de “ciência do direito” foram concebidos para apreender esse objeto. Cada um deles traça um corte diferente em seu objeto, ora estudando o direito como interpretação, por exemplo, como um conjunto de normas, etc. Cortes epistemológicos distintos são elaborados por cada escola que se propõe a estudar o Direito.

Na segunda metade do século passado, Tércio Sampaio Ferraz Júnior elaborou interessante estudo sobre a matéria (1991, p.5-60), em que defende a existência de três modelos de ciência do direito: analítico, hermenêutico e empírico.

O modelo analítico examina o direito enquanto um conjunto de normas, buscando analisar as suas estruturas, portanto.<sup>2</sup> De outro lado, o modelo hermenêutico enxerga a Ciência do Direito como uma atividade de interpretação. Por fim, o último modelo enfatiza o procedimento de decisão (1991, p.48).

Esses modelos subsistiram no tempo, no entanto, novas formas de enxergar o fenômeno jurídico apareceram após a obra de Tércio Sampaio, de maneira que nos dias atuais não se pode mais reduzir a Ciência do Direito a apenas três modelos teóricos possíveis.

No presente trabalho, para facilitar a compreensão da matéria, tomar-se-á como referência o modelo analítico, tal como gizado por Hans Kelsen.

## **3 A NORMA JURÍDICA NO MODELO ANALÍTICO**

---

<sup>2</sup> Como explica Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “neste caso, a Ciência do Direito aparece como uma sistematização de *regras* para a obtenção de decisões possíveis, o que lhe dá um caráter até certo ponto formalista” (1991, p.48, grifos do autor).

Na concepção analítica a norma jurídica ocupa o papel principal na análise do fenômeno jurídico. Há várias concepções acerca da norma jurídica, dentro desse modelo, as quais não devem ser aprofundadas no presente estudo, eis que não representam o seu objeto de investigação.

Pode-se partir de uma concepção kelseniana para afirmar que a norma jurídica é uma estrutura de significado da conduta humana, um esquema de interpretação da conduta, formulado por meio de um juízo implicacional, no qual uma determinada hipótese está associada a um mandamento, por meio do dever ser. Enquanto a hipótese descreve um fato de possível ocorrência, o mandamento normativo prescreve uma situação ou relação jurídica, associado ao fato.<sup>3</sup> A associação entre a hipótese e o mandamento ocorre por meio do “dever-ser”, da cópula deôntica. Em outros termos, a ocorrência do fato, no mundo fenomênico, importará na deflagração das conseqüências prescritas no mandamento normativo, em face da incidência normativa.

Essa estrutura é inalterável, independentemente do conteúdo da norma. Em outras palavras, os conteúdos das normas são diversos, porém, a estrutura é sempre a mesma: Dada a ocorrência de determinado fato, então deve ser a deflagração de determinadas conseqüências. Esse é o modelo “se, então” que caracteriza a norma.

#### **4 DIFERENCIAÇÃO ENTRE NORMA E FONTE DO DIREITO**

A norma não é sinônimo de dispositivo de lei. Ela é o produto da interpretação que se obtém do texto normativo. Assim, a norma é o significado do texto, que pode ser obtido a partir de apenas um dispositivo de lei (enunciado normativo), de vários dispositivos ou até mesmo de nenhum dispositivo legal, hipótese da norma costumeira.

Impõe-se, assim, diferenciar a norma da fonte formal do direito. A fonte formal do direito é o suporte físico, o modo de expressão do direito, segundo as previsões do ordenamento jurídico. Isto é, o sistema jurídico de cada país indica quais são os modos possíveis de exteriorização do direito (lei, regulamento, etc).

É com base em uma fonte formal, verdadeiro documento normativo - para adotar uma terminologia sugerida por alguns doutrinadores italianos (GUASTINI, 1998, p.67) – que se constrói a estrutura normativa, o modelo “se, então”. Esse processo é denominado de interpretação. Para alguns, não se trata nem de um processo, e sim de uma condição de vida. Essa é a orientação adotada pela filosofia hermenêutica, que rejeita ser a interpretação um método. Para o modelo analítico, ora adotado, a interpretação é um procedimento de busca, de construção de significado da norma, com base em um determinado documento normativo. Para algumas correntes, o percurso do texto até a obtenção da norma é linear. Para outros, o percurso envolve uma circularidade, uma verdadeira espiral hermenêutica (LARENZ, 1993, p242-243).

