

A CIÊNCIA DO DIREITO ANALISADA PELA DOGMÁTICA KELSENIANA.

BÁRBARA ALICE FORT DOS SANTOS:

Advogada formada pela Universidade Católica de Pernambuco em janeiro de 2015.

RESUMO: Trata-se o presente trabalho de fomentar a reflexão dos operadores do Direito acerca da importância da dogmática construída por Hans Kelsen e seus impactos no ordenamento atual. Perpassando pelos pontos cruciais de suas obras, analisamos o ápice de seu pensamento jurídico através da construção da Teoria Pura do Direito e a sua interpretação e construção purista das normas jurídicas, bem como suas sugestões acerca da resolução de casos comuns ao Direito, a saber, antinomias e lacunas. Buscamos, ademais, abordar de forma concisa um tópico deveras importante para a hermenêutica jurídica atual, qual seja, o Controle de Constitucionalidade.

Palavras-chave: Hans Kelsen, teoria pura do direito, dogmática kelseniana, controle de constitucionalidade.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Ciência do Direito. 1.1. Classificação da Ciência do Direito. 1.2. Caráter Constitutivo da Ciência do Direito. 2. Teoria Pura do Direito. 2.1. Teoria da Norma. 2.1.1. Sistema Escalonado e Validade e Eficácia das Normas. 2.1.2. Normas Primárias e Normas Secundárias. 2.1.3. A Questão das Lacunas. 2.1.4. A Questão das Antinomias. 3. Sanção 4. Controle de Constitucionalidade. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O direito possui uma definição bastante complexa. Apesar de ter como objetivo regulamentar a sociabilidade humana – uma vez que as leis podem ser vislumbradas em cada ação do homem –, o direito está repleto de conflitos e incoerências.

Neste sentido, Hans Kelsen defendia que o direito se constituía primordialmente como um sistema de normas coativas permeado por uma lógica interna de validade que legitima, a partir de uma norma fundamental, todas as outras normas que lhe integram.

Nesse sentido, Kelsen dedicou toda sua vida explicando e defendendo um direito universalmente válido e, na sua busca por respostas, tornou-se um dos maiores teóricos do século XX.

Em uma de suas maiores obras, Teoria Pura do Direito, defendeu a criação de uma ciência “pura”, livre de toda e qualquer influência de outras ciências como a filosofia e sociologia, por exemplo. Para ele, as normas, a fim de se tornarem válidas, precisam obedecer a um sistema hierárquico, no qual a norma que está no topo dessa hierarquia é que a responsável pela validação de todas as outras normas. Essa norma foi chamada por ele de norma hipotética fundamental.

Assim, na visão kelseniana, o direito é uma ordem coerciva e, por isso o seu não cumprimento acarreta em sanções. Essas sanções são ditadas pelos juízes que dão sua própria interpretação para a norma. Portanto, para entender as teorias de Kelsen, é preciso entender, antes, como ele se posicionava à respeito da construção da teoria do direito, da sua teoria das normas, das sanções e da relação do direito com a sociedade.

Por isso, ao longo deste trabalho iremos explicar detalhadamente, conceitos que se tornaram imprescindíveis para se entender o ordenamento jurídico atual, vez que a teoria kelseniana perpassou anos e – muito embora esteja ultrapassada ante a superação do positivismo – importantes são os seus traços na hermenêutica jurídica contemporânea.

1. Ciência do Direito:

1.1. Classificação da Ciência do Direito:

O objeto da ciência jurídica compreende as normas produzidas pelas autoridades competentes – em consonância ao princípio fundamental – através de um processo de construção em que são excluídos do âmbito de interesse do cientista jurídico todos os fatores sociais, econômicos, culturais, morais ou políticos. Ou seja, a norma deve ser construída, na visão kelseniana, através de um método puramente jurídico, excluindo-se quaisquer valores que possam interferir em sua edição.

