

Teoria Geral do Estado (1925)¹

Após 14 (quatorze) anos de uma intensa produção teórica,² Kelsen recebeu, já como decano da Faculdade de Direito de Viena e como teórico respeitado no mundo inteiro, um convite do editor da “*Grande Enciclopédia de Ciências Políticas e Jurídicas*” para elaborar o livro sobre Teoria Geral do Estado daquela coleção.³ Prontamente, aproveitou a oportunidade para, ao mesmo tempo, reformular algumas de suas idéias de modo sistemático e responder algumas críticas dirigidas à sua teoria.

Prosseguindo em sua construção teórica, Kelsen volta a afirmar que,

*“aquí debe investigarse la naturaleza del todo, tal como se refleja en cada una de sus partes; pues cada norma jurídica, para serlo, tiene que reflejar la naturaleza del Derecho, considerado en su totalidad. Se el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición.”*⁴

Por fazer parte de uma ordem coercitiva, toda e qualquer norma jurídica deve seguir a mesma natureza. Se toda norma jurídica tem por “finalidade” regular o uso da força, ou seja, regular os atos de coerção, a realização do ato coercitivo (*efeito*) é sempre condicionada à existência de um outro fato, natural ou humano (*causa*). Logo, tanto a *condição* (ou *causa*) quanto a *conseqüência* (ou *efeito*) estão previstas na norma jurídica, que, por sua vez, pode ser descrita nos termos de uma proposição, a *proposição jurídica*. Neste ponto, Kelsen

¹ Publicação original: KELSEN, Hans [1925]. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: Julius Springer, 1925, 433p. O presente estudo teve por base a tradução para o idioma espanhol: KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934.

² Neste período, foram produzidos 85 (oitenta e cinco) estudos, entre livros e artigos. Fonte: <http://www.bunken.tamacc.chuo-u.ac.jp/scholar/morisue/datei.htm>, com acesso em 20 de novembro de 2007.

³ MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra**. Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 51-52.

⁴ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 62.

retoma as teses lançadas na sua obra vestibular, aprofundando a análise da proposição jurídica, inclusive de forma mais direta e objetiva.

4.1

A Norma Jurídica como Norma Primária

Embora a proposição jurídica possa ser descrita em termos causais, sua estrutura é um pouco diversa da proposição natural. De fato, enquanto as leis da natureza podem ser descritas com a proposição “se X é, Y é”, as leis jurídicas, as normas jurídicas, podem ser descritas com a proposição “se X é, Y deve ser”. Esta distinção expressa o seguinte: a condição jurídica não é a causa da consequência jurídica, nem a consequência jurídica é o efeito.⁵ Se na natureza a unidade entre causa e efeito é necessária, decorrendo de um modo determinista, simplesmente constatada pela percepção sensorial,⁶ a *consequência jurídica* (sanção) é ligada à *condição* por uma via estritamente jurídica.

De fato, sob o ponto de vista estritamente natural, quem rouba não é *necessariamente* castigado – e, do ponto de vista realista, é provável que nunca o seja –, mas ainda assim *deve ser* castigado. Ademais, no reino natural, não há “roubo”, nem “castigo”, mas apenas *atos*. Não há, portanto, mais do que uma necessidade *jurídica* no enlace do fato “castigo” ao fato “roubo”. A *consequência jurídica* e o *pressuposto fático* não estão unidos senão dentro de um sistema cultural, que atribui um sentido específico (jurídico) a determinados fenômenos. Num sentido estritamente *jurídico*, a condição e a consequência somente podem existir como *conteúdo* de normas jurídicas.⁷

No Direito, a ligação entre *condição* (ou *causa*) e *consequência* (ou *efeito*) tem uma característica exclusivamente *normativa*, uma operação mental que atribui *sentido* aos fatos naturais, que pode ser denominada como *imputação*.⁸ O

⁵ KELSEN, Hans [1925]. *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 62.

⁶ KELSEN, Hans [1926]. *Lineamenti di Teoria Generale dello Stato*. Trad. Agostino Carrino, Torino: G. Giappichelli Editore, 2004. p. 15.

⁷ KELSEN, Hans [1925]. *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 62.

⁸ KELSEN, Hans [1926]. *Lineamenti di Teoria Generale dello Stato*. Trad. Agostino Carrino, Torino: G. Giappichelli Editore, 2004. p. 15.