De todo modo, reafirme-se: a norma jurídica não é sinônimo de texto normativo, muito menos de enunciado normativo.

---

<sup>3</sup> Lourival Vilanova explica de forma detalhada a estrutura da norma jurídica, nessa perspectiva: “a hipótese é descritiva de fato de possível ocorrência – o *fato jurídico* recortado sobre o suporte *fático* (Pontes de Miranda) – mas a tese, normativamente vinculada á hipótese, tem estrutura interna de proposição prescritiva” (1997, p.98).

## **5 OS DIFERENTES TIPOS DE NORMAS JURÍDICAS**

Como as normas jurídicas veiculam conteúdos diversificados, como salientado anteriormente, é possível sustentar a existência de diferentes tipos de normas. Na teoria do direito pode-se identificar várias classificações acerca das normas jurídicas.

Uma delas é bastante festejada. É a separação gizada por Alf Ross no século passado entre norma de competência e norma de comportamento (2000, p.57), que se assemelha muito à distinção proposta por Norberto Bobbio entre norma de estrutura e de conduta (2001, p.177).

Esses autores defendem que existe uma classe de normas que regulam a produção de outras normas. São as normas que Ross denomina de competência e Bobbio de estrutura. Elas regulam uma conduta específica: a elaboração de normas jurídicas. De outro lado, há as demais normas que regulam condutas humanas, comportamentos que não importam na elaboração de outras normas. Essas são as normas de conduta (comportamento).

Essa diferenciação é passível de críticas, sem dúvidas, à medida que, como toda norma regula um comportamento, não seria correto elaborar uma diferenciação com base no tipo de conduta previsto pela hipótese normativa. Apesar disso, a separação é bastante útil para se analisar o modo como as normas são aplicadas, produzidas e concretizadas, como será adiante analisado.

## **6 AS NORMAS DE COMPETÊNCIA NA TEORIA DO DIREITO**

Numa primeira aproximação, uma norma de competência pode ser compreendida como uma regra que outorga a um sujeito parcela de poder para criar ou aplicar outra norma. Vale dizer, trata-se de norma que regula um tipo especial de conduta: a elaboração e a produção de outra norma.

As normas de competência estão presentes tanto no direito público quanto no direito privado. No primeiro, conferem aptidão a determinado órgão para elaborar normas gerais ou individuais. É o que ocorre, por exemplo, com as normas que conferem ao órgão legislativo a faculdade de elaboração de normas gerais veiculadas pela lei. No direito privado, no exercício da autonomia privada, os sujeitos de direito também recebem do ordenamento a possibilidade de elaborar normas jurídicas, gerais (ex: contrato coletivo de trabalho) ou individuais (ex: contrato).

A teoria do direito diverge acerca da natureza dessas normas. É possível identificar pelo menos quatro posições sobre a matéria. Segundo alguns jusfilósofos, as normas de competência são normas permissivas. Georg von Wright defende essa posição, asseverando que as normas de competência são normas permissivas de ordem superior para que uma determinada autoridade possa elaborar normas sobre um determinado conteúdo (1970, p.198). Para o autor, normas de ordem superior são aquelas cujo conteúdo são atos normativos. Como a ação normativa consiste, segundo ele, em dar prescrições, tais normas versam sobre prescrições (VON WRIGHT, 1970, p.196). Von Wright sustenta, ainda, que ao conferir competência por meio de uma norma permissiva de ordem superior, a autoridade delega poder a uma sub autoridade de ordem inferior, situação que também é qualificada como competência normativa (1970, p.198).

Desse modo, nessa concepção é possível distinguir dois tipos de normas permissivas: aquelas que regulam diretamente comportamentos não consistentes na elaboração de outras normas, e as normas que têm como objeto a emanção de outras normas por parte de determinada autoridade.

