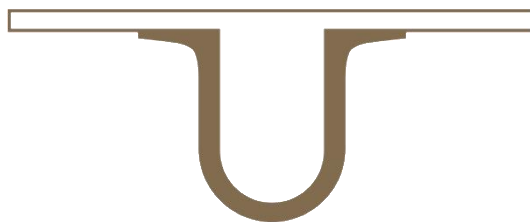




UNIVERSIDADE D
COIMBRA



ANTONIO MARQUES CAVALHEIRO

**DA TEORIA PURA DO DIREITO AO CONCEITO DE JUSTIÇA, O
POSITIVISMO E A MORALIDADE EM HANS Kelsen**

*FROM THE PURE THEORY OF LAW TO THE CONCEPT OF JUSTICE,
POSITIVISM AND MORALITY IN HANS Kelsen*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Filosóficas.

Orientador: Professor Doutor José Manuel Aroso
Linhares.

COIMBRA 2018

ANTONIO MARQUES CAVALHEIRO

**DA TEORIA PURA DO DIREITO AO CONCEITO DE JUSTIÇA, O
POSITIVISMO E A MORALIDADE EM HANS Kelsen**

*FROM THE PURE THEORY OF LAW TO THE CONCEPT OF JUSTICE,
POSITIVISM AND MORALITY IN HANS Kelsen*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Filosóficas.

Aprovado(a) com média: _____

Cidade e data

Banca Examinadora:

Prof. Orientador:

Prof. Orientador:

Prof. Orientador:

RESUMO

Introdução: Trata-se do estudo da justiça e da teoria kelsenianas, iniciam-se no contexto da moralidade e vai ao positivismo jurídico. À primeira vista excludentes, mas que, numa visão mais aprofundada mostram-se complementares, já numa condição de pensamento e aplicação. Uma comparação breve entre a Teoria Pura do Direito de Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Hart serão abordadas. **Objetivo:** O presente trabalho busca aprofundar o conhecimento relativo aos ensinamentos de Kelsen acerca da justiça, tema que Kelsen abordou em várias obras, e que apresentou relevantes questionamentos sobre seus fundamentos; e, sobre a Teoria Pura do Direito e sua Norma Fundamental, a *Grundnorm*, a teoria kelseniana, que ao surgir, alterou a forma de pensamento sobre o Direito no século XX, centrada na transição do direito natural para o direito positivo, mais precisamente, do direito como moral (justo), para o direito como ciência. Inseridas nesta transição jurídica estão as teorias de Kelsen e Hart, das quais busca-se a compreensão de seus distanciamentos e aproximações. **Método:** Este estudo concentra-se em pesquisa realizada através de consulta bibliográfica, à obra de Kelsen referentes aos temas deste trabalho e a obras de autores que tratam dos mesmos temas e a estes são correlatos. **Resultado:** A pesquisa bibliográfica nos trouxe o conhecimento fundado de que, o instituto da justiça, é mutável e adequa-se (molda-se) aos conceitos de determinado grupo de pessoal e em determinado tempo, portanto, compõe-se de conceitos que vão, no ritmo da evolução dos conceitos humanos coletivos, alterando-se. Quanto aos efeitos da teoria kelseniana sobre o pensamento jurídico, após a publicação da Teoria Pura do Direito, não ficaram despercebidos, provocando manifestações de apreço de juristas que compreendem o ordenamento jurídico consubstanciado no direito positivo, como, também, críticas intensas dos juristas compreendidos num viés de justiça natural, críticos ao distanciamento do direito positivo das normas de conduta moral. **Conclusão:** Dentro da vasta obra de Kelsen, duas questões estiveram em constante evidência, a primeira é a questão da *justiça*, questionada em seus efeitos e alternâncias dentro do Direito; e, a segunda questão foi a busca por um Direito como ciência jurídica, afastando-se de toda matéria que não fosse exclusivamente de direito, como a Sociologia, a Política etc, objetivo conquistado por Kelsen de forma brilhante, alterando definitivamente o ponto de vista dos afetos ao estudo do Direito.

Palavras-chave: Justiça, Transição Jurídica, Teoria Pura, Norma Fundamental *Grundnorm*, Regra de Reconhecimento.

ABSTRACT

Introduction: The principle of justice and the Kelsenian theory, begins in the context of morality and legal positivism. At first glance they are excludable, but in a deeper vision, it shows a kind of thought and application. A brief comparison between Kelsen's Pure Theory of Right and Hart's Rule of Recognition will be addressed. **Objective:** The present work will be deepen the knowledge about Kelsen's teachings regarding justice, were Kelsen addressed in several works, and which presented relevant questions about its foundations; and, on the Pure Theory of Law and its Fundamental Rule, the *Grundnorm*, the Kelsenian theory, when it emerged, modified the way of thinking about Law in the twentieth century, focused on the transition from natural law to positive law, more precisely, law as moral (right), to the right as science. Inserted in the legal transition, appeared the theories of Kelsen and Hart, the search for the understanding of their distances and approximations. **Method:** This study focuses on research carried out through bibliographic search related to the work of Kelsen associated to the themes of this work and similar authors dealing with the same themes and to these are correlates. **Result:** Bibliographical research has brought us the grounded knowledge that the institute of justice is changeable and adapts (molds itself) to the concepts of a particular group of personnel and in a given time will be composed of concepts that evolution of collective human concepts, altering itself. As for the effects of the Kelsenian theory on juridical thinking after the publication of the Pure Theory of Law, it did not go unnoticed, provoking manifestations of appreciation by jurists who understand the legal order embodied in positive law, as well as jurists intense criticism comprised in a bias of natural justice, critics of distancing from the positive law of norms of moral conduct. **Conclusion:** Inside Kelsen's vast work, two questions have been in constant evidence; the first is the question of *justice*, questioned in its effects and alternations within the law; and the second question was the search of a Right as a legal science, moving away from any matter that was not exclusively of Right, such as Sociology, Politics, etc., a goal achievements by Kelsen in a brilliant way, definitively altering the point of view to the study of right.

Keywords: Justice, Legal Transition, Pure Theory, Fundamental Norm *Grundnorm*, Recognition Rule.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
A JUSTIÇA NO PENSAMENTO DE HANS KELSEN	19
A justiça Kelseniana	19
Norma de justiça	23
Silogismos	24
Fundamentação normativa	25
Ciência jurídico-normativa	26
Normas de justiça	26
<i>Suum cuique</i>	27
Regra de Ouro	28
Imperativo categórico de Kant	30
Fórmula vazia	34
O costume	35
Meio termo – o <i>mesotes</i> aristotélico	35
Princípio retributivo	37
Princípio da equivalência	42
Cômputo do salário	43
Justiça comunista	45
Preceito do amor	48
Liberdade	50
Contrato social	51
Justiça e igualdade	52
Justiça metafísica	55
Justiça divina	56
Justiça e felicidade	56
A TRANSIÇÃO DO DIREITO DO SÉCULO XIX PARA O SÉCULO XX	57
TEORIA PURA DO DIREITO	59
O SER E O DEVER-SER	67
A INTERPRETAÇÃO	70
A NORMA FUNDAMENTAL	73

a) Norma fundamental do direito positivo	78
b) Norma fundamental do direito natural	80
A REGRA DE RECONHECIMENTO	80
a) Regras primárias e regras secundárias	82
b) Ser obrigado e estar obrigado	82
c) Elementos	84
d) Regra secundária de reconhecimento	87
e) Regas de alteração	87
f) Regras de julgamento	88
A NORMA FUNDAMENTAL E A REGRA DE RECONHECIMENTO	92
KELSEN E AS CRÍTICAS À SUA TEORIA	94
a) Por Karl Engisch	98
b) Por Albert Vonlanthen	99
CONCLUSÃO	100
BIBLIOGRAFIA	105

INTRODUÇÃO

Hans Kelsen é considerado como o maior jurista do século XX, ocupou uma posição de destaque no Direito com sua busca por uma ciência do direito, posição que manteve por toda a vida, nesta busca incansável da evolução do direito. Publicou em 1934 a obra que deu conhecimento ao mundo da sua teoria, que pretendia um Direito puro, desvinculado de todas as matérias que não fizessem efetiva parte integrante do Direito como ciência independente. Daí veio a lume a Teoria Pura do Direito.¹

Vários autores, tanto juristas como filósofos do direito, têm a teoria kelseniana como a mais fundamental importância para o Direito como ciência. Com a teoria pura do direito Kelsen colocou o direito na condição de ciência jurídica, mostrou a existência de uma teoria de direito positivo pura, desvinculando o direito da moral e da política, afastamento necessário para alcançar a condição de uma teoria que ele pretendia pura.²

Em sua busca por um Direito de tivesse sua validade em todos os lugares e em todos os tempos, levou o mestre de Viena ao direito positivo, o direito posto por um legislador ou por alguém detentor de força suficiente para se fazer obedecido (um soberano). Direito que deve ser observado pelo simples fato de ter sido positivado, ou seja, de ter sido colocado em vigência em um ordenamento jurídico de um determinado território, por um tempo determinado. A positivação de uma norma de direito pode ser através de um código ou

¹ Manuel Atienza em sua referência a Kelsen diz: “Kelsen é o maior jurista do século XX e autor de uma elaboradíssima concepção do Direito – a *teoria pura* do Direito, que formulou nos anos trinta; a segunda e definitiva edição é de 1960 – de impressionante coerência interna.” ATIENZA, Manuel. *O Sentido do Direito*, p. 318.

No mesmo sentido Giorgio Bongiovanni se refere a Kelsen como o pensador mais influente do século XX: “*Undoubtedly, no thinker was more influential in the development of 20th century legal positivism than Hans Kelsen.*” Bongiovanni anota mais duas definições feitas a Kelsen, uma por Roscoe Pound: “*Kelsen is described by Roscoe Pound as “unquestionably the leading jurist of the time”*”. E, outra, feita por H. Dreier: “*H. Dreier observes that Kelsen is widely regarded as the jurist of the century (“Jurist des Jahrhunderts”)*”. BONGIOVANNI, Giorgio. *Legal Positivism in the first half of the 20th Century in the 20th Century in* PATTARO, Enrico; ROVERSI, Corrado. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, p. 191 e nota de rodapé.

Ainda no mesmo sentido, mas com uma profundidade ainda maior, o Professor Baptista Machado traz a no seu entendimento a descrição do esforço de Kelsen em sua busca por uma ciência do Direito: “*Pode dizer-se que o colossal esforço de Kelsen, trouxe ao pensamento jurídico uma clarificação tal que é possível hoje determinar com rigorosa precisão até onde pode ir a consideração lógico-objectivante e quais pontos de vista e os juízos que esta perspectiva já não acolhe nem pode justificar.*” MACHADO, João Baptista. *Nota Preambular in* KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 8.

² A Teoria Pura do Direito rendeu a Kelsen, não somente elogios e a sua elevação à condição de grande jusfilósofo, mas, críticas também, como é o caso de Passerin D’Entreves. Acusado de aproximar-se do jusnaturalismo com a sua norma fundamental, a *Grundnorm*, criada nos moldes do direito natural. Condição de jusnaturalista que Kelsen contestou em *Justiça e o Direito Natural*.

mesmo de forma consuetudinária, o que importa é a validade da norma e a sua fundada capacidade de se impor aos indivíduos que estão sob seu manto.

A criação de uma norma, assim como, a sua modificação e extinção encontram sua justificação em outra norma. Que partindo de uma norma mais superior, chega-se à norma mais inferior, o que inversamente também ocorre, portanto, partindo de uma norma mais inferior, chega-se, então, à uma norma mais superior. A norma mais inferior resolve-se com a decisão judicial e seu cumprimento. Já a norma mais superior, onde se chega, partindo da norma mais inferior, a decisão determinativa de cumprimento de uma ordem, para uma norma superior que dá fundamento a este, ou a qualquer, ordenamento jurídico positivo. E, assim, sucessivamente subindo, hierarquicamente, até chegar à norma fundamentadora e mais superior do ordenamento positivado, a Constituição de um Estado. Porém, surge aí um problema, a Constituição é uma norma positivada, ainda que a mais elevada norma de um Estado, é uma norma que necessita de uma justificação de seu poder. Isto levou Kelsen a justificar o ordenamento jurídico de um Estado, a justificar a fundamentação de um Constituição positivada, numa norma fundamental não positivada, a *Grundnorm*. Norma que não pode ser positivada, o que levaria à uma tendência ao infinito de justificações de normas, portanto, não é uma norma posta, mas tão somente, uma norma *pressuposta*. A condição de não-positivação, mas de pressuposição da norma fundamental, condição necessária criadora do ordenamento jurídico, que se abstém de retirar sua norma fundamentadora de uma força transcendental, mas a busca, para atribuir ao Direito uma condição de ciência jurídica, na própria capacidade racional do homem. E como ciência jurídica já não importa os fatos, o que a afasta da sociologia do direito, baseada em fatos empíricos e, portanto, verificáveis, preocupar-se-á, então, a partir daí, somente com a própria norma jurídica.³

Os interesses jurídicos desenvolvidos por Kelsen vão além de uma ciência jurídica e de uma pureza normativa, e suas preocupações voltam-se também para a justiça.⁴ O que

³ Baptista Machado com mais profundidade, “Como ciência normativa, a ciência jurídica não se ocuparia nem dos factos que põem as normas nem da eficácia das mesmas normas, mas das próprias normas (...). Mas, se a ciência jurídica não pode ser uma ciência de factos, uma ciência empírica, então, só poderá ser uma ciência formal hipotético-dedutiva.” MACHADO, João Baptista. *Nota Preambular in* KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 7.

⁴ Kelsen detém-se longamente sobre a metéria justiça, comprovada pelos vários títulos publicados pelo autor, que é atribuído a esse interesse pela justiça, o fato de Kelsen ter sofrido com as imposições negativas, das condições políticas e ideológicas, no final da primeira metade do século passado. Condição que levou Kelsen a mudar-se para os Estados Unidos da América. Kelsen busca compreender e explicar o conceito de justiça, termo que se caracteriza por sua generalidade e abstração, confundindo-se por vezes com felicidade e com liberdade.

leva ao tema inicial deste trabalho, *a justiça no pensamento de Hans Kelsen*. Dividido em dois temas fundamentais da obra kelseniana, *Justiça e Teoria Pura do Direito*. O presente trabalho inicia-se fundamentado no trabalho apresentado por Kelsen junto(apenso) à Teoria Pura do Direito e, que em português, foi lançado separadamente, traduzido pelo Professor Doutor João Baptista Machado, com o título *A Justiça e o Direito Natural*.

A questão existente entre ser a justiça uma regra da moral inicia o questionamento kelseniano sobre as normas da justiça. A justiça⁵ é tida como uma das virtudes do homem, configura-se como uma das virtudes da moral, porém, a moral é mais abrangente e com a justiça não se confunde, a moral pode ser uma relação individual, do homem para consigo próprio, enquanto a justiça exige uma relação necessária entre indivíduos, não há justiça sem a participação de outros indivíduos, é uma relação coletiva.

A justiça se configura quando o proceder de um indivíduo em relação a outros indivíduos está em conformidade com a regra que prescreve o agir correto. A injustiça configura-se no sentido contrário ao que está previsto como correto modo de agir do indivíduo. Existe, portanto, uma norma do agir correto, e quando o indivíduo age dentro do que prescreve esta norma agira de forma *justa*, enquanto, ao infringir ou contrariar os preceitos da norma do agir correto estará agindo de forma *injusta*.

Para Kelsen existe uma contradição entre uma norma de justiça e uma norma de direito positivo, sobre normas não incide juízo de valor.⁶ Esta contradição ocorre quando uma norma de direito positivo não está no mesmo sentido de uma norma de justiça. Para ser válida no contexto do justo, uma norma positiva tem que ser justa. Já, num contexto de direito positivo a norma é justa apenas por ser positivada, a questão justiça da norma não tem relevância para o direito positivo, a norma é válida ou não é válida. Outra questão que diferencia as normas de justiça das normas de direito positivo, está no conflito de normas. Quando ocorre o conflito de normas no direito positivo, uma delas será excluída, não podem existir duas normas positivas conflitantes. No conflito de normas de justiça já não ocorre a

⁵ Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 41 e ss.; *O Problema da Justiça*, p. 3 e ss. — Num sentido ainda mais abrangente é a definição de justiça para Legaz y Lacambra: “*Como filósofo tampoco cabe negar adhesión a su fe en lo que para él es la justicia: aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad, la justicia de la libertad, de la paz, de la democracia, de la tolerancia, valores – diré para terminar – que son más que relativos, que tienen un sentido de perennidad.*” LEGAZ Y LACAMBRA, Luís. *Kelsen Hoy*, p. 24.

⁶ Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 42 e ss.; *O Problema da Justiça*, p. 5 e ss.

exclusão de uma delas, mas uma condição de superioridade da norma mais justa em relação à norma menos justa (ou injusta).

Para o direito positivo não exige, ou melhor, não é relevante, a justiça da norma de direito positivo, importa a validade da norma.⁷ A norma é justa por estar positivada. Para o direito natural a norma válida é a norma justa, portanto, para o direito natural a norma que não é considerada uma norma de justiça não é uma norma válida. Kelsen considera que esta é a diferença essencial entre direito positivo e direito natural. Uma norma de justiça positiva em seu sentido subjetivo não é inconciliável com uma norma de justiça. Porém, quando a norma está em seu sentido objetivo ela será inconciliável com a norma de justiça. Essa condição de não conciliabilidade resulta que a norma de justiça não tem validade perante a norma de direito positivo, e é excluída.

Para as normas de justiça, de sua abrangência sobre uma determinada definição de normas, há uma definição da matéria a qual a norma se refere, mas estas normas são em números não conhecidos. É um conceito geral de normas, mas não abstrato. Normas gerais têm seu conceito já definido, enquanto as normas abstratas têm seu conceito de forma imprecisa. O conceito abstrato cria uma definição a qual as normas devem se enquadrar. Kelsen adverte que uma norma de justiça tem caráter geral, porém, não se configura com uma norma abstrata. Há uma delimitação previamente definida do que é justo, e qualquer norma que se circunscreva dentro desta definição prévia de justo, será tida como uma norma de justiça, no entanto, o número de normas que se circunscreverá à definição de justo é desconhecido e pode ser alterado, quando por qualquer razão, uma norma se insira ou se exclua do conceito previamente definido. A conduta de um indivíduo, que está em conformidade com a conduta que a norma prescreve, é uma conduta de valor positivo, já uma conduta que se encontra não conforme prescreve a norma, será uma conduta de valor negativo.

No silogismo temos uma premissa maior que determina uma regra geral, uma premissa menor que determina uma regra individual e uma conclusão que, por sua vez, já está inserida na premissa maior. Que podemos exemplificar da seguinte forma: premissa maior: todos os homens devem dizer a verdade; premissa menor: sou homem; portanto, temos a conclusão: devo dizer a verdade. O que nos leva à conclusão através da premissa

⁷ Na contextualização da justiça normativa, surge para o direito positivo a exigência de que a norma seja válida, independentemente se esta norma seja considerada moralmente justa ou injusta, a norma é justa porque é válida. Enquanto que para o direito natural é necessário que a norma seja justa, a norma é válida porque é justa.

maior, devo dizer a verdade – todos os homens devem dizer a verdade. Kelsen faz uma diferenciação entre *silogismo normativo*, em que a premissa maior e a conclusão são normas de dever-ser, e *silogismo teórico*, em que todas as proposições são juízos de realidade.⁸

A fundamentação da norma não se dá em relação a juízos de realidade ou de fatos da ordem do ser ou de forma como está determinada uma vontade. Para Kelsen, a conclusão, na qual devemos nos comportar *porque* uma vontade normada quer é uma conclusão equivocada, mas devemos nos comportar *como* uma determinada vontade normada quer, a vontade divina ou a vontade do legislador. A fundamentação de obediência à vontade da norma está em reconhecer seu instituidor como detentor de legítimo poder para instituir uma norma qualquer. No sistema normativo existente na teoria kelseniana a fundamentação da norma se dá na norma superior. Que por sua vez, esta norma se fundamenta, e assim sucessivamente, em outra norma ainda mais superior. O que no sistema normativo positivado cria um problema de encadeamento, pois a fundamentação de uma norma em outra norma superior levaria a fundamentação normativa ao infinito, com uma norma fundamentando a norma inferior e retirando a sua fundamentação de uma norma superior. Condição de infinitude que levou à necessidade de impor um ponto final, uma norma superior fundamentadora de todo o sistema normativo, porém, esta norma não poderia ser uma norma positivada. Então, surge aí, na teoria kelseniana a *norma fundamental pressuposta*.

Dentro de um sistema jurídico normativo existem diversos emissores de normas, portanto, são emitidas diversas normas de justiça, mas essa diversidade de emissores normativos pode produzir normas válidas e ao mesmo tempo contraditórias entre si. À ciência jurídica não cabe determinar o que é justo, mas identificar o que é um comportamento justo. A ciência jurídica identifica os fatos valorados como justos.

A teoria kelseniana definiu dois tipos de normas de justiça, as *normas de justiça de tipo metafísica*, que são originadas e fundamentadas por um poder instituidor de uma entidade metafísica, uma entidade não compreensível pelo senso do homem, ao homem cabe apenas observar estas leis. E, as *normas de justiça de tipo racional*, são normas do pensamento humano, são compreendidas pelo intelecto e tem sua origem no legislador. Para Kelsen as normas de justiça de tipo racional podem ser emitidas por uma entidade metafísica ou por um legislador constituído, o que define a norma racional é a capacidade do raciocínio humano em compreendê-la.

⁸ Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 50; *O Problema da Justiça*, p. 14.

A norma do *suum cuique* determina que deve ser dado a quem tem um direito ou pretensão o que é seu. Surge desta determinação normativa a questão: o que é devido a um indivíduo? O que é um seu direito? Quem compreende que deve dar a alguém o que lhe é de direito é, também, compreendido pelo detentor do direito de receber. Para que a ordem seja manifesta, é necessário que uma norma determine o que é devido e que, por sua vez, é o que é de direito do receptor. Norma que pode ser entendida como uma norma de justiça.

A regra áurea de todas as religiões do mundo, consiste em *não fazer aos outros aquilo que não quer que lhe façam*, é chamada de regra de ouro. Para Kelsen trata-se de uma regra contraditória em si, pois leva a resultados conflitantes. Um indivíduo que comete um delito deve receber uma pena, que é uma reação ao ato delituoso, porém, via de regra, ninguém quer sofrer uma sanção. Sem impor ações contra a vontade dos indivíduos não há como impor regras limitadoras da vontade coletiva. Sem regra impositivas e limitadoras não há como educar. A observação da regra de ouro levaria a uma estabilização dos tratamentos entre os indivíduos, o que é uma utopia. Portanto, sem a imposição de regras contrárias à vontade, ou seja, fazer a outros aquilo que não quer que lhe façam, não haveria como instituir o Estado.

O imperativo categórico de Kant determina que *ajás de maneira que o seu agir se torne lei universal*. Agir conforme se entende é uma regra de moral, pois não necessariamente exige a existência de outro, como é necessário num agir conforme a justiça. Para Kant as leis que devemos querer que sejam elevadas a *leis universais* são as leis morais, o que colocaria uma lei não moral em contradição consigo própria.

A presunção de que a moral ou a norma jurídica darão a definição do que é um comportamento bom ou justo, não é indicação de que esse comportamento será o desejado pelos que recebem este mesmo tratamento.⁹

O tratamento dispensado entre os indivíduos, de forma reiterada e ao longo do tempo, entendido como justo, é o que eleva este mesmo tratamento à condição de uma norma de justiça. É o tratamento costumeiro entendido como o tratamento correto e que deve ser dado, ou mesmo recebido.

O tratamento médio dispensado entre os indivíduos, no pensamento aristotélico é dado como o ponto equidistante entre o comportamento excessivo e o faltoso. O meio termo

⁹ Para Kelsen a teoria do direito positivo não fornece qualquer critério de justiça ou de injustiça do direito, considerada esta teoria como “insatisfatória”, a pretensão é de justificar o direito como justo ou injusto. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 244-245.

aristotélico se localiza no centro entre um comportamento demasiado ou demasiado pouco. Este ponto equidistante é denominado por Aristóteles de *mesotes*. Ao tentar compreender este ponto equidistante Kelsen questiona: o que é falta? O que é excesso? Não há uma resposta em evidência. Aristóteles pretende uma resposta moral, e através de um procedimento geométrico encontrar o meio termo equidistante. E dá como exemplo do ponto médio equidistante entre a covardia e temeridade, que seria esse ponto médio constituído pela coragem. O meio termo entre a falta e o excesso não se apresenta de forma evidente, o que há é uma pressuposição, o que por sua vez leva à condição necessária e exigível da determinação dos pontos extremos. Para Aristóteles a virtude e o vício eram práticas de conhecimento espontâneo, um conhecimento vulgar. Kelsen contesta esta posição aristotélica dizendo que o *mesotes* não dá uma resposta positiva e relega esta resposta ao senso comum do conhecimento humano.

O princípio retributivo se aplica ao comportamento que a sociedade impõe, a quem agiu diametralmente contra o que se compreende que está determinado como forma correta de agir. É uma espécie de vingança social (se assim podemos dizer), mas uma vingança previamente determinada, as regras do agir correto e a sanção imposta a sua infração já estão previamente determinadas. Kelsen conceitua o princípio retributivo a partir de uma ação coatora previamente estabelecida e o equipara ao direito, que é o instituidor de uma determinação coatora. É uma retribuição do bem para o bem e do mal para o mal. É uma compensação entre ações meritórias e demeritórias. O princípio da retribuição entra em conflito com o princípio da igualdade, enquanto o princípio da igualdade prescreve um tratamento igual e em sentido inverso, o princípio da retribuição prescreve um tratamento proporcional ao ato praticado. O que para Kelsen somente existe uma igualdade dos princípios, quando aplicados em ações e retribuições iguais (proporcionais).

O princípio da equivalência se refere a uma igualdade entre ação e retribuição, ou melhor, uma equivalência. Por um trabalho realizado paga-se o salário equivalente, por uma mercadoria comprada paga-se o valor por ela estipulado. Mas esses valores recebem influências externas, como por exemplo, o interesse do mercado em adquirir uma determinada mercadoria ou, ainda, a capacidade econômica dos interessados em pagar uma aquisição de trabalho ou mercadoria. É uma imposição externa do interesse em adquirir uma determinada mercadoria ou contratar um determinado trabalho *versus* a capacidade

econômica para fazer frente aos gastos necessários. O que pode determinar uma queda ou elevação dos preços, numa relação de oferta e procura.

