

Leitura crítica do pensamento de Hans Kelsen: o direito como ordem normativa de coação

*Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão**

Resumo: O pensamento de Kelsen continua vivo e atuante entre os doutrinadores, legisladores, estudantes e operadores do Direito. Os assuntos por ele debatidos ainda ensejam discussão e reflexão, como o direito e a ciência, moral e justiça, norma fundamental, o “ser” e “dever ser” e o direito como ordem normativa de coação, os quais serão aqui analisados.

Palavras-chave: Ser e dever-ser. Moral e justiça. Ciência e direito.

1. Introdução.

Há muito se vem discutindo a noção ou o conceito de Direito, motivo pelo qual se fez necessária a criação de várias teorias que viessem a revelar esse fenômeno jurídico. O direito como justiça, o direito como segurança, o direito como ordem, o direito como sistema de normas, o direito como fato social, o direito como conduta, o direito como instituição, o direito como processo, o direito como ordem concreta, o direito como figura lógica, são algumas das expressões já utilizadas por diversos estudiosos e pensadores da área jurídica.

Outro aspecto ensejador de diferentes abordagens e discussões diz respeito à relação do direito com a ciência, do direito com a moral, do direito com a norma. O presente artigo tem o intuito de esclarecer esses aspectos, tomando como base o pensamento e os ensinamentos de Hans Kelsen, aquele que muito contribuiu para desmistificar alguns conceitos e fez brotar em vários estudiosos dessa área a noção crítica das coisas.

O projeto de Kelsen, diante do paradigma positivista, não poderia ser diferente em relação a uma ciência das normas que atingisse seus objetivos

* Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão é mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB.

epistemológicos de neutralidade e objetividade. Para ele era preciso expulsar do ambiente científico os juízos de valor, como já vinha acontecendo com outras disciplinas científicas.

É nesse sentido que se faz necessária a análise de algumas questões fundamentais inseridas em sua obra, como a relação entre o direito e a ciência, a moral e a justiça, enfatizando-se as noções realçadas por Kelsen sobre a norma fundamental e as expressões tão significativas “ser” e “dever ser”. Nessa ótica, partindo de um estudo sobre a ordem jurídica, chegar ao que seria o direito como ordem normativa de coação, defendido por Kelsen.

2. Abordagem bibliográfica sobre Hans Kelsen.

Hans Kelsen nasceu na cidade de Praga, em 1881. Lecionou na Universidade de Viena de 1917 até 1930. Depois se dirigiu a Colônia onde permaneceu até 1933, quando, com o advento do governo nacional-socialista na Alemanha foi expulso da Universidade. Foi então para Genebra e depois para os Estados Unidos, onde lecionou nas Universidades de Harvard e Berkeley (Califórnia), desde 1940. Morreu em 19 de abril de 1973, depois de ter se aposentado como professor em 1952.

Kelsen é considerado um dos maiores pensadores do século XX, teórico do direito e do Estado, filósofo e sociólogo, além de iniciador da lógica jurídica, pois deixou uma vasta obra, da qual se destaca principalmente a Teoria Pura do Direito. Esse trabalho tem quatro edições fundamentais, as quais se apresentam em versões distintas da mesma obra. *Reine Rechtslehre* foi a primeira edição alemã, publicada em 1934 na cidade de Viena. A segunda foi a inglesa, editada pela Universidade de Harvard em 1945 com o nome de general *Theory of Law and State* (com tradução portuguesa de Luís Carlos Borges). A terceira foi a edição francesa publicada na Suíça em 1953, chamada *Théorie Pure du Droit*. A quarta edição foi a chamada segunda edição alemã de *Reine Rechtslehre*, editada em Viena no ano de 1960 e reimpressa em 1967 (com tradução portuguesa de João Batista Machado).

Da análise das obras de Kelsen, percebe-se que o autor reiteradas vezes mudou seus pontos de vista até mesmo sobre pontos cênicos de sua teoria. Ele foi um defensor da neutralidade científica aplicada à ciência jurídica. Sempre insistiu na separação entre o ponto de vista moral e o político. À ciência do Direito não caberia fazer julgamentos morais nem avaliações políticas sobre o direito vigente.