De acordo com uma outra concepção, as normas de competência são comandos, indiretamente formulados (KELSEN, 1986, p.124-125). Assim, por exemplo, a norma que confere competência ao Poder Legislativo para legislar é uma ordem direcionada aos cidadãos, impondo-lhes uma obrigação de obediência às leis oriundas do Parlamento.

Uma terceira formulação teórica, elaborada por Bulygin, defende que as normas de competência são regras conceituais. Estas, à semelhança das regras de um jogo, não exigem determinado comportamento, não impõem obrigações ou proibições, mas definem os modos por meio dos quais se elaboram contratos, testamentos, casamentos, etc, de modo válido. Assim, o descumprimento destas normas não importa numa sanção, mas sim na nulidade, visto que não se trata de uma infração. Ex: a norma que confere poder ao órgão legislativo para elaborar as leis é parte da definição de lei. Segundo esta definição, a lei é um ato normativo emanado do Poder Legislativo. Assim, as normas de competência integrariam a definição de atos normativos (BELTRAN, 1995, p.253-268).

Por fim, defende-se, ainda, que as normas de competência são normas constitutivas, ou seja, normas que estabelecem condições (ATIENZA; MANERO; POMPEYANOS, 1995, p.237-251). Ex: a norma que confere ao Poder Legislativo o poder de elaborar as leis estabelece uma condição necessária de existência e de validade das leis.

Ao nosso sentir, as normas de competência têm a natureza de normas permissivas, ou seja, modalizam por meio do functor deontico permitido o comportamento de elaborar normas, sejam elas gerais ou individuais. No entanto, não se trata de uma simples permissão, como sustenta von Wright. Não se pode negar, por exemplo, a existência de diferenças entre uma norma que permite alguém fumar e outra que confere competência normativa. A especificidade das normas de competência é que o seu exercício importa na alteração, constituição ou na modificação de uma situação jurídica. Como assinala Robert Alexy, o que é comum aos casos de exercício de competência “é o fato de que, por meio de determinadas ações do titular ou dos titulares da competência, uma situação jurídica é alterada” (1985, p.212). A simples permissão nada acresce à capacidade de ação do indivíduo.<sup>4</sup>Em outras palavras, as competências crescem à capacidade de atuação do sujeito, algo que ele por natureza não possuía (ALEXY, 1985, p. 213-214).

Por tais motivos, parece-nos que as normas de competência são permissões “qualificadas”, pois o exercício da faculdade conferida pelo ordenamento jurídico irá

---

<sup>4</sup>Em clássico estudo sobre o assunto, Jellinek observava que o ordenamento pode crescer à capacidade do indivíduo qualquer coisa que ele não possuía. A capacidade juridicamente relevante, concedida pelo ordenamento, forma, em seu conjunto, a potestade(capacidade) jurídica (*das rechtliche Können*). (1912, p.52-53.)

importar na alteração de situações jurídicas. Não se trata, pois, de uma simples permissão.

5

## 7 A APLICAÇÃO DO DIREITO

### 7.1 O MODELO KELSENIANO

Na segunda edição da Teoria Pura do Direito, Kelsen examina o tema da aplicação do Direito no capítulo V, intitulado “Dinâmica Jurídica”.

A premissa da análise é conceber o ordenamento jurídico como um conjunto de normas, uma “ordem normativa” (1998, p.215), que regulam a conduta humana. Como há uma série de normas, é importante para o autor buscar o fundamento de validade. Indaga o autor: “O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem?” (1998, p.215). O autor preocupa-se em buscar um critério para identificar as normas que pertencem a um determinado ordenamento, posto que para ele a validade é uma relação de pertinencialidade, ou seja, norma válida é a que pertence ao sistema. Validade é, destarte, sinônimo de existência da norma. Sendo assim, qual o critério para saber se a norma integra ou não a um ordenamento?

Kelsen defende que a validade não deriva do ser (*Sein*), e sim do dever-ser (*Sollen*). Como no plano do dever-ser se alojam as normas jurídicas, o fundamento de validade de uma determinada norma só pode ser uma outra norma, designada como norma superior (1998, p.215), que valida uma norma qualificada como norma “inferior”.

