

# A INFLUÊNCIA DA ESTÁTICA DE KELSEN NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

## THE INFLUENCE OF KELSEN'S STATIC IN CURRENT LAW

*Lisiane Cristina Jeckel\**

*Leonel Severo Rocha\*\**

### RESUMO

O avanço da sociedade trouxe novas perspectivas à *Teoria pura do direito* de Hans Kelsen. Principalmente no âmbito da estática jurídica, por ser um sistema de normas não flexíveis, desatualizado em face dos novos impasses sociais. Entretanto, à sua época, Kelsen estabeleceu um novo olhar sobre os conceitos arraigados na teoria e na jurisprudência tradicionais. O resultado da sua obra, por sua vez, embasa o sistema jurídico contemporâneo e continua permitindo descobertas e releituras. Por tal razão, Kelsen permanece sendo imprescindível ao estudo da teoria do direito. O presente trabalho tem por objetivo auxiliar a compreensão e contribuir para o debate a respeito do presente tema, contextualizando, no que for possível, esses conceitos na contemporaneidade. Para atingir o objetivo proposto, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica. O presente artigo permitiu constatar que a evolução dos desafios sociais exigiu a superação da teoria kelseniana, sem, no entanto, jamais lhe subtrair em importância.

**Palavras-chave:** Teoria pura do direito; Kelsen; Estática jurídica; Conceitos.

---

\* Mestranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pós-Graduada em Marketing pela Escola Superior de Propaganda e Marketing-ESPM-SUL/Brasil. Graduada em Direito pela Universidade FEEVALE/RS/Brasil. Graduada em Farmácia Industrial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRGS/Brasil. Advogada. E-mail: lisjeckel@gmail.com Telefone (51) 3593-1010

\*\* Pós-Doutor em Sociologia do Direito Pela Universitàdegli Studi di Lecce. Doutor pela Ecoles des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Santa Maria. Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6). Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI). Membro pesquisador 1 do CNPq. Representante Titular da Área do Direito no CNPq. E-mail: leonel@unisinoss.com Telefone: (51) 3590-8148

---

**ABSTRACT**


---

The advancement of society has brought new perspectives to the *Pure Theory of Law* by Hans Kelsen. Mainly within the static theory of law for being a system of non-flexible standards which are outdated before the new social impasses. Nonetheless, at its time, Kelsen established a new perspective over the concepts which were rooted in traditional theory and jurisprudence. The result of his work, in turn, substantiates the contemporary juridical system and continues to allow discoveries and rereadings. For that reason, Kelsen remains indispensable to the study of theory of law. The current paper aims to help comprehension and contribute to the debate concerning the present theme, contextualizing as far as possible the aforementioned concepts in contemporaneity. So as to achieve the proposed goal, bibliographic research method was applied. The current paper allowed determining that evolution of social challenges demanded the overcoming of the Kelsenian theory, without however diminishing it in importance.

**Keywords:** Pure theory of law; Kelsen; static theory of law; concepts.

**INTRODUÇÃO**

Muito se discute acerca do positivismo, que, desde a era dos exegetas, assumiu diversas roupagens. Entretanto, na sua essência, ainda aplicamos os ensinamentos de Hans Kelsen, o que lhe confere a condição de ser o positivista-normativista mais sofisticado da contemporaneidade. Ao longo de sua vida, Kelsen vivenciou duas Guerras Mundiais, presenciou as barbáries do Nazismo, que, sob a égide de um idealismo “moral”, conduziu a nação alemã ao sistema totalitário implantado por Adolf Hitler.

Diante de tal contexto – e especialmente influenciado pelas teorias que dominavam os círculos filosóficos da época –, o autor primou pela elaboração de uma ciência do direito afastada da moral e de ditames políticos. Kelsen pensava o direito sob a ótica da normatividade. Segundo Rocha, essa normatividade exsurge da simbiose de duas dimensões temporais. Primeiramente, a estática jurídica, que representa o tempo presente, a qual, a partir do conceito de sanção, são estabelecidos os critérios fundantes dos demais conceitos<sup>1</sup>. Nesse sentido, é na estática jurídica de Kelsen que surgem os conceitos base de sua teoria positivista-normativista, a saber: sanção, ilícito, dever jurídico, dever-se, responsabilidade, direitos pessoais, direitos reais, direito subjetivo, direitos políticos, capacidade, competência, organicidade, relação jurídica, pessoa física e jurídica,

---

<sup>1</sup> ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. *Crítica jurídica*, n. 34: 71-93, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/34/art/art6.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018. p. 74.

dentre outros. Em um segundo momento, a dinâmica jurídica, representada pela história, o qual tem o condão de, a partir da validade, estabelecer o critério da produção normativa. Contudo, na época em que Kelsen escreveu a *Teoria pura do direito*, a sociedade não era tão complexa como é a de hoje. Com a globalização, os avanços tecnológico e científico e a especialização do crime organizado, colocam-se novas questões acerca da ideia de sanção. Entretanto, apesar de ultrapassada essa concepção, continua influenciando o direito contemporâneo.

Por sua vez, o sistema judiciário precisa encontrar soluções para esses novos desafios. Todavia, é de suma importância conhecer os conceitos basilares propostos por Kelsen para compreender a evolução do sistema jurídico contemporâneo. Sobre o tema, eis as palavras de Pontes de Miranda: “O valor dos estudos históricos para o conhecimento do direito vigente assenta em que não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi”<sup>2</sup>.

No que segue, este estudo objetiva verificar a influência da estática em Kelsen para a manutenção atual do conceito de sanção e como esse conceito está sendo recepcionado na contemporaneidade.

Com o objetivo de concretizar o presente estudo, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, que auxilia na compreensão da problemática proposta a partir de referências publicadas em obras literárias, textos e documentos. Para tanto, elegeu-se a obra *Teoria pura do direito*, de Hans Kelsen, como objeto principal do estudo em questão. Nessa senda, analisar-se-á o capítulo da estática jurídica e suas contribuições no ordenamento jurídico brasileiro.

## DESENVOLVIMENTO

O Direito, segundo Kelsen, distingue-se de outras ordens sociais por ser entendido como uma ordem coativa na qual o “momento coação” é adstrito ao ato, legalmente previsto pela ordem jurídica, como consequência ante uma situação fática considerada socialmente nociva, prejudicial ou reprovável que é, necessariamente, aplicado independentemente da vontade do agente. À luz de tal concepção, eis o ensinamento de Rocha: “Um fenômeno somente será jurídico se for suscetível de atribuição de sentido normativo”<sup>3</sup>. Desta feita, a normatividade é elevada à categoria central do direito. Por sua vez, a coação postulada por Kelsen em nada se aproxima da coação psíquica, mas, sim, do sentido de que o

---

<sup>2</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 15.

<sup>3</sup> ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. *Crítica jurídica*, n. 34: 71-93, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/34/art/art6.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018. p. 74.

