

Teoria Geral das Normas (1979)¹

Após a publicação da 2ª edição da sua obra “*Teoria Pura do Direito*” em 1960, seria justo esperar que Kelsen, aos 78 anos de idade, encerrasse sua jornada acadêmica. Mas, ao contrário, continuou escrevendo por toda a década de 60, geralmente através de artigos com respostas a algumas críticas e revisões específicas, ou mesmo sumários, de sua Teoria Pura do Direito.

Depois de uma série de correspondências trocadas com Ulrich Klug, Kelsen começou a rever suas posições acerca da aplicação da lógica às normas, em geral, e às normas jurídicas, em particular.² Estes estudos expandiram seus horizontes a tal ponto que, quando Kelsen morreu em 1973, aos 91 anos de idade, foi achado em suas anotações um volumoso manuscrito, contendo os resultados de seus trabalhos durante toda a década passada.³

Este manuscrito ainda não possuía uma forma definitiva, pois Kelsen veio a falecer antes de terminá-lo. Muitas partes ainda não tinham sido revistas. Sequer havia um índice minucioso, mas apenas uma indicação sobre a ordem dos temas apresentados. Seus herdeiros, então, decidiram confiar estes documentos ao seu amigo e discípulo Rudolf Aladár Metall e, após sua morte em 1975, ao Instituto Hans Kelsen, em Viena.⁴

Uma vez encarregado da custódia e da administração do manuscrito, o Instituto Hans Kelsen decidiu, através dos seus órgãos, por publicá-lo. Assim,

¹ Publicação original: KELSEN, Hans [1979]. **Allgemeine Theorie der Normen – Im Auftrag des Hans Kelsen-Instituts aus dem Nachlaß herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter**. Wien: Manz, 1979, 362p. O presente estudo teve por base as traduções para os idiomas inglês, italiano e espanhol, respectivamente: KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991; KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985 e KELSEN, Hans [1979]. **Teoría General de las Normas**. Trad. Hugo Carlos Delory Jacobs. Mexico DF: Trillas, 1994.

² KELSEN, Hans [1981]. **Rechtsnormen und Logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965. Hans Kelsen - Ulrich Klug**. Wien: Franz Deuticke, 1981. Esta obra foi traduzida para a língua portuguesa sob o título “*Normas jurídicas e Análise Lógica*”. Cf. KELSEN, Hans [1981]. **Normas Jurídicas e Análise Lógica. Correspondências 1959 - 1965. Hans Kelsen - Ulrich Klug**. Trad. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

³ HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction**. In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. ix.

⁴ RINGHOFER, Kurt; WALTER, Robert [1979]. **Foreword to the Original German Edition**. Trad. Michael Hartney. In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. lviii.

após uma cuidadosa revisão, procedida pelos professores Kurt Ringhofer e Robert Walter, o manuscrito veio a ser finalmente publicado na Alemanha em 1979, sob o título “*Teoria Geral das Normas*”.⁵

8.1

Definição de Norma Jurídica

Logo no início de sua obra póstuma, Kelsen repete a definição de norma jurídica apresentada na obra de 1960: a norma é o sentido (objetivo) de um ato de vontade.⁶ E, depois de apresentar esta definição, estabelece algumas distinções conceituais que, em seu juízo, eram necessárias para a sua plena compreensão.

De um lado, o *ato* de prescrever (ou comandar, ordenar) uma norma, que é um ato de vontade e assume as características de um evento natural (leia-se: um *ser*), deve ser contraposto à *própria* prescrição (ou comando, ordem), isto é, da norma como o sentido do ato em questão (leia-se: um *dever-ser*). Por isso, afirma-se que a norma *é* um sentido, e não que a norma *tem* um sentido.⁷

De outro lado, deve-se ter cuidado também para não confundir a *norma*, com uma *declaração* sobre a norma. Isto porque, segundo Kelsen,

