

Teoria Pura do Direito – 2ª Edição (1960)¹

Depois de se estabelecer definitivamente na Universidade da Califórnia, Kelsen foi finalmente nomeado *full professor* no ano de 1946, aos 65 anos de idade. Nos anos seguintes, Kelsen iria se dedicar à análise do processo de criação das Nações Unidas (ONU), a algumas viagens pelos Estados Unidos, Europa e América do Sul, que incluíram as cidades do Rio de Janeiro e de Buenos Aires como destino, e a uma massiva produção acadêmica, sobre os mais diversos temas.²

Para a sua felicidade, Kelsen pôde passar o verão de 1959 em Genebra, Suíça, lugar onde viveu por muitos anos. Ali concluiu o manuscrito de sua grande obra, a “*Teoria Pura do Direito*”, que representava uma edição modificada e consideravelmente ampliada da sua obra de 1934.³ Esta obra foi publicada em 1960 e continha, ainda, um volumoso ensaio sobre “o problema da justiça”,⁴ com valiosas críticas à escola do Direito Natural.

7.1

A Norma Jurídica como o Sentido de um Ato de Vontade

Desde a obra inaugural da Teoria Pura do Direito, o conceito de norma jurídica recebeu significativas alterações. Apresentada na obra de 1911 como uma

¹ Publicação original: KELSEN, Hans [1960]. **Reine Rechtslehre – Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit. Zweite, völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage.** Wien: Franz Deuticke, 1960, 534 p. A base do presente estudo foi formada a partir das traduções para o português, inglês e espanhol, respectivamente: KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999; KELSEN, Hans [1960]. **Pure Theory of Law.** Trad. Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967 e KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura del Derecho.** Trad. Roberto Vernengo. Mexico D.F.: Editorial Porrúa, 2005.

² MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra.** Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 84.

³ MÉTALL, Rudolf Aladár [1976]. **Hans Kelsen – Vida y Obra.** Trad. Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976, p. 94.

⁴ Em diversos países, este ensaio foi publicado como um livro autônomo. No Brasil, por exemplo, foi publicado apenas em 1991. Cf. KELSEN, Hans [1960]. **O Problema da Justiça.** Trad. Maria Cecília Vannucchi. São Paulo: Martins Fontes, 1991, 149p.

proposição jurídica, a norma jurídica ganha, na obra de 1934, o *status* de um sentido objetivo de um *fato* (ou *ato*) e passa, na obra de 1945, a ser a realidade descrita pela ciência jurídica, na forma de uma “*regra de Direito em sentido descritivo*” (ou, agora sim, uma “*proposição jurídica*”).

Logo no início da obra de 1960, Kelsen relembra que, para a sua teoria jurídica,

“o conhecimento jurídico dirige-se [às] normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. Tais atos são – entendidos neste sentido – atos de vontade. (...) Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido objetivo é um ser.”⁵

Como pode ser visto, a norma jurídica é apresentada como o sentido objetivo de um ato de *vontade*. Por isso, a definição da norma jurídica apresenta, agora, 2 (duas) partes: ela é (i) o *sentido objetivo de um ato* e, por sua vez, este ato é (ii) um *ato de vontade*. No que diz respeito à primeira parte, não há nenhuma novidade, uma vez que a noção de que a norma jurídica “*é*” e “*confere*” um sentido objetivo a um fato (ou ato) já se encontra incorporada na sua teoria jurídica desde a obra de 1934. Já a segunda parte desta nova definição diz que a norma jurídica é o sentido de um *ato de vontade*. Noutras palavras, todas as normas são criadas por atos de vontade, que podem (a) *permitir*, (b) *facultar* ou, o mais importante (c) *prescrever* (ou *comandar*, *ordenar*). Esta nova definição de norma jurídica merece muita atenção, pois irá introduzir diversas mudanças em pontos essenciais da Teoria Pura do Direito.

⁵ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 5-6.

7.1.1

Funções da Norma Jurídica

Como já foi visto, nos primórdios de sua teoria jurídica se reconhecia que toda norma tinha por finalidade regular os atos coercitivos. Na obra de 1925, outra função também passou a ser reconhecida à norma jurídica: regular a criação jurídica. Assim, até a obra de 1945, reconhecia-se que todas⁶ as normas desempenhavam, simultânea e necessariamente, estas 2 (duas) funções: regular *os atos coercitivos* e regular *a criação jurídica*. Este era um ponto que trazia enormes problemas teóricos, pois, até então, Kelsen não obtera êxito em demonstrar como o desempenho destas funções poderia ser compatibilizado.