O Cômputo do salário é determinado pela quantidade de horas trabalhadas ou de uma unidade a ser produzida, é o salário ou o preço a ser pago em retribuição. Mas há outros efeitos que ao atuarem alteram as quantidades (de trabalho e de unidades produzidas) e dos valores pagos na retribuição. É o caso da oferta e da procura (já exemplificados acima) de mão-de-obra e de produtos e o interesse do mercado em adquiri-los. Outra influência sobre os preços está no interesse dos Estados em estimular ou desestimular a produção de determinados produtos, ou ainda, a quantidade do produto adquirido pelo consumidor final, pois, quem adquire grandes quantidade tende a pagar um valor menor, em relação àquele que adquire poucas ou mesmo uma única unidade.

O princípio comunista de justiça formulado por Karl Max, diz que para cada determinado trabalho uma determinada remuneração, o que para Marx é um princípio de igualdade, o que contesta Kelsen, para o filósofo checo¹⁰ o que existe é uma desigualdade e não uma igualdade no tratamento dos indivíduos, o que seria verdadeiro apenas em caso de indivíduos iguais. O que leva a esta desigualdade é a condição de que indivíduos desiguais têm capacidade e habilidades desiguais, e isto leva a resultados desiguais ao que propõe o princípio marxista. Kelsen concorda em parte com esta teoria quando o tratamento é *desigual* para os *desiguais*, e discorda dela quando o tratamento é *igual* para *desiguais*.

Kelsen discorda também da fórmula definida por Marx onde: “Cada um segundo a sua capacidade, a cada um segundo a sua necessidade”, o que seria uma formulação da ordem social. Que seria a formulação em parte proposta por Platão, em *A República*, “cada um segundo a sua capacidade”, mas aí surge a questão: o que é definido como capacidade de cada um? O que não pode ser definido por cada indivíduo, mas de cada indivíduo em sua relação com a capacidade de produção de outros indivíduos. Ou ainda, na segunda parte da formulação, “a cada um segundo a sua necessidade”, essa capacidade é definida por cada indivíduo em seu entender, ou, pela coletividade em que está inserido este mesmo indivíduo. Idealização que segundo Kelsen leva Marx a crer que tudo se equilibrará em uma sociedade comunista, em que não há a necessidade de Direito ou de Estado, um ordenamento utópico.

¹⁰ Praga, quando do nascimento de Hans Kelsen, pertencia à Áustria, tornando-se capital da Checoslováquia em 1918, e, Capital da República Checa em 1992, com a separação dos Eslovacos. Mudanças que ocorreram durante a vida de Kelsen, o que leva o Filósofo que seria, atualmente, Checo, a ter várias referências de local.

O comportamento espontâneo, ou determinado por uma ordem social, de preocupar-se com as condições a que são submetidos os indivíduos de coletividade, é o que Kelsen denomina de preceito do amor ao próximo, é a condição que impõe aos cidadãos, de forma, subjetiva ou objetiva, a agirem com determinado proceder a auxiliar os integrantes de determinado grupo de pessoas. Exemplos de amor ao próximo são buscados por Kelsen nos Evangelhos, que os entende como preceitos contraditórios entre si, como no Evangelho de Lucas, “Felizes de vocês que agora têm fome, porque serão saciados.”¹¹ Os que estão bem no plano real estão em situação ruim no plano metafísico e vice-versa.

A liberdade se caracteriza por ser um dos mais elevados princípio de justiça, algo inerente ao indivíduo, que sempre busca conseguir ou manter a sua liberdade. Mas é um princípio em contradição, ao menos em parte, ocorre que a liberdade de um indivíduo não pode ser ilimitada, situação que o colocaria em choque com a liberdade de outros indivíduos. Para Kelsen o conceito de liberdade é um conceito de liberdade limitada, que tem como seu limite a existência da liberdade dos outros indivíduos.

O contrato social de uma ordem justa impõe a unanimidade de vontades individuais, em submissão a um ordenamento. Uma teoria jusnaturalista apoiada sobre a liberdade. Kelsen argumento que possibilidade de instauração de um ordenamento, dentro de uma condição de unanimidade, seria possível apenas na criação da primeira *Constituição* de um Estado. Em um ordenamento já instituído a unanimidade já não é possível, o que leva ao conceito de democracia, governo da maioria. Condição que leva a uma diminuição da autodeterminação, pois a democracia não exclui a liberdade do indivíduo, mas a limita pela vontade da maioria.

O princípio da justiça prescreve que todos os homens são iguais em direitos e obrigações, o que é possível se considerarmos uma justiça objetiva. Pois numa condição de justiça objetiva o tratamento é de ordem social, enquanto que no contexto de uma justiça subjetiva, cada indivíduo deverá ser tratado de forma única, como únicos são todos os indivíduos. A igualdade somente é possível quando são desconsideradas as desigualdades individuais e são consideradas as igualdades coletivas. Para Kelsen, a justiça como um princípio, é de aplicação muito limitada na ordem social. Fica a questão: o que é um tratamento justo a ser dado a um indivíduo?

¹¹ LUCAS, 6, 21.

Núcleo da filosofia platônica, a justiça metafísica entende o mundo como algo imutável e eterno, pois o mundo é uma ideia, portanto, não se materializa. Platão tem o mundo como uma ideia perfeita e imutável, centrado na ideia de um bem absoluto. O que Kelsen compreende como a ideia de divindade teológica.

Para justiça divina os indivíduos devem ser tratados conforme determinado por uma vontade de uma entidade metafísica (Deus), a ideia transcendente do que é o bem. O que coloca que a justiça não pode ser o amor das emoções humanas, mas apenas o amor divino. Pois Jesus rejeita o amor entre pessoas, pais e filhos, marido e mulher, e aceita apenas o amor supremo, o amor de Deus.

A justiça terrena é inalcançável ao entendimento do homem em sua felicidade. Apenas a justiça divina, a justiça absoluta é capaz de realizar a felicidade. Eterna ilusão.

Na transição do século XIX para o século XX, os defensores das teorias jusnaturalistas mantinham-se em posição de defesa contra a evolução das teorias positivistas do direito. No centro desta efervescente disputa entre teorias, naturalistas e positivistas, Kelsen publica a Teoria Pura do Direito. Resultando em defesas exaltadas de seus partidários e em críticas ferozes de seus opositores.

A busca de Kelsen centra-se em elevar o Direito a uma condição de ciência independente das ciências sociais, às quais entendia-se que o Direito estava atrelado. Essa elevação do Direito à condição de ciência, realizada por Kelsen, desvinculando o Direito das ciências às quais estava ligado, eleva Kelsen à condição de um dos maiores juristas do século XX. Kelsen desenvolve uma teoria pura de Direito positivo,¹² uma teoria geral do Direito, portanto, uma teoria que pode ser aplicada ao Direito de qualquer ordenamento jurídico.

Com a Regra de Reconhecimento Herbert Hart desenvolve uma teoria que se aproxima da teoria kelseniana, mas com ela não se confunde, mantendo a sua identidade. Numa comparação entre a norma fundamental de Hans Kelsen e a regra de reconhecimento de Hart, os autores positivistas partem da ideia de que explicar o direito não é a mesma coisa que valorá-lo. Para teoria kelseniana a fundamentação de um ordenamento jurídico se dá através de uma norma superior, que se localiza acima das normas positivadas, uma norma pressuposta. A norma fundamentadora na teoria hartiana, ao contrário da teoria kelseniana, não é pressuposta, mas uma teoria prática aplicativa, a regra de reconhecimento última.

¹² Ao explicar a pureza de sua teoria, Kelsen esclarece que sua teoria como ciência do Direito é pura, já o Direito não é puro. O que poderíamos dizer que o Direito antes de positivado ou aplicado sofre a influência de outras ciências.

A teoria mais influente do século XX não poderia passar incógnita às críticas, e não deixou de recebê-las. Uma obra filosófica, ou no caso, uma teoria jurídico-filosófica, mostra sua influência (relevância), proporcionalmente às críticas que recebe, demonstrando quanto de influência, já numa condição de aceitação positiva ou negativa, sobre sua esfera de abrangência. Portanto, a Teoria Pura do Direito recebeu as mais duras críticas e os mais extremados elogios.

Na etapa última são apresentadas algumas críticas dirigidas a Kelsen e a sua teoria. Críticas das mais diversas formas, ora criticando a extrema rigidez normativa, ora criticando a inaplicabilidade prática, outra, ainda, colocando a teoria kelseniana como uma teoria de direito natural. Teoria que foi acusada de ser injusta por afastar-se dos conceitos morais, afastamento necessário à sua pureza, ou, em outro extremo, acusada de justificar atos de governos autoritários, através da obediência ilimitada à norma jurídica positivada.

A JUSTIÇA NO PENSAMENTO DE HANS KELSEN

A justiça Kelseniana

O conceito de justiça sempre esteve em uma das posições centrais na obra de Kelsen.¹³ Para Kelsen a justiça é uma virtude do homem, diz-se que um homem é justo ou injusto; um homem justo é quando ele se comporta no sentido de uma previsão dada como justa, o que lhe atribui o valor de justiça. A justiça é uma qualidade atinente ao comportamento do indivíduo, de um comportamento justo ou injusto para com outros indivíduos, portanto, a justiça é uma manifestação externa ao indivíduo.¹⁴ As virtudes, e no sentido de justiça como uma virtude, pertencem ao contexto da moral.¹⁵

Para Kelsen a justiça se manifesta da conduta social do indivíduo. O indivíduo é justo quando se comporta nos termos que a norma prescreve uma conduta de justiça, “a

¹³ Em vários trabalhos publicados Hans Kelsen, como por exemplo: *A Justiça e o Direito Natural; O Problema da Justiça; O que é Justiça?; Teoria Pura do Direito*; o Autor dedicou seus estudos à justiça, publicando na Europa e depois nos Estados Unidos, o que nos revela a importância dada ao tema pelo filósofo jurídico de Praga.

¹⁴ “... a virtude da justiça atribuída a um indivíduo exterioriza-se na sua conduta: na sua conduta em face dos outros indivíduos...” KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*, p. 3.

¹⁵ As normas morais e as normas de direito são relações de reciprocidade entre os indivíduos, o que coloca o “Direito” ou a “Moral” como um emaranhado de normas. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*, p. 1.

justiça de um indivíduo é a justiça de sua conduta social”.¹⁶ O indivíduo é injusto quando se comporta de forma contrária à norma que prescreve uma conduta justa. As regras morais são regras sociais e as regras de justiça são regras morais, mas, para tanto, são regras de comportamento justo, as de um indivíduo para com outro indivíduo, o que para a teoria kelseniana “o conceito da justiça se enquadra no conceito da moral”.¹⁷ ¹⁸ A moral é uma conduta interna, mas a justiça é uma conduta, necessariamente, externa.

A condição muda quando se olha para o conceito da moral, pois a justiça é um conceito moral¹⁹, porém, não coincide com o conceito de moral, este muito mais abrangente. A moral se configura numa relação de um indivíduo para com outro indivíduo, mas se configura numa relação de um indivíduo para consigo mesmo.²⁰ Que para explicar a diferença entre justiça e moral, Kelsen nos traz como exemplo de norma moral, o suicídio:

A norma: não devemos suicidar-nos, pode ser norma de uma moral que proíbe tal conduta em razão dos seus maus efeitos sobre a comunidade. Mas esta norma não pode ser uma norma de justiça, pois não prescreve um determinado tratamento de um homem por parte de outro homem. Quer dizer: o suicídio pode ser julgado imoral, mas não injusto. No entanto, o facto de inumarem os suicidas, não num cemitério comum, mas em separado, ou de se punir a tentativa do suicídio, pode ser considerado como justo ou injusto, isto é, ser apreciado segundo uma norma que prescreve um determinado tratamento dos homens, o impõe ou o proíbe – e, assim, constitui o valor justiça, tem o carácter de uma norma de justiça.²¹

Portanto, a justiça é uma “conduta” entre indivíduos, de um indivíduo para com outros indivíduos. A justiça é uma conduta moral que se externaliza para com o outro, enquanto a moral pode ser, também, uma conduta interna que não exige a existência de outro indivíduo, é uma conduta que se mantém em referência exclusiva ao próprio indivíduo que a realiza (comporta-se).²²

¹⁶ KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*, p. 3.

¹⁷ KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*, p. 4.

¹⁸ John Rawls, *Teoria da Justiça*, “argumenta que a maneira pela qual podemos entender a justiça é perguntando a nós mesmos com quais princípios concordaríamos em uma situação de equidade.” Apud SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*, p. 177.

¹⁹ “A justiça é uma exigência da moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 67.

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 67 e ss.

²¹ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 41-42; *O Problema da Justiça*, p. 4.

²² No sentido de obrigação moral, da obrigação do indivíduo para com ele próprio, Kant nos diz alguma coisa: “no que diz respeito ao dever do homem para consigo próprio considerado unicamente como ser moral (sem atender à sua animalidade), tal dever consiste na forma de concordância das máximas da sua vontade com a

A justiça se configura em um tratamento dado, que estando em conformidade com o que se entende por justiça, um comportamento justo. Enquanto que o comportamento, que não esteja em conformidade com a justiça, será tido como um comportamento injusto. O que Kelsen define como justiça, ou mesmo como injustiça, é uma valoração da conduta do indivíduo.²³ A conduta do indivíduo é a conduta do que *é*, e se configura como uma conduta justa quando está conforme a conduta que *deve ser*, uma conduta de “*justiça positiva*”. A conduta do indivíduo se configura como uma conduta injusta quando não está conforme a conduta que deve ser, ou seja, uma conduta de “*justiça negativa*”.²⁴

Para Kelsen há uma aparente contradição quando comparamos uma norma de justiça com uma norma de direito positivo, pois ocorre nesta condição um julgamento de valor da norma positiva. Condição que coloca a norma positiva como justa, quando entendida em conformidade com uma ordem de justiça ou uma norma positiva injusta, quando entendida em desconformidade com uma ordem de justiça. Esta comparação nos leva a duas situações, a primeira condição é a de confronto de normas, que ocorre quando duas normas equivalentes estão em colisão frontal, quando são contraditórias em si mesmas. Quando duas normas são contraditórias, uma afirmando que algo *é*, e a outra, em sentido contrário, afirmando que *não é*, gera uma situação de nulidade de uma das normas, não pode existir num mesmo sistema de normas duas normas que se contradizem. Uma norma de direito positivo é uma norma objetiva, uma norma que determina que um indivíduo se comporte de determinada forma é uma norma em *sentido objetivo*. Um comportamento de um indivíduo que não se configura com o que está determinado em uma norma, positiva ou negativamente, caracteriza-se num *sentido subjetivo*.²⁵ A segunda se configura numa condição de superioridade do direito natural, em que a norma positiva só tem validade quando em conformidade com a norma de justiça, aceitando a posição de superioridade do direito natural e para que seja válida a norma positiva não pode contrariá-la, sob pena de

dignidade do homem na sua pessoa; (...) na proibição de despojar-se do privilégio de um ser moral, privilégio que consiste em agir de acordo com princípios, (...) na proibição de despojar-se da liberdade interior, convertendo-se em jogo de meras inclinações.” KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*, p. 344.

²³ “O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta.” KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 42.

²⁴ “O que é avaliado, o que pode ser valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo, é a realidade.” KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 42.

²⁵ Como exemplo da configuração de uma norma em objetiva ou subjetiva, Kelsen nos dá como exemplo desta diferença: “se distingue o ato de comando de um ladrão de estrada do ato de comando de um órgão jurídico”, no primeiro o indivíduo submetido à ordem não se identifica na obrigação de cumpri-la, enquanto na segunda entende que a ordem deve ser cumprida, por entender que está “vinculado” à ordem emanada de um emissor que compreende como competente para impor a norma. KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*, p. 6.

invalidade. É o que a doutrina jusnaturalista defende, um direito natural fundamentador do direito positivo, portanto, só é válido no direito positivo o que está em conformidade com o que determina a norma de direito natural, a norma de justiça. Para Franco Montoro o conceito de justiça apresenta uma certa variedade de significações. Entre as noções fundamentais de justiça destaca-se: a *justiça subjetiva* e a *justiça objetiva*.²⁶ Assim quando utilizamos o conceito de justiça para definir que um indivíduo é justo, estamos numa definição de justiça subjetiva.²⁷ Quando não num conceito de justiça de um indivíduo, mas num conceito de justiça de uma “lei ou instituição”, temos, então, a definição de uma justiça objetiva. Para Radbruch o que interessa para o jurista é a justiça que se orienta em seu conceito de *justiça objetiva*, “a nós só nos interessa aqui a Justiça num sentido objetivo”.²⁸

Continuando a conceituação da norma de direito positivo perante a norma de justiça, Kelsen faz uma análise da norma positiva, quanto à sua condição de norma justa ou injusta, quando adotado como referencial a norma de justiça. Ocorre que para a norma de direito positivo ser justa ou injusta não tem qualquer relevância, a norma de direito positivo não se imporá com referência à norma justa. Esta imposição de ser justa ou injusta é atribuição do direito natural, que para o direito positivo interessa ser válido ou inválido, o que para Kelsen nesta distinção está contida em: “o essencial da distinção entre a doutrina do direito natural e o positivismo jurídico.”²⁹ A norma de justiça prescreve as regras de comportamento entre indivíduos, de um indivíduo para com outro. O que pode levar a positivação das regras de justiça, quando essas regras são observadas na instituição de regras de direito positivo.³⁰

O legislador ao instituir uma norma de direito positivo age, tem o seu comportamento de instituidor, no sentido de positivar uma norma tida como em conformidade com uma norma justa, e neste sentido o comportamento do legislador é tido como justo, sendo a norma instituída tida como injusta, o comportamento do legislador será

²⁶ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*, p. 159 e ss.

²⁷ A utilização do conceito de justiça por juristas e moralistas explica a diferença em justiça subjetiva e objetiva. O moralista utiliza o termo justiça para conceituar o comportamento de indivíduos, “uma virtude”; já o jurista, utiliza para conceituar a justiça institucional, “a ordem social objetiva”. Cf. MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*, p. 163-164.

²⁸ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, p. 87.

²⁹ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 44; *O Problema da Justiça*, p. 7.

³⁰ A positivação das normas de justiça ocorre, via de regra, quando uma norma de costume, tida como justa é positivada, ou, ainda, quando um princípio de direito, norma de ponderação na aplicação das regras de direito, é alçada ao texto das normas de direito positivo. Não é a transformação de direito positivo em direito justo, mas a coincidência de valor de justiça com a norma de direito positivo.

considerado injusto. Mas, ser considerada como justa uma norma positivada não tem relevância para o direito positivo, que exige apenas de a norma esteja, ainda que justa ou injusta, dentro de sua validade. Para o positivismo jurídico a norma válida deve se aplicada sempre que um indivíduo atue contra os seus preceitos, ainda que sendo considerada uma atuação justa ou injusta.³¹ Para solucionar o problema de contradição de normas Kelsen aplica a abstração:

Abstrair da validade de toda e qualquer norma de justiça, tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva como daquela que está em harmonia com uma norma jurídica positiva, ou seja, admitir que a validade de uma norma de direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça – o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas – é justamente o princípio do *positivismo jurídico*.³²

A independência da norma jurídica positiva em relação à norma de justiça, segundo Kelsen está em que, quando uma norma jurídica positiva posta, em seu sentido subjetivo, é justa ou injusta, o ato da norma não é “inconciliável” com a norma de justiça. Quando está em questão um ato em sentido objetivo, colocado segundo o que determina sua norma fundamental, caso não corresponda à norma de justiça, a existência de uma norma de justiça e uma norma jurídica positiva não é conciliável e, portanto, a norma de justiça não tem validade perante a norma de direito positivo.

Norma de justiça

As normas de justiça têm uma aplicação a casos que se enquadram em uma definição prévia, porém, sem um número definido de ocorrências, não há, previamente, uma definição do número de ocorrências que estarão sob à área de abrangência de determinada norma de justiça, é uma norma de caráter geral. A generalização conceitual da norma de justiça a assemelha a um conceito abstrato. Kelsen adverte que uma norma de justiça, ainda que geral, não se identifica com o conceito de norma abstrata.³³ Uma norma geral abrange

³¹ Para aplicar uma norma de direito positivo, deve ser “abstraído” qualquer valor de justiça, não podem ser consideradas “simultaneamente válidas” normas de direito positivo e de justiça quando se contradizem.

³² KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 47; *O Problema da Justiça*, p.11.

³³ Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 48; *O Problema da Justiça*, p. 12.

um número de ocorrências não definidas em números, mas definidas em uma descrição, e quando uma se configura no objeto definido pela norma fica sob sua incidência. Já uma norma abstrata abrangeria um número de ocorrências não determinados em número, mas aqui, diferentemente da norma geral, não ocorreria uma incidência de um objeto sob uma norma pré-definida, pois não haveria uma norma definida. Enquanto aquela é geral e definida, este é vago e impreciso.

Para definir a diferença entre *conceito* e *norma*, Kelsen traz uma explicação valorativa dos termos:

O conceito abstrato determina os elementos ou qualidades que um objeto concreto possuirá para nele se enquadrar. O conceito não estatui que o objeto *deve* ter estas propriedades. O conceito não constitui – como a norma – um valor. Quando um objeto tem as propriedades determinadas num conceito, nem por isso possui um valor positivo e, quando não as tem, nem por isso possui um valor negativo. Diferentemente, a conduta de um indivíduo que corresponde a uma norma, que é tal como a norma determina, ou seja, como, segundo a norma, deve ser, tem um valor *positivo*, e uma conduta que é contrária à norma, que não é como a norma determina, isto é, como, segundo a norma, deveria ser, tem um valor *negativo*, um desvalor.³⁴

Silogismos

Num silogismo temos uma premissa maior, na qual está contido o predicado temos uma premissa menor, que por sua vez contém o sujeito e, por fim, uma conclusão. Em sua definição de silogismo Kelsen faz uma diferenciação entre *silogismo normativo* e *silogismo teórico*. O silogismo normativo apresenta um *dever ser* na premissa maior, um *ser* na premissa menor e um *dever ser* na conclusão, portanto, utilizando o exemplo dado por Kelsen, temos: “Todos os homens *devem* dizer a verdade. Eu *sou* homem. Eu *devo* dizer a verdade.”³⁵ Isto leva à condição que a norma individual, *eu sou homem*, tem seu fundamento na norma geral, *todos os homens devem dizer a verdade*, que leva à conclusão ser deduzida da premissa maior, *eu devo dizer a verdade*. No silogismo teórico se apresenta na premissa

³⁴ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 48-49; *O Problema da Justiça*, p. 12-13. (Itálicos inseridos)

³⁵ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 49; *O Problema da Justiça*, p. 13.

maior um *ser*, assim como, também, se apresenta na premissa menor e na conclusão, como no exemplo: “Todos os homens *são* mortais”. “Eu *sou* homem”. “Eu *sou* mortal”. No silogismo teórico o que há é uma constatação da realidade.³⁶

Fundamentação normativa

A lógica pela qual devemos nos conduzir, porque alguém deseja que nos conduzamos de alguma forma determinada, é uma falsa dedução segundo Kelsen, pois somente seria possível um comportamento, ainda que determinado por “Deus” ou pelo “legislador”, partindo de uma autodeterminação. Conduzimo-nos de determinada forma *por entender* que a determinação, divina ou legal, está de acordo com o modo ao qual devemos nos conduzir. E, voltando ao exemplo do salteador de estradas, não entregamos o dinheiro exigido *por entender* que não devemos nenhuma obrigação de obediência, “... e não o fazemos porque, na verdade, não pressupomos qualquer norma por força da qual o sentido subjectivo do acto do salteador de estradas seja também o seu sentido objectivo.”³⁷ A fundamentação da obediência da norma legislada está em compreender que o seu instituidor tem autoridade, competência, para impor uma obrigação, a qual devemos nós nos submeter.

Para a teoria Kelseniana o fundamento de validade da norma está na norma superior pressuposta:

O fundamento de validade de uma norma positiva, isto é, de uma norma posta através de um acto de vontade, (...) a norma superior que é pressuposta como objectivamente válida e que opera a fundamentação da validade da norma inferior precisamente pelo facto de legitimar o sentido subjectivo do acto que põe esta norma como seu sentido objectivo, isto é, como norma objectivamente válida.³⁸

³⁶ Blackburn define silogismo da seguinte forma: “é a inferência de uma proposição a partir de duas premissas. (...) Cada premissa tem um termo em comum com a conclusão e um termo em comum com a outra premissa. Chama-se termo médio ao termo que não ocorre na conclusão. A premissa maior do silogismo é a premissa que contém o predicado da conclusão, e a premissa menor contém o sujeito. (...) Um silogismo só pode ser válido se o termo médio estiver distribuído pelo menos uma vez e qualquer termo que esteja distribuído na conclusão tem que estar distribuído na premissa correspondente.” BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*, p. 360.

³⁷ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 50; *O Problema da Justiça*, p. 14-15; *Teoria Pura do Direito*, p. 48 e ss.

³⁸ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 50-51; *O Problema da Justiça*, p. 15.

A fundamentação normativa exige um final (*Ende*), que na teoria kelseniana é a norma fundamental (de limitação superior, fundamentação última do ordenamento jurídico), sem a qual haveria, necessariamente, uma interminável sequência de normas justificadoras, que tenderiam ao infinito. A relação entre indivíduos, de um indivíduo para com outro, é justa se estiver dentro da previsão de uma norma considerada justa. Esta norma terá a sua fundamentação em uma pressuposta fundamentadora da justiça.

Ciência jurídico-normativa

Dentro de um sistema jurídico normativo existem normas de diversas origens e criadas em uma múltipla temporalidade, o que impõe diversos conceitos às normas. Esta multiplicidade de emissores de normas cria normas consideradas justas, mas com possibilidade de serem contraditórias entre si. A finalidade da ciência jurídica é analisar o que se entende por *justo*.

A ciência não tem como finalidade dizer o que é justo, definir como os indivíduos devem comportar-se dentro do que se define como um comportamento justo. A finalidade da ciência é constatar e definir o que é compreendido como justo, mas sem emitir um juízo de valor, ou seja, “como ciência não tem que decidir o que é justo, (...) mas que descrever aquilo que de facto é valorado como justo, sem se identificar a si própria com um destes juízos de valor.”³⁹

Normas de justiça

São definidos dois tipos de normas de justiça pela teoria kelseniana, as *normas de justiça de tipo metafísica* e as *normas de justiça de tipo racional*.

