

FÁBIO ULHOA COELHO

PROFESSOR DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PARA ENTENDER KELSEN

PRÓLOGO DE TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

4ª EDIÇÃO, REVISTA
2001

Ano da 1ª edição: 1995



ISBN 85-02-03292-5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Coelho, Fábio Ulhoa, 1959-

Para entender Kelsen / Fábio Ulhoa Coelho; prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. — 4. ed. rev. — São Paulo : Saraiva, 2001.

1. Direito - Filosofia 2. Direito - Teoria 3. Kelsen, Hans, 1881-1973 I.
Ferraz Junior, Tércio Sampaio. II. Título.

01-2036

CDU-340.11

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Teoria 340.11
2. Teoria geral do direito 340.11



Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904 — Barra Funda — São Paulo - SP
Tel.: PABX (11) 3613-3000 — Fax: (11) 3611-3308 — Fone Vendas: (11) 3613-3344
Fax Vendas: (11) 3611-3268 — Endereço Internet: <http://www.editorasaraiva.com.br>

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone/Fax: (92) 633-4227/633-4782
Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
Fone: (71) 381-5854/381-5895
Fax: (71) 381-0959 — Salvador

BAURU/SÃO PAULO

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro
Fone: (14) 234-5643 — Fax: (14) 234-7401
Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
Fone: (85) 238-2323/238-1384
Fax: (85) 238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 344-2920/344-2951
Fax: (61) 344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (62) 225-2882/212-2806
Fax: (62) 224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (67) 382-3682 — Fax: (67) 382-0112
Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Padre Eustáquio, 2818 — Padre Eustáquio
Fone: (31) 3412-7080 — Fax: (31) 3412-7085

Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos
Fone: (91) 222-9034/224-9038
Fax: (91) 241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
Fone/Fax: (41) 332-4894

Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246

Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO

Rua Padre Feijó, 373 — Vila Tibério
Fone: (16) 610-5843

Fax: (16) 610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867/2577-9585

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. Ceará, 1360 — São Geraldo
Fone: (51) 3343-1467/3343-7563

Fax: (51) 3343-2986 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697
(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda
Fone: PABX (11) 3613-3000 — São Paulo

Laufet, Brüder, eure Bahn,
Freudig, wie ein Held zum Siegen
(Schiller, em Beethoven)

Para Teresa, Flávio e Fernando.

ÍNDICE

Prefácio	IX
Prólogo: Por que ler Kelsen, hoje (<i>Tércio Sampaio Ferraz Jr.</i>)	XIII

CONCEITOS BÁSICOS

1. Princípio metodológico fundamental	1
2. Sistema estático e sistema dinâmico	3
3. Norma jurídica e proposição jurídica	7
4. Norma hipotética fundamental	10
5. Positivismo	16

TEORIA DA NORMA JURÍDICA

6. Estrutura da norma jurídica	21
7. Validade e eficácia	29
8. Sanção	34
9. A questão das lacunas	37
10. A questão das antinomias	41

A CIÊNCIA DO DIREITO

11. Sentido subjetivo e sentido objetivo dos atos	47
12. Classificação da ciência do direito	49
13. Princípio da imputação e princípio da causalidade	52
14. Caráter constitutivo da ciência do direito	54
15. Hermenêutica kelseniana	56

KELSEN NA FILOSOFIA JURÍDICA

16. Conclusão	63
---------------------	----

<i>Bibliografia</i>	71
---------------------------	----

PREFÁCIO

Há dois Kelsens: o da primeira página do *Teoria Pura do Direito*, que todos conhecem, muitos leram e alguns adotam como lição definitiva para a ciência jurídica, e o do restante de sua obra, em que conduziu, com rigor inusual, às últimas conseqüências o seu primado metodológico. No segundo Kelsen, encontram-se afirmações difíceis de se sustentar, mas absolutamente compatíveis com os fundamentos de sua teoria pura, como por exemplo a inexistência de leis inconstitucionais ou decisões ilegais, a efetividade como condição de validade, a multiplicidade de significados válidos das normas jurídicas etc. A dissociação, assim, se explica pela aparente singularidade do ponto de partida do pensamento kelseniano contraposto à elevada complexidade de seu desenvolvimento.

Kelsen, nascido em 1881 em Praga (Império Austro-húngaro) e falecido em Berkeley (Estados Unidos) em 1973, não é autor de leitura fácil. É detalhista, minucioso, repetitivo, extraordinariamente lógico. Acompanhá-lo pelos diversos rincões da teoria do direito pressupõe o gosto pelas elucubrações em nível elevado de abstração e alguma paciência. A genialidade de seu pensamento, no entanto, justifica e gratifica o esforço de estudá-lo detida e atenciosamente.

O pequeno e despretensioso livro que o leitor tem às mãos visa auxiliar a leitura desse clássico da filosofia jurídica. Não se propõe a apresentação de toda a vastíssima obra de Kelsen — que mostra importantes incursões nos campos do direito internacional e constitucional, da teoria do estado e da ética —, mas apenas a de sua contribuição ao desenvolvimento da epistemologia jurídica. Nesse capítulo da filosofia do direito, situa-se a sua obra mais importante, *Teoria Pura do Direito*.

Voltada à criação de um método científico para o conhecimento jurídico, a teoria pura se desenvolve principalmente nas três versões do livro *Reine Rechtslehre*: a da primeira edição alemã de 1934, publicada com o subtítulo *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (introdução à problemática científica do direito), a da edição em francês, realizada na Suíça em 1953, e a definitiva, da segunda edição alemã, de 1960. Para a evolução e o aprimoramento da teoria, foram também importantes o livro *General Theory of Law and State*, de 1945, e a sua obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (Teoria Geral das Normas), publicada em 1979 pelo Instituto Hans Kelsen, de Viena. Em relação a esta última, lembre-se que o exame de qualquer obra póstuma deve ser feito com cautelas próprias, pois nunca se pode ter certeza se o seu conteúdo corresponde à formulação final do pensamento de quem a estava elaborando. Além do mais, Kelsen sabidamente não queria decidir ele próprio se o seu último trabalho mereceria ser publicado, transferindo a decisão para seu amigo e discípulo Rudolf Métall.

O texto do presente livro faz parte de um projeto mais ambicioso, ao qual no momento não tenho condições de me dedicar como gostaria. A sua publicação em separado

é sugestão de um livreiro, preocupado por não poder atender às solicitações de muitos estudantes de graduação e pós-graduação, que lhe indagavam por uma obra de divulgação do pensamento de Kelsen.

Desejo registrar o meu agradecimento ao Tércio Sampaio Ferraz Jr., por assentir na reprodução, como prólogo, de seu trabalho “*Por que ler Kelsen, hoje*”, publicado no suplemento *Cultura*, de *O Estado de S. Paulo*, de 1º de novembro de 1981 (n. 73, págs. 12/13), o que, sem dúvida nenhuma, em muito enriquece o livro.

É imprescindível que se registre, desde logo, que não sou kelseniano. Ao contrário, tenho procurado desenvolver alguma reflexão jusfilosófica em direções diametralmente opostas à de Kelsen. O compromisso com a seriedade acadêmica, no entanto, deve ser maior que o compromisso teórico que possa existir com uma ou outra vertente de pensamento. Se a proposta é a de divulgar certo filósofo do direito, impõe-se, por evidente, perseguir a maior fidelidade possível às suas lições. Abstenho-me, pois, de externar a cada passo as críticas que teria a considerar, para, ao final e em grandes linhas somente, apresentar minha visão sobre a epistemologia kelseniana.

julho de 1994

POR QUE LER KELSEN, HOJE

Tércio Sampaio Ferraz Jr.

Hans Kelsen faleceu quando faria, em outubro de 1973, 92 anos. Jurista de extraordinário valor, dele pode-se dizer que foi um divisor de águas para toda a teoria jurídica contemporânea. Desde o aparecimento de sua primeira obra de repercussão — *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* — em 1911, Kelsen publicou um considerável número de trabalhos que, incluindo traduções e reimpressões, alcança mais de 620 títulos. Por outro lado, os textos que versaram especificamente sua obra superam a cifra dos 1200.

Teórico do direito, filósofo e sociólogo, teórico do Estado, iniciador da lógica jurídica que tanto lhe deve, Kelsen teve, além disso, uma vida cercada por experiências difíceis que marcaram de modo geral a intelectualidade judaica, desde o início deste século, na Áustria e na Alemanha. Autor intelectual da Constituição republicana austríaca, Kelsen foi juiz, durante 9 anos (1921-1930), da Corte Constitucional da Áustria. Tendo nascido em Praga, publicou sua mais famosa obra — *Teoria Pura do Direito* — em 1934, a qual conheceu grande sucesso, tendo sido traduzida em todas as línguas modernas. Dela apareceu, em 1960, uma segunda edição bastante enriquecida e refundida.

Professor de extraordinários méritos, o advento do nazismo obrigou-o a um exílio nos Estados Unidos, onde, na Universidade de Berkeley, permaneceu até a morte. Trabalhando mesmo nos últimos anos de sua vida, dele apareceu, em 1979, uma obra póstuma, sob título *Allgemeine Theorie der Normen* (*Teoria Geral das Normas*).

Kelsen pertenceu, inicialmente, ao chamado *Círculo de Viena* que, no começo do século XX, reunia intelectuais do porte de Carnap, Wittgenstein, Schlick, Freud, e do qual ele foi o jurista. Sua, por ele mesmo denominada, *teoria pura do direito* logo conheceu grande respeito para além das fronteiras austríacas. Assim, por ocasião de seus 50 anos, uma obra contendo ensaios em sua homenagem já podia dar o testemunho da sua importância em todo o mundo. Nesta coletânea, o coreano Tomoo Otaka exigia que a metodologia kelseniana devesse significar, no futuro (estávamos em 1931), a única forma possível de conhecimento autônomo do direito. E o japonês Kisaburo Yokota o mencionava, ao lado de Stammler, como o mais significativo filósofo do direito da atualidade (*Festschrift Hans Kelsen*, Viena, 1931, págs. 110 e 397). O espanhol Luis Legaz y Lacambra afirmava, no mesmo livro, que o pensamento jurídico do século XX teria de ser “um permanente diálogo com Kelsen” (pág. 173). E de fato, 32 anos depois, em Salzburg, num simpósio sobre *O direito natural na teoria política*, a disputa em torno de suas idéias ocuparia de forma preponderante os participantes.

Embora tenha tido muitos adeptos e continuadores, como Robert Walter, na Áustria, Norberto Bobbio, na Itália, Ulrich Klug, na Alemanha, Roberto José Vernengo, na Argentina, Fuller, nos Estados Unidos, não faltaram aqueles que o cobriram de críticas. Alguns, mais veementes,

como Voegelin, preocupados com o caráter formalista de sua teoria, chegaram a dizer, não sem um certo sarcasmo, que Kelsen consideraria a substância política do Estado “como uma ordem do comportamento humano, em princípio de igual dignidade à de uma sociedade de colecionadores de selo” (*Der autoritaere Staat*, Viena, 1956, pág. 41).

O grande objetivo da obra foi discutir e propor os princípios e métodos da teoria jurídica. Suas preocupações, neste sentido, se inseriam no contexto específico dos debates metodológicos oriundos do final do século XIX e que repercutiam intensamente no começo do século XX. A presença avassaladora do positivismo jurídico de várias tendências, somada à reação dos teóricos da *livre interpretação do direito*, punha em questão a própria autonomia da ciência jurídica. Para alguns, o caminho dessa metodologia indicava para um acoplamento com outras ciências humanas, como a sociologia, a psicologia e até com princípios das ciências naturais. Para outros, a liberação da ciência jurídica deveria desembocar em critérios de livre valoração, não faltando os que recomendavam uma volta aos parâmetros do direito natural. Nesta discussão, o pensamento de Kelsen seria marcado pela tentativa de conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, capazes de superar as confusões metodológicas e de dar ao jurista uma autonomia científica.

Foi com este propósito que Kelsen propôs o que denominou *princípio da pureza*, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. Ou seja, o direito, para o jurista, deveria ser encarado como norma (e não como fato social ou como valor transcendente). Isso valia tanto para o objeto quanto para o método.

A redução do objeto jurídico à norma causou inúmeras polêmicas. Kelsen foi continuamente acusado de *reducionista*, de esquecer as dimensões sociais e valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos. Sua intenção, no entanto, não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. Sua idéia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis e, pior, de não se impor conforme os critérios de rigor inerentes a qualquer pensamento que se pretendesse científico.

A noção de norma de Kelsen tem como premissa a distinção entre as categorias do ser e do dever ser, que ele vai buscar no neokantismo de sua época. A consciência humana, diz ele, ou vê as coisas como elas são (a mesa é redonda) ou como elas devem ser (a mesa deve ser redonda). Normas, nestes termos, são prescrições de dever ser. Elas conferem ao comportamento humano um sentido, o sentido prescritivo. Assim, levantar o braço numa assembléia pode ter um sentido descritivo (fulano levantou o braço) ou um sentido prescritivo (levantar o braço deve ser entendido como voto a favor de uma proposta). Enquanto prescrição, a norma é um comando, é o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento.

Embora produzida por um ato de vontade, a norma não se confunde com ele nem tem sua existência dele dependente. Mesmo porque o autor da norma já pode ter desaparecido, sem que o mesmo suceda com a norma. Sua existência não é um fato natural, como a vida do seu autor.

Normas valem. Sua *existência* específica é sua validade. Para que uma norma valha, a vontade do autor é apenas uma condição, mas não a razão essencial. Esta se localiza na competência normativa do autor, competência esta conferida por outra norma e assim por diante. Deste modo, Kelsen torna a ciência jurídica uma ciência pura de normas, que as investiga como entidades *a se*, no seu encadramento hierárquico. Cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina numa norma fundamental.

A *teoria da norma fundamental* de Kelsen sempre provocou muita celeuma. Ela constitui, para ele, o fundamento mesmo da ordem jurídica. Qualquer norma só será considerada jurídica e legítima se for estabelecida em conformidade com as prescrições contidas na norma fundamental. Assim, diz ele, o que distingue o comando de um assaltante que exige uma quantia em dinheiro do comando de um fiscal está na primeira norma de hierarquia. Fonte da jurisdição e da legitimidade (o fiscal só não é assaltante porque tem competência legal para exigir), a norma fundamental é valorativamente neutra. Todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta válida e legítima o direito que dela decorre.

Esta posição de Kelsen custou-lhe até mesmo a crítica não merecida de ter servido, ainda que indiretamente, ao regime nazista. Ele, que fugiu da Alemanha, com sua norma fundamental neutra era obrigado a reconhecer, como de fato o fez ao chegar para o exílio nos EUA, que o direito nazista, por injusto e imoral que o considerasse, ainda assim era direito válido e legítimo.

Kelsen, neste sentido, foi um ardoroso defensor da neutralidade científica aplicada à ciência jurídica. Sempre insistiu na separação entre o ponto de vista jurídico e o moral e político. À ciência do direito não caberia fazer julgamentos morais nem avaliações políticas sobre o direito vigente. Kelsen obviamente, não só por ser judeu, mas por suas posições ideológicas em defesa da democracia, nunca foi nazista.

A possibilidade de um juízo de valor sobre o direito vigente depende, para ele, de norma fundamental do ordenamento moral. Como positivista, no entanto, Kelsen sempre afirmou que mesmo esta norma moral última seria inevitavelmente uma prescrição relativa, do ponto de vista racional e científico. O que ele queria dizer é que o estabelecimento de uma regra última absoluta, quanto ao seu conteúdo, era uma questão de fé e não de ciência. Do ângulo da razão, o máximo que se pode estabelecer é uma norma fundamental absoluta quanto à sua forma.

Neste ponto é importante a distinção por ele proposta entre norma fundamental no sentido da primeira norma posta (por exemplo, a constituição) e no sentido de primeira norma transcendental, como condição de possibilidade de um ordenamento (jurídico ou moral). Esta é absoluta, pois sem ela é impossível pensar um complexo de normas como uma unidade válida, por conseguinte, dizer-se uma prescrição qualquer vale ou não. Mas essa norma não é posta por nenhuma autoridade nem prescreve nenhum conteúdo específico. Ela apenas obriga o pensador a tomar um conteúdo prescritivo posto, como o primeiro de uma série. Ela é, como diz Kelsen, um pressuposto formal da razão normativa.

Assim, satisfeita a exigência de se tomar uma norma posta como a primeira, todas as normas seguintes serão válidas desde que legalmente estabelecidas. A legitimidade delas e do sistema como um todo se reduz, portanto, à legalidade. Chamá-las de injustas é considerá-las do ponto de vista de outro sistema, é crítica externa que não altera sua validade e legitimidade internas.