Apesar do purismo do Direito defendido por Hans Kelsen, o doutrinador deixa assente em suas obras que as condutas humanas, enquanto forem determinadas por normas jurídicas, são igualmente objeto do conhecimento do direito. Não por outra razão que preceitua uma norma jurídica seria válida tão somente se a conduta humana a que ela se propõe a regular lhe correspondesse ao menos minimamente. Nas palavras de Kelsen:

“Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente)”¹

Dito isto, na classificação kelseniana, as ciências se dividem – segundo o seu objeto – em naturais ou sociais, encontrando-se o direito nesta última categoria por alcançar as condutas dos homens.

Entretanto, a mais significativa classificação para Kelsen é a que leva em conta o princípio fundamental do conhecimento, tendo-se as ciências causais e as ciências normativas. E mesmo que os dois padrões classificatórios se interpenetrem, e sejam possíveis classificar certos conhecimentos como sociais e causais, não existe um que possa se chamar de ciência natural normativa.

O principal traço distintivo entre a ciência causal e a ciência normativa é que a primeira delas é regida pelo princípio da causalidade, significando que para todo pressuposto há um conseqüente necessário e, caso este não ocorra conforme o esperado, o pressuposto (ou a hipótese) é tido como falso. Estamos diante, portanto, da ciência do “ser”.

¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

Diversamente é a ciência normativa, a qual é regida pelo princípio da imputação, de modo que o conseqüente é previamente prescrito seguindo a lógica do “dever ser”. Assim, nas lições de Flávia Aguiar Cabral Furtado Pinto:

O conseqüente, nesse caso, segue a órbita do “dever ser”, ou seja, o fato de a prescrição ocorrer, não torna falsa a proposição da qual ela deveria decorrer.²

É com base nesta concepção do “dever ser” que Kelsen defendia ser a ciência jurídica puramente descritiva. Assim, caberia ao legislador descrever a hipótese normativa como deveria ser e ao intérprete caberia apenas aplicar a norma, sem questioná-la. E a doutrinadora acima mencionada conclui com uma importante crítica ao pensamento kelseniano:

Observa-se, pois, que Kelsen negou a capacidade criadora e renovadora do direito tentando transformá-lo em dogma, para que dessa forma pudesse manter as normas jurídicas longe de críticas e questionamentos acerca de sua origem, justiça, validade e efetividade de sua aplicação, como forma de resolver problemas sociais.³

Kelsen, portanto, olvidou-se que não há como conceber o ordenamento jurídico como uma ciência estática, imutável e inquestionável, vez que sua existência reside exatamente na necessidade de solucionar os mais variados problemas sociais surgidos ao longo dos tempos ante as relações humanas. Não sem razão que atualmente vemos a construção de sistemas jurídicos pautados em normas gerais, de caráter aberto, permitindo que o operador do direito possa manejar as normas diante de casos concretos que não poderiam ser imaginados em sua totalidade pelo legislador quando da produção normativa.

² PINTO, Flávia Aguiar Cabral Furtado. **A Ciência Jurídica Kelseniana: uma análise crítica contemporânea.** Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11440>. Acesso em: 20 abr. 2013.

³ Idem

1.2. Caráter Constitutivo da Ciência do Direito:

Kelsen, ao examinar as diferenças entre normas jurídicas e proposições jurídicas, sustenta claramente a inviabilidade de um projeto epistemológico. Para ele, o direito positivo não tem lógica, uma vez que as normas são produzidas pelas autoridades devidamente investidas sem que haja uma correlação entre elas, as normas.

Afirma, portanto, que a natureza dos princípios lógicos não permite a sua aplicação no ordenamento jurídico, mas tão somente a atos de pensamento que possam ser verdadeiros ou falsos. E, por isso, exclui-se sua aplicação lógica às normas, que são atos de vontade insuscetíveis de valoração. Sendo assim, a lógica só se aplica à formulação de proposições jurídicas, que são enunciados descritivos de normas, podendo ser valoradas como verdadeiras ou falsas.