Com o objetivo de discutir e propor os princípios e métodos à teoria jurídica - até então inexistentes - aliado à necessidade de dar ao Direito uma autonomia científica própria, Kelsen propõe o que denominou *princípio da pureza*.¹ Objetivava superar as confusões metodológicas da livre interpretação do direito, a tendência a um retorno aos parâmetros do direito natural ou mesmo a aplicação de critérios de livre valoração.

O princípio da pureza aplica-se tanto ao método como ao objeto do estudo, ou seja, é instituto instrumental e delimitador da ciência jurídica, significando que a premissa básica desta é o enfoque normativo. Para Kelsen, o direito deveria ser encarado como norma e não como fato social ou como valor transcendental.

Segundo Fábio Ulhoa², essa redução do objeto jurídico à norma causou inúmeras polêmicas, que levaram Kelsen a ser acusado de reducionista, de esquecer as dimensões sociais e valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa. Mas o citado autor enfatiza que a intenção de Kelsen não foi negar os aspectos multifaciais do direito, mas de escolher, entre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista.

De acordo com Felipe Moreira³, a Teoria Pura do Direito é o ápice da trajetória típica da modernidade, no sentido da tentativa de alicerçar na ciência o conhecimento da organização da sociedade estabelecida através de normas. “É por isso que o sociólogo Boaventura Souza dos Santos o localiza no período do modernismo, já que é patente um medo de um contágio pela política, moral, ou cultura de massa ou popular”, diz o citado autor.

3. Ciência e Direito.

Hans Kelsen apresentou na obra *Teoria Pura do Direito* uma concepção de ciência jurídica com a qual se pretendia ter alcançado, no Direito, os ideais de toda a ciência, quais sejam, a objetividade e a exatidão. Para alcançar esses objetivos, Kelsen propôs uma depuração do objeto da ciência jurídica, para garantir a autonomia científica para a disciplina jurídica que, segundo ele, vinha sendo deturpada pelos estudos sociológicos, políticos, psicológicos e filosóficos.

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1996, p. 15.

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda, 1996, p. 15.

³ MOREIRA, Felipe Kern. *A ciência do Direito em Hans Kelsen: Abordagem filosófico-crítica*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 04 nov. 2005.

O pensamento kelseneano fez do grande pensador o alvo preferido das teorias críticas do Direito, inconformados os seus protagonistas com os déficits éticos do pensamento jurídico assim purificado e com o conseqüente desinteresse dos juristas em realizar cientificamente um direito atrelado a critérios de legitimidade não apenas formais.

De acordo com Mauro Almeida Noleto⁴, o projeto de Hans Kelsen não poderia ser diferente: uma ciência das normas que atingisse seus objetivos epistemológicos de neutralidade e objetividade. Era preciso expulsar do ambiente científico os juízos de valor, como aliás já o haviam feito as demais disciplinas científicas. Segundo Noleto, o plano da Teoria Pura era, assim, atingir a autonomia disciplinar para a ciência jurídica. “Creio, por isso, que essa é a grande importância de seu pensamento, isto é, o seu caráter paradigmático. E se de fato estamos vivendo um novo momento de transição paradigmática, nada melhor do que bem compreender as bases desse paradigma que se transforma”, enfatizou o autor.

Na obra *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen definiu o objeto da ciência do direito como constituído em primeiro lugar pelas normas jurídicas e mediatamente pelo conteúdo dessas normas, ou seja, pela conduta humana regulada por estas. Ainda consoante Noleto, já citado anteriormente, enquanto se estudam as normas reguladoras da conduta - o Direito como um sistema de normas em vigor - fica-se no campo de uma *teoria estática do Direito*. Mas se o objeto do estudo desloca-se para a conduta humana regulada (atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas), o processo jurídico em seu movimento de criação e aplicação, realiza-se a *teoria dinâmica do Direito*.

Enfatiza Noleto⁵ que “esse dualismo, entretanto, é apenas aparente, já que a dinâmica está subordinada à estática por uma relação de validade formal, pois os atos da conduta humana que desencadeiam o movimento do Direito são eles próprios conteúdo de normas jurídicas, e só nesta medida é que interessam para o estudo da ciência jurídica”.