*“la norma non è infatti un’asserzione e (...) deve essere nettamente distinta da un’asserzione, in particolare anche dall’asserzione sopra una norma. Infatti l’asserzione è il senso di un atto di pensiero mentre la norma, come già osservato, è il senso di un atto di volontà rivolto intenzionalmente ad un certo comportamento umano.”*⁸

De fato, uma manifestação de vontade pressupõe uma representação ideal de um estado de fato. Por óbvio, antes de um sujeito manifestar sua vontade (ato

⁵ RINGHOFER, Kurt; WALTER, Robert [1979]. **Foreword to the Original German Edition**. Trad. Michael Hartney. In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. lviii.

⁶ “*The Ought – the norm – is the meaning of a willing or act of will (...)*.” KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 2.

⁷ KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 26 *et* KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 52.

⁸ KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 63.

de vontade) é preciso que ele tenha *pensado* (ato de pensamento) sobre um evento que se apresente como um possível objeto daquela.⁹ Somente após esta representação tem lugar uma decisão volitiva sobre a sua realização, de sorte que um *ato de vontade* é sempre precedido por um *ato de pensamento*.

Da mesma forma, aquele que manifesta sua vontade pressupõe que o seu destinatário a entenda, isto é, que compreenda como *prescrição* (ou *ordem*) o sentido da expressão utilizada naquela manifestação, pois apenas quando o destinatário de um ato volitivo entende o sentido da expressão lingüística a ele dirigida ser-lhe-á possível obedecer. Espera-se, portanto, que o destinatário entenda que ele (i) *deve* se comportar de uma determinada maneira e (ii) *como* deve se comportar, ou seja, o que deve fazer ou deixar de fazer. O primeiro é o sentido do ato de vontade, a *norma*, enquanto o segundo é seu conteúdo, que representa uma *prescrição* (ou *ordem*).¹⁰

E, aqui, deve ser aberto um parêntese. O sentido do ato de vontade não decorre naturalmente da expressão lingüística utilizada pelo emissor. Se, por exemplo, um pai diz ao seu filho “amanhã você irá à escola”, podemos estar diante de uma *ordem* ou de uma mera *declaração*.¹¹ O sentido desta expressão somente pode ser *entendido*, leia-se, captado mentalmente, através de um processo interno totalmente diverso da sua captura física. Quando não se leva em consideração os processos internos de vontade e entendimento ou, ainda, quando não se faz referência ao conceito auxiliar de sentido como um conceito distinto da mera expressão lingüística, é simplesmente impossível distinguir as expressões que constituem uma ordem daquelas expressões que são meras declarações.¹²

⁹ “Il senso del mio atto di volontà diretto comportamento altrui è quanto intento esprimendo il mio atto di volontà. Um atto de volontà diretto al comportamento di un altro si esprime per lo più attraverso il linguaggio, cioè con parole dette o scritte. Chi dà un ordine intende qualcosa. Si aspetta che l'altro capisce questo qualcosa. Com il suo ordine pensa che l'altro debba comportarsi in un certo modo. Questo è il senso del suo atto di volontà. Colui che dà l'ordine deve immaginare in anticipo il comportamento dell'altro, cioè come debba comportarsi l'altro sogetto. Deve sapere cosa vuole, cosa vuole dall'altro, quale comportamento vuole dall'altro.” KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 62-63.

¹⁰ KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 63.

¹¹ KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 72.

¹² KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 72.

