

## Problemas Fundamentais da Teoria do Direito Público (1911)<sup>1</sup>

O marco teórico inicial de sua teoria jurídica e, portanto, da busca por um conceito de norma jurídica, foi sua obra “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*”, publicada originalmente em 1911. Considerada por alguns como sua obra mais genial, diante de sua originalidade,<sup>2</sup> nela encontram-se delineados, ainda que implicitamente, alguns dos principais traços que a Teoria Pura do Direito iria carregar no decorrer da vida de Hans Kelsen.

Após sua publicação, a obra foi apresentada como sua tese de habilitação (“*Habilitationsschrift*”) para a cátedra da Faculdade de Direito de Viena. Após parecer favorável do decano Adolf Menzel, decano especializado em filosofia política antiga, Kelsen foi admitido como professor substituto (“*privatdozent*”) de direito constitucional e filosofia do direito, no ano de 1913.<sup>3</sup>

Nesta obra, além de já se encontrarem presentes as suas bases filosóficas kantianas, a separação entre o ser e o dever-ser, entre as ciências naturais e as ciências culturais, entre causalidade e imputação, dentre outros conceitos fundamentais da Teoria Pura do Direito, há uma nítida preocupação em se apresentar um conceito satisfatório de norma jurídica.<sup>4</sup> Antes, contudo, de apresentar seu primeiro conceito de norma jurídica, Kelsen foi obrigado a contestar alguns dos fundamentos da teoria jurídica tradicional.

---

<sup>1</sup> Publicação original: KELSEN, Hans [1911]. **Hauptprobleme der Sttatsrechtslehre, entwickelte aus der Lehre vom Rechtssatz**. Tübingen: JCB Mohr, 1911, 719p. O presente estudo teve por base as traduções para o espanhol e para o italiano. Respectivamente: KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capatales de la Teoria Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. México D.F., Editorial Porrúa, 1987 et KELSEN, Hans [1911]. **Problemi Fondamentali della Dottrina Del Diritto Pubblico**. Trad. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

<sup>2</sup> SCHMILL, Ulises [1987]. **Introducción**. In: KELSEN, Hans [1911]. Problemas Capatales de la Teoría Jurídica del Estado. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. XV.

<sup>3</sup> Cf. MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra**. Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 22.

<sup>4</sup> SCHMILL, Ulises [1987]. **Introducción**. In: KELSEN, Hans [1911]. Problemas Capatales de la Teoría Jurídica del Estado. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. XV.

### 3.1

#### Do Imperativo à Hipótese

Na primeira década do século XX, ambiente no qual foi forjado o primeiro passo de sua Teoria Pura do Direito, não era reconhecida a autonomia científica da Teoria do Direito perante a Teoria do Estado, sendo todas as questões englobadas pelo estudo do Direito Público.<sup>5</sup> Em que pese algumas divergências acadêmicas,<sup>6</sup> a concepção dominante entendia que o Estado era uma Instituição como outra qualquer e que, portanto, deveria ser investigado através dos mesmos princípios aplicáveis às Instituições em geral. De todas as características reconhecidas às Instituições, a mais importante – e da qual todas as outras de certo modo decorriam – era a sua realidade psicofísica, ou seja, a sua capacidade de *querer e agir*,<sup>7</sup> diversa e independente daquela de seus membros individuais.<sup>8</sup> Como conseqüência, as Instituições, em geral, e o Estado, em particular, eram dotados de uma vontade própria, inconfundível com a vontade individual, mas de idêntica natureza e estrutura.

Deste modo, entendida a mecânica da vontade individual, seria possível entender a mecânica da vontade do Estado. E, segundo o jurista alemão Ernst Zitelmann,

*“toda voluntad recae siempre, en primeiro plano, sobre un comportamiento propio y, en un sentido amplio, sobre aquello a que se cree poder dar un*

<sup>5</sup> PAULSON, Stanley [1996]. **Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism**. In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 26.

<sup>6</sup> Na Teoria do Direito Público do final do século XIX, havia uma profunda divergência acadêmica acerca da natureza do Estado e, como conseqüência, diversas teorias. A primeira, denominada de *teoria realista*, defendia que o Estado era dotado de uma existência real e orgânica, distinta da existência das pessoas individuais que o compõem. A segunda, denominada de *teoria da ficção*, entendia que apenas existem vontades e consciências individuais, sendo impossível considerar a existência do Estado, sendo a sua personalidade uma verdadeira ficção. Por fim, uma terceira teoria, denominada *teoria da instituição*, agrupava elementos da primeira, aceitando os elementos reais do Estado, como o território e a coletividade, apresentava certos elementos neoplatônicos na sua formulação, por reconhecer uma esfera transcendente do poder deste no que diz respeito ao poder dos indivíduos. Tendo em vista sua posição conciliadora, havia uma grande aceitação desta última teoria. Cf. RIBEIRO JÚNIOR, João [1995]. **Curso de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995, 116 e 117.