Já com a obra de 1960, a posição originária de sua teoria jurídica – de que toda norma desempenha a mesma *função* –, é definitivamente abandonada, pois a função desempenhada pela norma jurídica passa a depender do *tipo* de ato de vontade que lhe deu origem.⁷ A partir de agora, a norma jurídica pode assumir diversas funções dentro de um ordenamento positivo, dependendo esta definição do tipo de ato de vontade que lhe deu origem, havendo, portanto, normas que (a) *prescrevem* (ou *comandam, ordenam*), (b) *permitem* e (c) *facultam*, esta última função entendida no sentido de adjudicar determinados poderes a uma autoridade.⁸

A *prescrição* (ou *comando, ordem*) nada mais é do que a regulamentação de uma conduta de forma *positiva*. Para Kelsen,

“a conduta humana é regulada positivamente por um ordenamento positivo, desde logo, quando a um indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de um determinado ato. (...) Ser a conduta de um indivíduo prescrita por uma norma objetivamente válida é equivalente a ser esse indivíduo obrigado a essa conduta. Se o indivíduo se conduz tal como a norma prescreve, cumpre a sua obrigação,

⁶ Na verdade, nem todas, porque, como visto, o próprio Kelsen reconhecia que as normas do último nível da pirâmide jurídica apenas regulavam os atos coercitivos, não desempenhando qualquer função de regular a criação jurídica. KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 327-329.

⁷ HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction**. In: KELSEN, Hans [1979]. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xxxiv.

⁸ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 6.

observa a norma; com a conduta oposta, ‘viola’ a norma, ou, o que vale o mesmo, a sua obrigação.”⁹

Já a *permissão* pode surgir na forma de uma “prescrição” *positiva* ou *negativa*. A *permissão positiva* ocorre quando se limita a incidência de uma norma proibitiva de determinada conduta através de uma outra norma, que permite a conduta proibida. Já a *permissão negativa* aparece sempre que uma conduta, não sendo proibida pelo ordenamento jurídico, também não é positivamente permitida por uma norma delimitadora do âmbito de validade de outra norma proibitiva. Em ambos os casos, a permissão não deve ser considerada como uma função essencialmente distinta da *prescrição*. Muito pelo contrário, não passa de sua formulação *passiva*.¹⁰

Por fim, a conduta humana pode ser regulada num sentido *positivo* quando a um indivíduo é conferido, pelo ordenamento positivo, o *poder* (ou *faculdade*, *competência*) para produzir, através de determinado procedimento, outras normas jurídicas, seja de forma *direta* (quando o próprio indivíduo cria a norma), seja de forma *indireta* (quando o indivíduo apenas deflagra ou intervém no procedimento previsto para a sua produção).¹¹

No que diz respeito à função *permissiva*, não há qualquer inovação teórica. A obra de 1945 já reconhecia a possibilidade de que a norma jurídica atribua uma permissão, através do estabelecimento de uma sanção para uma conduta impeditiva daquela que se quer permitir.¹² A única diferença é que, o que antes aparecia como uma *situação jurídica*, descrita como um “direito” referente à própria conduta (ou “direito” geral de liberdade), agora aparece como uma *função* da norma jurídica.

Quanto à função de atribuir um poder jurídico, há evidentes semelhanças com as categorias descritas na obra de 1945 como (i) o “direito” de participar na

⁹ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 16-17.

¹⁰ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 18.

¹¹ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 17.

¹² KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 108-109 *et* KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 76.

criação jurídica e (ii) o “direito” de colocar a sanção em funcionamento.¹³ Agora, além de não mais aparecerem como *situações jurídicas*, e sim como uma *função* da norma jurídica, outra mudança é visível: o desempenho desta função independe da criação de qualquer dever correlato.

Por fim, no que toca à função prescritiva, surge uma questão interessante. Ao contrário do que se sustentou nas obras anteriores,¹⁴ a *prescrição* (ou *comando*, *ordem*) aparece como uma das funções que a norma jurídica pode assumir dentro de um ordenamento positivo. Todavia, a noção de que a norma jurídica contém *comandos* (ou *prescreve condutas*) foi severamente criticada por Kelsen na obra de 1945,¹⁵ uma vez que não seria possível falar-se em *comando* sem que haja uma correlativa manifestação de *vontade*. No caso do Direito, o “comando”, que apenas pode ser entendido como um “*dever-ser*”, existiria ainda que a vontade que o originou tenha cessado¹⁶ ou mesmo quando é simplesmente impossível identificar a vontade correlata, como ocorre no caso das decisões dos órgãos colegiados.

Então, como defender, a esta altura,¹⁷ que as normas jurídicas são verdadeiros comandos? Para esta pergunta, há 2 (duas) respostas possíveis. A primeira é reconhecer uma espécie de vontade coletiva, cujo sentido objetivo é

¹³ De fato, sob as rubricas “*direito como possibilidade jurídica de colocar a sanção em funcionamento*” (“*right as legal possibility to put in motion the sanction*”) e “*direito como participação na criação jurídica*” (“*right as participation in the creation of law*”) podem ser encontradas, respectivamente, as seguintes palavras: i) “*a party expresses such a will by bringing a suit against the other party before a court. In so doing the plaintiff puts in motion the coercitive machinery of law*”; e ii) “*the legal order – as pointed out – confers a ‘right’ upon an individual in that it gives him, or his representative, the possibility of releasing the process which ultimately leads to the execution of the sanction.*” KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 81 e 87.