Deste modo, uma expressão lingüística é uma *ordem*, e não uma *declaração*, quando a mesma designa o sentido de que o destinatário deve se comportar da maneira desejada pelo emissor. E mais: este sentido deve ser compartilhado por ambos. Assim, para Kelsen,

*“la volontà, l'intenzione del soggetto che ordina o del soggetto che statuisce la norma e la comprensione da parte del destinatario dell'ordine o della norma sono processi essenzialmente interiori rispetto alla situazione esistente nel momento in cui si dà un ordine, si statuisce una norma o si osserva una norma.”*¹³

E neste ponto, é possível identificar uma importante consequência para a Teoria Pura do Direito, pois o termo “sentido” passa a ser utilizado de um modo diverso daquele utilizado nas obras anteriores. Até então, o “sentido” de um ato era uma interpretação conferida por uma norma superior. Assim, por exemplo, o sentido de um homicídio poderia ser um crime, num caso, e uma execução judicial, em outros, dependendo da norma de regência. Mas se, desde a obra de 1960, o “sentido” de um ato de vontade é a própria *norma*, com a obra de 1979 este “sentido” passa a designar não só a existência de um dever-ser, mas também o *conteúdo* mental do ato volitivo, ou seja, a *própria* prescrição imposta pelo emissor e reconhecida como tal pelo seu destinatário. Assim, ao que parece, Kelsen está trabalhando agora com 2 (dois) conceitos complementares de “norma”: i) o primeiro que se extrai da definição de norma como o sentido objetivo de um ato de vontade, isto, é como um dever-ser; e ii) o segundo como o próprio conteúdo da conduta prescrita pelo ato volitivo.

E nem se fale, aqui, que esta *interiorização* do sentido acarretaria o reconhecimento de uma norma jurídica em todo e qualquer ato de vontade. É o que sugere, por exemplo, Michael Hartney, ao afirmar que

“this definition of a norm as a kind of mental sentence is inconsistent with Kelsen's long-standing claim that a command gives rise to a norm only if the commander has norm-creating power in virtue of another norm. For it every act

¹³ KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 65.

of will directed to the behaviour of another produces a norm, then the highwayman's act of will produces a norm 'hand over your money!'. ”¹⁴

De fato, todo ato de vontade dirigido à conduta de outra pessoa dá origem a uma *norma*, cujo sentido é tanto um dever-ser, isto é, o reconhecimento da existência de um dever, quanto o conteúdo do próprio ato volitivo ou, ainda, a própria prescrição imposta pela norma. Todavia, se todo e qualquer ato de vontade dá origem a uma norma, este *dever-ser* (e seu *conteúdo*) somente irá assumir uma existência jurídica, ou seja, somente será uma *norma jurídica* caso o sentido conferido pelo emissor e reconhecido pelo destinatário seja o mesmo daquele atribuído por uma outra norma jurídica. Em síntese: para ser reconhecido pelo cientista como norma jurídica, o sentido *subjetivo* de um ato de vontade (o dever-ser e seu conteúdo) deve ser idêntico ao sentido *objetivo* conferido por outra norma jurídica.

Neste ponto, vale lembrar que a obra de 1979 pretendia oferecer os elementos necessários para a construção de uma teoria geral das *normas*, e não apenas das normas jurídicas. Deste modo, todo ato de vontade dirigido à conduta de outra pessoa pode ser reconhecido como uma norma, pois possui um *sentido*, a saber, um *dever-ser* e um *conteúdo*. Outra questão é saber se a norma produzida pelo ato de vontade integra um ordenamento específico, jurídico ou moral. Neste particular, só pode ser reconhecido como norma o sentido subjetivo de um ato de vontade que esteja “legitimado” por uma outra norma, isto é, que também esteja reconhecido pelo ordenamento como o seu sentido objetivo.¹⁵ Quando isto ocorrer, o sentido subjetivo do ato volitivo (o dever-ser e o seu conteúdo) passa a integrar o respectivo ordenamento como uma norma válida.

Com isto, a obra de 1979 consolida uma tendência presente já na obra de 1960, a saber, o reconhecimento de uma *norma* sempre que haja um ato de vontade com pretensões normativas, pois em todos os casos haverá um estado ideal (dever-ser) prescrito (como seu conteúdo) a um certo destinatário. Já a sua

¹⁴ HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction.** In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xxxix.