As *normas de justiça de tipo metafísico* são normas provenientes de uma entidade superior, de uma “instância transcendente”, da qual emana uma justiça suprema e inalcançável ao entendimento dos indivíduos no seu senso comum. É uma justiça incompreensível à capacidade do indivíduo, ele crê na máxima justiça da norma e na

³⁹ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 51; *O Problema da Justiça*, p. 16.

existência de seu emissor.⁴⁰ Podemos ter como exemplo uma norma de justiça advinda de uma entidade divina, crê-se na máxima justiça da norma e na capacidade de emissão de uma norma de justiça pela entidade divina.

As *normas de justiça de tipo racional* são normas que prescindem de uma autoridade de “instância transcendente”, não existe a necessidade de uma entidade superior para justificar uma norma de justiça. Na justiça do tipo racional as normas podem ser pensadas pelo indivíduo, já há capacidade humana para sua compreensão. Porém, para Kelsen esta compreensão racional da norma não significa que são estatuídas pela capacidade humana, esta prescindibilidade “não significa, todavia, que estas normas possam ser postas pela razão humana.” As normas de justiça de tipo racional são normas que, pela sua natureza de justas, apenas precisam ser captadas pela racionalidade humana. Mas as normas de justiça do tipo racional podem ter uma origem metafísica, porém, não necessária. E algumas, ainda que percebidas pela lógica humana, são tidas como normas de origem metafísica, que é o caso das normas “de justiça da retribuição (*Vergeltung*), são descritas como vontade da divindade.”⁴¹

Suum cuique

A Fórmula do *suum cuique* constitui-se de um aforismo ou um axioma; um princípio, uma advertência ou uma verdade inquestionável. Para Kelsen a fórmula de justiça mais conhecida pelo *dever de dar a cada um o que lhe é devido* leva a uma redundância, uma tautologia. Mas o que *dar* a cada indivíduo, como um indivíduo compreende o que lhe deve ser *dado* ou o que ele deve *dar* a quem tem direito, redundando sempre na mesma proposição, ainda que se altere o que é devido ou o que é de direito de cada um, restará ao final a redundância: *dar a cada indivíduo o que lhe deve ser dado*.

⁴⁰ Kelsen define a norma de justiça do tipo metafísico como: “O ideal desta justiça é, como a instância da qual ele provém, absoluto: de conformidade com o seu próprio sentido imanente, exclui a possibilidade de qualquer outro ideal de justiça.” KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 52; *O Problema da Justiça*, p. 17.

⁴¹ Nesta altura Kelsen reconhece a existência de muitas justíças: “reconhecemos que há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, dos quais nenhum exclui a possibilidade de um outro...” E, partindo de “... um ponto de vista racional-científico,” inicia uma verificação da validade dos valores das normas de justiça do tipo racional. Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 53 e ss.; *O Problema da Justiça*, p. 17.

Regra de Ouro

Outra regra de justiça consiste em que: “não faças aos outros o que não queres que te façam a ti.” Regra áurea de quase todas as religiões do mundo.⁴² Na filosofia é um perceber no outro uma imagem de si próprio. Regra que pra Kelsen, quando trazida ao pé da letra, pode não ter o resultado pretendido pelo praticante da regra de ouro. Kelsen utiliza-se de vários exemplos para nos mostrar a colisão conceitual da regra e, nos traz o exemplo de um indivíduo que fica a mercê da aplicação de uma pena, que pela regra de ouro de não fazer aos outros o que não queremos sofrer, entra em contradição à aplicação do direito positivo, que determina, ocorrendo um ato contrário ao comportamento determinado pela norma, deve ser aplicada uma sanção. Neste caso o crime cometido não seria apenado, pois, ninguém que ser acometido de uma pena condenatória. “Ninguém gosta de ser censurado. Sem a possibilidade de censurar, a educação é impossível.” Situação que, sem possibilidade de impor os limites e as regras de educação, levaria a sociedade ao estado de natureza, voltaríamos ao *status quo ante* da sociedade. Outro exemplo que nos traz é o da lisonja e da verdade. Onde há um apreço de lisonja e há uma repulsa pelas verdades ruins. O que pergunta: “será lícito concluir daí que são obrigados ou têm sequer o direito de lisonjear os outros ou de os enganar?” *O mundo quer ser enganado: que seja enganado!*⁴³

Há colisão, ou talvez, não coincidência de sentido, quanto às regras limitadoras ou mesmo proibitivas da moral e do direito, que impõem condutas consideradas corretas e necessárias e limita ou impede condutas consideradas impróprias ao convívio de uma coletividade. Para determinados indivíduos as regras de conduta impostas são desejáveis, para outros indesejáveis.

Neste mesmo sentido se posiciona Montoro, já com fundamento na teoria de S. Tomás distingue:

- a) A lei natural é absolutamente imutável em seus primeiros princípios: O bem deve ser feito e o mal evitado (“bonum faciendum et malum vitandum”), dar a

⁴² “Qualquer forma do ditado “*não faça aos outros o que não quer que façam a ti*”. De uma forma ou de outra, encontra-se em quase todos os sistemas religiosos e éticos. A regra é por vezes parodiada: “faça aos outros aquilo que você gostaria que eles fizessem a si próprios.” BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*, p. 339.

⁴³ Tradução simples do Latim, “*Mundus decipi vult, ergo dicipiatur!*” O que nos leva a concluir que os indivíduos veem o mundo como querem vê-lo, não como ele realmente é. Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 54 e ss.; *O Problema da Justiça*, p. 19 e ss.

cada um o que é seu (“suum cuique tribuere”), não lesar a outrem (“neminem laedere”) etc.

b) Mas, quanto aos preceitos secundários, a situação é diferente: à medida que se distanciam dos primeiros princípios, eles são cada vez mais contingentes e variáveis. Essa variação pode ocorrer em virtude do processo natural à razão de caminhar do imperfeito para o perfeito, por uma decadência dos costumes ou simplesmente pela diversidade e variação das condições sociais.⁴⁴

Outro é o exemplo da mentira. Para alguns indivíduos a mentira elogiosa é bem vinda, ainda que tenham capacidade de compreender que o elogio não traz a verdade, mas se compreendem com capacidade de superar esta não verdade; outra questão trazida como exemplo é o caso de que o indivíduo tem apreço pela sua vida e integridade, portanto, não terá nenhuma pretensão se se colocar em condição de risco à sua integridade física ou à sua vida. O que coloca o legislador na condição de indivíduo que presa a sua própria vida, de não criar normas que coloquem outros indivíduos em risco de vida, pois, em observação à regra de ouro, não teria ele, como indivíduo que tema algum dano à sua vida, fundamentação para criar uma norma que colocaria outro indivíduo em risco.⁴⁵

A regra de ouro prescreve que tratemos os outros indivíduos da mesma forma que gostaríamos de ser tratados, de maneira subjetiva um tratamento que gostaríamos de receber dos outros indivíduos que formam a sociedade. Todos os indivíduos tratando-se mutuamente como entendem que os outros gostariam de ser tratados, pois, é o modo com o qual gostariam de ser tratados pelos outros; supondo, claramente, que esta forma de tratamento é a mesma que os outros indivíduos entendem que merecem ser tratados, gerando uma isonomia de tratamentos. Essa isonomia de tratamentos, para Kelsen, é ilusão.

Essa utopia de tratamentos, nos termos do que prescreve a regra de ouro, compreende o tratamento dispendido a um indivíduo, como um tratamento a ser recebido por ele, ou seja, como um tratamento correto a ser dado a ele, pelos outros indivíduos integrantes da coletividade. Porém, o tratamento que um indivíduo entende que é o comportamento de deve ser-lhe dado, nem sempre é entendido por outro indivíduo da mesma

⁴⁴ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*, p. 310.

⁴⁵ “Não seria lícito ao legislador, que não é, ele próprio, mais intemerato que a maioria dos homens, pôr qualquer norma moral ou jurídica que obrigue a uma tão indesejável conduta.” KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 55; *O Problema da Justiça*, p. 20.

coletividade, como o que deve ser dado a ele. Não existe uma igualdade de entendimentos do que, deve ser dado a outrem, que seria desejável como tratamento a ser recebido pelo próprio emissor de um tratamento. O que leva à seguinte colocação:

Se a regra de ouro é tomada à letra, se cada pessoa deve tratar as outras da forma, e apenas da forma, como deseja ser tratada, quer dizer, se para a justificação de uma ordem social é decisivo um critério subjectivo, então não é possível moral nem ordem jurídica. Se a regra de ouro, de conformidade com a sua intenção, deve funcionar como norma fundamental de uma ordem social, então tem sem dúvida de ser entendida como a norma que manda tratar os outros, não como efectivamente queremos nós próprios ser tratados, mas como devemos querer nós próprios ser tratados, quer dizer: *como devemos ser tratados, segundo uma norma geral aplicável não só a nós próprios como também a todos os demais.*⁴⁶

Mas, aí leva-nos a uma resposta não conclusiva, ou melhor, leva-nos a mais perguntas: em questão ao nosso comportamento, “como é que devemos ser tratados?” Ou na questão das normas, “qual é o conteúdo desta norma geral?” O que a regra de ouro ou a fórmula do *suum cuique* não nos dá uma resposta afirmativa.

Imperativo categórico de Kant

O imperativo categórico de Kant, diz: “age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal.”⁴⁷ Formulado de várias maneiras, não é propriamente um imperativo de justiça, mas um imperativo da moral, na qual a justiça está inserida. O agir entendido como correto, que será entendido pelo próprio agente, ou seja, o indivíduo entende que o seu próprio modo de agir, de agir corretamente, será desejado como lei universal.

O imperativo categórico de Kant, na definição de Kelsen, é a busca da resposta à pergunta que dará a definição de como agir para estar dentro de um comportamento desejado, dará resposta ao imperativo: “ages moralmente bem quando actuas segundo uma máxima da

⁴⁶ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 55-56; *O Problema da Justiça*, p. 20-21. (Itálicos inseridos)

⁴⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 80. — Kant divide o imperativo em duas categorias: *imperativo hipotético*, no qual a ordem fica condicionada a um comportamento do indivíduo na condição *se/então*; enquanto no *imperativo categórico* não há uma prévia condição e incide sobre todos os indivíduos.

qual possas querer que ela se transforme numa lei universal.”⁴⁸ A questão que se apresenta é se queremos que o nosso agir, nosso comportamento segundo uma “máxima”, seja transformado numa “lei universal.”

No imperativo categórico Kant acredita que as leis máximas não são muitas, os indivíduos não elevariam muitas leis máximas ao contexto de leis universais.⁴⁹ As leis que Kant entende que podem ser elevadas à condição de leis universais são as que se apresentam dentro do conceito de moralidade. Uma lei que seja uma lei imoral seria contraditória a si própria:

Assim, diz ele da máxima que a pôr termo à vida pelo suicídio quando aquela promete mais sofrimento do que prazeres: - que não poderíamos querer que uma tal norma se transformasse numa lei universal da natureza, porque «uma natureza cuja lei fosse destruir a própria vida através do mesmo sentimento cuja finalidade é incitar à promoção da vida seria contraditória consigo mesma e, portanto, não poderia subsistir como natureza, pelo que, conseqüentemente, aquela máxima não poderia ter lugar como lei universal da natureza e, logo, seria contrária ao supremo princípio de todo o dever» (isto é, ao imperativo categórico).⁵⁰

A lei que prevê a preservação da vida é uma lei universal, portanto, uma lei que conduza ao fim da vida, que não a ordem natural, seria uma ordem que contradiz a si própria como lei universal. A fundamentação de uma lei universal que preveja a preservação da vida, ainda que em condições de dificuldades extremas para esta própria manutenção, está consubstanciada em uma lei moral que não permite o suicídio em nenhuma hipótese. Para Kant uma lei que colocasse o suicídio, ainda que em extremas condições de sobrevivência, é algo que o indivíduo não teria, ou não desejaria, como lei máxima universal.⁵¹

⁴⁸ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 57-58; *O Problema da Justiça*, p. 21-22.

⁴⁹ Kant discute cinco formas de imperativo categórico em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*: (I) a fórmula da lei universal: “age segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que ela se torne uma lei universal”; (II) a fórmula da lei da natureza: “age como se a máxima de tua ação pudesse se tornar, segundo tua vontade, uma lei universal da natureza”; (III) a fórmula do fim em si: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa quanto na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca apenas como um meio”; (IV) a fórmula da autonomia, onde se apresenta “a ideia da vontade de todo ser racional concebida como vontade legisladora universal”; (V) a fórmula do Reino dos Fins, que nos oferece um modelo para a união sistemática de seres racionais diferentes sob leis comuns. BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*, p. 198.

⁵⁰ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 57-58; *O Problema da Justiça*, p. 22.

⁵¹ O suicídio seria uma forma de furtar-se ao cumprimento de obrigações pessoais do suicida, por exemplo, entre cônjuges, pais e filhos, com Deus etc. Cf. KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*, p. 346 e ss.

Outra questão discutida por Kant é a da promessa feita sem a pretensão de ser cumprida. O que para Kant já é uma contradição, pois, quem faz uma promessa indica como pretende se comportar no futuro, não é apenas uma informação de como se comportar, mas uma informação de como deve ser o comportamento no futuro. Para Kant uma promessa feita sem a pretensão de ser cumprida é uma não promessa, o que não se poderia desejar como uma lei universal. Ou seja, esta lei universal de não cumprir a promessa feita levaria, “«pois segunda uma tal lei não haveria qualquer promessa».”⁵² Poderia um indivíduo querer que se torne uma lei máxima a pretensão de não cumprir a promessa feita? O que leva um indivíduo a querer um comportamento assim? O comportamento de um indivíduo, em sua negativa pretensão de cumprimento da promessa, pode ser considerado um mau comportamento, quando confrontamos com a regra moral de que todos devemos cumprir nossas promessas.⁵³ A máxima de uma pretensão de descumprimento de uma promessa, ao ser tornada uma lei universal, apenas pode “destruir-se a si própria”.

Outra máxima que se contradiz é de que leva alguém a tomar dinheiro emprestado sem a capacidade de devolvê-lo no futuro. Querer que uma norma desta conduta se torna lei universal seria, necessariamente, uma contradição.

Outro tema tratado por Kant, muito significativo segundo Kelsen, seria o da máxima busca do prazer em detrimento do aperfeiçoamento de suas capacidades naturais. Mas a busca pelo prazer e a busca pelo desenvolvimento das capacidades naturais de um indivíduo não são, por si sós, contraditórias. O que salienta Kelsen é que um homem que, ainda que em detrimento de desenvolver suas capacidades naturais, busque o máximo prazer queira, e exatamente por isso, que esta máxima se torne lei universal. Kelsen argumenta que “nem uma máxima que conduz à busca pelo prazer nem uma lei a que essa máxima seja elevada são contraditórias.” Somente se a máxima for contrária a uma lei moral que prediz que devemos nos desenvolver em nossas capacidades naturais, então neste caso e, somente neste caso, será uma máxima imoral.⁵⁴

Em se tratando de querer, exclusivamente, o bem-estar próprio, mesmo que negando o bem-estar dos outros, para Kant é condição de impossibilidade. Pois,

⁵² KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 58; *O Problema da Justiça*, p. 23.

⁵³ Quando feita uma promessa de um determinado comportamento, para Kant significa que “declarar que queremos no futuro conduzir-nos por aquela forma.” Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 59; *O Problema da Justiça*, p. 23.

⁵⁴ No que Kelsen argumenta que Kant pressupõe que uma lei moral é por si só uma lei evidente. Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 60; *O Problema da Justiça*, p. 25.

comportando-se desta maneira o indivíduo estaria se privando, de forma egoísta, de que outros contribuíssem para o seu próprio bem-estar.⁵⁵ A contradição que surge é entre uma lei máxima e uma lei moral, esta pressuposta por Kant, a qual impõe o dever de proporcionar, de agir em favor do bem-estar de todos. O que Kelsen questiona é o fato de que querer o bem-estar de todos, ou melhor, que devemos querer, se fundamenta numa pressuposição kantiana e não em um imperativo categórico, de que o indivíduo “não deve querer, que o princípio do egoísmo se torne numa lei universal.”⁵⁶

A conclusão a que chegou Kelsen é de que o “poder querer” do imperativo categórico de Kant, significa efetivamente um “dever querer”, o que leva ao imperativo categórico: “actua segundo uma máxima da qual *devas* querer que ela se transforme numa lei universal.” Mas Kelsen é conduzido a conclusão de que o imperativo categórico não dá uma resposta à pergunta: “De que máxima devo eu querer e de que máxima devo eu não querer que ela se torne numa lei universal?”⁵⁷

A não definição, pelo imperativo categórico, de qual é a máxima que deve ser elevada à condição de lei universal, o que leva à condição: “actua segundo uma lei universal.” Mas isto leva apenas à que um ato esteja de conformidade com a lei.

A exigência de estar em conformidade com as determinações da lei, o *dever-ser* conforme à lei, configura-se no próprio sentido da lei. Argumenta Kelsen, que para o imperativo categórico a lei deve ter um “caracter geral”, tem que ser uma “lei universal.” Sendo, assim: “..., a questão decisiva para qualquer ética, a questão de saber qual seja o conteúdo da lei universal com a qual a máxima deve conformar-se, permanece por responder. Também do imperativo que manda agir de acordo com uma lei universal cujo conteúdo não é indicado se não pode deduzir qualquer norma moral que prescreva uma determinada conduta.”⁵⁸

Analisada a teoria kantiana do imperativo categórico, em que o imperativo categórico é “único” e, do qual são deduzidos todos os imperativos de dever. Mas, surge a questão, não seria este dever um “conceito vazio”. Porém, Kant acredita que o conceito quer

⁵⁵ Para Kant este comportamento egoístico é impossível, pois, “querer que um tal princípio vigore em toda a parte como lei natural. Com efeito, uma vontade que isto decidisse contradizer-se-ia a si própria”, “através de uma lei natural emanada da sua própria vontade, se privaria a si próprio de toda a esperança de ajuda que ele pra si deseja.” Porém, para Kelsen a lógica é de que o egoísta deseja que uma lei do egoísmo seja universal. Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 60; *O Problema da Justiça*, p. 25.

⁵⁶ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 60; *O Problema da Justiça*, p. 25.

⁵⁷ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 61; *O Problema da Justiça*, p. 26.

⁵⁸ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 61; *O Problema da Justiça*, p. 26.

significar. Ou seja, ainda que o princípio da moralidade seja vago, mas não há negação, e fundamenta várias leis morais, como as apresentadas anteriormente, ou seja, não devemos mentir, não devemos cometer suicídio, devemos restituir os empréstimos feitos etc.

Todavia, a dedução assim tentada funda-se, como mostrámos, em falsas ilações. A única coisa que é possível é verificar se uma lei moral concreta pressuposta como válida é compatível com o imperativo categórico – e toda e qualquer lei moral é compatível com o imperativo categórico, pois este nada mais exige senão que a máxima da acção seja conforme uma a lei universal, já que nada mais se afirma das leis morais senão que elas hão-de ter o carácter de normas gerais. Tal como o princípio do *suum cuique* ou a regra de ouro, também o imperativo categórico pressupõe a resposta à questão de como devemos agir para proceder bem e justamente como previamente dada por um ordenamento preexistente.⁵⁹

E, concluindo o pensamento de Kant para com o imperativo categórico, em que Kelsen indica o posicionamento de Kant, quando ele próprio reconhece que para um comportamento correto, um comportamento dentro de uma moralidade não exige, do indivíduo, uma capacidade mais elevada, o que pode ser compreendido, até mesmo, pelo portador do mais rudimentar conhecimento. Que a necessidade de conhecimentos científicos e filosóficos são desnecessários, ficando, então, o uso de conhecimento filosóficos apenas para descrição de sistemas de moralidade. Com fundamentação na teoria kantiana, concluiu-se que a “ciência da moral” não pode dar uma resposta ao comportamento justo. A resposta de um comportamento justa viria do entendimento coletivo do que é bom e do que é mau, concluindo cada indivíduo sobre como, dentro de um conceito coletivo de moralidade, agir com justiça ou com injustiça.

Fórmula vazia

Mais evidente que o imperativo categórico de Kant, é a presunção de que a moral ou a ordem jurídica nos forneça o conteúdo do comportamento dos indivíduos, definindo o que é bom e o que é mau. Que, segundo Kelsen, é a posição, entre outros, adotada por Santo

⁵⁹ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 62; *O Problema da Justiça*, p. 27.

Tomás de Aquino, onde define: “faz o bem e evita o mal.”⁶⁰ Tratar os homens de uma forma justa, é tratá-los conforme as normas de justiça, mas não é, tratá-los segundo uma norma que determine um comportamento desejado por eles próprios, de como devem ser tratados.

O costume

Dentro das comunidades primitivas os conceitos de justiça são os comportamentos de tratamento que, utilizados repetidamente dentro destas comunidades, são tidos como formas corretas de tratamento de seus integrantes. São tratamentos dispensados entre os indivíduos integrantes de determinada comunidade, numa relação entre si, num determinado tempo que possibilite a eles entender estes tratamentos como corretos ou justos. A reiteração de um comportamento, tido pela coletividade com justo, por longo tempo é o que o eleva à condição de um tratamento de justiça.⁶¹

Meio termo – o mesotes aristotélico

Kelsen traz à discussão a norma do meio termo aristotélico, em que o tratamento de justiça dispensado aos indivíduos é o do meio termo entre dois pontos equidistantes, em que não pode haver excesso de uma conduta tida como justa ou a falta da mesma conduta de

⁶⁰ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 63; *O Problema da Justiça*, p. 28. Para Tomás de Aquino “evitar o mal e fazer o bem são partes da justiça”; quem evita o mal evita a culpa e quem pratica o bem merece a recompensa. Cf. AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*, p. 2229. (*Secunda Secundae*, Questão 79, art. 1º)

⁶¹ O costume observado no direito pode ser considerado como uma norma do jusnaturalismo? Pois o mesmo não é positivado pelo legislador. A resposta seria negativa, no direito natural as regras existem por sua condição de natureza, que no caso do costume compõe-se de regras criadas pelo homem, por entender como regra e por mantê-lo repetitivamente ao longo do tempo, e não por regras encontradas ou descobertas na natureza. O costume configura-se pela observação de um procedimento repetitivo em um determinado grupo, que acaba por ser compreendido como regra, e como tal é entendido como fonte de direito, que no entender de Kümpel “é uma regra de conduta habitualmente obedecida, sendo seu uso juridicamente obrigatório”. Os requisitos do costume são: o uso continuado, reiterado, em um prazo mínimo para que seja considerado costumeiro, requisito objetivo, e a crença que o não cumprimento de seus preceitos ou o descumprimento de suas vedações ensejará uma sanção, requisito subjetivo. Quanto à pergunta de ser o costume jusnaturalista, origina da teoria do direito natural com fundamento do costume do jurista e professor (USP) Rubens Limongi França e “declara que o fundamento do costume é o mesmo da lei, ou seja, o direito natural. Trata-se de regra de conduta que visa à busca do justo para o bom convívio social.” Cf. KÜMPEL, Vítor Frederico. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 86.

justiça. E questiona, o que é “demais”? O que é “demenos”?⁶² A norma que determina o que é muito ou o que é pouco, que estabelece o meio termo seria uma norma evidente, porém, assim com essa evidência a norma não se apresenta, ainda que assim pressuposta. O sistema de virtudes da ética aristotélica tem como sua principal referência de ética a justiça. Aristóteles pretende responder o significado do que é o bom moralmente, utiliza-se de um método matemático-geométrico, ou seja, determinar as virtudes através de um método científico. Aristóteles afirma que pode encontrar o meio termo de qualquer virtude, através de um processo de mediar a equidistância entre dois pontos, num procedimento geométrico, essa virtude de meio termo é encontrada através do meio entre dois extremos, a falta e o excesso de uma virtude. E nos dá o exemplo da coragem, que seria o ponto central equidistante entre a covardia e a temeridade.⁶³ Essa equidistância, o meio termo entre dois pontos, Aristóteles denominou esta teoria de *mesotes*.

A aplicação da teoria do *mesotes* implica em que sejam determinados os pontos equidistantes extremos, que se tenha como conhecidos os pontos extremos para que então se identifique o *mesotes*, o meio termo entre os extremos. Situação que segundo Kelsen, levou Aristóteles a definir o que é bom é o que é mau, como sendo de conhecimento geral de dos indivíduos de uma coletividade em determinado tempo e local. A virtude e o vício eram práticas tidas como corretas ou incorretas pelo conhecimento de todos, eram em si próprios de conhecimento geral.⁶⁴ Para Kelsen a teoria do *mesotes* apenas simula uma resposta, deixando a solução do problema de saber o que se entende como bom e, portanto, uma virtude, como também o de saber o que é mau e, um vício. Porém, a teoria defendida, como de pronta resposta, pelo filósofo de Estagira, é deixada sem resposta efetiva. A resposta à questão do que é bom e do que é mau não respondida pela “ética aristotélica” e fica para ser respondida pela “moral positiva” e pelo “direito positivo”, ou seja, pela “ordem social dada.” O *mesotes*, então, não traz a resposta para a questão proposta, deixando para o senso geral e

⁶² Ainda que referenciado com a grafia em separado: “de menos”, pelo *Dicionário Infopédia de Língua Portuguesa*. Porto: Porto Editora, 2003-2018. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/menos> - Acesso em: 04/10/2018. Sigo a grafia utilização pelo Prof. Dr. Baptista Machado em sua tradução.

⁶³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, II, 6.

⁶⁴ Para demonstrar o *mesotes* Aristóteles pressupõe que: “... o conhecimento dos vícios como conhecimento de algo per se evidentes (...) a moral tradicional do seu tempo cataloga como tal.” Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 64 e ss.; *O Problema da Justiça*, p. 29 e ss.

para as regras positivas, determinar o que é bom e o que é mau.⁶⁵ O *mesotes* não traz nenhuma definição precisa ou clara de como aplicar o conceito de justiça.⁶⁶

Na definição da teoria aristotélica sobre o *mesotes* entre praticar a injustiça e sofrer a injustiça, Kelsen contesta esta definição dada por Aristóteles, que situa neste caso, a virtude do *mesotes* entre dois vícios, o vício de praticar uma injustiça e o vício de sofrer uma injustiça. Situação que coloca o *mesotes* numa condição de menos injustiça a ser praticada e menos injustiça a ser sofrida, mas, ainda assim, seria uma injustiça. E, conclui Kelsen, “o que é injustiça não obtém resposta da fórmula do *mesotes*.”⁶⁷ A função do *mesotes* não é de definir o que é injustiça, mas apenas a de evidenciar, sem reforçar, o conceito de justiça já instituído pelo moral coletiva de seu tempo.