¹⁴ KELSEN, Hans [1941]. **A Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267 et KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 43.

¹⁵ Na verdade, as concepções voluntaristas da teoria do Direito foram criticadas pela Teoria Pura do Direito desde a sua origem, em 1911. KELSEN, Hans [1911]. **Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado**. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed., Mexico DF: Editorial Porua, 1987, p. 57.

¹⁶ KELSEN, Hans [1941]. **A Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica**. In: KELSEN, Hans [1957]. *O que é Justiça?*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267.

¹⁷ Até onde se sabe, o primeiro registro da afirmação de que as normas jurídicas prescrevem certas condutas não é originária da obra de 1960, tendo aparecido muito antes, num livro de 1952. KELSEN, Hans [1952]. **Principles of International Law**. 7th ed., New Jersey: The Lawbook Exchange, 2003, p. 6.

um dever-ser.¹⁸ Esta resposta, no entanto, não se revela satisfatória: uma “vontade coletiva” não passa de uma *ficção jurídica*, pois, em muitos casos, é simplesmente impossível identificar *quem e em que medida* manifestou um ato de vontade.

A segunda estabelece uma distinção entre o *ato de vontade que prescreve* (ou *comanda*) e a *norma jurídica* que é o sentido objetivo do ato de prescrever (ou comandar), e não o *próprio* ato. A prescrição é, de fato, um ato de vontade dirigido à conduta de outra pessoa. Porém, apenas quando esta manifestação de vontade assume *objetivamente* o sentido de um “dever-ser”, sentido este atribuído por uma norma superior, é que se está diante de uma *norma jurídica*. Logo, embora o ato de *prescrever* (ou *comandar*) seja efêmero, o seu sentido objetivo assume uma realidade autônoma e permanente: a norma jurídica. Neste caso, o “dever-ser” contido no ato volitivo assume a natureza objetiva de uma “norma válida”, vinculando os seus destinatários,¹⁹ designando esta validade nada mais do que a específica existência de uma norma jurídica.²⁰

7.1.2

Destinatário da Norma Jurídica

Com o reconhecimento desta nova função da norma jurídica, outro ponto da Teoria Pura do Direito também sofreu significativa alteração. É que, conforme estabelecido nas obras anteriores, a norma jurídica, uma vez descrita pela ciência do Direito, assume a forma de um *juízo hipotético: a proposição jurídica*. Como decorrência desta internalização da sanção, o Direito passa a ser entendido como sistema que regula os atos coercitivos. Por isso, o destinatário da norma jurídica é a autoridade estatal responsável pela aplicação da sanção e, apenas de forma

¹⁸ Esta vontade coletiva é reconhecida por Kelsen como ato que consolida o costume e o reconhece como norma jurídica, desde que este procedimento seja autorizado por uma norma superior. KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 10.

¹⁹ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 8-9.

²⁰ Esta segunda resposta não foi dada por Kelsen, de modo explícito. No entanto, esta construção é perfeitamente compatível com a sua teoria jurídica e pode ser extraída das lições iniciais da obra analisada. KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 2-16.

indireta, fica estabelecido um dever jurídico ao indivíduo que se sujeita à sua aplicação: o dever de não realizar a conduta descrita na norma jurídica como a *condição* (ou *causa*) da sanção.²¹

Agora, ao contrário do que foi defendido nas obras anteriores, Kelsen diz expressamente que a conduta *prescrita* (ou *comandada, ordenada*) pela norma jurídica é a do indivíduo que se *sujeita* ao ato coercitivo. Por outro lado, a conduta da autoridade responsável pela aplicação da sanção não é mais “prescrita” pela norma jurídica. Neste particular, não se deve mais falar numa *obrigação* de aplicar a sanção (um *dever* de realizar o ato coercitivo), mas, apenas e tão-somente, de uma atribuição de competência.²²

Por isso, a execução de uma sanção somente é *prescrita* (ou *comandada, ordenada*) por uma norma jurídica, como o conteúdo de um dever jurídico, se a sua omissão é elevada a pressuposto de outra sanção. Se não for este o caso, diz Kelsen, “*ela [a execução da sanção] apenas pode valer como autorizada, e não também como prescrita. Visto não podermos admitir um regressum ad infinitum a última sanção nesta série apenas pode ser autorizada, e não prescrita.*”²³

E, com esta alteração, Kelsen resolveu de uma só vez 2 (dois) antigos problemas da sua teoria jurídica. O primeiro deles diz respeito à natureza do juízo realizado sobre o material normativo. É que, de acordo com a concepção originária da Teoria Pura do Direito, toda a norma jurídica tinha por *finalidade* impor uma obrigação: a aplicação da sanção pelo Estado. Diante desta finalidade, o juízo realizado sobre o material normativo seria de natureza *imperativa*, e não *hipotética*. Agora, embora Kelsen tenha reconhecido uma função prescritiva à norma jurídica, a “relação” estabelecida entre esta e a autoridade estatal não é mais entendida como uma *obrigação* de aplicar o ato coercitivo. O que se tem aqui é uma atribuição de competência, pois a norma jurídica apenas *autoriza* (ou *faculta*) a aplicação da sanção pela autoridade.