“castigo”, como conseqüência, é *imputado* ao “delito”, como condição, apenas dentro de um sistema de referência, dentro de um esquema de interpretação, descrito nos termos de uma *proposição jurídica*.⁹

Note-se, aqui, que a *condição* (ou *causa*) pode ser representada por uma conduta (ação ou omissão) do(s) indivíduo(s), o que constitui a regra nos sistemas jurídicos. Entretanto, certos acontecimentos que não são decorrentes da conduta humana, como os eventos naturais, podem ser reconhecidos como *condição* (ou *causa*) pela norma jurídica. Todavia, a *conseqüência* (ou *efeito*) deve, necessariamente, ser dirigida contra uma conduta humana. Se o Direito é um sistema coercitivo que tem por finalidade regular a conduta do homem em sociedade, não faria sentido que o ato coercitivo recaísse sobre outra coisa.¹⁰

Por isso, a regra é que o ato de coerção seja dirigido contra o sujeito que praticou a conduta que a norma jurídica quer evitar. Logo, numa situação normal, em que o ato coercitivo é dirigido contra o mesmo sujeito que praticou a conduta que a norma quer evitar, a proposição jurídica terá sempre uma mesma estrutura básica. Se designamos a conduta humana como $M - M^o$ (M enquanto *ação*; M^o enquanto *omissão*), o *evento* (ou *fato*) como E e o *ato coativo* como Z , obtém-se a seguinte *dinâmica* assumida por toda e qualquer proposição jurídica: se M (ou M^o) + E , deve ser $Z \rightarrow M$. Logo, o mesmo sujeito que aparece no fato condicionante (condição) numa situação *ativa*, irá aparecer no fato condicionado (conseqüência) numa situação *passiva*, como mero *objeto*.¹¹

Constata-se, pois, que o fato que constitui o conteúdo da conseqüência não é a *sua* conduta, a conduta do sujeito que a norma quer evitar, mas sim a conduta do sujeito que *realiza o ato de coerção*. Aquilo que, normalmente, é considerado como *imputação*, nada mais é do que uma exigência estrutural do próprio Direito de que os atos de coerção sejam objeto de uma determinada

⁹ KELSEN, Hans [1926]. **Lineamenti di Teoria Generale dell Stato**. Trad. Agostino Carrino, Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 17.

¹⁰ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 63.

¹¹ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 64.

regulação, onde resta estabelecida uma relação material entre o *fato condicionante* e o *fato condicionado*.¹²

Outrossim, impõe-se registrar que a *condição* (ou *causa*) não é, necessariamente, formada por um único fato, um fato unitário. A *condição* (ou *causa*) pode estar dividida ou escalonada em diversas condições parciais (*se X¹, X² e X³ é, Y deve ser*). O que importa é que esta série de condições, uma vez realizada, permite identificar a *condição* (ou *causa*) suficiente para o advento da *consequência* (ou *efeito*), ultimada com o ato coercitivo.¹³

Deste modo, o que, em princípio, apresenta-se como uma única proposição, aparece, na verdade, como um enlace de diversas proposições, das quais apenas a última estabelece como *consequência* (ou *efeito*) um ato coercitivo, enquanto as demais podem ser agrupadas numa unidade diversa. Eis as palavras do próprio Kelsen, *in verbis*:

“si alguien ha estipulado un contrato, debe comportarse con arreglo a las cláusulas del mismo; pero si procede de modo contrario a ellas, puede dirigirse contra él un acto de ejecución a instancia de la otra parte. Ahora bien, en virtud de esta última consecuencia específicamente jurídica, aquella norma según la cual debe uno comportarse de acuerdo con el pactado, constituye una norma jurídica, pero una norma jurídica relativamente autónoma, secundaria; y una determinada conducta sólo es contenido de un deber ser jurídico en tanto que la conducta contraria hállase bajo una sanción coactiva, es decir, en tanto que constituye la condición de un acto coactivo.”¹⁴

Neste ponto de sua doutrina, Kelsen irá reconhecer a existência de 2 (duas) espécies de normas: i) uma *norma primária*, cujo o conteúdo é a *condição* (ou *causa*) de um ato coercitivo, expressa através de uma proposição jurídica (“*M* [ou *M^o] + E, deve ser $Z \rightarrow M$ ”); e ii) uma *norma secundária*, cujo o conteúdo é a condição ou a série de condições que não têm como consequência um ato coercitivo, expressa através da conduta devida para *evitar* o ato coercitivo (“*faça X!*; *não faça X!*”).*

Assim, por exemplo, enquanto uma norma estabelece que “*se A e B estabelecem um contrato, devem A e B honrar com as suas cláusulas*” (a norma

¹² KELSEN, Hans [1925]. *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 65.

