

A UNIDADE DA ORDEM JURÍDICA NA TEORIA PURA DO DIREITO

Helena Maria Zanetti de Azeredo Orselli*

Resumo

O presente artigo expõe a parte da Teoria Pura do Direito que diz respeito à unidade do ordenamento jurídico. Apresenta, primeiramente, a relação hierárquica existente entre todas as normas jurídicas pertencentes a um mesmo sistema. Em seguida, mostra que, para Kelsen, não há, na ordem jurídica, lugar para as lacunas, posto que todas as condutas humanas possíveis são reguladas pelo Direito. Na seqüência, ressalta que, dentro da teoria kelseniana, a validade de uma norma independe de seu conteúdo e está vinculada à validade da norma que determina sua produção. Por fim, esclarece que, para Kelsen, desde que uma norma seja válida, é necessário ou um processo de anulação da mesma, conforme estabelecido pelo ordenamento jurídico, ou a criação de uma nova norma capaz de revogá-la, para por fim em sua validade.

* Mestranda do Curso de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica pela Univali – Campus de Itajaí. Professora da Universidade Regional de Blumenau - FURB.

Resumen

The "Pure Theory of Law" by Kelsen emphasizes the unity of the legal order. Firstly, the hierarschal relationships which exist among all the judicial norms belonging to the same system are pointed out. Kelsen then states that there are no places for lacuna in the judicial order, considering the fact that all possible types of human conduct are regulated by law. The book then stresses that in Kelson's theory, the validity of a norm is related to the norm which determines its enactment. Lastly, it states that according to Kelsen, if a norm is valid, it is necessary to obtain a process of annulment legally obtained, or the creation of a new norm invalidating the former.

Introdução

Este artigo é realizado como trabalho final da disciplina Fundamentos da Ciência Jurídica, ministrada pelo Professor Doutor Cesar Luiz Pasold. Tem como objeto a Dinâmica Jurídica exposta por Hans Kelsen em sua obra **Teoria Pura do Direito**; e como objetivo expor as idéias deste autor a respeito da unidade da ordem jurídica, estimulando a reflexão dos leitores sobre o mesmo.

O método,¹ utilizado na investigação e relato do estudo ora apresentado, foi o indutivo.² As técnicas³ de pesquisa bibliográfica, de fichamento, de identificação e listagem das categorias⁴ mais importantes para este estudo e de conceitos operacionais⁵ foram acionadas pela autora na investigação efetuada.

As categorias nucleares para a elaboração do presente trabalho são Direito, norma jurídica e ordem jurídica. Os conceitos operacionais adotados para cada uma delas são: Direito é o conjunto de normas que determinam a maneira como o homem deve conduzir-se; norma jurídica é a norma que prescreve determinada conduta como devida pelos indivíduos que a ela estão subordinados; e ordem jurídica é o sistema de normas que estão ligadas entre si porque a criação de cada uma delas é determinada por outra norma pertencente ao mesmo sistema.

O estudo realizado demonstrou que Kelsen fez uma análise do Direito positivado, posto, seja pelo legislador seja via cosuetudinária. Sua

teoria é uma construção lógica e bem fundamentada das normas jurídicas, principalmente com relação ao assunto abordado no presente artigo, ou seja, com relação à unidade da ordem jurídica. É de suma importância para o jurista a verificação da conexão existente entre todas as normas jurídicas que compõem o ordenamento a fim de que sempre, ao lidar com ela, conceba-a como um todo em suas atividades tanto acadêmicas quanto profissionais.

A Ordem Jurídica

Hans Kelsen afirma, em sua obra, que compete à Ciência Jurídica uma investigação do Direito isenta de elementos a ele estranhos, como os juízos de valor, e sem a interferência de outras ciências, como a psicologia e a sociologia, cujos objetos estão em estreita conexão com o Direito. Na construção dessa teoria, o autor afastou, da Ciência Jurídica, tudo aquilo que não fosse norma. Ele não nega a importância das análises do Direito feitas por essas ciências, porém ressalta que um estudo científico do Direito prescinde dessas influências.

Para Kelsen, o objeto de estudo de sua teoria, a que ele denomina "pura", é o Direito que ele define como "uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano".⁶ Para o referido autor, o Direito é uma ordem social, uma vez que regula a conduta dos homens uns em relação aos outros, e também ordem coativa, já que prevê a aplicação de uma sanção quando a conduta de determinada pessoa é considerada indesejável.