Princípio retributivo

Com raiz no desejo de vingança da sociedade, em relação a quem se desvia das regras pré-definidas de comportamento correto, de limitação ou de obrigação de agir ou abster-se, que podem ser regras morais, de justiça ou legais, em que o resultado provoque

⁶⁵ “É a autoridade desta ordem social – não a fórmula do *mesotes* – que determina o que é «demais» e o que é «demenos», que fixa os dois extremos, isto é, os dois vícios, e, portanto, a virtude que se situa entre ambos.” KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 65; *O Problema da Justiça*, p. 31; *O que é Justiça?*, p. 21.

⁶⁶ O conceito platônico de Estado funda-se na justiça e na felicidade dos cidadãos, que segundo Morrison, para chegar a essa conclusão, Platão utiliza-se de um Estado um tanto tribal e fechado. E conceitua a justiça como: “a justiça, então, significa algo como o que é necessário para o funcionamento do bem comum”. Mas, o que é o bem comum? Tendo em conta que Platão busca criar uma cidade-Estado em pequena escala para, então, buscar uma definição. Cf. MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, p. 40 e ss. Aristóteles, por sua vez, coloca a definição de virtude como o que é entendido pela coletividade de seu tempo como justiça. Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 64 e ss.; *O Problema da Justiça*, p. 29 e ss. O que nos remete à condição de que a virtude e a justiça ou injustiça são termos definidos, à época dos filósofos gregos, como o consenso coletivo da sociedade. A sociedade que formava a cidade-Estado, em sua concepção geral, é quem definia os conceitos do que é bom e virtuoso e do que não é bom e vicioso.

⁶⁷ Conceituando o direito abstrato, Hegel nos traz uma definição particular do que entende por injustiça: “o direito em si está como algo de suposto, e a sua universalidade intrínseca aparece como o que é comum à vontade arbitrária e à vontade particular. Esta fenomenalidade do direito – em que ele mesmo e a sua existência empírica essencial, a vontade particular, coincidem imediatamente – torna-se evidente como tal quando, na injustiça, adquire forma de oposição entre o direito em si e a vontade particular, tornando-se então um direito particular.” HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 80.

algum tipo de repulsa social, portanto, quanto maior a repulsa maior a pena a ser inferida ao agente da infração da conduta prevista como correta.^{68 69}

O ato ilícito ou o delito é uma determinada ação ou omissão humana que, por ser socialmente indesejável, é proibida pelo fato de a ela ou, mais corretamente, à sua verificação num processo juridicamente regulado se ligar um ato de *coerção*, pelo fato de a ordem jurídica a tornar pressuposto de um ato de coerção por ela estatuído.⁷⁰

Segundo o conceito kelseniano o princípio retributivo é, num conceito histórico, talvez, o mais importante princípio de justiça. Partindo de uma posição conceitual de que o direito estabelece uma sanção coatora, então o direito equipara-se a um *princípio retributivo*. Condicionado ao princípio retributivo temos que: para uma ação positiva que esteja em conformidade com a norma prevista, que a norma a preveja como condição a ser seguida, temos um mérito; enquanto, para uma ação negativa que esteja em desconformidade com a previsão normativa, que a norma preveja uma condição a qual não é ou não foi seguida, temos um demérito. A retribuição determina que, para quem pratica o bem deve ser-lhe retribuído o bem e, da mesma forma, para quem pratica o mal deve ser-lhe retribuído o mal. O que para Kelsen é uma fórmula tão vazia quanto a fórmula que prediz que devemos

⁶⁸ A linha que separa a vingança de uma pena aplicada pelo direito é tênue. Quando ocorre uma ação prejudicial a um indivíduo ou coletividade provocado por um determinado agente, nasce aí o direito de vingança, que retorna ao causador do dano na forma de pena. Que, neste caso, configura uma ação direta do ofendido contra o ofensor, uma vingança. Nesta linha tênue deixa de ser uma vingança direta quando, na situação de ofensa ocorrida, deixa de ser o apenamento aplicado diretamente pelo ofendido e entra, para impor e executar a vingança, um terceiro não interessado diretamente no ato praticado, mas com interesse em que o praticante do ato contrário ao ordenamento seja, e por isso mesmo, submetido a uma condição de repreensão, tal que não tenha pretensão de praticá-la novamente.

⁶⁹ A justiça retributiva consiste em retirar algo do agressor para compensar o agredido por suas perdas, isso no caso de um indivíduo ou grupo definido de indivíduos, o que nem sempre é possível, como no caso de morte do ofendido. Retribuir uma ofensa na mesma medida era o conceito do Talião, onde uma ofensa a um indivíduo ou a seu direito era resolvido com uma ofensa de igual proporcionalidade, *olho por olho, dente por dente*. O que leva a pergunta, o que retribui a ofensa? O que compensa o ofendido? Já não há um olho por olho ou dente por dente, mas uma proporcionalidade hipotética. No caso de morte do ofendido, como compensá-lo, já que não pode restituir-se, então passa-se a compensar os sobreviventes ligados ao ofendido, mas o que seria uma retribuição neste caso? Ou, ainda, o ofendido não foi acometido de uma agressão letal, mas sua perda não pode ser reparada, por exemplo, uma perda afetiva ou limitadora de sua integridade física. Como retribuir o bem com o bem e o mal com o mal? Isso talvez nos leve a concluir que a retribuição é um fim em si mesmo. Uma tentativa de compensar o ofendido pelos danos sofrido e de punir o ofensor pelo dano infligido por ele. Esta punição imposta ao agressor pode estar consubstanciada numa repulsa da sociedade pela agressão praticada e não, especificamente, numa retribuição ao ofendido.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 45. (*Negrito e itálico inseridos*)

praticar somente o bem e nos omitir de praticar o mal.⁷¹ Que volta à pressuposição de que há explícito no ordenamento jurídico o que é bom e o que é mau, o que efetivamente não está explícito no ordenamento.⁷²

- Comparando o princípio da retribuição com o princípio da igualdade, onde diz: “todos os homens devem ser tratados de forma igual”, leva a uma condição de contradição entre os princípios. Enquanto o princípio da igualdade prescreve que se deve tratar a todos igualmente, o princípio da retribuição está vinculado à resposta de quem sofreu uma ação, em relação ao comportamento do emissor do ato praticado. Ou seja, se recebeu um ato bom deve, então, responder com uma ação boa, mas se recebeu um ato mau, deve responder com uma ação má. Kelsen reconhece que o princípio da retribuição pode ser aplicado no princípio da igualdade, no caso de igualdade de atos e respostas a estes atos. Quando praticadas ações ruins e estas ações são iguais devem receber ações de resposta ruins em igualdade. E, quando as ações praticadas são boas e iguais devem ser tratadas igualmente:

Poderíamos reconhecer na norma retributiva a aplicação do princípio de que aquilo que é igual deve ser igualmente tratado, ou, formulado duma maneira ainda mais geral, de que, sob iguais pressupostos, se devem produzir iguais consequências. Este princípio será tratado em conexão com o princípio de justiça da igualdade. Aí se indagará em que consiste a igualdade de dois factos ou indivíduos e se mostrará que o princípio em apreço não é o postulado de uma norma de justiça mas antes a lógica consequência do seu carácter geral.⁷³

- Em outra tentativa de definir uma igualdade Kelsen formula uma proposição para identificar uma igualdade entre *acção* e *reacção*, pois, tendo uma *acção*, que pode ser boa ou ruim, a ela segue-se uma *reacção*, que em função da *acção* ser boa ou ruim receberá uma respectiva *reacção*, ou seja, um prêmio ou uma pena.⁷⁴ *Olho por olho, dente por dente*, a forma mais primitiva do princípio retributivo do Talião. Para que seja retribuído o igual por igual, também é necessário reconhecer o igual pelo igual. Outra questão está na igualdade,

⁷¹ Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 66; *O Problema da Justiça*, p. 32; *O que é Justiça?*, p. 14.

⁷² A fórmula: “a cada um o que é seu”, quer dizer: “a cada um o que lhe é devido”, já está implícito na norma da retribuição: “àquele que faz bem, se deve fazer o bem, e àquele que faz mal, se deve fazer o mal”. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 66; *O Problema da Justiça*, p. 32; *O que é Justiça?*, p. 15.

⁷³ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 67; *O Problema da Justiça*, p. 33.

⁷⁴ “A circunstância de uma determinada conduta humana ser tornada, (...), pressuposto de uma sanção, significa que essa conduta é juridicamente proibida, isto é, constitui um ilícito, um delito. Este conceito de sanção e o conceito de ilícito são correlativos. A sanção é consequência do ilícito; o ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 43.

ou melhor, na impossibilidade desta igualdade no contexto do princípio retributivo, que para Kelsen, não existe uma igualdade real, “o mal para o mal, o bem para o bem”, existe apenas uma igualdade verbal.⁷⁵ A norma é retributiva quando responde a uma ação tida como má, utilizando de uma reação também má, responde a uma situação prevista como uma ação a ser evitada. Num sentido objetivo é uma reação a um ato praticado contra a previsão normativa de um comportamento tido como correto. Já, num sentido subjetivo, o ato praticado é tido como um ato bom quando está em conformidade com o que é previsto pelo indivíduo como correto, e quando é contrário a esta previsão é tido como um ato a ser evitado, um mal.⁷⁶

Na relação entre a ação e a norma que prevê uma sanção quando o indivíduo se conduz de forma contrária ao que prevê a norma de como agir correto, Kelsen questiona a reação em conformidade com o previsto na norma. Pois, como a punição é a previsão de atuação da norma, diante de um agente que atua em desconformidade com a determinação desta mesma norma, ou seja, a punição está inserida dentro de um valor previsto pela norma:

Punido deve ser quem se conduz tal como, de acordo com a norma pressuposta, se não devesse conduzir. Mas o mal da reação estatuída pela norma retributiva não pode ser um desvalor neste sentido objectivo, pois a reacção, o castigo. É posto pela norma de retribuição como devido (devendo ser) e a sua execução opera-se em consonância com esta norma. Pelo que não é, consequentemente, um desvalor, mas um valor.⁷⁷

No sentido objetivo, portanto, conforme o previsto da norma, a punição é um bem, pois, opera um resultado no sentido do prescrito pela norma, ainda que em ação contrária a um comportamento. Enquanto que no sentido subjetivo, do ponto de vista do indivíduo, podemos aí, então, dizer que a punição é um mal, pois, nem mesmo um indivíduo, que atuou contra o que a norma prediz como comportamento correto, deseja ser punido.⁷⁸ Havendo a

⁷⁵ Levada a retribuição à uma igualdade real, teríamos então, que ao cometer um homicídio, um indivíduo necessariamente deverá que ser condenado à morte. Condição atual de desenvolvimento dos direitos humanos não permitiria, na maioria dos Estados nacionais. A finalidade das penas aplicadas no atual estágio de evolução do direito, é de recuperação do causador de algum delito e a reparação do dano causado. Portanto, a retribuição nesta condição atual não será igual, mas proporcional à uma medida entendida como suficiente pelo senso comum da sociedade em determinado tempo.

⁷⁶ Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 68; *O Problema da Justiça*, p. 33.

⁷⁷ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 68; *O Problema da Justiça*, p. 34.

⁷⁸ Observa, entretanto, que um indivíduo pode querer sofrer uma punição por um ato praticado em desconformidade com a previsão normativa. É o que ocorre com um indivíduo que quer espiar seus remorsos por um ato praticado e que entende como um mal praticado, do qual advém o seu remorso, “porque a pena o

punição como um bem e o ato praticado, contra a disposição normativa, como um mal temos, então, que ação e reação são atos contrários, mas desiguais. São desejos e pretensões diferentes uns dos outros em forma e potencialidade.

Contextualiza Kelsen sobre a desigualdade dos atos justificadores de aplicação de uma pena e da própria pena, em que esta desigualdade seria apenas “formal”. A pena deve ser aplicada no sentido de amainar a consternação social, que é atingida em seu senso coletivo de que o comportamento tido como um mal deve ser reprovado e, o agente deste mal deve sofrer algum tipo de resposta, uma sanção, uma pena. Porém, não só a ação é tida como um mal, a reação é tida como um mal por quem é a ela submetido. Poderia alguém entender como desejável uma ação tida como um mal? Segundo o exemplo dado por Kelsen a resposta é positiva: “... a morte a pedido da vítima é tida como imoral e como um crime, quando é passível de punição o médico que provoque a morte de um paciente, a repetidas instâncias deste, para o libertar do seu sofrimento incurável.”⁷⁹ Outra questão é a do mal de uma ação em confronto com o mal de uma reação, não têm que ser iguais, mesmo que numa condição de retributividade. Temos como o exemplo de ação o furto de *coisa móvel*, que terá como reação a subtração da liberdade, o que são bastante diferentes, subtração de um objeto por um lado e a subtração de um não objeto por outro. Porém, lembra Kelsen que o “princípio retributivo na sua forma mais rude – prevê na acção e na reacção a igualdade dos males subjectivos.” “São dois males subjectivos muito desiguais.”⁸⁰

- Em outro sentido, quando a acção e a reacção são considerados bons, o bem paga-se com o bem. Que neste contexto são muito diferentes, por exemplo um ato de bravura e a medalha de honra pelo ato. Que em razão da regra geral de retribuição, ainda que sejam muito diferentes entre si, “bravura e coragem”, devem ser compensadas em proporcionalidade, assim, como uma pena de ser proporcional ao dano causado.

- Quando a relação de uma reação perante os efeitos de ação, neste caso, não falamos de uma igualdade de justiça, mas sim, de uma relação de proporcionalidade de justiça. Essa proporcionalidade entre merecimento e apenamento aplica-se apenas no sentido de valores subjetivos. Uma conduta que seu resultado está dentro do que prevê uma norma como procedimento correto, então, está é uma conduta boa. Já uma conduta que seu resultado

liberta do aguilhão da sua má consciência”. Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 68; *O Problema da Justiça*, p. 34.

⁷⁹ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 69; *O Problema da Justiça*, p. 35.

⁸⁰ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 69; *O Problema da Justiça*, p. 35.

está contrário ao que prevê a norma como correto, então, esta conduta é tida como uma conduta má. O que no conceito kelseniano teríamos uma conduta positiva, no mesmo sentido da norma, como boa; e, uma conduta negativa, contraditória ao preceituado na norma, como má. Num sentido de valores objetivos a graduação de valores de condutas, boas e meritórias ou más e condenáveis, não se aplica, pois num sentido objetivo uma conduta pode ser conforme o preceituado na norma e boa ou não conforme as regras previstas na norma e, portanto, má.⁸¹ Kelsen exemplifica essa graduação de bom ou mal, na lição:

Se o homicídio é considerado como um crime mais grave e, portanto, um desvalor maior que o furto, isso não pode ser por o homicídio ser mais contrário à norma que proíbe esta conduta do que o furto é contrário à norma que proíbe estoura conduta. A diferente graduação não se pode referir ao valor em sentido objectivo mas apenas ao valor em sentido subjectivo.

Proporcionalidade no estrito sentido da palavra só existe, então, entre os valores de sentido subjectivo (...).⁸²

A graduação é relativa à percepção dos indivíduos dentro de uma coletividade. A maior reprovação do comportamento considerando um crime mais grave é o que gradua em maior valor o seu apenamento. É o que ocorre numa comparação de reprovação entre um homicídio e um furto, há uma maior repulsa social quanto ao homicídio e, portanto, será atribuída uma medida de repreensão (prisão), que para o caso de furto (limitação de liberdade, obrigações acessórias). A questão se volta para uma condição de medir o que não é mensurável, o que leva Kelsen a definir a relação entre acção e reacção do princípio retributivo, não em proporcionalidade estrita, mas *sentido aproximativo*.

Princípio da equivalência

Aprofundando a questão retributiva, Kelsen faz um comparativo entre prestação e contraprestação como normas de justiça, inseridas no conceito do princípio da equivalência.

⁸¹ Não há uma graduação na norma, ou seja, “ela apenas pode ser boa ou má, não mais ou menos boa nem mais ou menos má – apenas pode ser um valor positivo ou negativo, não um valor ou desvalor maior ou menor.” Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 70; *O Problema da Justiça*, p. 36.

⁸² KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 70; *O Problema da Justiça*, p. 36-37.

E, para tanto, faz uma comparação entre trabalho e salário e entre mercadoria e preço. Com a prestação do trabalho e da mercadoria temos uma ação e com o salário e com o preço temos uma reação. A ligação ente ação e reação leva à uma conexão entre a ação de prestação do trabalho ou à entrega de uma mercadoria, com a contraprestação do salário ou do preço a serem pagos, dentro de uma proporcionalidade, “a cada um segundo a sua prestação”.⁸³ O que leva à uma condição de equivalência entre o trabalho prestado e o salário devido, ou, entre a mercadoria entregue e o valor devido (pagamento), “o valor da prestação deve determinar o salário ou o preço”. O que para Kelsen leva a uma concepção jusnaturalista:

Isto pressupõe a concepção jusnaturalista de que o valor objectivo da prestação imanente a esta, pode ser determinado através de uma análise da realidade dos factos. Esta concepção é, como veremos, insustentável. Ora o valor da prestação só pode determinar o salário ou o preço se tal valor é imanente ao trabalho a recompensar pelo salário ou à mercadoria a pagar. Todavia, não é o valor da prestação do trabalho que determina o salário ou o valor da mercadoria que determina o preço, mas, inversamente, o valor da prestação de trabalho é determinado pelo salário e o valor da mercadoria é determinado pelo preço que a prestação de trabalho ou a mercadoria efectivamente produzem. O valor aqui tomado em consideração é o valor económico.⁸⁴

O que determina o valor do salário a ser pago não é o trabalho realizado. O que determina o valor a ser pago por um trabalho realizado ou o preço por uma mercadoria produzida é o valor que o mercado lhes atribui, conforme as suas próprias regras de interesse ou necessidade. A equivalência se dá quando um mesmo trabalho é prestado ou uma mercadoria produzida e o salário e o pagamento realizados em contraprestação. A economia de mercado é quem determina o valor que quer e pode pagar por uma prestação desejada ou necessária, “o salário da mesma forma que o preço, é determinado, nos quadros de uma economia livre, através da oferta e da procura”.⁸⁵

Cômputo do salário

⁸³ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 71; *O Problema da Justiça*, p. 38.

⁸⁴ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 71-72; *O Problema da Justiça*, p. 38-39.

⁸⁵ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 72; *O Problema da Justiça*, p. 39.

Nesta explanação Kelsen compara os pagamentos em espécie, ou seja, os pagamentos em dinheiro, na relação com o tempo despendido no trabalho ou para produzir um determinado trabalho, “num deles, o critério ou medida do salário é o tempo de trabalho, no outro, é o produto ou resultado do trabalho (sistema de trabalho por tarefa).”⁸⁶ Portanto, como o valor pago pode ser medido por hora trabalhada ou por tempo necessário para concluir um trabalho, temos que, para uma hora de trabalho temos um determinado valor a ser pago, como temos, também, para um determinado período de horas para concluir um trabalho resulta num valor determinado de salário a ser-lhe pago. Em uma proporcionalidade entre trabalho e remuneração, kelsen definiu que para quem trabalha “n-horas ou produza n-unidades deve receber um salário n-vezes superior”, nesta proporcionalidade “se exprime o princípio da justiça referida à prestação”.⁸⁷

A proporcionalidade, ainda que lógica, entre um determinado número de horas trabalhado ou de unidades produzidas e a remuneração a ser paga, não se mantém numa proporcionalidade lógica.⁸⁸ O valor a ser pago é determinado pela economia de mercado, numa relação de oferta e procura, e, no planejamento econômico dos Estados na relação direta do seu interesse na maior ou menor produção de determinado produto. Essa proporcionalidade é possível em razão do caráter geral da norma que regula o sistema de pagamento de salários. Permite também essa generalidade normativa uma compatibilidade com o princípio da justiça, pois, independentemente do número de horas trabalhadas ou de unidades produzidas, será possível determinar o valor a ser pago em retribuição ao trabalho realizado. Existe uma condição onde não é possível aplicar a regra de proporcionalidade,

⁸⁶ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 72; *O Problema da Justiça*, p. 39.

⁸⁷ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 72-73; *O Problema da Justiça*, p. 39-40.

⁸⁸ A proporcionalidade entre as horas trabalhadas ou unidades de determinado item produzidas e o respectivo valor de remuneração a ser pago é determinado, em primeiro plano, em uma economia de livre mercado, pelo desejo ou necessidade de quem adquire o trabalho ou o produto, em pagar determinado preço por ele. Que podem, os valores de remuneração, ser alterados por dois fatores: 1- a oferta em demasia em relação à procura tende a baixar o preço a ser pago, enquanto a procura maior que o volume de serviços ou produtos ofertados tende a elevar-lhes o preço. Portanto, os preços são determinados, neste primeiro fator, pela oferta e pela procura, é o valor que o mercado se propõe a pagar em uma relação de interesse livre; 2- outro fator que altera os preços, independentemente da relação de oferta e procura, é a intervenção da autoridade estadual no preço de mercado. Que são estimulados ou desestimulados em sua produção, na proporcionalidade do interesse de sua produção ou do resultado que esta produção resulta em determinado mercado, influenciados pelos mais variados fatores. Utilizando como exemplo produtos com interesse ambiental, para ficar em um número restrito de exemplos, pois estamos a falar de uma universalidade que tenderia ao infinito em números de exemplos. Então, exemplificando, temos produtos que são poluidores e são restringidos em sua produção com o aumento de taxações e, portanto, de preço; já produtos que os substituem e não poluem, ou poluem em menor proporção, são estimulados e tem sua taxaço diminuída. Interferências mercadológicas que alteram a relação, hora trabalhada ou unidade produzida, que eleva o valor a ser pago quando há estímulos à produção e diminui este valor quando o interesse na produção diminui.

hora de trabalho e unidade produzida *versus* remuneração, para Kelsen essa condição se apresenta quando compara-se a remuneração com a quantidade de produto adquirido, ou seja, quem compra uma quantidade elevada de unidades pagará, em regra, valor inferior a quem adquire uma unidade do mesmo item, pois, “vale como justo que o preço por atacado de uma determinada mercadoria é menor do que o preço de retalho”.⁸⁹

Justiça comunista

Kelsen em sua análise do princípio de justiça comunista, formulado por Karl Marx, se contrapõe a igualdade preconizada por Marx, em que um determinado trabalho determina uma igual remuneração.⁹⁰ Mas essa igualdade, é para Kelsen uma desigualdade, pois não considera as desigualdades individuais, sendo que, indivíduos com maior aptidão a desenvolver determinados trabalhos, são tratados como iguais a indivíduos que não têm as mesmas habilidades. A realização de alguns trabalhos privilegia a maior capacidade física e força, em contrapartida, outros trabalhos privilegiam a capacidade de raciocínio. O que seria tratar igualmente o desigual, o que levaria a uma justiça comunista. Para Kelsen o que levaria a uma *verdadeira justiça comunista* seria a regra em que: “cada um segundo as suas capacidades, a cada um segundo as suas necessidades.”⁹¹ Porém a realidade despreza

⁸⁹ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 73; *O Problema da Justiça*, p. 41.

⁹⁰ Marx e Engels desenvolveram a teoria de que o capitalismo se auto destruiria, passando a um estágio de socialismo, que por fim, se transformaria num comunista. Marx e Engels não criaram uma teoria utópica com fundamento em uma sociedade ideal, mas uma teoria com fundamento na sociedade existente, real. Criticada a teoria de Marx e tida como sua evolução, é o que se denominou de *social-democracia*, que pretende uma evolução do capitalismo para um sistema socialista, e com a preservação do Estado, porém, numa evolução gradual em contrapartida ao radicalismo Marxista. Para Marx o fim da propriedade privada e do Estado, condição de sustentação de dominação, estabeleceria uma igualdade entre os homens.

⁹¹ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 75; *O Problema da Justiça*, p. 42. — Para exemplificar esta desigualdade por uma igualdade Kelsen utiliza-se da parábola do trabalhador da vinha, em Mateus, 20, 1-16: “De fato, o Reino do Céu é como um patrão, que saiu de madrugada para contratar trabalhadores para a sua vinha. Combinou com os trabalhadores uma moeda de prata por dia, e os mandou para a vinha. Às nove horas da manhã, o patrão saiu de novo. Viu outros que estavam desocupados na praça, e lhes disse: ‘Vão vocês também para a minha vinha. Eu lhes pagarei o que for justo’. E eles foram. O patrão saiu de novo ao meio-dia e às três horas da tarde, e fez a mesma coisa. Saindo outra vez pelas cinco horas da tarde, encontrou outros que estavam na praça, e lhes disse: ‘Por que vocês estão aí o dia inteiro desocupados?’ Eles responderam: ‘Porque ninguém nos contratou’. O patrão lhes disse: ‘Vão vocês também a minha vinha’. Quando chegou a tarde, o patrão disse ao administrador: ‘Chame os trabalhadores, e pague uma diária a todos. Comece pelos últimos, e termine pelos primeiros’. Chegaram aqueles que tinham sido contratados pelas cinco da tarde, e cada um recebeu uma moeda de prata. Em seguida chegaram os que foram contratados primeiro, e pensavam que iam receber mais. No entanto, cada um deles recebeu também uma moeda de prata. Ao receberem o pagamento, começaram a resmungar contra o patrão: ‘Esses últimos trabalharam uma hora só, e tu os igualaste a nós, que suportamos o cansaço e o calor do dia inteiro!’ E o patrão disse a um deles: ‘Amigo, eu não fui injusto com

algumas diferenças em seu tratamento e trata prestações desiguais de forma igual, ainda que tendo prestações desiguais os salários são iguais, e têm a mesma participação no *produto do trabalho*. Marx critica o comportamento capitalista, pois este que ignora certas características individuais e trata os indivíduos com uma certa generalidade, como se iguais fossem. Para Marx o tratamento de cada indivíduo deve levar em conta suas capacidades de produzir e suas necessidades, quanto ao pagamento de seus salários. Kelsen concorda em parte com a teoria de Marx, mas não na condição de que há um tratamento *igual* para *desiguais*, mas na condição de que há um tratamento *desigual* para *desiguais*, pois quem trabalha mais ou produz mais, em contrapartida, recebe mais. A discordância com a teoria Marxista nota-se no *princípio da economia comunista*:

O princípio da economia comunista, formulado por Marx, não corresponde de forma alguma – como ele, identificando justiça e igualdade, parece pressupor – ao princípio da igualdade, quer dizer, à exigência ou postulado que manda tratar a todos igualmente, mas - precisamente ao contrário – à exigência ou postulado que manda tratar desigualmente o que é desigual.⁹²

- Kelsen redargue a fórmula em que Marx define: — *Cada um segundo a sua capacidade, a cada um segundo a sua necessidade* — subentendendo que nas duas condições apresentadas, na primeira pressupõe um *dever*, no qual incumbe ao indivíduo produzir conforme suas capacidades; já na segunda pressupõe um *direito*, em que sejam atendidas as suas necessidades. O que seria a fundamentação de um ordenamento social. Para Kelsen a primeira fórmula: *cada um segundo a sua capacidade*, apresenta-se no mesmo sentido definido por Platão em seu Estado ideal:⁹³ que cada um produza conforme suas capacidades. Porém, a questão em definir o que é que será produzido por cada indivíduo. O que se remete à questão: quem define a capacidade de cada um? Esta resposta não poderia

você. Não combinamos uma moeda de prata? Tome o que é seu, e volte para casa. Eu quero dar também a esse, que foi contratado por último, o mesmo que dei a você. Por acaso não tenho o direito de fazer o que eu quero com aquilo que me pertence? Ou você está com ciúme porque estou sendo generoso?’ Assim, os últimos serão os primeiros, e os primeiros serão os últimos.” Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 74-75; *O Problema da Justiça*, p. 128-129.