Kelsen, contudo, não nos coloca totalmente à mercê de um arbítrio incontrollável. Primeiro, porque não pode o pensador, sob o império do pressuposto formal referido, escolher qualquer norma posta como sendo a primeira. Só aquela que for dotada de eficácia poderá sê-lo. Ou seja, a primeira norma posta, a constituição, por exemplo, há de ser posta por um poder eficaz ou não será a primeira. Isto tem consequências para sua teoria da constituição, pois só será considerada tal aquela que for dotada dos requisitos da efetividade política e social.

Ademais, como o direito é uma ordem, está excluída da escolha qualquer norma que instaure uma desordem, gerando incerteza e insegurança. Isto porque, instaurada a primeira norma, o primeiro legislador fica preso à sua palavra e às decorrências que ela provoca. Ele não é mais dono do sistema e qualquer modificação subjetiva ou será ilegítima ou significará uma nova norma primeira. No último caso, se houver uma sucessão arbitrária de normas primeiras, o ordenamento perde sua validade ou se torna uma unidade descontínua, perdendo o caráter de ordem. Ou seja, desapareceria o Estado. Isto porque, para Kelsen, do ponto de vista da ciência jurídica, direito e Estado se confundem. Direito é um conjunto de normas, uma ordem coativa. As normas, pela sua estrutura, estabelecem sanções. Quando uma norma prescreve uma sanção a um com-

portamento, este comportamento será considerado um delito. O seu oposto, o comportamento que evita a sanção, será um dever jurídico. Ora, o Estado, neste sentido, nada mais é que o conjunto das normas que prescrevem sanções de uma forma organizada. Trata-se, pois, do complexo das normas que comandam punições e das que estabelecem as competências respectivas. Sem esta ordem normativa, o Estado deixa de existir juridicamente falando. Um *Estado* que é só força, só poder, só violência, ainda que eficaz, mas cujos *comandos* não constituem uma ordem, uma relação orgânica de normas sancionadoras e normas de competência, não pode ser considerado como tal do ângulo da ciência jurídica.

A obra de Kelsen ainda o mantém vivo. Suas implicações para a ciência jurídica, para a lógica da norma, para a aplicação do direito são tão fecundas que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos.

Seu sistema cerrado não está isento de objeções. Estas, contudo, se postas seriamente, nos mostram como o seu pensamento é capaz de nos empurrar para diante, evitando o parasitismo das concepções feitas. Ao contrário do que se supõe, seu espírito polêmico nunca revelou um obstinado, tanto que, em diversas ocasiões e até mesmo no fim da vida, não teve medo de enfrentar suas próprias convicções, mudando-as quando as percebia insustentáveis racionalmente.

Seu compromisso com a verdade científica, o único que não desmereceu nem quebrou, o levou todas as vezes que foi necessário a rever posições. Isto não significava uma consciência volúvel. Ao contrário, sempre se defen-

deu como pôde, desde que a plausibilidade do seu raciocínio não fosse destruída. Mas, foi também capaz, como sucedeu no referido simpósio de 1963, de reconhecer, num ponto nuclear de sua doutrina, que estava sendo obrigado a mudar seu pensamento a respeito da norma fundamental, após inúmeros anos de meditação e afirmação de uma mesma teoria. Já passava, nesta época, dos 80 anos. Pois sua obra póstuma veio a confirmar que não parou naquela frase, revendo, efetivamente, aspectos centrais do seu pensamento, dando até o fim o testemunho de uma vida dedicada à ciência.

CONCEITOS BÁSICOS

1. Princípio metodológico fundamental

A grande motivação da teoria pura do direito é a de definir as condições para a construção de um conhecimento consistentemente científico do direito. É, desse modo, um trabalho de epistemologia jurídica, a parte da filosofia do direito voltada exatamente para o estudo do *conhecimento* das normas jurídicas. A epistemologia não cuida diretamente do direito, nem da interpretação de ordens jurídicas determinadas, mas do meio pelo qual se conhecem essas realidades, ou seja, ela trata do processo de construção daquilo que no Brasil se conhece por *doutrina* e em outros países se chama *jurisprudência*.

Kelsen está preocupado basicamente com o conhecimento do direito e os meios, cautelas e métodos a serem utilizados para assegurar-lhe o estatuto científico. Suas lições são dirigidas especificamente aos doutrinadores, aos professores de matéria jurídica. A atividade desenvolvida pelos profissionais do direito, como advogados, promotores, delegados, ou pelos órgãos de aplicação do direito, como os juízes, legisladores ou administradores, é absolutamente distinta da atividade de conhecer de modo científico o conteúdo de normas jurídicas. Somente interessa na medida em que ajuda a esclarecer, por contraposição, os contornos desta última. Nenhum juiz, assim como nenhum

advogado ou legislador, pode ser kelseniano ou não. Isso simplesmente não tem sentido. Somente aos doutrinadores se pode atribuir ou negar tal condição.

O princípio fundamental do método proposto, isto é, a condição primeira para que a doutrina se torne ciência, diz respeito ao objeto do conhecimento. O cientista do direito deve-se ocupar exclusivamente da norma posta. Os fatores interferentes na produção da norma, bem como os valores que nela se encerram são rigorosamente estranhos ao objeto da ciência jurídica. Caberia à sociologia, psicologia, ética ou teoria política o exame da conexão entre o direito e os fatos próprios ao objeto de cada uma dessas disciplinas. A teoria pura não nega a conexão, mas a sua importância ou mesmo pertinência no estudo do conteúdo da norma jurídica.

Por outro lado, o conhecimento jurídico para ser científico deve ser *neutro*, no sentido de que não pode emitir qualquer juízo de valor acerca da opção adotada pelo órgão competente para a edição da norma jurídica (Kelsen, 1960: 305)¹. À doutrina não caberia discutir em que medida a lei ou a decisão judicial em foco atenderiam aos valores buscados pelo direito. Não que haja, ou devesse haver, distanciamento entre a ordem jurídica positiva e a moral. Apenas a preocupação com tal relação refoge totalmente do âmbito do conhecimento jurídico-científico.

1. "Um anarquista pode, como jurista, descrever um Direito positivo como um sistema de normas válidas sem aprovar este Direito. Muitos tratados nos quais uma ordem jurídica capitalista é descrita como um sistema de normas constitutivas de deveres, poderes, direitos e competências foram escritos por juristas que politicamente desaprovam essa ordem jurídica."

Em outros termos, o princípio metodológico fundamental kelseniano afirma que o conhecimento da norma jurídica deve necessariamente prescindir daqueles outros relativos à sua produção, bem como abstrair totalmente os valores envolvidos com a sua aplicação. Considerar esses aspectos pré-normativos e metanormativos implica obscurer o conhecimento da norma, comprometendo-se a cientificidade dos enunciados formulados acerca dela. Note-se que o estudo dos fatores interferentes na produção normativa e a consideração dos valores envolvidos com a norma não são apenas inúteis, inócuos, dispensáveis. O cientista do direito deve ignorar tais matérias não porque seriam elas simplesmente irrelevantes para a definição do sentido e alcance das normas jurídicas em estudo. Mais que isso, deve fazê-lo para não viciar a veracidade de suas afirmações. A desconsideração pela doutrina dos limites precisos de seu objeto (a norma posta) confere-lhe ou o caráter de saber estranho à realidade jurídica, ou o de mera aglutinação de proposições ideológicas. A *pureza* da ciência do direito, portanto, decorre da estrita definição de seu objeto (corte epistemológico) e de sua neutralidade (corte axiológico).

2. Sistema estático e sistema dinâmico

O conhecimento jurídico pode considerar as normas integrantes de seu objeto a partir de duas perspectivas diferentes. Pode, por um lado, surpreender as normas jurídicas enquanto reguladoras da conduta humana. Nesse caso, opera a partir de uma teoria estática do direito, procurando relacionar as normas entre si como elementos da ordem em vigor. Mas pode, por outro lado, surpreendê-las no pro-

cesso de sua produção e aplicação, hipótese em que opera a partir de uma teoria dinâmica. Bem entendida, essa segunda perspectiva também cuida exclusivamente de normas jurídicas, mas daquelas que regulam o processo de produção normativa. A teoria dinâmica não ultrapassa, certamente, os limites traçados pelo princípio metodológico fundamental e, assim, não se deve entender *produção normativa* senão em seu sentido propriamente normativo.

Os temas abordados pela teoria estática do direito são, nesse contexto, a sanção, o ilícito, o dever, a responsabilidade, direitos subjetivos, capacidade, pessoa jurídica etc.; e os compreendidos na teoria dinâmica do direito são a validade, a unidade lógica da ordem jurídica, o fundamento último do direito, as lacunas etc.

Paralelamente, Kelsen distingue duas possibilidades de organização de sistema de normas: relacionando-as a partir de seus conteúdos ou a partir das regras de competência e as demais reguladoras da sua produção. No primeiro caso dá-se origem a um sistema estático e no segundo, a um sistema dinâmico. O exemplo para demonstrar essas alternativas, Kelsen o buscou entre as normas não jurídicas (Kelsen, 1960: 269/271)². Para facilitar a com-

2. “Segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistemas de normas: um tipo estático e um tipo dinâmico. As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. Assim, por exemplo, as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos, podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade.

preensão da formulação kelseniana, adote-se aqui um exemplo pautado em normas jurídicas, ficando desde já ressaltado, no entanto, que Kelsen considera o sistema jurídico essencialmente dinâmico (Kelsen, 1960: 273)³.

Imagine-se um cidadão comparecendo à repartição competente da Prefeitura, para conhecer o resultado de seu pedido de licença para construir. Digamos, então, que o despacho decisório haja indeferido a solicitação, porque o projeto exigido pelo regulamento municipal desobedeceu o recuo obrigatório. Tomando ciência da decisão, o munícipe, ao indagar da validade da negativa, poderia receber duas respostas diferentes.

Inicialmente, o indeferimento poderia ser sustentado com a referência ao texto do Código de Edificações do Município, que fixa as distâncias mínimas de recuo. O munícipe poderia questionar a validade dessa norma jurídica. Para sustentá-la, ser-lhe-ia exibida a Lei Orgânica do Município, com a previsão de elaboração do Código de Edificações, dispondo acerca das posturas edilícias a serem

(...) O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou — o que significa o mesmo — uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. Um exemplo aclarará este ponto. Um pai ordena ao filho que vá a escola. À pergunta do filho: por que devo eu ir à escola, a resposta pode ser: porque o pai assim o ordenou e o filho deve obedecer às ordens do pai. Se o filho continua a perguntar: por que devo eu obedecer às ordens do pai, a resposta pode ser: porque Deus ordenou a obediência aos pais e nós devemos obedecer às ordens de Deus.”

3. “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico.”

respeitadas naquela cidade. Se o munícipe continuasse seu questionamento, indagando agora sobre a validade da Lei Orgânica, a resposta apontaria para a Constituição da República, no dispositivo relativo à organização municipal. Note-se que, nessa primeira forma de sistematização das normas jurídicas, estas se ligam, umas às outras, pelo respectivo conteúdo. A disposição normativa hierarquicamente superior traz referência à norma de escalão inferior, fundando-se, indiretamente, o despacho denegatório do pedido de licença de construção na própria Constituição Federal.

Poderia, contudo, ser apresentada ao munícipe outra cadeia de sustentação do despacho denegatório, a partir de referências às normas de competência. Nesse sentido, ser-lhe-ia mostrado decreto do Prefeito atribuindo ao chefe daquela repartição a competência para indeferir pedidos de licença de construção. Posta em questão a competência do Prefeito para baixar o decreto, ser-lhe-ia apontada a Lei Orgânica, elaborada pela Câmara dos Vereadores, a atribuir ao Chefe do Executivo poderes para organização dos serviços administrativos. Se o munícipe questionar sobre quem teria outorgado poderes aos Vereadores para a elaboração da Carta Municipal, a resposta indicaria os Constituintes que votaram a Constituição Federal, que vem sendo globalmente cumprida. Essa segunda maneira de sistematização das normas jurídicas liga-as não pelo seu conteúdo, totalmente abstraído, mas apenas pela *trama de competência*. A validade do ato praticado pelo chefe da repartição é fundada na obediência geral aos Constituintes.

3. Norma jurídica e proposição jurídica

Uma das distinções mais importantes da teoria kelseniana diz respeito à norma jurídica (*Rechtsnorm*), de um lado, e à proposição jurídica (*Rechtssatz*), de outro. A distinção, amadurecida progressivamente, não existia nos primeiros escritos sobre a teoria pura do direito, em que Kelsen se vale indistintamente de ambos os conceitos (p. ex. 1934: *passim*), e começa a ser formulada no *General Theory of Law and State* (1945: 45)⁴, mesmo assim com algumas imprecisões, que foram eliminadas apenas na versão de 1960 do *Teoria Pura do Direito*.

Com tais categorias (*norma jurídica e proposição jurídica*), pretendeu-se acentuar a diferença entre a atividade de aplicação do direito e a desenvolvida pelo cientista jurídico. A doutrina é um conjunto de proposições descritivas de normas. Quando a autoridade com competência para editar normas jurídicas (gerais, como a lei; ou individuais, como a sentença judicial) formula a sua prescrição, no sentido de que uma determinada consequência deve ocorrer em certa situação, ela externa um enunciado. De outro passo, quando o doutrinador interpreta a norma e

4. "It is the task of the science of law to represent the law of a community, i.e. the material produced by the legal authority in the lawmaking procedure, in the form of statements to the effect that *if such and such conditions are fulfilled, then a sanction shall follow*. These statements, by means of which the science of law represents law, must not be confused with the norms created by the lawmaking authorities. It is preferable not to call these statements norms, but legal rules. The legal norms enacted by the law creating authorities are prescriptive; the rules of law formulated by the science of law are descriptive. It is of importance that the term *legal rule* or *rule of law* be employed here in a descriptive sense."

procura examiná-la, sob vários ângulos, com vistas a fixar os seus contornos, ele também externa um enunciado.

Tanto na primeira como na segunda hipótese, o enunciado afirma que algo deve ser. A norma jurídica prescreve a sanção que se deve aplicar contra os agentes de condutas ilícitas. A proposição jurídica, juízo hipotético, afirma que, dada a conduta descrita na lei, deve ser aplicada a sanção também estipulada na lei. A forma de exteriorização do enunciado, entretanto, não é essencial; o que importa, realmente, é o seu sentido. A norma jurídica, editada pela autoridade, tem caráter prescritivo, enquanto a proposição jurídica, emanada da doutrina, tem natureza descritiva. Aquela resulta de ato de vontade (a autoridade com competência quer as coisas de um certo modo) e esta última decorre de ato de conhecimento (é verdade que a autoridade com competência quer as coisas de um certo modo).

A proposição jurídica descreve uma norma jurídica. Assim, em 1940, ao editar o Código Penal, o legislador enunciou que o *homicídio deve ser punido com reclusão de seis a vinte anos* (art. 121). Desde então, em cada aula de direito penal sobre os crimes contra a vida, professores têm enunciado que o *homicídio deve ser punido com reclusão de seis a vinte anos*. O primeiro enunciado prescreve condutas, deriva do exercício da competência legislativa por quem a titulariza. O outro se limita a descrever o art. 121 do Código Penal, no contexto do conhecimento da ordem jurídica em vigor no Brasil. Aquele é norma jurídica e este é a proposição correspondente.

As normas, como derivações de ato de vontade, não são verdadeiras ou falsas, mas válidas ou inválidas. Assim como os fatos com os quais se ocupa a ciência natural não

são, não podem ser, verdadeiros ou falsos em si, mas apenas existentes ou não. O que pode ter o atributo da veracidade ou da falsidade são as assertivas da ciência natural sobre tais fatos. As proposições jurídicas, como juízo hipotético, são verdadeiras, se descrevem fielmente a norma em foco, ou falsas, na hipótese contrária. Se o doutrinador processualista assenta em sua obra que o prazo para a resposta do réu, no rito ordinário das ações cíveis, é de quinze dias, ele exterioriza uma proposição verdadeira, porque reproduz com exatidão o prescrito na lei (CPC, art. 297). Mas se o professor de direito tributário afirma que a União não tem competência para instituir tributo sobre a renda, essa proposição é falsa, porque não descreve com fidelidade a norma jurídica correspondente (CF, art. 153, III).