Como a indagação acerca do fundamento de validade de uma norma deve ter um ponto final, para que não ocorra um regresso ao infinito, Kelsen necessitou criar um artifício para fechar o sistema de normas, assegurando a sua unidade. Para isso, estabeleceu como a norma superior mais elevada um pressuposto, uma norma que é uma simples categoria do pensamento, e não uma norma posta por uma autoridade: a norma fundamental (*Grundnorm*). Diz ele:

Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). (1998, p.217).

Essa norma fundamental é o último fundamento de validade de todas as normas do sistema, que assegura a unidade ao ordenamento jurídico.”É a norma fundamental que

---

<sup>5</sup>Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao examinar o tema, também defende, que as normas de competência são permissões, no entanto, estabelece uma distinção entre permissão forte e fraca. Na primeira situação, o dever ser normativo é expresso por meio dos funtores “é autorizado”, “é facultado”, “pode”, “cabe”. Já as permissões fracas, referem-se àquelas situações não expressamente reguladas. As normas de competência referem-se às situações em que é expressamente autorizada a prática de determinada conduta (1990, p.158). Concordamos com esse posicionamento, acrescentando que não se trata de uma simples permissão, e sim de uma permissão cujo exercício altera situação jurídica, vale reafirmar.

constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”.(1998, p.217).

Kelsen estabelece, em seguida, uma separação entre sistema “estático” e sistema “dinâmico” de normas. No primeiro, as normas estão relacionadas pelo conteúdo, ou seja, o conteúdo da norma inferior pode ser deduzido do conteúdo da norma superior. Como exemplo de um sistema de normas estático, Kelsen cita a moral. (1998, p.217-218). Ele cita a norma moral de que não devemos mentir, que pode ser deduzida de uma norma que prescreve o dever de veracidade. De outro lado, há sistemas de normas qualificados como dinâmicos, no qual as normas não se relacionam pelo conteúdo, e sim pela competência. Nesse caso, uma autoridade recebe competência de uma norma superior para elaborar uma norma inferior.

O Direito, para Kelsen, é um sistema dinâmico de normas (1998, p.221). Por conseguinte, a validade de uma norma inferior não decorre de uma relação de compatibilidade com o conteúdo da norma superior, e sim do fato de ser criada pela forma prescrita por esta e, em última análise, pela norma fundamental:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. (1998, p.221).

Como o autor desconsidera o conteúdo do fundamento de validade das normas, qualquer conteúdo pode ser jurídico.

Dessa forma, o sistema jurídico, nessa concepção, não é um sistema axiomático, de maneira que seria possível estabelecer uma correlação dedutiva entre os casos práticos e as soluções previstas pelas normas do sistema, como observa Thomas M. R. Bustamante (2010, p.688).

Após avançar na análise do tema da norma fundamental – que ora não nos interessa-, da unidade do ordenamento, da legitimidade e da efetividade, validade e eficácia, da norma fundamental do Direito internacional e da norma fundamental do Direito Natural,

Kelsen passa a analisar na segunda parte deste capítulo a estrutura escalonada da ordem jurídica (*Stufenbau*). Nesse particular, examina as diferentes fontes do Direito: a Constituição, a legislação, o costume, a lei, o decreto, a separação entre Direito material e Direito formal, buscando, em seguida, estabelecer um sentido para a expressão “fontes do Direito”. Cumprida essa meta, ingressa, finalmente, no tema que nos interessa: “Criação do Direito, aplicação do Direito e observância do Direito”.

Reafirma, em primeiro lugar, que a ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais, relacionadas por uma questão formal, e não de conteúdo, visto que o Direito é um sistema dinâmico de normas (1998, p.260). Uma norma pertence a um ordenamento se tiver sido criada por um órgão da respectiva comunidade. Cabe observar, neste particular, que o sentido da expressão “órgão” é bastante amplo, não contemplando apenas os órgãos estatais, abrangendo inclusive o particular. O indivíduo que cria uma norma, diz Kelsen, “é órgão da comunidade jurídica porque e na medida em que sua

função é regulada por uma norma da ordem jurídica que constitui a comunidade e, por tal motivo, pode ser atribuída à comunidade” (1998, p.260). Essa afirmação apresentará importante repercussão no exame da aplicação, posto que possibilitará o enquadramento da atividade do particular, na celebração de negócios jurídicos, como ato de aplicação do Direito, como será adiante examinado.