¹³ KELSEN, Hans [1925]. *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 66.

¹⁴ KELSEN, Hans [1925]. *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 66.

secundária) outra norma, a norma jurídica, estabelece que “*se A ou B não cumprirem suas cláusulas, deve ser dirigidos contra A ou B uma execução forçada*” (norma primária). Neste passo, a norma que estabelece a conduta devida para evitar a sanção (“*faça X!; não faça X!*”) tem que aceitar, como sua decorrência necessária, uma conduta contrária a outra norma, norma esta que estabelece o ato coercitivo como sua *conseqüência* (“*se X, deve Y!*”).

Constata-se, pois, que a norma secundária, que prevê a conduta devida para evitar a aplicação do ato coercitivo, tem um caráter meramente auxiliar, podendo ser considerada irrelevante sob o ponto de vista descritivo. A conduta devida para escapar da coação sequer precisa estar prevista pela norma jurídica, enquanto, necessariamente, o próprio ato coercitivo tem que constituir o seu conteúdo. Logo, com relação à norma primária, que adota a forma de uma proposição jurídica, a norma secundária é supérflua.¹⁵

Como se não bastasse, se realmente se supõe que o Direito é, em essência, uma ordem coercitiva, verifica-se que a própria norma secundária (“*faça X!; não faça X!*”) não constitui mais do que a expressão abreviada daquilo que determina a norma primária (“*se X, deve Y*”). De acordo com Kelsen,

*“no se está jurídicamente obligado a no robar – en el caso del robo – sino en tanto que se debe ser castigado. Y no se está jurídicamente obrligado a devolver el préstamo sino en tanto que – en el caso de la no devolución – deba ser dirigido contra el prestatario un acto de ejecución.”*¹⁶

Por qualquer dos ângulos escolhidos, verifica-se que a norma jurídica sempre poderá ser analisada sob o ponto de vista exclusivamente formal, sem guardar qualquer relação com a finalidade transcendente do Direito. Tendo como referencial a norma jurídica, a antijuridicidade não assume um sentido ético, de “negação ao Direito”, mas o sentido de seu próprio e específico conteúdo.

¹⁵ KELSEN, Hans [1925]. *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 68.

¹⁶ KELSEN, Hans [1925]. *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 68.

4.2

Escalonamento das Normas Jurídicas

Como já foi visto, no quadro teórico de sua primeira obra havia, apenas, uma “teoria plana” do Direito.¹⁷ Naquele momento, havia uma superposição implícita entre lei e norma, bem como o reconhecimento de que apenas as normas gerais emanadas pelo Estado eram verdadeiras normas jurídicas. Todos os demais atos praticados pelos agentes estatais consistiam – ou deveriam consistir – meras execuções daqueles atos normativos.

Antes mesmo desta obra, Kelsen já havia reconhecido, em 1923, no prefácio da 2ª edição do seu livro “*Problemas Fundamentais da Teoria do Direito Público*”, que esta concepção *exclusivamente* estática do Direito deveria ser abandonada. Além de uma consideração *estática*, o conhecimento da norma jurídica deveria ser completado por algumas considerações do tipo *dinâmico*.

O salto para esta nova abordagem da norma jurídica teve como responsável Adolf Julius Merkl, um dedicado aluno de Kelsen. Ainda como seu aluno, escreveu, no ano de 1917, um texto intitulado “*O Direito do Ponto de Vista de sua Aplicação*”,¹⁸ e outro, nomeado “*A Dupla Face do Direito*”,¹⁹ ambos com algumas considerações embrionárias acerca do escalonamento de normas jurídicas, podendo ser encontrado no primeiro texto a expressão “pirâmide” e “vértice da pirâmide”.²⁰

Ainda no prefácio da 2ª edição da obra de 1911, Kelsen modifica alguns pontos de sua teoria jurídica, dizendo que

“la ejecución representa siempre (...) una concreción de las normas abstractas, las cuales se conocen solamente, cierto es, con el nombre de orden jurídico. Sin embargo, los actos concretos del Estado en la ejecución tienen que ser necesariamente – según las propias premisas de que se parte en la presente

¹⁷ SGARBI, Adrian [2007]. **Hans Kelsen – Ensaios Introdutórios (2001-2005)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 19.