¹⁵ “*È considerato valido come norma solo il senso di un atto di comando qualificato in un certo modo e precisamente di un atto di comando autorizzato dalla norma di un ordinamento positivo morale o giuridico.*” KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme.** Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 53.

caracterização como norma jurídica irá depender da verificação de compatibilidade do *sentido subjetivo* declinado pelo emissor do ato de vontade com o *sentido objetivo* autorizado pelo ordenamento jurídico.

8.2

Funções da Norma Jurídica

Na obra de 1960, Kelsen reconheceu 3 (três) funções às normas jurídicas, a saber: i) *prescrever condutas* (ou *comandar, ordenar*); ii) *permitir condutas*; e iii) *atribuir poder jurídico*. Em linhas gerais, não há mudança na definição de cada uma destas funções, bem como da forma pela qual os ordenamentos positivos criam outras situações jurídicas. No entanto, algumas novas considerações são feitas no que diz respeito ao modo pela qual cada uma destas funções é desempenhada.

A função *prescritiva* é considerada, desde logo, a função mais importante de uma norma jurídica.¹⁶ Aliás, todas as demais funções da norma jurídica estão, de certo modo, conectadas com esta função.¹⁷ De acordo com Kelsen,

“‘to comand’ is synonymous with ‘to prescribe’ (as opposed to ‘to describe’). Describing is the meaning of an act of cognition; prescribing is the meaning of an act of will. A person describes something by stating how it is; a person prescribes something – especially a certain behaviour – by expressing how it ought to be.”¹⁸

Num sentido estritamente técnico, não haveria diferença substancial entre uma prescrição e uma proibição. Na verdade, ambas denotam uma mesma função, só que relativas a condutas diversas, a saber: a uma *ação* e a uma *omissão*, respectivamente. De outro lado, toda proibição pode ser representada gramaticalmente como uma prescrição, e vice-versa. Por exemplo, a proibição “é

¹⁶ “The specific function of a norm is to command a certain behavior.” KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 96.

¹⁷ KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 99 e 103.

¹⁸ KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 96.

proibido mentir” pode ser reformulada nos termos da prescrição “*a verdade deve ser dita*”. Em última análise, a proibição de uma conduta sempre representa a prescrição de uma omissão e a prescrição encerra uma proibição de uma ação contrária àquela prescrita.¹⁹

No que diz respeito à função *permissiva*, não há qualquer alteração substancial. Assim como na obra de 1960, a permissão ocorre quando há a ausência de um dever, podendo ser de 2 (dois) tipos: i) *negativa*, quando não há uma norma proibindo uma determinada conduta; ou ii) *positiva*, quando a proibição é limitada por uma norma permissiva específica. A única novidade na obra de 1979 diz respeito à definição da norma permissiva, que passa a ser entendida como uma norma que afasta (parcial ou totalmente) o âmbito de incidência de uma norma proibitiva.²⁰

Já a função de *autorizar a criação de outras normas jurídicas*, conferindo um poder jurídico a determinada pessoa, traz uma questão interessante: a forma pela qual se desempenha esta função não está bastante clara na obra de 1979, sendo possível identificar²¹ as afirmações contraditórias de que (i) esta é uma função *direta* das normas jurídicas²² e que (ii) esta é uma função *indireta* das normas jurídicas.²³

Mas ao que parece, esta contradição não é tão grave e pode ser resolvida dentro da própria Teoria Pura do Direito. Se a análise partir da *teoria estática* do Direito, centrada nos atos de coerção, a função de conferir um poder jurídico aparece, de fato, como uma função *secundária* da norma jurídica. Ao contrário, se a análise for realizada sob a perspectiva da *teoria dinâmica* do Direito, cujo objeto é a análise da criação jurídica, esta função aparece como a função *principal* de

¹⁹ Kelsen, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 96.

²⁰ Kelsen, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 160-161.

²¹ O registro originário desta contradição foi feito por Michael Hartney, na introdução à tradução da obra de 1979 para o inglês. HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction**. In: Kelsen, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xli.

