

A NORMA JURÍDICA EM KELSEN, ROSS, HART E A CONCEPÇÃO TRIDIMENSIONAL DE MIGUEL REALE

*Saulo de Melo**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A norma jurídica em Kelsen; 3. Norma jurídica como instrumento de coação; 4. A norma não como juízo hipotético; 5. Norma jurídica em Herbert Hart; 6. Leis, comandos e ordens; 7. A concepção tridimensional de Miguel Reale; 8. Conclusão; 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diante de um vastíssimo oceano sobre o qual encontramos muitas notas sobre a norma, é de bom alvitre tentar deixar registrado alguns conceitos formulados por alguns cientistas do direito e principalmente na visão de Hans Kelsen.

O termo conceito, etimologicamente vem do latim *conceptus* de *concipere* (conceber, ter idéia, considerar), serve na terminologia Jurídica para indicar o sentido, a significação, a interpretação, o que se tem a respeito das coisas, dos fatos das palavras, sendo que o conceito legal expressa o pensamento do texto no seu entendimento mais justo e mais consentâneo com o caso concreto¹.

O conceito não tem o condão de reproduzir o objeto. Reproduzir seria o mesmo que duplicar, colocando ambos, objeto e conceito no mesmo plano ontológico. O conceito é formado por elementos essenciais e permanentes do dado, retendo apenas o elemento comum, a essência em que a multiplicidade se encontra².

Cabe, assim, ao conceito de norma extrair a essência da norma, o que ela tem de jurídico, abandonando todos os elementos específicos e individuais.

Ressalta-se que neste trabalho não se formulará um novo conceito de norma jurídica, restringindo-se a buscar na doutrina os conceitos

* Aluno do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Professor do Curso de Graduação em Direito do Cesumar. Advogado militante na Comarca de Maringá.

¹ Silva, De P. *Vocabulário Jurídico*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 484.

² Vilanova, L. *Sobre o Conceito de Direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947, p. 6-15.

apresentados por autores que se empenharam em pesquisar o verdadeiro sentido da norma jurídica.

2. A NORMA JURÍDICA EM KELSEN

Nasceu em Praga em 11.10.1881 e faleceu em 19.04.1973, nos Estados Unidos. Em Viena fundou um movimento filosófico chamado “A Escola de Viena” tendo migrado para os EUA em 1940, devido à perseguição nazista, uma vez que era judeu.

Hans Kelsen Tornou-se mundialmente famoso por sua Teoria Puro do Direito, fazendo-se mister lembrar que Kelsen escreveu esta obra na condição de Austríaco, o que lhe traz uma visão diversa, por não ser uma sociedade de absolutos nacionalista.

É a única teoria monista, identifica-se Direito com Direito positivo estatal, onde só existe direito com positividade e essa decore, tão-somente, do Estado. A soberania torna-se a fonte exclusiva de criação do Direito.

Sua orientação é para depurar a Ciência do Direito de todos os elementos que lhe são estranhos, tendo por objeto somente a norma e um único método, o normológico.

A norma jurídica, para Kelsen, é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum³. A validade não diz respeito à juridicidade, como visto, e nem tampouco à positividade. Portanto, a existência da norma básica independe de que de fato a pressupõe. Diante destes elementos conceituais de normas. é possível discriminar suas funções como sendo: a) fonte comum de validade das normas que compõem o ordenamento jurídico; b) chave de sua unidade e coerência; c) condição gnosiológica de conhecimento do Direito e. finalmente, d) fonte de produção das normas jurídicas.

A teoria é normativista, porque o Direito se reduz a norma jurídica. Cada norma fundamenta e produz a norma que lhe é inferior, num processo de autoformação que ascende a norma básica, hipotética e fundamental, chama-se da unidade de todo o ordenamento jurídico.

Para Kelsen⁴ “a norma é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum”.

A validade não diz respeito à juridicidade, como visto, e nem tampouco à positividade, como se dá a entender agora. Portanto, a existência da norma básica independe de que de fato a pressuponhamos.

³ Kelsen, H. *Teoria Pura do Direito*, p. 269.

⁴ Kelsen, H. *Teoria Pura do Direito*, p. 269.

A norma hipotética fundamental é a categoria Kelseniana criada para solucionar a questão do fundamento da validade das normas jurídicas.

Em sua obra *Teoria Pura do Direito*, Kelsen afirma que os comportamentos humanos só são conhecidos mediamente pelo cientista do direito, isto é, enquanto regulados por normas. Os comportamentos, a conduta de um ser humano perante outro, diz ele, são fenômenos empíricos, perceptíveis pelos sentidos, e que manifestam um significado. Por exemplo, levantar o braço numa assembléia é uma conduta. Seu significado tem um aspecto subjetivo e outro objetivo. O significado subjetivo desse ato pode ser, conforme a intenção do agente, um simples movimento de preguiça, o ato de espreguiçar-se. Entretanto, no contexto, esse ato pode ter um significado objetivo: manifestar-se, ao levantar a mão, um voto computável para se tomar uma decisão. Esse significado objetivo é constituído por uma norma, a norma segundo a qual o ato de votar será contado pelo erguimento do braço⁵.