Como se pode observar da leitura da obra de Kelsen, ele apresenta o ordenamento jurídico positivo - conjunto das normas válidas - como uma pirâmide de normas, onde se articulam o aspecto estático e o aspecto dinâmico do Direito. Para ele, a noção de validade formal é o elemento que integra esses dois aspectos, uma vez que cada norma retira de uma outra que lhe é superior a sua existência e validade. De acordo com Kelsen, no

⁴ NOLETO, Mauro Almeida. *Direito e Ciência na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br>. Acesso em: 03 nov. 2005.

⁵ NOLETO, Mauro Almeida. *Direito e Ciência na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br>. Acesso em: 03 nov. 2005.

momento em que a norma é criada ou aplicada, para que seja considerada válida, é preciso verificar se as condições de sua produção ou aplicação estão previamente contidos nos comandos de outras normas já produzidas e integrantes do ordenamento jurídico. Deve-se, segundo ele, observar a capacidade e/ou competência dos agentes, além do procedimento de produção e aplicação.

O ponto final dessa cadeia de validade é o que Kelsen chama de norma fundamental - pressuposto lógico do sistema normativo. Segundo Kelsen, a ciência jurídica representa uma interpretação normativa dos fatos, descrevendo as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que hão de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descrevendo as relações constituídas através dessas normas, entre os fatos por elas determinados⁶.

A distinção entre ciência jurídica e Direito feita por Kelsen se situa no plano da validade formal, afastando do campo do Direito as questões relativas à veracidade ou falsidade de seus imperativos de conduta, mas da validade ou invalidade:

A distinção revela-se no fato de que as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, podem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica - e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos - não são verídicas ou inverídicas, mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verídicas ou inverídicas⁷.

4. Moral, Justiça e Direito.

Na obra já citada de Hans Kelsen, outro ponto de interesse relevante diz respeito às críticas feitas às teorias que procuram fazer a distinção do direito com relação à moral a partir dos critérios de interioridade (moral) e exterioridade (direito). A crítica de Kelsen repousa

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 80.

⁷ Op. Cit., p. 82.

sobretudo, no fato de que o direito por vezes regula condutas internas e por vezes regula condutas externas, assim como ocorre com a moral.

A proposta de Kelsen era a seguinte: as normas jurídicas são estudadas pela Ciência do Direito; as normas morais são objeto de estudo da Ética como ciência. Neste caso, o raciocínio jurídico não deverá versar sobre o que é certo ou errado, sobre o que é virtuoso ou vicioso, sobre o que é bom ou mau, mas sim sobre o lícito e o ilícito, sobre o legal ou ilegal, sobre o válido e o inválido.

Para Kelsen, a diferenciação entre a moralidade e a juridicidade decorre de uma preocupação excessiva com a autonomia da ciência jurídica. Argumenta Kelsen que, ao se estar diante de um determinado Direito Positivo, deve-se dizer que este pode ser um direito moral ou imoral. Assim, um direito positivo sempre pode contrariar algum mandamento de justiça e nem por isso deixa de ser válido.

No que se refere à justiça, Kelsen entende que a sua discussão é tarefa da Ética, ciência que se ocupa de estudar não normas jurídicas, mas sim normas morais, e que, portanto, se incumbe da missão de detectar o certo e o errado, o justo e o injusto. A discussão sobre a justiça, de acordo com Kelsen, não se situaria dentro das ambições da Teoria do Direito, pois ele a identifica como a felicidade social.

De acordo com Kelsen, a felicidade depende da satisfação das necessidades, o que nenhuma ordem social pode garantir a todos. Afirma, ainda, que o conceito de felicidade deverá sofrer radical transformação para tornar-se uma categoria social: a felicidade da justiça. É que a felicidade individual deve transfigurar-se em satisfação das necessidades sociais.

Conceituando a justiça, Miguel Reale⁸ escreve que a Justiça geral é a Justiça por excelência, tendo em vista que "o bem comum não se realiza sem o bem de cada homem e o bem de cada um não se realiza sem o bem comum". Ele reconhece que o valor-fim próprio do Direito é a Justiça, não como virtude, mas em sentido objetivo como justo, como ordem que a virtude *justiça* visa realizar.

Já a distinção entre o direito e a moral reside no fato de que a moral impõe ao sujeito uma escolha entre ações que se pode praticar, enquanto que o direito se refere ao foro externo do sujeito enquanto ser social. Este, por sua vez, não pode escolher entre obedecê-lo ou não. Neste sentido, somente quando os homens fazem alguma coisa por considerar seu dever, sua obrigação será seguir a lei moral, significando dizer que se pode falar de uma ação moral.