Direito estatui atos de coação associados à liberdade, de bens econômicos e da privação coercitiva da vida. Kelsen ainda aduz que, no caso de resistência, o ato de coação é aplicado mediante emprego de força física<sup>4</sup>. Logo, reforça a ideia de coação como critério decisivo do conceito de Direito por ele formulado. Sob essa ótica é que o autor distingue o Direito da Moral, pois o Direito refere-se a uma ordem de conduta humana que, quando não observada, reflete no ato de coação. Já a moral está no âmbito da ordem social relacionada à aprovação e à desaprovção da conduta e desvencilhada da coação institucionalizada<sup>5</sup>. Bobbio ensina que “a única consequência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, [...], que se diz na linguagem da ética, ‘remorso’ ou ‘arrependimento’”<sup>6</sup>.

É inegável que, no entendimento de Kelsen, sem norma posta, sem coação não há o que se falar em Direito. Sob outro olhar, Pontes de Miranda compreende que a existência do Direito não depende de uma norma que estipule condutas a partir da coação, visto que, no seu entender, as normas nascem no meio social, e, desta feita, incidem pela respeitabilidade independentemente da existência ou não de coação<sup>7</sup>.

No sentir de Kelsen, o ato de coação exsurge, no ordenamento jurídico, sob duas formas. Quando entendido como atos positivados, impostos ao indivíduo, em reflexo de uma ação ou omissão contrária ao direito, assume a categoria de sanção. Entretanto, há aqueles cujos pressupostos do ato de coerção positivado não consistem na ação ou omissão de indivíduos diante da falta de observação da norma positivada. Esses atos são classificados, pelo autor, simplesmente como atos de coação. Entre os exemplos enumerados no texto, consta o internamento compulsório de indivíduos atacados por uma doença perigosa<sup>8</sup>. Identifica-se do exame do texto que tais atos estão relacionados muito mais com a garantia da integridade social e política do Estado do que com o caráter punitivo do indivíduo que transgride a lei. Talvez, por essa razão, Kelsen foque seu estudo na ideia de sanção, inaugurando o capítulo da estática jurídica, que compõe a obra *Teoria pura do direito*, conceituando-a e demonstrando suas particularidades e de que forma é concebida no ordenamento jurídico nacional e internacional.

---

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 37-38.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 71.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003. p. 155.

<sup>7</sup> ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. *Civilista.com*. a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Aldrovandi-Siminoni-e-Endelmann-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018. p.17.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 121.

## Sanção

No sentir de Di Palma Beck, Kelsen eleva a sanção à categoria de elemento estrutural da norma jurídica<sup>9</sup>.

Ademais, cumpre gizar que a sanção assume duas configurações distintas: como pena e como execução. Ambas estão associadas à realização compulsória de um mal ou na privação compulsória de um bem. Todavia, o que difere a execução da pena é o fato de essa ter um caráter indenizatório como forma de compensar o ilícito contra o qual a sanção é dirigida, com o propósito de esgrimir a conduta tida como contrária ao Direito. Por sua vez, ao tratar de comparar a pena patrimonial com a execução, o autor aponta certa semelhança, uma vez que, em determinadas situações, a sanção de execução reflete na entrega de valor patrimonial referente ao objeto ou serviço não prestado como forma de indenizar o prejuízo ilicitamente causado<sup>10</sup>.

No que tange ao conceito de pena, Kelsen aduz que é possível determiná-lo pela sua finalidade, que, *a priori*, não resulta em conteúdo da ordem jurídica. Contudo, na lição de Kelsen: “[...] consiste em prevenir, pela intimidação, a ação ou omissão contra a qual a pena é dirigida”<sup>11</sup>. Essa interpretação também é absorvida pelo sistema jurídico penal. Sob a ótica da intimidação, entende o autor que não há diferenciação entre pena e execução, pois a indenização também é entendida com a finalidade de prevenção<sup>12</sup>.

Di Palma Beck, em análise à ideia de sanção posta por Kelsen, argumenta que a sanção, ao fim e ao cabo, acaba por ser uma coerção psíquica que decorre da possibilidade institucionalizada do emprego da força física ou da realização de um mal<sup>13</sup>.

De qualquer sorte, tanto a sanção quanto a pena, ou aquela tida como execução, podem ser operadas nas esferas administrativa e jurídica. Sob esse aspecto, o autor enfatiza a importância de distinguir as penas judiciais aplicadas pelos tribunais penais das penas administrativas aplicadas pelas autoridades administrativas, bem como diferenciar as execuções judiciais realizadas pelos tribunais civis das execuções administrativas realizadas pela autoridade administrativa. Também, não menos importante, faz-se necessário distinguir o ato

---

<sup>9</sup> DI PALMA BECK, M. *As bases e os desafios imediatos da ciência do direito em Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ndad0g5s/56PAa13F2FczQmaW.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017. p. 154.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 122.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 123.

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 123.

<sup>13</sup> DI PALMA BECK, M. *As bases e os desafios imediatos da ciência do direito em Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ndad0g5s/56PAa13F2FczQmaW.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017. p. 154.

que estabelece a sanção do ato que a leva a efeito. Em outras palavras, de que forma a sanção é aplicada<sup>14</sup>.

Isso posto, Kelsen passa a contextualizar a sanção no âmbito do direito internacional geral. Após digressão sobre o tema, conclui que as sanções no direito internacional se assemelham às da execução forçada do direito civil, visto que os atos de coerção aplicados entre Estados apenas podem ser aplicados quando um se recusa a indenizar os prejuízos que causou ao outro, decorrentes de causas ilícitas sofridas pelo outro. Portanto, têm caráter indenizatório e, no entendimento do autor, essas sanções sequer são qualificadas como pena ou execução, mas possuem o mesmo fim proposto por elas: a privação de bens<sup>15</sup>.

### Ilícito

A construção do conceito de ilícito, conforme os princípios da Teoria Pura do Direito, difere da teoria dominante da jurisprudência tradicional, segundo a qual o valor moral está atrelado ao seu conceito. Condição que, para Kelsen, não faz sentido, uma vez que os conceitos morais variam de cultura para cultura<sup>16</sup>. Em face desse entendimento, para caracterização de um ilícito, Kelsen aduz que o propósito do legislador ou as intenções da ordem jurídica devem estar amalgamados no conteúdo da ordem jurídica, caso contrário, o delito não será um conceito jurídico<sup>17</sup>. Mas não somente isso: há de se considerar que a conduta humana, por meio de uma ação ou omissão, só será considerada um delito, ou melhor dizendo, ilícito quando a ordem jurídica vincular um ato de coação como consequência a essa conduta<sup>18</sup>. Ou seja, a conduta tida como pressuposto de um ato de coação. É dizer que o ilícito compreende a condição da sanção<sup>19</sup>. É nesse sentido que o ilícito é entendido não como uma negação, mas como pressuposto do direito. Portanto, há de se distinguir a relação entre ilícito e consequência do ilícito da jurisprudência tradicional, que pressupõe que uma ação ou omissão é considerada ilícita na origem, e, por assim ser, reflete o ato de coação. Muito diferente do propósito apresentado por Kelsen, que confere o caráter ilícito a uma conduta por ser ligada a uma sanção como consequência.