⁹² KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 75; *O Problema da Justiça*, p. 42.

⁹³ Platão, em *Politeia*, por nós conhecida através da tradução de Cícero para o Latim, como *A República*, cita em seu diálogo: “Mas nós impedimos o sapateiro de tentar ser ao mesmo tempo lavrador, ou tecelão, ou pedreiro, e só o deixamos ser sapateiro, a fim de que a obra de sapateiro resultasse perfeita: e, do mesmo modo, a cada um dos outros atribuímos uma única arte, *aquela que para a qual cada um nasceu* e que havia de exercitar toda a vida, com exclusão das outras, sem postergar as oportunidades de ser tornar um artífice perfeito.” PLATÃO. *A República*, Livro II, 374c.

ser dada por cada um dos indivíduos, tendo como referência a capacidade de produzir em si próprio, mas, no entendimento de Kelsen, por uma coletividade onde se esteja inserido o indivíduo, por uma *comunidade*, através de normas gerais, pré-definindo o que seja: “Cada um segundo suas capacidades.”⁹⁴ Surge, então, outro questionamento. Ainda que definido pela comunidade, do que deve ser produzido por cada um conforme as suas capacidades, o que aconteceria no caso de um indivíduo não produzir conforme pré-definido? A resposta é relevante, pois, é pré-requisito para que seja dada a resposta à segunda exigência formulada: “A cada um segundo a sua necessidade.” O que no entender de Kelsen o atendimento à segunda exigência está interligado ao atendimento da primeira exigência, ou seja: “A cada um segundo as suas necessidades – quando a primeira exigência, que postula que cada um deva produzir segundo as suas capacidades, for satisfeita.”⁹⁵ O que Marx não questiona, ou mesmo dá uma resposta, à incompletude que segundo Kelsen é em razão de Marx partir de uma condição utópica, que se pretende resolver todas as equações quando, numa sociedade comunista, as exigências se equalizarem. Numa utopia, sem a necessidade de Estado ou de Direito, em que as sanções são desnecessárias, pois, cada indivíduo produzirá conforme as suas capacidades e terá atendidas as suas necessidades, inexistirá a necessidade de quaisquer sanções. Fica, ainda, sem resposta a violação, por um dos indivíduos, deste mesmo ordenamento utópico.⁹⁶

- Outro questionamento incide sobre ser um critério subjectivo ou objectivo, *a cada um segundo as suas necessidades*. Em um critério subjectivo devem ser entendidas todas as necessidades que o indivíduo entende como essenciais ou, tão somente, as necessidades reconhecidas por uma *ordem social* como essenciais, já num critério objectivo. A norma de justiça comunista pretende a satisfação de todas as necessidades do indivíduo, pois, entende que aí, nesta satisfação das necessidades, está localizada a felicidade dos indivíduos.

A exigência: *a cada um segundo as suas necessidades*, como uma das exigências do princípio comunista de justiça, deve, portanto, ser indubitavelmente interpretada num sentido subjectivo se a profecia da sociedade comunista há-de ser entendida como promessa de felicidade completa de todos os seus membros. Tal, porém, é uma ilusão tão utópica como aquela segundo a qual, nesta sociedade,

⁹⁴ Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 76; *O Problema da Justiça*, p. 43.

⁹⁵ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 76; *O Problema da Justiça*, p. 43.

⁹⁶ Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 76; *O Problema da Justiça*, p. 44. — Fica ainda uma contradição a ser resolvida: “Esta questão, segundo o espírito do princípio de justiça comunista, há-de sem dúvida ser respondida pela afirmativa, pois tal princípio contrapõe-se conscientemente ao princípio da retribuição.”

todos cumprirão voluntariamente os seus deveres. As necessidades que os homens subjectivamente sentem estão de tal forma em conflito umas com as outras que nenhuma ordem social pode satisfazê-las todas, isto é, satisfazê-las de outra forma que não seja contentando uma a expensas de outra – e não apenas a necessidade de um indivíduo a expensas da de um outro, mas também uma necessidade de um indivíduo à custa de uma outra necessidade do mesmo indivíduo.⁹⁷

- A regra do princípio de justiça comunista, quando da satisfação das necessidades individuais, somente pode ser entendida segundo Kelsen, por sua total impossibilidade de realização, como: “Cada um deve, segundo as suas capacidades, fixadas de conformidade com o ordenamento social, realizar o trabalho que é posto a seu cargo pelo mesmo ordenamento social; e a cada um devem ser satisfeitas as necessidades pelo ordenamento social reconhecidas, pela ordem no mesmo ordenamento estabelecida e com os meios determinados também por esse ordenamento.”⁹⁸ O que pressupõe um critério objectivo, pois, não seria atender o que cada indivíduo compreende como suas necessidades, mas, tão somente, o que um coletividade entende como suas necessidades. A ordem social comunista, diferentemente da ordem capitalista, pretende atender as necessidades econômicas dos seus indivíduos, portanto, não é atender as necessidades que compreende um indivíduo como suas necessidades, mas o que o sistema comunista entende que são necessidades individuais. O que leva à contradição: o que é o “seu” de cada indivíduo.

Preceito do amor

No questionamento de como o indivíduo se condiciona no relacionamento com o próximo, de pessoa para pessoa, importando-se com a condição existencial de outros indivíduos, não tendo, neste contexto, a influência do legislador determinando o comportamento dos indivíduos, seu comportamento surge espontaneamente do próprio indivíduo. Esta preocupação com a condição existencial do próximo, para Kelsen é o que se converte em um *preceito do amor do próximo*. O que compele o indivíduo a comportar-se no sentido de auxiliar o próximo em suas necessidades, em diminuir o sofrimento que incide

⁹⁷ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 77; *O Problema da Justiça*, p. 44-45. (Itálicos inseridos)

⁹⁸ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, cit., p. 77; *O Problema da Justiça*, p. 45.

na esfera vital de cada indivíduo, comportando-se de forma a que auxilie a diminuição do sofrimento do próximo. Essa exigência de satisfazer as necessidades do próximo imposta pelo *preceito do amor do próximo*, auxiliando-o, pode ser entendida de modo *subjectivo* ou de modo *objectivo*.⁹⁹

Contextualizando a interpretação do *preceito do amor do próximo*, no sentido deste preceito ser *subjectivo* ou *objectivo*, leva à posição de que um indivíduo atingido pelo sentimento de necessidade do próximo e que deve de alguma forma auxiliá-lo, configura-se em um preceito *subjectivo*. Quando um indivíduo não é atingido pelo sentimento de que deve auxiliar outro indivíduo que se encontra em situação de necessidade, porém, há um regramento um comportamento de dever de auxiliar o próximo que se encontra em estado de necessidade, então, neste caso, configura-se um preceito *objectivo*.¹⁰⁰ Condição que cria uma contradição, pois, sentimento não pode ser imposto a um indivíduo, ao menos os sentimentos considerados positivos, como é o caso do amor pelo próximo. À essa questão, Kelsen refere-se da seguinte forma: “Com fundamento em que a alma de um infiel ou descrente sofre por estar separada do verdadeiro Deus, pois que o inferno a ameaça, têm os crentes cristãos feito tentativas de conversão, no exercício do seu dever de amor do próximo – mesmo com o emprego da força.”¹⁰¹ Ainda, assim, o amor ao próximo não pode ser imposto a um indivíduo, mas a compreensão da necessidade de auxílio ao necessitado, efetivamente, pode ser imposta. O que nos leva a uma outra questão, o amor ao próximo, dentro de um preceito *subjectivo*, obriga o indivíduo a auxiliar o necessitado “com culpa ou sem ela”, o que afasta do conceito de justiça normativa, justamente por não haver nenhuma norma impositiva exterior o senso individual. Porém, Kelsen defende que mesmo sem imposição externa, não se afasta do conceito de justiça. Comparando o conceito de justiça ao de uma norma que prescreve o tratamento de um indivíduo a outro, sem ter que, necessariamente, ser uma norma criada por um legislador, então, neste contexto, uma norma não legislada que determina o tratamento de auxílio de um indivíduo a outro se equipara às várias formas de justiça. E, conclui:

⁹⁹ Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 78 e ss.; *O Problema da Justiça*, p. 46 e ss. — O princípio marxista da economia comunista, *a cada um segundo as suas necessidades*, “(...) prescreve como cada um deve tratar qualquer outra pessoa, então tal exigência torna-se no preceito do amor do próximo.”

¹⁰⁰ O preceito *subjectivo* impõe que a condição de necessidade não pode ser culposa, não participando o necessitado nas condições que o levaram ao estágio de necessitado. Ou seja, segundo Kelsen somente “no caso de necessidade inculposa.” Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 79; *O Problema da Justiça*, p. 46.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 79; *O Problema da Justiça*, p. 47.

A propósito importa observar que o *preceito do amor do próximo*, que pode valer independentemente de qualquer pressuposto metafísico pois exige amor de homem para homem, deve ser distinguido do *princípio metafísico do amor de Deus*, do princípio de justiça proclamado por Jesus – que, todavia, também reconhece o preceito (que dele se distingue) do amor do próximo (ou caridade).¹⁰²

Kelsen busca exemplos de amor do próximo nos Evangelhos, com suas doutrinas contraditórias, porém, com um pouco de esforço há de se compreender como *princípio de justiça*. Essa contradição evangélica se manifesta na condição de que o que acontece no mundo real será diferente no mundo espiritual, os que são os últimos lá serão os primeiros¹⁰³, os que aqui passam fome lá serão saciados¹⁰⁴, quem aqui ri lá estará chorando, quem aqui vê lá estará cego¹⁰⁵. Porém, encontra neste mundo real uma condição de injustiça, não apenas a injustiça praticada contra o outro, mas a injustiça comportamental, em que estando *correto* aqui lá no plano espiritual estará *errado* e quem está *errado* aqui lá estará *correto*.

Liberdade

Reconhecido como o mais elevado dos princípios de justiça, a liberdade dos indivíduos “é tida como o valor supremo”, dentro de um sistema moral. O que é algo excludente, pois, quanto maior a liberdade individual mais estará em choque (em contradição) com a liberdade individual do outro. O preceito da liberdade individual estará, também, em contradição com as normas coletivas que limitam as liberdades de cada indivíduo.¹⁰⁶ Para Kelsen a liberdade dentro de um conceito de justiça, não pode ser uma

¹⁰² KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 80; *O Problema da Justiça*, p. 47-48. (Itálicos inseridos)

¹⁰³ MATEUS, 19, 30. “Muitos que agora são os primeiros, serão os últimos; e muitos que agora são os últimos, serão os primeiros.” MATEUS, 20, 16. “Assim, os últimos serão os primeiros, e os primeiros serão os últimos.” MARCOS, 9, 35. “... se alguém quer ser o primeiro, deverá ser o último, e ser aquele que serve a todos.”

¹⁰⁴ LUCAS, 6, 21. “Felizes de vocês que agora têm fome, porque serão saciados. Felizes vocês que agora choram, porque hão de rir.” LUCAS, 6, 25. “Ai de vocês, que agora têm fartura, porque vão passar fome! Ai de vocês, que agora riem, porque vão ficar aflitos e vão chorar!”

¹⁰⁵ JOÃO, 9, 39. “... os que não vêem vejam, e os que vêem se tornem cegos.” JOÃO, 9, 40. “Se vocês fossem cegos, não teriam nenhum pecado. Mas como vocês dizem: nós vemos, o pecado de vocês permanece.”

¹⁰⁶ Para que as contradições sejam solucionadas, no contexto dos exemplos bíblicos utilizados por Kelsen, os conceitos do que é *correto* e os conceitos do que é *errado* teriam, necessariamente, ligados à temporalidade e à regionalidade dos indivíduos. Ainda que alguns conceitos de justiça divina são imutáveis, como por exemplo, roubar, matar sem justificativa (a legítima defesa como justificativa, por exemplo), outros, porém, já sofreram

liberdade ilimitada, tem que haver uma limitação social da liberdade dos indivíduos, para que a liberdade de um indivíduo não invada a liberdade de outro.

Contrato social

A instauração de uma ordem justa, somente é possível segundo o entendimento de Kelsen, se houver uma unanimidade da vontade dos indivíduos que a este ordenamento estarão submetidos. A *teoria do contrato social do jusnaturalismo* se apoia sobre a ideia de liberdade. Esta instauração somente poderia sustentar numa condição hipotética da primeira constituição, referindo-se ao processo criativo do ordenamento, não criando qualquer interferência ao processo modificativo, portanto, não se aplica ao processo de modificação do ordenamento jurídico. Ainda que na hipótese da licitude de uma alteração, exigiria a unanimidade dos indivíduos submetidos ao ordenamento criado, o que se tornaria numa contradição ao “princípio da autodeterminação”. O que para Kelsen leva a um enfraquecimento do princípio da autodeterminação. A solução da questão de impossibilidade de unanimidade leva à aceitação da vontade da maioria, ainda que tenha uma minoria com entendimento em sentido contrário, o que direciona ao contexto de um princípio da maioria. Neste contexto Kelsen define: “A justiça da autodeterminação transforma-se em justiça da democracia.”¹⁰⁷ A justiça democrática não pretende determinar a liberdade dos indivíduos, podendo desconhecer a liberdade dos subordinados ao ordenamento jurídico, ainda que o enfraquecimento do princípio da autodeterminação pela justiça democrática, não exclui totalmente o desejo de liberdade dos indivíduos. Essa vontade de liberdade não se dissipa:

Ela é ainda suficientemente forte para, na teoria do liberalismo do século XIX, fazer aparecer como um mal – se bem que um mal necessário – uma ordem social erigida segundo o princípio da autodeterminação e modificável segundo o princípio maioritário e bem assim, por conseguinte, o Estado através dela constituído. E é esta ideia originária de liberdade, o ideal anti-social do não-estar-sujeito a vinculação normativa, que leva a exigir que a competência do Estado seja reduzida a um mínimo, isto é, que o conteúdo das normas que constituem a ordem

algumas mutações, como no caso do tratamento que devo dar a um estrangeiro, já não é aceita uma manifestação díspar (outra vez, a menos que seja justificada).

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 83; *O Problema da Justiça*, p. 50.

jurídica seja modelado por forma tal que a liberdade individual das pessoas sujeitas a esta ordem seja restringida o menos possível.¹⁰⁸

O que nos leva à conceituação do *ideal de justiça da democracia liberal*, permitindo e garantindo aos indivíduos submetidos às imposições do ordenamento jurídico, a liberdade para a prática dos seus interesses sociais, *a liberdade econômica, a liberdade de crença, a liberdade de ciência*, dentro de um Estado que, interferindo na vontade dos seus indivíduos, garante e promove a liberdade para evolução social.

Justiça e igualdade

O princípio da igualdade prescreve que os homens são iguais em direitos e obrigações¹⁰⁹. Princípio que Kelsen o define como “completamente diferente” e “parcialmente contraditório” ao princípio de justiça da liberdade. O princípio da igualdade pressupõe uma igualdade objetiva entre os homens, mas não uma igualdade subjetiva, onde são observadas e respeitadas as diferenças entre os homens, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Os homens nascem iguais, mas são moldados nos termos das regras em que, então, são submetidos em sua educação e seu desenvolvimento, exigindo-se um tratamento de igualdade dentro destas regras objetivas, às quais estão submetidos, mas também, um tratamento desigual dentro de suas características subjetivas. A igualdade dos homens é possível quando são irrelevantes as suas desigualdades, ou quando estas não são consideradas, para o tratamento que lhes é dado.¹¹⁰

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 83-84; *O Problema da Justiça*, p. 50.

¹⁰⁹ Previsão do Inciso I, do Artigo 5º, da Constituição brasileira. A Constituição brasileira traz no seu Título II, denominado *Direitos e Garantias Fundamentais*, a previsão de igualdade entre pessoas que estejam sob seu manto, no *Caput*: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...); e no seu Inciso I insiste na igualdade entre homens e mulheres: Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (...). Na Constituição portuguesa a previsão está na Parte I, nos *Direitos e Deveres Fundamentais*, em que no Artigo 13º, traz taxativamente em seu título o *Princípio da Igualdade*: 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

¹¹⁰ Para Kelsen a igualdade entre os homens somente existe quando não se leva em consideração as suas desigualdades, como no exemplo: “nenhum homem deve ser morto.” É uma assertiva correta, desde que não sejam considerados os períodos de guerra, onde matar o inimigo é aceitável, ou ainda, no caso da pena de

- Contrário ao princípio da igualdade temos o que poderíamos chamar de princípio da desigualdade, em que cada indivíduo, em sua individualidade subjetiva, deverá ser tratado como único e receber um tratamento levando-se em conta esta sua condição de ser único, “portanto, uma vez que cada indivíduo é diferente de qualquer outro, a cada indivíduo é lícito pretender um tratamento especial.” É o tratamento desejado aos aplicadores das normas, que seguite um princípio de justiça individual, deverão tratar a cada indivíduo conforme as suas características, não restringindo o tratamento apenas com base em regras criadas de forma consuetudinária ou legislada, e são direcionadas à uma coletividade. É o que segundo Kelsen seria, numa justiça platônica, um ideal de flexibilidade da aplicação do direito. Uma norma que determine um igual tratamento aos indivíduos, não traz a definição em seu conteúdo do que é tratamento igual a ser aplicado.¹¹¹ O tratamento a ser dado aos indivíduos dentro de uma igualdade, somente se aplica a casos de específica igualdade, noutros, porém, o tratamento deve ser levado em conta a desigualdade dos indivíduos, o que se não for respeitado levaria ao mesmo tratamento o indivíduo que se mantém conforme as regras e um contraventor, por exemplo.

- Para Kelsen a aplicação do princípio da igualdade tem abrangência muito limitada na *realidade social*, e formula a regra de aplicação: “Só os que são iguais devem ser tratados por forma igual”. Porém, essa formulação não leva a realidade ou a certeza. O que exigirá uma nova formulação que leve em conta, também, a desigualdade entre os indivíduos. Então: “Quando os indivíduos são iguais – mais rigorosamente: quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais –, devem ser tratados igualmente, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente.” E, exemplificando as igualdades e desigualdades, Kelsen utiliza-se um modelo de regras para ser um eleitor, quais sejam: idade mínima, saúde mental, cidadãos e sem condenação penal, portanto, todos os cidadãos em quem se configure os requisitos acima receberão um tratamento igual. Já os indivíduos que não tenham um ou mais requisitos acima descritos serão, titulares de diferenças e receberão tratamento desigual.

Quer dizer, os indivíduos da segunda categoria recebem um tratamento diferente do que é reservado aos da primeira. Outrossim significa que as diferenças que

morte, em que é aceitável a morte de condenados ao crime capital, nos países que a adotam. Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 84 e ss.; *O Problema da Justiça*, p. 51 e ss.

¹¹¹ “Somente quando uma Constituição estabeleça que o órgão legislativo deve ser eleito pelo povo é que pode exigir-se, em aplicação da norma de justiça da igualdade, que todos os homens sem qualquer distinção tenham um direito de voto.” KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 85-86; *O Problema da Justiça*, p. 53.

consistem em um indivíduo ser homem e outro ser mulher, um cristão e outro judeu, um médico e outro padre, não são tomadas em conta pela lei eleitoral no tratamento dos indivíduos. A atribuição do direito de voto é independente da diferença de sexo, de religião ou de profissão. «Iguais» são aqueles indivíduos que possuam as quatro qualidades determinadas pela lei eleitoral, isto é, que são iguais quanto a estas qualidades, embora sejam desiguais relativamente a todas as outras qualidades que de facto possuem. (...) O princípio ou regra de que os que são iguais devem ser tratados igualmente apenas pode valer em combinação com a regra segundo a qual os que são desiguais devem ser tratados por forma desigual. (...) A única norma que pode valer como *princípio de justiça da igualdade* é a norma segundo a qual todos os homens devem ser igualmente tratados, segundo a qual nenhuma das desigualdades que efectivamente entre eles existem deve ser tomada em consideração.¹¹²

- Partindo do pressuposto que aos iguais cabe um tratamento igual e aos desiguais um tratamento desigual, Kelsen questiona ser esta uma regra de justiça, mas sim, uma regra da lógica. Pois, a um determinado comportamento caberá uma determinada reacção.¹¹³ A característica da norma é prever um determinado resultado, quando ocorra um determinado pressuposto. Ou seja, a relação entre o que ocorre e o que se terá em consequência é uma relação direta determinada pela norma. Em um grupo de indivíduos iguais, que se comportem de forma igual, ser-lhes-á, necessariamente, aplicada uma regra igual. Essa igualdade é uma regra de lógica e não uma regra de justiça.¹¹⁴

¹¹² KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 87-88; *O Problema da Justiça*, p. 55-56.

¹¹³ Conduzindo-se no pensamento kelseniano induz-se a que: “O carácter geral de uma norma que prescreve que, dado um determinado pressuposto, deve verificar-se uma determinada consequência, consiste – como já foi notado – no facto de esta norma, de acordo com a sua própria intensão, dever ser aplicada, não apenas num único caso, mas num número de casos indeterminado. O seu sentido é: sempre que se apresente o pressuposto por ela fixado, deve sempre, também, verificar-se a consequência por ela estabelecida.” KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 88; *O Problema da Justiça*, p. 56.

¹¹⁴ Ao nosso entender, uma regra de lógica aplica-se o que a norma compreende por igualdade, pessoas iguais, procedimentos iguais, regras iguais; já para que se tenha um tratamento de justiça, além da igualdade de aplicação da norma em determinados casos, se teria a necessidade de considerar as características individuais de cada pessoa. Por exemplo: O Código Penal prevê determinada pena para quem comete um homicídio, portanto, dois indivíduos que cometem homicídio devem ter a mesma pena. O que dentro de uma igualdade está correto, mas não estará dentro de uma ordem de justiça, se no caso os dois indivíduos tiverem comportamentos diferentes. Um dos indivíduos comete um homicídio doloso motivado por uma discussão, enquanto o outro indivíduo comete um homicídio no decorrer de um latrocínio. Um dos homicídios ocorre nos alvares de uma discussão, onde o agente não se colocou na condição de prévio risco da vítima, já no outro o agente colocou-se na condição de provocação de risco à vítima. São agentes iguais, regras iguais, mas para que haja justiça deve ser considerada a condição pessoal de atuação de cada agente.

- O princípio lógico de que todos os iguais devem ser tratados como iguais e os desiguais devem ser tratados como desiguais, dá o fundamento da norma geral de igualdade que determina, dada uma regra, todos que com ela se identificam devem receber o mesmo tratamento, da mesma forma que todos os que com ela não se identificam devem receber outro igual tratamento (igual por igual; desigual por desigual). Kelsen argumenta que a igualdade não é essencial à justiça, pois, a justiça determina um especial tratamento a ser dado aos indivíduos, mas não determina que este tratamento deve ser igual. Portanto, isso nos leva à conclusão de que a justiça e a igualdade não se sobrepõem, são coisas diferentes. As condições de justiça são tão diferentes que, a única coisa que as aproxima, é que para cada norma de justiça deverá ser dado um tratamento específico. Uma falta fará jus a uma pena, um mérito fará jus a um prêmio. O que fica é a questão: como deve ser o tratamento, de prêmio ou de pena, despendido a um indivíduo para ser considerado um tratamento justo.¹¹⁵

Justiça metafísica

A justiça metafísica é o núcleo da filosofia de Platão, que entende o mundo como uma ideia, uma forma perfeita, que não pode se materializar. A ideia é perfeita pois não sofre com o tempo, enquanto a matéria sofre as transformações impostas pelo tempo. Na teoria platônica as ideias são imutáveis e eternas e, portanto, uma realidade abstrata, já no mundo real, onde a percepção humana é possível, as mudanças são possíveis e contínuas. A Teoria das Ideias foi utilizada por Platão para descrever este mundo metafísico, perfeito e imutável. Kelsen define o pensamento metafísico de Platão, do seguinte modo: “As ideias são essências transcendentais que existem num outro mundo, num mundo diferente do perceptível pelos nossos sentidos, e, por isso, são inacessíveis ao homem, prisioneiro dos mesmos sentidos. Elas representam no seu essencial valores que devem, na verdade, ser realizados no mundo dos sentidos, mas que jamais podem ser aí plenamente realizados.”¹¹⁶

¹¹⁵ Na definição de Kelsen resta, tão somente, “relativamente à questão decisiva de saber como devem os homens ser tratados para que seu tratamento deva ser considerado justo, um conceito geral de justiça apenas pode ser algo de completamente vazio, principalmente quando esse conceito deva abranger ainda as normas de justiça tipo metafísico.” KELSSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 92-93; *O Problema da Justiça*, p. 61-62.

¹¹⁶ KELSSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, p. 94; *O Problema da Justiça*, p. 62.

A fonte platônica das ideias centra-se na ideia de bem absoluto, o que para Kelsen seria a definição de Deus para teologia.