A ciência do Direito, ao descrever o seu objeto indaga quais os fundamentos de validade das normas integrantes da ordem jurídica em estudo. Ao questionar sobre a validade da Constituição, norma jurídica esta, da qual decorre a validade das demais, ela pressupõe a existência de uma norma fundamental, que vai impor a observação à Constituição e as normas jurídicas por ela fundamentada. Assim, a norma fundamental não é a positiva, mas a hipotética que prescreve a obediência aos editores da primeira constituição histórica.

Colocados os elementos conceituais da norma hipotética fundamental nos exatos termos em que o faz Kelsen, passamos a discriminar suas funções, são eles: a) fonte comum de validade das normas que compõem o ordenamento jurídico; b) chave de sua unidade e coerência; c) condição gnosiológica de conhecimento do Direito e, finalmente, d) fonte de produção das normas jurídicas.

A norma hipotética fundamental prescreve a obediência aos primeiros constituintes históricos.

Kelsen distinguiu norma jurídica e proposição jurídica, sendo esta uma das mais importantes contribuições de sua Teoria⁶. Na distinção de norma jurídica e proposição jurídica utilizou como critério a atividade desenvolvida pelo cientista jurídico e a atividade de aplicação do direito. A norma editada pela autoridade (leis gerais ou individuais), ato de vontade, tem caráter prescritivo, enquanto a proposição jurídica emanada pela

⁵ Ferraz Jr, T. S. *Introdução ao Estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.98.

⁶ Distinção que não era feita nas primeiras edições de *Teoria Pura do Direito* (1934), em que Kelsen usa indistintamente os dois conceitos, sendo formulada, inicialmente no *General theory of Law and State* (1945). Somente em 1960, é que foram eliminadas todas as imprecisões terminológicas, com a edição de uma nova edição da *Teoria Pura do Direito*.

doutrina (interpreta a lei), ato de conhecimento, tem natureza descritiva. Em ambos os casos os enunciados anunciam algo que *deve ser*, entretanto a norma jurídica prescreve a sanção que deve ser aplicada a quem pratique atos ilícitos e a proposição jurídica, juízo hipotético, por sua vez, descreve que dada a conduta prescrita na lei, deve ser aplicada a sanção também na lei descrita. As normas, como ato de vontade, são válidas ou inválidas, não podendo ser falsas ou verdadeiras, ao passo que as proposições, como juízo hipotético, serão verdadeiras se descreverem fielmente a lei em foco, e falsas, se agirem ao contrário. A distinção mais importante entre ambas, se assenta na organização lógica do sistema jurídico, vez que para Kelsen, o conjunto de normas jurídicas, a ordem em vigor, não tem lógica interna, tratam de atos de vontades, que são válidos ou inválidos, somente indiretamente, por meio das proposições jurídicas, se admite a investigação da logicidade das relações internormativas⁷.

Em sua obra póstuma, Hans Kelsen revê o caráter hipotético da norma fundamental, afirmando tratar-se de uma ficção, no sentido que contraia a realidade e é contraditória em si mesma. Na verdade a norma pensada pela ciência jurídica contradiz a realidade normativa, por não corresponder a nenhum ato concreto de vontade, não existindo enquanto norma, além de internamente outorgar do poder supremo, partindo de uma autoridade ainda superior.

A norma jurídica, para Kelsen, é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum⁸. A validade não diz respeito à juridicidade, como visto, e nem tampouco à positividade. Portanto, a existência da norma básica independe de que de fato a pressupõe. Diante destes elementos conceituais de normas, é possível discriminar suas funções como sendo: a) fonte comum de validade das normas que compõem o ordenamento jurídico; b) chave de sua unidade e coerência; c) condição gnosiológica de conhecimento do Direito e, finalmente, d) fonte de produção das normas jurídicas.

3. NORMA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE COAÇÃO

A teoria da norma como coatividade assume forma definitiva com Kant, sendo que até este momento a coação era considerada como elemento extrínseco do direito, pois consistia em produto da atividade estatal. A partir de então a coação passa a ser elemento intrínseco do Direito, constituindo-se em nota essencial e necessária.

⁷ Coelho, F. U. *Para entender Kelsen*. 3. ed., (...): Max Limonad, p. 25-27.

⁸ Kelsen, H. *Teoria Pura do Direito*, p. 269.

Na esteira de Kant, Rudolf von Ihering, situa todo o seu pensamento jurídico, concebendo o direito em termos essencialmente coativo. Hans Kelsen também a incorpora a sua Teoria Pura do Direito, porém em termos diversos, entende o Mestre de Viena que não pertence à essência do Direito obter à força a conduta, já que o ato de coação deve efetivar-se quando se verifique a conduta proibida e não a conduta prescrita, ou seja, efetiva-se a conduta contrária ao Direito.