Com base nas premissas desenvolvidas ao longo desse capítulo, Kelsen rebate a oposição estabelecida até então pela doutrina entre a produção e a aplicação do Direito, equiparando tais atividades. Para ele, uma norma superior que regula a produção de uma norma inferior é aplicada na produção desta (1998, p.260). Por conseguinte, “a aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito” (1998, p.260-261). O autor, ressalta, contudo, que no ponto inicial do sistema, no qual se localiza a norma fundamental, fundamento último de validade de todas as normas, existe apenas a criação do Direito, enquanto que no ponto final, o ato de execução, existe mera aplicação, e não criação do Direito. (1998, p.261). Conclui o autor: “a aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma” (1998, p.261). Assim sendo, a aplicação alcança as normas gerais e também as individuais (ex: sentença). No primeiro caso, se equipara à criação, no segundo, à execução.

De maneira contraditória, porém, Kelsen passa a admitir o conteúdo como relevante na aferição do fundamento de validade das normas. Contraditória porque ele defende o caráter dinâmico do Direito, como examinado anteriormente. Para ele, há dois modos de determinação da criação de uma norma inferior por uma norma superior: ou esta estabelece o órgão e o processo de criação desta, ou fixa o conteúdo (1998, p.261). Em qualquer caso, a norma superior deve estabelecer no mínimo o órgão competente para a elaboração da norma inferior. Como o conteúdo pode adquirir relevância diante da premissa que ele havia estabelecido de que o Direito é um sistema dinâmico de normas? Localiza-se, neste ponto, uma contradição no pensamento kelseniano.

O autor avança explicando que todo ato criador equivale a um ato aplicador do Direito, ou seja, deve consistir em uma aplicação de uma norma preexistente para poder ter validade. A criação importa em aplicação, ainda que a norma superior indique apenas o órgão superior competente para editar a norma inferior. (1998, p.262). Kelsen ressalta, porém, que há graus diferentes de determinação da norma superior em relação a inferior, todavia, ainda que seja muito reduzida ou muito ampliada, mesmo assim o ato de aplicação sempre irá importar em um ato de produção jurídica. O autor afirma, todavia, que “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” (1998, p.262).

Ora, se o grau de determinação não é relevante para identificar o ato de aplicação, como Kelsen havia enfatizado, como a natureza do ato pode depender deste grau? Grau aqui tem o sentido de margem de liberdade de atuação.

O autor, por fim, estabelece uma importante distinção ao final desse item entre aplicação e observância do Direito. Esta corresponde à conduta que cumpre o dever jurídico, evitando, destarte, a aplicação da sanção, prevista pela norma primária, não

importando em produção de qualquer norma, o que não ocorre no ato de aplicação e de criação do Direito. Para ele, a criação, aplicação e observância do Direito são funções jurídicas, em sentido amplo. Em sentido amplo, entretanto, a observância de uma norma permissiva não se enquadra no conceito de observância, segundo Kelsen (1998, p.263). Importante esclarecer que o autor não justifica essa exclusão. Tudo indica que o fenômeno que ele chama de “observância do Direito” só atinge as normas que prescrevem obrigações ou proibições. Esse fenômeno, na verdade, importa em atribuição de eficácia social (efetividade) à norma jurídica, pouco importando qual o tipo de norma foi cumprida. Neste particular, é falho o conceito esboçado por Kelsen.

O núcleo da teoria de Kelsen acerca da aplicação do Direito é gizado neste capítulo. Ao longo da obra, porém, ele examina algumas questões relacionadas com o tema da aplicação.

Assim, ao analisar a jurisprudência como fonte do Direito, ela explica o processo de “concretização” e de “individualização” do Direito, realizada pelos tribunais, asseverando que se inicia com a elaboração de uma Constituição, passa pela legislação e o costume, pela decisão e, por fim, pela execução da sanção. Em cada um desses estágios, o Direito se recria, para ele (1998, p.263).