²² “The normative function of empowering is different from the two normative functions of permitting and commanding. But empowering can imply a command.” Kelsen, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 103.

²³ “(...) the normative function of empowering someone to posit norms can be reduced to a function of commanding.” Kelsen, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 260.

uma norma jurídica, sendo a função prescritiva realizada apenas de um modo indireto.

Assim, de um lado, sob o enfoque da estática jurídica, uma norma que *prescreve* determinada conduta também *confere um poder jurídico de criação normativa*. Segundo Kelsen,

*“the higher norm empowering an individually or generally specified organ to posit lower norms can be presented as a hypothetical general norm prescribing that under the condition specified in the lower norm by the organ specified in the higher norm, the consequence specified in the lower norm posited by the organ specified in the higher norm is to occur. If the norm is a legal norm empowering individual X (...) to posit legal norms, then reads: ‘under the condition specified in the norm posited by individual X (...) the legal consequence (a coercive act) specified in the norm posited by the individual X (...) is to occur’. (...) The empowering norm is a blank norm. The condition state of affairs and the conditioned legal consequence are empty forms, that is, their content is not specified in the empowering legal norm, but they point to further specification by a legal norm to be posited by the empowered organ.”*²⁴

De outro lado, sob o ponto de vista da *dinâmica jurídica*, uma norma que *confere um poder jurídico de criação normativa* também *prescreve* que esta norma, uma vez criada, deve ser obedecida. Assim, por exemplo, diz Kelsen,

*“if a norm of the constitution empowers the legislative organ to posit general legal norms binding on those subject to the law, it is not only the legislative organ’s competence to posit general legal norms which is based on the constitution, but also the binding nature of these norms for those subject to the law. For by empowering the legislative organ to enact statutes binding on the subjects of the law, the constitution empowers the legislator to make the subjects’ behaviour which does not agree with the statutes the condition for sanctions and thereby make the statute he enacts binding on the subjects of law. Thus the subjects are bound in the last analysis by the constitution itself – not immediately, but through the intermediary of the sanction-decreeing statutes empowered by the constitution. In other words, they are commanded by the constitution to comply with the statutes.”*²⁵

E, além destas 3 (três) funções, Kelsen reconheceu na obra de 1979 mais 1 (uma) importante função às normas jurídicas: iv) a função de *derrogar* outras

²⁴ Kelsen, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 260.

²⁵ Kelsen, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 104.

normas. Note-se, aqui, que esta função já havia sido reconhecida implicitamente na obra de 1960. Todavia, naquela oportunidade não foi dito muito sobre as mesmas, mas apenas que sua função era repelir outras normas.²⁶

Agora, algumas novas considerações são formuladas. De acordo com Kelsen,

*“la deroga è, infatti, l’abrogazione della validità di una norma in vigore per mezzo di un’altra norma. La funzione di una norma soltanto derogatoria non è, come quella di altre norme, il comandare, l’autorizzare, il permettere un certo comportamento. Essa non afferma che in presenza di certe condizioni deve verificarsi un certo comportamento; abroga invece il fatto che sia dovuto un comportamento stabilito in una norma fino a quel momento valida. Essa statuisce non un dover essere, bensí un non-dover-essere.”*²⁷

Outrossim, as normas derogatórias são dotadas de um âmbito temporal de validade *sui generis*. Se a derrogação é um fenômeno instantâneo, as normas que possuem função derogatória são normas temporárias, pois uma vez positivadas, têm seus efeitos normativos efetivados e, conseqüentemente, exauridos, deixando de existir. Uma vez que as normas derogatórias não estão conectadas diretamente com qualquer conduta, elas não podem ser observadas ou aplicadas, nem violadas, como as demais normas jurídicas. Deste modo, uma vez realizada sua função, ou seja, uma vez eliminada a validade da outra norma a qual esta é vinculada, a norma derogatória também perde sua validade, deixando de ter existência jurídica.²⁸

Por fim, é preciso notar o seguinte: uma segunda norma derogatória não pode revogar uma outra norma derogatória, restaurando, com isso, a validade de uma norma já revogada. A validade de uma norma cuja validade foi repelida por uma norma derogatória só pode ser restaurada por uma norma que tenha o mesmo conteúdo daquela norma revogada. Não se trata, por óbvio, de uma

²⁶ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 62.