Atualmente as normas que estatuem sanções, deveres jurídicos, não excluem a possibilidade de serem também estatuídas para prescreverem a conduta do homem, não só com relação a outros homens, como também em face dos animais, plantas e objetos inanimados. Como exemplo, pode ser proibido, sob cominação de pena, matar certos animais, destruir determinadas plantas ou edifícios de valor histórico. O que se regula é a conduta do homem, visando a proteção de animais, plantas ou objetos.

A norma pode regular a conduta do homem, para com outro homem, ou a vários; e a prescrição de determinada conduta humana pela autoridade Jurídica ocorre por entender que esta é de grande valia para a comunidade jurídica dos indivíduos.

A ordem jurídica estatue normas para a ordem social, e o Direito, como característica dessa ordem social, estabelece ordens coativas reagindo contra as situações contrárias, prejudiciais à sociedade.

Às condutas humanas indesejáveis é aplicada pelo direito um ato de coação, como um mal por tal conduta, e tal aplicação dá-se independente da vontade do transgressor, como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros; e se for necessário a força será utilizada para a aplicação de tal mal (pena).

As sanções estatuídas pela ordem jurídica geram poder de reação contra determinada conduta humana, como qualquer fato socialmente nocivo; com a aplicação da sanção, por isso diz-se que o Direito é uma ordem coativa, pois suas normas estabelecem atos de coação, podendo inclusive ser utilizada a coação física no caso de resistência.

O Objetivo da ordem jurídica é a segurança coletiva, visando a paz, com a ausência do emprego da força física, e a evolução do Direito tende para isso.

Para Kelsen⁹:

A segurança coletiva visa a paz, pois a paz é ausência do emprego da força física. (...) a ordem Jurídica estabelece a paz nessa comunidade por ela mesma constituída. A paz do direito, porém, é uma paz relativa e não uma paz absoluta, pois o Direito não exclui o uso da força. (...) “O Direito é

⁹ Kelsen, H. *Teoria Pura do Direito*, p. 66.

uma ordem de coerção, e como ordem de coerção, conforme o seu grau de evolução - uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz”.

Existem também os atos coercitivos que não têm o caráter de sanções, são as normas que dão competência a determinados órgãos da comunidade, como órgãos de polícia, para privar da liberdade indivíduos suspeitos de terem praticado algum delito, assim como a privação da liberdade com o fim de proteger o indivíduo, chamadas prisões-protetoras; internamentos de doentes mentais perigosos em asilos, ou portadores de doenças contagiosas em hospitais.

Assim, o Direito prescreve determinada conduta humana sob cominação de atos coercitivos, isto é, como a privação da vida, da liberdade, da propriedade e outros, mediante um sistema de normas, um ordenamento social.

Ao lado das normas jurídicas há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, as chamadas normas sociais. Estas são abrangidas sob a designação de moral.

E como o homem busca a paz como plenitude de vida, necessitando dela como principal objetivo, para a sobrevivência, em conformidade com os seus padrões morais e éticos, têm para si o seu próprio "dever-ser", os seus valores, e está subjetivamente condicionado a tais normas de condutas.

Assim, sanção e a coercibilidade tem significados idênticos, tendentes ambos em assinalar as vantagens ou as penalidades decorrentes do cumprimento ou da falta de cumprimento do mando legal.

Segundo De Plácido e Silva¹⁰ sanção significa o meio coercitivo disposto pela própria lei, para que se imponha o seu mando ou a sua ordenança.

Em princípio toda a norma legal traz a própria sanção, em virtude do que há sempre uma vantagem, ou uma pena ligada ao seu fiel cumprimento ou à sua transgressão. Por ela é que se toma efetiva a coação, asseguradora do direito, pela qual se convoca a proteção do poder público.

Esclarece ainda que mesmo do ângulo lógico-jurídico, há duas maneiras de conceituar a sanção. Na formulação Kelseana da norma primária, a sanção aparece como conduta do funcionário que a impõe. Para a teoria egológica, no conceito de sanção representamos a própria vida do obrigado, algo que lhe deve ocorrer como consequência de sua liberdade de se ter orientado para a não-prestação.

Para o egologismo, pois, a conduta do funcionário obrigado à sanção é identificada como o dever jurídico de uma endonorma dirigida ao funcionário ou órgão, a não-prestação desse dever e a correspondente sanção sendo configuradas normativamente por uma outra perinorma também

¹⁰ Silva, De P. e. Vocabulário Jurídico. V. IV. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 170.

dirigida ao funcionário ou a um órgão estatal. Tal diversidade não prejudica o conceito mencionado, pois numa e noutra conceituação a sanção é consequência jurídica da não-prestação.