Justiça divina

A ideia transcendente de que os homens devem ser tratados conforme a vontade de Deus. Vontade que é impossível para o homem compreender. O bem supremo, é absolutamente bom, mas permite a existência do mal. O princípio do amor, princípio da retribuição do bem, depois de rejeitado o princípio da retribuição: *olho por olho dente por dente*, surge o princípio do amor: *onde paga-se o mal não como mal, mas com o bem*. Esse amor justo se localiza fora do mundo real, não é um amor entre pessoas, mas um amor acima de tudo diferente, um amor que deve ser aceito mesmo que não compreendido, e que convive com a crueldade do juízo final. E que segundo Kelsen não houve nenhuma tentativa por parte de Jesus em explicar.

Justiça e felicidade

O ensinamento de Platão é de que somente o justo é feliz. A aspiração à justiça é a incansável busca do homem pela felicidade.¹¹⁷ A justiça absoluta é algo inalcançável ao homem, restando-lhe uma justiça relativa. Porém nenhuma justiça relativa leva à felicidade, a justiça que os homens buscam é a justiça absoluta. A justiça relativa terrena não tem capacidade de realizar a felicidade, fica então, a felicidade relegada a uma justiça metafísica, supraterrena, uma justiça divina. O que leva a uma ilusão eterna.

¹¹⁷ “Na verdade, a justiça era qualquer coisa neste género, ao que parece, excepto que não diz respeito à actividade externa do homem, mas à interna, aquilo que é verdadeiramente ele e o que lhe pertence, sem consentir que qualquer das partes da alma se dedique a tarefas alheias nem que interfiram umas nas outras.” PLATÃO. *A República* (443, d, e), p. 204.

A realização da justiça está no comportamento exemplar dos indivíduos da Polis: “Então tu irrompes assim, de improviso, no meu discurso, sem me perdoares a minha lentidão! É que talvez não saibas que depois de eu ter escapado a custo a duas vagas, estás agora a erguer a terceira, que é a mais alta e mais árdua de todas. Quando a vires e ouvires, hás-de ter um perdão absoluto (...).” PLATÃO, *A República* (472, a), p. 248.

A TRANSIÇÃO DO DIREITO DO SÉCULO XIX PARA O SÉCULO XX

Para a *tese da separação*, a norma jurídica não depende de seu conteúdo e da necessidade de ser justa; moral e direito são coisas distintas. Para o positivismo jurídico apenas interessa o critério formal, depende da capacidade de seu instituidor, do procedimento próprio e de seu conteúdo estar de acordo com normas superiores.

Para o jusnaturalismo, entretanto, o direito e a moral não são coisas distintas, há uma ligação conceitual. De forma divergente, para o jusnaturalismo existe uma *tese da conexão*, não basta o critério formal de capacidade do instituidor e do conteúdo da norma, é necessário, também, que a norma seja justa. Inserida na disputa entre os defensores da *tese da separação* e os defensores da *tese da conexão*, é que estará a teoria kelseniana, inserida no positivismo jurídico, portanto, a teoria kelseniana já nasce ligada à *tese da separação* entre a norma e a moral.

Para quem pretende compreender a teoria pura do direito e a sua influência sobre o direito no século XX, necessitará empreender algum esforço no sentido de entender a pretensão de Kelsen, quanto ao estudo do direito, aprofundar de forma mais clarificada possível o conhecimento sobre a teoria kelseniana. A teoria pura do direito pretende compreender o seu objeto, que é frequentemente denominado de *direito positivo*.¹¹⁸ Como teoria dogmática, ou seja, como uma teoria de normas, quer determinar a conduta dos homens, independentemente de que forma eles realmente se comportem.

Na busca pela compreensão do pensamento e da influência recebida na formação da teoria kelseniana, faz-se necessária a apreensão do contexto jurídico mundial na primeira metade do século XX e do início dessa transformação que tem seu marco de transformação já no final do século XIX.¹¹⁹ O positivismo jurídico ao se estabelecer no final do século XIX,

¹¹⁸ Cf. WALTER, Robert. *Noção Geral in Teoria Pura do Direito (1934)*, p. 37 e ss. — Para Walter as regras de direito positivo devem observar três regras: 1- “devem ser prescrições impostas por seres humanos”; 2- “devem ser prescrições estabelecidas para os seres humanos”; e, 3- deve ser um “sistema de regras cumprido de modo geral”.

¹¹⁹ Neste mesmo sentido é a orientação do jurista e filósofo brasileiro Tércio Sampaio Ferraz Junior. Para o autor paulistano “o caráter formal-dedutivo” que ocorre no século XIX, fortalece o jusnaturalismo, “levando o sistema jusnaturalista ao seu apogeu”, permite que outro sistema se entremeie e se desenvolva o pensamento jurídico positivista, que floresce já no final do mesmo século XIX. Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*, p. 32 e ss.

provocou o surgimento de teorias contrárias à posição dominante, até então, a teoria do direito natural, o jusnaturalismo.¹²⁰

No início do século XX o direito, ou melhor dizendo, o estudo do direito estava dividido entre estudá-lo por si só como ciência, já num entendimento iniciado pelo pensamento kelseniano, ou estudá-lo vinculado às ciências sociais, como a sociologia, história, ética etc. As *preocupações metodológicas* já existentes no século anterior sofrem uma intensificação durante a primeira metade do século XX.¹²¹

Observa-se que a esta altura de desenvolvimento, o estágio evolutivo a que chegou o estudo do direito, leva o pensamento jurídico à uma cisão, surgindo a este tempo duas formas de estudar e conceituar o direito, numa delas a forma pura que pretendia um direito como ciência independente, que se manifestou de forma mais proeminente no pensamento de Hans Kelsen e, de outra forma, um direito sociológico, conectado às outras ciências, como a sociologia e a outras ciências mais.¹²²

Neste contexto temporal o direito desenvolve-se numa dualidade que pretende o *direito-norma* retirado do *direito-fato*, resultado em duas possibilidades, “ou é isto ou é aquilo, se encaixa ou não se encaixa, constituindo enormes redes paralelas de exceções”.¹²³ A busca por uma definição, dentro de uma dualidade lógica já determinada, dos conceitos da natureza jurídica dos institutos.

¹²⁰ Para Bongiovanni o surgimento do positivismo jurídico provoca reações nos defensores da tradição jusnaturalista, “*legal positivism did not establish its dominant position in the 1800s without giving rise to a range of highly critical counter-currents, especially in the late 1800s.* Cf. BONGIOVANNI, Giorgio. *Legal Positivism in the first half of the 20th Century in PATTARO, Enrico; ROVERSI, Corrado. Legal Philosophy in Twentieth Century: The Civil Law World, v. I, chapter 8, p. 187.*

¹²¹ É nesta mesma orientação que: segundo o ensinamento de Ferraz Jr. “o início do século é dominado por correntes que levam as preocupações do pandectismo ao seu máximo aperfeiçoamento, por exemplo, na obra de Kelsen, ou insistem na concepção da Ciência do Direito como ciência da realidade empírica.” Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*, p. 40.

¹²² Neste mesmo pensar é que nos traz o exemplo dado por Ferraz Jr., trata-se de uma “concepção da Ciência do Direito como ciência da realidade empírica.” Estas ciências empíricas ligam-se a outras ciências ou, “intentam fórmulas intermédias nos termos do chamado culturalismo jurídico”, ou, ainda, “acabam por ensaiar concepções globalmente assistemáticas” e mantêm-se numa linha prática. Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*, p. 40.

¹²³ Utilizando nesta construção conceitos de naturezas diversas, ou seja: Ao realizar sua ordenação sistemática, a ciência jurídica em *nosso século** tem percebido, porém, que não trabalha com conceitos da mesma natureza. Alguns são conceitos empíricos e genéricos, elaborados pela técnica jurídica, como, por exemplo, pretensão, declaração de vontade, sujeito de direito etc. Outros são conceitos empíricos referentes a objetos e situações significativos para a vida social (casa, árvore, frutos, empresa, serviço etc). Outros ainda se relacionam à essência de fenômenos típicos da vida social (comunhão de bens, propriedade privada, pessoa, posse etc). Finalmente há aqueles que se reporta a valores éticos, como boa-fé, usos e costumes, mulher honesta etc. Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*, p. 41. **Esta obra teve sua primeira publicação datada de 1977, portanto, quando se refere a “nosso século” faz menção ao século XX, ou seja, ao século passado.*

O início do século XX foi marcado pelo embate entre os críticos do formalismo por um lado e os defensores do positivismo jurídico, que defendiam um novo sistema de estudo da norma, por outro. Conforme no traz Bongiovanni sobre a disputa no início do século XX:

The debate in the early 20th century was in its sense marked by a contraposition between authors in two camps: Arrayed on one side were those who, in the framework of the “revolt against formalism” (Treves 1996, 103, who borrows that expression from White 1949), put forward an empirical approach set broadly in contrast to the basic assumptions of 19th-century legal positivism; arrayed on the other were those who sought to carry legal positivism forward by renewing its method for analysing law and its substantive beliefs about law.¹²⁴

É num contexto de diversidade de conceitos jurídicos, iniciados no século XIX, onde os defensores do anti-formalismo jurídico e contrários aos positivistas defendem sua posição até então consolidada. Os positivistas que por sua vez, entendem o positivismo como uma forma de garantia da segurança jurídica, é, então, neste contexto que Hans Kelsen propõe a sua *Teoria Pura do Direito*.

TEORIA PURA DO DIREITO

O mundo espiritual e o mundo real estão integrados, não há uma divisão entre ambos, e não ocorrendo a capacidade de compreensão e de explicação para o mundo real, o homem duplica-o em um segundo mundo, não real, mas espiritual, na forma em que possa ser o mundo melhor compreendido, ou seja, cria-se um mundo sobrenatural que coordena e justifica as mudanças, e movimentos do mundo real. Essa unicidade de mundos é o que se denomina de *animismo*.¹²⁵ As ciências naturais desenvolveram-se nesta unicidade animista e, ainda que o pensamento compreensivo de um mundo fundado em uma condição de realidade tenha evoluído, o conceito das ciências naturais com fundamentação animista não

¹²⁴ BONGIOVANNI, Giorgio. *Legal Positivism in the first half of the 20th Century in PATTARO, Enrico; ROVERSI, Corrado. Legal Philosophy in Twentieth Century: The Civil Law World, v. I, chapter 8, p. 187.*

¹²⁵ O animismo tem uma visão de mundo em que entidades não humanas possuem alma; animais, objetos e entidades metafísicas possuem uma essência espiritual. Kelsen exemplifica a existência do animismo da seguinte forma: “Por que uma árvore cresce e um rio corre? Porque há uma dríade invisível na árvore visível, uma ninfa no rio, respondiam os gregos primitivos, que criaram o deus Hélio por trás do sol e a deusa Selena por trás da lua, assim personificando essas coisas.” Cf. KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*, p. 285.

estão extintos. A Teoria Pura do Direito surgiu para “libertar” o direito das influências metafísicas do animismo, que atuam sobre o direito criado pelo homem.¹²⁶

Ao iniciar seus estudos de direito Kelsen se encontra em um mundo jurídico polarizado, dividido em defensores de um direito positivado e metodológico de um lado e defensores de um direito natural (metafísico) e imemorial de outro. O início do século XX caracteriza-se por um período marcado por grandes mudanças políticas e territoriais que, por consequência, imprimia alterações ao pensamento jurídico mundial. É neste período de grandes oscilações que Kelsen se coloca como defensor do positivismo jurídico, posição de manteve por toda sua vida.

Kelsen pretendia uma teoria que elevasse o direito à uma condição de ciência de direito positivo. E, nesta pretensão de ciência jurídica, desenvolveu uma teoria exclusivamente de direito positivo, inserida não em um qualquer ordenamento jurídico específico ou determinado, mas uma teoria de geral do direito e, como teoria geral aplicável a todo e qualquer ordenamento jurídico.¹²⁷ A importância da teoria kelseniana, que elevando o direito a uma condição ciência, é por muitos autores defendida como incontestável.¹²⁸

A forma com que o direito se desenvolveu, mais intensamente no final do século XIX e início do século XX, mostrava que estava muito longe do pensamento do direito como uma teoria pura, desvinculada de outras teorias sociais, foi nesta orientação (pretensão) de obter um direito que pudesse ser compreendido como ciência, portanto um direito de aplicação universal, o sentido adotado por Kelsen. Então, logo na primeira metade do século XX, Kelsen propõe a sua Teoria Pura do Direito (com a primeira edição em 1934 e a segunda

¹²⁶ A *Teoria Pura do Direito* tem como uma de suas razões fundamentais a tarefa de eliminar, da ciência do Direito, o pensamento animista ainda não totalmente extinto. Para isso, “se o desenvolvimento das ciências sociais ainda se mantém muito atrás da ciência natural isso se deve, entre outras coisas, ao fato de que, nesse campo, o pensamento animista e, portanto, personificador não foi totalmente extinto. (...) A Teoria Pura do Direito considera uma de suas principais tarefas libertar a ciência do Direito das relíquias do animismo.” Cf. KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*, p. 285.

¹²⁷ Hans Kelsen definiu a teoria pura do direito como sendo: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria de interpretação.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 1.

¹²⁸ Esta posição de relevância para o direito é defendida por Goyard-Fabre, que segundo a Autora “a teoria normativista de Hans Kelsen, pelo procedimento universalista que insiste na autodeterminação do direito, lança em plena luz à racionalidade normativa prática do campo jurídico.” Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*, p. 225.

edição em 1960). Definindo, desde de então, o Direito como objetivo de sua teoria pura e busca o seu conhecimento.¹²⁹

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.¹³⁰

Como ciência jurídica não tem interesse em saber como o direito *deve ser* politicamente ou sociologicamente, mas tão somente, como ele efetivamente *o é* normativamente e, que pretendendo ter a pureza inerente a qualquer ciência, terá que abstrair-se de tudo o que não é essencial à composição de uma ciência de direito, e que se pretende uma ciência pura. Mas não é por não reconhecer a existência da relação do direito com outras ciências, como a sociologia ou a antropologia, que se quis uma separação destas ciências, mas por necessidade de obtenção de uma teoria que se deseja pura¹³¹, ou seja, para o pensamento kelseniano o direito como ciência teve de abster-se de tudo o que não lhe é inerente, atém-se exclusivamente ao estudo de seu objeto:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. (...) Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas (psicologia, sociologia, ética e política), fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.^{132 133}

¹²⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (1934), p. 67 e ss.; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (1960), p. 1 e ss.

¹³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (1960), p. 1.

¹³¹ Segundo Ferraz Jr., “Kelsen reconhece que o Direito é um fenômeno de amplas dimensões, sendo objeto de uma Sociologia, História, Antropologia, Psicologia, Ética etc. Para a Ciência do Direito *strictu sensu*, porém, ele deve ser visto como objeto que é o que é pela especial forma normativa” Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*, p. 42.

¹³² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (1960), p. 1-2.

¹³³ Para Goyard-Fabre a obra de Kelsen definiu os *conceitos-mestres* do direito, sob um pensamento reflexivo dentro de uma sistematização de direito normativo.” No ensinamento de Goyard-Fabre a obra de Kelsen define um arquétipo dos conceitos mestres do direito, “sua obra magistral formula a problemática crítica da razão jurídica, os conceitos-mestres em torno dos quais se forma, nos diferentes setores do direito, um pensamento reflexivo aprofundador e desenha, circunscrevendo as categorias jurídicas, a arquitetônica de uma

A metodologia utilizada por Kelsen teve influência kantiana na formulação de sua teoria. E, que com Rudolf Stammeler deu os primeiros passos em sua teorização do direito, refletindo de forma transcendental sua relação entre o seu sujeito e o seu objeto. Para o entender de Goyard-Fabre, a teoria kelseniana compreende o direito como seu próprio auto-criador e que ele próprio se auto-regulamenta. Já num sentido de Autopoiése o direito evolui criando um novo direito, um sistema não totalmente estanque, mas circunscrito dentro de um sistema fechado, por mais que tenha algum contato com outros sistemas alheios ao direito, como a sociologia, a filosofia, a política, e mesmo sob influência externa de outros elementos mantém-se essencialmente como direito. O ato de criação do direito é ele próprio um ato de direito e, neste processo de criação há, concomitantemente, a sua própria regulamentação. A teoria pura do direito se desenvolve dentro de uma epistemologia racionalista.¹³⁴ Com esta teoria pura, Kelsen esquematiza uma normatização do direito, dentro de um contexto da razão crítica aprofunda o pensamento jurídico. A hierarquia das normas, com fundamentação na norma superior e criação e limitação da norma inferior, seguindo para um escalonamento piramidal das normas.¹³⁵

sistematização normativista do direito.” Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*, p. 227.

¹³⁴ Para a Autora de França a teoria kelseniana se desenvolve sob influência da teoria de Kant: “as perspectivas epistemológicas que a *Reine Rechtslehre* desenvolve segundo a vertente da metodologia criticista kantiana:” Kelsen elabora uma teoria que expõe as condições de possibilidade e de validade do direito positivo.” Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*, p. 223. (*grifo inserido*)

* Segundo Nicola Abbagnano o *Neocriticismo* ou *Neokantismo* foi o “movimento de “retorno a Kant” iniciado na Alemanha em meados do século passado e que deu origem a algumas das mais importantes manifestações da filosofia contemporânea. As características comuns de todas as correntes do N. são as seguintes: 1ª negação da metafísica e redução da filosofia a reflexão sobre a ciência, vale dizer, a teoria do conhecimento; 2ª distinção entre o aspecto psicológico e o aspecto lógico-objetivo do conhecimento, em virtude da qual a validade de um conhecimento é completamente independente do modo como ele é psicologicamente adquirido ou conservado; 3ª tentativa de partir das estruturas da ciência, tanto da natureza quanto do espírito, para chegar às estruturas do sujeito que a possibilitariam. (*Itálicos inseridos*)

Na Alemanha, a corrente neocriticista foi constituída pelas seguintes escolas: 1º de Marburgo (*Marburger Schule*), à qual pertenceram F. A. Lange, H. Cohen, P. Natorp, E. Cassirer, e à qual também se liga, em parte, Nicolai Hartmann; 2º de Baden (*Badische Schule*), fundada por W. Windelband e H. Rickert, 3º historicismo alemão, com G. Simmel, G. Dilthey, E. Troeltsch, etc. Esta última escola formulou o problema da história analogamente ao modo como as outras escolas kantianas formulavam o problema da ciência natural (v. HISTORICISMO). Fora da Alemanha, vinculam-se à corrente neocriticista C. Renouvier e L. Brunschvicg, na França, S. H. Hodgson e R. Adamson, na Inglaterra, e Banfi na Itália.” Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 710.

¹³⁵ Na orientação de Goyard-Fabre, mas já num outro contexto de estudo, mas numa mesma metodologia, o direito se reconstrói dentro de uma razão jurídica “a originalidade de Kelsen foi pôr em funcionamento o método do criticismo kantiano.” Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *O que é Democracia?*, p. 311. — O pensamento kelseniano está ligado ao pensamento criticista de Kant: “Kelsen salienta com uma força e uma precisão raras a necessidade de recorrer, na ciência do direito, à reflexividade de tipo kantiano, e explica que conhecer o direito é *re-construí-lo* segundo as exigências puras da razão crítica. Seu método analítico-crítico

A teoria pura do direito foi uma resposta formalista¹³⁶ de Kelsen a uma estrutura social que se apresentava de forma pluralista. Kelsen adota um pragmatismo kantiano no sentido de permanecer dentro de uma unicidade jurídica teórica, possibilitando, assim, essa unicidade, o estudo do direito como uma ciência jurídica.¹³⁷

Para Cabral de Moncada o neokantismo gerou uma nova forma de normativismo, que se chamou de positivismo jurídico, superando o positivismo sociológico.¹³⁸ Há um afastamento do direito de origem metafísica fundamentado em uma ordem superior, e passa a ser considerado o direito de origem social-comportamental e do pensamento humano.¹³⁹

Segundo Wayne Morrison, para quem muitos consideram a teoria pura do direito de Kelsen como a teoria mais radical do positivismo jurídico, a teoria é pura em dois sentidos:

- (i) firma-se livre de quaisquer considerações ideológicas, não se emitem juízos de valor sobre qualquer sistema jurídico, e a análise da “norma jurídica” não é afetada

parte do direito positivo como de um dado e procura determinar o *a priori* transcendental sem o qual a ciência do direito seria inconcebível.” Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*, p. 227.

¹³⁶ “A “pureza” de uma teoria do Direito que se propõe uma análise estrutural de ordens jurídicas positivas consiste em nada mais que eliminar de sua esfera problemas que exijam um método diferente do que é adequado ao seu problema específico. O postulado da pureza é a exigência indispensável de evitar o sincretismo de métodos, um postulado que a jurisprudência tradicional não respeita ou não respeita suficientemente. A eliminação de um problema da esfera da Teoria Pura do Direito não implica, é claro, negar a legitimidade desse problema ou da ciência que dele trata. O Direito pode ser objeto de diversas ciências; a Teoria Pura do Direito nunca pretendeu ser a única ciência do Direito possível ou legítima. A sociologia do Direito e a história do Direito são outras. Elas, juntamente com a análise estrutural do Direito, são necessárias para uma compreensão completa do fenômeno complexo do Direito. Dizer que não pode existir uma teoria pura do Direito, porque não é suficiente para uma compreensão completa do Direito equivale a dizer que uma ciência da lógica não pode existir, porque uma compreensão completa do fenômeno psíquico do pensamento não é possível sem a psicologia.” KELSEN, Hans. *O Que é Justiça?*, p. 291-292.

¹³⁷ E, que no mesmo sentido, segue em entendimento que para Morrison, “a solução de Kelsen para os dilemas por ele expostos consiste em adotar uma epistemologia pragmática neokantiana.” Cf. MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, p. 389. (grifo inserido)

¹³⁸ Luís Cabral de Moncada define o positivismo jurídico, já como resultado da influência do neokantismo, “damos aqui o nome de *Positivismo jurídico* à atitude de pensamento que consiste em nos limitarmos também no domínio do direito, só ao *imediatamente dado*, e em sistematicamente rejeitar não só qualquer tentativa de fundamentação metafísica como qualquer preocupação valorativa, extra-utilitária, do direito para além do direito positivo. Direito é, assim, o conjunto de normas, leis e costumes, decisões e convicções jurídicas que, de facto, existem num determinado país em certo momento histórico. Só isso interessa.” Cf. MONCADA, Luís Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*, p. 323/324.

¹³⁹ Defende o professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Lourival Vilanova, para quem qualquer sistema exige coerência em suas preposições para ser um sistema formal, que por sua vez faz referências a Pontes de Miranda: “a que ficou fora da incidência de regra jurídica é objeto de julgamento da política, da moral ou do cientista, “e nenhuma influência pode ter na dogmática jurídica.”” Cf. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, p. 154; *apud* Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, p. 21, tomo I. — Logo a seguir Vilanova retoma a explicação: “o sistema da ciência jurídica requer consistência interna como condição formal do ser sistema, mais, sua adequação (verdade material ou gnoseológica) à experiência em que se dá o sistema do Direito positivo.” Cf. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, p. 155.

por nenhuma concepção da natureza do direito justo; (ii) O estudo sociológico da prática do direito e o estudo das influências políticas, econômicas ou históricas sobre o desenvolvimento do direito ficam além da esfera da ação da teoria pura.¹⁴⁰

Kelsen define a *norma fundamental* da ordem jurídica de um determinado Estado, como fundamentadora do poder para criação da primeira Constituição, dispensando assim, para sua fundamentação, o poder advindo de uma ordem superior metafísica, abstraindo-se, portanto, de todo o poder superior divino ou existente na natureza. A função da norma fundamental é dar poder ao legislador dos primeiros atos jurídicos, é a pressuposição necessária positivista, ou seja:

A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador do Direito. Ela não é – como é a norma jurídica positiva – válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser *pressuposta* como válida; e ela é pressuposta como válida porque sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como um ato criador do Direito.¹⁴¹

Para Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, argumenta que a *ciência jurídica positivista* tem como pressuposta a norma fundamental:

Como a norma fundamental não é uma norma querida, nem mesmo pela ciência jurídica, mas é apenas uma norma pensada, a ciência jurídica não se arroga qualquer autoridade legislativa com a verificação da norma fundamental. Ela não prescreve que devemos obedecer às ordens do autor da Constituição. Permanece conhecimento, mesmo na sua verificação teórico-gnoseológica de que a norma fundamental é a condição sob a qual o sentido subjetivo do ato constituinte e o sentido subjetivo dos atos postos de acordo com a Constituição podem ser

¹⁴⁰ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, p. 382.

“Kelsen argumentava que tais estudos pressupunham uma investigação *a priori* da natureza do direito, ao modo da teoria pura. Em outras palavras, ele afirma que a teoria pura antecede qualquer outra investigação em direito; porque os estudiosos que adotam uma perspectiva “externa” do direito com a finalidade de investigar a realidade do direito e dos sistemas jurídicos devem pressupor que a entidade a ser observada é, na verdade, o direito.” MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, p. 382. — “Kelsen afirma que no passado as ciências sociais tiveram por tema uma imagem jurídica ou livre do homem, mas que uma metodologia um tanto determinista e reducionista foi importada das ciências naturais à medida que o positivismo se desenvolvia. O resultado foi um enfraquecimento de nossa capacidade de compreender a condição humana.” MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, p. 384. — Na mesma direção é o entender de Mário Losano, “a teoria pura do direito de Kelsen é a mais exaustiva descrição do sistema jurídico...” Cf. LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*, p. 52.

¹⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 170. (*Itálico inserido*)

pensados como o seu sentido objetivo, como normas válidas, até mesmo quando ela própria o pensa desta maneira.¹⁴²

Para Morrison, ao se posicionar quanto à teoria pura kelseniana, “a Teoria Pura só pode ser plenamente compreendida tendo por pano de fundo a preocupação de seu criador com a ideologia política e social, e com sua concepção pluralista do conhecimento; sua busca da pureza decorre tanto de preocupações metodológicas quanto políticas.”¹⁴³

O ponto de partida é a distinção que Kelsen faz entre o “ser” e o “dever-ser” do direito; ele se propõe a oferecer uma teoria “pura” que seja descritiva da estrutura jurídica existente. Todavia, o objeto da ciência jurídica é o material normativo da ordem jurídica; portanto, o “ser” da concepção kelseniana da ciência jurídica consiste numa descrição de proposições de “dever-ser” (jurídicas, não morais). A ordem jurídica consiste num sistema aplicação de proposições de *dever-ser*.¹⁴⁴

Em 1945 Kelsen lança, já nos Estados Unidos, a *Teoria Geral do Direito e do Estado*,¹⁴⁵ Kelsen manteve a definição para a teoria pura do direito como uma teoria geral do direito, definição esta que já havia sido proposta em sua obra mais conhecida *Reine Rechtslehre*. A pretensão desta obra é a capacitação de todos os que com ela tenham alguma interação, possibilitando assim, a sua compreensão mais exata possível da teoria que estão a descrever:

Quando esta doutrina é chamada “teoria pura do Direito”, pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação. Uma ciência que precisa descrever o seu objeto tal como efetivamente ele é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos. Este último é um problema de política, e,

¹⁴² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 227/228.