Reforçando a ideia de que o ilícito não pode ser entendido como um “não direito”, o autor advoga no sentido de que o indivíduo, ao praticar uma conduta contrária à norma prescrita, não “quebra” a cadeia do direito, pois exsurge contra ele a aplicação da sanção descrita na norma. Nesse sentido, a cadeia do direito

---

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 123.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 123.

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 125.

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 55.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 124.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 56.

pretende o indivíduo que “quebra” o Direito. Eis que a norma não é “lesada”<sup>20</sup>. Portanto, não é de bom alvitre interpretar o ilícito como uma contradição lógica da norma. Como pode ser observado na lição de Patrícia Luíza Kegel ao interpretar Kelsen: “interpretar o ilícito como contradição lógica da norma que prescreve determinada conduta é um erro, pois que existe uma diferença de níveis de linguagem entre a norma que prescreve a conduta e a conduta de fato”<sup>21</sup>.

No que toca, especificamente, à aplicação da sanção, Kelsen discorre no sentido de que ela pode ser dirigida não somente contra o delinquente, mas também contra um terceiro ou até mesmo contra outros indivíduos<sup>22</sup>. Essa ideia de responsabilização de outrem acompanha o palmilhar histórico do homem, visto que, desde os primórdios da humanidade, quando um delinquente violava uma regra e, posteriormente, sua esposa ou filho ficavam doentes, tal consequência era interpretada como uma punição. No Direito primitivo, a vingança por um homicídio era dirigida também contra a família do delinquente, razão pela qual o homem primitivo não era considerado um indivíduo independente, mas parte integrante do grupo social ao qual pertencia<sup>23</sup>. Como sustenta Kelsen: “a ordem jurídica pode responsabilizar o pai do delinquente, o seu cônjuge ou outros membros da sua família, ou ainda membros de um outro grupo a que o delinquente pertença”<sup>24</sup>. Em semelhante concepção, o artigo 932<sup>25</sup> do Código Civil Brasileiro, em vigor, que trata essa questão como responsabilização de terceiros, ratificando tal pensamento na contemporaneidade.

## Dever jurídico e responsabilidade

Considerando que na teoria kelseniana a sanção assume um papel indissociável da norma e é o elemento articulador dos demais conceitos do seu sistema, também a noção de dever jurídico encontra-se intimamente conectada ao referencial de sanção. Com efeito, o autor afirma que o conceito de dever jurídico “encontra-se numa relação essencial com a sanção”<sup>26</sup>.

Neste sentido, o autor compreende que a prescrição de uma conduta pela ordem jurídica obriga, juridicamente, o indivíduo a conduzir-se de tal maneira. E essa prescrição somente pode ser objetivamente concebida, no âmbito do

---

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 126.

<sup>21</sup> KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 77.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 126.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 60.

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 128.

<sup>25</sup> “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador [...]; III – o empregador [...].”

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 130.

Direito, quando vinculada a uma sanção. Tal razão pela qual Simioni sustenta que: “Kelsen não vai perguntar pela relação de imputação normativa entre a descrição de um comportamento e a sanção a ele cominada”<sup>27</sup>. Consequentemente, o dever jurídico existe na medida em que uma norma jurídica ligue à conduta oposta um ato coercitivo como sanção<sup>28</sup>.

Diante de tal contexto, Kelsen estabelece, portanto, que o dever jurídico de realizar determinada conduta não é uma situação diversa da norma jurídica que prescreve esta conduta, ao ligar à conduta oposta um ato coercitivo como sanção<sup>29</sup>. Assim, estando o dever jurídico intimamente vinculado à norma jurídica, possui, como esta, um caráter individual e um caráter geral.

O caráter geral do dever jurídico é aquele que advém diretamente da norma jurídica geral, abstrata. Por sua vez, a decisão judicial, enquanto norma jurídica individual, prescreve, no caso concreto, um dever individual. Neste aspecto, o dever de indenização de uma pessoa para com outra, mediante prestação de soma pecuniária, é o dever jurídico individual daquela pessoa.

Ao elaborar o dever jurídico com base em tais preceitos, Kelsen refuta a ideia jusnaturalista de que o dever jurídico constitui um “impulso ínsito ao homem” ou de que exista uma conduta prescrita “inata”, cuja observância a ordem jurídica positiva se limite a garantir, por meio da sanção. Isto porque o dever jurídico existe em razão da norma jurídica positiva que prescreve a conduta deste indivíduo, ligando à conduta oposta uma sanção<sup>30</sup>.

Observa-se, assim, que o conteúdo do dever jurídico não se vincula a um valor moral absoluto, conforme preconizado por Kant. Afinal, se Kelsen se filia ao entendimento de que inexistente uma moral absoluta, mas várias e muito diversas ordens morais que prescrevem condutas que se contrariam, o princípio kantiano, de “dever” ligado a uma moral absoluta, consequentemente, reconduziria ao entendimento relativista de que “o homem deve fazer o que deve fazer”<sup>31</sup>.

Dessa forma, decorre que o dever jurídico é a conduta oposta ao ato antijurídico e não possui qualquer implicação moral – ainda que seu conteúdo possa se confundir com a conduta prescrita por algum sistema moral. O indivíduo que, por meio de sua conduta, comete o ilícito, viola o dever jurídico e aplica a norma.

---

<sup>27</sup> SIMIONI, Rafael. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 153.

<sup>28</sup> SIMIONI, Rafael. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 129.

<sup>29</sup> SIMIONI, Rafael. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 129.

<sup>30</sup> SIMIONI, Rafael. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 129-130.

<sup>31</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 131.



Por outro lado, o indivíduo que não comete o ilícito cumpre o dever jurídico e observa a norma. Em ambos os casos, trata-se de conduta conforme a norma. Neste aspecto, cumpre reforçar que o cometimento do ato ilícito, para Kelsen, não é negação do direito – como foi sustentado por Hegel –, mas, sim, a confirmação da eficácia da ordem jurídica.

Kelsen prevê, ainda, que o conteúdo de um dever jurídico possa atingir a conduta de dois ou mais indivíduos, hipótese em que poderá ser violado quando não for cumprido por um *ou* pelo outro dos indivíduos, ou, ainda, quando não for cumprido cooperativamente, isto é, por meio da ação combinada de todos<sup>32</sup>.