Por fim, assente-se que a distinção mais relevante entre normas e proposições concerne à organização lógica do sistema jurídico. Para Kelsen, o conjunto de normas jurídicas, a ordem em vigor, não tem lógica interna. As autoridades simplesmente baixam atos de vontade, no exercício de suas competências jurídicas. Aliás, como as normas podem ser unicamente válidas ou inválidas, não havendo sentido atribuir-lhes ou negar-lhes função de verdade, e, por outro lado, a lógica se cinge às inferências entre enunciados verdadeiros ou falsos, então não cabe submeter as relações entre normas de uma mesma ordem jurídica aos preceitos lógicos. Apenas indiretamente, isto é, através das proposições jurídicas que as descrevem, será admissível investigar a logicidade das relações internormativas. Em outros termos, se entre a proposição jurídica descritiva da norma A e a descritiva da norma B se estabelece contradição, então essas normas não po-

dem ser simultaneamente afirmadas como válidas (Kelsen, 1960: 115/116)⁵.

O entendimento acerca da formação do sistema jurídico, de congruência lógica, unicamente por meio das proposições jurídicas guarda íntima relação com a natureza constitutiva do conhecimento (item 14).

4. Norma hipotética fundamental

Positivistas como Kelsen costumam enfrentar a discussão sobre o fundamento de validade do direito procurando abstrair os aspectos políticos, morais, econômicos e históricos envolvidos com o tema. Chegam, assim, a resultados mais ou menos elaborados, mas que essencialmente apenas afirmam que o direito deve ser obedecido porque ele é obedecido (Ferraz Jr., 1978: 129)⁶. A norma

5. "Dado que as normas jurídicas como prescrições, isto é, enquanto comandos, permissões, atribuições de competência, não podem ser verdadeiras nem falsas, põe-se a questão de saber como é que os princípios lógicos, particularmente o princípio da não-contradição e as regras da conclusão do raciocínio, podem ser aplicados à relação entre normas (como desde sempre tem feito a Teoria Pura do Direito) quando, segundo a concepção tradicional, estes princípios apenas são aplicáveis a proposições ou enunciados que possam ser verdadeiros ou falsos. A resposta a esta questão é a seguinte: os princípios lógicos podem ser, se não direta, indiretamente, aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas. Duas normas jurídicas contradizem-se e não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem; e uma norma jurídica pode ser deduzida de uma outra quando as proposições jurídicas que as descrevem podem entrar num silogismo lógico."

6. "... se, para Kelsen, uma norma é válida (obrigatória), significa que os indivíduos devem comportar-se como a norma estipula, e se a norma

hipotética fundamental é a categoria kelseniana criada para solucionar a questão do fundamento último de validade das normas jurídicas (Kelsen, 1960: 304)⁷.

Anteriormente, ao se descrever o sistema dinâmico de ordens normativas (item 2), considerou-se o exemplo da negativa de licença de construir, proferida pelo chefe de uma repartição da Prefeitura. Fundamentou-se a validade dessa decisão, em última análise, nos poderes constitucionais de que estavam investidos os elaboradores da Constituição Federal. Pois bem, o questionamento de validade poderia claramente ter prosseguimento, no sentido de se indagar pelo fundamento de validade da norma que atribuíra poderes constituintes aos parlamentares que votaram a Carta em questão.

Prosseguir-se, no entanto, nesse questionamento significa não alcançar nenhum resultado sensato, pois a competência para editar normas jurídicas sempre decorre de outra norma, e esta, por sua vez, somente pode ter sido editada por uma autoridade competente. Estamos diante de uma regressão ao infinito, sem sentido racional. Para enclausurar o sistema jurídico, solucionando a questão em

mesma, pelo seu conteúdo imediato, expressa o que os indivíduos devem fazer, caímos, então, numa curiosa redundância, segundo a qual, *os indivíduos devem fazer o que devem fazer!* Esta redundância esconde uma forma de jusnaturalismo, pois significa que a norma não apenas manda que os indivíduos se comportem de determinado modo, mas que *objetivamente, verdadeiramente* devem comportar-se deste modo."

7. "A nenhuma ordem jurídica pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico. Precisamente na sua teoria da norma fundamental se revela a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista."

aberto, Kelsen lança mão de uma norma que deve sustentar o fundamento de validade da ordem jurídica como um todo, mas que necessariamente não tenha sido editada por nenhum ato de autoridade. Uma norma não *posta*, mas *suposta*.

A ciência do direito, para descrever o seu objeto, deve indagar sobre o fundamento de validade das normas integrantes da ordem jurídica em estudo. Ao indagar, contudo, sobre a validade da Constituição — a norma jurídica de que decorre a validade das demais —, ela deve forçosamente *pressupor* a existência de uma norma fundamental, que imponha a observância da mesma Constituição e das normas jurídicas por ela fundamentadas. Ainda que inconscientemente, todo o cientista do direito formula essa pressuposição ao se debruçar sobre o seu objeto de conhecimento. A norma fundamental, portanto, não é positiva, mas hipotética e prescreve a obediência aos editores da primeira constituição histórica.

Para compreendê-la, examine-se a seguinte situação. Um comerciante, estabelecido próximo a favela controlada por traficantes, numa cidade brasileira qualquer, é procurado por duas pessoas que lhe exigem o pagamento compulsório de determinada quantia. A primeira representa o crime organizado e ameaça de morte o comerciante e sua família, caso a exigência não seja atendida. A segunda é agente fiscal do Tesouro, que lavra o auto de infração pelo não-recolhimento de tributo devido ao estado.

Essencialmente, as ordens recebidas, tanto do representante dos traficantes quanto do agente fiscal, são idênticas: exigem ambas o pagamento de uma soma de dinheiro. Há, porém, significativa diferença entre elas, pois a ordem do representante do tráfico organizado é inválida e a

do funcionário público, válida. A afirmação dessa diferença se baseia na circunstância de que o mandado pelo representante do crime organizado não se consegue sustentar, sequer indiretamente, na norma hipotética fundamental, ao passo que a ordem dada pelo agente fiscal liga-se, através de um complexo de normas atributivas de competência, a essa mesma norma. Assim, se o comerciante interpela a primeira pessoa sobre o fundamento de validade de sua determinação, é, no máximo, reportado à vontade do comando central dos traficantes, que não se funda, validamente, em nenhuma outra norma, posta ou pressuposta.

Mas, se o comerciante questiona o agente fiscal sobre a validade do auto de infração, é reportado imediatamente à lei instituidora do tributo e das sanções pelo inadimplemento. Indagando se os editores da lei tinham poderes para baixá-la, ser-lhe-ia apontada a Constituição Federal, no capítulo referente à distribuição da competência tributária. Continuando o questionamento e se dirigindo agora à competência dos constituintes que aprovaram a Carta de 1988, a resposta indicaria a Emenda Constitucional n. 26, de 1985, feita à Constituição de 1967, pela qual se convocou a Assembléia Nacional Constituinte.

O comerciante, então, poderia perquirir acerca da competência do Congresso de 1985 para emendar a Constituição então vigente. Apontar-se-lhe-ia o disposto no capítulo sobre o processo legislativo, atinente ao poder constituinte derivado, a permitir a emenda ao texto constitucional. Como a nossa Constituição em 1985, na verdade, era a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, promulgada por uma junta militar, o questionamento diria respeito, a rigor, ao fundamento de validade dos poderes dos integrantes

dessa junta, para atribuir competência aos congressistas de emendar a Constituição.

Ora, os ministros da marinha de guerra, do exército e da aeronáutica, ao promulgarem a Emenda n. 1, invocaram a competência estabelecida pelo Ato Institucional n. 5, que centralizava no Executivo todos os poderes legislativos, inclusive os de emenda da Constituição, sempre que decretado o recesso do Congresso Nacional. Em última instância, portanto, receberam competência dos editores desse Ato. O questionamento não poderia prosseguir. Não se encontra, com efeito, na ordem jurídica brasileira, nenhuma norma outorgando poderes para o Presidente da República baixar o Ato Institucional n. 5, em 1968. Tal Ato deve ser considerado, por conseguinte, a primeira constituição histórica brasileira, de que decorre a validade das normas jurídicas em vigor ainda hoje.

A norma hipotética fundamental prescreve a obediência aos primeiros constituintes históricos (Kelsen, 1960: 77)⁸.

8. "Tratando-se de uma Constituição que é historicamente a primeira, tal só é possível se pressupusermos que os indivíduos se devam conduzir de acordo com o sentido subjetivo deste ato, que devam ser executados atos de coerção sob os pressupostos fixados e pela forma estabelecida nas normas que caracterizamos como Constituição, quer dizer, desde que pressuponhamos uma norma por força da qual o ato a interpretar como ato constituinte seja de considerar como um ato criador de normas objetivamente válidas e os indivíduos que ponham este ato como autoridade constitucional. Esta norma é (...) a norma fundamental de uma ordem jurídica estatal. Esta não é uma norma posta através de um ato jurídico positivo, mas — como o revela uma análise dos nossos juízos jurídicos — uma norma pressuposta, pressuposta sempre que o ato em questão seja de entender como ato constituinte, como ato criador da Constituição, e os atos postos com fundamento nesta Constituição como atos jurídicos. Constatar esta pressuposição é uma função essencial da ciência jurídica."

Note-se, porém, que o conceito de constituição histórica, em Kelsen, não rompe com o princípio metodológico fundamental. Não se trata, pois, de verificar a efetiva anterioridade no tempo, material próprio do estudo dos historiadores, que consideram primeira a Constituição Imperial de 1824. O cientista do direito localiza a primeira constituição histórica de uma determinada ordem jurídica exclusivamente a partir das normas positivas. Será aquele texto fundamental cuja elaboração não se encontra prevista em nenhuma disposição normativa anterior; aquele cujos editores não foram investidos de competência por nenhuma outra norma jurídica. Para nos valermos da expressão de Kelsen, a primeira constituição histórica deriva de *revolução* na ordem jurídica, tendo em vista que não encontra suporte nessa ordem, mas inaugura uma nova.

O Ato Institucional n. 5 é ainda a primeira constituição histórica brasileira porque a ordem jurídica iniciada com a sua edição ainda não foi substituída. Todas as normas hoje vigentes se ligam, mediatamente, a esse ato de exceção, fonte última de sua validade. A Carta de 1988 tem seu fundamento na emenda à Carta de 1967 e esta foi totalmente reeditada em 1969, com base naquele ato excepcional. A norma hipotética fundamental pressuposta pela ciência do direito brasileira, portanto, não poderia ser outra senão a prescrição de obediência ao editor do Ato Institucional n. 5.

Em sua obra póstuma, Kelsen revê o caráter hipotético da norma fundamental. Afirma tratar-se de uma ficção, no sentido de que contraria a realidade e é contraditória em si mesma. De fato, a norma *pensada* pela ciência jurídica contradiz a realidade normativa, já que não corresponde a nenhum concreto ato de vontade, não existe enquanto norma. E se contradiz internamente, porque descreve a outorga

de poder supremo, partindo de uma autoridade ainda superior. A ficção, no entanto, a despeito de suas inerentes contradições, é instrumento do saber limitado (Kelsen, 1979: 329)⁹.

5. Positivismo

Como se pode concluir, a norma fundamental pressuposta pela ciência do direito é condição de validade de todas as normas componentes da ordem jurídica, mas não de seus conteúdos. Da determinação pressuposta de que se deve obedecer o primeiro constituinte histórico, não deriva, e não pode derivar, qualquer gênero de ilicitude (Kelsen, 1960: 304)¹⁰. Por isso, a teoria pura reputa válida qualquer ordem jurídica positiva e, em decorrência dessa concepção, afirma-se como positivismo.

9. "Segundo Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob*, uma ficção é um recurso do pensamento, do qual se serve, se não se pode alcançar o fim do pensamento com o material existente. O fim do pensamento da norma fundamental é: o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de normas. Este fim é atingível apenas pela via de uma ficção. Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana filosofia do Como-Se não é hipótese — como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei —, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade."

10. "O conteúdo de uma ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental. Na verdade — tem de acentuar-se bem — da norma fundamental apenas pode ser derivada a validade e não o conteúdo da ordem jurídica."

Essa expressão — *positivismo* — tem sentidos diferentes na filosofia em geral e na filosofia jurídica, além de expressar ambigüidades em cada uma dessas áreas. Inicialmente, foi utilizada na identificação de uma vertente filosófica, representada em especial por Comte, segundo a qual o conhecimento científico seria a mais evoluída manifestação do espírito humano, suplantando a metafísica e a religião. Progressivamente, a expressão passou a designar uma postura epistemológica de busca de rigor nos resultados alcançados pelo conhecimento. A denominação *positivismo lógico* para identificação da filosofia produzida pelo Círculo de Viena se insere, por exemplo, nesse contexto. Há, registre-se, quem proponha o desemprego do conceito, em vista dos equívocos que proporciona (cf. Stegmüller, 1960: 20)¹¹.

No campo da filosofia do direito, também se constata imprecisão, divergindo os autores inclusive na extensão dos desentendimentos. Para Bobbio, por exemplo, haveria três diferentes modos de entender o positivismo jurídico

11. "O empirismo moderno e a filosofia analítica foram, às vezes, designados também como *positivismo lógico*. O termo *positivismo* procede do tempo do antigo positivismo imanente (E. Mach e os seus seguidores), segundo o qual a função científica consiste na *descrição mais exata possível do que é dado imediatamente*. A maioria dos empiristas atuais considera tão inclaro este conceito dado ou algo eivado de tantas aporias até agora não solucionadas, que o rejeitam como inútil. Consequentemente, o termo *positivismo* já não pode mais ser aplicado a esta corrente. A única corrente filosófica, na qual o conceito do dado ainda constitui um conceito central, é a filosofia fenomenológica. Assim, os fenomenólogos seriam os únicos positivistas atuais. Mas, como este uso do termo *positivismo* seria muito equívoco, é melhor não empregá-lo mais."

(1965: 103/104 e 112)¹². Mas, de modo geral, positivista tem sido considerado tanto aquele autor que nega qualquer direito além da ordem jurídica posta pelo estado, em contraposição às formulações jusnaturalistas e outras não formais, como o defensor da possibilidade de construção de um conhecimento científico acerca do conteúdo das normas jurídicas. Kelsen é positivista em ambos os sentidos.

De sua polêmica com a teoria do direito natural, vale a pena destacar dois pontos. De um lado, a idéia de que a ciência fundada em postulados jusnaturalistas *legítima* a ordem jurídica, em vez de simplesmente a descrever; de outro, a proposição de que todo direito natural é, em última análise, direito positivo.

Em relação à primeira, Kelsen aponta como implicação necessária do princípio metodológico fundamental a renúncia da ciência do direito relativamente a qualquer manifestação valorativa sobre as normas estudadas. Como a teoria do direito natural sempre contrapõe ao direito estatuído as normas extraídas da natureza humana, nessa comparação é inevitável a apreciação da justiça ou injustiça da solução prescrita na norma. Ora, ao dissertar sobre a justiça da ordem jurídica e concluir por entendê-la justa, a ciência passa a exercer a função, que não lhe cabe, de legitimar essa mesma ordem. Tal atitude põe em perigo a

pureza que deve revestir o método científico (Kelsen, 1960: 94 e 107)¹³.

No enfrentamento desse tema, Kelsen expressa absoluta rejeição à concepção de uma moral absoluta. O entendimento sobre o que é justo e sobre o que não é, para ele, não tem solução nos quadrantes do conhecimento científico. O relativismo axiológico — isto é, a idéia de que não existe apenas um único sistema de valores morais afirmável por alguma forma de conhecimento — é uma referência filosófica das mais importantes para a teoria pura do direito (Kelsen, 1960a: 92/93)¹⁴.

13. “A pureza de método da ciência jurídica é então posta em perigo, não só pelo fato de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas — muito mais ainda — pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral (...). A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela, na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade.”

14. “Uma teoria do direito positivista, isto é, realista, não afirma — e isto importa acentuar sempre — que não haja qualquer justiça, mas que de fato se pressupõem muitas normas de justiça, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si. Ela não nega que a elaboração de uma ordem jurídica positiva possa ser determinada — e, em regra, é-o de fato — pela representação de qualquer das muitas normas de justiça. Especialmente, não nega que toda a ordem jurídica positiva — quer dizer, os atos através dos quais as suas normas são postas — pode ser apreciada ou valorada, segundo uma destas normas de justiça, como justa ou injusta. Mantém, todavia, que estes critérios de medida têm um caráter meramente relativo e que, portanto, os atos através dos quais uma e mesma ordem jurídica positiva foi posta podem, quando apreciados por um critério, ser fundamen-

12. “Per procedere ad una caratterizzazione del positivismo giuridico, ritengo possa essere utile distinguere tre aspetti diversi con cui esso è storicamente presentato: 1) come um modo di avvicinarsi allo studio del diritto; 2) como una determinata teoria o concezione del diritto; 3) come una determinata ideologia della giustizia. (...) La distinzione fra questi tre piani o aspetti in cui si presenta storicamente il positivismo giuridico ci consente di sgombrare da molti equivoci il terreno dell’analisi storica e della critica etico-politica de questa corrente, tutt’altro che omogenea (...).”