²⁷ KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 171.

²⁸ KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 172.

resuatação, com o ressurgimento da norma revogada, mas sim de uma nova norma com o idêntico conteúdo daquela.²⁹

8.3

Destinatários da Norma Jurídica

Como visto, até o advento da obra de 1960, Kelsen reconhecia que a função da norma jurídica era estabelecer uma sanção (consequência) a certa conduta (causa), e que a *obrigação* de se comportar de modo contrário ao previsto pela mesma seria uma função exercida de modo *indireto*. Todavia, a última fase da Teoria Pura do Direito contradiz este antigo postulado, afirmando que, além de regular atos coercitivos, conferindo o poder de criação jurídica, as normas jurídicas também têm por função *prescrever* uma conduta, criando *diretamente* uma obrigação.

Embora estas funções formem uma unidade,³⁰ a obra de 1979 reconhece que cada uma delas é desempenhada por uma norma distinta. De acordo com Kelsen,

*“if it is assumed to be essential for law that a distinction be made between a norm commanding a certain behaviour and a norm prescribing a sanction for the violation of the first norm, then the former norm must be called the primary norm, and the latter the secondary norm – and not the other way around as I have expressed in earlier chapters.”*³¹

Há, neste ponto, uma significativa alteração na Teoria Pura do Direito. É que, desde a obra de 1925,³² passando pelas obras de 1934³³ e de 1945,³⁴ sempre

²⁹ KELSEN, Hans [1979]. **Teoria Generale delle Norme**. Trad. Mirella Torre. Torino: Giulio Einaudi, 1985, p. 172.

³⁰ KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 142.

³¹ KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 142.

³² KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 68.

³³ 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. 29-31.

se considerou que a norma primária, única norma jurídica em sentido estrito, era a norma que estipulava o ato coercitivo. A norma que previa a conduta desejada pelo Estado, de sorte a evitar a incidência da sanção, era uma norma secundária, entendida como uma mera decorrência lógica da norma primária e, por isso mesmo, supérflua do ponto de vista da ciência do Direito.

Agora, além de atribuir uma considerável importância à norma que prescreve a conduta devida,³⁵ a posição de ambas as normas são invertidas: i) a *norma secundária*, que prescreve a conduta a ser obedecida, passa a ser considerada como *norma primária*; e ii) a *norma primária*, que estipula os atos coercitivos, é tratada como uma *norma secundária*.

Em que pese o fato de que cada uma destas normas responda por uma específica função, cada uma delas tem uma relativa independência. Sobre o tema, eis as palavras do próprio Kelsen, *in verbis*:

*“the primary norm can then exist quite independently of the secondary norm. But it is also possible for the primary norm – the one commanding a certain behaviour – not to be expressly formulated, and only the secondary norm – the one decreeing a sanction – to be expressly formulated. (...) A modern legislator does not say (1) ‘One is not to commit theft’ and (2) ‘If someone commits theft, he is to be imprisoned’ (...). Rather, he usually limits himself to positing the norm which attaches to theft the sanction of imprisonment (...); in other words, the norm prescribing the behaviour which avoids the sanction is in fact superfluous since it is implicit in the sanction-decreeing norm (...). The norm decreeing a coercive act as sanction then appears as the primary norm, and the norm implicit in it (which is not in fact, and need not to be, expressly formulated) the secondary norm.”*³⁶

Neste particular, é forçoso reconhecer que Kelsen mais complica do que resolve as coisas. Isto porque há uma nítida confusão no trecho transcrito entre 2 (dois) conceitos distintos: a *norma jurídica* e o *enunciado normativo*. O curioso é notar que, na mesma obra de 1979, Kelsen alerta o leitor para os perigos de se ater à expressão lingüística utilizadas pelas instâncias de criação jurídica para a

³⁴ KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 60-61.