O sujeito jurídico é aquele, portanto, portador de deveres e direitos estatuídos pela ordem jurídica. Obrigar, para Kelsen, é uma função essencial do Direito, mesmo quando as normas “conferem competência” para que o indivíduo exerça determinada conduta. Neste sentido, quando a ordem jurídica atribui competência a um indivíduo para exercer determinada conduta, pode, igualmente, torná-la conteúdo de seu dever, ao prever uma sanção para a omissão de tal agir. O mesmo pode se dar quando a ordem jurídica prevê que uma conduta seja positivamente permitida, hipótese em que pode ser estatuído um dever de usar essa permissão<sup>33</sup>.

O dever jurídico, assim, insere-se no âmbito do ser-devido, distinguindo-se da “conduta devida”, aqui compreendida somente enquanto “o ato de coerção que funciona como sanção”<sup>34</sup>. Essa sanção pode ser dirigida contra o indivíduo cuja conduta é o pressuposto do ato coercitivo ou contra outro indivíduo que se encontre com aquele em uma relação determinada pela ordem jurídica<sup>35</sup>.

No segundo caso, o indivíduo responsável penal ou civilmente apenas responde pelo não cumprimento do dever de outro e não pode, por sua conduta, provocar ou impedir a sanção. Neste sentido, discorre Kelsen, a responsabilização pelo delito cometido por outrem somente terá eficácia preventiva quando existir uma relação tal entre os dois indivíduos que permita presumir que o indivíduo obrigado receba como um mal a punição do indivíduo responsabilizado<sup>36</sup>. Trata-se, neste ponto, de uma responsabilidade coletiva, que pode ser dirigida também a uma pluralidade de indivíduos, como vários ou todos os membros de um grupo a que o delinquente pertença (represálias e guerra, ou vinganças de sangue)<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 130.

<sup>33</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 132.

<sup>34</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 133.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 134.

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 136.

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 136.

Kelsen distingue, ainda, a responsabilidade pela culpa e pelo resultado, constituindo-se a primeira forma naquele evento que pode ser previsto ou intencionalmente visado pelo delinquente, enquanto a segunda forma representa o advento do fato ilícito sem que tenha sido previsto ou intencionalmente visado. Aqui, Kelsen realiza uma distinção da doutrina tradicional da época, posicionando o crime cometido por negligência no âmbito da responsabilidade pelo resultado, conforme se concebe atualmente. Aliás, a responsabilidade pela “culpa” nada mais é do que a conduta dolosa, seja pelo dolo direto, seja pelo dolo eventual. Ainda, sempre que o indivíduo responsável não seja o delinquente, a responsabilidade é pelo resultado em relação àquele.

Por fim, Kelsen esclarece que o dever de indenização é, antes, uma sanção, e não um dever, já que se constitui como ato coercitivo que uma norma liga a uma determinada conduta cuja conduta oposta é, desse modo, juridicamente prescrita, constituindo-se, aí sim, no conteúdo de um dever jurídico<sup>38</sup>. Em outras palavras, o autor aponta que o dever é a omissão do delito por parte do indivíduo cuja conduta forma o delito<sup>39</sup>. Neste sentido, tal dever de indenização surge da provocação de um prejuízo cumulada com a sua não indenização. Isto é, o indivíduo, neste caso, possui a obrigação de não causar o prejuízo e ressarcir-lo, se o causar. Somente a inobservância desses dois deveres jurídicos, pelo indivíduo responsável, é que dá motivo à sanção.

### Direito subjetivo

O direito subjetivo, na teoria kelseniana, estabelece um contraponto em relação ao dever jurídico. Neste sentido, por exemplo, no âmbito de uma relação jurídica, o indivíduo A tem o direito subjetivo de exigir a prestação acordada com o indivíduo B, que, por sua vez, detém o dever jurídico de cumprir a obrigação contratada com A. Kelsen propõe a diferenciação entre o direito subjetivo (*Berechtigung*) e o direito objetivo (*Recht*), sendo este último referente à ordem jurídica, ao direito positivado. Com efeito, a tradição inglesa distingue as duas formas, valendo-se da palavra *right* para direito subjetivo, e *law* para o objetivo.

Dessa forma, o exercício de um direito encontra-se vinculado à conduta devida de outro indivíduo – o que, no entanto, não se estende a deveres de omissão (não matar, não roubar), pois não há de se falar no direito ou na pretensão de não ser morto ou roubado. Esse direito, portanto, nada mais é do que o dever do outro ou dos outros<sup>40</sup>. Por tal motivo, o autor estabeleceu a noção de que esse direito subjetivo é apenas “reflexo” do dever jurídico.

<sup>38</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 138.

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 138.

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 142.

No entanto, na perspectiva de uma descrição cientificamente exata do Direito, tem-se que tal conceito pode se revelar insuficiente, na medida em que, adverte Kelsen, existem deveres jurídicos sem os correspondentes direitos reflexos, por exemplo, o dever militar<sup>41</sup>.

Avançando, Kelsen irá criticar a tradicional divisão entre direitos sobre uma coisa e o direito em face de uma pessoa, julgando que o direito real subjetivo da propriedade, conforme determinado pela sistemática do direito civil da época, possui um caráter ideológico. Neste sentido, o autor sustenta que o direito de propriedade é, no fundo, um direito reflexo de uma pluralidade de deveres de “um número indeterminado de indivíduos em face de um e o mesmo indivíduo com referência a uma e a mesma coisa”<sup>42</sup>.

Kelsen reforça, rechaçando a concepção da jurisprudência tradicional, “segundo a qual o direito subjetivo é determinado como interesse juridicamente protegido”, que o direito subjetivo de alguém é apenas o reflexo do dever jurídico de outrem. Ocorre que o direito subjetivo “não pode ser um interesse – protegido pelo Direito –, mas apenas a proteção ou tutela deste interesse, por parte do Direito objetivo”<sup>43</sup>. Esta proteção advém de a ordem jurídica ligar à ofensa deste interesse uma sanção, estatuidando o dever de não lesar esse interesse.

No caso de o indivíduo acionar, via procedimento processual, o órgão aplicador do direito, tem-se que o seu direito subjetivo – reflexo de um dever jurídico de outrem – está revestido do poder jurídico de fazer valer esse direito reflexo, mediante uma ação judicial<sup>44</sup>. Esse poder jurídico lhe é conferido pela ordem jurídica. Neste caso, ao exercer este poder jurídico, o indivíduo é “sujeito” de um direito que difere do dever jurídico.

O direito subjetivo como permissão positiva da autoridade consiste na autorização positiva ou no condicionamento de certa atividade. Esse direito não é reflexo, pois não é função de um dever que lhe corresponda, mas coenvolve um poder jurídico<sup>45</sup>.

Já os direitos políticos são definidos como a capacidade, por parte dos súditos, “de influir na ordem jurídica em que a vontade do Estado se exprime”<sup>46</sup>. Essa influência pode se dar de duas formas em democracias: pela via direta ou pela eleição de parlamentares. Outro sentido de direitos políticos condiz com o poder jurídico individual de promover a anulação de qualquer norma geral ou

<sup>41</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 143.