Para o egologismo, pois, a conduta do funcionário obrigado à sanção é identificada como o dever jurídico de uma endonorma dirigida ao funcionário ou órgão, a não-prestação desse dever e a correspondente sanção sendo configuradas normativamente por uma outra perinorma também dirigida ao funcionário ou a um órgão estatal. Tal diversidade não prejudica o conceito mencionado, pois numa e noutra conceituação a sanção é consequência jurídica da não-prestação.

A sanção integra o conceito de Direito e tem lugar na estrutura da norma jurídica. A doutrina que não vê na sanção marca nenhuma distintiva da norma jurídica, mas, sim, característica comum de todas as regras de conduta, ou seja, que toda a norma de conduta, individual ou social, faz-se necessariamente acompanhar de sanção.

O ato coativo funciona como sanção, não fundamentada na conduta prescrita, mas na conduta proibida, a conduta que é contrária ao Direito. O direito leva os indivíduos a praticarem uma conduta prescrita, com o receio de evitar a sanção, qual intervém na produção dessa conduta.

Tais condutas podem ser provocadas por outros motivos; as idéias religiosas e morais. A coação não reside na motivação é uma coação psíquica. A coação psíquica é exercida por todas as ordens sociais como certo grau de eficácia, e muitas - como, porventura, a religiosa - exercem-na numa medida ainda mais ampla do que ordem jurídica.

Direito é uma ordem coativa não no sentido de que ele – ou, mais rigorosamente, a sua representação - produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, sobre a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos¹¹.

A sanção integra o Direito e tem lugar na estrutura da norma jurídica.

Porém, não é auto-realizável. Na cronologia do fenômeno jurídico, situa-se como resultado da não-prestação e como pressuposto da coação, que se manifesta através do poder institucionalizado, consistente num ato executivo, judicial ou mesmo legislativo. É, por esse meio, que obterá eficácia.

O fenômeno jurídico tem várias fases, que representam outros tantos momentos de sua realização: o tempo da situação coexistencial, o tempo da prestação, o tempo da não-prestação e o tempo da sanção. Os momentos do ser (situação coexistência e não-prestação) situam-se em correlação como os

¹¹ Kelsen, H. *Teoria Pura do Direito*, p. 38.

momentos do dever ser (prestação e sanção), que são alternativos e independentes.

Como se nota, a coação está fora do fenômeno jurídico. Na verdade, constitui ela, precisamente, o ato político de uso do poder na execução forçada da sanção. Através desse ato busca-se recompor o Direito violado.

Por esse motivo, a sanção, em si, não pode significar garantia de plena restauração do Direito violado, mesmo porque, no plano humano, essa recomposição absoluta é impossível. Transcorrido que seja qualquer lapso de tempo após o momento da prestação, não haverá meio capaz de refazer integralmente a situação anterior.

Posto o ato de coação pela ordem jurídica como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, este ato jurídico tem caráter de sanção e conduta humana contra qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito¹².

Entende Tércio Sampaio Ferraz¹³ que em princípio, parece-nos possível afirmar o caráter coercitivo de todo e qualquer discurso normativo. O problema é saber se este caráter está ou não ligado a sanção. Coloca Tércio que autores, como Kelsen, da segunda fase, que sustentam esta ligação, são obrigados a reconhecer uma distinção entre normas independentes (prevêem a sanção) e dependentes (que têm a sanção em outra norma).

A ordem social que chamamos direito tem como uma das características as ordens coativas, no sentido que reagem contra situações indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - como o ato de coação, como a privação da vida, saúde, da liberdade de bens econômicos e outros.

Tomando como pressuposto que ato coativo funciona como sanção, e que é recebido pelo destinatário como um mal, tem-se que as ordens sociais que chamamos direito são ordens coativas da conduta humana. Quer dizer que ela dá a um determinado indivíduo poder ou competência para aplicar a um outro indivíduo um ato coativo como sanção.

Em suma, conforme afirma o Professor Goffredo Telles Júnior¹⁴, a norma jurídica autoriza o lesado exercer coação sobre o violador, coação essa exercida pelo lesado não pela norma jurídica, ou seja, o indivíduo/lesado a exerce, por meio dos órgãos competentes do Estado, ou quando permitido pela lei, por suas próprias mãos.

¹² Kelsen, H. *Teoria Pura do Direito*, p. 37.

¹³ Ferraz Jr. T. S. Obra citada, p. 66-74.

¹⁴ Telles Junior, G. *O Direito Quântico*. São Paulo: Max Limond, 1974, p. 337.

Lembra ainda Goffredo Telles Júnior que a faculdade de coagir é aptidão natural do ser humano, para sua existência não depende de nenhuma norma jurídica. Entretanto é importante ressaltar que a licitude da coação depende da autorização da norma jurídica para que exerça a coercibilidade.