¹⁴³ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, p. 382/383.

¹⁴⁴ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, p. 391. Na mesma toada, que de outra forma, mas num mesmo sentido final, Ferraz Jr. nos mostrando, sobre a teoria kelseniana, que “o princípio de sua proposta está numa radical distinção entre duas categorias básicas de todo o conhecimento humano: *ser* e *dever ser*, a partir da qual se distinguem o mundo da natureza e o mundo das normas.” Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*, p. 42.

¹⁴⁵ Com esta obra Kelsen pretendeu uma aproximação da Teoria Pura do Direito com o direito dos Estados Unidos e da Inglaterra; esclarecendo, portanto, a sua teoria aos que estavam submetidos a um direito consuetudinário, mas também a quem estava submetido a um direito europeu continental, direito ao qual sua teoria fazia referência direta. Para Kelsen o direito positivo é um direito de uma comunidade definida. O direito de um estado, como por exemplo o direito dos Estados Unidos, do México ou o direito internacional, é o que se denomina direito positivo. Cf. KELSEN, Hans. *O Que é Justiça?*, p. XXVII e ss. (*Prefácio*)

como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade voltada para valores, não um objeto da ciência, voltada para a realidade.¹⁴⁶

A teoria pura do direito limita-se ao estudo do direito dentro de um ordenamento sistemático existente ou que já existiu. Não interessa à teoria pura do direito a forma como este direito veio a existir, de que forma foi posto. Interessa apenas se o direito posto é válido ou teve validade por determinado período. Para demonstrar esta separação entre a matéria que interessa à teoria pura e a matéria que não é de seu interesse, os métodos de estudos aplicados em cada matéria são diferentes uns dos outros, Kelsen faz um comparativo das diferenças entre “a diferença metodológica entre uma análise estrutural do Direito, por um lado, e a sociologia e a história do Direito, por outro, é similar à diferença entre a teologia e a sociologia ou a história da religião. O objeto da teologia é Deus, tido como existente; o objeto da sociologia e da história da religião é a crença dos homens em Deus ou em deuses, quer exista quer não o objeto desta crença.”¹⁴⁷

O sistema de direito positivo se desenvolveu em razão da necessidade de maior segurança jurídica. Segurança jurídica que o direito natural àquela altura já não apresentava. Para os defensores do positivismo a norma jurídica posta deveria ser observada e cumprida, sem a intervenção direta dos conceitos de moral e de justiça. Conceitos estes que alteram a percepção da profundidade da norma e alteram a sua aplicação homogênea, dentro de um determinado tempo e espaço territorial. A evolução do positivismo jurídico afastou a vontade pessoal do aplicador do direito, em favor da aplicação geral do direito positivado. É, portanto, a defesa de um ordenamento jurídico pensado e instituído pelo entendimento da coletividade, representada pelo parlamento ou autoridade com capacidade de impor normas, descrevendo o que é um comportamento correto e que deve ser praticado, e que o seu descumprimento é plausível de alguma punição previamente descrita. A previsibilidade normativa, com a prévia descrição do comportamento entendido como correto e desejado, cria segurança jurídica. A teoria pura do direito apresentada por Kelsen é o ápice da segurança jurídica pretendida pelo positivismo jurídico.¹⁴⁸

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. XXVIII. (Prefácio)

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. *O Que é Justiça?*, p. 291.

¹⁴⁸ Podemos trazer como exemplo da previsibilidade normativa do positivismo jurídico, a norma que prevê: ao cometer-se determinado crime, que não seja de grande repulsa à sociedade, será aplicada uma pena de prisão simples ou de multa ou ambas, em uma condição mais grave do crime (maior repulsividade dentro do mesmo crime descrito); ou, ainda, na ocorrência de um crime que provoque maior repulsa social, como é o caso do homicídio, em que está prevista a pena de reclusão por determinado período de tempo mínimo e máximo. Esta

O SER E O DEVER-SER

O direito como condição de normatividade da conduta humana, regula o comportamento humano, ou seja, regula a relação comportamental entre os indivíduos. Para Kelsen o termo *norma* indica o que deve ser e, principalmente, como o comportamento dos indivíduos deve ser.¹⁴⁹ É um direcionamento comportamental de um indivíduo em relação a outros indivíduos, não apenas no sentido de obrigatoriedade, mas também, no sentido de permissão ou de atribuição. É uma relação direcional de comportamentos entre indivíduos, onde um dos indivíduos quer que um determinado comportamento de outros indivíduos seja realizado da forma prescrita, mas não só, pode ser um comportamento através de limitações, o mais comum, onde as normas impõem limites às pessoas. Mas, também pode ser um comportamento autorizado ou mesmo um comportamento delegado (atribuindo algum poder aos indivíduos ou a um indivíduo específico). Kelsen denomina tais atos como *atos de vontade*.

Quando um indivíduo, através de qualquer ato, exprime a vontade de que um outro indivíduo se conduza de determinada maneira, quando ordena ou permite esta conduta ou confere o poder de a realizar, o sentido do seu ato não pode enunciar-se ou descrever-se dizendo que o outro se conduzirá dessa maneira. Aquele que ordena ou confere o poder de agir, *quer*, aquele a quem o comando é dirigido, ou a quem a autorização ou o poder de agir é conferido, *deve*.¹⁵⁰

O *Ser* –, quando a ciência do direito, faz uso de uma linguagem descritiva, o direito que é (*sein*). Como ciência verifica e descreve o seu objeto, “o aperfeiçoamento da observação que enseja a formulação de uma noção acabada e completa, permitindo a construção de um conceito válido – na medida que efetivamente retrata e espelha o objeto

positivação das regras cria segurança jurídica, na proporção de que todos os indivíduos que estão sob sua influência tenham conhecimento prévio das regras que devem obedecer, e, por outro lado, afasta o entendimento pessoal do aplicador da pena (do julgador), que terá que aplicar uma pena dentro dos limites previstos no ordenamento jurídico positivo.

¹⁴⁹ “A norma funciona como esquema de interpretação. (...) o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado da interpretação específica, (...), uma interpretação específica.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 4 e ss.

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 5.

observado – caracteriza devidamente o objeto e isola os demais.”¹⁵¹ Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., o desafio kelseniano “foi o de conferir à doutrina, ao saber dogmático, um estatuto reconhecidamente científico.”¹⁵²

O direito como “ser” constata a existência do direito como fato, o direito que aconteceu ou está acontecendo, ou seja, é o direito já se realizou ou está em processo de realização, servindo-se ou não das prescrições do *dever-ser*, ou mesmo, investindo contra estas prescrições.

O *Dever-ser* –, por sua vez, apresenta-se quando o direito faz uso de uma linguagem prescritiva, diz o direito que deve-ser (*sollen*), determina, indica como deve ser o comportamento de uma pessoa em relação a outra, que para Kelsen o direito é uma norma jurídica de comportamento, ou seja, é um sistema que regula a conduta dos indivíduos: “com o termo “norma” se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira.”¹⁵³ Que tem o mesmo entendimento no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello “o direito não disciplina pensamentos, propósitos, intenções, mas regula comportamentos de um em relação a outro ou a outros.”¹⁵⁴

A norma jurídica determina o comportamento de fazer ou não fazer, de dois ou mais indivíduos em suas relações entre si, “tudo que temos é-nos atribuído pelo direito, segundo normas jurídicas”¹⁵⁵, instituídas pelo legislador, que em termos contemporâneos formados por congressistas (representantes do povo através do poder legislativo que lhes é atribuído), eleitos pelos cidadãos de determinado Estado, para elaboração de normas que regularão as relações entre os indivíduos do próprio Estado ou, entre seus integrantes e o indivíduos integrantes de outros Estados (no caso das relações regidas pelo Direito Internacional), impondo aos indivíduos um comportamento de forma coativa, ou seja, que os indivíduos comportem-se da forma como está previsto.¹⁵⁶ E, mesmo os instituidores, na condição de

¹⁵¹ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência Tributária*, p. 33.

¹⁵² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, p. 227.

¹⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 5.

¹⁵⁴ É o entendimento, que no mesmo sentido, nos ensina Geraldo Ataliba “o objeto dos comandos jurídicos só pode ser o comportamento humano.” Cf. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, p. 22. — Já os ensinamentos de Lourival Vilanova relativos à conduta normativa do direito, do direito como *deve ser*, compreende: “o direito/objeto do conhecimento científico é o direito positivo, despojado de qualquer conexão como o direito natural ou a ética e a política do direito;” que é o pensamento expressado pela teoria kelseniana, “o direito é norma de conduta, ou conduta com o conteúdo de norma, mas o fator qualificante decisivo é a norma: direito é norma.” Cf. VILANOVA, Lourival. *Teoria da Norma Fundamental in VILANOVA, Lourival. Estudos Jurídicos e Filosóficos, volume 1*, p. 315.

¹⁵⁵ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, p. 27.

¹⁵⁶ Para Manuel Atienza a concepção do direito aproxima Kelsen do formalismo jurídico tradicional, um direito encerrado em si mesmo, completo, sem a existência de lacunas, porém, ocorre um distanciamento do

integrantes de um Estado, estão submetidos às prescrições normativas, por ele próprios positivadas.

Uma lei descreve um comando, uma forma como se deseja que alguém aja de determinada forma, que atue conforme um ordenamento previamente descrito, que no dizer de Kelsen “um comando que não implica uma vontade no sentido psicológico.”¹⁵⁷ A norma conduz a um comportamento, independentemente da vontade de que se atue de determinada forma ou, mesmo, que seja desejado pelo obrigado em atuar desta mesma forma prescrita, a vontade do emissor da norma e a vontade de quem a ela está submetido não tem relevância, o que a norma pretende é ver a sua “vontade”, sua determinação, cumprida.

A vontade da *norma* expressa a forma de agir do indivíduo, de como deve agir ao observar a ordem dada pela norma, e agindo no mesmo sentido dos termos prescritos da norma cumpre a sua determinação. E, ainda que não cumpra o que está previsto na norma, o que a lei determina conforme agir, esta continuará válida. O que realmente ocorre, cumprimento ou descumprimento, está localizado na condição que *é*, enquanto que a determinação da lei está localizada na condição do que *deve ser* (fazer, não fazer, abster-se). Para Kelsen a seara do direito como fonte da prescrição ou como objeto da descrição mostra que “a distinção entre o “dever ser” e o que realmente “é”, é fundamental para a descrição do direito.”¹⁵⁸ Porém, nem todos os atos praticados por um indivíduo são atos de obediência à uma determinada norma, ou à vontade de outro indivíduo. E, neste contexto, Kelsen define a norma como:

Na verdade, a *norma* é um *dever-ser* e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um *ser*. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer

formalismo na questão da interpretação e da aplicação do direito. Segundo Atienza, “a componente fundamental – e, de certo modo, única – do Direito são as normas; precisamente, as normas coativas. As normas não pertencem ao mundo do “ser”, mas ao do “dever ser”; não estabelecem como alguém se comporta, mas como deve comportar-se.” Cf. ATIENZA, Manuel. *O Sentido do Direito*, p. 319.

¹⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 49.

¹⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 52. — Paulo de Barros Carvalho numa apresentação da aplicação prática do dever-ser, numa aplicação ao direito tributário, quando o ato causa o surgimento de um fato gerador de obrigação e, por consequência, a obrigação de determinada conduta, ou seja, “ao captar a mensagem normativa, o destinatário da norma terá, em sua mente, uma representação: se ocorrer F, no plano da realidade tangível, deve-ser a conduta C, do sujeito S” perante o sujeito S’.” O dever-ser conclui-se. O cumprimento da obrigação surgida ou o seu descumprimento saem do contexto do dever-ser e passa a integrar, pois passa ao contexto da realizada fática, que no ensinamento de Paulo de Barros Carvalho, “o “dever-ser” encerra aí seu percurso, porque diante dessa representação o destinatário vai orientar-se de acordo com a determinação de sua vontade, que poderá manifestar-se tanto no sentido da conduta prescrita, como no de seu descumprimento.” Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 12

que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um *ser*, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um *dever-ser*, a uma norma como sentido do ato. Por isso não é correto dizer, como muitas vezes se diz, que o dever um indivíduo fazer algo nada mais significa senão que um outro indivíduo quer algo – o que equivaleria a dizer que o enunciado de um *dever-ser* se deixa reconduzir ao enunciado de um *ser*.¹⁵⁹

A relação entre *ser* e *dever-ser* tem algum contato, não estão totalmente estanques e sem qualquer vinculação um com o outro. O que se coloca na condição de possibilidade de um *ser* e um *dever-ser* coincidirem, ou seja, o que se determinou que deveria *ser* é o que realmente o *é* (de facto é o eu ocorre).¹⁶⁰

A INTERPRETAÇÃO

Para Kelsen a interpretação do direito se dá de forma autêntica, quando realizada por aplicadores do direito, podendo neste caso criar direito; e, interpretação de forma não autêntica, feita pela ciência jurídica, que não é fonte criadora de direito, e como ciência jurídica pretende apenas a compreensão, “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”.¹⁶¹

A interpretação realizada pelo jurista reconhece o direito já existente e vigente (ou, mesmo um direito que já não tenha mais vigência, mas que teve sua vigência em determinado

¹⁵⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 6.

¹⁶⁰ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 6 e ss.

¹⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 395. — Neste mesmo sentido, é o que nos traz o conceito de Tércio Sampaio Ferraz Jr., ao qual denomina de interpretação autêntica e doutrinária, que “para Kelsen, quando um órgão se pronuncia sobre o conteúdo de uma norma, por exemplo, o juiz quando determina o sentido de uma lei no processo de aplicação, produz um enunciado normativo. Como qualquer norma, esse enunciado é vinculante. Isso está na base de sua discussão da hermenêutica. Assim, a *contrario sensu*, todo ente que não é órgão, ao interpretar, ainda que diga qual *deva* ser o sentido de uma norma, não produz um enunciado vinculante. Aquele *dever-ser* não tem, pois, caráter de norma. É o caso, por exemplo, de um parecer jurídico ou de uma opinião doutrinária exarada num livro. (...) Quando se trata de órgão, ocorre uma determinação no sentido do conteúdo da norma, e essa determinação é vinculante. O órgão competente *define-lhe* o sentido. (...) Essa definição, diz Kelsen, é produto de um ato *de vontade*. Trata-se de um “eu quero” e não de um “eu sei”. E sua força vinculante, a capacidade de o sentido definido ser aceito por todos, repousa na competência do órgão (que pode ser o juiz, o próprio legislador quando interpreta o conteúdo de uma norma constitucional, as partes contratantes, quando num contrato interpretam a lei etc.). Havendo dúvidas sobre o sentido estabelecido, recorre-se a uma autoridade superior até que uma última e decisiva competência o estabeleça definitivamente. A sequência é de um ato de vontade para outro de competência superior.” Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, p. 228.

período), a norma que fora previamente criada e posta em vigência por alguém com autoridade para tal. Em um ordenamento, em que o instituidor seja compreendido¹⁶² como detentor de atribuição para criar normas, atribuição esta dada por uma ordem superior (uma norma superior, como o exemplo de uma Constituição; ou mais acima, uma Norma Fundamentadora). O conhecimento pode ser utilizado, ou seja, o “eu sei” kelseniano pode ser utilizado? Ferraz Jr., já com fundamentação na teoria kelseniana, responde: “Kelsen, evidentemente, não desconhece e até reconhece que tais atos de vontade estejam baseados em atos cognitivos. Até por dever de ofício, um juiz, por exemplo, tem que fundamentar sua sentença e dar à fundamentação uma coerência. Para isso faz certamente uso de seus *conhecimentos doutrinários*.”¹⁶³

Segundo Kelsen a interpretação da ciência jurídica não é criação jurídica e não preenche as lacunas do direito, estuda o direito que aí está, não interfere no seu andamento.

A interpretação do direito prescritivo tem a necessidade de ser completo, portanto, pretende a completude do ordenamento jurídico, ou ao menos, o mais próximo do que se possa almejar de preenchimento dos espaços existentes na criação normativa. Completar o quadro existente dentro da moldura. A o processo da interpretação prescritiva é o preenchimento das lacunas, realizando ou aproximando-se da total completude do direito, este preenchimento e eliminação de lacunas se manifesta pela necessidade de dar uma resposta, a mais real e perfeita possível, ao caso concreto que se apresenta (algo que aconteceu em desconformidade com a prescrição normativa e, nesta condição, exige a manifestação do direito).

Esta completude normativa estaria, num conceito kelseniano, inserida dentro de uma limitação criada pelo próprio direito como moldura, contidas nas inúmeras possibilidades de resposta à pergunta realizada. Preenchendo, portanto, as lacunas existentes com a escolha de uma ou mais respostas contidas dentro da limitação imposta pela moldura¹⁶⁴. Neste mesmo sentido é a explicação de Aroso Linhares, portanto:

Admitamos mobilizar um rótulo-máscara que nos permita identificar esta frente. Façamo-lo com a ajuda insuspeita de Kelsen. Poderemos assim dizer que as representações da *jurisdictio* justificadas candidatos-interlocutores que acabámos

¹⁶² Reconhecido, já num entendimento hartiano.

¹⁶³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo *do Direito: técnica, decisão, dominação*, p. 228.

¹⁶⁴ Não há, necessariamente, uma única resposta correta, mas múltiplas respostas que preenchem a lacuna existente. Para tanto, ocorrendo mais de uma resposta tida como correta, cabe ao intérprete decidir conforme sua interpretação, qual a resposta preencherá a lacuna de forma mais correta possível.

de designar convergem (mais ou menos aproblematicamente) numa concepção-tratamento (se não teoria) do direito como moldura(-*Rahmen*). Mais do que admitir que o direito (a aplicar, executar ou a realizar) possa ou deva ser convocado como uma moldura ou como uma fronteira – capaz de delimitar (enquadrar) um território-*Spielraum* (semântica e/ou pragmaticamente relevante) ... e este como um *ensemble* de possibilidades de decisão (todas elas) equivalentes (*mehrere Entscheidungen, die alle (...) gleichwertig sind*) – trata-se com efeito de reconhecer que é na fixação (*Feststellung*) desta moldura e (ou) na sua especificação cognitiva – uma especificação ainda protegida como interpretação *tout court* ou já inscrita (como etapa apenas analiticamente reconhecível) num processo de concretização-realização – que se consuma (que se esgota) a tarefa autonomamente jurídica (internamente jurídica) de determinação do direito e dos seus materiais (*das Ergebnis einer Rechtinterpretation (...) kann (...) nur die Feststellung sein, den das zu interpretierende Recht darstellt und damit die Erkenntnis mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind*).”¹⁶⁵

O direito delimitador encerra a sua autorrealização dentro da moldura que ele próprio cria (delimitando), portanto, o “resultado de uma interpretação correta pode ser somente a constatação de que a lei interpretada é, portanto, a realização de várias opções que são dadas dentro deste quadro.”¹⁶⁶ A resposta solucionadora das lacunas está inserida dentro dos limites criados pelo direito-moldura. O que há é uma completude inserida, não totalmente homogênea, mas que ao ser provocada preenche todas as lacunas, que se existentes, dentro da moldura do direito.

A interpretação autêntica, interpretação realizada pelo órgão aplicador do direito, tem o condão de produzir norma dentro da moldura, cria-se direito novo. É a criação vinculadora da norma. Um indivíduo ao observar a norma, a qual pretende cumprir, tem ele próprio que escolher entre as possibilidades de cumprimento da norma existentes, mas o seu comportamento não é vinculador do direito.¹⁶⁷

¹⁶⁵ LINHARES, José Manuel Aroso. "Jurisdição, diferendo e «área aberta»: a caminho de uma "teoria" do direito como moldura?", in Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, vol. IV, p. 460.

¹⁶⁶ Tradução simples de: “(*das Ergebnis einer Rechtinterpretation (...) kann (...) nur die Feststellung sein, den das zu interpretierende Recht darstellt und damit die Erkenntnis mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind*)”.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 395 e ss.

A NORMA FUNDAMENTAL

O Direito é um sistema normativo. E, para tanto, como sistema normativo precisa fundamentar-se. Mas, de que forma sistema normativo fundamenta-se? Para responder a esta questão, faz-se a verificação de um sistema normativo, através do exame da norma em sua validade, ou seja, faz-se a certificação da condição em que se encontra a norma em sua validade, ou mesmo, que já não há validade. A norma quando verificada na sua condição de realidade, pode ser confirmada pela repetição de ensaios, isto é, uma simulação em que podemos ver reproduzida a condição da realidade normativa (já num sentido empírico), em que a condição de observação repetitiva, nos levaria a ter a norma como verdadeira ou falsa. Utilizando um exemplo dado por Kelsen,¹⁶⁸ temos uma repetição de verificação, no qual os corpos se dilatam ao serem aquecidos, princípio que pode ser observado a qualquer tempo e em qualquer lugar, portanto, uma verdade universal. Mas, quanto às normas jurídicas não há uma comprovação empírica de simples observação da natureza. O que nos leva à condição de que, uma norma jurídica não está no mundo do *ser*, como estão as normas da Física, mas no mundo do *dever-ser*, pois trata-se de uma prescrição do que se deve fazer ou não se deve fazer.

A validade de uma norma não está em ser verdadeira ou falsa, mas em que a norma tenha eficácia. Uma norma não busca sua validade na verdade, a norma busca a sua validade em outra norma, uma norma superior.

Um ordenamento jurídico exige uma fundamentação, uma justificativa última para todo o sistema. Esta fundamentação se dá, no sistema kelseniano, com a *Norma Fundamental*, que vige enquanto o próprio sistema político, que ela fundamenta, se mantém em vigência, pois, em caso de mudança de regime por alteração de sistema político (revolução) e a troca do sistema normativo, provoca por sua vez, o surgimento de uma nova norma fundamentadora deste regime legal.

¹⁶⁸ Neste exemplo Kelsen utilizou-se do exemplo da dilatação dos corpos aos serem aquecidos, uma regra uniforme e que atua sempre da mesma forma quando são atendidos os requisitos que equiparam os testes, ainda que realizados em lugares distintos do planeta. Em regra, utiliza-se a mesma temperatura e pressão para observar a dilatação de um corpo específico. “Um corpo físico dilata-se quando aquecido” é verdadeiro e nós observamos, repetidamente e sem exceções, que os corpos físicos se dilatam quando aquecidos.” Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 161.

Há uma questão que o ordenamento jurídico necessita resolver, precisa estabelecer condições suficientes para sua unicidade, o que pode ser feito com a limitação superior de justificação, sem a qual a sequência de justificações normativas tenderia ao infinito, e, talvez a condição mais importante, mostrar que um sistema normativo não advém de uma ordem natural ou divina, de uma ordem metafísica, mas que tem sua origem e suas transformações desenvolvidas no pensamento humano, ou no comportamento reiterado dos indivíduos submetidos ao mesmo ordenamento jurídico. E, que por repetição costumeira, passam a entender um comportamento como norma. O que nos leva ao pensamento kelseniano e à sua fundamentação do ordenamento, através de uma norma fundamental pressuposta, a *Grundnorm*.

A *Grundnorm* está localizada fora do sistema jurídico positivado ao qual dá fundamentação, pois caso estivesse inserida dentro do sistema jurídico, teria ela, necessariamente, uma norma superior que a ela justificasse, e assim sucessivamente, tenderia ao infinito. O que a coloca numa condição de justificação externa de todo o sistema, que impedirá uma tendência ao infinito, o que ocorreria se norma positivada fosse. Então, uma norma fundamentadora apenas pode ser pensada pela coletividade que criou e se submete a um determinado sistema jurídico. A norma pressuposta fundamental (*Grundnorm*)¹⁶⁹ é a instância última de fundamentação da mais elevada norma positivada de um ordenamento jurídico. Ela, em si mesma, não cria ou determina a criação de normas de níveis inferiores a ela, mas tão somente, justifica os poderes do legislador, para que ele, apoiado na justificação de uma norma fundamental, crie a norma positivada de nível mais elevado (a Constituição).¹⁷⁰

Uma norma que representa o fundamento da validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. (...) parece que se poderia fundamentar a validade de uma norma com o fato de ela ser posta por qualquer autoridade, por um ser humano ou supra-humano. (...) o fundamento de validade, não expreso

¹⁶⁹ “Todas as normas do sistema convergem para um único ponto — a norma fundamental —, que dá fundamento de validade à Constituição positiva. Seu reconhecimento imprime, decisivamente, caráter unitário ao conjunto, e a multiplicidade de normas, como entidades da mesma índole, lhe confere o timbre de homogeneidade. Isso autoriza dizermos que o sistema nomoempírico do direito é unitário e homogêneo, afirmação que vale para referência ao direito nacional de um país ou para aludirmos ao direito internacional, formado pela conjunção do pluralismo dos sistemas nacionais.” CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 45/46.

¹⁷⁰ Podemos utilizar como exemplo uma constituição de um país no caso de países que adotam o *civil law*, e, de uma lei do parlamento no caso países de adotam o *common law* (mais especificamente o exemplo da Inglaterra).

mas pressuposto, (...). No silogismo cuja premissa maior é a proposição de dever-ser que enuncia a norma superior (...), e cuja conclusão é a proposição de dever-ser que enuncia a norma inferior (...), a proposição que verifica (afirma) um fato da ordem do ser (...), constitui, como premissa menor, um elo essencial. Premissa maior e premissa menor, ambas são pressupostos da conclusão. Porém apenas a premissa maior, que é uma proposição de dever-ser, é *conditio per quam* relativamente à conclusão, que também é uma conclusão de dever-ser. (...) a norma afirmada na premissa maior é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. A proposição de ser que funciona como premissa menor é apenas *conditio sine qua non* relativamente à conclusão. (...) A norma afirmada na premissa maior, (...), cujo fundamento de validade está em questão, provém de uma autoridade, (...), de alguém que tem capacidade, ou seja, competência para estabelecer normas válidas. Esta norma confere à personalidade legiferante “autoridade” para instituir normas.¹⁷¹

Como fundamento de validade normativa, Kelsen definiu dois sistemas de normas. O primeiro está definido como um *sistema estático* quando a norma fundamental fornece o fundamento e o conteúdo de validade, enquanto que o segundo é constituído por um *sistema dinâmico* a norma fundamental fornece somente o fundamento de validade.¹⁷²

A fundamentação de um *sistema estático* parte da norma fundamental e geral e encerra-se numa norma particular e individual, ou seja, o fundamento último da norma aplicada individualmente, que se liga hierarquicamente através de normas sucessivas, é a norma fundamental. Enquanto num *sistema dinâmico*, a instituição de normas, fundamenta o poder de legislar.