<sup>7</sup> PAULSON, Stanley [1996]. **Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism**. In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 36.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans [1913]. **L'illecito dello Stato**. Trad. Angelo Abignete. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 27-28.

*impulso de este modo.”<sup>9</sup> E prossegue: “en el sentido estricto y propio de la palabra, la voluntad se reduce siempre, por tanto, a un acto corporal del propio sujeto volitivo; en un sentido amplio, sin embargo, se considera también como querido el fin con respecto al cual este verdadero acto no es más que un medio, es decir, todo aquello que este medio pueda o crea poder producir de un modo causal.”<sup>10</sup>*

Desta premissa, decorriam 02 (duas) teses. A primeira diz respeito à finalidade das normas jurídicas. Segundo a teoria corrente, a *finalidade* almejada pela vontade coletiva, materializada através dos órgãos do Estado, era um elemento *interno* da norma jurídica.<sup>11</sup> Uma vez que a norma jurídica, enquanto *causa*, era o meio pelo qual o Estado buscava determinado resultado, enquanto *efeito*, a *finalidade* (presumidamente *social*) aparecia, justamente, como o elemento normativo que orientava esta relação causal. Portanto, não seria possível distinguir a norma jurídica, entendida como a própria vontade do Estado, de sua finalidade; esta (finalidade) seria um elemento necessário daquela (norma jurídica) e, portanto, *interna* à mesma.

De outro lado, a teoria jurídica trabalhava com a idéia de que a sanção,<sup>12</sup> entendida como a ameaça psicofísica do uso da força, era um elemento essencial para a caracterização do fenômeno jurídico. Neste ponto, Kelsen iria reconhecer o acerto de seus antecessores.<sup>13</sup> Não obstante, de acordo com a concepção

<sup>9</sup> ZITELMANN, Ernst [1879]. **Irrtum und Rechtsgeschäft – Eine psychologisch-juristische Untersuchung**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1897, p. 43. *apud* KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 171.

<sup>10</sup> ZITELMANN, Ernst [1879]. **Irrtum und Rechtsgeschäft – Eine psychologisch-juristische Untersuchung**. Leipzig: Duncker & Humbolt, 1897, p. 25. *apud* KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 169.

<sup>11</sup> “*Dos son los factores que constituyen el concepto del derecho; uno, substancial, en el que reside el fin práctico del mismo, a saber: la utilidad, el beneficio, la ventaja que el derecho trata de garantizar, y otro formal, que no es sino el medio para la consecución de ese fin.*” IHERING, Rudolf von [1875]. **Geist des römischen Rechts**. t. III, 1, Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1875, p. 334. *apud* KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 169.

<sup>12</sup> Por mais incrível que possa parecer, Kelsen reconhece, em sua obra inaugural, a confusão no uso doutrinário dos conceitos de *sanção*, *coerção* e *coaçoão*, mas não procede a uma clarificação das respectivas definições. Para os fins deste trabalho, a palavra (i) *sanção* deve ser entendida como “ameaça de coerção”, a palavra (ii) *coerção*, como o “uso da coaçoão” e a palavra (iii) *coaçoão*, como “força física”. A preservação desta terminologia, além de evitar problemas conceituais, é compatível com a sua teoria jurídica. *Cf.* KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 183 e ss.

<sup>13</sup> Embora na obra de 1911 este reconhecimento já esteja presente, as palavras lançadas na obra de 1934 espancam qualquer dúvida sobre o tema. Nesta oportunidade, Kelsen afirma que “*nineteenth-century legal theory agreed for the most part that the legal norm is a coercive norm (...). Here the*

tradicional, a *sanção* era um elemento *externo* ao Direito, não podendo ser reduzido à própria norma jurídica. De fato, verificando-se as lições de alguns dos maiores teóricos do Estado da época, como Rudolf von Ihering,<sup>14</sup> Georg Jellinek<sup>15</sup> e Max Weber,<sup>16</sup> a idéia corrente era que a norma jurídica seria uma ordem emanada pelo Estado, cuja eficácia social era garantida mediante a ameaça de coerção (sanção) pelos agentes públicos. A vontade do Estado, emanada através de normas jurídicas (leia-se: era a *própria* norma jurídica), teria a sua eficácia garantida pelo aparato coercitivo institucionalizado, sendo a sanção, portanto, *externa* à mesma.

Em seu conjunto, a teoria jurídica tradicional fornecia os elementos necessários da compreensão da norma jurídica como *imperativo*. Assim, a norma jurídica era entendida como a manifestação de vontade do Estado que obriga os súditos a realizar determinada conduta, sendo esta *internamente* guiada por sua finalidade e *externamente* garantida pela aplicação da sanção. Deste modo, a norma jurídica era uma verdadeira *ordem* dirigida aos *particulares*, podendo ser descritas nos seguintes termos: “*faça X!; não faça X!*”<sup>17</sup>

Justamente na obra inaugural de sua teoria jurídica, Kelsen vai introduzir a sua grande novidade teórica. Embora tenha sofrido alterações significativas no

---

*Pure Theory of Law continues in the tradition of nineteenth-century positivist legal theory.*” KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law.** Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 26.