No tocante ao caráter positivo do direito natural, ressalte-se que Kelsen insere tal formulação no rebate à crítica de que o positivismo não poderia dar qualquer tipo de segurança, já que todo direito posto, independentemente de seu conteúdo, é reputado válido. Na verdade, também a teoria do direito natural não forneceria pautas seguras para avaliação da justiça contida no direito. Se o fundamento de validade da ordem jurídica reside em sua correspondência com o direito natural, então haveria também uma norma fundamental pressuposta, a determinar a obediência aos comandos da natureza. Ou, por outra, o fundamento de validade da ordem jurídica, nos quadrantes do jusnaturalismo, é a pressuposição de que a ordem natural deve ser obedecida. Ora, esta última também é positiva, no sentido de ser posta por uma vontade supra-humana (Kelsen, 1960: 308)¹⁵.

tados como justos, e já, quando apreciados segundo outro critério, ser condenados como injustos — sustentando ao mesmo tempo que uma ordem jurídica positiva é, quanto à sua validade, independente da norma de justiça pela qual possam ser apreciados os atos que põem as suas normas.”

15. “... também a suposição de que uma teoria do Direito natural poderia dar uma resposta incondicional à questão do fundamento da validade do Direito positivo se baseia sobre uma ilusão. Uma tal doutrina vê o fundamento de validade do Direito positivo no Direito Natural, quer dizer, numa ordem posta pela natureza com autoridade suprema colocada acima do legislador humano. Neste sentido, o Direito natural é também Direito posto, isto é, positivo. Direito posto, porém, não pela vontade humana, mas por uma vontade supra-humana.”

TEORIA DA NORMA JURÍDICA

6. Estrutura da norma jurídica

O direito é definido, pela teoria pura, como uma ordem coativa, no sentido de que estabelece a imposição de um ato de coação contra as situações sociais consideradas indesejáveis (cf. Bobbio, 1977: 210/211)¹⁶. Esse ato (prisão, privação de bens etc.), normalmente, é recebido como um mal por quem o sofre, e as leis em geral estatuem coações. A existência de pessoas para as quais a coação não representa propriamente um desvalor, bem como de normas jurídicas estabelecedoras de incentivos ou prêmios, é característica excepcional nos homens e nas ordens jurí-

16. “La ragione per cui Kelsen non se è preoccupato del fine dell’ordinamento giuridico sta nel fatto che egli ha del diritto, inteso come forma di controllo sociale, una concezione meramente strumentale, la quale, occorre ripeterlo, va perfettamente d’accordo con il relativismo etico e l’irrazionalismo dei valori. Una delle affermazioni ricorrenti in tutta l’opera kelseniana è che il diritto non è un fine ma un mezzo. Come mezzo può essere usato per raggiungere i fini più diversi, come la storia del diritto insegna. Ma proprio in quanto serve a raggiungere i fini più diversi, un’analisi che parta dai fini o peggio dal fine (come quella dei giusnaturalisti) non permetterà mai di cogliere l’essenza del diritto. Per Kelsen il diritto è *una tecnica dell’organizzazione sociale*: la sua specificità consiste nell’uso dei mezzi coercitivi per indurre i membri di un gruppo sociale a fare o a non fare alcunché. Il diritto è un *meccanismo coattivo*.”

dicas. O direito se distingue de outras ordens sociais porque os atos de coação prescritos podem ser aplicados, se necessário, mediante o emprego da força física. A coação psíquica é comum a todas as ordens sociais e pode também derivar do direito, embora isso não seja essencial.

As proposições jurídicas descrevem as normas por enunciados deônticos, isto é, afirmações de que alguma conduta deve ser. Especificamente, estabelecem a ligação deôntica — isto é, através do verbo *dever ser* — entre determinada previsão factual e atos de coação. Dado o fato *p*, deve ser o ato de coação *q*. A estrutura desse enunciado, portanto, possui o antecedente (*p*) conectado deonticamente ao conseqüente (*q*).

A formulação kelseniana admite, a partir dessa estrutura básica, duas alternativas: ou se estabelece a ligação deôntica entre condutas humanas (atos ou omissões) e sanção, ou entre fatos diversos de condutas humanas e atos coativos diversos de sanção. Esta última possibilidade, no entanto, parece ter significado marginal. Kelsen a considera para tratar de situações específicas, como a imposição de confinamento ou privação compulsória de propriedade pelo só fato de se pertencer a determinada raça. A definição do antecedente como descrição de comportamento humano e do conseqüente como sanção corresponde à generalidade das normas jurídicas, razão pela qual se limita, aqui, o exame a apenas essa alternativa.

Em Kelsen, portanto, a estrutura da norma jurídica, pelo menos segundo a descrição dada pela proposição jurídica, é sempre a de ligação deôntica entre a referência a certo comportamento *p* e uma sanção *q*. De modo mais simples, toda a norma jurídica pode ser compreendida como a imposição de uma sanção à conduta nela considerada

(Kelsen, 1960: 92)¹⁷. As normas jurídicas, assim, têm a estrutura de uma proibição, por descrever a conduta tida por ilícita como antecedente e a punição como conseqüente. A fórmula adotada na maioria dos dispositivos de lei definidores de tipos penais (p. ex., os artigos da parte especial do CP ou os do título II do CDC) é generalizada, em Kelsen, como modelo estrutural de todas as normas.

Para sustentar tal generalização, contudo, Kelsen não pode furtar-se ao enfrentamento de algumas questões. Em primeiro lugar, a relativa às normas que não proíbem, mas obrigam determinados atos ou omissões. Também deve esclarecer como poderiam ser proibitórias aquelas estatuidoras de permissão. E, finalmente, é necessário explicar a situação das normas que especificamente nem obrigam nem permitem, mas se limitam a estabelecer definições, como, por exemplo, a contida no art. 2º da Constituição Federal, que elenca os Poderes da União (Legislativo, Executivo e Judiciário). Se o pensamento kelseniano se propõe a demonstrar que todas as normas jurídicas se reduzem a imposições de sanção, ele deve considerar essas três situações, em que aparentemente não existe qualquer forma de penalização de condutas.

A primeira objeção é resolvida a partir da interdefinibilidade existente entre as normas proibitivas e obriga-

17. "Visto que uma ordem jurídica é uma ordem de coação no sentido que acaba de ser definido, pode ela ser descrita em proposições enunciando que, sob pressupostos determinados (determinados pela ordem jurídica), devem ser aplicados certos atos de coerção (determinados igualmente pela ordem jurídica). Todo o material dado nas normas de uma ordem jurídica se enquadra neste esquema de proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, proposição esta que se deverá distinguir da norma jurídica posta pela autoridade estadual."

tórias. Isto é, qualquer proibição se pode traduzir por uma obrigatoriedade e vice-versa. De fato, proibir certa conduta equivale a obrigar a omissão da mesma conduta, assim como obrigar determinado ato é igual a proibir sua omissão. Ou, segundo a formulação kelseniana, existe dever jurídico quando o direito positivo prescreve certo comportamento e tal prescrição se faz mediante a imputação de sanção ao comportamento oposto (Kelsen, 1960: 172)¹⁸. Desse modo, se a lei obriga a conduta *p*, a rigor, está sancionando a omissão de *p*.

A questão referente às normas permitidoras envolve maior complexidade, até porque a interdefinição entre os modais *proibir* e *permitir* não é unanimemente acolhida na lógica do direito (cf. von Wright, 1970: 105/107). Kelsen distingue, inicialmente, a permissão negativa da positiva: aquela deriva da inexistência de proibição enquanto esta última se manifesta, especialmente, na limitação de normas proibitórias, como, por exemplo, na previsão da legítima defesa entre as hipóteses de exclusão de ilicitude (art. 23, II, do CP). A permissão negativa, por se configurar na ausência de proibição (*o que não é proibido é permitido*), não pode desligar-se da prescrição. Já a positiva é norma não autônoma, dependente da proibição à qual se liga (Kelsen, 1960: 89)¹⁹.

18. "A afirmação: um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta, é idêntica à afirmação: uma norma jurídica prescreve aquela conduta determinada de um indivíduo; e uma ordem jurídica prescreve uma determinada conduta ligando à conduta oposta um ato coercitivo como sanção."

19. "Normas jurídicas não autônomas são também aquelas que permitem positivamente uma determinada conduta, pois elas apenas limitam o domínio de validade de uma norma jurídica que proíbe essa conduta na medida em que lhe liga uma sanção."

A formulação de Kelsen parece aceitar alguma forma de interdefinibilidade entre a proibição e a permissão, na hipótese de outorga de poder ou competência. Se um indivíduo tem o dever de suportar determinada conduta de outro, costuma-se afirmar que a este último o direito permitiu a mesma conduta. Igualmente, diz-se que é permitido a alguém exigir de outra pessoa certa prestação, quando tal prestação é prescrita como dever desta última (Kelsen, 1960: 37 e 84)²⁰. Em ambas as situações, a norma permisora se revela mero reflexo de proibições.

O argumento principal, contudo, para sustentar a redução das normas jurídicas à estrutura de imposição de sanções, Kelsen encontra na afirmação de que certas normas não têm autonomia, mas se ligam intrinsecamente a outras de natureza sancionadora. São normas não autônomas as que apenas prescrevem condutas sem menção da

20. "A palavra *permitir* é também utilizada no sentido de *conferir um direito*. Quando, numa relação entre A e B, se prescreve a A o dever de suportar que B se conduza de determinada maneira, diz-se que a B é permitido (isto é, que ele tem o direito de) conduzir-se dessa maneira. E quando se prescreve a A o dever de prestar a B um determinado *quid*, diz-se que a B é permitido (isto é, que ele tem o direito de) receber aquela determinada prestação de A. No primeiro caso, a *proposição*: é permitido a B conduzir-se de determinada maneira, nada mais diz que esta outra: é prescrito a A o dever de suportar que B se conduza de determinada maneira. E, no segundo caso, a *proposição*: é permitido a B receber determinada prestação de A, não significa senão o mesmo que esta: é imposta a A a obrigação de prestar a B um determinado *quid*. (...) A definição do Direito como uma ordem coercitiva pode ainda manter-se em face daquelas normas que conferem competência ou poder para uma conduta que não tenha o caráter de um ato de coação, ou permitem positivamente tal conduta, na medida em que tais normas são normas não autônomas, por estarem em ligação essencial com normas estatuidoras de atos de coerção."

punição cabível no caso de desobediência. Se a pena estiver estabelecida em outra norma, as que se limitam à afirmação do dever são rigorosamente dispensáveis. O Código Civil determina ao devedor pagar o credor, sem se referir às consequências da inobservância de tal conduta, e apenas no Código de Processo Civil se pode encontrar a prescrição de que o devedor inadimplente deve ser sancionado mediante execução forçada. A norma de direito civil é inútil desacompanhada do dispositivo processual, mas este prescinde daquela.

Kelsen denominou as normas não autônomas dessa categoria *secundárias* e as instituidoras de sanção *primárias*, numa clara referência à importância atribuída a elas pela teoria pura. A denominação imaginada é exatamente oposta à de Cossio, com quem Kelsen manteve interessante colóquio (Kelsen-Cossio, 1952: 63/64)²¹. Em sua obra póstuma, ao discutir a formulação de Cossio para a estrutura da norma, Kelsen não revela qualquer disposição para inverter as designações escolhidas, chegando a diferenciar a estrutura das normas morais e jurídicas a partir dessas categorias (1979: 68; ver também item 8)²².

21. "La proposición de que está prescripto hacer el servicio militar, o, para decir lo mismo, que bajo ciertas condiciones los individuos deben hacer el servicio militar, no es una regla de derecho porque no contiene indicaciones de sanción. En mis anteriores obras he designado a tal proposición como una norma secundaria (norma en el sentido descriptivo de la palabra). Pero es superflua una tal norma secundaria en una descripción al servicio militar."

22. "Nesta relação (a insignificância jurídica de opiniões manifestadas sobre se a conduta de um indivíduo é conforme ao Direito ou contrária ao Direito) nada se modifica, se ao lado das normas que, sob a condição de uma determinada conduta dos sujeitos de direito, estatuírem a fixação de um certo ato de coação por parte do órgão judicial, aceitem-se normas que

Outro gênero de normas não autônomas, a que já se referiu acima, compreende as permissões positivas limitadoras do alcance de normas proibitórias. A lei repressora do tráfico e consumo de substâncias entorpecentes, capazes de causar dependência física ou psíquica, ressalva as hipóteses de seu emprego terapêutico ou científico (Lei n. 6.368/76, art. 2º, § 2º). A rigor, a norma permitidora apenas integra, como exceção, o pressuposto de aplicação da sanção. O direito, nesse sentido, estabelece que a comercialização e utilização de substâncias entorpecentes, salvo para fins terapêuticos ou científicos, devem ser sancionadas.

As normas revogatórias são também não autônomas, e somente podem ser compreendidas em sua relação com as prescrições estabelecidas, ou eliminadas da ordem vigente.

No mesmo contexto, não têm autonomia as normas de competência, as quais apenas estabelecem alguns dos pressupostos de aplicação da sanção. As disposições constitucionais referentes à competência dos Poderes Legislativo e Judiciário se unem às normas legais instituidoras de atos de coerção, fazendo parte dos pressupostos de aplicação

põem como devida a recíproca conduta dos sujeitos de direito; ou, com outras palavras: se se pressupõe que cada norma jurídica geral seja a ligação de duas normas, das quais uma estabelece como devida uma certa conduta e a outra põe como devida a fixação de um condicional ato de coação por parte de um órgão judicial para o caso de violação desta norma. Eu designei a segunda norma como primária, a primeira como norma jurídica secundária. Também sob esta pressuposição, a indagação se um sujeito de direito cumpriu ou violou uma norma — a norma jurídica secundária — apenas pode ser decidida, de modo juridicamente relevante, pelo competente órgão aplicador do Direito."

da norma. A proposição jurídica, formulada de maneira abrangente, acerca das verbas rescisórias, devidas pelo empregador ao empregado despedido sem justa causa, chega a alcançar as disposições constitucionais de competência. Tal proposição seria: se as pessoas competentes para legislar sobre direito do trabalho aprovaram norma geral, estabelecendo o pagamento de certas verbas, na rescisão do vínculo empregatício sem culpa do empregado, e se a Justiça do Trabalho, por seus juízes, considerou, de modo definitivo e através do processo apropriado, que um indivíduo em particular foi despedido sem justa causa, caberá ao empregador o pagamento das importâncias previstas em termos gerais, sendo prescrito que, não o fazendo, então *deve ser* promovida pelos funcionários competentes, e de acordo com o procedimento estatuído em lei, a execução forçada de bens do patrimônio do empregador.

Por fim, são não autônomas as normas meramente conceituais. O art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, define fornecedor. Os contornos estabelecidos por essa norma, na verdade, integram o pressuposto de todas as demais disciplinadoras das relações de consumo. Por exemplo, na referência à atribuição de responsabilidade por defeitos nos produtos, a proposição jurídica a rigor afirma: se pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, ou ente despersonalizado, que desenvolve atividade de produção, fornecer mercadoria defeituosa e não indenizar os danos sofridos pelos consumidores, então *deve ser* aplicada a sanção da execução.

Em síntese, para a teoria pura, o direito é descrito pela ciência jurídica como uma ordem coativa, e, desse modo, as normas que não estatuem atos de coerção somente podem ser vistas como dependentes das normas de índole

sancionadora. Ou, por outra, todas as normas jurídicas podem ser descritas como a prescrição de imposição de penalidade contra certa conduta. Essa fórmula genérica, reducionista das normas em geral às de caráter proibitório, cria as condições para Kelsen superar diversos dualismos presentes na teoria do direito, como os referentes a direito civil e penal, público e privado, subjetivo e objetivo etc.

7. Validade e eficácia

A validade da norma jurídica, em Kelsen, depende, inicialmente, de sua relação com a norma fundamental. Ou, por outra, é função da manifestação de vontade de uma autoridade competente. Como as normas jurídicas, pela descrição realizada em proposições, integram um sistema essencialmente dinâmico, o seu conteúdo é irrelevante para a definição da validade. Esse é um aspecto pouco entendido e pouco difundido da teoria pura do direito. A norma jurídica é válida se emanada de autoridade com competência para a editar, ainda que o respectivo comando não se compatibilize com disposição contida em normas de hierarquia superior.