Kelsen conceitua norma como sendo "algo que *deve* ser ou acontecer, especialmente que o homem se *deve* conduzir de determinada maneira"⁷ e continua, mais adiante, dizendo, "(...) uma norma pode não só comandar mas também permitir e, especialmente, conferir a competência ou o poder de agir de certa maneira".⁸ Destarte, as normas jurídicas são comandos, imperativos, bem como permissões e atribuições de competência ou poder.

Para a Teoria Pura do Direito, as normas jurídicas são estabelecidas por um ato de vontade do legislador, de alguma forma escolhido para representar a vontade da comunidade jurídica; ou da maioria das pes-

soas da comunidade, na criação consuetudinária da norma, quando a conduta reiterada pela maioria dos membros da comunidade estabelece-se como devida.

Kelsen refuta algumas teorias jusnaturalistas, com base na sua teoria. Com relação àquela que diz encontrar o Direito na natureza, Kelsen afirma que a natureza é um sistema no qual os elementos estão ligados entre si através do princípio da causalidade, de forma que ela não tem vontade, por isso não se pode falar em normas postas pela natureza e apenas descobertas pelo homem. Afasta também a teoria do Direito natural que aduz que cabe ao homem buscar o Direito posto por Deus, portanto o Direito justo, na natureza, ressaltando que, se o Direito fosse posto por uma autoridade supra-humana, se esse Direito fosse, na verdade, absolutamente justo, esse Direito posto seria imutável, não tendo essa teoria como justificar o fato de o Direito vigente em toda e qualquer sociedade ser mutável, uns com mutabilidade mais flexível e outros, mais rígida. Ademais, se o Direito fosse posto por uma autoridade suprema, seria unívoco. Ora, isso não ocorre nem com relação às doutrinas jusnaturalistas tão várias e diferentes entre si, quanto mais com relação ao Direito vigente em cada comunidade jurídica. Outra teoria contestada por Kelsen é aquela que vê o Direito como posto pela razão. Para ele a teoria de que o Direito é posto pela razão é insustentável, porque a função da razão é conhecer e não querer.

A ordem jurídica é "uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas".⁹ Esse sistema de normas regula todos os possíveis fatos e todas as possíveis condutas humanas. As normas jurídicas que o compõem permitem, proíbem ou facultam expressamente as condutas nelas previstas, mas a ordem jurídica não tem como regular todas as expressamente, isso não significa que aquelas não são reguladas expressamente são consideradas juridicamente irrelevantes. Apenas quer dizer que aquelas que não são reguladas, positivamente, são permitidas negativamente, ou seja, como não há proibição expressa em norma, os indivíduos podem conduzir-se da maneira não regulada.

O conjunto de normas jurídicas não é simplesmente uma reunião de normas, mas um conjunto estruturado, no qual há hierarquia entre

normas que o compõem. Metaforicamente, costuma-se aludir à ordem jurídica como uma pirâmide.

No topo da pirâmide representativa da ordem jurídica de um Estado, encontra-se a Constituição, norma jurídica que é o fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema. A Constituição pode ser escrita ou não escrita e geralmente consta de normas de Direito formal, ou seja, estabelece o órgão competente e o processo a ser seguido para a elaboração das normas gerais. Só excepcionalmente, a Constituição contém normas de Direito material, isto é, regula o conteúdo das futuras normas gerais.

No segundo nível da pirâmide, encontram-se as normas gerais, que são criadas ou pelo legislador ou através do costume, aplicando-se as normas constitucionais. Essas normas jurídicas gerais denominam-se leis. A Constituição pode estabelecer competência a uma autoridade administrativa para elaborar as leis denominadas decretos. Há, ainda, em alguns ordenamentos, a previsão de competência ao tribunal de última instância para a criação do precedente judicial, que é a decisão judicial para um caso concreto vinculante para a decisão de casos idênticos, de sorte que é considerado norma geral.