<sup>14</sup> “A coerção exercida pelo Estado constitui o critério absoluto do Direito; uma regra de Direito desprovida de coerção jurídica é um contra-senso (...). Pouco importa que a esta coerção seja exercida pelo juiz (cível ou criminal) ou pela autoridade administrativa. São Direito todas as normas realizadas deste modo; todas as demais, ainda que sejam universalmente obedecidas, não o são. Somente chegam a ser-lo quando o elemento exterior da coerção pública se agrega.” IHERING, Rudolf von [1883]. **A Finalidade do Direito.** Tomo I. 1ª ed., Campinas: Bookseller, 2002, p. 115.

<sup>15</sup> “No hay disputa alguna sobre que el derecho consiste en un conjunto de reglas para las acciones humanas. (...) ¿dónde radica, por conseguinte, la nota específica, diferencial, de las reglas y prescripciones jurídicas? (...) Sólo podemos hallar un criterio acertado para esta distinción analizando las normas. A la jurídica corresponden los siguientes caracteres esenciales: 1. Son normas que se refieren a las relaciones externas y mutuas de los hombres; 2. Son normas que proceden de una autoridad exterior reconocida; 3. Son normas cuyo carácter obligatorio está garantido por poderes exteriores.” JELLINEK, Georg [1905]. **Teoría General del Estado.** Trad. Fernando de los Rios. 2ª ed., Mexico DF: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 320-321.

<sup>16</sup> “Uma ordem é denominada (...) direito, quando está garantida externamente pela probabilidade da coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a [observância] dessa ordem ou castigar sua violação.” WEBER, Max [1956]. **Economia e Sociedade.** Vol. I. 4ª ed., Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999, p. 21.

<sup>17</sup> SCHMILL, Ulises [1987]. **Introducción.** In: KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado.** 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. XVII.

decorrer dos anos, tem um núcleo que permaneceu constante até o final da sua vida: sob o ponto de vista de uma autêntica ciência do Direito, a norma jurídica não poderia ser concebida como um imperativo, como uma regra que prescreve determinada conduta,<sup>18</sup> uma vez que a mesma apresentava, na verdade, uma estrutura *condicional* ou *hipotética*.<sup>19</sup>

Logo de início, Kelsen iria criticar duramente a teoria voluntarista, pois entender a norma jurídica como a vontade do Estado, como uma vontade coletiva, é um “lamentável antropomorfismo”.<sup>20</sup> A personificação do Estado, apoiada em elementos psicofísicos, é uma ficção insustentável. Afirmar que o Estado é uma entidade real, empiricamente observável, não é apenas algo questionável: é um postulado de fé.<sup>21</sup>

Além de não ser uma pessoa organicamente definida, o Estado sequer pode ser entendido como uma unidade de interesses políticos e jurídicos ou como uma realidade transindividual diversa dos interesses particulares.<sup>22</sup> Para Kelsen,

*“la tesis según la cual la mayoría parlamentaria es idéntica a la coledividad del pueblo encuadrada en el Estado y sus manifestaciones de voluntad se corresponden con la voluntad de ésta, no passa de ser una ficción jurídica (...). ¿O acaso cree nadie realmente que el contenido de las leyes, tan numerosas y complicadas, en que se expresa la voluntad del Estado moderno, lo dan las corrientes comunes de voluntad de todos los ciudadanos del Estado, los cuales no tienen ni la más remota noción, no ya de lo que aquellas leyes disponen, sino, muchas veces, ni siquiera de la tendencia general en que se inspiran?”*<sup>23</sup>

Na melhor das situações, a manifestação da vontade do Estado representa, tão-somente, a manifestação de vontade de algum ou alguns dos seus agentes.

Desta forma, quando se diz que o Estado “quer” que uma consequência se produza, esta afirmação deve ser entendida com reservas, pois, empiricamente,

<sup>18</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 176 *et* KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 41.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 194 *et* KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 41.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 57.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans [1913]. **L'illecito dello Stato**. Trad. Angelo Abignete. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 27-28.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans [1913]. **L'illecito dello Stato**. Trad. Angelo Abignete. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 28.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 142.

apenas revela um substrato *fático*. Este é o único sentido possível a ser atribuído às expressões “Estado” ou “vontade do Estado”. Estas expressões não revelam, como constantemente se supõe, um substrato fático psíquico-real que constitui o objeto de um conhecimento *científico-causal*, mas apenas o meio pelo qual se garante um conhecimento especificamente *jusnormativo*.<sup>24</sup> Num sentido estritamente jurídico, as expressões “Estado” ou “vontade do Estado” apenas indicam um *ponto de referência* da produção normativa,<sup>25</sup> um *centro de imputação*,<sup>26</sup> resultado de um processo conceitual idealizante que garante a unidade das fontes normativas.<sup>27</sup>