⁸ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 309.

Pode-se dizer, pois, que tanto a justiça quanto a moral têm caráter extremamente subjetivo, pois depende tão-só do juízo do agente a definição desses conceitos. Da mesma maneira, em relação aos fatos que serão julgados, o cidadão julgador terá sempre seus próprios juízos de valor.

5. O ser e o dever-ser.

Analisando novamente a obra Teoria Pura do Direito, é de se ressaltar que segundo Kelsen, o que se denomina *princípio da imputação* (responsabilização) tem, nas proposições jurídicas, função análoga à do *princípio da causalidade* em relação às leis naturais. A diferença primordial consiste no fato de que na proposição da ciência jurídica a ligação entre os elementos fáticos (conduta como pressuposto e conseqüência punitiva, permissiva ou autorizativa, como resultado) é produzida por uma norma jurídica, ou seja, por um ato de vontade autorizado.

Para Kelsen as relações constituídas juridicamente, embora análogas (estabelecem uma conexão funcional entre fatos), não caracterizam a relação causal de fatos do mundo natural, posto que no mundo da natureza um determinado fato será a causa de outro fato, que por sua vez será causa de outro fato, numa cadeia interminável de causalidades nos dois sentidos. Coisa diversa ocorre com a imputação, na qual o número de elos da cadeia imputativa se esgota na realização de cada qualificação normativa das condutas.

O entendimento do filósofo alemão é que à ciência jurídica não cabe investigar a eficácia da norma - saber se esta é ou não vivenciada como regra social - pois estaria forçada a emitir juízos da ordem do ser, juízos sobre a realidade. Segundo ele, não cabe à ciência jurídica dizer se uma norma é ou não justa, ou se é ou não obedecida, mas sim se é válida formalmente, se tem vigência.

Kelsen enfatiza que embora se utilize da expressão dever-ser, o sentido dessa expressão traz na proposição da ciência jurídica um caráter meramente descritivo, ainda que o objeto dessa descrição - a norma jurídica - não seja um fato da ordem do ser, mas também um dever-ser. O jurista científico apenas descreve o Direito. Assim como o físico em relação ao seu objeto, ele apenas afirma a ligação entre dois fatos. E mesmo considerando que o objeto da ciência jurídica seja constituído pelas normas e, portanto, pelos valores ali inscritos, as proposições científicas, assim como as leis naturais, são uma descrição alheia a valores.

Há momentos, durante a leitura da obra de Kelsen, em que não se sabe bem de que lado está o quê, principalmente quando Kelsen recorre à

analogia com as ciências naturais para justificar as funções que reputa idênticas àquelas da ciência jurídica, ou seja, a descrição de seus respectivos objetos de conhecimento: os fatos da ordem natural (ser) e as normas jurídicas (dever-ser).

Segundo Noletto, citado acima, aqui reside uma confusão, pois para Kelsen, embora sejam realidades ontologicamente diversas, prestam-se ao mesmo tipo de apreensão cognitiva, isto é, podem ser descritas pelo conhecimento científico, desde que, entretanto, sejam aplicados princípios explicativos diferentes: causalidade e imputação, identificando-se como ciências diferentes, peculiares, mas que comungam da mesma metodologia positivista.

Diz Kelsen:

Assim como a lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, da proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, e não o objeto a descrever, isto é o Direito, a norma jurídica. Esta - se bem que quando tem caráter geral seja designada como 'lei' - não é uma lei, não é algo que, por qualquer espécie de analogia com a lei natural, possa ser designado como 'lei'. Ela não é, com efeito, um enunciado pelo qual se descreve uma ligação de fatos, uma conexão funcional. Não é sequer um enunciado, mas o sentido de um ato com o qual se prescreve algo e, assim, se cria a ligação entre fatos, a conexão funcional que é descrita pela proposição jurídica, como lei jurídica⁹.

Mesmo toda a preocupação com a pureza não livra Kelsen do envolvimento de sua concepção de ciência com o mundo essencialmente político da produção de normas. Ainda que ele ressalve que a autoridade criadora, seja o juiz ou o legislador, deva conhecer o Direito, valendo-se pois do trabalho do jurista científico apenas como uma etapa preliminar de seu processo criativo/decisório.