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 147.

<sup>43</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 149.

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 149.

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 154.

<sup>46</sup> KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 84.

individual “que contradiga as normas de nível superior que asseguram constitucionalmente a igualdade ou a liberdade”<sup>47</sup>.

Com efeito, Kelsen nega qualquer dualismo entre direitos subjetivos e objetivos, de maneira que os direitos subjetivos, para Kelsen, descrevem a relação que tem o ordenamento jurídico com uma pessoa determinada<sup>48</sup>.

### Capacidade de exercício – Competência – Organicidade

Quando um indivíduo tem a prerrogativa de realizar uma conduta autorizada pela ordem jurídica, esta lhe atribui a capacidade de se conduzir dessa maneira. A própria capacidade delitual do indivíduo exige que a ordem jurídica a confira, ao colocar um pressuposto do ato coercitivo que funciona como sanção e que é dirigido contra o indivíduo responsável pelo ato. No entanto, a conduta que representa o delito não é aprovada por essa ordem jurídica. Neste sentido, Kelsen pretende explicar que a expressão “autorização” (*Ermächtigung*), por estar vinculada a uma noção de “aprovação”, é empregada em um sentido que não engloba a capacidade delitual<sup>49</sup>.

Em tal contexto, a capacidade de exercício seria justamente essa capacidade individual para produzir efeitos jurídicos mediante sua conduta, sem conglobar a capacidade delitual, mas que produziria as consequências jurídicas que a ordem jurídica liga a essa conduta. Com efeito, Kelsen esclarece que a capacidade de exercício “é principalmente negocial”, compreendendo-se dentro dela também a capacidade processual – isto é, de influir, por meio da ação ou do recurso, no processo judicial<sup>50</sup>.

Como se vê, Kelsen concebe a capacidade processual como um poder jurídico “autorizado” pela ordem jurídica. Na mesma direção, a capacidade negocial constitui o poder jurídico como capacidade de criar direito e deveres<sup>51</sup>. Sendo assim, é possível entendê-la também como a capacidade para cumprir deveres jurídicos e, de tal forma, conduzir-se de maneira a evitar a sanção<sup>52</sup>.

Avançando, Kelsen sustenta que a força e a obrigatoriedade do cumprimento do contrato celebrado entre dois indivíduos particulares decorrem, em última análise, da sanção que a ordem jurídica liga e prevê à conduta anticontratual.

---

<sup>47</sup> KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 84.

<sup>48</sup> KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 85.

<sup>49</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 164.

<sup>50</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 165.

<sup>51</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 165.

<sup>52</sup> KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 84.

De tal modo, essa norma produzida pelo negócio jurídico é *não autônoma*, isto é, normas que “apenas se podem compreender em conexão com outras normas estatuidoras de atos de coerção”<sup>53</sup>. Observa-se, portanto, mais uma vez, o papel fundante e central que o conceito de sanção e os atos de coerção cumprem na doutrina kelseniana.

Essa capacidade de exercício de poder jurídico se traduzirá em *competência* sempre que se estiver referindo à autorização pela ordem jurídica de exercício de uma função que pode ser *atribuída* à comunidade. Neste caso, em sentido amplo, o indivíduo é um órgão por meio do qual a comunidade, constituída por uma ordem normativa, exerce a sua função. Kelsen explica que, para tal fim, a conduta deste indivíduo deverá se encontrar determinada na ordem normativa como pressuposto ou consequência<sup>54</sup>.

Porém, avança Kelsen, essa definição englobaria igualmente a conduta que, como pressuposto da sanção estatuída pela ordem jurídica, é juridicamente proibida. Para a concepção de que o ilícito configura um “não direito”, isto é, para a qual a conduta proibida é a negação do Direito, a tendência é refutar essa perspectiva, uma vez que seria atribuível à comunidade jurídica somente a conduta do indivíduo para a qual esteja ele “autorizado”. Neste sentido, o indivíduo somente seria concebido enquanto órgão da comunidade jurídica, na medida em que observasse uma conduta para a qual fosse “autorizado”<sup>55</sup>.

Mais adiante, Kelsen estabelece que:

Por isso, o indivíduo que exercita o poder jurídico que lhe é conferido propondo uma ação judicial ou celebrando um negócio jurídico pode ser designado como órgão jurídico, e o poder jurídico que lhe é conferido pode ser designado como sua competência – e isto precisamente no mesmo sentido em que chamamos órgão ao legislador, ou juiz ou ao funcionário administrativo, e em que designamos por competência o poder jurídico que lhes é conferido<sup>56</sup>.

No entanto, em sentido mais estrito e de acordo com o uso jurídico, os conceitos de função da comunidade jurídica e de órgão da comunidade jurídica exigem uma qualificação do indivíduo que exerça a conduta. Essa qualificação implica em uma divisão funcional do trabalho. Dessa forma, as comunidades que dispõem de órgãos são consideradas “organizadas”, compreendendo-se, aqui, que elas possuem órgãos funcionando segundo o princípio da divisão de trabalho<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 62.

<sup>54</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 168.

<sup>55</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 169-170.

<sup>56</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 171.

<sup>57</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 171.

A qualificação pode ser baseada na natureza, sempre que os critérios forem de idade, de gênero, de saúde mental ou física, ou em qualidades morais, como é o caso de conhecimentos especiais do indivíduo. Ainda, o indivíduo deve ser chamado à função mediante uma forma, que pode ser mediata ou imediata. É imediata se o chamamento se encontra, desde já, na Constituição, em uma norma consuetudinária ou na lei, que designam indivíduo concretamente determinado. É mediata nas hipóteses em que a Constituição, a lei ou o direito consuetudinário prevejam um ato específico, que pode ser a nomeação, a eleição, o sorteio<sup>58</sup>. Este chamamento, portanto, é o que torna o indivíduo no órgão do Estado em questão, ou seja, “quando um indivíduo é chamado à sua função através de um ato especial juridicamente especificado para realizar uma função social juridicamente regulamentada”<sup>59</sup>. Há, também, a hipótese de “identificação do órgão com seu funcionário, no sentido de administração do Estado”<sup>60</sup>.

Por derradeiro, Kelsen destaca que, no Direito moderno, não existem pessoas incapazes de direitos, como eram considerados os escravos, por exemplo. No entanto, nem todos os indivíduos possuem capacidade de exercício. Neste sentido, os menores ou doentes mentais necessitam ter um representante legal, a quem competirá exercitar os seus direitos, cumprir os seus deveres e criá-los, mediante a celebração de negócios jurídicos. Neste aspecto, a criação da representação legal possuiria correlação com a organicidade, na medida em que a comunidade exerce sua função por intermédio de um agente *como se fosse* a comunidade quem a exercesse.