Tem-se que a coerção antecede a sanção, e que, via de regra, contribui para dispensá-la. A título de exemplo, temos que quando o indivíduo é obrigado e não acata voluntariamente a sanção que lhe foi imposta, ocorre então o emprego da força por parte da ordem jurídica, para executar a sanção. Temos aí a coação em sua forma juridicamente válida, porque estatal e legal.

Para Bobbio¹⁵, sanção é, em última instância, um ato de força, as normas, regulando a aplicação das sanções, regulam na realidade o exercício da força.

O termo força utilizado por Bobbio tem sua origem na norma fundamental, pois manda que haja obediência aos detentores do poder originário sendo a mesma que legitima o poder originário a exercer a força, bem como é o exercício da força o meio necessário para fazer respeitar as normas, uma vez que a norma fundamental é a base do ordenamento jurídico.

No esquema de Kelsen há um conceito jurídico fundamental, independente, e partir do qual os outros autores apuram os demais conceitos. Esse conceito fundamental e autônomo, que servirá para definir os outros, é o conceito de sanção. Na estrutura "Se A é, B deve ser", o fato "B" é sempre uma sanção: seja multa, cadeia, pena de morte, inabilitação etc. Podemos agora dizer que a norma jurídica determina que se um fato antecedente "A" ocorre, uma sanção "B" deve ser aplicada. Ou com outras palavras: Se um fato antecedente ocorre, uma sanção, a ele imputada, deverá ser aplicada. O conteúdo B será sempre, e necessariamente, um ato de coerção específico: a sanção.

Esclarece Goffredo Telles Júnior¹⁶: a norma jurídica como não coativa, lembrando que haverá talvez, quem pense que a norma jurídica exerce coação pejo simples fato de existir. Essa intimidação, este receio constituem uma coerção psíquica, que a norma exerce sobre toda a coletividade.

A sanção é puramente uma consequência boa ou má, agradável ou desagradável, de uma atitude perante o Direito. Em face de uma exigência jurídica, há três condutas possíveis: a normal, ou de cumprimento voluntário

¹⁵ Bobbio, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade Nacional de Brasília. p. 67.

¹⁶ Telles Jr, G. *O Direito Quântico*. São Paulo: Max Limond, 1974, p. 277.

do preceito normativo; a anormal, ou sua inobservância é a sobrenormal, que ultrapassa o estabelecido para todos.

No primeiro caso, a possibilidade de sancionamento fica de todo afastada, por se haver consumado de modo regular a prestação. Nos dois últimos, ou não houve realização alguma, ou ela foi além do exigido. Verificou-se uma não-prestação, ou uma prestação a maior. Nessas hipóteses, deverá ocorrer uma sanção penal e uma sanção premial ou recompensatória. Mas, tanto a pena, quanto o prêmio, necessitam estar previamente fixados.

4. A NORMA NÃO COMO JUÍZO HIPOTÉTICO

Hans Kelsen, o mestre da "pureza jurídica", pai do positivismo jurídico contemporâneo, totalmente insuspeito, reconheceu e deu vida à concepção de que o Direito não é um fim em si mesmo, mas um meio, ou, mais precisamente, uma técnica social específica de realização de fins determinados pela Política. Negou qualquer influência da Moral sobre o Direito e vice-versa. Incorporou a coação como elemento do Direito, aproximou, através da teoria pura da norma pura, a idéia de um hermético complexo normativo de normas hierárquicas. O Direito não é senão um conjunto de regras jurídicas organizadas de maneira escalonada, desde a regra suprema da primeira constituição, até as regras jurídicas subordinadas que se exprimem nas sentenças ou decisões judiciais, inseridas todas num sistema que haure a sua validade do pressuposto lógico fundamental do respeito devido à norma constitucional originária. Caso por exemplo da figura piramidal, onde a Constituição é o ponto mais alto. Via Hans Kelsen que o Direito seria uma espécie de "ordenação coercitiva", na medida em que a regra fundamental, inclusive, conduziria a uma espécie de coação pura ou, como diz Miguel Reale¹⁷, "à pura coação".

Kelsen define e situa o caráter proposicional da norma jurídica, partindo da distinção básica entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser, abandonando assim a clássica Lógica do ser (juízo categórico) e, situando a natureza da norma jurídica na forma de um juízo hipotético, estruturado da seguinte forma: -dada a não prestação, deve ser a sanção (norma primária); -dado o fato temporal, deve ser a prestação (norma secundária).

Kelsen entende então que a norma é um juízo hipotético, que descreve situações fáticas que ocorridas ensejarão uma determinada consequência, partindo disto, inverte os termos naturais da realidade jurídica atribui precedência à norma sancionadora (norma primária) por contraste

¹⁷ Reale, M. *Lições Preliminares de Direito*. 12. ed., rev., São Paulo: Saraiva, 1985, p. 48.

com o enunciado da prestação, comportamento desejado pela ordem jurídica (norma secundária).