De acordo com Lourival Vilanova¹, Kelsen contrasta a lei natural e a norma jurídica, utilizando o esquema “se A é, B é” para a primeira e “se A é, B deve ser” para a segunda, pretendendo assinalar o específico vínculo que une A a B. Vilanova entende que tanto a lei natural como a norma jurídica são enunciados condicionais. Ressalta:

A norma jurídica, quer a norma primária, quer a secundária, são estruturas condicionais. O que as distingue das estruturas de

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 90.

enunciados de leis naturais é a incidência do operador 'dever-ser' sobre a relação de implicação. Sem a norma, a relação entre A e B não se daria, realmente ou possivelmente.

6. A norma fundamental.

Em sua importante obra, Kelsen, transformou a ciência jurídica em uma ciência pura de normas. Para ele, a norma não se confunde com o ato de vontade, nem sua existência dele depende, porque as normas valem, têm um valor, sendo a vontade do autor da norma apenas uma condição, mas não a sua razão essencial.

Fábio Ulhoa¹⁰, analisando o pensamento de Kelsen, dispôs que:

Cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina numa norma fundamental.

Esse trecho diz respeito à teoria da norma fundamental formulada por Hans Kelsen, teoria essa que provocou muita discussão no meio jurídico, pois o seu formulador entendia que essa teoria constituía o fundamento da ordem jurídica. Para ele uma norma só seria considerada jurídica e legítima se fosse estabelecida em conformidade com as prescrições contidas na norma fundamental.

A norma hipotética fundamental, como diz Fábio Ulhoa¹¹, já referido acima, foi criada por Kelsen com o objetivo de solucionar a questão do fundamento último de validade das normas jurídicas. De acordo com referido autor, a norma fundamental não é positiva, mas prescreve a obediência aos editores da primeira Constituição histórica. Diz ele:

Ao se indagar, contudo, sobre a validade da Constituição – a norma jurídica de que decorre a validade das demais -, ela deve forçosamente pressupor a existência de uma norma fundamental, que imponha a observância da mesma Constituição e das normas jurídicas por ela fundamentadas.

Muitos autores, estudando Kelsen e analisando a referida teoria, procuraram identificar, e até mesmo conceituar, o que viria a ser essa norma fundamental, uma vez que, nos ensinamentos quotidianos sobre o direito,

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1996, p. 16.

¹¹ Op. Cit., p. 29.

aprende-se que numa ordem de hierarquia, a Constituição Federal viria como a fonte principal do direito. Neste caso, poderia se perguntar se a Carta Magna seria essa norma fundamental ou se essa norma seria uma ficção.

Os admiradores da obra de Kelsen certamente não criticariam o pensamento dele sobre a norma fundamental mas, tomando-se como base a atualidade, seria o caso de se repensar a respeito da contribuição de Kelsen para a construção de conceitos e proposições sobre a ciência do direito, tendo em vista que teorias como essa, a da norma fundamental, fogem um pouco da realidade, se pensada de forma prática.

A hierarquia tratada por Kelsen se refere ao fundamento de validade das normas, tomando como base a relação entre a regra que regula a produção de outra e a regra assim regularmente produzida. Segundo Oliveira Ascensão¹², a norma que regula a produção é a norma superior e a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior.

Kelsen coloca no topo dessa hierarquia a norma fundamental que é considerada hipotética, mas ao mesmo tempo, considerada a razão de validade de todo o sistema. De acordo com o autor referido acima, essa norma fundamentaria imediatamente as normas que regulam a produção de regras jurídicas gerais, e por sua vez, estas disciplinam a produção de outras regras, sucessivamente, até se consumir a hierarquia.

Outros autores, a exemplo do já citado José de Oliveira Ascensão, também acreditam que o jurista tem que partir sempre da validade de uma ordem jurídica. Diz Ascensão¹³:

Essa validade depende de uma 'norma fundamental', como a que determinar que 'tudo o que o Estado quer é Direito', que justifica e dá validade a todas as outras. O que quer que seja que não for abrangido por tal norma tem de se reputar não jurídico. Logo, uma ordem jurídica é exclusiva: o ela ter validade importa a denegação de validade a todas as outras.