## Relação jurídica

Consoante a doutrina tradicional, Kelsen aponta que a relação jurídica é a relação entre o sujeito detentor de um direito reflexo ao dever jurídico de outro sujeito. Portanto, é a relação que surge entre sujeitos jurídicos o que difere da relação de um dever e seu correspondente direito<sup>61</sup>. Vale dizer que essa relação não se dá apenas entre sujeitos jurídicos, ou seja, o indivíduo que está obrigado juridicamente a uma conduta em relação ao outro. Todavia, é estendido em algumas situações, tais como alguns exemplos extraídos do texto de Kelsen:

[...] entre o indivíduo que tem competência para a criação de uma norma e o indivíduo que tem competência para aplicação dessa norma, bem

<sup>58</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 172.

<sup>59</sup> KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 87.

<sup>60</sup> KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 84.

<sup>61</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 183.

como o indivíduo que tem competência para a criação ou aplicação da norma e o indivíduo a quem essa norma impõe um dever ou confere um direito. [...] indivíduos competentes para execução de atos coercitivos e os indivíduos contra os quais os atos coercitivos se dirigem<sup>62</sup>.

À luz de tal concepção, Kelsen diferencia a relação entre sujeitos em primeira linha e segunda linha, em que, nos de primeira linha, estabelece a relação entre sujeitos de deveres como os que possuem o dever de criar ou produzir normas jurídicas e os sujeitos aos quais as normas estabelecem deveres. Nos de segunda linha, refere-se à relação estabelecida entre os sujeitos do dever de criar e ou aplicar normas jurídicas e os sujeitos dos direitos estabelecidos por essas normas.

Nessa esteira, o autor entende que esses direitos não são reflexos do dever de criar ou ampliar normas jurídicas. Todavia, são entendidos como reflexos de deveres deliberados por essas normas. A um primeiro olhar, parece-nos que há uma relação hierárquica entre o sujeito que cria e o que aplica as normas. Contudo, não pode ser interpretado dessa maneira. Posto que o sujeito que cria e aplica as normas também está subordinado a elas, determinando um patamar de igualdade com os sujeitos dos deveres ou direitos estabelecidos por essa norma. Mais à frente, Kelsen conclui que somente no momento da criação ou aplicação da norma onde o sujeito exerce o poder jurídico que lhe é conferido pode-se pensar na ideia de “supraordenação”<sup>63</sup>.

Kelsen possui a particularidade de visualizar a relação jurídica como um complexo de normas<sup>64</sup>, razão pela qual vislumbra o conhecimento dirigido ao Direito não como uma relação entre indivíduos, mas como relações entre normas. É dizer que o importante são as ações e omissões dos indivíduos e não os indivíduos em si<sup>65</sup>. De sorte que a relação jurídica é definida pelo autor como a relação entre um dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde, onde o Direito reflexo é nada mais nada menos que o próprio dever jurídico<sup>66</sup>.

Ao ser estabelecida uma relação jurídica, e um dos indivíduos vir a agir de forma contrária ao dever reflexo ao direito do outro, a ordem jurídica confere ao indivíduo detentor desse direito o poder jurídico de iniciar um processo em que o tribunal irá estabelecer uma norma individual, em conformidade com a norma geral, que resultará na aplicação de uma sanção ao indivíduo obrigado que não

---

<sup>62</sup> KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 183.

<sup>63</sup> KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 184.

<sup>64</sup> KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 187.

<sup>65</sup> KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 188.

<sup>66</sup> KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 188.

agiu conforme determinado na relação jurídica. Frise-se que é nesse sentido que o autor afirma existir a expressão figurada em que a conduta de indivíduos forma o conteúdo das normas da ordem jurídica<sup>67</sup>.

No que tange ao conceito de pessoa, Kelsen entende ser uma unidade personificada de um conjunto de normas jurídicas<sup>68</sup>. Essa concepção o difere da doutrina tradicional que advoga na ideia de pessoa como sujeito “portador” de direitos e deveres jurídicos, fazendo a diferenciação de pessoa física quando se refere a um indivíduo, e jurídica quando se refere a uma corporação. Kelsen, por sua vez, ao transpor a ideia de pessoa como sendo um conjunto de normas, aduz que não há diferenciação entre a pessoa física da jurídica.

Destarte, a pessoa física é o resultado de uma construção jurídica que se diferencia do conceito de indivíduo – homem<sup>69</sup>. Nas palavras do autor: “a chamada pessoa física não é [...] um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo”<sup>70</sup>. No entanto, não se pode olvidar que em sua obra *Teoria pura do direito*, assim como a doutrina tradicional, o autor realiza a diferenciação entre pessoa física e jurídica, enfatizando as suas particularidades, mas com especial enfoque na pessoa jurídica entendida como corporação.

Dentro dessa perspectiva, Kelsen busca na doutrina tradicional o conceito de corporação, a saber: “[...] um grupo de indivíduos tratados pelo Direito como uma unidade, ou seja, como uma pessoa que tem direitos e deveres distintos daqueles dos indivíduos que a compõe”<sup>71</sup>. Portanto, poder-se-ia interpretar que, ao falar de pessoa jurídica, estão implícitas ações e omissões de seres humanos que atuam como órgão da corporação<sup>72</sup>. Consoante ao referido conceito, a pessoa jurídica pode assumir duas posições distintas. Primeiramente, como “pessoa agente” capaz de realizar negócios jurídicos ou até mesmo cometer um ilícito. Essa capacidade de agir é designada pelo estatuto da corporação que designa as funções a serem desempenhadas pelos indivíduos que a compõem.

Apesar de o autor deixar claro que somente mediante uma ação ou omissão regulada pelo estatuto é que a conduta ou abstenção humana pode ser atribuída à corporação<sup>73</sup>, enfatiza a dificuldade de estabelecer o liame entre a responsabilidade por tal ato ser da corporação ou do indivíduo que em nome dela atua<sup>74</sup>.

---

<sup>67</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 186.

<sup>68</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 98.

<sup>69</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 100.

<sup>70</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 194.

<sup>71</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 100.

<sup>72</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 101.

<sup>73</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 197.

<sup>74</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 196.



Na sequência, o autor apresenta a pessoa como sujeito de deveres e direitos, onde a palavra direito pode ser entendida, além do direito subjetivo propriamente dito, também como uma permissão positiva, ou seja, como uma autorização ou competência estatuída pela ordem jurídica Estadual, tal qual o de fazer valer o seu direito por intermédio de uma ação<sup>75</sup>.

A pessoa jurídica, enquanto detentora de deveres, ao ser criada, recebe obrigações que, se não cumpridas, são caracterizadas como ilícitos dignos de sanção<sup>76</sup>. Essa questão não poderia ser mais atual. Exemplificativamente, o Superior Tribunal de Justiça superou a questão que versa sobre a inconstitucionalidade do protesto de dívida ativa fiscal, como um meio de forçar as empresas a cumprirem com a sua obrigação perante o Estado. Resta demonstrado na decisão abaixo ementada:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O “II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO”. SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980. 2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas “entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.” [...] para abranger todos e quaisquer “títulos ou documentos de dívida.” Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais. 5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, [...] <sup>77</sup>.