³⁵ “The specific function of a norm is to command a certain behavior.” KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 96.

³⁶ KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 142.

descrição das normas jurídicas.³⁷ Mas, apesar de tal alerta, a análise foi realizada a partir do enunciado lingüístico formulado pelo “legislador moderno”, o que invalida a tese de que a “norma primária e a norma secundária são relativamente independentes”.

Na verdade, pouco importa a maneira pela qual a norma primária e a norma secundária são *formuladas*. O que importa é que ambas são *criadas* por um único ato de vontade, dotado de duplo sentido: a prescrição de uma conduta e a estipulação de uma sanção, através do reconhecimento de um poder jurídico de criação normativa. Bastaria, assim, que Kelsen tivesse se limitado a escrever as linhas seguintes, que ora se transcreve, *in verbis*:

*“decreeing this sanction is so essential that we can say that the law commands a certain behaviour simply by attaching to the opposite behaviour a coercive act as sanction, so that the behaviour can be considered legally ‘commanded’ – i.e. the content of a ‘legal duty’ – only when the opposite behaviour is the condition to which a norm attaches a sanction”.*³⁸

8.4

Norma Fundamental

Outro ponto de sensível alteração na obra de 1979 é o conceito de norma fundamental. Uma vez que o sentido (objetivo) de um ato volitivo é conferido por uma norma jurídica, que por sua vez também é o sentido (objetivo) de um ato volitivo reconhecido por uma outra norma jurídica, e assim sucessivamente, surge na Teoria Pura do Direito o problema da fundamentação última das normas jurídicas, sob pena de se instaurar uma regressão infinita e, portanto, insustentável do ponto de vista científico. É exatamente para fornecer resposta a esse regresso normativo *ad infinitum* que Kelsen elaborou a “teoria da norma fundamental”.

Até a obra de 1960, a norma fundamental era vista como uma pressuposição necessária para o conhecimento de todo o material normativo,

³⁷ “If we look only to the linguistic expression, we can easily be misled, since the same linguistic expression can have not a prescriptive, but also a descriptive signification.” KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 150.

³⁸ KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 143.

sendo, portanto, uma *condição lógico-transcendental* da própria ciência jurídica. A seguinte passagem de Kelsen é esclarecedora, *in verbis*:

“assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas e descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição.”³⁹

Esta teorização sofreu uma virada radical com a obra de 1979. De fato, se uma norma é o sentido de um *ato de vontade*, como a norma fundamental poderia exercer para a ciência jurídica um papel análogo àquele exercido pelas categorias do entendimento de Kant? Neste caso, a norma fundamental não passaria de um *ato de pensamento* e, portanto, não poderia ser considerada uma *norma*.

Inicialmente, manteve-se uma antiga assertiva: a norma fundamental é uma norma meramente pensada.⁴⁰ Na verdade, ela seria o sentido de um ato de vontade fictício, e não real. Segundo Kelsen,

“it is a genuine or ‘proper’ fiction (in the sense of Vaihinger’s philosophy of as-if) whose characteristic is that it is not only contrary to reality, but self-contradictory. For the assumption of a Basic Norm – for instance (...) the Basic Norm of a legal order ‘Everyone is to behave as the historically first constitution specifies’ – not only contradicts reality, since there exists no such norm as the meaning of an actual act of will, but is also self-contradictory, since it represents the empowering of an ultimate (...) legal authority and so emanates from an authority – admittedly, a fictitious authority – even higher than this one.”⁴¹

Não obstante, se a norma fundamental mantêm-se na Teoria Pura do Direito como uma norma “meramente pensada”, a mesma deixa de ser neste ponto caracterizada como uma *hipótese*. Isto porque, uma *ficção* difere de uma *hipótese*

³⁹ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 225.

