

Teoria Geral do Direito e do Estado (1945)¹

Na década de 30, os indícios de uma guerra iminente na Europa eram cada vez mais claros. As idéias nacional-socialistas avançavam rapidamente sobre o velho continente e ameaçavam mais e mais a frágil estabilidade política estabelecida após a Primeira Guerra Mundial.

Depois da reunião das 4 (quatro) grandes potências em Munique,² Kelsen convenceu-se de que a guerra era inevitável e estava cada vez mais próxima. Além disso, acreditava que a Suíça não iria conseguir manter sua neutralidade. Em setembro de 1939, quando teve início a Segunda Guerra Mundial, Kelsen já tinha resolvido deixar a Europa e buscar refúgio na América. E em maio de 1940, com quase 60 (sessenta) anos de idade, Kelsen chega a um país estrangeiro – cujo idioma conhecia muito pouco – para recomeçar, mais uma vez, sua carreira acadêmica e, pela quarta vez, uma nova vida.³

Após 2 (dois) anos lecionando em Nova York, na *New School for Social Research* e na *Harvard Law School*, Kelsen consegue se estabelecer definitivamente na Universidade da Califórnia, em Berkley, São Francisco, como professor visitante do departamento de ciência política, graças à recomendação do

¹ Publicação original: KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1945, 516p. O presente estudo teve por base a edição original, bem como as traduções para o português e espanhol, respectivamente: KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949; KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998 e KELSEN, Hans [1945]. **Teoria General del Derecho y del Estado**. Trad. Eduardo García Máynez. Mexico D.F.: Editorial Porrúa, 2005.

² O Pacto de Munique foi um acordo formulado e assinado pela Alemanha, Itália, França e pelo Reino Unido em Munique, na Alemanha, no dia 29 de setembro de 1938. Este pacto fixou a aceitação por parte do Reino Unido e França da exigência de Adolf Hitler de que o território checoslovaco dos Sudetas (habitado majoritariamente por alemães) passaria a pertencer à Alemanha, na condição de que este país não reivindicasse nenhum outro território europeu. Esta medida era vista como uma tentativa desesperada do Reino Unido e da França para evitar a guerra iminente. Fonte: <http://pt.worldwar-two.net/acontecimentos/82/>, com acesso em 02 de fevereiro de 2008.

³ MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra**. Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 81-82.

professor Roscoe Pound, um famoso jurista americano que o descrevia como “one of the outstanding figures in the science of law in the world”.⁴

Os seus primeiros anos em Berkley foram muito propícios à produção editorial, pois a atividade docente não absorvia muito do seu tempo. Diante desta oportunidade, Kelsen aproveitou para adaptar e difundir sua teoria jurídica à tradição anglo-saxônica, dominada pela Escola Analítica e pelo Realismo Jurídico, tendo dedicado especial atenção à preparação e revisão da sua obra “*General Theory of Law and State*”, publicada em 1945 graças à colaboração do professor Anders Wedberg, que traduziu do alemão o manuscrito original.⁵

Além de uma segunda parte, destinada à atualização de sua teoria política, originalmente desenvolvida no seu livro “*Allgemeine Staatslehre*”, de 1925, esta obra continha uma primeira parte destinada exclusivamente à sua teoria jurídica. No geral, não houve qualquer mudança radical na sua Teoria Pura do Direito e suas idéias fundamentais foram preservadas. Além de algumas poucas inovações, é possível encontrar nesta obra a consolidação de aspectos setoriais da sua doutrina, bem como algumas das respostas – tão adiadas – às objeções lançadas contra sua teoria.

6.1

Norma jurídica e Regra de Direito em Sentido Descritivo

Desde sua obra inaugural, Kelsen não havia esclarecido de forma satisfatória se as *normas jurídicas* e as *proposições jurídicas* eram expressões sinônimas ou 2 (dois) conceitos distintos. Afinal, as proposições jurídicas são as próprias normas jurídicas, mas apenas reconstruídas na forma de um juízo hipotético, ou esta reconstrução apresenta como resultado uma segunda realidade, distinta e autônoma da primeira?

⁴ MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra**. Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 84.

⁵ MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra**. Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 86.

Embora Kelsen tenha afirmando, mais tarde, que a resposta para tal pergunta estava presente desde o início da construção de sua teoria jurídica,⁶ apenas a extrema “boa vontade” do intérprete autoriza que tal posição seja compartilhada. Na melhor das hipóteses, seria possível reconhecer na sua obra de 1925 uma solução *implícita* ao problema, quando Kelsen afirma que a proposição jurídica é uma “tradução gramatical” das normas jurídicas.⁷ De qualquer modo, alguns esclarecimentos eram necessários, tendo a sua obra de 1945 sido uma excelente oportunidade para tanto.