Além disso, Kelsen nega a existência de uma lógica especialmente jurídica. Para ele, os princípios lógicos aplicáveis às proposições jurídicas são os mesmos utilizados pela ciência natural. Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

Para ele [Kelsen], não somente é sem sentido cogitar de qualquer tipo de lógica na criação do direito, como também de uma lógica própria para descrição das normas⁴

Desta feita, inspirado pela Teoria do Conhecimento de Kant – a qual resumidamente defendia que, apesar de o conhecimento se basear na experiência, esta nunca será neutra, já que a ela são impostas características da cognição humana –, Kelsen conclui que a ciência jurídica tem caráter constitutivo e, conseqüentemente, produz o seu objeto de estudo ao mesmo tempo em que o transforma em um todo com sentido.

2. Teoria Pura do Direito:

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2010.

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo. Essa doutrina visa estudar as prescrições que foram impostas por seres humanos e não aquelas que foram atribuídas a autoridades sobre-humanas, como Deus, por exemplo, assim como pretendia fazer o jusnaturalismo. Kelsen, ao propor essa teoria, desqualifica a importância do jusnaturalismo como teoria válida para o direito e pretende dar um caráter neutro a essa ciência.

De acordo com Fábio Ulhôa Coelho, Kelsen baseia-se no princípio metodológico fundamental, segundo o qual o conhecimento da norma jurídica deve necessariamente prescindir daqueles relativos à sua produção, bem como abstrair totalmente os valores envolvidos com sua aplicação.⁵ E é justamente aí que residiria a pureza do direito, no fato de não emitir juízos de valor.

Logo, o direito deveria ter um aspecto rigorosamente formal e ser uma ciência das normas que atingisse seus objetivos epistemológicos de neutralidade e objetividade. Para tanto, Kelsen propõe o isolamento do direito, a fim de que ele se torne “puro” de todas as outras ciências, já que até então, o direito estava impregnado de juízos de valores e de especulações filosóficas e sociológicas.

O plano da Teoria Pura era, portanto, atingir a autonomia disciplinar para a ciência jurídica e isso decorreria da estrita definição de seu objeto (corte epistemológico) e de sua neutralidade (corte axiológico).

A teoria divide-se em dois grandes ramos:

a) Estática Jurídica: estuda as normas reguladoras da conduta. Vê o direito como um sistema de normas em vigor e analisa a estrutura das normas buscando definir conceitos como obrigação, permissão, etc.

b) Dinâmica Jurídica: o objeto de estudo é a conduta humana regulada, o processo jurídico em seu movimento de criação e aplicação, ou seja, observa as relações hierárquicas entre as normas.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Kelsen apresenta, ainda, o ordenamento jurídico positivo, que é um conjunto de normas válidas, como uma pirâmide de normas, onde se articulam o aspecto estático e dinâmico do direito. A validade é o que integra esses dois aspectos.

Assim, no momento em que é criada ou aplicada (dinâmico), para que a norma seja considerada válida é preciso verificar se as condições de sua produção ou aplicação – capacidade e competência dos agentes, além do procedimento de produção e aplicação – estão previamente contidas nos comandos de outras normas já produzidas e integrantes do ordenamento jurídico (estática). Logo, o dualismo entre estática e dinâmica é apenas aparente, já que a dinâmica está subordinada à estática por uma relação de validade.

Ademais, a validade de uma norma decorre de outra hierarquicamente superior e esta outra superior dependerá também de outra norma superior e assim sucessivamente até se chegar a uma norma que seria o pressuposto de validade de todas as outras. Esta seria uma norma suposta e não posta, chamada de norma hipotética fundamental, explicada no decorrer deste trabalho mais detalhadamente.