Com base na negação dos elementos animísticos do Estado, presentes na teoria jurídica tradicional, Kelsen procedeu a um duplo movimento teórico. De um lado, verificou que a introdução do elemento *finalidade* no conceito de norma jurídica era, no mínimo, uma impropriedade teórica. De outro, reconheceu a *sanção* como um elemento estruturante da própria norma jurídica. Em síntese: sob o ponto de vista da ciência do Direito, Kelsen afirmou (i) que a *finalidade* era um elemento *externo* (ou *extrínseco*) à norma jurídica e (ii) que a *sanção* era um elemento *interno* (ou *intrínseco*) à mesma.<sup>28</sup>

No que diz respeito ao primeiro movimento teórico, Kelsen reconhece ser inegável que qualquer norma jurídica é sempre fixada com vistas a *alguma* finalidade.<sup>29</sup> Entretanto, desta afirmação não se pode deduzir uma identidade entre a *norma jurídica* e a finalidade (implícita ou explícita) almejada pelo *ato* de sua fixação.<sup>30</sup> Na verdade, é possível afirmar a “validade” de uma norma jurídica sem que, contudo, seja provada a “existência” de uma finalidade como o seu *conteúdo*.

<sup>24</sup> KELSEN, Hans [1923]. **Prólogo a la Segunda Edición**. In: KELSEN, Hans [1911]. Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. XLIII.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans [1923]. **Prólogo a la Segunda Edición**. In: KELSEN, Hans [1911]. Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. XLIII.

<sup>26</sup> KELSEN, Hans [1913]. **L'illecito dello Stato**. Trad. Angelo Abignete. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 29. *et* KELSEN, Hans [1923]. **Prólogo a la Segunda Edición**. In: KELSEN, Hans [1911]. Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. XLIII.

<sup>27</sup> KELSEN, Hans [1913]. **L'illecito dello Stato**. Trad. Angelo Abignete. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 29.

<sup>28</sup> SCHMILL, Ulises [1987]. **Introducción**. In: KELSEN, Hans [1911]. Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. XVI.

<sup>29</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 77.

<sup>30</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 57.

Uma finalidade (ou mais de uma) pode até mesmo ter servido de motivação suficiente ao agente quando este manifesta sua vontade. Todavia, após sua realização, a manifestação de vontade se comporta empiricamente como um *fato*,<sup>31</sup> sendo impossível identificar a *real* finalidade (ou intenção) almejada pelo seu emissor. Depois de separada de seu emissor, a manifestação de vontade se desconecta de sua finalidade de um modo irreconciliável. Logo, quando se diz que a norma jurídica veiculada pelo seu ato de vontade do Estado tem em vista uma determinada “finalidade”, está-se diante de outra *ficção*, insustentável por natureza e definição.

Como se não bastasse, ainda que exista alguma finalidade remota que tenha motivado a manifestação de vontade (leia-se: o ato) que cria uma norma jurídica, é preciso distinguir a norma jurídica pela qual se estabelece um dever-ser da vontade que se propõe a determinada finalidade.<sup>32</sup> Depois de externada, a vontade assume uma dimensão normativa que, do ponto de vista estritamente jurídico, passa a ter uma existência autônoma e independente da sua fonte.

Outrossim, o critério finalístico não conduz, nem pode conduzir, a um conceito *jurídico* de norma jurídica, mas apenas e tão-somente a um conceito *sociológico*. A ciência do Direito somente pode construir seus conceitos partindo da premissa de uma ordem jurídica dada. Se, ao invés de indagar a finalidade da norma jurídica, nos limitamos a descrevê-la, como necessariamente deve proceder, não o *sociólogo*, mas sim o *jurista*, a delimitação do seu conceito deve ficar reduzida a categorias exclusivamente *formais*,<sup>33</sup> imunes às considerações de natureza *material*.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 105.

<sup>32</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 57.

<sup>33</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 75-78.

<sup>34</sup> “Presentar como carente de todo valor los conceptos jurídicos puramente formales, en cuanto fórmulas sin contenido, es algo así como lo que sería repudiar los conceptos de la geometría porque sólo captan las formas de los cuerpos, sin decir absolutamente nada acerca de su contenido. Y el empeño por infundir vida y valor práctico a las fórmulas vacías de los conceptos jurídicos incorporando a ellos los elementos sustanciales al lado de los materiales, haciéndolos pronunciarse también acerca del contenido de los fenómenos jurídicos, o, dicho en otras palabras, introduciendo en el concepto el factor fin, representa un error metodológico análogo al que se cometería si en una definición de la esfera, por ejemplo, se tuviese en cuenta el material que en un caso concreto reviste la forma esférica. Fijándonos en su carácter formal, podríamos muy bien llamar a la jurisprudencia, aunque este símil no sea, ciertamente, exacto en todos sus puntos, una

E, assim, Kelsen realiza seu segundo movimento teórico: elevar a sanção como elemento integrante da norma jurídica. Eis suas palavras:

*“los términos del problema de la jurisprudencia formal que gira en torno del concepto jurídico de la norma de derecho no deben formularse preguntando qué se persigue como fin (o qué quiere la sociedad), sino inquiriendo cómo se persigue ese fin, con qué medios se trata de alcanzar un fin, que – por ser de naturaleza social – queda al margen de derecho.”<sup>35</sup>*

Com efeito, aquilo que, do ponto de vista *sociológico*, aparece como *forma* (“*como*” o Estado persegue determinada finalidade?), equivale, do ponto de vista estritamente *jurídico*, a um *conteúdo* (“*que*” finalidade persegue o Estado?). É dizer: para a ciência do Direito, o *conteúdo* da norma jurídica é, justamente, aquilo que aparece para a Sociologia como *forma*. Deste modo, ambas as perguntas (“*como* o Estado persegue determinada finalidade?” e “*que* finalidades persegue o Estado?”) podem ser reduzidas, do ponto de vista jurídico, à seguinte pergunta “*por qual meio* o Estado persegue determinadas finalidades?”. E a resposta é: através da ameaça do uso de penas e medidas executivas (leia-se: coerção), isto é, através da *sanção*,<sup>36</sup> prevista na *própria* norma jurídica como a *conseqüência* da conduta descrita como causa.<sup>37</sup>

Entretanto, este processo de internalização da sanção não foi realizado sem alguns ajustes teóricos. Se, sob o aspecto psicológico, a norma jurídica apresenta-se como uma motivação indireta para a realização de determinada conduta, sob o aspecto *jurídico* a sanção deve ser despida de seus elementos fáticos, entendidos estes como a efetiva aplicação de uma *vis absoluta* (coação física) ou de uma *vis relativa* (coação psíquica).<sup>38</sup> Uma vez despida de seus

---

*especie de geometría del fenómeno jurídico total.”* KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 78.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 180.

<sup>36</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 180.

<sup>37</sup> Esta lógica, embora constante na obra de 1911, foi descrita com maior clareza em seu livro de 1934, sendo útil, aqui, uma referência a este. KELSEN, Hans [1934]. **Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law**. Trad. Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 26.

<sup>38</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 184-185.

elementos naturalísticos e preservada em sua dimensão puramente normativa, a sanção assume um caráter *condicional* ou *hipotético*.<sup>39</sup>

Enquanto os juízos *imperativos* exigem que um comportamento seja sempre devido, de forma *incondicional*, os juízos *hipotéticos* indicam, apenas, que um comportamento será devido caso *determinadas condições estejam presentes*. São, portanto, juízos<sup>40</sup> cuja *afirmação* está subordinada a uma *outra* afirmação: se *X* é válido, *X<sup>1</sup>*, *X<sup>2</sup>*, *X<sup>3</sup>*, *X<sup>n</sup>* são válidos, nos mesmos termos.<sup>41</sup> Se os juízos imperativos podem ser descritos nos termos “*faça X!*; *não faça X!*”, os juízos hipotéticos são, necessariamente, descritos nos seguintes termos: “*se X, deve Y!*”. Mais especificamente: “*caso ocorra a condição X, o Estado deve adotar a medida Y*”. Com a inclusão de uma cláusula em que se comina determinada retribuição (vantagem ou prejuízo), a norma jurídica revela-se não como um imperativo, mas sim como um *juízo hipotético*.<sup>42</sup>

Com isso, a conduta contrária à norma jurídica, longe de representar uma *ameaça* à norma jurídica e, por conseqüência, ao Direito, é o seu pressuposto mais fundamental, por constituir a condição da sanção e, por isso, da sua própria aplicação. O ilícito perde sua característica de ser algo *alheio* ao Direito, algo que o ataca ou o almeja destruir, para se converter na sua própria realização, pois a prática do ato coercitivo descrito na norma jurídica (sanção) é condicionada, justamente, à materialização de uma determinada conduta por parte de um indivíduo.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> SCHMILL, Ulises [1987]. **Introducción**. In: KELSEN, Hans [1911]. Problemas Capatales de la Teoría Jurídica del Estado. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. XVII.

<sup>40</sup> Entende-se por juízo uma operação mental de síntese entre a realidade e a percepção, isto é, um processo pelo qual a mente organiza a experiência, encontrando sua expressão final numa proposição. In: ABBAGNANO, Nicola [1971]. **Diccionario de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 592.

<sup>41</sup> SGARBI, Adrian [2007]. **Hans Kelsen – Ensaio Introdutórios (2001-2005)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 19.

<sup>42</sup> A tese de que as normas jurídicas, pelas quais se compõe o Direito, não são imperativos, mas juízos hipotéticos, foi originalmente defendida por Ernst Zitelmann. Todavia, segundo Kelsen, não havia naquela construção a distinção entre causalidade natural e causalidade normativa (*imputação*), nem uma crítica à concepção psicofísica do Estado. In: KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capatales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 222 et KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 410.