¹⁸ MERKL, Adolf Julius [1917]. **Il Diritto dal Punto di Vista Applicativo**. In: *Il Duplice Volto del Diritto*. Trad. Carmelo Geraci. Milano: Giufré Editore, 1987, p. 281-323.

¹⁹ MERKL, Adolf Julius [1917]. **Il Duplice Volto del Diritto**. In: *Il Duplice Volto del Diritto*. Trad. Carmelo Geraci. Milano: Giufré Editore, 1987, p. 99-127.

²⁰ SGARBI, Adrian [2007]. **Hans Kelsen – Ensaios Introdutórios (2001-2005)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 11-12.

obra [a de 1911] – actos jurídicos, ya que en ellos se manifiesta la misma voluntad del Estado que en las normas abstractas.”²¹

Como decorrência,

“los actos individuales del Estado en el terreno ejecutivo deben ser concebidos como normas jurídicas, y su contenido, en aquello que rebase el contenido de las normas generales, como el contenido propio de normas jurídicas, si es que se quiere concebir, en realidad, de un modo jurídico. Lo cual quiere decir que el orden jurídico debe abarcar, no solamente las normas jurídicas generales, sino también las individuales. (...) Ahora bien, si el sistema del derecho debe necesariamente abarcar como una unidad tanto la norma jurídica individual como el acto de Estado individual, es evidente que la unidad sistemática así postulada entre las normas jurídicas generales y las individuales no puede estabecerse de tal modo que la norma individual se considere implícita, estáticamente y como in nuce, en la norma general.”²²

De fato, para que toda norma *geral* alcance um sentido *concreto* faz-se necessário sua individualização, isto é, faz-se necessário que se aponte, *in concreto*, o fato que a norma geral determinou *in abstracto*. E se o ato estatal que aplica a norma geral ao caso concreto não pode ser daquela logicamente deduzido, este ato, longe de configurar mera execução, possui uma dimensão normativa própria, pois representa uma manifestação da “vontade” do Estado. E por representar uma manifestação de “vontade” do Estado, este ato individualizado gera um produto de idêntica natureza: uma norma jurídica.

Partindo destas considerações, Kelsen iria reconhecer, em sua obra de 1925, que, além da perspectiva estática (orientada pelo ato real de coerção, de natureza exclusivamente executiva), a norma jurídica também apresenta uma perspectiva dinâmica, entendida como uma função criadora da própria ordem jurídica estatal.²³ De fato, se a ordem jurídica é um sistema regulador de sua própria criação, esta criação é, em essência, um problema jurídico. E se toda norma jurídica é criada por indivíduos que desempenham funções de criação jurídica definidas por outras normas jurídicas, toda função do Estado é uma função de criação jurídica e toda norma jurídica confere o poder de criação

²¹ 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. XLVII.

²² 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. XLVII.

²³ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado.** Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 343.

jurídica.²⁴ Os poderes de Estado, que as teorias tradicionais apontam como funções estatais distintas (legislativa, executiva e jurisdicional) não são mais do que formas juspositivas específicas assumidas por uma única função estatal de criação jurídica.²⁵

Deste modo, a distinção entre as diversas “funções” do Estado não é *qualitativa*, baseada na natureza *peculiar e intrínseca* de cada uma delas. Entendidas como uma *única* função de criação jurídica, todas as “funções” estatais estão, na verdade, inseridas numa estrutura comum de criação do Direito, dispostas hierarquicamente, isto é, escalonadas num *processo* de criação jurídica em diversos graus.²⁶ Cada uma das “funções” de criação *limitam e estão limitadas* pelo exercício de uma outra “função”. Dispostas de modo escalonado, as normas do nível superior delimitam – como elemento do seu conteúdo –, um fato que constitui a criação do Direito num grau inferior.²⁷