Nesta parte da obra o autor também sugere uma metodologia de aplicação, realizada pelos Tribunais, afirmando que este deve investigar, diante do caso concreto, se estão presentes os pressupostos para a aplicação da sanção, estabelecida em uma norma geral, o que importa na determinação desta, bem como se esta está em vigor. Se a conclusão for positiva, a sanção deve ser aplicada (1998, p.263-264). Acolhendo ou rejeitando a pretensão, o ato do tribunal também importa em aplicação (1998, p.270). O autor parece esboçar neste ponto, de forma tímida, uma metodologia de aplicação, sugerindo a presença de uma subsunção, porém, não se aprofunda nesse tema.

Neste ponto da obra o autor examina, ainda, a possibilidade de conflito entre duas normas permissivas (1998, p.270). Para ele, se isso vier a ocorrer, o tribunal deverá proteger apenas um dos interesses em conflito, o que não altera a natureza da decisão judicial: aplicação do Direito. É possível, de outro lado, que o tribunal tenha competência para produzir uma norma individual e concreta, mesmo diante de ausência de uma norma geral e abstrata. Neste caso, o ato do tribunal também representa a aplicação de uma norma jurídica, porém, não de uma norma geral e abstrata, da qual a individual e concreta possa representar uma derivação. Em verdade, a norma aplicada é a que confere poder (competência) ao tribunal para criar direito material novo. (p.271). Convém observar, a propósito, que Kelsen rejeita a tese de que o tribunal estaria atuando neste caso como legislador:

costuma-se dizer que o tribunal tem competência para exercer a função de legislador. Isto não é completamente exato quando por legislação se entenda a criação de normas jurídicas gerais. Com efeito, o tribunal recebe competência para criar uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si. (1998, p.271).

O autor finalmente encerra a sua análise do tema em pauta, explicando como ocorre a aplicação da norma geral e abstrata. Ao seu sentir, esta é sempre uma simples “moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual” (1998, p.272). Quando a norma geral apenas conferir competência ao órgão para elaborar a norma individual, tal moldura será mais larga. De outro lado, quando indicar o conteúdo da

norma a ser produzida, a moldura será mais estreita. Desse modo, neste ponto, o autor reforça o seu conceito de norma jurídica, como moldura, esquema de interpretação da conduta humana, mantendo-se fiel às suas premissas.

A norma jurídica geral e abstrata também pode ser objeto de aplicação pelos particulares, que atuam, no caso, como órgãos da comunidade jurídica, Kelsen ressalta que os sujeitos que exercem esta atividade são órgãos, tal como os órgãos do legislativo e da jurisdição (1998, p.291). Por conseguinte, o negócio jurídico também é um fato produtor de normas (1998, p.284). Observa ele que a expressão é utilizada tanto como fato produtor de normas (fonte de direito), como o produto, a norma produzida. (1998, p.284). Entretanto, o autor confere uma importância secundária à essa atividade dos particulares, pois se as normas criadas pelos negócios jurídicos não estatuírem sanções serão normas jurídicas “não-autônomas”. O conceito acerca dessa classe de normas é traçado por Kelsen no capítulo I, não estando presente na primeira edição da Teoria Pura do Direito. A categoria “normas não-autônomas” abrange os seguintes tipos de normas, na teoria kelseniana: a) normas desprovidas de sanção; b) normas permissivas; c) normas que limitam o domínio de validade de outra; d) normas derogatórias; e) normas que conferem competência (1998, p.60-62).

A atividade de aplicação do Direito também pode ser realizada pela Administração, para o autor. Para ele, a atividade administrativa também representa uma função jurídica, no sentido de criação e de aplicação do Direito (1998, p.291). Todavia, esta pode representar uma simples observância do Direito, o que ocorre quando importa no cumprimento de deveres funcionais, sem a imposição de uma sanção (1998, p.292-293). Como exemplo, o autor cita a construção de hospitais e de escolas pelo Poder Público. Seria uma atividade idêntica a atividade econômica e cultural, realizada pelos particulares (1998, p.292).