Para Nelson Saldanha¹⁴, a ordem na ótica do direito é composta principalmente de normas, mas no entendimento dele, o direito não consiste apenas na ordem, não se reduzindo a ela. E enfatiza: "*A atenção concentrada sobre o problema das normas – aceitas como sendo 'o Direito' ou como parte mais*

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 465.

¹³ Op. Cit., p. 415.

¹⁴ SALDANHA, Nelson. *Estudos de Teoria do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 71.

específica dele – fez com que se confundissem as noções de Direito e de ordem (ou 'ordem feita de normas')".

7. O direito como ordem normativa de coação.

A coercibilidade consiste na suscetibilidade de aplicação coativa de sanções quando uma regra vem a ser violada. Importante frisar que coercibilidade não significa o mesmo que coação. Neste caso, segundo José de Oliveira Ascensão¹⁵, não se poderia caracterizar a ordem jurídica como uma ordem de coação, pretendendo que pela coação as regras jurídicas seriam aplicadas.

Ascensão enfatiza que a sanção se liga à coercibilidade quando se refere à expressão física, que envolve expressões como expulsar, destruir, apreender, deter, dentre outras, reforçando a imperatividade ou normatividade da ordem ética em causa.

Entendendo o conceito de coercibilidade como a suscetibilidade de aplicação de sanção, o referido autor diz que a coercibilidade não pode ser considerada característica da ordem jurídica porque há regras jurídicas que não têm sanção e há regras jurídicas cuja sanção não pode ser coativamente imposta.

O que acontece na realidade é que as regras sancionatórias carecem, muitas vezes, de serem sancionadas, sendo infringidas por aqueles que não poderiam nunca infringi-las, a exemplo dos Órgãos estatais. Ascensão¹⁶ cita um caso exemplificador dessa situação: "Assim, se a maioria, dentro das câmaras legislativas, se afastar das suas funções e desrespeitar a Constituição, ninguém estará em condições de lhe aplicar coercitivamente uma sanção".

Mesmo que analisássemos todas as regras estabelecidas, concluiríamos que nem sempre encontramos a coercibilidade. Cite-se o caso do Estado que é condenado a pagar uma indenização, onde não se é possível usar da força para executar a sentença, porque quem detém a força é aquele quem está sendo obrigado a pagar a indenização, ou sejam, o Estado. Por isso que se diz que as regras não são jurídicas por terem coercibilidade, mas por se integrarem na ordem jurídica.

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 63.

¹⁶ Op. Cit., p. 69.

Ressalte-se que a ordem jurídica ordena os aspectos mais importantes da convivência social, exprimindo-se através de regras jurídicas que são impostas aos cidadãos para que sejam cumpridas e respeitadas. É em razão desse conceito, que se afirma que os valores visados pela ordem jurídica são a justiça e a segurança.

É por todos esses fatos que surgiram várias caracterizações do Direito como ordem coativa, estabelecendo que o Direito prescreve uma determinada conduta humana sob a observância de atos coercitivos, como a privação da vida, da liberdade, da propriedade, etc. Hans Kelsen¹⁷, na sua obra *Teoria Pura do Direito*, entendia que essa formulação ignorava o sentido normativo com que os atos de coerção em geral e as sanções em particular são estatuídas pela ordem jurídica.

O que Kelsen queria demonstrar era a diferença entre o sentido subjetivo e o sentido objetivo de um fato:

Na medida em que apenas se leva em consideração o sentido subjetivo do ato em questão, não existe qualquer diferença entre a descrição de um comando de um salteador de estradas e a descrição do comando de um órgão jurídico. A diferença apenas ganha expressão quando se descreve, não o sentido subjetivo, mas o sentido objetivo do comando que um indivíduo endereça a outro.

Para Kelsen, se o Direito é concebido como uma ordem de coerção, a fórmula com a qual se traduz a norma fundamental de uma ordem jurídica significa que a coação de um indivíduo por outro deve ser praticada pela forma e sob os pressupostos fixados pela primeira Constituição histórica. Segundo Kelsen, a norma fundamental delega nessa Constituição a determinação do processo pelo qual se devem estabelecer as normas estatuidoras de atos de coação. Diz ele:

Uma norma, para ser interpretada objetivamente como norma jurídica, tem de ser o sentido subjetivo de um ato posto por este processo – pelo processo conforme à norma fundamental – e tem de estatuir um ato de coação ou estar em essencial ligação com uma norma que o estatua.