Assim, do ponto do vista dinâmico, a ordem jurídica pode ser descrita como um sistema de normas dispostas hierarquicamente, onde as normas superiores estabelecem as condições sob as quais as normas inferiores serão criadas. Esta série continuada de fases no processo de criação jurídica demonstra o paralelismo entre o *fato* e a *norma*, pois, se a criação da norma inferior é reconhecida por um *fato* determinado pela *norma* superior, faz-se necessário, para a sua criação (ou reconhecimento), que o respectivo fato psicofísico, que servirá como o suporte da norma inferior, seja realizado. Em todos os casos, é a norma superior que confere ao fato nela mesma descrita a qualidade específica de fato criador do Direito.²⁸

Considerando a importante diferença existente entre o *fato* de criação normativa e a *norma* criada por este fato, pode ser afirmado o seguinte: aquilo

²⁴ De acordo com Kelsen, a unidade das “diversas” funções estatais é assegurada por uma *unidade de uma regra de criação*, isto é, pelo critério da própria criação jurídica que, enquanto substrato juridicamente relevante, integra o conteúdo da própria norma jurídica. Cf. KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 301.

²⁵ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 325.

²⁶ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 325.

²⁷ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 326.

²⁸ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 325-326.

que diante do grau superior constitui um *fato*, diante do grau inferior constitui uma *norma*. Assim, os limites extremos da pura *norma* e o puro *fato* são reconhecidos, de um lado, pela *norma fundamental* e, de outro, o *ato concreto de execução*.²⁹

Como ponto inicial, a norma fundamental confere a base e a unidade necessária para a dinâmica da produção normativa e, portanto, da própria ordem jurídica. Entende-se por norma fundamental a norma *não-positivada*, pressuposta pelo conhecimento teórico, cuja função é “reconhecer” o primeiro órgão criador do Direito. Embora não seja *instituída* por um ato humano (por isso, *não-positivada*), a norma fundamental constitui uma condição *a priori* da produção normativa, podendo ser descrita como a constituição em sentido *lógico-jurídico*.³⁰ Outrossim, por constituir o fundamento de validade último de *qualquer* ordem jurídica, sua natureza é meramente *formal*, referindo-se exclusivamente à sua criação, não determinando, pois, o *conteúdo* das normas jurídicas posteriores.³¹

Já o ato coativo real, entendido como o ato de pura execução, não deve ser analisado sob uma perspectiva dinâmica, e sim estática, uma vez que o mesmo não se refere a uma função *criadora* da ordem jurídica. Partindo do ponto de vista de uma ordem jurídica acabada, sem fazer qualquer referência à sua criação, o ato coativo aparece como a conseqüência (ou efeito) da proposição jurídica completa, estabelecida pelo conjunto das normas que compõem o ordenamento positivo.³²

De acordo com Kelsen,

“rispetto alla norma ‘superiore’ che la regola, la fattispecie di ogni produzione di norma rappresenta un atto di esecuzione della norma, mentre la norma prodotta in questa fattispecie viene a sua volta eseguita dalla fattispecie in essa regolata di produzione di una norma ‘inferiori’. Nel corso di questo sempre rinnovantesi processo di produzione del diritto, che trapassa da una forma

²⁹ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 326.

³⁰ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 325.

³¹ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 343-344.

³² KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 327-329 et KELSEN, Hans [1959]. **Acerca de la Norma Básica**. Trad. A. Sequella. In: Revista de Ciencias Sociales (número monográfico em homenagem à Hans Kelsen). Valparaíso: Universidad de Chile, 1974, p. 419 *apud* AMADO, Juan Antoni García [1996]. **Hans Kelsen y la Norma Fundamental**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 30-31.

*astratta ad una sempre più concreta, le norma generali si riempiono di un contenuto sempre più individuale.*³³

Assim, se a norma superior *proíbe* ou *permite* que a norma inferior tenha determinado conteúdo, a norma inferior sempre representa sua execução.³⁴

Esta série continuada de fases do processo de criação jurídica, desde a norma fundamental até a aplicação concreta da coerção, através da constituição em sentido *jurídico-positivo*, das leis, dos regulamentos, dos contratos e das sentenças judiciais, caracteriza a dinâmica jurídica de individualização do Direito. Se a criação de cada norma é reconhecida como um fato determinado pela norma superior, da qual é seu conteúdo, resulta que a positividade do Direito constitui, do ponto de vista dinâmico, uma hierarquia de atos de individualização. Como consequência, a criação e a aplicação do Direito são problemas jurídicos e a ordem jurídica pode ser descrita como um sistema regulador de sua própria criação e execução.³⁵