⁴⁰ “(...) the Basic norm of a positive moral or legal system is not a positive norm, but a merely thought norm.” KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 256.

⁴¹ KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 256.

pelo simples fato de que aquela é acompanhada pela advertência de que a realidade não a confirma. Uma ficção é o artifício cognitivo utilizado quando é simplesmente impossível estabelecer um fundamento cognitivo último com a realidade disponível.⁴² A finalidade cognitiva da norma fundamental é fornecer o fundamento último de validade das normas que formam um ordenamento positivo, ou seja, interpretar o sentido subjetivo de determinados atos de vontade como atos que criam o Direito, conferindo-lhes um sentido objetivo.⁴³

Assim, seja considerada uma hipótese, seja considerada uma ficção, a função da norma fundamental permanece idêntica nesta obra póstuma: conferir uma unidade ao ordenamento positivo.⁴⁴ Esta mudança teve como finalidade exclusiva a eterna busca de Kelsen pela coerência interna de sua Teoria Pura do Direito. De acordo com Juan Antonio García Amado,

*“el razonamiento Del fondo es sencillo: la validez de las normas sólo puede fundarse en otras normas; una norma sólo puede ser el sentido de un acto de voluntad, no de un acto de pensamiento; como fundamento último hay que presuponer una norma básica, pero no se puede presuponer una norma básica, pero no se puede presuponer una norma sin presuponer el acto del voluntad que la crea; por tanto, cuando se presupone la norma fundamental hay que imaginarla como producto de alguien, lo cual, si no se quieren asumir postulados metafísicos, es una ficción. Luego en cuanto producto de un autor ficticio, la norma fundamental es también una ficción, una ficción al servicio de ciertos fines del conocimiento.”*⁴⁵

8.5

Considerações Parciais

Como visto, a obra de 1960 deixou 2 (duas) importantes perguntas sem resposta. A primeira delas é a seguinte: o que significa dizer que uma norma é o

⁴² KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 256.

⁴³ “The cognitive goal of the Basic Norm is to ground the validity of the norms forming a positive (...) legal order, that is, to interpret the subjective meaning or the norm-positing acts as their objective meaning (i.e. as valid norms) and to interpret the relevant acts as norm-positing acts.” KELSEN, Hans [1979]. **General Theory of Norms**. Trad. Michel Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 256.

⁴⁴ SGARBI, Adrian [2007]. **Hans Kelsen – Ensaios Introdutórios (2001-2005)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 20.

⁴⁵ AMADO, Juan Antonio García [1996]. **Hans Kelsen y la Norma Fundamental**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 105.

sentido de um ato de vontade? Neste ponto, ficou estabelecido que haverá uma *norma* sempre que haja um ato de vontade com *pretensões* normativas, ou seja, sempre que uma pessoa prescrever um estado ideal de conduta (dever-ser e o seu conteúdo) a um certo destinatário. Já a caracterização desta *norma* como *norma jurídica* dependerá do reconhecimento desta natureza por um ordenamento positivo, que atribui um sentido objetivo à vontade manifestada.

A segunda delas era: as diversas funções são exercidas por uma única norma jurídica ou por normas jurídicas distintas? A resposta dada é foi a seguinte: enquanto a função prescritiva é veiculada por uma norma primária, a função de conferir um poder jurídico, através da possibilidade de aplicação de um ato coercitivo, é materializada por uma norma secundária.

Além disso, Kelsen efetuou alguns ajustes na sua “teoria da norma fundamental”. Esta norma básica seria, agora, o sentido objetivo de um ato de vontade fictício, meramente pensado, dotada de uma finalidade exclusivamente cognitiva, conferindo o fundamento de validade às demais normas do ordenamento jurídico.