Nesse sentido, considera-se a corporação possuidora de capacidade delitual<sup>78</sup>. Portanto, responderá à sanção estatuída pela ordem jurídica, com o patrimônio

<sup>75</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 209.

<sup>76</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 200.

<sup>77</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1126515586.316/PR (2009/0042064-8), da 2ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data da Decisão: 03/12/2013, *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/?seq\\_documento=9203868&data\\_pesquisa=19/02/2014&seq\\_publicacao=13747&versoao=impresso&nu\\_seguinte=00001&parametro=null](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/?seq_documento=9203868&data_pesquisa=19/02/2014&seq_publicacao=13747&versoao=impresso&nu_seguinte=00001&parametro=null)>. Acesso em: 14. jun. 2017.

<sup>78</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 203.

atribuído à corporação<sup>79</sup>. Assim, surge o conceito de responsabilidade da pessoa jurídica, responsabilidade que é estendida ao indivíduo que cometeu o ilícito, na qualidade de membro ou de órgão da corporação.

Em corolário, no que toca à aplicação de penas, Kelsen ministra que as penas de morte ou prisão são inaplicáveis à pessoa jurídica, ao contrário do que ocorre com as de caráter pecuniário<sup>80</sup>. Atualmente, aplica-se a *Teoria do domínio do fato*, apresentada pelo alemão Hans Welzel, onde o autor do ato delituoso é a pessoa que agiu conforme sua decisão e vontade, realizando de forma final o ilícito. Portanto, é quem possui o controle do processo causal do início ao fim, determinando a sua ocorrência e o modo como o tipo se caracteriza<sup>81</sup>.

O grande mérito dessa teoria é afastar a possibilidade de a pessoa física praticar, de forma indiscriminada, ações consideradas ilícitas e sair impune por estar agindo sob a égide da pessoa jurídica. Em matéria de direito ambiental, nosso ordenamento jurídico absorveu a temática sob o princípio da dupla imputação. Nessa esteira, a peça acusatória poderá não ser recebida no caso em que o Ministério Público não aponte as pessoas físicas envolvidas no fato gerador do crime<sup>82</sup>.

Por todo o exposto, a pessoa jurídica enquanto sujeito de direitos e deveres relacionados à conduta de indivíduos, conferidos pela ordem jurídica, assim como a pessoa física, nada mais é do que uma construção da ciência jurídica entendida como um conceito auxiliar à descrição do Direito. A personificação e seus resultados, nas palavras de Kelsen, “são um produto da ciência que descreve o Direito e não um produto do Direito”<sup>83</sup>.

Por fim, Kelsen advoga no sentido de que o dualismo de Direito sob o ponto de vista objetivo e subjetivo deve ser superado, uma vez que, na perspectiva da *Teoria pura do direito*, a pessoa, tanto física como jurídica, é tratada como um complexo de normas jurídicas personificado, onde direitos e deveres subjetivos são reduzidos à norma jurídica que liga uma sanção a uma ação ou omissão de um indivíduo. A sanção, por sua vez, para ser aplicada, deverá prescindir de ação judicial intentada para esse fim<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 206.

<sup>80</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 208.

<sup>81</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito penal: curso completo*. Parte Geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 429.

<sup>82</sup> JECKEL, L. C.; SARAIVA, B. H. K. Hipóteses de extinção da punibilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais. In: WEYERMÜLLER, André Rafael; HUPFFER, Haide Maria (Orgs.). *Direito 10*, Feevale, 2015. p. 337.

<sup>83</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 212.

<sup>84</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 213.

Sob esse aspecto, o Direito subjetivo é absorvido pelo Direito objetivo. Tal é a razão pela qual a *Teoria pura do direito* é entendida como objetivista-universalista<sup>85</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grandeza da obra de Hans Kelsen segue exercendo sua influência sobre o nosso tempo. O normativismo kelseniano estabeleceu as bases para a delimitação objetiva de uma ciência do Direito e compôs uma das três matrizes epistemológicas na teoria jurídica, no sentido em que concebido por Leonel Severo Rocha.

Tendo em vista que a ciência exerce a descrição, valorativa e imparcial, da realidade verificada, Kelsen edifica um sistema autorreferente, excluindo considerações não normativas, com vistas ao rigor teórico. Por tal motivo, Kelsen separa o objeto da ciência, isolando o direito positivo, a fim de estudá-lo a partir de uma metalinguagem, livre da valoração subjetiva. Como se vê, Kelsen jamais afirmou que o Direito era puro e tampouco pretendeu que a ciência do direito se preocupasse com o plano de aplicação da norma jurídica.

Ao se referir ao aspecto formal das normas, o normativismo kelseniano procura um conceito fundante, que possibilite unidade temática e categorial ao Direito: esse conceito é o de sanção. Nesta direção, é possível verificar, a partir da leitura do capítulo referente à estática jurídica, que a sanção ocupa esse lugar privilegiado na teoria kelseniana, ao redor do qual os demais elementos se articulam. Para Kelsen, é a sanção que permite caracterizar juridicamente o Direito, distinguindo-o de ordens sociais como a Moral ou a Religião.

Por outro lado, Kelsen realiza uma distinção entre as dimensões estática e dinâmica da ordem jurídica, segundo a natureza do fundamento de validade. A estática jurídica tem por objeto o direito como um sistema de normas em vigor, em seu movimento estático, preocupando-se com a descrição da norma isolada. O seu fundamento de validade é, eminentemente, deduzido de uma norma pressuposta como norma fundamental. A estática jurídica, portanto, irá se ocupar destes conceitos estruturais, que possuem uma pretensão universal, no sentido de que qualquer teoria do direito precisa enfrentá-los.

Já a dinâmica jurídica se destina a estudar o fenômeno jurídico em seu movimento, no instante de sua criação e aplicação. Neste contexto, a norma fundamental pressuposta não tem por conteúdo *senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou uma*

---

<sup>85</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 213.

regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental – o que, em última instância, significará que *todo e qualquer conteúdo pode ser Direito*.

Essa ambição puramente formalista do normativismo kelseniano, aliada à total ausência de critérios éticos materiais e à delegação da aplicação do Direito aos Tribunais, contribuiu para a condução da sociedade ao totalitarismo e ao colapso humanitário na Segunda Guerra Mundial.

Evidentemente, os eventos vivenciados durante a Segunda Guerra representaram um duro golpe para o positivismo. Neste sentido, na segunda metade do século XX, diversos autores se preocuparam em propor releituras ou superações do sistema elaborado por Kelsen, inclusive autores positivistas preocupados em recuperar a teoria. Dentre essas releituras, algumas se destacam em relevância.