Para tanto, Kelsen partiu de uma noção antiga, estabelecida em sua teoria jurídica desde 1925: se o Direito é uma ordem coercitiva, todas as suas partes devem seguir o mesmo propósito.⁸ Logo, se a coação é um elemento essencial do Direito, todas as normas que formam uma ordem jurídica devem estabelecer atos coercitivos, ou melhor, sanções.⁹

Assim é que, em regra, as normas gerais prevêm que a sanção depende da materialização de determinadas condições, sendo tal dependência descrita nos termos de um “*dever-ser*”. Isto não significa que os órgãos responsáveis pela criação do Direito, em geral, e que os órgãos legislativos, em particular, tenham, necessariamente, que dar às normas jurídicas a forma de *juízos hipotéticos* que estabelecem um *dever*. Na verdade, os diferentes elementos de uma norma jurídica podem estar contidos em atos normativos dispersos, elaborados por 1 (uma) ou mais instâncias de criação jurídica, e podem encontrar diversas formas de expressão lingüística.¹⁰

Um exemplo ajuda a compreensão deste ponto. Segundo Kelsen,

⁶ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 411.

⁷ “*Tanto la norma primaria como la secundaria no expresan sino la conexión (especificamente jurídico-legal) de hecho condicionante y consecuencia. Ahora bien, esta conexión – en cuanto expresa el enlace condición y consecuencia – tiene que traducirse, gramaticalmente, em proposiciones y, lógicamente, en juicios que, en tanto que constituyen juicios normativos, pueden ser considerados como juicios de valor.*” KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 70.

⁸ “*Se el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción.*” KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 62.

⁹ KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 45 et KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 62.

¹⁰ KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 45 et KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 62-63.

“when the legislator forbids theft, he may, for instance, first define the concept of theft in a number of sentences which form an article of a statute, and then stipulate the sanction in another sentence, which may be part of another article of the same statute or even part of an entirely different statute. Often the latter sentence does not have the linguistic form of an imperative or an ‘ought’ sentence but the form of a prediction of a future event. The legislator frequently makes use of the future tense, saying that a thief ‘will be’ punished in such and such a way. He then presupposes that the question as to who is a thief has been answered somewhere else, in the same or in some other statute. The phrase ‘will be punished’ does not imply the prediction of a future event – the legislator is no prophet – but an ‘imperative’ or a ‘command’, these terms taken in a figurative sense. What the norm-creating authority means is that the sanction ‘ought’ to be executed against the thief, when the conditions of the sanction are fulfilled.”¹¹

Com isto, Kelsen pretende distinguir 2 (duas) situações, a saber: i) as *normas jurídicas* produzidas pelas autoridades que desempenham as funções de criação jurídica; e ii) os *enunciados* produzidos pela ciência do Direito sobre estas normas, ou seja, as *regras de Direito em sentido descritivo*. Isto porque, a tarefa da ciência do Direito limita-se a descrever o Direito de uma comunidade, isto é, o material jurídico produzido pelas autoridades no processo legislativo, na forma de enunciados que estabelecem que *“se as condições A e B forem realizadas, então a sanção X ou Y deve ser a consequência.”*¹²

E estes enunciados, por meio dos quais a ciência jurídica descreve o Direito, não devem ser confundidos com as normas criadas pelas autoridades legislativas. Na verdade, estes enunciados sequer devem ser chamados de normas jurídicas. Se, de um lado, as normas jurídicas decretadas pelas autoridades são *prescritivas* de determinada conduta e, de outro, as regras de Direito formuladas pela ciência jurídica são meramente descritivas, é importante que tal distinção seja acompanhada por uma nomenclatura apropriada, reservando-se o termo *“regra jurídica”* (ou *“regra de Direito”*) para o sentido meramente descritivo da realidade jurídica e o termo *“norma jurídica”* para o seu sentido prescritivo.¹³ Assim sendo, a regra de Direito em sentido descritivo nada mais é do que um

¹¹ KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 45.

¹² “(...) *if such and such conditions are fulfilled, then such and such a sanction shall follow.*” KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 45.