<sup>43</sup> “*La inviolabilidad del orden jurídico queda, así, formalmente asegurada; la majestad de la ley queda a salvo bajo cualesquiera circunstancias y no corre el riesgo de aparecer puesta en tela de juicio por el capricho de cualquier individuo. No importa que, en ciertos y determinados casos, se ilustre el fin social del orden jurídico, la intención del legislador; la voluntad del Estado, la norma jurídica, saldrá indemne de estos reversos, su integridad no sufrirá menoscabro. En esta*

## 3.2

### Da Norma Jurídica Obrigatória para o Estado

Como consequência desta *semantização* da sanção,<sup>44</sup> a teoria jurídica sofre uma radical transformação. A norma jurídica deixa de ser vista como o veículo pelo qual o Estado impõe *obrigações* aos súditos, com a garantia externa de um quadro coercitivo, para assumir a condição de veículo pelo qual o Estado *obriga* a si mesmo.<sup>45</sup>

De fato, se o juízo hipotético formulado pela norma jurídica, por um lado, tem por finalidade regular o exercício da coerção pelo Estado, estabelecendo as condições de sua atuação válida, por outro, uma vez realizada a conduta por aquela prevista, o Estado está obrigado a realizar o ato de coerção. Para Kelsen, este é o único sentido possível do *dever-ser* previsto pela norma jurídica. Ao regular a própria conduta do Estado, a norma jurídica cria para este um dever jurídico e, como decorrência, obriga-lhe a adotar determinado comportamento.

Toda norma jurídica impõe um *dever* ao Estado e, apenas de maneira secundária, impõe um dever aos demais sujeitos.<sup>46</sup> Num *sentido estrito*,<sup>47</sup> a norma

---

*inviolabilidad formal y absoluta, que no deja lugar a excepciones, y no en la virtud motivadora simplemente general, pero abierta a excepciones y contravenciones, reside la soberanía jurídica del derecho vigente. Y en esto es en lo que sus normas se asemejan también exteriormente a las leyes naturales, cuya imponente grandeza no reside, aunque otra cosa se piense, a veces, en sus efectos causales – sólo la carência de lógica de los profanos puede atribuirles semejante eficacia –, sino en su necesaria vigencia, incompatible con toda clase de excepciones.”* KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 200.

<sup>44</sup> A expressão “semantização” foi originalmente formulada por Ulises Schmill e pode ser definida como a interiorização da sanção pela norma jurídica. Cf. SCHMILL, Ulises [1987]. **Introducción**. In: KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. XVII.

<sup>45</sup> Para Kelsen, se toda *ordem* é dirigida a um destinatário diverso da figura do emissor, a teoria da norma jurídica como imperativo pressupõe que a vontade manifestada por uma pessoa seja, necessariamente, dirigida a uma *outra* pessoa. Assim, “*mediante la fórmula de la norma jurídica como juicio hipotético, hemos tomado partido, de un modo consciente, contra la llamada teoría del imperativo, según la cual el Estado, en la norma jurídica, no ‘quiere’ su propio comportamiento, sino el comportamiento jurídico de los súbditos.*” KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 222.

<sup>46</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 220.

<sup>47</sup> Na sua obra inaugural, Kelsen usou a expressão *norma jurídica em sentido estrito* para se referir à obrigação imposta ao indivíduo, como substrato fático, e a expressão *norma jurídica em sentido*

jurídica somente impõe uma *obrigação* aos indivíduos, se esta afirmação for entendida no sentido negativo, como um “dever” de que estes adotem o comportamento contrário ao que está previsto na sua forma *imperativa* (“*faça X!*; *não faça X!*”) da norma jurídica, sob pena de estarem sujeitos à aplicação de uma sanção.

Assim, uma vez verificada a condição prevista na norma jurídica, nasce uma obrigação para o Estado, uma obrigação de aplicar a sanção prevista pela própria norma. Surge, aqui, uma outra questão, não menos importante: o que significa “estar obrigado”? O que significa uma *obrigação* do Estado?

Na teoria jurídica tradicional, já se reconhecia a possibilidade de que as normas jurídicas, enquanto imperativos, tivessem como destinatário o próprio Estado. Portanto, uma obrigação do Estado teria a mesma estrutura de uma obrigação dirigida a um outro indivíduo qualquer. Como a imposição de um dever jurídico visa produzir um estado psíquico-real interior à vontade do indivíduo,<sup>48</sup> a auto-obrigação do Estado era usualmente explicada com a aplicação analógica da moral autônoma.<sup>49</sup>

Todavia, segundo Kelsen, o sujeito de uma auto-obrigação moral apenas pode ser o indivíduo, uma vez que a norma moral dotada de obrigatoriedade pressupõe uma alma individual e uma vontade individual.<sup>50</sup> Logo, a “vontade do Estado” jamais pode ser entendida como um fato psíquico, individual ou social. Ao se conceber o dever jurídico como a sujeição psíquico-real da vontade, não seria possível, nem mesmo em sentido figurado, conceber qualquer dever jurídico ao Estado.<sup>51</sup>

Assim, uma vez negadas as tendências antropomórficas da teoria jurídica da época, como explicar que o Estado seja capaz de se auto-obrigar? Antes de

---

*amplio* para fazer referência à proposição hipotético-condicional que estabelece a faculdade de impor a sanção. Os termos *norma primária* e *norma secundária* somente seriam introduzidos em sua teoria no ano de 1920, em outra obra, e aparecem num sentido um pouco diverso. KELSEN, Hans [1923]. **Prólogo a la Segunda Edición**. In: KELSEN, Hans [1911]. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. XLIV e XLV.