De um lado, o sofisticado filósofo Herbert Hart diverge de Kelsen quanto ao fundamento de validade do Direito, instituindo as *regras de reconhecimento, de adjudicação e de alteração*, cuja cadeia substitui a Norma Fundamental (*Grundnorm*). No mesmo sentido, Hart repensa a função cumprida pela sanção no sistema jurídico kelseniano, estipulando que ela estaria limitada apenas ao âmbito das regras primárias.

De outro lado, o jurista italiano Luigi Ferrajoli, no livro *La logica del diritto: dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen* (ed. Laterza, 2016), elenca dez aporias da obra de Kelsen, algumas das quais são diretamente vinculadas à estática jurídica: a assunção do *dever ser* da sanção como categoria explicativa da fenomenologia do direito; a limitação do conceito de direitos subjetivos a “reflexos”; a desconfiança pela incorporação dos direitos fundamentais nas constituições, e a progressiva supressão da dimensão estática dos ordenamentos jurídicos nos estados constitucionais, em favor da dinâmica.

Com efeito, a Teoria Pura do Direito vinculou-se às exigências de um Estado eminentemente liberal. O Direito, sob este aspecto, preocupava-se, em especial, com o Poder de Polícia e se afirmava sobre os pilares da legalidade e das sanções negativas. Neste ponto, aliás, vale ressaltar que, nas linhas finais de sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen revela o desejo de que a sua teoria científica auxilie no alcance do “maior grau possível de segurança jurídica”.

Por óbvio que Kelsen, em seu tempo, reconheceu que um sistema normativo que não oferecesse flexibilidade diante das mudanças socioculturais estaria fadado ao insucesso, tanto que concebeu a possibilidade de evolução do sistema jurídico ao tratar da dimensão dinâmica do ordenamento tão defendida pelos autores supracitados. O que Kelsen não poderia vislumbrar, no entanto, foi o estado de complexidade alcançado na contemporaneidade, onde juízes, promotores e demais atores do sistema judiciário compõem um sistema com o

propósito, por exemplo, de combater a alta profissionalização do crime organizado. Dessa forma, a ideia de sanção apresentada por Kelsen necessita nova roupagem, que se pode reconhecer, inclusive, na noção de sanção positiva.

Desenvolvido por Norberto Bobbio, na obra intitulada *Da estrutura à função*, o conceito de sanção positiva trabalha a perspectiva de que o Estado pode incentivar determinados comportamentos. É dizer que o lado positivo do Direito estabelece uma função motivadora de determinadas condutas, não se limitando à feição repressora e negativa. Dessa maneira, o Direito abdica de seu caráter meramente repressor, a fim de fomentar, por meio de recompensas, aquelas atitudes consideradas úteis ou socialmente desejadas.

Esse entendimento é sedimentado, em nosso ordenamento jurídico, dentre outras aparições, no instituto da delação premiada, que vem sendo largamente aplicado na *Operação Lava Jato*. Tal instituto constitui instrumento probatório que tem por objetivo incentivar a colaboração de réus e de investigados, em crimes gravíssimos de corrupção, de lavagem de dinheiro, de sonegação, de desvio de verba pública cometidos contra a coletividade.

Muito embora o objetivo final alvitado seja o da responsabilização dos criminosos, observa-se que o conceito de sanção, tão caro e fundamental na teoria kelseniana, já não se resume a sua faceta meramente repressora, fornecendo benefícios e incentivos ao réu que decidir colaborar com as investigações, fornecendo informações caras aos agentes de acusação.

Apesar de normatizado, esse instrumento probatório deveria ser utilizado em casos excepcionais, tal como pode ser observado no corpo do acórdão eletrônico Dje-095 do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pelo recebimento parcial da denúncia contra Eduardo Cunha e Solange de Almeida. Ao ser mencionado o instituto da delação premiada, foi ponderado que a prova obtida por intermédio da delação deve ser exclusiva. Aos olhos atentos, porém, não é o que está sendo observado na *Operação Lava Jato*. Há um círculo formado onde delatores são delatados e vice-versa, oportunizando que todos sejam beneficiados, configurando o uso abusivo e indiscriminado da benesse.

De outro plano, muito se discute entre os doutrinadores brasileiros o fenômeno da constitucionalização do direito privado, na busca de um sistema judiciário com base em precedentes, tal como ocorre nos Estados Unidos da América, o que afastaria, consideravelmente, a força das normas positivadas.

Assim, seja por qual ângulo se analise esse tema, verifica-se que as constantes releituras e reinterpretações oferecidas pela teoria kelseniana apenas reforçam a sua importância para pensar e discutir a sociedade contemporânea, ainda que a necessidade de superação do seu positivismo normativista e a complexidade atual, à primeira vista, possam indicar o contrário.

## REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. *Civilista.com*, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Aldrovandi-Siminoni-e-Endelmann-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito. Acórdão eletrônico DJe-095, Tribunal pleno, Relator: Ministro Teori Zavascki, Data da Decisão: 03/03/2016. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:OkWAeF9NWYMJ:www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp%3FnumDj%3D95%26dataPublicacao%3D%26incidente%3D4727441%26capitulo%3D5%26codigoMateria%3D1%26numeroMateria%3D68%26texto%3D6216391+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1126515586.316/PR (2009/0042064-8), da 2ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data da Decisão: 03/12/2013. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/?seq\\_documento=9203868&data\\_pesquisa=19/02/2014&seq\\_publicacao=13747&versao=impressao&nu\\_seguimento=00001&parametro=null](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/?seq_documento=9203868&data_pesquisa=19/02/2014&seq_publicacao=13747&versao=impressao&nu_seguimento=00001&parametro=null)>. Acesso em: 14. jun. 2017.

DI PALMA BECK, M. *As bases e os desafios imediatos da ciência do direito em Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fs1345/ndad0g5s/56PAa13F2FczQmaW.pdf>>. Acesso em: 17. jun. 2017.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: curso completo*. Parte Geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

JECKEL, L. C.; SARAIVA, B. H. K. Hipóteses de extinção da punibilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais. In: WEYERMÜLLER, André Rafael; HUPFFER, Haide Maria (Orgs.). *Direito 10*, Feevale, 2015.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUZ SEGUNDO, Elpidio Paiva. Machado de Assis e o imaginário jurídico moderno no Brasil: contribuições para o desvelamento epistemológico do positivismo jurídico. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 3, n. 1, p. 171-195.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas.

*Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) da Unisinos*, São Leopoldo, 5 (2): 141-149, jul./dez. 2013.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. *Crítica jurídica*, n. 34: 71-93, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/34/art/art6.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

SIMIONI, Rafael. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

TRINDADE, André Karam. Considerações sobre o problema do fundamento do direito: breve análise das teorias de Kelsen, Bobbio, Hart e Dworkin. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali*, Itajaí, v. 9, n. 2, 2º quadrimestre de 2014.

*Data de recebimento: 30/11/2017*

*Data de aprovação: 12/03/2018*