2.1. Teoria da Norma:

2.1.1. Sistema Escalonado e Validade e Eficácia das Normas:

Em suas obras, Hans Kelsen propõe uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, no qual as normas não se encontram postas desordenadamente, mas sim umas em função das outras. Esse é o chamado sistema escalonado e gradativo de normas, que em cujo topo figura a Norma Hipotética Fundamental. Abaixo trazemos um esquema para a melhor visualização do sistema escalonado que propunha Kelsen.

O SISTEMA ESCALONADO DAS NORMAS JURÍDICAS



Apresentado esse esquema, observa-se uma hierarquia entre as normas, na qual uma norma superior situa-se no topo e as demais normas encontram-se em seqüência hierárquica abaixo, estando sempre de acordo com a superior. Este posicionamento das normas – de estar uma acima da outra na pirâmide, em seqüência vertical – é chamada de Verticalidade das Normas.

A essência de sua Teoria Pura do Direito era basicamente desvincular a ciência jurídica de valores morais, políticos, sociais ou filosóficos. Sendo assim, defendia que o Direito não deriva de outras ciências, mas sim dele mesmo, o que gera um questionamento infinito, visto que a competência para editar normas jurídicas sempre decorre de outra norma. Para enclausurar o sistema jurídico, solucionando a questão em aberto, Kelsen lança mão de uma norma que deve sustentar o fundamento de validade da ordem jurídica como um todo, mas que necessariamente não tenha sido editada por nenhum ato de autoridade. Uma norma não posta, mas suposta.

Para Kelsen, a norma jurídica é válida dependendo, inicialmente, da sua relação com a norma fundamental. No entanto, não basta o atendimento a esta condição de ligação, é necessário ainda um mínimo de eficácia. Aqui, reside um dos questionamentos mais complexos da obra de Kelsen: a relação entre validade e eficácia.

Sustenta a teoria pura que tanto a norma jurídica singularmente considerada, quanto a própria ordem jurídica como um todo, deixam de ser válidas se perderem a eficácia, mas é uma extrapolação considerar esses termos como sinônimos. Ou seja, qualquer norma jurídica totalmente ineficaz é inválida, porém a ineficácia episódica ou temporária não compromete a vigência de uma norma jurídica em particular. Também, a eficácia global do Direito se mostra uma condição de validade.

Em resumo, a validade da norma jurídica está condicionada a três pressupostos:

- a) Competência da autoridade que a editou, derivada da norma hipotética fundamental;
- b) Mínimo de eficácia, sendo irrelevante a sua inobservância episódica ou temporária;
- c) Eficácia global da ordem de que é componente.

“A validade não se confunde com a eficácia, esta é apenas condição daquela.”, afirmou Hans Kelsen⁶.

2.1.2. Normas Primárias e Normas Secundárias:

A teoria da norma jurídica, segundo Hans KELSEN, fundamenta-se na distinção entre o sein (ser) e o sollen (dever ser), afirmando o autor que toda norma jurídica pode ser compreendida como a imposição de uma sanção à conduta nela considerada.

No entanto, há a presença no ordenamento jurídico de normas que não são necessariamente proibitivas, o que contradiz, à primeira vista, o pensamento kelseniano.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** – versão condensada pelo próprio autor. 6.^a Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Para sustentar sua visão, Kelsen afirma que certas normas não têm autonomia, mas se ligam intrinsecamente a outras de natureza sancionadora. São normas não autônomas as que apenas prescrevem condutas sem menção da punição cabível no caso de desobediência. Essa distinção resultou no nascimento, em sua doutrina, das normas primárias e das normas secundárias. Vejamos sua definição:

- a) **Normas primárias** - aquelas que estipulam sanções diante de uma possível ilicitude. Sendo assim, são a síntese do que é direito para a teoria pura;
- b) **Normas secundárias** - aquelas que prescrevem a conduta lícita, sendo consideradas somente como conceitos auxiliares do conhecimento jurídico e não apresentando menção de punição em caso de desobediência.