¹³ KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 45 et KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 63.

juízo hipotético que enlaça certas *consequências* (ou *efeitos*) a determinadas *condições* (ou *causas*).¹⁴

E, aqui, deve ser aberto um breve parêntese, pois a definição de “*regra de Direito em sentido descritivo*” é idêntica à definição apresentada em obras anteriores para um outro importante conceito da sua teoria jurídica: a *proposição jurídica*.¹⁵ Seriam tais expressões equivalentes? Tudo indica que sim. Além da superposição conceitual, suficiente para dar suporte a esta conclusão, deve ser ressaltado que, num artigo publicado poucos anos antes de sua obra de 1945, o próprio Kelsen utilizou ambas as expressões como sinônimas. Eis suas palavras:

*“if jurisprudence is to present law as a system of valid norms, the propositions by which it describes its object must be ‘ought’ propositions, statements in which an ‘ought’, not an ‘is’, is expressed. (...) It is of the greatest importance to distinguish clearly between legal norms which comprise the object of jurisprudence and the statements of jurisprudence describing that object. These statements may be called ‘rules of law’ in contradistinction to the ‘legal norms’ issued by the legal authority.”*¹⁶

Deste modo, restando evidenciado que as expressões “*proposição jurídica*” e “*regra de Direito em sentido descritivo*” são sinônimas e que não há qualquer prejuízo, ao menos nos marcos estabelecidos pela Teoria Pura do Direito, em optar pelo uso de uma ou de outra, seria possível responder a questão lançada anteriormente: “*norma jurídica*” e “*proposição jurídica*” formam 2 (dois) conceitos distintos ou são expressões sinônimas? Mais uma vez, as palavras de Kelsen não deixam dúvidas:

“(...) the propositions of jurisprudence are not themselves norms. They establish neither duties nor rights. Norms by which individuals are obligated and

¹⁴ KELSEN, Hans [1941]. **The Pure Theory of Law and the Analytical Jurisprudence**. In: KELSEN, Hans [1957]. *What is Justice? – Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 268; KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 45 *et* KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 64.

¹⁵ “*Su esencia [a do Direito] tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición.*” KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 62.

¹⁶ KELSEN, Hans [1941]. **The Pure Theory of Law and the Analytical Jurisprudence**. In: KELSEN, Hans [1957]. *What is Justice? – Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 268.

empowered issue only from the law-creating authority. The jurist, as the theoretical exponent of the law, presents these norms in propositions that have a purely descriptive sense, statements which only describe the 'ought' of the legal norm."¹⁷

Outrossim, é possível notar, neste ponto, uma ligeira mudança no papel desempenhado por sua ciência jurídica. Nas obras anteriores, Kelsen entendia que o papel da ciência do Direito era reconstruir as normas jurídicas, reformulando sua forma lógica originária (de um *imperativo* para uma *hipótese*). Agora, o resultado de sua teoria jurídica não é tanto uma *reconstrução* (ou *reformulação*), mas uma *proposição* sobre normas jurídicas, assumindo um sentido meramente descritivo. Através desta alteração, Kelsen restaura a consistência da sua teoria jurídica, mantendo seus resultados compatíveis com seus próprios pressupostos. A ambigüidade de suas obras anteriores é resolvida em favor de uma função *descritiva* da ciência e a visão construtivista dos primórdios de sua teoria é completamente abandonada.¹⁸

6.2

Funções da Norma Jurídica

Outro importante ponto tratado na obra de 1945 diz respeito à função desempenhada pela norma jurídica. Mas antes de desenvolver suas idéias, Kelsen teve a necessidade de traçar as semelhanças e diferenças de sua teoria jurídica com a Jurisprudência Analítica, uma das mais importantes correntes do pensamento jurídico da tradição anglo-saxônica.¹⁹

¹⁷ KELSEN, Hans [1941]. **The Pure Theory of Law and the Analytical Jurisprudence**. In: KELSEN, Hans [1957]. *What is Justice? – Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 268.

¹⁸ Esta observação foi feita, originalmente, por Michael Hartney. Não obstante, para o referido professor, tal ambigüidade somente foi definitivamente resolvida na obra de 1960, e não na obra de 1945. No entanto, embora na obra de 1945 ainda haja alguma confusão terminológica, já há nesta altura elementos suficientes para resolver a questão, pois, como visto, a definição de “*proposição jurídica*”, lançadas nas obras anteriores, é idêntica a de “*regra de Direito em sentido descritivo*”. HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction**. In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xxi.