## 7.2 OMISSÕES E INCONSISTÊNCIAS NA TEORIA KELSENIANA SOBRE A APLICAÇÃO DO DIREITO

Em vista do exposto, algumas críticas podem ser endereçadas à teoria kelseniana acerca da aplicação do Direito.

Em primeiro lugar, trata-se de uma visão bastante estreita do fenômeno em exame, posto que limita este às normas de competência (normas sobre produção normativa). A aplicação das normas de conduta não foi objeto da análise kelseniana.

Seria possível mesmo afirmar que só existe aplicação do Direito quando a norma objeto da aplicação for uma norma de competência? As demais normas não poderiam ser objeto de aplicação? Estariam estas sujeitas simplesmente ao que o autor denomina de “observância do Direito”?

Outra omissão na análise em estudo é restringir o exame às normas gerais e abstratas. E no caso das normas individuais e abstratas e da geral e concreta, poderiam ser objeto de aplicação?

O autor afirma, também, que a aplicação da norma individual e concreta representa tão-somente a execução, ou seja, não importaria em criação do Direito. Este

raciocínio pode ser aplicado a todos os tipos de normas individuais e concretas? Todos os atos administrativos, que veiculam este tipo de norma, seriam insuscetíveis de aplicação?

Como examinado anteriormente, está ausente também na teoria kelseniana uma discussão sobre a metodologia da aplicação. O autor parece sugerir apenas o uso da subsunção. Aqui reside um outro ponto negativo na doutrina em estudo, posto que não estabelece distinções entre os métodos a serem utilizados na aplicação dos diferentes tipos de normas gerais. Seria possível aplicar a norma por meio de uma ponderação, de um sopesamento? A simples concretização também não importaria em uma aplicação do Direito? Tais questões não integram a análise do autor em estudo.

Em verdade, a própria visão de Kelsen acerca do ordenamento jurídico é bastante problemática. Isso porque ele encara o Direito como um sistema dinâmico, no qual, por esse motivo, o enlace entre as normas ocorre pela outorga de competência e de previsão do procedimento de elaboração das normas individuais e concretas. Ocorre, porém, que ele mesmo admite que a norma superior pode estabelecer o conteúdo da norma inferior. Se assim for, neste caso não se trataria mais de um sistema dinâmico, e sim de um sistema estático. Reside neste ponto outra grande contradição no pensamento em pauta.

Outra lacuna na teoria em estudo é um exame mais aprofundado entre a aplicação e a eficácia normativa. O que Kelsen denomina de “observância do Direito” pode ou não importar na eficácia da norma, a depender dos objetivos visados com a sua edição. Na verdade, o tema da eficácia ocupa um lugar muito pequeno na teoria do autor, pois foge do corte metodológico que ele estabelece, ao estudar o direito como um conjunto de normas. A eficácia social seria para ele uma questão objeto da sociologia jurídica, e não da ciência do Direito, posto que esta tem um objeto bem delimitado: a norma jurídica.

A noção traçada por Kelsen acerca da validade da norma também merece severas críticas. Se a norma válida é simplesmente a norma existente, ou seja, aquela que pertence a determinado ordenamento, como explicar os efeitos gerados pelas normas inválidas, posto que de atos inexistentes efeitos não podem ser jamais produzidos? A se adotar a perspectiva kelseniana, os efeitos gerados pelas normas inconstitucionais, que são normas inválidas, não admitem qualquer tipo de explicação. É curioso notar, a propósito, que Kelsen não é fiel ao seu próprio conceito de validade. Se esta é simples relação de pertinência, para valer não precisa ser adequada ao conteúdo traçado pela norma superior, como ele mesmo defende. A propósito, observa, ainda, Mario G. Losano, que a noção kelseniana de validade é ambígua, pois de um lado equipara à existência, porém de outro a associa à eficácia (2010, p.97).