²¹ Como já foi visto, Kelsen utilizou, na obra de 1911, 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.

²² KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 27.

²³ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 27.

O segundo problema é que não havia uma explicação razoável para a natureza desta obrigação de aplicar a sanção. Os artifícios lógicos utilizados por Kelsen não explicavam a relação existente entre a norma jurídica e o agente estatal obrigado a aplicar a sanção. O que significa dizer que o agente estatal está “obrigado” a aplicar a sanção? A partir de agora, esta “obrigação” só pode ser entendida num único sentido: caso a aplicação (ou execução) da sanção seja a *condição* (ou *causa*) prevista por outra norma jurídica para a aplicação de uma outra sanção. Neste caso, além de facultar a aplicação da sanção, o ordenamento positivo, através de uma outra norma, prescreve esta conduta (a aplicação) como obrigatória.

O terceiro problema resolvido diz respeito à afirmação, constante na obra de 1945, de que a criação de um “direito” só pode ser realizada através da criação de um dever jurídico correlato.²⁴ Com já foi visto, Kelsen apresentou 4 (quatro) formas possíveis para a criação de um “direito”, a saber: i) o “direito” como o correlativo de um “dever”; ii) o “direito” de participar na criação jurídica; iii) o “direito” de colocar a sanção em funcionamento; e iv) o “direito” referente à própria conduta (ou “direito” geral de liberdade). No entanto, esta conclusão somente pode ser aplicada aos itens (i) e (iv), mas não aos itens (ii) e (iii). Nestas situações, não há, na norma de regência, a previsão de qualquer dever jurídico, mas apenas de uma *faculdade* (ou *poder*) ao titular do “direito”.

Na obra de 1960, as situações descritas nos itens (ii) e (iii) não mais correspondem a um “direito”, havendo, a partir de agora, uma categoria científica distinta, capaz de acomodar estas realidades: o *poder jurídico*. Isso não significa, contudo, que a noção de poder jurídico seja uma novidade na Teoria Pura do Direito. Na verdade, a noção de poder jurídico é encontrada em obras anteriores, como as de 1934 e de 1945. No entanto, somente a partir da obra ora analisada é que a expressão “*poder jurídico*” (“*Ermächtigung*”) torna-se um termo técnico,²⁵

²⁴ KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 76 et KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 108.

²⁵ BOBBIO, Norberto [1982]. **Kelsen and Legal Power**. Trad. Michael Scherberg e Bonnie L. Paulson. In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 440 et BOBBIO, Norberto [1982]. **Kelsen e il Potere Giuridico**, In: BOBBIO, Norberto. *Diritto e Potere – Saggi su Kelsen*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 128-129.

designando a *capacidade*²⁶ reconhecida ao indivíduo para provocar a consequência (leia-se: sanção) prevista pela norma jurídica ou a *competência*²⁷ reconhecida para a criação de normas jurídicas, seja ao indivíduo (através dos atos negociais), seja à autoridade estatal (através das leis, sentenças e atos administrativos).²⁸

E, além de resolver o terceiro problema apresentado, a distinção entre o *direito* e o *poder jurídico* ainda (i) revela aspectos essenciais do funcionamento dos ordenamentos jurídicos e (ii) demonstra o caráter ideológico das concepções teóricas tradicionais, que centralizam a análise jurídica no conceito de “direito”. De acordo com Norberto Bobbio,

*“the subjective right, as defined by Kelsen, is a characteristic feature of some legal systems (...) and so there can be legal systems that do not provide conferral of subjective rights, for example, systems that are neither capitalistic nor democratic; legal power, understood as the power to create and to apply norms, is a constitutive element of every legal system. A legal system is defined here as a system that, in governing its own creation, must empower certain individuals to carry out norm-creating acts, and, at the same time, as a system that, in resorting to organized sanctions to govern compliance with the norms created, must empower certain individuals to carry out coercive acts.”*²⁹

²⁶ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 164.

²⁷ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 166.

²⁸ Na verdade, as partes em que Kelsen discorre sobre a *capacidade* e a *competência* são um pouco confusas. Na verdade, Kelsen fala de poder jurídico a partir da página 150, quando trata dos direitos subjetivos, e reconhece, na página 152, que a competência é uma espécie de poder jurídico. Mais tarde, ao tratar da competência, Kelsen afirma, na página 167, que “*a capacidade negocial e o direito subjetivo – privado ou político – de um indivíduo são sua ‘competência’ no mesmo sentido em que o é a capacidade de certos indivíduos de fazer leis, proferir decisões judiciais ou tomar decisões administrativas.*” Assim, embora Kelsen não tenha sido conclusivo na classificação destes conceitos, a forma de classificação sugerida pelo presente estudo não traz qualquer prejuízo e guarda perfeita compatibilidade com as suas idéias. KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 150-154 e 162-167.