¹⁹ Esta tarefa tinha uma função estratégica. Em primeiro lugar, porque a Teoria Pura do Direito compartilhava com diversas premissas da Jurisprudência Analítica. Assim, para difundir sua teoria jurídica, melhor seria demonstrar suas semelhanças com uma das concepções anglo-saxônicas mais tradicionais do que, simplesmente, apresentá-la como algo novo. Em segundo lugar, porque a

6.2.1

Do Comando à Norma jurídica

De fato, a orientação da Jurisprudência Analítica²⁰ e da Teoria Pura do Direito²¹ era limitar a cognição da ciência jurídica ao Direito Positivo. Ambas as teorias compartilhavam este postulado, mas, no entanto, divergiam no que diz respeito ao conceito fundamental da ciência do Direito.²² Assim é que John Austin, por exemplo, um dos maiores expoentes da teoria analítica, simplesmente ignorava o conceito de *norma* – decorrência necessária da distinção entre o “*ser*” e o “*dever-ser*” – e reconhecia o *comando* (ou *ordem*) como o conceito fundamental da sua teoria jurídica. De fato, para Austin, toda *lei* ou *regra* seria um *comando*, ou melhor, *leis* e *regras* seriam, na verdade, espécies de *comandos*.²³ E, por sua vez, um comando nada mais seria que a *expressão* (ou *manifestação*) de um desejo, de uma vontade.²⁴

No entanto, o *comando* (ou *ordem*) não poderia ser o objeto da ciência jurídica. É que, segundo Kelsen, um comando é composto por 2 (dois) elementos: um desejo dirigido à conduta de outra pessoa e a sua expressão. Assim,

Teoria Pura do Direito poderia capturar uma parcela dos teóricos interessados no estudo da Jurisprudência Analítica. Por fim, porque o contraste de sua teoria jurídica com a tradição analítica acabaria por ressaltar alguns dos pontos mais caros a Kelsen, como a crítica a personificação do Direito, a distinção entre “*ser*” e “*dever-ser*” etc.

²⁰ Segundo John Austin, um dos maiores expoentes da Jurisprudência Analítica, “*la jurisprudencia tiene por objeto el derecho positivo: es el derecho simple y estrictamente así llamado, esto es, el derecho impuesto por los superiores políticos a sus súbditos.*” AUSTIN, John [1885]. **El Objeto de la Jurisprudencia**. Trad. Juan Ramón de Páramo Argüelles. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 33.

²¹ KELSEN, Hans [1941]. **The Pure Theory of Law and the Analytical Jurisprudence**. In: KELSEN, Hans [1957]. *What is Justice? – Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 268.

²² KELSEN, Hans [1941]. **The Pure Theory of Law and the Analytical Jurisprudence**. In: KELSEN, Hans [1957]. *What is Justice? – Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. 268.

²³ “*Toda ley o regla (...) es un mandato. O, mejor dicho, las leyes o reglas propiamente dichas son una especie de mandatos.*” AUSTIN, John [1885]. **El Objeto de la Jurisprudencia**. Trad. Juan Ramón de Páramo Argüelles. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 33.

²⁴ “*Si tu formulas o declaras un deseo de que yo haga o me abstenga de hacer algún acto, y si me infligieras un dano em el caso de que no me ajustara a tu deseo, la expresión o manifestación de tu deseo es un mandato.*” AUSTIN, John [1885]. **El Objeto de la Jurisprudencia**. Trad. Juan Ramón de Páramo Argüelles. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 33.

“se eu quero (ou desejo) que alguém se conduza de certo modo, e se expresso minha vontade (ou desejo) a [este indivíduo], então essa expressão de minha vontade (ou desejo) constitui um comando.”²⁵ Portanto, um comando nada mais é do que “a expressão da vontade de um indivíduo dirigida a outro indivíduo.”²⁶

Naturalmente, um comando apenas existe na medida em que a vontade e a sua expressão estejam presentes. Na falta de um ou de outro, não é mais possível afirmar a existência de um comando. Logo, se alguém, por exemplo, emite um comando a um outro indivíduo e se, antes da sua execução, este indivíduo tiver razões suficientes para supor que essa não é mais a vontade daquele, esta vontade não é mais um comando, ainda que a expressão da vontade subsista. Ou, do mesmo modo, não é possível falar em comando sem uma correlativa manifestação de vontade. Todavia, nos domínios do Direito, o “comando” existe ainda que a vontade que o originou tenha cessado. Em muitos casos, sequer é possível afirmar a existência de uma vontade que deu origem ao “comando”. Nestes casos, o que existe, mais exatamente, não é um “comando”, mas antes uma *obrigação*, um *dever*.²⁷