As normas primárias impõem deveres positivos ou negativos aos indivíduos. As normas secundárias, por sua vez, outorgam poderes aos particulares ou às autoridades públicas para criar, modificar, extinguir ou determinar os efeitos das normas do tipo primárias.

Em síntese, para a teoria pura, o direito é descrito pela ciência jurídica como uma ordem coativa, e, desse modo, as normas que não estatuem atos de coerção somente podem ser vistas como dependentes das normas de índole sancionadora. Então, fica claro que, se postas em uma pirâmide hierárquica, não terão a mesma importância, sendo a norma primária mais importante do que a secundária.

2.1.3. A Questão das Lacunas:

Normalmente, as lacunas são identificadas pela doutrina tradicional como a ausência de norma jurídica geral para determinado caso particular. Kelsen mostra, no entanto, que as lacunas entendidas nesse sentido tradicional são impossíveis, visto que nunca haverá ausência de norma jurídica, pois, inexistindo específica sanção relacionada à conduta em foco, aplica-se a ordem jurídica, na permissão geral de tudo quanto não se encontra proibido.

O autor defende ainda que nem sempre, quando não há a presença de ordenamento de certa conduta, o poder judiciário considera essa ausência como lacuna. Vejamos:

“Apenas se o juiz não concordar com a falta de sanção do comportamento que está julgando, ele irá cogitar a existência de lacuna, e, ao colmatá-la, dará ao caso particular a solução mais justa segundo o seu entendimento”.⁷

O legislador não tem condição de antecipar todas as ações humanas futuras e isso, conforme acentua Kelsen, é uma afirmação de demonstração raramente possível.

Entretanto, o doutrinador afirmava que o juiz, ao se deparar com uma situação não normatizada pelo ordenamento em vigor, poderia considerar injusto ignorá-la devida a uma certa importância desse pedido. Assim, Kelsen afirmava que era permitido ao juiz legislar diante do fato quando a lei fosse omissa (inexistente), baseando-se nos costumes e nos princípios gerais, sem que isso estivesse reconhecendo o ordenamento como incompleto.

2.1.4. A Questão das Antinomias:

Antes de iniciar o estudo sobre a questão das antinomias na visão kelseniana, é importante diferenciar aqui norma jurídica de proposição jurídica de forma objetiva.

“A norma jurídica, editada pela autoridade, tem caráter prescritivo, enquanto a proposição jurídica, emanada da doutrina, tem natureza descritiva. Aquela resulta de um ato de vontade (a autoridade com competência quer as coisas de um certo modo) e esta última decorre de ato de conhecimento (é

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** – versão condensada pelo próprio autor. 6.ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

verdade que a autoridade com competência quer as coisas de um certo modo).”⁸

Então, uma norma jurídica enuncia, por exemplo, que o homicídio deve ser punido com reclusão de seis a vinte anos e, desde a entrada em vigor, um doutrinador enuncia que o homicídio deve ser punido com reclusão de seis a vinte anos. O primeiro enunciado prescreve condutas, sendo competência do poder legislativo; o segundo, limita-se a descrever o artigo.

Assim, normas são derivações de vontade e, portanto, não podem ser classificadas como verdadeiras ou falsas e sim como válidas ou inválidas. Já as proposições são juízo hipotético e são classificadas como verdadeiras, se descreverem fielmente a norma em foco, ou falsas, em caso contrário.

A antinomia nada mais é do que a afirmação concomitante de duas proposições jurídicas contrárias, visto que, segundo a doutrina kelseniana, não há contradição entre as normas senão de modo reflexivo, ou seja, uma contradição de suas proposições correspondentes. É importante lembrar que as antinomias só se dão quando as normas se encontram nas seguintes situações:

- a) Sejam elas jurídicas e estejam em vigor;
- b) Sejam integrantes do mesmo sistema jurídico;
- c) Os comandos são direcionados às mesmas pessoas;
- d) O conteúdo de uma seja a negação da outra.

Kelsen estuda as antinomias jurídicas dividindo-as em duas partes: normas de mesmo escalão e normas de hierarquia diferente.