Para a validade da norma, no entanto, não basta o atendimento a essa condição de ligação à norma fundamental. É necessário, ainda, um *mínimo de eficácia*. Aqui reside uma das mais complexas questões enfrentadas pela teoria kelseniana e, de resto, por toda postura jurídico-positivista: a relação entre validade e eficácia.

Começa Kelsen por considerar duas diferentes maneiras de tratar o tema na teoria jurídica, rejeitando-as por falsas. De um lado, a afirmação de que a validade não

depende da eficácia de forma alguma; de outro, a de que validade e eficácia se identificam. Sustenta a teoria pura que tanto a norma jurídica singularmente considerada quanto a própria ordem jurídica como um todo deixam de ser válidas se perderem a eficácia. É incorreto pretender, por conseguinte, que a vigência não tenha qualquer relação com a eficácia. Por outro lado, há normas jurídicas que não são observadas em determinadas situações ou durante algum tempo e, nem por esse motivo, são invalidadas. Assim, também é incorreto postular a validade como sinônimo de eficácia, na linha do sugerido pelo realismo jurídico de Alf Ross.

É importante observar que a teoria kelseniana se desenvolve, nesse assunto, em dois níveis distintos, cuja interpenetração não é simples. Cuida Kelsen da questão da eficácia no plano das normas singularmente consideradas (o art. 500 do CCom, p. ex.) e no plano global da ordem positiva (o direito brasileiro em vigor hoje, p. ex.). A eficácia se revela condição de validade em ambos os níveis. Qualquer norma jurídica totalmente ineficaz é inválida. O lembrado dispositivo do Código Comercial (de 1850), acerca das responsabilidades do capitão de navio, que deixar de se *fazer às velas* em razão de problemas na composição da tripulação, não poderia mais ser reputado válido, pela ótica de Kelsen, porque há muito não tem sido aplicado.

É certo que nenhuma norma jurídica positiva perde sua validade por não ter sido aplicada em determinados casos isolados ou mesmo durante algum tempo. A ineficácia episódica ou temporária não compromete a vigência de uma norma jurídica em particular.

Ampliando-se o foco da análise para o direito, enquanto uma ordem positiva, também a eficácia global deste se mostra uma condição de validade. Anteriormente, mencionou-se a situação do comerciante de quem exigem dinheiro o representante do tráfico organizado e o agente fiscal. A exigência do traficante não é juridicamente válida, na medida em que não se a pode sustentar na norma hipotética, ao passo que a emanada do funcionário público é válida, porque ligada à mesma norma fundamental. Ora, assim é, unicamente, porque o direito instituído pelo estado se revela, em termos globais, eficaz e considera ilícita a exigência do crime organizado.

Imagine-se, contudo, que ocorresse um tal crescimento na estrutura organizativa do tráfico, que os comandos gerais e individuais derivados dos *órgãos* integrantes do aparato criminoso acabassem sendo paulatinamente respeitados pelas pessoas a quem tais ordens se dirigem. Imagine-se, mais, a progressão desse cenário a ponto de a ordem estabelecida pelos traficantes, em seu confronto com a ordem estatal, num certo momento chegar a suplantar esta última, definindo-a como ilícita. Teria se verificado, na inversão de ilicitudes, o que Kelsen denomina por revolução.

Ora, o que deveria considerar a ciência jurídica diante desse quadro? Para Kelsen, ela simplesmente deveria substituir a norma hipotética fundamental, que deixaria de ser *obedeçam os editores da constituição do estado* para se tornar *obedeçam a organização dos traficantes*. O dado de realidade a forçar essa substituição teria sido a perda da eficácia global da ordem jurídica do estado e a correspondente eficácia, também em termos globais, da ordem inau-

gurada pelo tráfico organizado (cf. Vilanova, 1977: 220)²³. O raciocínio fica mais claro se se considera o confronto do estado com um grupo político de objetivos claramente revolucionários, em vez do crime organizado. Na Rússia de outubro de 1917, o cientista do direito deveria afastar a norma hipotética “obedeçam o governo provisório de Kerensky, instaurado em março com a derrubada do *Czar*”, pela norma “obedeçam os conselhos populares (*soviets*)”.

A ordem jurídica não perde validade em razão de uma ou mais normas ineficazes. A eficácia indispensável à vigência da ordem jurídica é medida de termos globais; ou seja, o direito positivo brasileiro vigora, ainda que o art. 500 do Código Comercial, ao lado de tantos outros, seja totalmente ineficaz e, portanto, inválido. A validade da ordem jurídica, em suma, não depende da eficácia de todas as normas que a compõem.

Já a norma singularmente considerada será inválida se sobrevier a ineficácia global da ordem jurídica a que pertence (Kelsen, 1960: 298)²⁴. Se ninguém mais respeitar o direito estatal vigente, em função do domínio de outra

23. “O que suprime a norma fundamental não é ato legislativo de qualquer espécie: é a mudança numa situação factual de poder, a inefetividade, sociologicamente sobrevivida, que desfaz a validade global do sistema. Sem a eficacidade, a hipótese categorial carece de fundamento nas coisas para ser aplicada.”

24. “As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência).”

ordem, inaugurada por antigos criminosos, por revolucionários ou por estado estrangeiro invasor, a exigência do agente fiscal perderá sua validade. Claro que, normalmente, boa parte do arcabouço legislativo da ordem revogada é recepcionada pela nova ordem, mas isto apenas reafirma, por outro ângulo de análise, a eficácia global da ordem como condição de validade de suas normas. Ou seja, as disposições recepcionadas apenas continuam a vigorar na medida em que a ordem recepcionadora se mostre globalmente eficaz.

Em resumo, a validade da norma jurídica está condicionada a três pressupostos: *a)* competência da autoridade que a editou, derivada da norma hipotética fundamental; *b)* mínimo de eficácia, sendo irrelevante a sua inobservância episódica ou temporária; *c)* eficácia global da ordem de que é componente. Atente-se para a precisão do conceito kelseniano: a validade não se confunde com a eficácia, esta é apenas condição daquela (Kelsen, 1960: 123 e 297)²⁵. Ou seja, pode-se sintetizar o pensamento kelseniano sobre o assunto na assertiva de que a ineficácia absoluta compromete a validade da norma jurídica. Qualquer outra relação entre validade e eficácia não se pode estabelecer prontamente nos quadrantes da teoria pura do direito.

25. “Esta eficácia da ordem jurídica é — como sempre tem de ser acentuado — apenas o pressuposto da vigência e não a própria vigência. (...) A eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são — tal como o ato que estabelece a norma — condição de validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes.”

8. Sanção

A antropologia kelseniana considera o homem naturalmente inclinado a perseguir apenas a satisfação de interesses egoístas. O estabelecimento de uma ordem social não altera essa realidade natural. Ou seja, a vontade de alguns homens, os responsáveis pela definição das normas jurídicas ou mesmo morais, não pode mudar a natureza humana. É necessário que as conseqüências, normativamente estabelecidas para as condutas indesejadas, levem o homem a considerar menos vantajoso, sob o seu individual ponto de vista, a transgressão à norma. Desse modo, evitaria se comportar de acordo com a sua primeira inclinação natural, para ponderar as vantagens e desvantagens da obediência à ordem social. Ora essa ponderação também é exteriorização de uma inclinação egoísta (Kelsen, 1960: 96)²⁶.

Rigorosamente, Kelsen traça uma inultrapassável linha de separação entre o mundo do ser, cujos eventos revelam a operação do princípio da causalidade, e o do dever ser. Nem as normas morais ou jurídicas se podem definir a partir da natureza do homem, como pretendem os jusnaturalistas, nem essa mesma natureza se pode modificar pela vontade expressa em padrões de conduta. O homem essencialmente egocêntrico se deixará conduzir de

26. "O homem pode ter inclinações ou interesses que mutuamente se contradizem. A sua conduta efetiva depende de qual seja a inclinação mais intensa, de qual seja o interesse mais forte. Nenhuma ordem social pode precluir as inclinações dos homens, os seus interesses egoísticos, como motivos das suas ações e omissões. Ela apenas pode, se quer ser eficaz, criar para o indivíduo a inclinação ou interesse de se conduzir em harmonia com a ordem social e se opor às inclinações ou interesses egoísticos que, na ausência daquela, atuariam."

acordo com as prescrições das normas apenas se divisar vantagem — ou, pelo menos, menor desvantagem — na obediência à ordem social. Ao considerar oportuno comportar-se conforme o sentido da norma, no entanto, ele ainda continua manifestando seu caráter naturalmente egoísta.

Por isso, o direito só pode ser entendido como uma ordem social coativa, impositiva de sanções. Difere da moral não pelo conteúdo das respectivas normas, mas pela natureza da reação contra a sua desobediência. Enquanto o direito estatui conseqüências que podem ser imputadas às pessoas com o uso da força física, se necessário, a moral — ou, precisamente, os diversos sistemas de moral — apenas recomenda a aprovação ou desaprovação de condutas (cf. Diniz, 1979: 93)²⁷. A diferença, portanto, refere-se à maneira pela qual se estatuem as prescrições (Kelsen, 1960: 99)²⁸. Em sua obra póstuma, há indicações no sentido da atenuação da rígida identidade estrutural entre normas jurídicas e morais, chegando Kelsen a cogitar a hipótese de deveres morais não sancionados (1979: 182)²⁹.

27. "Para Kelsen, não há ordem social desprovida de sanção e, para ele, a única distinção que há entre as ordens sociais está nas diferentes espécies de sanções que elas impõem."

28. "Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana."

29. "...existe uma diferença essencial entre o Direito positivo e a Moral positiva. Não apenas porque as sanções da Moral não têm o caráter de atos de coação, como também porque a ligação entre a norma moral que impõe uma conduta determinada e a norma que, para o caso do cumprimento, estatui como sanção a aprovação, e para o caso do não-cumprimento, a desaprovação, não é considerada tão essencial como a ligação entre ambas as normas em questão no domínio do direito. Não se pode dizer da ordem

Para prescrever certa conduta, a norma jurídica estabelece o sancionamento da conduta oposta. Se o valor social prestigiado pela norma é o de respeito à integridade física das pessoas, o mecanismo a se adotar será o de imputar pena ao comportamento de provocar lesões corporais. Se o valor é o do cumprimento das obrigações assumidas em livre manifestação de vontade, em algum tipo de contrato, então à norma cabe prever a execução forçada do patrimônio do devedor, como sanção pela inadimplência. O ilícito, assim, é o pressuposto do direito e não a sua negação.

Conseqüentemente, o dever não é senão o comportar-se segundo a conduta oposta àquela sancionada pela norma. O contribuinte tem o dever de pagar o tributo apenas porque o não-pagamento é descrito, no antecedente de uma norma jurídica, como condição da execução fiscal (Kelsen, 1960: 171)³⁰. Por outro lado, o direito subjetivo de um indivíduo é apenas o reflexo de deveres imputados norma-

moral positiva que impõe uma certa conduta somente por ligar a esta conduta e a seu contrário as sanções específicas da aprovação e desaprovação. Uma conduta determinada é considerada como conteúdo de um dever moral sem que, apesar disto, se refira à sanção que a norma moral estatui para a hipótese do cumprimento e para a hipótese de violação desse dever. Dentro da Moral, a norma que impõe uma certa conduta, em todo o caso, é a primária, a que estatui a sanção é apenas uma norma secundária. Também uma ordem moral contém normas que estatuem sanções para a hipótese de uma conduta correspondente ou não-correspondente a outras normas morais. Estas normas não formam tão inseparável unidade com outras normas como a unidade que existe entre normas análogas de uma ordem jurídica.”

30. “Se o Direito é concebido como ordem coercitiva, uma conduta apenas pode ser considerada como objetivamente prescrita pelo Direito e, portanto, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção.”

tivamente a outro ou outros indivíduos. O direito ao crédito nada mais é que o reverso do dever imposto a quem seria sancionado pelo não-pagamento da prestação pecuniária; ou, em outros termos, o direito subjetivo se reduz ao direito objetivo, positivo.

9. A questão das lacunas

A teoria pura não considera a questão das lacunas como pertinente à logicidade do sistema jurídico. Trata o tema, situando-o no capítulo da estrutura escalonada da ordem jurídica, no tópico reservado à jurisprudência. Ou seja, é assunto ligado ao direito positivo, que, segundo Kelsen, não se apresenta necessariamente lógico.

Normalmente, as lacunas são identificadas pela doutrina tradicional como a ausência de norma jurídica geral para um caso particular. Digamos que determinado engenheiro genético consiga multiplicar um óvulo fecundado, para implante no útero de algumas mulheres e gestação de clones humanos. Imaginemos que ele contrate, com um milionário excêntrico, a criação de um clone, mas que não receba o pagamento pelo serviço. Ao proceder à cobrança do valor contratado, o devedor contesta alegando a nulidade do negócio jurídico. Considerado o assunto, pela ótica da legalidade, a doutrina tradicional afirmaria a inexistência de previsão legal sobre o tema e concluiria pela lacuna do direito. Daí, passaria à discussão acerca dos meios de integração da ordem jurídica (analogia, costumes, princípios gerais etc.).

Kelsen mostra, no entanto, que as lacunas, entendidas nesse sentido tradicional, são impossíveis. Como a estru-

tura da norma jurídica é a de ligação deôntica entre a descrição de uma conduta e a sanção estatuída, então de duas uma: ou o comportamento em exame está ligado a certa pena e é proibido, ou não está e é permitido. A norma geral de permissão das condutas não proibidas (*o que não está proibido está permitido*) torna a idéia tradicional de lacunas inadmissível. Nunca haverá ausência de norma jurídica, uma vez que, inexistindo específica sanção relacionada à conduta em foco, aplicar-se-á a ordem jurídica, na permissão geral de tudo quanto não se encontra proibido.

Para a formulação kelseniana, os órgãos judiciários aplicadores do direito, postados diante de ausência de norma específica sobre a conduta em julgamento, nem sempre consideram tal ausência como lacuna. Fazem-no, apenas, se a solução desenhada em termos gerais pelo legislador não coincidir com os seus valores ético-políticos. Em outros termos, apenas se o juiz não concordar com a falta de sanção do comportamento que está julgando, ele irá cogitar da existência de lacuna, e, ao colmatá-la, dará ao caso particular a solução mais justa segundo o seu entendimento (Kelsen, 1960: 339)³¹.

31. "E, efetivamente, não se costuma de forma alguma presumir a existência de uma *lacuna* em todos os casos nos quais o dever do demandado ou acusado afirmado pelo demandante ou acusador não é estipulado por qualquer norma de Direito vigente. Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma *lacuna* só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação — logicamente possível — do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada."

Com efeito, o exemplo acima, da experiência genética de clonagem humana, analisado por um cientista do direito filiado ao pensamento kelseniano, teria contornos diferentes. Para ele, em primeiro lugar, o julgador deveria buscar, na ordem vigente, norma jurídica que sancionasse a conduta de celebrar o contrato de clonagem. Em a encontrando (*o contrato de manipulação de material genético humano, para fins de clonagem, é nulo*), então aplicaria a sanção escolhida pelo legislador: nulidade. Caso contrário, deve concluir que a ordem vigente qualificou a conduta de permitida, devendo assegurar ao engenheiro genético o recebimento do valor avençado com o milionário excêntrico. Na verdade, nesta última hipótese, se o julgador considerar adequada a solução encontrada na ordem positiva (isto é, o contrato é permitido, porque inexistente sanção estatuída), então reconhecerá a validade do negócio de clonagem; mas se essa solução agredir seus valores, ele identificará uma lacuna na ordem posta, e aplicará a sanção que lhe parecer mais ajustada (nulidade, anulabilidade ou ineficácia do contrato de clonagem).

A justificativa da inexistência de norma geral própria para a disciplina desse caso, em razão de o legislador não ter condições de antecipar todas as futuras ações humanas, é, conforme acentua Kelsen, afirmação de demonstração raramente possível. Qualquer ausência de norma pode ser igualmente interpretada como imprevisão legislativa ou como deliberada permissão negativa. Não há critério algum, científico, que pudesse apontar para uma ou outra direção na apreciação de hipóteses singulares. Por vezes se falará em lacunas e por vezes em conduta permitida, em função exclusivamente dos valores do juiz competente para aplicar o direito. A análise das razões pelas quais certo

julgador pende em determinada situação para esta ou aquela alternativa pertence a ramos de conhecimento estranhos à ciência do direito, como a psicologia ou a sociologia.