²⁹ BOBBIO, Norberto [1982]. **Kelsen and Legal Power**. Trad. Michael Scherberg e Bonnie L. Paulson. In: PAULSON, Stanley et PAULSON, Bonnie L. (Org). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 443 et BOBBIO, Norberto [1982]. **Kelsen e il Potere Giuridico**, In: BOBBIO, Norberto. *Diritto e Potere – Saggi su Kelsen*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 131.

7.2

Norma Jurídica e Proposição Jurídica

Na medida em que a ciência jurídica apenas conhece a conduta humana quando esta constitui o conteúdo de normas jurídicas, isto é, enquanto esta conduta é determinada por normas jurídicas, ela apenas descreve seu objeto. Assim é que, segundo Kelsen,

“as proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve [seu objeto] devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito.”³⁰

A proposição jurídica nada mais é do que um juízo hipotético que afirma que, em conformidade com o sentido objetivo conferido por um ordenamento positivo dado ao conhecimento jurídico, sob certas *condições* (ou *causas*) devem advir certas *conseqüências* (ou *efeitos*), ambos determinados por este mesmo ordenamento. Já as normas jurídicas, por seu lado, não são juízos num sentido próprio, isto é, não são enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido específico, mandamentos e, como tais, imperativos que prescrevem ou permitem condutas ou, ainda, conferem determinado poder ou competência.³¹

7.2.1

Norma Jurídica e Enunciado

Todavia, na medida em que as normas jurídicas são expressas em linguagem, isto é, em palavras ou proposições, elas podem aparecer sob a forma de enunciados do mesmo tipo daqueles através dos quais meramente se constata fatos. Assim é que, por exemplo, a norma que determina que o furto deve ser

³⁰ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 80-81.

³¹ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 80-81.

punido é freqüentemente formulada pelo legislador na seguinte proposição: o furto é punido com pena de prisão.³²

Mas a formulação de uma proposição jurídica, na verdade, não se vincula à forma verbal, mas ao sentido do ato produtor de Direito, ou seja, do ato que cria a norma jurídica. E, de modo inequívoco, o sentido deste ato é diferente do sentido da proposição jurídica que descreve o Direito. Na verdade, a distinção entre a *proposição jurídica* e a *norma jurídica* põe em relevo a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico,³³ que apenas *descreve* o Direito, e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que *prescreve* o Direito.³⁴

Isto significa que os órgãos responsáveis pela criação do Direito, em geral, e que os órgãos legislativos, em particular, não têm que, necessariamente, dar às normas jurídicas a forma de *juízos hipotéticos* que estabelecem um *dever-ser*. Na verdade, uma norma jurídica pode ser veiculada pela autoridade jurídica através de enunciados categóricos (“*o furto é proibido*”) ou imperativos (“*faça X!*”) que, por seu turno, admitem diversas formas de expressão lingüística.³⁵ Isto demonstra que há uma diferença essencial entre (i) a *norma jurídica*, entendida como o sentido objetivo de um ato de vontade que exprime um *dever-ser* e (ii) os *enunciados normativos*, que são as frases, palavras ou expressões lingüísticas utilizadas pela autoridade no momento da criação da norma.³⁶

³² KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 81.

³³ “*A distinção revela-se no fato de que as proposições jurídicas normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, podem ser verdadeiras ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verdadeiras ou inverídicas, mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verdadeiros, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verdadeiras ou inverídicas.*” KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 82.

³⁴ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 81.

³⁵ Este ponto foi melhor detalhado na obra de 1945 e já foi objeto de nossa análise. Cf. KELSEN, Hans [1945]. **General Theory of Law and State**. 2ª ed., Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 45 et KELSEN, Hans [1945]. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Trad. Luis Carlos Borges. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 62-63.

³⁶ Na verdade, a distinção mais precisa entre a norma jurídica e o enunciado somente foi realizada na obra de 1979. Todavia, nesta altura já era possível identificar uma distinção implícita entre os referidos conceitos.

7.2.2

Normas Jurídicas Dependentes

Por outro lado, a norma jurídica produzida pela autoridade de criação jurídica pode ou não conter todos os elementos essenciais à sua individualização, a saber, a *condição* (ou *causa*) e a *conseqüência* (ou *efeito*). Caso a norma produzida contenha ambos os elementos, ela será considerada uma norma jurídica autônoma. No entanto, caso lhe falte 1 (um) destes elementos, ou até mesmo ambos, a norma jurídica então produzida será considerada como *não-autônoma*³⁷ ou *dependente*.³⁸

O primeiro caso de normas dependentes ocorre quando os diferentes elementos que compõem uma norma jurídica (a *condição* e a *conseqüência*) estão contidos em atos normativos dispersos, elaborados por 1 (uma) ou mais instâncias de criação jurídica. Assim, quando uma norma prescreve uma determinada conduta e uma segunda norma estatui uma sanção para a hipótese da não observância da primeira, estas duas normas estão interligadas de um modo tão essencial que cada uma delas não pode ser compreendida sem a outra.³⁹