- Normas de mesma hierarquia –

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2010.

a) editadas em momentos diferentes: a contradição é resolvida pelo princípio Lex posterior derogat priori, ou seja, a norma posterior revoga a anterior.

b) editadas em momentos iguais: Kelsen recomenda duas tentativas de interpretação. A primeira seria considerar as duas válidas, deixando a escolha por uma das duas nas mãos do órgão competente. Já a segunda defende a compatibilização entre elas, estabelecendo o limite de validade de cada uma. No entanto, o jurista austríaco passou a acreditar que não havia solução para as antinomias entre normas simultâneas por meio de interpretação, sendo ambas as normas consideradas válidas.

- Normas de hierarquia diferente –

Nesse tipo de conflito, a solução é dada através da utilização da norma superior, não podendo existir qualquer conflito, visto que a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior.

3. Sanção:

A antropologia kelseniana considera o homem naturalmente inclinado a seguir apenas a satisfação de seus interesses egoístas e que o estabelecimento de uma ordem social não altera esta realidade natural. Como assim? Para ele, as normas morais ou jurídicas não podem ser definidas a partir da natureza do homem, como pretendem os jusnaturalistas, e esta mesma natureza não pode ser modificada ou erradicada simplesmente, através de padrões de conduta (as normas), visto que é uma característica inerente ao homem.

Segundo Kelsen, o necessário seria que as consequências normativamente estabelecidas para as condutas indesejadas – ou seja, a sanção - levassem o homem a considerar menos vantajoso, sob o seu próprio ponto de vista, a transgressão da norma. Assim, caberia ao homem decidir se comportar ou não de acordo com sua natureza egoísta por perceber as vantagens e as desvantagens da obediência à ordem social.

Entretanto, mesmo considerando mais vantajoso se comportar conforme a norma, o homem continua manifestando seu caráter naturalmente egoísta, posto que não tenha sua natureza modificada, mas uma obrigação imposta sob a condição de uma punição. (Dever Ser) E por esta razão, o Direito só pode ser entendido como uma ordem social coativa, impositiva de sanções, diferentemente da moral, que apenas recomenda a aprovação ou desaprovação de condutas.

E como o Direito vai prescrever uma conduta? Estabelecendo o sancionamento da conduta oposta ao que foi determinado pela norma. E o que vai determinar uma conduta como comportamento normativo positivo é se ela vai estar de acordo com o valor social (eficácia). O ilícito, assim, é o pressuposto – a condição de existência – do direito e não a sua negação. Ou seja, a existência de fatos ilícitos não nega o direito, pois serve como condição para a existência de uma punição, afim de impor um comportamento segundo a conduta normativa. (Dever Ser – Se A, então, B)

Por outro lado, o direito subjetivo de um indivíduo é apenas o reflexo de deveres imputados normativamente a outro, ou outros indivíduos. Por exemplo, se eu empresto uma quantia a alguém e não pago, vou receber uma sanção que vai ser a de quitar a dívida com aquela pessoa, e essa quitação será o meu dever de garantir o direito do outro de receber o dinheiro. Assim, o direito subjetivo se reduz ao direito objetivo, positivo.

4. Controle de Constitucionalidade:

Em relação ao controle de constitucionalidade, Kelsen veio a ser um dos referenciais para a jurisdição atual. Primeiramente, ele fez uma distinção entre dois tipos de constituições.

A primeira seria a constituição material que, no sentido estrito do termo, é formada pelas regras que disciplinam a criação das normas essenciais do estado, organizam os entes estatais e consagram o procedimento legislativo.

Ao lado dessa ideia de constituição material, cogita-se, igualmente, uma constituição formal, entendida aqui como um conjunto de regras promulgadas com a observância de um procedimento especial e que está submetido a uma forma especial de revisão.