As normas gerais podem ser autônomas ou não autônomas. As normas jurídicas autônomas são aquelas que ligam determinada conduta indesejável a um ato de coação. As normas jurídicas não autônomas são aquelas que permitem a prática de uma ação ou omissão, aquelas que atribuem poder ou competência a um indivíduo para determinada conduta, as que limitam a validade de outra ou outras normas jurídicas, as normas derogatórias, que retiram a validade de outras normas, e as que explicam com mais exatidão o sentido de outras normas. As normas jurídicas não autônomas só são normas porque estão relacionadas às normas jurídicas que estatuem atos de coerção.

Na ampla base dessa estrutura, encontram-se as decisões judiciais e as resoluções administrativas, que são normas jurídicas individuais criadas, respectivamente, pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, na aplicação das normas gerais e abstratas aos casos concretos que lhes são apresentados.

As normas jurídicas individuais são hierarquicamente inferiores às normas gerais de maneira que sua produção é regrada pelas disposições estabelecidas nas normas jurídicas gerais. Essas disposições determinam não só o órgão competente à criação das normas individuais e o processo a ser seguido para a criação normativa, ou seja, a forma como essa criação acontecerá, mas também seu conteúdo, estabelecendo quais as condições e os pressupostos que deverão ser verificados pelas autoridades competentes para que se aplique a sanção prevista na ordem jurídica.

Nesse processo de individualização do Direito, parte-se da previsão legal geral e abstrata, e chega-se à decisão judicial, ou à resolução administrativa, que consiste na verificação da ocorrência dos pressupostos de aplicação da norma abstrata e geral a um determinado caso particular e concreto.

Geralmente, os sistemas do Direito consuetudinário, em que é mais difícil a alteração das normas gerais, aceitam a teoria de que só é Direito aquele criado pelos tribunais, o Direito jurisprudencial, e que as normas gerais aplicadas pelos tribunais na criação da decisão são meras fontes do Direito, são somente fatos que influem no Direito. Essa teoria, segundo Kelsen, erra porque ignora a diferença entre fontes do Direito vinculantes, as normas gerais, e as fontes do Direito não vinculantes, os princípios, os pareceres, os juízos de valor, etc.

Também é impugnada por Kelsen a teoria totalmente oposta a essa, surgida na Europa continental. De acordo com essa teoria, o Direito é constituído apenas de normas gerais. Defende-se que os tribunais não criam o Direito, que as decisões judiciais são somente aplicação das normas gerais e não produção de outras normas.

Para Kelsen, a teoria correta situa-se entre essas duas correntes. É a teoria de que o Direito engloba as normas gerais, criadas via legislativa ou via consuetudinária, e as normas individuais, criadas pelos tribunais ou pelas autoridade administrativas na aplicação das normas gerais ao caso concreto, porque essas tornam-se imperativos para os indivíduos a que se referem.

A Inexistência de Lacunas no Direito

A ordem jurídica regula todas as condutas humanas, portanto é impossível a existência de lacunas,¹⁰ segundo a Teoria Pura do Direito. Na medida que não há, na ordem jurídica, permissão ou vedação expressa de certa conduta, é porque essa conduta é permitida negativamente. Quando se diz que há uma lacuna, isso significa que a permissão negativa da ordem jurídica para aquela conduta é considerada indesejável para o indivíduo que o afirma. Como essa análise é subjetiva, da mesma maneira que pode ser indesejável, sob determinado ponto de vista subjetivo relativo, pode ser considerado desejável sob outro ponto de vista.

Afirmar que há uma lacuna no Direito significa que a falta de uma norma regulando positivamente determinada conduta é indesejável. A aplicação da ordem jurídica vigente é afastada em virtude de ser considerada não eqüitativa, injusta, porém essa avaliação do Direito é feita com base na Política Jurídica, que diz como o Direito deve ser. Essa insatisfação surge quando se compara o Direito vigente com um Direito tido como ideal.

A falta de determinada norma é apresentada como se a ordem jurídica não pudesse ser aplicada logicamente a um caso concreto, a fim de que o juiz possa decidir, criando o Direito que ele considera justo, eqüitativo, para aquele caso concreto. Sua decisão não está em conformidade com o Direito posto, com o Direito positivado, vigente, porque ignora a maneira como esse regulamenta aquela situação. Para Kelsen, é uma ficção falar em lacunas no Direito, não há lacunas no ordenamento jurídico, o que pode haver é uma insatisfação face a não proibição de determinada conduta.