<sup>48</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 347.

<sup>49</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 350.

<sup>50</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 350.

<sup>51</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 348.

responder esta pergunta, deve ser aberto um breve parêntese. Nos primórdios de sua teoria jurídica, Kelsen considerava que apenas as normas gerais eram verdadeiras normas jurídicas, havendo uma identificação do Direito à lei sem maior tratamento. Se a totalidade do Direito era pensada, tão-somente, como um conjunto de normas legislativas,<sup>52</sup> as normas individuais não necessitavam especial atenção, uma vez que aquelas já teriam sido determinadas, em abstrato, por estas.<sup>53</sup> Na verdade, as normas individuais sequer representam a vontade do Estado, configurando, apenas, a administração do Estado em ação.<sup>54</sup> Os atos individualizados não criam obrigações ao Estado e, por isso, constituiriam mera *execução* das obrigações criadas pelas normas jurídicas gerais.

Como conseqüência, foi possível afirmar que o Estado *sempre* se comporta conforme estipulado pela norma jurídica, sendo simplesmente impossível que o Estado contrarie o Direito. É verdade que, se a sanção prevista pela norma jurídica é regularmente aplicada, o Estado cumpre com a sua obrigação, não havendo, neste particular, como se opor a tal conclusão. Todavia, como explicar a obrigatoriedade da norma jurídica nos casos em que a sanção não tenha sido aplicada pelo órgão responsável?

Eis a engenhosa explicação de Kelsen:

*“cuando el órgano del Estado obra contra la voluntad del Estado o a margem de ella, no es ya el Estado quien obra en él. No puede imputarse a éste lo que no ha querido. De aquí que no puede ser nunca la persona Estado quien, en el caso concreto, infringe sus deberes jurídicos, sino única y exclusivamente el órgano físico que, faltando a su deber oficial de aplicar la voluntad del Estado, no hace caso de ella o la contrarie. (...) En este caso, pueden ocurrir, a su vez, dos cosas. Una que el acto realizado por el órgano del Estado sea anulado jurídicamente y sustituido por otro válido en el que se aplique la verdadera voluntad estatal (...). La posibilidad de esta rectificación existe siempre que orden jurídico no hace imposible, de un modo expreso, la anulación de los actos falsos o defectuosos realizados por él órgano. Cuando esto ocurre, estamos dentro de la segunda posibilidad de la señalada alternativa. En este caso (...) no cabe la menor duda de que el Estado (...) quiere que sus actos, en ciertas circunstancias, sean considerados como suyos propios (...).”<sup>55</sup>*

<sup>52</sup> SGARBI, Adrian [2007]. **Hans Kelsen – Ensaio Introdutório (2001-2005)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 11.

<sup>53</sup> PAULSON, Stanley [1998]. **Introduction**. In PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. xxix.

<sup>54</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 214.

<sup>55</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 214.

De outro lado, o fato de que seja inevitável, na *prática*, a existência de atos realizados pelos órgãos do Estado que constatem com a sua vontade e que, em princípio, apareçam como atos do *próprio* Estado, não significa que o Estado possa agir contra o Direito ou que esta regra tenha uma dimensão simplesmente ideal, sujeita a exceções práticas. Assim, segundo Kelsen,

*“todo acto que aduce exteriormente la pretensión de surtir efectos como acto del Estado se apoya, al hacerlo, en la coincidencia con la voluntad del Estado proclamada por el orden jurídico. Puede demostrarse, a posteriori, que la pretendida coincidencia era puramente aparente, que una cosa es el acto realizado por el órgano del Estado y otra cosa distinta la voluntad de éste.”<sup>56</sup> (...) La infracción del derecho por el Estado mismo debe ser considerada, en todos y cada uno de los casos y bajo cualesquiera circunstancias, como una *contradictio in terminis*.”<sup>57</sup>*

Assim sendo, a mais importante diferença que existe entre o dever do Estado e o dever dos demais sujeitos reside em que o “dever-ser” do Estado é sempre, também e sem exceção, o seu “querer”, ou melhor, a sua “vontade”. Por isso, deve ser descartada a possibilidade de que a pessoa do Estado, cuja vontade não pode ter por conteúdo outra coisa senão o próprio Direito, queira, em algum caso, o seu contrário.<sup>58</sup> A afirmação da impossibilidade do Estado agir *contra* o Direito, isto é, de que o Estado *sempre* cumpre o seu dever jurídico é uma *necessidade imanente* ao próprio Direito. Esta auto-obrigação do Estado, estipulada pela norma jurídica, somente pode ser entendida como uma “exigência teórica”,<sup>59</sup> e não como uma constatação empírica.