A relação entre aplicação e interpretação é outro ponto mal analisado por Kelsen, que parece considerar tais fenômenos como se fossem independentes entre si. Na segunda edição da Teoria Pura do Direito, enquanto a aplicação integra o que ele denomina de “Dinâmica Jurídica”, à interpretação é dedicado o último capítulo (capítulo VIII), talvez pela pouca importância que o autor atribua ao tema. Nesta parte da obra, ele apenas examina a indeterminação do ato de aplicação (1998, p.387-391), reforçando a idéia que a norma geral e abstrata, a ser aplicada, estabelece uma moldura, na qual há várias possibilidades de aplicação. Parece que o autor defende a antiga posição de que a interpretação precede ao ato de aplicação, tese há muito contestada, graças à preciosa contribuição de Hans-Georg Gadamer e a sua *Hermenêutica Filosófica* (1997, p.459-

461)<sup>6</sup> Como sustentou que a aplicação importa na produção normativa, deveria, também, defender a tese de que a interpretação integra essa atividade. Interpretação e integração fazem parte da compreensão do texto, sendo realizadas concomitantemente.

## 8 CONCLUSÕES

A Teoria do Direito de Hans Kelsen realiza um corte epistemológico, estudando o fenômeno jurídico como um conjunto de normas, as quais são entendidas como esquemas de interpretação da conduta humana.

O autor assevera que o ordenamento jurídico é um sistema dinâmico de normas, no qual estas estão entrelaçadas não pelo conteúdo, e sim pela competência, ou seja, o enlace é formal.

A validade aparece, então, como sinônimo de existência, como relação de pertinência a um determinado sistema.

Nessa concepção, a aplicação é equiparada à criação do Direito, visão bastante estreita, que gera mais problemas do que soluções, por diversos motivos. Primeiro, por não enfrentar o tema da aplicação das normas de conduta (normas de comportamento). Segundo, por restringir o estudo à aplicação das normas gerais e abstratas. Terceiro, por separar a aplicação da interpretação de textos normativos, como se fossem fenômenos distintos. O estudo do autor acerca da interpretação é bastante limitado, restringido a um pequeno capítulo de sua obra.

Outrossim, há, ainda, mais duas omissões que podem ser identificadas nessa teoria: ausência de uma discussão sobre a relação entre a eficácia normativa e a aplicação do Direito; falta de um posicionamento acerca da metodologia da aplicação, parecendo que o autor implicitamente sugere que esta se limita a um mero silogismo.

Em linhas gerais, são essas as conclusões que devem ser apresentadas para debate e discussão acerca do tema proposto.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Nomos, Baden-Baden, 1985.

---

<sup>6</sup>O autor apresenta uma proposta diferente, defendendo que compreensão, interpretação e aplicação integram um processo unitário: “Nossas considerações nos forçam a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete. Nesse sentido nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação”. (1997 p.459-460). E arremata: “compreender é sempre também aplicar”. (*Idem*, p.461).

- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Adversus Pompeyanos. A proposito di alcune critiche alla nostra concezione delle regole che conferiscono poteri*. *Analisi e Diritto*. 1995, torino, Giappichelli, p.237-251.
- BELTRAN, Jordi Ferrer. *Sul carattere delle norme di competenza*. *Analisi e diritto*, 1995, Torino, Giappichelli, p.253-268.
- BUSTAMANTE, M. R. Thomas. *A Criação do Direito pela Jurisprudência: notas sobre a aplicação do Direito e a epistemologia na Teoria Pura do Direito*. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 38, 2010, p. 685-706.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo, Edipro, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*, São Paulo, Atlas, 1991.  
\_\_\_\_\_. *Competência Tributária Municipal*, RDDT, n.54, ou/dez 1990.
- GADAMER, Hans-Gorg. *Verdade e Método*, I. 4ª. ed., Petropolis, Vozes, 1997.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmática delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998.
- JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, Milano, Società Editrice Libreria, 1912.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2000.  
\_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1986.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª. Ed. Lisboa, Calouste Gulbekian, [1993?].
- ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. São Paulo: Edipro, 2000.
- VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo, Max Limonad, 1997.
- VON WRIGHT, Georg. *Norma y Accion*, Madrid, Technos, 1970.