4.3

Da “Norma Obrigatória ao Estado” para a “Regularidade da Função Estatal”

Como visto no capítulo anterior, a impossibilidade do ilícito estatal era uma exigência teórica. Uma vez que os todos os atos praticados pelos agentes estatais seriam atos de mera execução das normas jurídicas gerais, qualquer ato desviante seria (i) *anulado* e *substituído* pela real vontade do Estado, contida na norma jurídica, ou (ii) *convalidado* diante da impossibilidade de sua anulação, quando isto for reconhecido pela própria norma jurídica.³⁶ Qualquer ilicitude seria restrita à conduta do agente público que, eventualmente, poderia ser punido com a aplicação de um ato coercitivo previsto numa norma jurídica que

³³ KELSEN, Hans [1926]. **Lineamenti di Teoria Generale dello Stato**. Trad. Agostino Carrino, Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 80.

³⁴ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 306.

³⁵ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 370.

³⁶ KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Captales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 214.

estabelecesse, como a sua condição, a execução de uma vontade que não correspondesse à vontade do Estado.

Ocorre, todavia, que, neste ponto de sua teoria jurídica, Kelsen reviu a natureza estritamente estática do Direito e reconheceu que, sob uma perspectiva dinâmica, todos os atos de individualização também configuram sua criação. E aqui surge um problema: se, de acordo com a primeira versão de sua teoria, os atos de individualização contrários ao Direito, por não criarem normas jurídicas, não podem ser imputados ao Estado, como reconhecer, a esta altura, que estes atos criem normas jurídicas, sem comprometer a integridade de sua empreitada teórica?

Para manter a coerência de sua teoria jurídica, foi necessário dedicar especial atenção ao estudo dos órgãos do Estado. Segundo Kelsen, ao reconhecer que o processo de criação das normas jurídicas é regulada pelas próprias normas jurídicas, a concepção dinâmica do Direito permite verificar a posição do órgão estatal na hierarquia da ordem jurídica. Como consequência, todo órgão estatal está situado entre dois graus da hierarquia normativa: i) a norma que o órgão deve *executar*, pela qual se determina sua função; e ii) a norma que o órgão deve *criar*, pela qual se determina a função de outro(s) órgão(s).

Esta relação entre o órgão e as normas que o mesmo deve cumprir é regida pelo princípio da regularidade da função, pelo qual se resguarda a ordem jurídica da *função*³⁷ exercida de forma irregular, através de 03 (três) técnicas distintas. Em primeiro lugar, a regularidade do exercício da função seria garantida nas hipóteses em que a norma superior reconhecesse a *nulidade* pura e simples de um ato realizado em certas condições, sem a intervenção de outro órgão ou a realização de um ato posterior.³⁸ Em segundo lugar, a norma superior poderia reconhecer a possibilidade de que o interessado – ou mesmo outro órgão – recorra a um terceiro órgão, que pode *anular*, com efeitos *pro futuro* ou *pro praeterito*, o

³⁷ Parece que seria mais correto referir-se à nulidade ou à anulabilidade da *norma* criada pela função estatal, e não à nulidade ou à anulabilidade da própria função. Manteve-se, todavia, a expressão constante na versão traduzida da obra em análise. In KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 370.

³⁸ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 370.

ato irregular realizado pelo primeiro.³⁹ Por fim, a norma superior poderia prever a *convalidação* da função irregular exercida pelo órgão estatal. Esta convalidação, por sua vez, poderia ser *explícita*, nos casos em que a regularização fosse expressamente prevista pela norma superior, ou *implícita*, nos casos em que a norma superior (a) não reconheça a nulidade ou a anulabilidade da norma inferior ou (b) não imponha uma sanção dirigida à autoridade responsável por anular a norma inferior irregular.⁴⁰

Com o reconhecimento do princípio da regularidade da função, o problema do ilícito estatal assume a categoria de uma *contraditio in adjecto*. Se é a norma jurídica que constitui a função do órgão estatal, o reconhecimento da dimensão normativa dos atos de individualização, ao invés de infirmar seu projeto teórico, acaba por consagrá-lo, pois o conflito mantém-se restrito à dimensão normativa do Direito, irreduzível ao sentido subjetivo almejado pelo agente estatal. E, em última análise, tal conflito será sempre aparente, uma vez que é a norma superior que irá conferir o sentido objetivo à norma inferior, permitindo-se, em todos os casos, a sua compatibilização com a ordem jurídica, ainda que a norma inferior tenha sido criada por uma “função irregular”.⁴¹