Da mesma forma ocorre com as normas que permitem positivamente uma determinada conduta, apenas limitando o domínio de validade de uma outra norma jurídica que proíbe esta conduta na medida que lhe liga uma sanção. aparece naqueles atos normativos que simplesmente limitam o âmbito de validade de uma outra norma. É o que ocorre, por exemplo, com a norma que permite a legítima defesa. Estas normas, que apenas limitam o domínio de validade de outras normas, também são normas dependentes.⁴⁰

E assim como uma norma jurídica pode limitar o domínio de validade de uma outra, pode uma norma simplesmente lhe retirar completamente o domínio de

³⁷ A expressão “*norma jurídica não-autônoma*” foi utilizada na tradução para a língua portuguesa. KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 60-61.

³⁸ A expressão “*dependent legal norm*” (“*norma jurídica dependente*”) foi utilizada na tradução para a língua inglesa. KELSEN, Hans [1960]. **Pure Theory of Law**. Trad. Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 54.

³⁹ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 60-61.

⁴⁰ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 61-62.

validade. Para Kelsen, “*também estas normas derogatórias são normas não-autônomas que apenas se podem compreender em conexão com outras normas estatuidoras de atos de coerção.*”⁴¹

São ainda normas dependentes as normas jurídicas que conferem competência para realizar uma determinada conduta, desde que por “conferir competência” se entenda conferir a um indivíduo um poder jurídico, isto é, conferir-lhe poder de produzir outras normas jurídicas que, por seu turno, irão estipular atos coercitivos. Com efeito, diz Kelsen que estas normas

“fixam apenas um dos pressupostos aos quais – numa norma autônoma – se liga o ato de coerção. Trata-se das normas que conferem competência para a produção de normas gerais, as normas da Constituição que regulam o procedimento legislativo ou põem o costume como fato produtor do Direito, e das normas que regulam os procedimentos jurisdicional e administrativo nos quais as normas gerais produzidas através da lei ou do costume são aplicadas, pelas autoridades jurisdicionais ou administrativas para o efeito competentes, nas normas individuais a produzir por estes órgãos.”⁴²

Neste ponto, um fato chama atenção. Na obra de 1945, Kelsen havia se referido às normas constitucionais como *normas parciais*. Agora, na obra de 1960, estas mesmas normas constitucionais são encaradas como *normas não autônomas*. Esta modificação prenuncia uma tendência manifestada em trabalhos posteriores, a saber, o reconhecimento de uma norma jurídica sempre que haja um ato com pretensões normativas. Este ponto será retomado mais tarde.

Por fim, como normas dependentes devem ser consideradas aquelas que simplesmente determinam com maior exatidão o sentido de outras normas, definindo um conceito utilizado na formulação de uma outra norma ou interpretando autenticamente uma norma.⁴³

Deste modo, todas as normas que (i) descrevem a condição *ou* a consequência, (ii) limitam o domínio de validade de outras normas, (iii) derogam outras normas, (iv) atribuem um poder jurídico e (v) delimitam o sentido de outras normas somente podem existir se estiverem ligadas de determinada maneira a uma

⁴¹ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 62.

⁴² KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 62-63.

⁴³ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 64.

outra norma jurídica do tipo básico (normas autônomas), isto é, a uma norma que estatua atos de coerção. Com isso, ficaria demonstrado o acerto da Teoria Pura do Direito, pois todo o material dado nas normas de uma ordem jurídica se enquadra nos termos de uma proposição jurídica formulada pela ciência do direito, proposição esta que deverá ser distinguida de cada uma das normas jurídicas postas pelas autoridades de criação jurídica.⁴⁴

7.3

A Norma Jurídica e a Conduta Humana

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que a ciência jurídica tem por objeto as normas jurídicas. Por isso, a conduta humana não faz parte do conhecimento jurídico por sua própria natureza, ou seja, pelo simples fato de ser uma “conduta humana”. Esta só faz parte do conhecimento jurídico (isto é, só é objeto da ciência jurídica) na medida em que ela for determinada por uma norma jurídica como sua *condição* ou *conseqüência*, ou – por outras palavras – na medida em que esta conduta constituir o conteúdo de uma norma jurídica.⁴⁵

Por sua vez, dentro do conhecimento jurídico, em geral, e dentro da Teoria Pura do Direito, em particular, devem ser distinguidas uma *teoria estática* e uma *teoria dinâmica* do Direito,⁴⁶ conforme o olhar do cientista é posto sobre (i) as normas reguladoras da conduta humana ou (ii) a conduta humana regulada pelas normas jurídicas.⁴⁷ Tem-se, assim, a *estática jurídica* (“*Rechtsstatik*”), de um lado, que dirige o seu conhecimento às normas jurídicas produzidas, tendo por

⁴⁴ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 65.

⁴⁵ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 79.