Posteriormente, Kelsen propôs a criação do modelo europeu de Tribunal Constitucional, que faz parte do modelo austríaco de constitucionalidade, o qual propõe a fiscalização concentrada de normas, exercida por um órgão do Poder Judiciário.

Na Áustria, por influência kelseniana, o órgão encarregado de exercer o controle de constitucionalidade é o Tribunal Constitucional, que é um órgão autônomo e independente. Afinal, nesse sistema, o juiz não substitui o legislador, ou seja, não cabe ao juiz julgar a inconstitucionalidade das leis. Kelsen ainda afirma que o tribunal atua como um “legislador negativo” (expressão usada pelo autor), pois quando um legislador cria leis e as coloca no ordenamento jurídico, ele está exercendo o Poder Legislativo.

Por conseguinte, quando o tribunal julga inconstitucional uma lei, a qual foi elaborada de forma positiva pelo legislador, ele está exercendo o papel de “legislador negativo”. Assim, ao reconhecer a inconstitucionalidade das leis, o legislador as retira do ordenamento.

Para reiterar seu pensamento, Kelsen defende que é necessária a existência de um órgão responsável por anular os atos incompatíveis com a constituição e aplicar sanções, pois para ele, a sanção é elemento integrativo da inconstitucionalidade.

Afinal, uma constituição que não dispõe de garantias para anular os atos em que o conteúdo vai de encontro à matéria constitucional, não é obrigatória, uma vez que se as constituições não possuísem mecanismos de proteção ao seu conteúdo, qualquer lei ou simples regulamento teria uma força jurídica superior à constituição a que estão subordinados. E, nesse caso, não seria necessária a existência de uma constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora sua dogmática jurídica e sua hermenêutica sofram deveras críticas em virtude do purismo proposto por Hans Kelsen, é inegável a importância e a originalidade do que propunha tal jurista através de sua própria construção lógico-formal da Ciência do Direito. Trata-se do – senão primeiro, mas o mais importante – jurista a romper com o direito natural, reformulando conceitos e objetivos da ciência normativa.

Nota-se, pois, que Kelsen alvitrou a Teoria Pura do Direito, na qual concebeu que o direito enquanto ciência não se formula através de influência ou ingerência de outras ciências – tidas por ele como do “ser” –, mas sim de forma “pura”. Assim sendo, as normas precisam obedecer a um sistema hierárquico em que elas se escalonam, buscando sua validade na norma imediatamente superior.

No topo, outrossim, para a validação de todas as normas presentes num ordenamento jurídico, está a chamada norma fundamental hipotética. É Tércio Sampaio Júnior quem a define com maestria:

A norma fundamental hipotética é responsável pela validade de todas as demais e caracteriza, simultaneamente, o sistema como um conjunto de normas redutíveis a uma unidade. Só pode haver, por isso, uma única norma fundamental, sob pena de não termos um sistema.⁹

Desta feita, buscou Kelsen nada mais do que a existência de um direito universalmente válido e, ante tamanha pesquisa e construção teórica, tornou-se um dos grandes juristas do século XX. Sua importância é tão grandiosa que seu nome é uma constante nos cursos jurídicos no país ante o impacto de sua dogmática na hermenêutica jurídica.

⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. ***Direito Constitucional Descomplicado***. 5.^a Edição. São Paulo. Editora Método, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. ***Curso de Direito Constitucional***. 5^a edição. São Paulo. Editora Saraiva 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. ***Para Entender Kelsen – prólogo de Tercio Sampaio Ferraz Jr.*** 3.^a Edição. São Paulo. Editora Max Limonad, 1996.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. ***Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação***. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. ***Teoria Pura do Direito – versão condensada pelo próprio autor***. 6.^a Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. ***Curso de Direito Constitucional***. 5^o Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

PINTO, Flávia Aguiar Cabral Furtado. ***A Ciência Jurídica Kelseniana: uma análise crítica contemporânea***. Disponível em:
<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11440>.
Acesso em: 20 abr. 2013.