Verifica-se, pois, que a impossibilidade de que a atividade estatal seja contrária ao Direito, antes tributária de uma “norma obrigatória para o Estado” e decorrente de uma concepção exclusivamente estática do Direito, encontra sua nova fundamentação na dimensão dinâmica do Direito. O desvio praticado pelo agente estatal deixa de ser analisado sob o seu aspecto fático, em que a *conduta* desviante é anulada ou avalizada pela norma jurídica, para ser analisada em sua dimensão estritamente normativa, em que o *sentido* conferido ao ato praticado pelo agente estatal é sempre determinado, em última análise, pela própria norma superior que regula a função de criação jurídica.

³⁹ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 370.

⁴⁰ A possibilidade de convalidação foi prevista, através de modo não muito sistemático, na obra de 1925, ora analisada. A sistematização proposta, além de ser útil aos fins do presente trabalho, não traz alterações de fundo no pensamento kelseniano. KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 370 e 380.

⁴¹ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 371.

4.4

Considerações Parciais

Nesta obra, Kelsen não iria propor mudanças de fundo no seu conceito de norma jurídica. Em linhas gerais, a essência de sua teoria permanece a mesma: qualquer norma jurídica sempre pode ser traduzida, logicamente, em juízos hipotéticos e descrita, gramaticalmente, nos termos de uma proposição jurídica. Sob as lentes de uma ciência jurídica, a norma jurídica apresenta-se como um juízo, não como um imperativo. Isto não significa, por óbvio, que os imperativos não fazem parte do material que forma o Direito: os fatos, enquanto meros *factos sociales*, podem muito bem constituir imperativos. Mas o Direito, dentro de sua esfera de legalidade autônoma, somente pode ser conhecido como um *juízo hipotético* e descrito nos termos de uma *proposição jurídica*.⁴²

Não obstante, apesar de manter as linhas fundamentais da sua teoria da proposição jurídica, Kelsen introduziu na sua análise algumas considerações adicionais. Neste ponto, a proposta inicial de sua proposição ganha complexidade, pois a sua estrutura condicional pode ser desdobrada numa série de proposições parciais. Em última análise, estas diversas proposições sempre serão a representação de apenas 2 (duas) espécies de normas: i) as *normas primárias*, que estabelecem a condição para o ato coercitivo (“*M [ou M^o] + E, deve ser Z → M*”); e ii) as *normas secundárias*, cujo o conteúdo é a condição ou a série de condições que não têm como consequência um ato coercitivo, expressa através da conduta devida para *evitar* o ato coercitivo (“*faça X!; não faça X!*”).

Mas, em comparação com seu livro de 1911, este desdobramento das diversas condições provocou, em essência, apenas a adoção de uma nova terminologia,⁴³ uma vez que Kelsen expressamente reconhece⁴⁴ que apenas as

⁴² KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 70-71.

⁴³ Como visto, Kelsen usou, na sua obra inaugural, 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 amplo* para fazer referência à proposição hipotético-condicional que estabelece a obrigação de impor a sanção. 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.

⁴⁴ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 68.

normas primárias têm relevância jurídica. A norma jurídica continua tendo uma estrutura única, podendo ser sempre descrita nos termos de uma proposição jurídica, que, longe de impor uma determinada conduta aos indivíduos, regula o exercício do poder coercitivo do Estado.⁴⁵

Além disto, Kelsen reconheceu que o Direito poderia ser analisado sob uma perspectiva dinâmica. Assim, ao lado da concepção estática, que parte da análise da ordem jurídica já acabada e orientada pelo ato coercitivo, o Direito poderia ser descrito como uma *função de criação jurídica*, sendo possível afirmar que todas as “funções” estatais estão, na verdade, inseridas numa estrutura hierárquica de diversos graus de criação jurídica,⁴⁶ de sorte que cada uma das “funções” de criação *limita e está limitada* pelo exercício de uma outra “função”. Dispostas de modo escalonado, as normas do nível superior delimitam – como elemento do seu conteúdo – um fato que constitui a criação do Direito num grau inferior,⁴⁷ de modo que até mesmo os atos de individualização devem ser reconhecidos como normas jurídicas.