⁴⁶ E, aqui, um detalhe merece atenção. É que, embora esta divisão teórica somente tenha sido exportada de modo mais completo e coerente na obra de 1960, a mesma já podia ser identificada na teoria jurídica de Kelsen desde a obra de 1925. De fato, desde a incorporação da teoria escalonada do ordenamento jurídico pela Teoria Pura do Direito, era possível estabelecer uma divisão entre a norma (i) *como regramento dos atos de coerção* e a norma (ii) *como o regramento da própria produção normativa*. Cf. KELSEN, Hans [1925]. **Teoría General del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, p. 327-329 e 370.

⁴⁷ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 79.

objeto o Direito como um sistema de normas em vigor e tem por objetivo *regular os atos de coerção*, e, de outro, a *dinâmica jurídica* (“*Rechtsdynamik*”), que dirige a sua atenção não mais para as normas jurídicas produzidas, e sim para a sua própria criação, tendo por objeto o processo de criação das normas jurídicas e tem por objetivo *regular os atos de criação jurídica*.⁴⁸

Deste modo, é possível afirmar que na Teoria Pura do Direito encontram-se 2 (dois) grupos de conceitos fundamentais. E, segundo Ulises Schmill,

*“con estos dos grupos de conceptos Kelsen ha construido un modelo del derecho positivo y ha podido determinar las funciones que desempeñan las diversas normas dentro del orden jurídico. El primer grupo de conceptos se organiza alrededor de la concepción del derecho positivo como un orden coactivo de la conducta humana. Por lo tanto, el concepto de sanción y los conceptos con él relacionados encuentran en esta parte su lugar sistemático. Kelsen afirma que esta parte de su teoría analiza al derecho positivo en sus elementos fundamentales, sin preocuparse por la forma en que surge o es creado. Las normas jurídicas se consideran, aunque sea provisionalmente, como ‘dadas’. En cambio, la ‘Dinámica Jurídica’ constituye una teoría del orden jurídico, concebido como un orden o conjunto de normas que se autogenera. El punto de vista decisivo que se asume es la determinación de las condiciones de generación (o producción) de las normas, de las condiciones bajo las cuales las normas jurídicas pueden considerarse como ‘dadas’. [Y] sólo se consideran ‘dadas’ las normas jurídicas si es posible determinar el procedimiento de su creación, si es posible determinar su producción por medio de actos humanos históricamente verificables.”*⁴⁹

Uma questão relevante surge desta duplicação teórica. Uma vez que a norma jurídica apresenta-se como um conceito fundamental da Teoria Pura do Direito, a sua definição seria comum à teoria estática e à teoria dinâmica do Direito ou cada uma destas teorias parciais contaria com uma definição específica? Embora Kelsen não tenha efetuado as clarificações necessárias para uma resposta conclusiva, a análise cuidadosa das suas obras permite apontar uma direção a ser seguida.

No que diz respeito à teoria estática, toda a sua construção deriva de um procedimento intelectual de interiorização da sanção na norma jurídica, que pode

⁴⁸ KELSEN, Hans [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 79-80.

⁴⁹ SCHMILL, Ulises [2000]. **Orden Jurídico y Derrotabilidad Normativa**. Análisi e Diritto, 2000, p. 219. Disponível em: <www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2000/schmill.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2008.

ser definido como *semantização da norma jurídica*. Como já foi visto,⁵⁰ a introdução da sanção na própria norma jurídica produz uma modificação radical na sua definição. A norma não mais pode ser concebida como um *imperativo*, como uma regra que prescreve uma determinada conduta, mas sim como um juízo *hipotético* ou *condicional*, indicando que sob certas circunstâncias determinadas conseqüências devem advir. Se, sob a *perspectiva estática*, a função da norma jurídica é regular os atos de coerção, ela deve ser entendida como o sentido objetivo de um ato de vontade que prescreve ou permite condutas através da imposição de uma sanção à conduta contrária, podendo ser descrita nos termos de uma proposição jurídica.

Por outro turno, a teoria dinâmica tem por finalidade estabelecer as condições da *criação jurídica*, e não as condições (ou causas) para a aplicação do ato coercitivo. Por isso, pouco importa se a norma jurídica prescreveu ou permitiu determinada conduta, mas apenas se esta reconheceu a alguém um poder jurídico de criar outras normas jurídicas. Logo, sob a *perspectiva dinâmica*, a norma jurídica aparece como o sentido objetivo de um ato de vontade reconhecido por outra norma jurídica, ou seja, de uma norma que atribui um poder jurídico.⁵¹

Assim, em qualquer das 2 (duas) situações, a norma jurídica pode ser definida como o sentido objetivo de um ato de vontade. Todavia, enquanto para a teoria dinâmica a vontade prescreve ou permite uma conduta, através da imposição de uma sanção dirigida contra a conduta contrária, para a teoria dinâmica esta mesma vontade confere a uma outra manifestação de vontade a natureza de norma jurídica, através da atribuição de um poder jurídico.