Entretanto, alguns direitos positivos, inclusive o brasileiro, trazem normas mencionando expressamente os meios de superação das lacunas (LICC, art. 4º). Como se explicaria, em termos kelsenianos, essa disposição, já que as lacunas são consideradas impossíveis? A resposta é que tais ordens jurídicas criaram uma *ficção* para compatibilizar os pressupostos lógico-operacionais do sistema jurídico, com a realização dos valores ético-políticos de quem o aplica. Ou seja, uma norma definindo critérios de superação de lacunas equivale à outorga de poderes para os juízes decidirem os casos submetidos à sua apreciação de acordo com os seus próprios valores. Mas isso não poderia ser afirmado pela norma sem o recurso à ficção, porque a tanto equivaleria o legislador renunciar à sua competência.

Valendo-se, pois, da ficção da lacuna, a autoridade competente para editar normas gerais (o legislador) concede um poder à autoridade competente para a aplicação dessas normas (o juiz) — o poder de deixar de aplicá-las sempre que considerar inapropriada a solução determinada pelo primeiro. Por outro lado, ao revestir de caráter ficcional a outorga desse poder, o legislador limita e controla o seu exercício (Kelsen, 1960: 341)³².

32. “A suposição do tribunal de que um caso não foi previsto pelo legislador e de que o legislador teria formulado o Direito de diferente modo se tivesse previsto o caso, funda-se quase sempre numa presunção não demonstrável. A intenção do legislador somente é apreensível com suficiente segurança quando adquire expressão no Direito por ele criado. Por isso, o legislador, para limitar a atribuição deste poder aos tribunais, atribuição essa considerada por ele como inevitável, recorre à ficção de que a ordem jurídica

10. A questão das antinomias

O pensamento kelseniano rejeita firmemente a possibilidade de relacionamento lógico entre as normas jurídicas, que são enunciados de *dever ser* com sentido prescritivo. Não cabe aplicar os princípios lógicos, porque suas funções são de validade (válida/inválida) e não de veracidade (verdadeira/falsa). As proposições jurídicas, juízos sobre o mundo do dever ser com sentido descritivo, são verdadeiras ou falsas, e, portanto, submetem-se aos primados do raciocínio lógico. Assim, as normas jurídicas não se podem contradizer senão de modo reflexivo, isto é, através da contradição entre as proposições jurídicas correspondentes (1960: 286)³³.

Mas, a tarefa primeira da ciência jurídica é a de constituir seu objeto, ou seja, descrevê-lo como um todo coerente, isento de contradições lógicas. Se normas conflitantes podem eventualmente ser editadas (uma proíbe o adultério, outra o permite; uma sanciona o homicídio com a morte, outra com a reclusão etc.), caberá às proposições da ciência do direito dotá-las de sentido. Kelsen separa a discussão sobre as normas conflitantes em dois capítulos, reservando um deles às normas de mesmo escalão e o outro às de hierarquias diferentes.

vigente, em certos casos, não pode ser aplicada — não por uma razão ético-política subjetiva, mas por uma razão lógica objetiva —, de que o juiz somente pode fazer de legislador quando o Direito apresenta uma lacuna.”

33. “...os princípios lógicos em geral e o princípio da não-contradição em especial podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem normas de Direito e, assim, indiretamente, também podem ser aplicadas às normas jurídicas.”

Se as normas jurídicas conflitantes têm a mesma classificação hierárquica (são ambas leis ordinárias, ou decretos etc.), mas foram editadas em momentos diversos, a contradição se resolve pelo princípio *lex posterior derogat priori*. Se, contudo, foram editadas simultaneamente, a teoria pura recomenda duas tentativas de interpretação: considerar que ambas as normas valem e a opção por uma delas compete ao órgão aplicador do direito ou tentar a sua compatibilização, estabelecendo os limites de validade de cada norma. Se nenhuma dessas interpretações for possível, afirma Kelsen, deve-se ter a prescrição como *sem-sentido*, isto é, deve-se interpretar a hipótese como sendo a de ausência de norma válida (1960: 287)³⁴. Em sua obra póstuma, ele parece ter querido rever tal equação, para afirmar que o conflito entre normas simultâneas não pode, em nenhuma circunstância, ser resolvido por via da interpretação, sendo ambas as normas válidas (1979: 268)³⁵.

O conflito entre normas de diferentes hierarquias (p. ex., entre a lei ordinária e a Constituição ou entre a

34. "...ou se entendem as duas disposições no sentido de que é deixada ao órgão competente para a aplicação da lei, a um tribunal, por exemplo, a escolha entre as duas normas; ou (...) as duas normas só parcialmente se contradizem, que uma norma limita a validade da outra. (...) Quando nem uma nem outra interpretação sejam possíveis, o legislador prescreve algo sem sentido, temos um ato legislativo sem sentido e, portanto, algo que não é sequer um ato cujo sentido subjetivo possa ser interpretado como seu sentido objetivo."

35. "Tanto quanto interessem conflitos entre normas gerais, um conflito de normas, que não pode ser resolvido conforme o princípio *lex posterior derogat legi priori*, não é — como afirmei na minha obra *Reine Rechtslehre* — absurdo e, por conseguinte, ambas as normas sem validade. Cada uma de ambas as normas gerais é razoável, e ambas valem."

decisão judicial e a lei) é solucionado, pela formulação kelseniana, de modo mais complexo. Inicialmente, ele considera contradição nos termos a tradicional noção de *norma contrária a outras normas*. Ou seja, se determinada norma não observou o processo de sua criação disciplinado por outra norma (p. ex., não foi editada pela autoridade competente ou não foi publicada como seria necessário), então ela não existe como norma. Se não existe, falar em conflito com outras normas não tem sentido algum.

Por outro lado, a compatibilização entre as normas jurídicas pode ser considerada segundo diferentes pontos de vista. Alguns podem entender que certa norma tem conteúdo e foi editada de acordo com o processo compatível com a previsão de outras normas. Outros podem entender que não se dá tal correlação. É necessário definir o órgão competente para dizer o direito, isto é, para resolver de modo definitivo, e através do procedimento apropriado, se há ou não a compatibilidade entre as normas. Ao transitar em julgado o pronunciamento do órgão judiciário competente, o direito positivo passa a valer tal como afirmado na decisão correspondente.

Ora, se assim é, se as decisões judiciais, independentemente de seu específico conteúdo, alcançam, por determinado processo, a força da coisa julgada e se tornam indiscutíveis, toda a ordem jurídica, então, compreende forçosamente duas normas acerca dos poderes dos julgadores. De um lado, o de aplicar as leis observando na norma individual (a sentença) o mesmo conteúdo genericamente disposto na legislação; de outro, o de as aplicar determinando o conteúdo da norma individual segundo sua vontade,

mesmo que em sentido diferente ao do disposto na legislação (Kelsen, 1960: 365)³⁶.

Paralelamente, as leis de conteúdo desconforme ao da Constituição, editadas pelos legisladores, são válidas até que sua vigência seja revogada por norma jurídica posterior (outra lei ou mesmo a decisão definitiva da corte constitucional, concluindo pela inconstitucionalidade da anterior). Mas, e não ocorrendo essa revogação, tanto porque o legislador não editou norma revogadora quanto porque o Judiciário considerou inexistente a desconformidade? Nessa hipótese, a lei desconforme com a Constituição integra a ordem jurídica.

Se assim é — se leis inconstitucionais podem acabar integrando a ordem jurídica —, então a única explicação possível para tal situação é a de que a Constituição outorga ao poder legiferante a opção entre baixar leis ordinárias de conteúdo compatível com o que nela vem disciplinado diretamente, ou baixá-las com o conteúdo que entender mais adequado, ainda que diverso do que o texto constitucional estabelece. Essa alternatividade se verifica tanto na hipótese de a ordem constitucional eleger somente o próprio poder legiferante como competente para aferir a constitucionalidade de suas leis (1960: 370)³⁷ quanto na de a

36. "O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há-de produzir. Estas duas normas formam uma unidade."

37. "A Constituição dá ao legislador competência para, através de um processo diferente do diretamente determinado pelas normas constitucionais, criar normas jurídicas gerais e dar a estas normas um conteúdo diferente daquele que as normas da Constituição diretamente determinam. Estas

mesma ordem conferir essa competência a órgão diverso, por exemplo, uma corte constitucional (1960: 371)³⁸. Há, por assim dizer, certa preferência do Constituinte pela solução expressamente indicada no texto constitucional, mas disso apenas pode decorrer eventual responsabilização de agentes públicos pela edição de normas em sentido contrário. Tal responsabilização, contudo, não acarreta necessariamente a revogação da norma desconforme.

Em suma, a descrição da ordem jurídica feita pelas proposições da ciência do direito deve conferir-lhe sentido lógico, eliminando as contradições existentes. Para a superação das antinomias (conflitos normativos), vale-se o cientista do direito das categorias do *duplo poder jurisdicional* e do *duplo poder legiferante*, acima delineadas. A partir da consideração das alternativas, consciente ou inconscientemente abertas aos órgãos legisladores e aos judicantes, pela ordem jurídica em vigor, o cientista do direito mostra que os conflitos entre as normas não existem.

Ou seja, a lei discriminatória pode, por um lado, contrariar o princípio da igualdade, previsto pela Constituição,

normas constitucionais apenas representam uma das duas possibilidades criadas pela Constituição. A outra é criada pela Constituição, pelo fato de ela não deixar a outro órgão diferente do legislador a decisão da questão de saber se a norma, por ele editada como lei, é lei no sentido da Constituição."

38. "As chamadas leis 'inconstitucionais' são leis conformes à Constituição que, todavia, são anuláveis por um processo especial. Também nestes casos as determinações constitucionais que regulam a legiferação têm natureza alternativa acima caracterizada, pelo que o órgão legislativo detém a possibilidade de opção entre duas vias: a determinada diretamente pela Constituição e a que há-de ser determinada pelo próprio órgão legislativo. A diferença, contudo, reside em que as leis criadas pela segunda via, sendo embora válidas, são anuláveis por um processo especial."

mas não contraria, por outro, a norma de outorga de competência ao Congresso para editá-la, também prevista pela Constituição. Não há, assim, desobediência ao texto constitucional. E, de qualquer forma, se o Poder Judiciário, por decisão definitiva, considera inexistente a afronta à norma de hierarquia superior, então não há qualquer gênero de incompatibilização, porque ele se encontra investido, pela própria Constituição, da competência para dizer o direito. Em suma, o texto constitucional pode ter sido desobedecido, do ponto de vista da teoria jurídica estática, mas foi obedecido, do ponto de vista da teoria jurídica dinâmica.

A CIÊNCIA DO DIREITO

11. Sentido subjetivo e sentido objetivo dos atos

Os fatos possuem o significado jurídico que a norma lhes atribui. A morte de uma pessoa ocasionada por um tiro pode caracterizar homicídio ou execução de pena de morte. Não é o fato em si, ressalte-se, que apresenta notas capazes de dar-lhe a configuração jurídica. O ato de disparar contra uma pessoa e causar sua morte poderá revestir-se de licitude ou ilicitude, sem experimentar a menor alteração, enquanto evento no mundo dos fatos. Será a norma jurídica incidente sobre o fato a responsável por conferir o sentido de lícito ou ilícito à conduta. A norma jurídica, em decorrência, tem a natureza de um esquema de interpretação da realidade. Nela se encontra o sentido jurídico *objetivo* dos atos praticados pelos homens.

Reúnem-se em uma grande sala diversas pessoas. Sob a direção de algumas delas, discutem propostas, conversam, consultam dados e, a final, acionam dispositivos eletrônicos. Num painel, informa-se que a maioria concordou com determinada propositura. Essa coleção de fatos pode ter o sentido objetivo de uma sessão parlamentar, caso as normas jurídicas pertinentes assim a qualifiquem. Mas pode ter, também, o sentido de uma convenção partidária, ou mesmo de uma sessão parlamentar inválida, em razão

da inobservância de formalidade essencial. Depende, novamente, da qualificação emanada da norma jurídica.

As pessoas participantes de eventos qualificados juridicamente podem fazer, e geralmente fazem, uma idéia acerca de sua significação. Esse sentido *subjetivo* irá ou não coincidir com o dado pela norma jurídica. Se terroristas condenam à morte personalidades consideradas nocivas à causa deles, afirmando constituírem um tribunal revolucionário, o sentido subjetivo atribuído aos atos pelos próprios agentes não é igual ao liberado pelo direito. Já, se três desembargadores discutem e decidem acolher o recurso em pauta, interpretando os seus próprios atos como julgamento, nesse caso, haverá coincidência entre o sentido subjetivo e objetivo de suas condutas.

A autoridade jurídica, ao editar normas gerais ou individuais, no exercício de sua competência, também costuma dar ao seu ato um sentido. E, à semelhança do verificado relativamente a todas as demais condutas humanas, pode ou não haver identidade entre o sentido subjetivo e o objetivo. Isso representa uma particularidade do objeto da ciência jurídica: a norma pode fazer-se acompanhar de informações mais ou menos claras sobre como o seu editor pretende vê-la interpretada. Os objetos das ciências naturais, por certo, não têm de longe igual possibilidade. Plantas, animais, energias não comunicam minimamente ao cientista a sua própria classificação, mas simplesmente existem. A assinalação de tal particularidade da ciência jurídica serve de advertência aos doutrinadores, a quem cabe permanentemente conferir se coincide o sentido subjetivo atribuído pela autoridade jurídica ao seu próprio ato e o objetivo decorrente da ordem jurídica em vigor.

12. Classificação da ciência do direito

O objeto da ciência jurídica compreende as normas postas pelas autoridades competentes, observado o princípio metodológico fundamental, ou seja, excluídos do âmbito de interesse do cientista jurídico os fatores especificamente sociais, econômicos, culturais, morais ou políticos interferentes na produção da norma e também os valores prestigiados em sua edição. Esclarece, contudo, Kelsen que as condutas humanas, enquanto determinadas por normas jurídicas, são igualmente objeto do conhecimento do direito.

As condutas humanas são descritas e estudadas em diversas ciências, como a sociologia, a psicologia e o direito. Há, entretanto, uma distinção fundamental entre a ciência jurídica, de um lado, e as demais ciências sociais: é o princípio ordenador dos respectivos enunciados. Quando o sociólogo se debruça sobre as relações humanas de seu objeto, a assertiva derivada do ato de conhecimento estabelece entre a referência a dois fatos uma ligação de causa e efeito. A sociologia poderia, por hipótese, sustentar que altas taxas de desemprego implicam aumento de criminalidade. Nesse caso, dois dados da realidade são relacionados, sendo um causa (elevação da taxa de desemprego) e outro efeito (aumento da criminalidade). Operam os cientistas sociais, nesse contexto, com o princípio da causalidade.

Enunciados pertinentes às condutas humanas, nos quais se afirma a derivação de determinadas consequências da verificação de certos fatos, não são essencialmente diversos dos formulados pelas ciências naturais acerca de seu objeto. Ao se afirmar na física, por exemplo, que o aquecimento da água, a cem graus Celsius, causa a sua

transformação do estado líquido para o gasoso, relacionam-se dois fatos, sendo um causa (o aquecimento) e o outro efeito (a evaporação). Ora, assim sendo, trata-se de enunciado rigorosamente idêntico, em sua forma, à das ciências sociais causais. Psicologia e sociologia, tanto quanto a física, química e biologia, são conhecimentos sobre relações de causalidade. Há entre elas diferenças apenas de grau, mas não de princípio.

Já a ciência jurídica opera os seus enunciados a partir de princípio substancialmente diverso. As ligações entre antecedente e conseqüente, estabelecidas em proposições jurídicas, não afirmam causalidades. Ao enunciar que o furto deve ser punido com reclusão de um a quatro anos e multa, o penalista não está pretendendo a conduta de subtração de coisa alheia móvel como causa da punição, nem esta como efeito do ilícito. Estabelece-se entre esses dois fatos — o furto e a punição — um liame diferente, denominado em Kelsen *imputação*. A sanção não é causada pela conduta proibida; apenas deve ser aplicada diante de prova de tal conduta.

A ciência do direito, dessa maneira, distancia-se dos demais gêneros de conhecimentos ocupados com o comportamento dos homens, para se aproximar, por exemplo, da ética, também uma ciência operativa do princípio da imputação, cujo objeto são as normas da moral (1960: 118/119)³⁹.

39. “Quando se procede à análise das nossas afirmações sobre a conduta humana, verifica-se que nós conexionamos os atos de conduta humana entre si e com outros fatos, não apenas segundo o princípio da causalidade, isto é, como causa e efeito, mas também segundo um outro princípio que é completamente diferente do da causalidade, segundo um princípio para o qual ainda não há na ciência uma designação geralmente aceita. Somente se é possível a prova de que um tal princípio está presente no nosso pensamento e é aplicado por ciências que têm por objeto a conduta dos homens entre

Na classificação kelseniana, as ciências se dividem, segundo o seu objeto, em naturais ou sociais, encontrando-se o direito evidentemente nesta última categoria. Isso porque seu objeto alcança as condutas dos homens, embora sejam tratadas enquanto conteúdo de normas jurídicas. A classificação mais importante e significativa para Kelsen, entretanto, leva em conta o princípio fundamental do conhecimento, e, quanto a tal critério, têm-se ciências causais e normativas. O direito se situa entre as da última espécie. Em parte, os dois padrões classificatórios se interpenetram, mas, embora se possam qualificar certos conhecimentos como sociais e causais (a sociologia, a psicologia etc.), não existe nenhum que se possa chamar de ciência natural normativa.