Para Kelsen, o grande problema da teoria analítica era idêntico ao da teoria jurídica tradicional do continente europeu: um lamentável antropomorfismo, isto é, o reconhecimento implícito de uma ficção insustentável na construção de suas categorias fundamentais.²⁸ Deste modo, a afirmação de que a lei *é* ou *contém* um comando somente pode ser entendida em seu sentido figurado ou, na melhor das hipóteses, como um “comando despsicologizado”, no sentido de que o indivíduo “deve” conduzir-se conforme seus termos. E, para Kelsen,

“nisto reside a importância do conceito de ‘dever ser’, nisso se revela a necessidade do conceito de norma. Uma norma é uma regra que afirma que um

²⁵ KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 43.

²⁶ KELSEN, Hans [1941]. **A Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267.

²⁷ KELSEN, Hans [1941]. **A Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267.

²⁸ Sobre as críticas a personificação da teoria jurídica tradicional e da teoria analítica, confira-se, respectivamente: KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 57 et KELSEN, Hans [1941]. **A Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267.

indivíduo deve conduzir-se de certa maneira, mas não afirma que tal conduta é a vontade efetiva de alguém. (...) Sem o conceito de norma, o Direito só pode ser descrito com a ajuda de uma ficção (...)”.²⁹

6.2.2

Dever Jurídico

Como visto, a afirmação de que a lei é um “comando” somente pode ser entendida no sentido de que uma autoridade impõe um dever ao indivíduo. Por outro lado, dizer que um indivíduo é juridicamente obrigado a observar determinada conduta significa que uma norma jurídica estipula uma sanção para a conduta contrária (o delito). De fato, se a base do Direito é o *dever*, a função de toda norma jurídica é regular os atos coercitivos, impondo *indiretamente* um dever e estipulando *diretamente* uma sanção para a conduta contrária.³⁰

Isto não significa, entretanto, que a norma jurídica não possa desempenhar outras funções dentro de um ordenamento positivo. Além de criar deveres, uma norma também pode conferir poderes e direitos. Não obstante, estas são funções “secundárias”, realizadas *indiretamente* sempre que uma norma jurídica prevê uma sanção para uma determinada conduta, pois, neste caso, ela também está “criando” um dever jurídico: não praticar a conduta descrita como a *condição* (ou *causa*) da sanção. Neste sentido – e apenas neste sentido –, seria possível falar num “direito” reconhecido pelo ordenamento positivo, pois, se um “direito” é a possibilidade de exigir de outra pessoa uma determinada conduta, ele sempre irá pressupor um dever jurídico correlato.³¹

Não obstante, a mecânica pela qual uma ordem jurídica confere um “direito” pode se revelar muito mais complicada do que possa parecer num primeiro momento, embora em última análise qualquer situação jurídica sempre seja regulada com a criação de um dever jurídico correlato. Basicamente, um

²⁹ KELSEN, Hans [1941]. **A Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 268-269.

³⁰ KELSEN, Hans [1941]. **A Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 271.

³¹ KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 76 et KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 108.

“direito” pode ser criado de 4 (quatro) formas distintas, a saber: i) o “direito” como o correlativo de um “dever”; ii) o “direito” de participar na criação jurídica; iii) o “direito” de colocar a sanção em funcionamento; e iv) o “direito” referente à própria conduta (ou “direito” geral de liberdade).

A primeira delas é bem simples. A criação de um direito pode ser realizada através da criação de um dever jurídico, imediatamente identificável. Assim, por exemplo, quando se cria um “direito” ao credor exigir que o devedor pague certa quantia em dinheiro, os ordenamentos positivos estão, na verdade, criando um dever jurídico de pagar esta quantia.³²

A segunda forma de criar um “direito” decorre do poder conferido aos indivíduos para criar uma norma jurídica. Neste caso, o ordenamento jurídico admite que a vontade dos indivíduos – que não são autoridades estatais (em sentido estrito) no exercício de uma função – crie uma norma jurídica, a qual, por sua vez, irá estipular deveres jurídicos e outros “direitos”, notadamente o “direito de colocar a sanção em funcionamento”, como será visto a seguir.