Validade da Norma Jurídica e da Ordem Jurídica

A norma jurídica geral e a individual não valem por seu conteúdo, ou melhor, em razão da forma como regulamenta determinada conduta, mas porque foi produzida da maneira como institui a norma que lhe é superior - no caso da norma geral, a norma constitucional, e no caso

da norma individual, a norma geral - e que lhe regula a produção. Destarte a ordem jurídica é uma organização estruturada hierarquicamente em que as normas superiores fundamentam a validade das normas inferiores e a ordem jurídica é válida porque suas normas são válidas.

Todavia não se pode confundir validade com eficácia. A validade de uma norma fundamenta-se na validade da norma que lhe é superior e regula sua produção, enquanto que a eficácia de uma norma diz respeito a sua observância e a sua aplicação. Uma norma é eficaz quando a conduta devida prescrita por ela é seguida pelos indivíduos, ou seja, é eficaz porque seu mandamento é seguido e observado. Entretanto um mínimo de eficácia é exigido para que ela continue vigente no ordenamento, a norma pode não ser observada por alguns indivíduos, não se aplicada para certos casos particulares, mas ser observada e aplicada por outros. Isso significa que a eficácia é uma condição de validade da norma e não seu fundamento de validade. Da mesma maneira, a ordem jurídica é válida quando suas normas são globalmente eficazes.

Quando há mudança de Constituição, as normas vigentes à época da Constituição anterior e que continuam vigentes ao tempo da nova não têm mais seu fundamento de validade naquela, mas nessa, diz-se, então, que foram recepcionadas pela nova Constituição.

As normas não podem ser contraditórias entre si, pois só podem ser contraditórios fatos da ordem do ser. Uma norma é da ordem do dever ser e só pode ser válida ou inválida. A princípio, toda norma criada com fundamento em uma norma superior, que regula sua produção e que é válida, é também válida. Porém pode ocorrer que uma norma estabeleça como devida determinada conduta e outra norma estabeleça como devida a conduta exatamente oposta. Neste caso, há um conflito de mandamentos que deve ser resolvido pela interpretação.

Os conflitos surgidos entre normas de mesmo nível resolvem-se pelo princípio *lex posterior derogat priori*, ou seja, a lei editada posteriormente revoga a anterior, mesmo que não determine expressamente a revogação daquela, se a matéria regulada for exatamente a mesma em ambas (revogação tácita). No caso de conflito entre dispositivos

de uma mesma lei, o jurista tem que buscar a melhor interpretação, aquela que melhor se identifique com o sentido geral da lei.

Conforme a doutrina de Kelsen, a norma de nível inferior sempre estará em harmonia com a de nível superior, porque sua produção é regulada por essa. Desde que os preceitos de produção da norma inferior estabelecidos na norma superior não forem aplicados, ou não forem aplicados corretamente, a norma produzida é nula, não tem existência jurídica, dela não se extrai nenhum comando válido, de forma que nenhum indivíduo está obrigado a observá-la.

Com relação à observância, urge frisar que os indivíduos destinatários das normas tem a liberdade de decidir se a norma posta no ordenamento jurídico é válida e, portanto, é vinculativa, ou seja, se ele deve ou não comportar-se conforme seu preceito. Porém, caso um indivíduo decida não se comportar da maneira determinada por uma norma, e o tribunal ou a autoridade competente decidir que a norma é válida, o indivíduo pode vir a sofrer a sanção por se ter conduzido diferentemente da maneira devida.

A norma faz parte do Direito, pois o Direito é um conjunto de normas, e, enquanto ela fizer parte da ordem jurídica, ela é válida, logo é um contra-senso falar em norma ilegal ou contrária ao Direito, falar em norma contrária às normas. Dentro da teoria kelseniana, só se pode falar em anular, isto é, pôr termo à validade de uma norma, se ela for considerada válida. Essa anulação só pode ocorrer de duas formas: criando-se uma nova norma de mesmo nível ou hierarquicamente superior que regule de forma diversa a conduta regulada pela anterior, ou por um processo especial previsto na Constituição. Nesse caso, todos os tribunais podem ser competentes para anular uma lei que considerem contrária à Constituição com relação a um caso concreto, ou seja, não aplicá-la a esse caso particular; ou o tribunal de instância superior pode ter competência para, se considerar uma lei inconstitucional, anulá-la para todos os casos concretos.