Defende Kelsen a definição do Direito como ordem de coação, por entender que se o Direito não fosse definido assim, mas apenas como ordem posta em conformidade com a norma fundamental, poderiam existir normas

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 48.

jurídicas desprovidas de sanção, que prescrevessem uma determinada conduta humana, sem que outra norma estatuísse uma sanção para a hipótese de a primeira norma não ser respeitada.

Esse conceito de direito formulado por Hans Kelsen é muito criticado por diversos autores, a exemplo do já citado José de Oliveira Ascensão, e outra não poderia ser a reação desses estudiosos, mesmo porque seria controverso aplicar esse conceito numa sociedade democrática de direito. Será que seria correto entender que todas as normas jurídicas seriam coercitivas?

8. Conclusão.

A obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, procurou definir as condições para a construção de um conhecimento consistentemente científico do direito. Ele se preocupou com o conhecimento do direito e os meios e métodos que poderiam ser utilizados para assegurar-lhe o estatuto científico, pois o direito, para ele, nunca deixará de ser ciência. E por ser ciência, precisará sempre ser discutida, analisada, interpretada, com o objetivo de criar mecanismos mais eficazes para os que lidam com essa ciência, ou seja, os operadores do direito.

As lições postas por Kelsen em suas várias publicações são dirigidas especificamente para os doutrinadores e professores da área jurídica, pois ele considera que as atividades desenvolvidas por advogados, promotores, delegados, juízes, legisladores, entre outros, são distintas das atividades de conhecer o conteúdo de normas jurídicas de modo científico.

Como se pode observar da leitura da obra *Teoria Pura do Direito*, o objetivo de Kelsen era tentar alicerçar na ciência o conhecimento da organização da sociedade estabelecida através de normas, mas ele concluiu pela impossibilidade de definição científica do conteúdo das normas jurídicas.

O plano da *Teoria Pura* era, como já dito, atingir a autonomia disciplinar para a ciência jurídica. Essa é a grande importância do pensamento de Kelsen. Importante destacar que a posição de Kelsen se funda na concepção do direito como ordem coativa da conduta humana, onde uma norma depende de outra conforme a posição hierárquica.

Porém, a norma fundamental diz apenas que o primeiro legislador age com legitimidade e juridicidade. É apenas, uma norma pensada, hipoteticamente. Não tem existência objetiva. Sendo assim, para que os mandamentos legais possam ser considerados obrigatórios é indispensável

supor a existência de uma norma fundamental, que admita a legitimidade do poder e o dever de obediência da comunidade.

Analisando o pensamento de Kelsen, é de se concluir que para ele o direito não é um ato de vontade, motivo que faz com ele seja contra as teorias positivistas tradicionais e também as teorias jusnaturalistas. O direito para Kelsen é um conjunto de prescrições, ou seja, de comandos, por isso que ele fala do direito como ordem normativa de coação, isto é, uma ordem coercitiva que prescreve condutas aos indivíduos.

De uma certa forma, o direito se reveste sim de uma ordem normativa de coação, mas não se pode atribuir a todo o sistema jurídico essa noção, uma vez que ao se falar em ordem deve-se ter a preocupação com um sistema que deve ser um todo unitário e coerente, sem que existam lacunas ou brechas.

O que se observa é que a norma fundamental defendida por Kelsen é necessária sim para o teórico do direito, aquele que tem a função de explicar a validade do direito, explicar de onde vem a força do direito - se do ser ou do dever-ser, ou seja, de um fato ou de uma norma -, mas não para o prático do direito, pois a norma fundamental, como já frisado, é uma norma hipotética, não tem conteúdo, e é justamente disso que precisam os operadores do direito para aplicarem a norma.

9. Referências.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, Felipe Kern. *A ciência do Direito em Hans Kelsen: Abordagem filosófico-crítica*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 04 nov. 2005.

NOLETO, Mauro Almeida. *Direito e Ciência na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/>. Acesso em: 03 nov. 2005.

REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SALDANHA, Nelson. *Estudos de Teoria do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.