Outra hipótese ocorre nos casos em que o ordenamento jurídico confere àquele que o detêm “direito” a *possibilidade* (ou melhor, o *poder*) de colocar a sanção em funcionamento, através da sua *vontade*. Deste modo, caso um dever jurídico não seja espontaneamente cumprido, o credor tem o “direito” de proceder à execução forçada da obrigação. Esta execução forçada é, justamente, a sanção prevista para o inadimplemento do dever jurídico. Neste caso, o titular de um direito, ao levar o inadimplemento à análise das autoridades competentes, irá acionar o funcionamento da sanção e, como consequência, provocar a criação da norma individual para regular a respectiva situação jurídica.³³

E, aqui, novamente, deve ser aberto um parêntese. Na obra de 1945, Kelsen não distingue estas 2 (duas) formas de criação de direitos. Sob ambas as rubricas são descritas a mesma situação: seja como decorrência de um dever jurídico do qual participou da criação (como ocorre nos contratos), seja como decorrência de um dever jurídico do qual não participou da criação (como ocorre

³² KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 76 et KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 108.

³³ KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 76 et KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 108.

nas obrigações criadas por lei), o “direito” pode ser entendido como o poder de colocar em funcionamento os mecanismos coercitivos previstos no ordenamento positivo.³⁴

No entanto, parece que ambas as situações devem ser tratadas de modo separado. De um lado, é verdade que as semelhanças entre estas hipóteses são grandes e que, em última análise, o titular de um “direito” decorrente de um contrato (ou seja, de uma norma jurídica criada pelas partes) somente poderá exigir o cumprimento do dever jurídico acionando a autoridade estatal, a qual irá criar uma norma jurídica para regular a referida situação.

De outro lado, contudo, 2 (duas) situações, que bem demonstram a autonomia destas categorias, podem ocorrer. No primeiro caso, pode ocorrer que aquele que assumiu um dever jurídico através de um contrato cumpra naturalmente com sua obrigação, sendo esta justamente a regra das relações sociais. Neste caso, não será necessário recorrer às instâncias estatais de criação jurídica, mas, no entanto, houve pelas partes contratantes o efetivo exercício de um “direito”: a criação de uma norma.

Outra situação diz respeito aos “direitos” criados por lei, sem a participação direta do seu titular. Neste caso, o titular do “direito”, apesar de acionar as instâncias de criação jurídica, não irá ele mesmo criar qualquer norma jurídica, mas irá apenas deflagrar os mecanismos estatais de coerção. Embora sua vontade tenha acionado a criação de uma norma jurídica, esta vontade não cria, por si só, qualquer norma. Sua participação limita-se em movimentar o processo de criação jurídica.

Verifica-se, assim, que, apesar de terem sido tratadas como hipóteses idênticas, o “direito” de participar na criação jurídica e o “direito” de colocar a sanção em funcionamento formam categorias irreduzíveis e dotadas de autonomia suficiente para serem tratadas de modo individualizado. Fecha-se parêntese.

³⁴ De fato, sob as rubricas “*direito como possibilidade jurídica de colocar a sanção em funcionamento*” (“*right as legal possibility to put in motion the sanction*”) e “*direito como participação na criação jurídica*” (“*right as participation in the creation of law*”) podem ser encontradas, respectivamente, as seguintes palavras: i) “*a party expresses such a will by bringing a suit against the other party before a court. In so doing the plaintiff puts in motion the coercitive machinery of law*”; e ii) “*the legal order – as pointed out – confers a ‘right’ upon an individual in that it gives him, or his representative, the possibility of releasing the process which ultimately leads to the execution of the sanction.*” KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 81 e 87.

A quarta forma ocorre quando o “direito” criado pela norma diz respeito à própria conduta, e não à conduta de outra pessoa. É o que ocorre, por exemplo, no “direito” geral de liberdade. Quando se diz que uma pessoa não está obrigada a realizar certa conduta, ou seja, que esta pessoa é livre, este “direito” tem apenas um significado negativo, pois não há norma alguma que crie um determinado dever jurídico. De acordo com Kelsen,

“para ser juridicamente livre no que diz respeito a certa conduta, outro indivíduo, ou outros indivíduos, devem estar obrigados a uma linha de conduta correspondente. Eu não estou juridicamente livre para fazer o que desejo se os outros não estiverem juridicamente obrigados a permitir que eu faça o que desejo. A minha liberdade jurídica é sempre a sujeição jurídica de outra pessoa, o meu direito jurídico é sempre o dever jurídico de outrem. Eu tenho um direito de fazer algo ou de me abster de fazer algo apenas porque, e na medida em que, outra pessoa tem o dever jurídico de não me impedir de fazê-lo ou de deixar de fazê-lo. (...) O conteúdo de um direito é, em última análise, o cumprimento do dever de outra pessoa.”³⁵

De fato, nas situações descritas nos itens (i) e (iv), a norma jurídica apenas cria um “direito” *quando e na medida que* impõe um dever jurídico correlato. Seja criando um “direito” específico a alguém, seja consagrando um “direito” genérico de liberdade, a norma jurídica está, na realidade, criando deveres jurídicos a determinadas pessoas ou ainda de um modo genérico.