A ambigüidade da expressão escolhida por Kelsen para denominar a categoria a que pertence o direito — ciência *normativa* — obriga ressaltar que esse conhecimento (como, aliás, qualquer outro) não prescreve condutas, mas tão-somente examina os contornos da determinação expressa em normas. Assim como a ética, o direito é ciência social normativa não porque estabeleceria normas, mas sim porque estrutura os seus enunciados a partir do princípio da imputação (1960: 133)⁴⁰.

si enquanto determinada por normas, ou seja, que têm por objeto as normas que determinam essa conduta, é que teremos fundamento para considerar a sociedade como uma ordem diferente da da natureza e para distinguir das ciências naturais as ciências que aplicam na descrição do seu objeto este outro princípio ordenador, para considerar estas como essencialmente diferentes daquelas.”

40. “Se estas ciências (Ética e Ciência Jurídica) são designadas como ciências normativas, isto não significa que elas estabeleçam normas para a conduta humana e, conseqüentemente, prescrevem uma conduta, confirmam competência para ela ou positivamente a permitam, mas que elas descrevem certas normas, postas por atos humanos, e as relações entre os homens através delas criadas.”

13. Princípio da imputação e princípio da causalidade

As afirmações científicas têm a forma de juízos hipotéticos, quer dizer, sustentam que determinada consequência está ligada a certo pressuposto. Ou, em outros termos, *se* verificada a hipótese, *então* o consequente também se verifica ou deve se verificar. As ciências causais apresentam seus enunciados sob a forma correspondente ao princípio da causalidade (*se A é, então B é*), enquanto as normativas o fazem atendendo ao da imputação (*se A é, então B deve ser*). Qualquer proposição da ciência química, por exemplo, pode ser reduzida à sustentação de um consequente necessário: *se*, mantido o volume do gás, aumenta a temperatura (*se A é*), *então* a pressão também aumenta (*então B é*). A ciência jurídica, por outro lado, constitui-se de proposições estruturadas como sustentação de um consequente prescrito: *se* o devedor não paga sua obrigação (*se A é*), *então* deve ser movida a execução forçada de seu patrimônio (*então B deve ser*).

Distinguem-se basicamente os dois princípios pela natureza da consequência. O efeito, na relação causal, não é a descrição do estabelecido por ato de vontade dos titulares de competência jurídica, tal como se verifica com a sanção na relação normativa. Desse modo, como independe da vontade humana, o consequente na relação causal necessariamente segue o antecedente na órbita do ser. Se tanto não ocorre, o enunciado é falso e deve ser substituído. Ou seja, se a água aquecida a cem graus não evapora, a afirmação de que o líquido nessas condições se evapora perde inteiramente a sua pertinência (veracidade). Já, por outro lado, como o consequente na relação de imputação se re-

fere a uma manifestação de vontade, o fato de a prescrição não se verificar efetivamente não torna falsa a proposição de que ela *deveria* ocorrer (Kelsen, 1960: 135)⁴¹. São dois assuntos diferentes: se a sanção é ou não aplicada e se ela *deveria* ou não ser aplicada.

Outra diferença entre a relação de causalidade e a da imputação consiste na limitação desta contraposta à infinitude daquela. Toda causa é simultaneamente efeito de outra causa e todo efeito, por sua vez, causa novo efeito. Os eventos do mundo do ser pertencem a uma cadeia de sucessões, em que cada um é causado pelo anterior e tem por efeito o posterior; ou, o que é o mesmo, cada evento é efeito do anterior e é causa do posterior. Estabelecer o ponto de início ou de término dessa cadeia não tem sentido racional, perante a noção de causalidade. A mesma infinitude não se encontra, no entanto, na relação de imputação. Ao contrário, o antecedente (a hipótese de incidência da norma) resulta da descrição de um recorte na realidade, de uma definição normativa. Não é derivação de nenhum outro consequente imputado. Por sua vez, a sanção não gera necessariamente novo pressuposto de imputação. Há o ponto inicial e o terminal, claramente definidos na proposição jurídica.

Primitivamente, o homem não teria explicado os fenômenos da natureza de acordo com o princípio da causa-

41. "Quando se descobre um fato que está em contradição com uma lei natural, deve a lei natural ser posta de parte pela ciência, como falsa, e ser substituída por uma outra que corresponda ao fato. A conduta antijurídica, porém, quando a sua frequência não ultrapasse uma certa medida, não constitui de forma alguma razão para a ciência jurídica considerar como não válida a norma jurídica violada por essa conduta e para substituir a sua proposição jurídica, descritiva do Direito, por uma outra."

lidade, mas segundo o da imputação. Para Kelsen, o homem primitivo interpretava as condições desfavoráveis da natureza, como má colheita ou intempéries, como castigo aplicado pela conduta indevida dos membros da tribo. De modo similar, tomava as condições favoráveis como prêmio por boa conduta. Procedia-se, pois, à interpretação sócio-normativa da natureza. É curioso, ressalta, que a palavra escolhida pelos antigos gregos para nomear a noção de *causa* tenha sido a mesma utilizada para *culpa*. Lentamente, contudo, o homem foi constatando que os eventos naturais não derivam de normas estabelecidas pela vontade humana ou supra-humana, e terminou por formular o princípio da causalidade.

14. Caráter constitutivo da ciência do direito

As autoridades jurídicas põem as normas, exercitando as competências em que se encontram investidas. Este é o material bruto com que lida o cientista do direito. As normas são postas, no entanto, sem que haja necessária correlação lógica entre elas. Ao se examinarem as diferenças entre normas jurídicas e proposições jurídicas (item 3) e a questão das antinomias (item 10), assentou-se que Kelsen não considera possível aplicar à ordem jurídica, diretamente, os princípios norteadores do pensamento lógico.

Em interessante correspondência mantida com Ulrich Klug, um dos pioneiros da investigação sobre lógica jurídica, Kelsen claramente sustenta a inviabilidade de um tal projeto epistemológico (Kelsen-Klug, 1981). Para ele, o direito, enquanto conjunto de normas jurídicas — isto é, o direito positivo — não tem lógica. Afirma que a natureza dos princípios lógicos não permite a sua aplicação senão a

atos de pensamento que possam ser verdadeiros ou falsos. Ora, as normas são atos de vontade, insuscetíveis de valoração como verdadeiros ou falsos. Nem sequer seria possível a aplicação *analógica* dos princípios lógicos à ordem jurídica, posto não existir qualquer analogia entre a verdade de enunciados com o sentido de atos de pensamento e a validade de normas. Nem, por outro lado, pode-se estabelecer qualquer liame analógico entre veracidade de enunciados cognitivos e obediência às normas jurídicas.

A lógica se aplica, unicamente, na formulação de proposições jurídicas. Estas, como são enunciados descritivos de normas, podem ser verdadeiras ou falsas, caso reproduzam com ou sem fidelidade a prescrição. Os princípios lógicos aplicáveis às proposições jurídicas não se diferenciam, essencialmente, dos utilizados pela ciência natural: é a mesma lógica clássica, nascida em Aristóteles, que servirá à formulação da ciência do direito. Kelsen nega a existência de uma lógica especialmente jurídica. Para ele, não somente é sem sentido cogitar de qualquer tipo de lógica na criação do direito, como também de uma lógica própria para a descrição das normas. Esse entendimento, expresso em correspondências trocadas com Ulrich Klug, ele manteve em sua obra póstuma (1979: 263 e 349)⁴².

42. "O pressuposto fundamental dos princípios da Lógica tradicional aplicados à verdade de enunciados é que existem enunciados verdadeiros e falsos, quer dizer: há enunciados que têm a qualidade de ser verdadeiros ou falsos. Enunciados que são verdadeiros ou falsos são o sentido de atos de pensamento. Normas são, porém, o sentido de atos da vontade dirigidos à conduta de outrem e, como tais, nem são verdadeiras nem falsas e, por conseguinte, não subordinadas aos princípios da Lógica tradicional, contanto que estes sejam relacionados com verdade ou falsidade. (...) Por conseguinte, não se pode falar, especificamente, de uma Lógica *jurídica*. É a

Ao estudar o material bruto derivado dos atos de vontade expressos em normas jurídicas, a ciência do direito deve descrevê-lo como um sistema lógico. As antinomias perdem o sentido de contradição *através* da ciência jurídica, que identifica a ordem positiva como um sistema dinâmico de normas, abstraindo o seu conteúdo e relacionando-as pela trama de competências para a sua produção. O resultado será a própria constituição da ordem jurídica. Nesse diapasão, ao considerar o conhecimento como constitutivo de seu objeto, Kelsen revela seu perfil neokantiano (1960: 112)⁴³.

15. Hermenêutica kelseniana

Distingue Kelsen duas espécies de interpretação. De um lado, a *autêntica*, realizada pelo órgão com competência para aplicar a norma jurídica, e, de outro, a *não autên-*

Lógica Geral que tem aplicação tanto às proposições descritivas da ciência do Direito — até onde a Lógica Geral é aqui aplicável — quanto às prescribentes normas do Direito.”

43. “Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, *produz* o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. Esta *produção*, porém, tem um puro caráter teórico ou gnoseológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica.”

tica, procedida pela ciência do direito e pelas pessoas em geral. A interpretação que o Legislativo faz da Constituição, ao editar leis ordinárias, a do Executivo relativamente a estas últimas, ao baixar o decreto regulamentar, e a do Judiciário pertinente às normas gerais em vigor, para proferir decisões (editar normas individuais), têm natureza substancialmente diversa da interpretação doutrinária, a cargo da ciência do direito. Esta, por sua vez, tem a mesma natureza da interpretação que as pessoas fazem das normas jurídicas, para as obedecer.

A existência de uma margem de indeterminação relativa, por outro lado, é inerente à positivação de normas jurídicas. Quer dizer, a autoridade superior, ao baixar norma geral, não pode predeterminar todo o conteúdo das normas individuais correspondentes à aplicação de sua vontade normatizada. Sempre haverá matérias a serem decididas pela autoridade inferior (Kelsen, 1960: 337)⁴⁴. A Constituição não pode determinar, de modo completo e exaustivo, o conteúdo da lei e esta não pode vincular, em termos absolutos, o conteúdo da decisão judicial. Verifica-se tanto a hipótese de indeterminação intencional, em que, implicitamente, concede-se à autoridade, com competência para aplicar a norma interpretanda, o poder para resol-

44. “No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura, dentro da qual há-de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo.”

ver certas questões, como também a de indeterminação não intencional, assim a derivada da pluralidade de significações das palavras, da distância entre a real vontade da autoridade competente e a expressão lingüística da norma, ou ainda de antinomias.

Em razão da necessária indeterminação relativa da norma jurídica, ela pode ser metaforicamente referida como uma moldura, dentro da qual se acomodam muitos significados (1960: 466/467)⁴⁵. A interpretação não autêntica cognoscitiva, isto é, a realizada pela ciência do direito, fixa os limites da moldura de significados, pertinentes à norma interpretanda. No entanto, o conhecimento científico do direito não pode ir além. Ou seja, uma vez encontradas todas as múltiplas significações atribuíveis a dada norma, fixada a respectiva moldura, cessa a tarefa da ciência jurídica. Nas hipóteses específicas em que essa mesma norma for aplicada, evidentemente apenas um desses significados prevalecerá, mas em decorrência de um ato de vontade da autoridade competente e não de qualquer ato cognoscitivo da ciência jurídica (1960: 467)⁴⁶.

A diferença entre a interpretação não autêntica produzida pela ciência jurídica e a autêntica está ligada à natureza do ato. A primeira se realiza através do conhecimento, é

ato cognoscitivo, enquanto a segunda traduz o exercício de competência jurídica. Há, por assim dizer, um momento cognoscitivo na interpretação autêntica, mas ela é essencialmente ato de manifestação de *vontade*.

A particularidade da hermenêutica kelseniana se revela na afirmação da pluralidade de significações cientificamente pertinentes de cada norma jurídica. Rejeita-se, com firmeza, a possibilidade de a ciência encontrar o sentido único da norma interpretanda. A hermenêutica tradicional — chame-se assim — reduz-se à discussão sobre o método exegético mais adequado para se alcançar a verdade contida na norma, algumas vertentes propondo a pesquisa dos fatores históricos, outras pressupondo a logicidade do sistema normativo etc. Kelsen desqualifica tal discussão. Todas as significações reunidas na moldura relativa à norma têm rigorosamente igual valor, para a ciência jurídica. Quando o órgão aplicador do direito opta por atribuir à norma interpretanda uma das significações emolduradas, não realiza ato de conhecimento, mas manifesta sua vontade (Kelsen, 1960: 467)⁴⁷.

45. “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.”

46. “...a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que — na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar — têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito — no ato do tribunal, especialmente.”

47. “A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada) e que a *justeza* (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.”

Além disso, como se cuida de ato de vontade, o órgão aplicador do direito pode atribuir à norma até mesmo um sentido não compreendido na moldura delineada pela ciência jurídica; pode, com efeito, interpretar a norma de modo absolutamente rejeitado pelos cientistas do direito. A interpretação autêntica não está limitada pela cognoscitiva (1960: 471)⁴⁸. Diante da constatação de que certa autoridade interpretou a lei de forma indevida, as pessoas estão habituadas a apontar o recurso ao Judiciário como o meio de corrigir a distorção. Ora, os juízes também podem eventualmente interpretar a lei no mesmo sentido, e a decisão, uma vez transitada em julgado, tornar-se-á definitiva e inquestionável. Também eles estão exercendo uma competência — aliás de dupla face, como já examinado (item 10) —, e expressando vontade.

A ciência do direito, portanto, deve apenas elencar os possíveis sentidos da norma jurídica em estudo, superando a ficção da única interpretação correta (1960: 472/473)⁴⁹. Com isso, até contribuiria indiretamente para o aumento da segurança jurídica, ao revelar a imperfeição da obra do legislador. O pensamento kelseniano nega decididamente

a natureza científica de enunciados afirmativos de um verdadeiro significado da norma jurídica, em detrimento de outro ou outros também possíveis.

Muitos doutrinadores autodenominados kelsenianos se contentam com o Kelsen da primeira página do *Teoria Pura do Direito*. Consideram pertinente o princípio metodológico fundamental, de abstração dos fatores interferentes na produção normativa e de neutralidade ideológica; mas nem sequer demonstram conhecer quais são as reais e últimas implicações desse postulado metódico, especialmente no tocante às funções meramente elencativas da ciência que se pode construir a partir dele. Não cabe, no entanto, acolher a filosofia do direito kelseniana pela metade. A aceitação do princípio metodológico fundamental exige exatamente uma hermenêutica que negue a possibilidade de a ciência definir o único sentido correto da norma jurídica.

A decisão judicial é, para Kelsen, a edição de uma norma jurídica individual. O mesmo corte epistemológico e axiológico exigido no exame das normas gerais, portanto, também haverá de ser adotado no exame das decisões judiciais. Isto é, as razões pelas quais o juiz atribui à norma aplicanda um determinado sentido são de ordem psicológica, ideológica, sociológica, cultural, moral etc. Não interessam, desse modo, ao cientista do direito. O seu conhecimento é reduzido à identificação das várias significações que se pode relacionar a cada disposição normativa, exatamente porque lhe é vedado investigar o pré-normativo e o metanormativo, campos em que se poderia encontrar a explicação para a escolha do juiz. A teoria kelseniana, por ser extraordinariamente lógica, impede a rejeição parcial de suas proposições, sem incorrer em falácias incontornáveis (cf. Coelho, 1994).

48. “A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.”

49. “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação *correta*. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica.”

A hermenêutica de Kelsen, no entanto, embora seja decorrência necessária do princípio metodológico fundamental, termina por empobrecer enormemente a sua epistemologia e frustra todos quantos se dispuseram a acompanhá-lo com entusiasmo, ao longo da teoria pura. Mas, por outro lado, ela configura, na feliz expressão de Ferraz Jr. (1988: 238/239)⁵⁰, um *desafio* à filosofia jurídica; desafio esse que criou as condições para uma extraordinária revolução na epistemologia do direito.