Segundo Kelsen, o mesmo raciocínio se aplica às normas individuais que só poderão ser anuladas, se, na sua criação não tiver sido observado o processo, ou o conteúdo, ou ambos fixados pela norma geral que regula sua produção. Não faz sentido dizer que uma norma individual é contrária ao Direito, só se pode dizer que ela não corresponde

à norma geral à qual está subordinada. Assim, o motivo que deve ser levantado pela parte, interessada em sua anulação, não é sua ilegalidade, mas sua contrariedade com a norma geral, e a possibilidade de o tribunal estabelecer uma decisão diversa.

Mesmo que não se tenha seguido corretamente o processo de criação de uma norma, mesmo que seu conteúdo não esteja em conformidade com a norma que lhe é superior, mesmo que a autoridade que a criou seja incompetente para tanto, para se anular essa norma, é necessário que a Constituição tenha determinado que órgão é competente e que processo deve ser seguido, pois só assim se pode pôr fim a sua validade. Então, a anulabilidade tem diferentes graus, dependendo do pressuposto de sua criação que não foi seguido, mas quer a norma seja nula, quer seja anulável, se é tida como válida, para se pôr fim a sua vigência, tem de passar pelo processo de anulação. Conclui, então, Kelsen com respeito a esse tema que "a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade".¹¹

Considerações Finais

Da construção bem estruturada e fundamentada da Teoria Pura do Direito, resulta a unidade da ordem jurídica, como um mecanismo em que todos os elementos estão em conexão entre si e fazem o mecanismo como um todo funcionar perfeitamente. No momento em que Kelsen estrutura o ordenamento, vinculando as normas inferiores às superiores, nessa relação de dependência, já se percebe a unidade do sistema jurídico. Quando Kelsen afirma que todas as condutas humanas estão reguladas pelo Direito, pois aquelas que a ordem jurídica não proíbe positivamente são permitidas, negando a possibilidade de existirem lacunas dentro dessa ordem jurídica, constrói um todo tão abrangente não deixa escapar qualquer conduta humana. Vincula o fim da validade de uma norma e de todo o ordenamento jurídico a um processo de anulação previsto no próprio ordenamento ou a um processo especial determinado na Constituição, mantém sua teoria de que tudo aquilo que altera a ordem jurídica está previsto no próprio ordenamento e ocorre através de uma nova norma jurídica, seja uma nova lei, seja uma nova Constituição, seja uma nova decisão judicial ou administrativa.

A unidade da ordem jurídica, fruto dessa conexão entre todas normas apresentada, não pode jamais ser esquecida quando se trabalha com o Direito. Na análise de um dispositivo legal qualquer, ou de parte do ordenamento, para a elaboração de um trabalho acadêmico, de uma sentença judicial, de um parecer, de uma manifestação do Ministério Público ou do advogado de uma das partes, deve-se sempre ter em mente que o Direito é um conjunto, sob pena de se prejudicar a qualidade do produto a ser elaborado.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 "Método é a forma lógico-comportamental-investigatória na qual se baseia o pesquisador para buscar os resultados que pretende alcançar." (PASOLD, 2000, p. 85).
- 2 O método indutivo consiste em "pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)." (PASOLD, 2000, p. 85).
- 3 "Técnica é um conjunto diferenciado de informações reunidas e acionadas em forma de instrumental para realizar operações intelectuais ou físicas, sob o comando de uma ou mais bases lógicas investigatórias." (PASOLD, 2000, p. 86).
- 4 "Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia." (PASOLD, 2000, p. 37).
- 5 "Conceito operacional (= cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos." (PASOLD, 2000, p. 51).
- 6 Kelsen, 2000, p. 5.
- 7 Kelsen, 2000, p. 5 (grifos no original).
- 8 Kelsen, 2000, p. 6.
- 9 Kelsen, 2000, p. 247.
- 10 O termo lacuna significa que não há no ordenamento jurídico nenhuma norma geral aplicável a determinado caso concreto, que determinado caso concreto não está regulado pelo Direito. (KELSEN, 200, p. 273)
- 11 Kelsen, 2000, p. 308.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 427.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 4. ed. Florianópolis : OAB/SC, 2000. p. 200.