No entanto, tal conclusão não pode ser compartilhada quanto aos itens (ii) e (iii). Nestas situações, não há, na norma de regência, a previsão de qualquer dever jurídico, mas apenas de faculdades (ou poderes) ao titular do “direito”. Apenas seria possível reconhecer um dever jurídico caso estas situações fossem reduzidas à situação prevista pelo item (iv), de sorte que o “direito” de participar na criação jurídica e o “direito” de colocar a sanção em funcionamento fossem garantidos através da criação de um dever jurídico de tolerar o seu exercício.

Mas, por óbvio, reduzir as situações descritas nos itens (ii) e (iii) à situação descrita no item (iv) beira o escapismo. Esta é uma grave lacuna deixada pela obra de 1945 e demonstra como, a esta altura, as 2 (duas) funções da norma

³⁵ KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 108-109 *et* KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 76.

jurídica (*regular os atos de coerção e regular a criação jurídica*) ainda precisavam ser integradas e compatibilizadas.

6.3

Natureza das Normas Constitucionais

Por fim, a obra de 1945 aborda outro tema importante. Como já foi visto, a ciência do Direito, para Kelsen, descreve o seu objeto (a norma jurídica), através de proposições, ou melhor, de proposições jurídicas, que por sua vez apresentam, sempre, a seguinte formulação: “*se A fizer B, então C é obrigado a aplicar a sanção D sobre A*”.³⁶

No entanto, a descrição de algumas normas jurídicas simplesmente é redutível aos termos sugeridos. O exemplo mais emblemático é o das normas constitucionais. De fato, a maior parte das normas de qualquer Constituição limita-se a atribuir competência a órgãos do Estado. Mas como uma norma que apenas define competência pode ser descrita como uma “ordem” dirigida aos agentes estatais para a aplicação de atos coercitivos?

A resposta dada por Kelsen é que estas normas não seriam, na realidade, normas independentes e somente poderiam ser descritas em conjunto com outras normas jurídicas. Por esta razão, as normas constitucionais seriam, apenas, uma *parte* de toda norma geral e teriam por finalidade inserir em todas as normas gerais uma “matéria constitucional”, designada como *cláusula “se”*.³⁷

Esta *cláusula “se”* indica uma importante função dos órgãos aplicadores do Direito. É que, além da função de verificar a ocorrência efetiva da condição de fato prevista pela norma jurídica (*quaestio facti*), o órgão aplicador do Direito também deve verificar se a norma geral a ser aplicada é válida, se ela foi criada do modo previsto pela Constituição (*quaestio juris*). De fato, antes de *aplicar*

³⁶ KELSEN, Hans [1925]. *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 62.

³⁷ “Every general norm contains the constitutional material in its ‘if-clause.” HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction**. In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xxx.

uma norma jurídica ao caso que lhe é apresentado, a autoridade responsável deve decidir *qual* norma ou, ainda, se *há* uma norma a ser aplicada.³⁸

Assim, por exemplo, uma autoridade judiciária somente deve pôr um ladrão na cadeia se a legislação houver produzido uma norma geral no sentido de que o roubo deve ser punido com o encarceramento.³⁹ Para tanto, caso se suponha uma Constituição que atribua o poder de criar normas gerais ao Parlamento, a norma jurídica que torna o roubo punível teria de ser formulada do seguinte modo: “*se* o Parlamento decidiu que os ladrões devem ser punidos, e *se* o tribunal competente verificou que um certo indivíduo roubou, *então* deve ser aplicada a pena X.”⁴⁰

Verifica-se, assim, que as normas constitucionais são partes intrínsecas de todas as normas jurídicas que os órgãos estatais devem aplicar. E, por isso, segundo Kelsen,

“sobre este fundamento o Direito constitucional não pode ser citado como um exemplo de normas jurídicas que não estipulam qualquer sanção. As normas da constituição material são Direito apenas na sua conexão orgânica com as outras normas estipuladoras de sanção que são criadas com base nelas. Aquilo que, a partir de uma perspectiva dinâmica, é a criação de uma norma determinada por uma norma superior, a constituição, torna-se numa exposição estática do Direito, uma das condições à qual está vinculada a sanção como consequência na norma geral (que, a partir da perspectiva dinâmica, é a norma inferior em relação à constituição). Numa exposição estática do Direito, as normas superiores da constituição são, por assim dizer, projetadas nas normas inferiores como partes.”⁴¹

³⁸ KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 207 et KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 143.