<sup>56</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 214.

<sup>57</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 217.

<sup>58</sup> KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 389.

<sup>59</sup> KELSEN, Hans [1913]. **L'illecito dello Stato**. Trad. Angelo Abignete. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 119.

### 3.3

#### Considerações Parciais

Como pode ser visto, Kelsen promove, em seu primeiro livro dedicado ao estudo das normas jurídicas, uma profunda mudança no quadro da teoria jurídica tradicional. O reconhecimento do caráter condicional da “vontade do Estado” acarreta uma mudança radical da concepção sobre a norma jurídica, passando a mesma a ser encarada como um *juízo hipotético*.

Entendida como um *juízo hipotético*, a norma jurídica deve ser reconstruída na forma de uma *proposição*, de uma *proposição jurídica*, que liga uma *condição* (ou *causa*) a uma *conseqüência* (ou *efeito*) e que, por força desta estrutura condicional, impõe uma obrigação para o Estado de aplicar a sanção, entendido este dever jurídico como uma conduta necessária, impossível de não ser realizada.

Logo, sob o ponto de vista formal, toda e qualquer norma jurídica possui uma estrutura única, podendo ser reconstruída e apresentada nos termos de uma proposição jurídica, que, longe de impor uma determinada conduta aos indivíduos, cria uma obrigação para o próprio Estado.

No entanto, embora aparentemente superados por esta engenhosa construção teórica, alguns velhos problemas da teoria tradicional persistem. O primeiro deles diz respeito à natureza do juízo realizado sobre o material normativo. É que, ainda que reconstruídas sob a forma de um juízo hipotético, todas as normas jurídicas têm por finalidade impor um dever, uma obrigação: a aplicação de uma sanção pelos agentes do Estado. Sua teoria jurídica, longe de superar a teoria tradicional, acaba por reconhecer que a função das normas jurídicas é manifestamente imperativa, pois, em última análise, suas considerações apenas deslocam o destinatário das normas jurídicas.

Ademais, a própria natureza desta obrigação de aplicar a sanção permanece um mistério.<sup>60</sup> De fato, o artifício lógico utilizado por Kelsen para explicar o sentido da expressão “norma obrigatória para o Estado” não

---

<sup>60</sup> HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction.** In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms.* Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xxv.

demonstra, de modo satisfatório, a relação existente entre a norma jurídica e o agente estatal obrigado a aplicar a sanção. O que significa dizer que o agente estatal – e não o próprio Estado – “está obrigado” a aplicar a sanção? Afirmar que o Estado jamais pode praticar um ilícito apenas mascara o problema criado pela sua própria teoria: em que consiste esta “obrigação”?

Outro problema, ainda mais grave, é a objeção de que o resultado oferecido pela sua teoria nega os seus pressupostos. Neste particular, embora Kelsen sempre tenha insistido que a tarefa da ciência do Direito é de natureza puramente descritiva, limitando-se a descrever o seu objeto, sua teoria avança sobre um terreno proibido por seus próprios fundamentos. Mais do que uma mera *descrição*, sua ciência oferece, na verdade e na melhor das hipóteses, uma *reconstrução* das normas jurídicas: a proposição jurídica.

Por fim, um último problema pode ser apresentado: *normas jurídicas e proposições jurídicas* são expressões sinônimas ou são 2 (dois) conceitos distintos? As proposições jurídicas são as próprias normas jurídicas, apenas reconstruídas em sua forma gramatical, ou esta reconstrução apresenta como resultado uma segunda realidade, distinta e autônoma da primeira? A resposta para esta pergunta somente foi apresentada de forma inequívoca muitos anos mais tarde, na sua obra de 1945.<sup>61</sup>

Entretanto, apesar das questões em aberto, sua teoria jurídica apresentou, neste ponto embrionário, uma notável revolução na análise do Direito e, principalmente, na definição da função desempenhada pela norma jurídica. De fato, ao internalizar a sanção e estabelecer a proposição jurídica como o conceito central da ciência do Direito, o Direito Positivo foi concebido, pela primeira vez, como *o conjunto de normas que regulam o poder coercitivo do Estado*.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> Embora Kelsen tenha dito, em 1960, que esta resposta já estivesse presente na obra de 1911, parece que é necessária uma extrema “boa vontade” do intérprete para se chegar a esta conclusão. Na melhor das hipóteses, é possível extrair uma solução implícita ao problema na obra de 1925, quando Kelsen assume que a proposição jurídica é a “tradução gramatical” das normas jurídicas. No momento oportuno, tal ponto será analisado com mais profundidade. *Cf.* respectivamente: KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 411 *et* KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 70.

<sup>62</sup> SCHMILL, Ulises [1987]. **Introducción**. *In*: KELSEN, Hans [1911]. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. XVI.