KELSEN NA FILOSOFIA JURÍDICA

16. Conclusão

Um dos momentos mais significativos do pensamento filosófico do século XX se encontra no último aforismo do *Tractatus Logico-philosophicus*, de Wittgenstein, segundo o qual: “sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar” (*Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen*; 1921: 281). A filosofia, uma vez mais, indagava sobre si própria e sobre a pertinência de seus resultados. Os enunciados metafísicos, se não podem ser verdadeiros ou falsos, porque nem sequer têm sentido, não devem ser formulados. Wittgenstein, após a publicação da obra, renuncia à herança do pai e se emprega como ajudante de jardineiro do Mosteiro de Hütteldorf. Seu silêncio se reveste de profundo significado filosófico: a advertência era para valer. Se a filosofia cuida do que vai além da experiência empírica e trata do indizível, então nada pode afirmar de seguro sobre o seu objeto e deve simplesmente emudecer.

Tempos depois, Wittgenstein retorna à filosofia como professor de Cambridge e passa a dedicar-se a temas diferentes, assumindo inclusive posições opostas à do *Tractatus* (cf. Stegmüller, 1960: 430/435). Parece, desse modo, querer preservar a integridade de sua propositura sobre o silêncio acerca das questões filosóficas. Os compêndios de

50. “Com isso, porém, Kelsen frustra um dos objetivos fundamentais do saber dogmático, desde que ele foi configurado como um conhecimento racional do direito. Ainda que lhe atribuamos um caráter de tecnologia, de saber tecnológico, a sua produção teórica fica sem fundamento, aparecendo como mero arbítrio. Não teria, pois, realmente, nenhum valor racional procurar um fundamento teórico para a atividade metódica da doutrina, quando esta busca e atinge o sentido unívoco das palavras da lei? Seria um contra-senso falar em verdade hermenêutica? Enfrentar esta questão constitui o que chamaríamos, então, de o desafio kelseniano.”

filosofia falam de um primeiro Wittgenstein, envolvido com o projeto de discutir as possibilidades da metafísica, através do estudo da estrutura lógica dos enunciados em sua função afigurativa; e de um segundo Wittgenstein, mais flexível, crítico da função descritiva da linguagem, uma ferramenta de múltiplos usos. Ao tratá-lo como dois filósofos, a filosofia presta homenagem a um seu ilustre representante e reconhece a seriedade da advertência de se calar acerca do indizível.

O primeiro Wittgenstein exerceu forte influência na linha mestra condutora do pensamento dos teóricos do Círculo de Viena. Essa escola, reunindo pensadores de diversas áreas do conhecimento, como a física, matemática, economia e a própria filosofia, realçou a noção de falta de sentido dos enunciados postos além da experiência empírica e se preocupou com a possibilidade de criação de uma língua ideal para a ciência. Considerado por alguns mera interpretação empirista e parcial do primeiro Wittgenstein, o *positivismo lógico* do Círculo de Viena tem a sua importância reconhecida mesmo pelos que reputam fracassados seus principais empreendimentos teóricos (cf. Lacoste, 1988: 39)⁵¹.

51. "As teses do positivismo lógico estão no centro da filosofia contemporânea não por serem sua verdade, sua última palavra — a maioria dos pensamentos importantes, em sua própria brutalidade, representam uma tentativa que precisa ser feita, uma aventura necessária. O fracasso do positivismo lógico enquanto movimento não foi inútil; é o próprio exemplo do fracasso útil que permite mostrar no que uma posição sedutora é insustentável. Essa corrente é tão necessária à filosofia contemporânea quanto o ceticismo o é para a filosofia clássica, pois constitui um desafio permanente lançado à confusão metafísica e à facilidade retórica, justamente em nome das exigências da racionalidade."

De qualquer forma, a sétima e última proposição do *Tractatus* — "sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar" — é um significativo ponto de referência para toda a epistemologia no século XX, inclusive a kelseniana.

Kelsen conheceu Wittgenstein e travou relações com os teóricos do Círculo de Viena; mas, independentemente desses dados biográficos, pode-se afirmar que a teoria pura do direito se liga àquela proposição wittgensteiniana, referencial da epistemologia de seu tempo (cf. Ferraz Jr., 1988: 238)⁵². Ou seja, Kelsen propõe que, uma vez demonstrada a impossibilidade de se superar cientificamente a multiplicidade de sistemas morais, então o mais correto para a doutrina é renunciar à avaliação da justiça ou injustiça da ordem jurídica. Por outro lado, se a eliminação de diferenças nas interpretações da mesma norma jurídica não se pode fazer pela ciência, mas apenas por ato de vontade, então à doutrina cabe unicamente elencar as muitas significações atribuíveis à norma, silenciando quanto à maior ou menor pertinência destas. Em suma, para ele, o que não se pode falar sobre o direito positivo, com consistência científica, deve-se calar. Representa, à sua maneira, uma aprimorada manifestação do espírito cientificista do direito. Isto é, embora Kelsen seja consciencioso no respeito aos limites do que se pode esperar do conhecimento científico, ele representa inegavelmente a crença na possibilidade de construção de um conhecimento rigoroso, confiável e verdadeiro acerca dos conteúdos de normas jurídicas.

52. "Numa analogia a um texto final de uma obra de Wittgenstein, lógico com que Kelsen privou em seus tempos de Viena, segundo o qual *o que não se pode falar, deve-se calar*, poderíamos dizer que para o nosso jurista, o que a ciência jurídica não pode descrever, deve omitir."

Tal espírito se pode identificar, com variados graus de explicitação, em muitos pensadores da civilização moderna ocidental. De fato, desde que Hume formulou, em 1739, a impossibilidade de se fundarem empiricamente os enunciados axiológicos⁵³, o direito, progressivamente diferenciado da moral, passou a ser visto como o produto de uma decisão, expressão da vontade de autoridades. Nesse sentido, o homicídio, por exemplo, apenas é crime porque se legislou definindo certa pena à sua prática.

Antes de Hume, formulações jusnaturalistas afirmavam a possibilidade de se concluir racionalmente da natureza humana os postulados direcionadores das condutas em sociedade. O homicídio é crime, segundo essas concepções, porque o respeito à vida integral de alguma forma a natureza ética da humanidade. Claro que a separação humaniana entre o mundo do ser e o do dever ser, que vem encontrar em Kelsen decidida aceitação, não excluiu por

53. "Reason is the discovery of truth or falsehood. Truth or falsehood consists in an agreement or disagreement either to the real relations of ideas, or to real existence and matter of fact. Whatever therefore is not susceptible of this agreement or disagreement, is incapable of being true or false, and can never be an object of our reason. Now, it is evident our passions, volitions, and actions, are not susceptible of any such agreement or disagreement; being original facts and realities, complete in themselves, and implying no reference to other passions, volitions and actions. It is impossible, therefore, they can be pronounced either true or false, and be either contrary or conformable to reason. This argument is of double advantage to our present purpose. For it proves directly, that actions do not derive their merit from a conformity to reason, nor their blame from a contrariety to it; and it proves the same truth indirectly, by showing us, that as reason can never immediately prevent or produce any action by contradicting or approving of it, it cannot be the source of moral good and evil, which are found to have that influence" ("A treatise of Human Nature", *extraído de Moris, 1959: 188; essa passagem de Hume se encontra parcialmente reproduzida em Kelsen, 1979: 108/109*).

completo a teoria do direito natural do cenário do pensamento filosófico, jusfilosófico ou político da era moderna e contemporânea. Ainda hoje, contribuições como a de Rawls, extraordinariamente prestigiadas, revelam a sobrevivência e o revigoramento de formulações aparentadas ao jusnaturalismo.

O autor norte-americano, criador da teoria da justiça como equidade (*fairness*), recupera a noção de contrato social, que é uma categoria originariamente jusnaturalista, para apresentá-la sob novo formato: não mais como acordo realizado entre os homens na fundação da sociedade política, e sim como formulação racional capaz de renortear as normas sociais, a partir do conceito de justiça. Segundo Rawls, se as pessoas se pusessem a imaginar como deveria ser estruturada a sociedade, mas com total abstração da função que cada uma concretamente viria a desempenhar, de modo a assegurar completa isenção no exercício racional, então concluiriam forçosamente pela afirmação de dois princípios: primeiro, o acesso garantido às liberdades fundamentais, de manifestação, de consciência, de atuação política etc.; segundo, as desigualdades seriam admissíveis se proveitosas para todos, em especial para os desfavorecidos (cf. Rawls, 1971: 11)⁵⁴.

54. "My aim is to present a conception of justice which generalizes and carries to a higher level of abstraction the familiar theory of the social contract as found, say, in Locke, Rousseau, and Kant. In order to do this we are not to think of the original contract as one to enter a particular society or to set up a particular form of government. Rather, the guiding idea is that the principles of justice for the basic structure of society are the object of the original agreement. They are the principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of equality as defining the fundamental terms of their association. These principles are to regulate all further agreements; they specify the kinds of

Embora Rawls não chegue a tratar especificamente dos pressupostos epistemológicos de sua teoria, pode-se identificar claramente a recorrência aos fundamentos gerais do direito natural. A afirmação de que *a licitude ou ilicitude de certo comportamento se pode sustentar na natureza dos homens* reclama um conhecimento do direito similar ao das ciências naturais. Se estamos sujeitos à atuação de forças éticas tal como estamos à de forças físicas, então enunciar que o homicídio é crime envolveria operação mental idêntica à formulação da lei da gravidade. Essa similitude fica particularmente notável em posições jusfilosóficas mais explicitamente naturalistas, como a teoria do direito quântico, por exemplo (Telles Jr., 1971). O cientificismo do direito se revela, assim, de algum modo presente também no jusnaturalismo. Este, aliás, é um significativo ponto em comum a marcar Kelsen e a teoria do direito natural: ambos consideram possível o conhecimento científico do conteúdo de normas jurídicas. A diferença se estabelece no método, apontando o pensamento kelseniano para a pureza, e os jusnaturalistas para a relevância da dimensão moral da natureza humana.

A teoria pura do direito é, assim, o ápice da trajetória típica da modernidade, no sentido da tentativa de alicerçar na ciência o conhecimento da organização da sociedade estabelecida através de normas. Modernidade é não propriamente um período ou era histórica, mas um paradigma a reunir os elementos comuns à cultura ocidental desde o século XVI, quando começou a se delinear enquanto pro-

jeto. A intelectualidade contemporânea, em muitas áreas, tem-se preocupado em refletir se o paradigma da modernidade já não teria esgotado suas possibilidades de sintetizar a manifestação do espírito humano correspondente ao largo período histórico a que se refere; se não estaria a cultura em vias de transição a outro paradigma, o da pós-modernidade.

Boaventura de Souza Santos, nesse contexto, situa Kelsen no segundo período da modernidade, o denominado modernismo. Lembra o proposto por Andreas Huyssen, para quem a mais relevante característica desse período, em matéria de estética, é o medo do contágio pela política, moral ou cultura de massa ou popular (*anxiety of contamination*). Ressalta, então, que o mesmo conceito teria pertinência estendido à teoria pura do direito (Santos, 1993: 88/89)⁵⁵. À primeira vista, pois, na transição para o pós-moderno, especificamente no processo pertinente à epistemologia jurídica, parece não haver campo para qualquer influência da esgotada formulação kelseniana.

Penso, contudo, que a contribuição de Kelsen é paradoxal. Se, de um lado, negavelmente, ele levou o projeto de construção da ciência do direito às últimas conseqüências — e o fez com absoluto rigor, método, logicidade e destreza —, de outro, criou as condições teóricas para a superação do mesmo projeto. Ao pretender expandir até os seus limites a afirmação da possibilidade do conhecimento científico do direito, Kelsen acabou revelando tais

55. "The same anxiety of contamination is also present in the development of a formalist legal science opposed to any form of nonprofessional legal knowledge, which finds its extreme and most sophisticated expression in Kelsen's pure theory of law."

social cooperation that can be entered into and the forms of government that can be established. This way of regarding the principles of justice I shall call justice as fairness."

limites e pondo a nu as insuficiências dessa propositura epistemológica. O paradoxo exsurge claro em sua hermenêutica, no *desafio kelseniano*. Ora, se o conhecimento do direito somente seria científico se reduzido à apresentação do elenco das significações atribuíveis a cada norma jurídica, impondo-se total silêncio na questão acerca de qual delas deveria prevalecer sobre as demais, então não se pode conhecer com rigor o exato conteúdo das normas, já que afirmar o seu sentido único é função não científica.

O empreendimento da teoria pura do direito é um fracasso. Nenhum doutrinador, na literatura nacional ou estrangeira, é fiel adepto da hermenêutica kelseniana. A conclusão pela impossibilidade de definição científica do conteúdo das normas jurídicas é, contudo, peça essencial na teoria de Kelsen (item 15). Seu fracasso, no entanto, tal como o do positivismo lógico em relação à filosofia contemporânea, tem extraordinária importância para o desenvolvimento da filosofia do direito, porque a põe diante de sua questão fundamental, desde o fim do século XX — ou, se preferir, na atual transição para a pós-modernidade. É a questão sobre a natureza do conhecimento do conteúdo de normas jurídicas. Ao se debruçar sobre o significado atribuível à norma, o doutrinador não parece produzir qualquer tipo de conhecimento científico, mas sim um conhecimento de caráter tecnológico (cf. Ferraz Jr., 1980: 81/118; Coelho, 1992: 13/23). Tal reorientação do sentido geral da epistemologia jurídica abre um imenso leque de possibilidades teóricas. Sem Kelsen, sem a teoria pura, sem o *desafio kelseniano*, talvez a filosofia jurídica não estivesse ainda pronta para a exploração dessas novas e revolucionárias possibilidades.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto

- 1965 *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*
Milão, 1977, 3ª edição, Edizioni di Comunità
- 1977 *Dalla struttura alla funzione*
Milão, 1977, Edizioni di Comunità

COELHO, Fábio Ulhoa

- 1992 *Direito e Poder*
São Paulo, 1992, Saraiva
- 1995 *Kelsen e a ciência do direito*, em
Direito n. 1 — Revista do Pós-Graduação em Direito da PUC-SP
São Paulo, 1995, Max Limonad

DINIZ, Maria Helena

- 1979 *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*
São Paulo, 1979, RT

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio

- 1978 *Teoria da Norma Jurídica*
Rio de Janeiro, 1978, Forense
- 1980 *Função Social da dogmática jurídica*
São Paulo, 1980, RT

1988 *Introdução ao Estudo do Direito*
São Paulo, 1989, 2ª edição, Atlas

KELSEN, Hans

1934 *Reine Rechtslehre, Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*

edição argentina

Buenos Aires, 1946, 2ª edição, Losada

1945 *General Theory of Law and State*

Cambridge, 1949, 3ª edição, Harvard University Press

1960 *Reine Rechtslehre*

edição portuguesa

Coimbra, 1979, 5ª edição, Arménio Amado

1960a *Das Problem der Gerechtigkeit*

edição portuguesa

Coimbra, 1979, 5ª edição, Arménio Amado

1979 *Allgemeine Theorie der Normen*

edição brasileira

Porto Alegre, 1986, Sérgio Fabris

KELSEN, Hans — COSSIO, Carlos

1952 *Problemas Escogidos de la Teoria Pura del*

Derecho — Teoria egologica y teoria pura

Buenos Aires, 1952, Guillermo Kraft

KELSEN, Hans — KLUG, Ulrich

1981 *Rechtsnormen und logische Analyse*

edição espanhola

Madrid, 1988, CEC

LACOSTE, Jean

1988 *La philosophie au XXe. siècle*

edição brasileira

Campinas, 1992, Papirus

MORRIS, Clarence

1959 *The Great Legal Philosophers*

Philadelphia, 1959

University of Pennsylvania Press

RAWLS, John

1971 *A Theory of Justice*

The Belknap Press of Harvard University Press

Cambridge, Massachusetts, 1971

SANTOS, Boaventura Souza

1993 *The Postmodern Transition: Law and Politics em The Fate of Law*

The University of Michigan Press

STEGMÜLLER, Wolfgang

1960 *Hauptstroemungen der Gegenwartsphilosophie*

sem data da primeira edição alemã

edição brasileira

São Paulo, 1977, EPU

TELLES Jr., Goffredo

1971 *O Direito Quântico*

São Paulo, 1980, 5ª edição, Max Limonad

VILANOVA, Lourival

1977 *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*

São Paulo, 1977, RT-EDUC

von WRIGHT, G. Henrik

1970 *Norm and action — a logical enquiry*

sem data da primeira edição inglesa

edição espanhola

Madrid, 1979, Tecnos

WITTGENSTEIN, Ludwig

1921 *Tractatus Logico-Philosophicus*

edição brasileira

São Paulo, 1994, 2ª edição, Edusp.