³⁹ KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 207 et KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 143.

⁴⁰ KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 208 et KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 144.

⁴¹ KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 208 et KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 144.

6.4

Considerações Parciais

Como pode ser visto, a obra de 1945 trouxe importantes contribuições à Teoria Pura do Direito, muito embora não tenha trazido grandes aportes na construção *do* conceito de norma jurídica. Isto não significa, porém, que os estudos desenvolvidos nesta sede não tenha *colaborado* para sua melhor compreensão.

Em primeiro lugar, ficou definitivamente esclarecido que *normas jurídicas* e *proposições jurídicas* formam realidades distintas: i) as primeiras são o produto da função de criação jurídica; e ii) as segundas são os enunciados formulados pela ciência jurídica sobre as normas jurídicas. Se antes este era um ponto obscuro na Teoria Pura do Direito, agora não há mais dúvidas de que estes conceitos são irredutíveis a uma realidade única.

E com tal distinção esclarecida, um grave problema da Teoria Pura do Direito também fica superado, pois o seu viés *construtivista* fica definitivamente prejudicado em favor de uma formulação passiva, meramente *descritiva*, em que a ciência jurídica nada reconstrói ou reformula, mas apenas descreve seu objeto. Muito embora ainda seja possível encontrar, ocasionalmente, a afirmação de que a ciência cria o seu próprio objeto,⁴² não há mais o descompasso entre a Teoria Pura do Direito e os seus fundamentos e tais referências podem ser lidas como simples “ecos do passado”.⁴³

Mas, em que pese tais importantes esclarecimentos, a obra de 1945, além de não apresentar uma resposta satisfatória para um grave problema da Teoria Pura do Direito, traz ainda mais complicações. Sob a premissa de que todas as normas apenas conferem “direitos” de forma indireta, isto é, criando deveres jurídicos correlatos, Kelsen não consegue explicar como estas mesmas normas, ao criar deveres, podem conferir o “direito” (ou *poder*) de participar na criação jurídica ou, ainda, o “direito” (ou *poder*) de colocar a sanção em funcionamento.

⁴² KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 84.

⁴³ HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction**. In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xxxiii.

A pergunta que persiste é: como compatibilizar as funções de regular os atos coercitivos e a função de regular a criação jurídica? Ou melhor: como uma norma que regula a sanção a ser imposta sobre uma pessoa pode conferir ao seu destinatário o poder de criar normas jurídicas? Ou ainda: como a norma “*se A fizer B, então C é obrigado a aplicar a sanção D sobre A*” pode atribuir a C um *poder* de criar uma norma obrigando A?

Além disso, outros 2 (dois) graves problemas não foram solucionados, a saber: i) não há uma explicação convincente sobre a natureza da obrigação criada pela norma jurídica à autoridade responsável por aplicar a sanção; e ii) esta obrigação ainda pode ser descrita, em última análise, nos termos de um *imperativo*, pois o conteúdo da norma, sob o ponto de vista da autoridade, seria um “*faça X!*”, e não qualquer outro juízo hipotético.

E, além de não resolver estas questões, a tese segundo a qual as normas constitucionais são meras partes das normas gerais gera alguns novos problemas. A uma, porque as normas gerais passam a ser tratadas como entidades complexas, incorporando o material normativo produzido por diversas instâncias e contendo uma boa dose de redundância. A duas, porque o sistema escalonado de normas, defendida por sua concepção dinâmica do Direito, pode ser reduzido sempre a apenas 2 (dois) níveis: as normas gerais e as normas individuais. A três, porque cada norma geral passa a ser, em certo modo, o seu próprio fundamento de validade.⁴⁴

Todas estas questões sem respostas têm, na verdade, um ponto em comum: a noção de que a norma jurídica cria uma obrigação (ou dever) de aplicar a sanção dirigida à autoridade competente. Este ponto seria, mais tarde, objeto de uma profunda revisão. Mas, até agora, apenas revela um dos principais problemas da Teoria Pura do Direito.

⁴⁴ HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction.** In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms.* Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xxx e xxxi.