Neste caso o papel da norma jurídica restringe-se em definir as condições para o exercício da sanção estatal, ficando o Direito reduzido à norma sancionadora. A norma secundária, onde se situa o dever jurídico e a faculdade correlativa, importa tão somente em servir de pressuposto da norma primária, autêntica norma jurídica.

A norma secundária, na visão de Kelsen não serviria para identificar a natureza jurídica da norma, posto que, a formulação "dado o fato temporal, deve ser a prestação", também é utilizada pela moral, não podendo desta situar-se na norma secundária a distinção entre moral e norma jurídica, por isto, enunciações do tipo "não matar", "não roubar", não podem configurar a real natureza da norma jurídica, mesmo porque nestas construções não se dá ênfase ao traço característico do Direito que reside na coatividade.

Para o citado autor, um fato só é juridicamente ilícito à medida que uma norma o converta em pressuposto de sanção para seu agente, não vendo, portanto, nos chamados ilícitos fatos antijurídicos, dando-lhes somente importância de pressuposto jurídico da medida sancionatória.

A classificação para Kelsen das normas em primárias e secundárias tem sentido apenas funcional, a norma secundária, que descreve o fato temporal, configura somente o expediente técnico para expor o Direito, a norma secundária, que descreve a providência sancionadora, por sua vez concentra a essência da norma jurídica.

Com a evolução de seu pensamento, aproximadamente em 1965, Kelsen passa a acolher a idéia imperativista ao lado da teoria do juízo hipotético, explicando-se da seguinte maneira¹⁸: *"En consecuencia no puede existir la más duda de que de acuerdo con la teoría que expuse en mi General Theory of law an State las normas jurídicas son juicios hipotéticos."*

En mi Théorie Pure du Droit distinguí la norme juridique (norma jurídica) y la règle du Droit (regra de Derecho) y afirmé 'que la regla de derecho (formulada por la ciencia del Derecho) no es un imperativo sino un juicio hipotético ... Sin embargo, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo ... Inclusive el llamado juicio de un Tribunal no es un juicio en el sentido lógico del término. Es una norma jurídica que prescribe cierta conducta a los individuos a quienes se dirige. En mi Reine Rechtslehre afirmé: 'Las normas jurídicas no son juicios, es decir, enunciados acerca de un objeto de conocimiento. Las normas jurídicas son, por su sentido, prescripciones, y, como tales, órdenes, pero también son permisiones y autorizaciones.

¹⁸ Apud Vasconcellos, A. Teoria da Norma Jurídica. 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 82-83.

Quando acolhe a idéia imperativista ao lado do juízo hipotético resta a Kelsen duas alternativas, ou renegar todas as objeções propostas a esta teoria, ou então descaracterizar o sentido etimológico do termo imperativo, para assim, compatibiliza-lo com seu pensamento. E assim o fez, acatando a segunda alternativa alterando então o sentido etimológico do termo imperativo, passa a adotar a fórmula do imperativo despsicologizado, que nada mais é que uma troca da qualificadora *independente*, utilizada por Karl Olivecrona, por despsicologizado.

5. NORMA JURÍDICA EM HERBERT HART

Faz parte da Escola Analítica Inglesa, e consegue Impor modificações decisivas, tendo como fonte de inspiração quase exclusiva Thomas Hobbes que parte da concepção da igualdade natural entre os homens para chegar ao seu conceito de justiça, mas não se apóia no estado de natureza para defini-la, porque nesta fase que precedeu à formação da sociedade havia um clima beligerante entre os homens, oriundo do egoísmo e do desejo de glória, sendo que somente conseguiram sair deste estado, através de um pacto social onde abdicam de toda a liberdade, em troca de um poder soberano, com o fim de estabelecer a convivência social e uma vida mais feliz, já que a lei natural não garante a vida societária.

Para ele justo é aquele que obedece a lei e só “existe justiça na medida em que haja um pacto anterior; só se comete injustiça contra a pessoa com a qual se celebrou algum pacto”¹⁹.

Assim, após a celebração do pacto, que é feito através de leis, injusto será o ato que contrariar o ordenamento positivado pelo Estado.

Para Hart afirmar que a norma é essencialmente um imperativo sancionador é eleger a sanção como elemento fundamental para seu caráter vinculante. Há normas que prevêm sanção, podendo-se falar em imperativos respaldados em ameaças. Contudo nem todos imperativos são respaldados em ameaças. Vejamos o exemplo citado por Tercio Sampaio Ferraz Júnior *in* Introdução ao Estudo do Direito²⁰ que “a diferença entre a ordem de um ladrão ao caixa do banco: “passe-me o dinheiro ou eu o mato!” e a ordem que ele dá a seu capanga: “vigie a porta!” Ambas são imperativas. A primeira vem respaldada em ameaça: a sanção lhe é essencial; a Segunda, não, pressupõe hierarquia, relação institucionalizada de autoridade: a sanção é aí secundária.

¹⁹ Salgado, J. C. Obra citada, p. 79.