⁵⁰ Vide item 2.1. do presente trabalho.

⁵¹ Como bem ressalta Ulises Schmill, “*no es correcto, desde un punto de vista teórico, intentar explicar el carácter deóntico de las normas que establecen facultades echando mano de los conceptos que se encuentran en la Estática Jurídica, i.e., con los conceptos de la permisión, la obligación, la prohibición o la autorización. Ninguno de ellos es aplicable para caracterizar la función normativa de las facultades, por dos razones: 1. no se refieren a los actos de producción normativa y 2. son el contenido (o constituyen la materia) de los actos que ejercitan las facultades normativamente establecidas. Como ya se dijo, las conductas con las que se ejercen las facultades pueden ser reguladas por otras normas distintas y estar permitidas, o prohibidas o ser obligatorias. Estos caracteres deónticos de las conductas facultadas derivan de normas distintas de aquellas que las establecen como creadoras de normas, i.e., como facultades.*” SCHMILL, Ulises [2000]. **Orden Jurídico y Derrotabilidad Normativa**. Análisi e Diritto, 2000, p. 223-224. Disponível em: <www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2000/schmill.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2008.

7.4

Considerações Parciais

Inegavelmente, a obra de 1960 constitui um marco fundamental no desenvolvimento da Teoria Pura do Direito. É nesta obra, por exemplo, que a idéia de unidade funcional da norma jurídica, um das posições mais importantes de sua teoria jurídica, é definitivamente abandonada. Antes definida apenas como o sentido objetivo de um fato (ou ato), agora a norma jurídica passa a entendida como o “dever-ser” criado por um ato de *vontade*, dependendo a função assumida por cada norma jurídica do tipo de ato de vontade que lhe deu origem, havendo, portanto, normas que (a) *prescrevem* (ou *comandam, ordenam*), (b) *permitem* e (c) *facultam*, esta última entendida como a atribuição de um poder jurídico.

E, com o reconhecimento desta nova função da norma jurídica, outro ponto da Teoria Pura do Direito também sofreu significativa alteração. Antes da obra de 1960, o único destinatário da norma jurídica era a autoridade responsável pela aplicação do ato coercitivo, havendo, apenas neste caso, uma verdadeira *obrigação*. Todas as demais situações jurídicas (“direitos” e “deveres”) somente eram estabelecidas de modo indireto, pela situação de sujeição à sanção.

Agora, ao contrário do que sempre foi defendido, não se fala mais numa obrigação de aplicar a sanção. Este dever jurídico passa a ser entendido como uma autorização para aplicar a sanção, ou melhor, um *poder jurídico*. Com esta nova categoria científica, Kelsen resolveu 3 (três) problemas da sua teoria jurídica: i) a uma, acaba com a forma imperativa da proposição jurídica formulada sobre a norma dirigida aos agentes responsáveis pela aplicação da sanção; ii) a duas, explica o real significado da “obrigação” de aplicar a sanção, que deve ser entendida, na verdade, como uma simples autorização; e iii) a três, reconhece que certas normas jurídicas não criam quaisquer deveres, mas apenas conferem uma *faculdade* (ou *poder jurídico*).

Todavia, se a obra de 1960 praticamente esgota as objeções lançadas contra a Teoria Pura do Direito até a data da sua publicação, esta mesma obra lança algumas novas perguntas. A primeira delas, e talvez a mais importante, é a seguinte: o que significa dizer que uma norma é o sentido de um ato? Há, aqui,

uma substancial alteração, se comparada esta definição com aquela oferecida pela obra de 1934. Lá, o sentido era reconhecido como algo que o homem confere a um ato. Assim, por exemplo, ao lado do ato “natural” de homicídio, haveria, de outro lado, o correspondente significado de assassinato ou pena de morte, conforme o caso. Já no caso da *prescrição* (ou *comando, ordem*) o contraste poderia ser descrito nos seguintes termos: de um lado há o ato natural de “prescrever” e de outro o seu sentido, que é a *criação* de uma norma. Mas não, pois o sentido objetivo do ato é a *própria* norma jurídica. Nesta obra, a palavra “sentido” está sendo utilizada de maneira inédita e sem uma necessária clareza conceitual.⁵²

Outrossim, é preciso lembrar que, antes da obra de 1960, a função da norma jurídica era estabelecer uma sanção (conseqüência) 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*. Agora, 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. E, aqui, surge uma outra questão: embora tenham sido reconhecidas diversas funções às normas jurídicas, não ficou muito claro se uma única norma exerce, ao mesmo tempo, estas funções tão distintas, como prescrever uma conduta e conferir poder jurídico, ou se, nestes casos, haveria 2 (duas) normas distintas, cada uma desempenhando uma destas funções.⁵³

Estas perguntas ainda seriam, numa última e derradeira tentativa, respondidas por Kelsen, alguns anos mais tarde.

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

⁵³ HARTNEY, Michael [1991]. **Introduction.** In: KELSEN, Hans [1979]. General Theory of Norms. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. xxxv.