Todavia, uma visão crítica sobre sua obra de 1925 demonstra que a oportunidade para resolver um antigo problema foi desperdiçada. Na verdade, esta obra não só deixa de oferecer respostas satisfatórias para algumas das objeções levantadas contra sua teoria jurídica como, também, deixa novas questões em aberto.

Logo de início, verifica-se que a sua norma jurídica, ainda que descrita nos termos de uma proposição jurídica, continua assumindo a indesejável forma imperativa, pois, caso a *condição* (ou *causa*) prevista pela norma jurídica venha a ocorrer, a *conseqüência* (ou *efeito*) consiste numa obrigação dirigida ao agente estatal de aplicar a sanção (“*faça X!*”).

Outrossim, não se encontra nesta obra uma resposta satisfatória á natureza da relação existente entre a norma jurídica e o agente estatal. Se em 1911 a questão era “jogada para debaixo do tapete” com o recurso á lógica formal, em 1925 a questão permanece em aberto, pois afirmar que o “exercício

⁴⁵ 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.

⁴⁶ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 325.

⁴⁷ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 326.

irregular de uma função sempre assume o sentido objetivo determinado por sua norma de regência, e não o sentido subjetivo desejado pelo agente”, apenas atualiza sua teoria diante das novas considerações dinâmicas e nada diz sobre a natureza desta relação. Até aqui, a pergunta “o que significa dizer que o agente estatal está obrigado aplicar a sanção?” continua sem resposta.

De outro lado, a introdução da perspectiva dinâmica em sua teoria jurídica traz novos desafios. A partir de agora, as normas jurídicas assumem uma importante função: elas atribuem o poder de criação jurídica. Assim, com exceção das normas do último escalão do ordenamento jurídico, que apenas regulam a atividade concreta de execução material da sanção, todas as demais normas jurídicas desempenham uma importante e nova função de criação jurídica, limitando a criação das normas inferiores e sendo limitadas em sua própria criação pelas normas jurídicas superiores. Não obstante, não há, na obra de 1925, uma definição mais precisa do que seja este “poder”. Na verdade, os termos “poder” ou “poder jurídico” sequer são utilizados, tendo Kelsen se limitado a dizer que as normas jurídicas regulam a função de criação jurídica e que as normas superiores estabelecem as condições de criação das normas inferiores.⁴⁸

Outro ponto também é cercado por obscuridades. Tanto na obra de 1911,⁴⁹ quanto na obra de 1925,⁵⁰ ou mesmo na vindoura obra de 1934,⁵¹ Kelsen defende que a norma jurídica tem por finalidade exclusiva regular o poder coercitivo do Estado. Noutras palavras, a função de toda norma jurídica seria regular a aplicação da sanção. No entanto, esta “clássica” função de regular os *atos de coerção* passa a conviver com uma nova função: a função de regular a *criação jurídica*. O fato de que a função de regular os atos de coerção diz respeito à estática jurídica e que a função de criação jurídica diz respeito à dinâmica, não esclarece se toda norma jurídica desempenha, ao mesmo tempo, as 2 (duas) funções ou se o sistema normativo é formado por 2 (duas) espécies de normas

⁴⁸ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 341.

⁴⁹ KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 180.

⁵⁰ KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 70-72.

⁵¹ 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. 29-30.

jurídicas, uma destinada a regular o ato coercitivo (“*duty-imposing norms*”) e outra destinada a regular a criação normativa (“*power-conferring norms*”).⁵²

Por fim, resta evidente que algumas normas jurídicas simplesmente não regulam atos coercitivos, ou melhor, não estipulam sanções. É o caso, por exemplo, das normas constitucionais, que, em sua grande maioria limitam-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?

Impõe-se reconhecer, no entanto, que além de alguns problemas não resolvidos, relativos à parte estática de sua teoria, e os novos problemas, relativos à sua parte dinâmica, esta obra traz alguns importantes “*insights*”, responsáveis por alguns dos pontos mais importantes no desenvolvimento posterior da Teoria Pura do Direito, a saber: i) a distinção entre os sentidos objetivo e subjetivo de um ato (tema desenvolvido na obra de 1934); ii) a distinção entre as perspectivas estática e dinâmica do Direito (tema desenvolvido na obra de 1945); e iii) a distinção entre as normas primárias e as secundárias (tema amplamente revisto na obra de 1979).

⁵² HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction.** In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms.* Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xxi.