²⁰ Ferraz Jr., T. S. Obra citada.

Hart diz que as normas jurídicas, em sua grande maioria, são mais desse segundo tipo. Ou são ou pressupõem normas de competência, que apenas determinam o agente capaz para a realização de certos atos.

Assim, ensaia uma classificação: normas primárias de obrigação e secundárias de reconhecimento, em face da carga valorativa dessas expressões.

A validade das regras primárias decorre de sua compatibilização com a regra secundária, que, em si, não é válida, nem inválida, mas simplesmente adequada para fundamentar o sistema jurídico.

Hart prescreve a natureza fática da norma de reconhecimento com base na adesão que lhe emprestam aqueles que a invocam, sejam os tribunais e os funcionários públicos, sejam os particulares.

6. LEIS, COMANDOS E ORDENS

6.1. Variedades de imperativos

Foi Austin que se propôs a uma análise do conceito de direito em termos de elementos aparentemente simples de comandos e hábitos, em sua obra *Province of Jurisprudence Determined*.

Hart estabelece uma clara diferença entre norma jurídica, mandatos e ordens. Em muitas diferentes situações da vida social uma pessoa pode expressar o desejo de que outra faça ou se abstenha de fazer algo. Quando este desejo se expressa não como uma mera informação interessante ou como uma auto-revelação deliberada, senão com a intenção de que a outra pessoa atue de conformidade com o desejo expresso é usual em inglês e em muitos outros idiomas, ainda que não necessário, valer-se de uma forma lingüística especial chamada de *modo imperativo*, "Vá para casa" "Venha aqui"! "Pare", "Não o mate". As situações sociais em que nos dirigimos aos demais em forma imperativa são diversas ao extremo. Sem dúvida, incluem alguns tipos principais que se repetem no ambiente familiar, como por exemplo: passe-me o sal, por favor!, Caracterizado como simples pedido uma vez que é dirigido normalmente por quem o diz a outra pessoa que pode prestar um serviço e não há qualquer sugestão nem de grande urgência, nem de insinuação acerca do que pode seguir-se, se houver omissão do serviço. "Não me mate", seria normalmente proferida como uma imploração quando a pessoa que assim fala está à mercê da pessoa a quem se dirige ou uma provação de que este último tem o poder de a libertar. A expressão "não se mova" dependendo da situação poderá ser entendida de formas diferentes. Se ela vier da parte de um assaltante, terá uma conotação, mas se vier de

alguém que vê uma cobra bem próxima de alguém, sem dúvida alguma que terá sentido completamente diferente.

A norma jurídica estabelece uma relação direta entre a ordem que emana do sistema e a pessoa que a ela está adstrita no que diz respeito a fazer ou não fazer algo, todavia não se reveste da característica de ordenanças, no sentido de ordens aos outros, pois elas mesmas não têm destino estrito, mas alcança, inclusive, aqueles que a fizeram.

6.2. O direito como ordens coercivas

Ordenar às pessoas que façam coisas é uma forma de comunicação e efetivamente implica que nos dirijamos a elas, isto é, que se atraia a atenção delas ou se tomem medidas para as atrair, mas fazer leis para as pessoas não implica tal. Por isso o assaltante, através de uma só e mesma frase. "Entregue-se o dinheiro", exprime seu desejo de que o empregado do banco faça algo e efetivamente dirige-se ao empregado para que o mesmo tome consciência da dimensão da ordem. Fazer leis difere de ordenar que as pessoas façam coisas, e temos de contar com esta diferença, ao usar esta idéia simples como modelo para o direito. Pode, na verdade, ser desejável que as leis sejam levadas à atenção daqueles a quem se aplicam, tão depressa quanto possível após a sua feitura. O propósito do legislador ao fazer leis seria frustrado, se tal não fosse feito com caráter geral e os sistemas jurídicos freqüentemente conseguem, através de regras especiais respeitantes à promulgação, que tal seja feito. Mas as leis podem estar completas, enquanto leis, antes que tal seja feito e mesmo que tal nem sequer seja feito.

Como já foi citado atrás, Hart diferencia muito bem a ordem procedente de um ladrão que determina ao empregado a entrega do dinheiro, o qual não é caracterizado por um pedido e muito menos uma imploração.

7. A CONCEPÇÃO TRIDIMENCIONAL DE MIGUEL REALE

O conceito de norma integra o conceito de direito. A norma antecipa padrões de conduta, projetando-lhes as medidas de justiça. Por essa razão o Professor Reale a tem como elemento nuclear do Direito.

Na visão de Reale, o melhor caminho para se chegar à norma, é partindo do conceito de Direito. Assim ele se expressa: "É o Direito vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores de convivência" Sobressaem as dimensões tridimensionais as fáticas (conduta humana) e axiológica (valores de convivência) que se integram e se superam através do processo normativo (ordenações).

Partindo desse parâmetro é que Real e conceitua a norma jurídica como forma de integração fático-axiológica²¹.

A norma é o momento sintético do processo integrativo de fato e valor, que se ligam por nexos de polaridade e de implicação. A função do valor consiste em fazer valioso o fato, sem que nisso esgote sua potencialidade.

O modelo normativo comporta, pois, a previsão de um fato, com base no qual se anuncia, como devendo ser, uma determinada consequência tida por valiosa.

São estes os pressupostos de sustentação de sua tese sobre o tridimensionalismo sobre o Direito e a norma jurídica.

Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente; um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor.

Tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta.

Tais elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo de tal modo que a vida do Direito resulta da inteiração dinâmica e dialética desses três elementos que a integram²².

Veja-se o esquema proposto Reale, com o intuito de se analisar a estrutura de uma norma ou regra jurídica de conduta:

1. Se **F** é, deve ser **P**
2. Se não for **P**, deverá ser **SP**.

Trocando em miúdo: F= fato; P= prestação; SP= sanção penal.

Sendo a regra jurídica o elemento nuclear do Direito, é evidente que ela não pode deixar de ter uma estrutura tridimensional.

Se do ponto de vista lógico-formal, uma norma jurídica de conduta se reduz a uma proposição hipotética, ou melhor, à conjunção de duas proposições hipotéticas, esse aspecto lógico, por mais importante que seja, não exaure o problema do modo normativo.

Quando, pois, se diz que Direito se atualiza como fato, valor e norma. é preciso tomar estas palavras significando, respectivamente, os momentos de referência fática, axiológica e lógica que marcam o processo da experiência jurídica, o terceiro momento representando a composição superadora dos outros dois, nele e por ele absorvidos e integrados.

²¹ Vasconcelos A. Obra citada, p 90.

²² Reale, M. Obra citada, p. 74.

Maria Helena Diniz, comentando a tridimensionalidade de Miguel Reale, assim preleciona:

Se direito é a integração normativa de fato, valor e norma, não há como separar o fato da conduta, nem o valor ou finalidade a que a conduta está relacionada, nem a norma que incide sobre ela.

Com isso, assume ele, um tridimensionalismo concreto, dinâmico e dialético, pois fato, valor e norma, como elementos integrantes do direito, estão em permanente atração polar, já que fato tende a realizar o valor, mediante a norma. Os três pólos entram em conexão mediante uma peculiar dialética cultural, denominada, por Miguel Reale, dialética da implicação e da polaridade.

A esta doutrina que requer a integração das três perspectivas numa unidade funcional e de processo, Miguel Reale, designa tridimensionalidade específica do direito, reclamando a integração desses três elementos em correspondência com os problemas complementares da validade social, da validade ética e da validade técnico-jurídica. Com sua teoria integrativa rejeita todas as concepções setorializadas do direito²³.

8. CONCLUSÃO

Sendo o direito uma realidade criptonormativa, é muito natural que esteja sempre mencionando as palavras "norma jurídica". Isso não impede que seu conceito seja pouco conhecido, quando não desvirtuado.

As coisas ficariam mais claras, se ao invés de falar-se em normas, fosse empregadas as palavras como "comando", "sanção", "propósito", "disposição normativa", que são aparentes e facilmente encontradiços. Assim, por exemplo, é fácil distinguir um comando, quando o artigo de lei reza que a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, de uma sanção, no artigo do Código Penal cominando: "contrair alguém, sendo casado, novo casamento: pena de reclusão, de dois a seis anos. Mas nem esse comando, nem essa sanção, são normas jurídicas, mas apenas dessas são elementos componentes"²⁴.

Existem muitas variedades de normas: morais, religiosas, higiênicas, médicas, técnicas, náuticas etc. A palavra procede do latim e designa uma regra ou prescrição geral. A norma contém uma hipótese de incidência, que é uma determinada situação, constituindo um fato-tipo, e uma diretiva de

²³ Diniz, M. H. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 141/142.

²⁴ Schnaid, D. *Filosofia do Direito e Interpretação*. Londrina: ed. UEL, 1998, p. 105.

conduta a ser obedecida, visando um resultado. A fórmula sempre será “Se... – então”. Significando que as pessoas estarão condicionadas a responder por uma consequência se fizer algo ou deixar de fazer. Quando dizemos que algo é normal, queremos dizer que tal coisa ou situação está dentro dos padrões das regras traçadas pela norma.

9. REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2001.
- ANDRADE, M. A. D. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Editor Sucessor, 1987.
- BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- DINIZ, M. H. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito* São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- KELSEN, H. *A Ilusão da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, H. *Normas jurídicas e análise lógica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.
- KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- SILVA, De P. *Vocabulário Jurídico*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- TELLES JR., G. *O Direito Quântico*. São Paulo: Max Limond, 1974.
- VASCONCELOS, A. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Helvética Editora Ltda, 2000.
- VILANOVA, L. *Sobre o Conceito de Direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