O fundamento de uma ordem jurídica é a sua criação, a forma como foi criada a norma fundante, não sendo relevante o seu conteúdo ou como ela foi pensada. Uma norma fundamental pressuposta que lastreia (justifica) a criação de uma ordem jurídica torna-se o seu fundamento.

Na definição da norma fundamental, em que Kelsen buscou, regressivamente, o seu fundamento normativo fora do ordenamento jurídico positivado, retirando assim, a possibilidade de revisão por parte do poder constituinte. Como nos mostra Vilanova, “mas quando Kelsen dá mais um passo na regressão em busca do critério-de-pertencionalidade, detendo-se na norma fundamental, como último grau, parece-nos, a proposição fundamental

¹⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 215/216.

¹⁷² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 217 e ss.

kelseniana coloca-se fora da órbita do sistema: é uma *proposição extra-sistemática*.¹⁷³ Nesta condição de externalidade, a norma fundamental não pode ser atingida por uma reforma, nos mesmos termos em que uma constituição é reformada, portanto, as alterações da norma fundamental são realizadas da mesma forma que a sua interpretação, de forma pressuposta.

Segundo Morrison “essencialmente, uma constituição (no sentido material) regulamenta apenas a criação de normas jurídicas gerais determinando os órgãos e o procedimento de legislação. Se a constituição (no sentido formal) também contém cláusulas referentes aos órgãos mais altos da administração e do judiciário, é porque estes criam normas jurídicas.”¹⁷⁴ A função da norma fundamental é de determinar aos indivíduos, inseridos dentro de um ordenamento jurídico a ela submetidos, que devem obedecer às normas constitucionais. Neste sentido de ordem máxima fundamentadora está o entendimento de Barros de Carvalho:

Como sistema nomoempírico teórico que é, a Ciência do Direito tem de ter uma hipótese-limite, sobre a qual possa construir suas estruturas. Do mesmo modo que as outras ciências, vê-se o estudioso do direito na contingência de fixar um axioma que sirva de último ponto de apoio para o desenvolvimento do seu discurso descritivo, evitando, assim, o *regressus ad infinitum*. A descoberta da norma fundamental, por Hans Kelsen, é o postulado capaz de dar sustentação à Ciência do Direito, demarcando-lhe o campo especulativo e atribuindo unidade ao objeto de investigação. A norma hipotética fundamental, entretanto, não se prova nem se explica. É uma proposição axiomática, que se toma sem discussão de sua origem genética, para que seja possível edificar o conhecimento científico de determinado direito positivo. Ela dá legitimidade à Constituição, não cabendo cogitações de fatos que a antecedam. Com ela se inicia o processo derivativo e nela se esgota o procedimento de fundamentação. É fruto de um edifício do pensamento humano,

¹⁷³ Segundo Vilanova o “jurista dogmático” procurará o fundamento das regras em aplicação, até o ponto mais alto de justificação, para, então, verificar se pertencem ao mesmo sistema jurídico, mas se a reforma compromete o “núcleo jurídico e político” será uma revolução, ou seja, as regras constitucionais podem ser revisadas e alteradas por outras regras constitucionais (emendas constitucionais), porém, se o núcleo da constituição for alterado ocorrerá uma revolução e o poder constituinte reformador transforma-se, nesta condição, em poder constituinte originário, portanto, nasce aí uma nova constituição. Cf. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, p. 254.

¹⁷⁴ Cf. MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, p. 381 e ss.

e a Filosofia do Direito a tem como pressuposto gnosiológico do conhecimento jurídico-científico.^{175 176}

A norma fundamental é a pressuposição de que nós devemos nos conduzir de determinado modo, nos termos definidos por uma norma superior positivada (Constituição), consubstanciação do entendimento de que as normas criadas por uma autoridade, aceita como detentora de poder de impor uma ordem, devem ser obedecidas. Manifestando este mesmo poder criador, que partindo da Constituição de um Estado, norma superior positiva de um ordenamento jurídico, até o momento da aplicação da norma através de uma ordem judicial, justifica-se todo em uma norma não positiva, por razões já ditas. Lastreia-se em uma norma fundamentadora de todo o ordenamento jurídico. É uma obediência autodeterminada, num entendimento de que se deve conduzir de determinada forma, através das normas impostas pelo legislador.

Em sua obra póstuma *Teoria Geral das Normas*, Kelsen passa a classificar a norma fundamental como uma ficção, em substituição à condição de hipótese, originalmente denominada, pressuposta.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Para Paulo de Barros Carvalho, a ciência do direito baseia-se num axioma, o que permite o seu desenvolvimento, e como ciência é um sistema nomempírico teórico ou declarativo, ou seja, baseia-se numa linguagem descritiva e utiliza-se de uma hipótese para desenvolver-se. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 46/47. (grifos inseridos)

¹⁷⁶ Barros carvalho fundamenta a utilização de um axioma, pela Ciência do Direito, por ser um procedimento utilizado, não apenas pelo direito, mas por todo o sistema científico: “Não deve causar espécie a circunstância da Ciência do Direito precisar de um axioma, enunciado que se dá por verdadeiro sem demonstração, para fincar a raiz de seu sistema. Tal acontece em todo o sistema científico: a Geometria, a Matemática, a Biologia, a Sociologia e as demais ciências partem sempre de proposições escolhidas arbitrariamente ou de evidência imediata, não comprováveis ou demonstráveis, e sobre elas se desdobra a organização descritiva dos respectivos objetos. E a palavra “ciência”, sobre que tanto se fala, é utilizada no presente discurso como estrato de linguagem, artificialmente construída e empregada na função declarativa, encerrando um feixe unitário de proposições, animadas pela pretensão veritativa, que se projetam sobre campo objetual uniforme e devidamente demarcado.” Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 47.

¹⁷⁷ Formulada inicialmente como uma ferramenta epistemológica, a norma fundamental é colocada como condição de pressuposição de validade do ordenamento jurídico. Resultado do exercício de cognição da sociedade, uma pressuposição. A fundamentação de uma norma, na teoria kelseniana, se dá em uma norma superior extrapositiva, pois, caso fosse positiva, a condição de fundamentação tenderia ao infinito. “Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada.” Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 217. Em sua obra póstuma, *Teoria Geral das Normas*, Kelsen altera seu entendimento. Para Kelsen a norma fundamental de uma condição de pressuposição passa, sob a influência da teoria vaihingeriana do “como-Se”, para uma condição de ficção, ou seja, é uma norma pensada, portanto uma norma fictícia. “O fim do pensamento da norma fundamental é: o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como do seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de norma. Este fim é atingível apenas pela via de uma ficção. Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei

a) Norma fundamental do direito positivo

Partindo da norma superior para norma inferior, a norma superior impõe um mandamento à norma inferior e, por sua vez, submete-se ao que foi determinado pelo mandamento de norma superior, que a seguir, emite um mandamento à norma imediatamente inferior, e assim, sucessivamente, até a última norma inferior que se exaure na decisão judicial, que é o aplicador final da sequência do ordenamento jurídico para as partes envolvidas no processo ou, ainda, sob determinação do órgão administrativo para que cumpra uma determinação, ou seja, são pessoas, não mais normas a cumprir o que foi determinado, interrompe-se a sequência de obediência pela norma inferior de mandamento da norma superior. Realiza-se o objetivo, no sentido superior-inferior, da sequência normativa.

Por outro lado, temos as normas inferiores que se fundamentam em outras normas superiores, sucessivamente, de grau em grau, até chegar-se à constituição. Ocorre que nesta condição de fundamentação, da norma inferior, em uma norma superior, temos que a constituição é a última norma superior positivada. Posição superior extrema de qualquer ordenamento jurídico positivado. A norma fundamentadora da constituição, no entanto, não pode ser uma norma posta/positivada, pois, em sendo positivada, ocorrerá a necessidade de norma superior que a fundamente; chegamos, então, ao patamar em que para o exaurimento da sequência de fundamentação da norma inferior por norma superior, para que não tenha isto uma sequência interminável. Condição impositiva de que esta norma fundamentadora, não poderá ser, ela mesma, uma norma positivada. Terá, então, que ser uma norma pensada, uma norma não posta, mas “pressuposta”.

A norma hipotética fundamental “Grundnorm” surgiu para justificar a obediência da norma constitucional positivada, a uma norma de instância superior a ela, atendendo assim a relação normativa de imposição sobre uma norma inferior, e de obediência a uma norma superior. Que até então essa relação de obediência ocorria de forma supranatural, oriunda do jusnaturalismo, que em última instância de obediência atribuía-se ao poder

–, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque ela não corresponde a realidade.” Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*, p. 328-329.

supranatural a sua fundamentação. “Na teoria kelseniana, a norma fundamental tem somente a tarefa de transformar um querer de subjetivo em objetivo, ou seja, dizer que é preciso comportar-se de forma prescrita pela constituição.”¹⁷⁸

Sem uma norma pressuposta justificadora, da sequência de normas, na ordem crescente, que ao ser iniciada a partir da norma inferior para a norma superior, tenderia ao infinito. Outra finalidade da norma fundamental, é a de unificar as normas dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

Para o juspositivismo a instância máxima do poder, a fundamentação de todo o ordenamento positivado localiza-se na mente humana, no pensamento coletivo, afastando-se, portanto, da norma fundamental emanada de um ser superior, metafísico, como justificação máxima do ordenamento jurídico, algo inconcebível ao positivismo jurídico. Passando para o contexto do próprio ser humano, enquanto ente pensador, a responsabilidade de criação das suas próprias normas.

Ao defender que um ordenamento jurídico que, em última instância, depende apenas do pensamento humano e não mais de um ente superior (que pode ser uma divindade ou a própria natureza), ao qual os homens se submetem, Kelsen instou a ira dos jusnaturalistas e passou a receber o peso de suas críticas.

Para Julio Faro “a norma pressuposta fundante é utilizada para determinar que a autoridade por ela tornada competente para instaurar a Constituição, vale dizer, aquela lei que busca sua validade diretamente da *Grundnorm* e que autoriza a criação de todas as demais normas jurídicas.”¹⁷⁹

Numa relação de condição e consequência, segundo Kelsen, as “normas gerais (...) têm caráter hipotético, quer dizer, elas ligam a uma condição genericamente determinada uma certa consequência universalmente determinada como devida. Por sua vez, normas individuais podem ter caráter hipotético, o que procede, particularmente, para normas jurídicas.”¹⁸⁰

¹⁷⁸ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, volume 2: Século XX*, p. 80.

¹⁷⁹ FARO, Júlio Pinheiro. *Kelsen, Merkl e o Escalonamento do Ordenamento*, in FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*, p. 77.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*, p. 342. — Para exemplificar esta condição de condição e consequência, de forma prática, Kelsen utiliza o exemplo do contrato realizado entre Maier e Schulze e a relação de descumprimento contratual, como exemplo: “Um tribunal (...) pode decidir: “Se Maier não paga 1.000 devidos ao Schulze dentro de duas semanas, depois que a decisão transitou em julgado, uma execução forçada deve ser dirigida contra seu patrimônio”. Ou: “Se Maier, dentro de três anos, a partir do momento em que esta decisão foi tomada, é condenado por causa de um delito punível, em face de condenação a ele infligida, Maier deve ser posto na cadeia ainda por mais três anos”.”

b) Norma fundamental do direito natural

Sempre que nos referimos à norma fundamental, via de regra, temos à mente a norma fundamental do direito positivo (*grundnorm*), mas uma norma fundamentadora do direito natural foi, também, pensada por Kelsen, “a norma fundamental do direito natural.”¹⁸¹

O direito positivo situa-se no universo da validade e da eficácia, afasta-se da moral, da ética, da política, não se justifica como direito justo ou injusto, o que é uma queixa dos defensores do direito natural. Para Kelsen o direito natural é plurívoco, compondo-se não de um direito natural, mas de vários direitos naturais, muitas vezes contraditórios entre si. O direito natural tem sua validade na pressuposição de que devemos obedecer as leis da natureza. Situação esta que nos levaria a contrariar a lógica da ciência.¹⁸²

A REGRA DE RECONHECIMENTO

Hart adota a distinção das regras em primárias e secundárias de obrigação, para diferenciá-las em sua aplicabilidade, para Hart a diferenciação se dá na origem das regras, com o surgimento, num primeiro momento, das regras primárias em sociedades constituídas, inicialmente, por pequenos grupos e, posteriormente, o surgimento das regras secundárias regulamentares das regras primárias de obrigação. Enquanto Kelsen adota a diferença das normas em razão de sua hierarquia, não objetivando a sua aplicação direta ou indireta, mas sim o seu escalonamento vertical.¹⁸³ Manter-nos-emos neste momento dentro da questão das normas primárias e secundárias definidas por Hart, que denominou a relação entre as duas normas de regra de reconhecimento.¹⁸⁴

¹⁸¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 244.

¹⁸² Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 244 e ss.

¹⁸³ Não há uma negação do escalonamento das regras por parte de Hart, que reconhece como escalonamento vertical de normas a relação de superioridade das leis do parlamento sobre as regras consuetudinárias e as *common law*.

¹⁸⁴ No contexto da discussão entre a norma positivada e a moral podemos afirmar que Hart adota uma posição de afirmação externa, reconhece a posição de Kelsen sem necessariamente participar dela. “Uma razão para usar a expressão «regra de reconhecimento» em vez de «norma fundamental» é para evitar qualquer comprometimento com a visão de Kelsen do conflito entre direito e moral.” HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 276.

Hart entende o direito como uma teoria que falhou na representação do sistema jurídico por ser uma teoria simplista ou por apresentar distorções, o que demonstrou ser incapaz de justificar o direito baseado na ordem coercitiva emitida pelo soberano.¹⁸⁵

A diferença marcante entre uma lei e uma ordem dada por uma pessoa a outras está, no caso da primeira, que é que a lei se aplica também ao emissor do comando; enquanto que na segunda, via de regra, aplica-se somente aos que recebem esta ordem e não atinge, no entanto, o emissor desta mesma ordem. Ou seja, utilizando o exemplo clássico do assaltante que ordena, sob ameaça, que uma pessoa entregue a ele um valor, esta ordem que é emitida pelo assaltante, atinge somente a pessoa que se torna obrigada a entregar o valor, e não obriga o assaltante; enquanto, que uma ordem emitida por um legislador, através do ordenamento jurídico, atinge a todos os integrantes daquela coletividade sobre a qual atua o poder legislador, mas diferentemente da ordem dada pelo assaltante, esta ordem atinge também o legislador, como indivíduo integrante desta coletividade.¹⁸⁶

O direito que confere poderes para a alteração, do próprio direito ou das relações jurídicas, não é baseado na cominação de penas. O direito por si próprio dá poderes ao legislador para que faça as alterações necessárias, para sua adequação às condições e alterações que ocorrem no tempo. Mas, também, impõe limites a esses poderes determinando ao legislador que os observe. Dão ordens, como legisladores, e a elas se submetem, como pessoas particulares.

Em último contexto há regras que não prescrevem ordens, não dizem o que deve ser feito ou do que abster-se, mas apenas explicam outras regras ou procedimentos a serem adotados.

Para Hart o que se apresentou da teoria mostrava que se direcionava a falhar é à derrota, como as “ordens coercitivas do soberano”, ou das “regras que conferem poderes” são fragmentos das “regras que impõem deveres”.¹⁸⁷ A teoria falhou pela sua extrema

¹⁸⁵ Para Hart “o modelo simples do direito concebido como ordens coercitivas do soberano não foi capaz de reproduzir alguns dos aspectos salientes de um sistema jurídico. (...) apontamos para certos aspectos familiares do direito interno num Estado moderno e mostrámos que estes estavam ou distorcidos ou não totalmente representados...” HART, H. L. A. *O conceito de direito*, cit., p. 89.

¹⁸⁶ “Consistiu em distinguir os legisladores enquanto agem na sua qualidade oficial, como pessoas que dão ordens a outros, nos quais se incluem eles próprios, agora na qualidade de particulares.” HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 90.

¹⁸⁷ Hart explica a derrota da teoria jurídica através dos elementos de sua construção: “a causa de raiz da derrota reside no facto de que os elementos a partir dos quais a teoria foi construída, nomeadamente as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças, não incluem e não podem originar, pela sua combinação, a ideia de uma regra, sem a qual não podemos esperar elucidar mesmo as formas mais elementares de direito.” HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 90.

simplicidade, que não conseguiu explicar a complexidade do sistema normativo moderno. Há a necessidade de um recomeço.

a) Regras primárias e regras secundárias

As regras de determinam diretamente aos particulares de façam ou abstenham de fazer alguma coisa, Hart as denominou *regras primárias*, enquanto as regras que permitem que as regras primárias sejam criadas, alteradas e fiscalizadas, ou seja, atribuem algum poder para sua criação, modificação e aplicação, Hart as denominou de *regras secundárias*, estas atribuem poderes aos legisladores, aquelas impõem deveres a todos os indivíduos.¹⁸⁸

b) Ser obrigado e estar obrigado

Tendo como ponto de partida as regras primárias e as regras secundárias, como um todo em si, como um conjunto formado por elas, em se relacionar umas com as outras, partindo daí a explicação do direito. Direito que inicialmente baseado na ordem coercitiva, mitiga a liberdade de agir do indivíduo, determinando, limitando ou proibindo seu modo intencional de agir. Para Hart a “teoria do direito que concebe como ordens coercitivas teve a sua origem, (...), numa apreciação perfeitamente correcta do facto de que onde há direito, aí a conduta humana torna-se em certo sentido não-facultativa ou obrigatória.”¹⁸⁹ A conduta de um indivíduo, a partir do momento que entra em contato com a conduta de outro indivíduo, sofrerá necessárias limitações. Pois, não havendo limitações nenhuma, a conduta de um indivíduo atingirá, direta ou indiretamente, os direitos de outros indivíduos.

Outra diferença está em que, de um indivíduo, emana uma ordem individual e específica, e o outro, o legislador, uma ordem coletiva e geral. A ordem dada pelo assaltante é uma ordem direta e individual, exige uma ação por parte do obrigado, a entrega do dinheiro. Enquanto, outra ordem, agora dada por um soberano ou por um legislador, atinge a toda uma

¹⁸⁸ “O *tipo básico* ou *primário*, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram quer não.” (...) Enquanto que as regras do *tipo secundário* têm o poder de: “extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação.” HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 91. (Itálicos inseridos)

¹⁸⁹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 92.

coletividade de forma geral. O que segundo Hart “há uma diferença entre a asserção de que alguém *foi obrigado* a fazer algo e a asserção de que essa pessoa tinha *a obrigação* de o fazer.”¹⁹⁰

A obrigação tem de ser, em si, evidente e de intensidade, tal, que faça com que o obrigado a entenda como de maior ofensa a si próprio por seu descumprimento, que o ônus que lhe é imposto para o cumprimento da obrigação.

Outra situação é a finalidade da imposição de uma coerção, para favorecer o impositor da ordem, ou favorecer a sociedade como um todo (pagamento de um imposto, abster-se de agir de forma perigosa). Aquele, como impositor, beneficia-se individualmente; enquanto, esta beneficia-se com uma contraprestação vinculada. No caso de ser obrigado, não há uma contraprestação, ou um retorno do valor entregue na forma de algum benefício, já no caso de estar obrigado haverá um retorno do valor entregue, na forma de benefícios sociais.

O não cumprimento de uma obrigação não altera, em nada, a validade desta mesma obrigação, o que acarreta, em regra, o não cumprimento de uma obrigação imposta pelo soberano ou pelo legislador é o surgimento de uma nova obrigação vinculada à primeira.

Na ordem coercitiva dada por um assaltante determinado que lhe entregue o dinheiro, existe apenas um passo para o obrigado, ou seja, uma ação, entregar ou não entregar o dinheiro. Já na ordem coercitiva emitida pelo soberano ou pelo legislador, existem dois passos, o primeiro consiste em agir ou abster-se de agir, por exemplo, ultrapassar o limite de velocidade permitido para uma via específica, em não ultrapassando não tenho nada a pagar em coimas (multas), e ultrapassando passa-se à condição devedor (ou de estar sujeito) de uma ou mais coimas, o segundo passo consiste em entregar ou não entregar o dinheiro.

Dentro da questão das obrigações há a discussão sobre as internalidades ou externalidades das regras. O cumprimento espontâneo das regras por um grupo que as entende como boas ou necessárias ao seu bem-estar, ou, o cumprimento das regras ocorre em razão de entender-se que o efeito do descumprimento será mais gravoso ou pior que o seu cumprimento.

Do ponto de vista interno têm-se a visão das obrigações emanam dos próprios indivíduos e ou grupo como algo que deve ser feito, ainda que o descumprimento possa acarretar alguma sanção, reconhece como própria a sua observação das regras. O

¹⁹⁰ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 92.

“observador”¹⁹¹ com um ponto de vista interno reconhece como sua a obrigação de cumprimento das regras.

Do ponto de vista externo o indivíduo ou grupo tem as regras como uma imposição externa de cumprimento, entende que com o descumprimento das regras lhes será imposta uma pena ou uma condição não desejável. O obrigado age somente na condição de não violação das regras no caso de visualizar, por esta conduta, uma consequência não desejável.

Em qualquer momento dado, a vida de uma sociedade que decorre de harmonia com regras, jurídicas ou não, provavelmente virá a consistir numa tensão entre os que, por um lado, aceitam e cooperam voluntariamente na manutenção das regras, e assim vêem o seu próprio comportamento e o das outras pessoas em termos de regras e os que, por outro lado, rejeitam as regras e atendem a elas apenas de um ponto de vista externo como sinal de possível castigo.¹⁹²

c) Elementos

Num modelo de sociedade primitiva formada por grupos com poucos indivíduos, geralmente com ligações de sangue, é possível imaginar que as regras são cumpridas por vontade de todos os integrantes, ou seja, o cumprimento das regras é feito de forma espontânea. Nesta sociedade primitiva, em que não exista um órgão instituidor de leis, ou um órgão destinado a impor o cumprimento destas leis, restará cumprimento espontâneo ou anarquia.¹⁹³

As normas criadas e observadas por estas comunidades (primitivas e constituídas por poucos indivíduos), cumpridas de forma espontânea, sem a interferência ou atuação de órgão ou grupo destinada à sua criação, fiscalização e cumprimento, Hart denominou de regras primárias de obrigação.¹⁹⁴

¹⁹¹ Na definição da localização do obrigado ao cumprimento das regras, do ponto de vista interno e externo, Hart o denomina *observador*. — Para Hart a posição do observador de uma determinada norma pode, ainda que com interesse próprio e efetivo em seu resultado, estar fora da área de eficácia desta norma ou, ainda, pela fato de que não se sente na posição de submeter-se à ela e repudia-la: “quando um grupo social tem certas regras de conduta, este facto confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta.” HART, H. L. A. O conceito de direito, p. 98/99. (*grifo inserido*)

¹⁹² HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 100.

¹⁹³ No sentido de desordem, bagunça.

¹⁹⁴ “Uma estrutura social deste tipo é frequentemente descrita como uma estrutura baseada no «costume»; mas não usaremos este termo, porque frequentemente assume de forma implícita que as regras consuetudinárias são

Hart concorda que mesmo nestas sociedades formadas por poucos indivíduos e com ligações, via de regra, afetivas e parentais, pode haver dissidentes e malfeitores. Para que estas regras “consuetudinárias” tenham efeitos a pressão social deve ter o poder de manter os dissidentes e os malfeitores¹⁹⁵ numa condição de obediência a elas.

Outra questão para a eficácia das normas é que os dissidentes sejam em número pequeno em relação à coletividade como um todo, pois, tornando-se os dissidentes numerosos podem influenciar alterações no cumprimento das leis, ou mesmo, passar a impor à coletividade uma nova regra normativa na forma nos termos que entendem que devem ser as leis.

Três defeitos são apontados por Hart relativos ao tipo primário de normas, por ele definido. Para o cumprimento destas normas, por parte dos indivíduos que não as tem como impositivas, dissidentes ou aos malfeitores em geral, pois, para estes indivíduos, não haveria uma imposição legal ou social para o cumprimento das regras, ou para os comportamentos tidos como correctos, pela coletividade. O *primeiro defeito* apontado é o da incerteza da eficácia deste direito, digamos, rudimentar. Inexiste um sistema normativo instituído, existe apenas regras que são tidas como algo a ser respeitado e observado, mas não há uma sistematização normativa, “sem qualquer identificação ou marca comum”¹⁹⁶. Existe, ainda, o problema da norma a ser aplicada e, quando houver dúvidas ou divergências sobre qual norma a ser aplicada, quem dará a solução à dúvida que surge, “este defeito na estrutura social simples das regras primárias pode ser designado como a sua incerteza.”¹⁹⁷

O *segundo defeito* é a condição estática do direito, “o carácter estático das regras”¹⁹⁸, que sofrem mudanças com o passar do tempo, e não há alterações feitas progressivamente por um legislador, que as fazem abruptamente com a edição de novas normas. Enquanto, no sistema de regras primárias de Hart, as leis são alteradas pelo comportamento dos integrantes do grupo, que passam a entender que algum comportamento é importante, em realizá-lo ou impedi-lo, daí então, integrando o rol das regras a serem observadas. Com a alteração temporal do pensamento de seus integrantes, estas normas

muito antigas e mantidas com menor pressão social do que as outras regras.” HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 101.

¹⁹⁵ “Nas cidades antigas a lei punia os grandes criminosos com um castigo considerado terrível, a privação da sepultura. Punia-se desso modo a própria alma condenando-a a suplício quase eterno.” COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *A cidade Antiga*, p. 15.

¹⁹⁶ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 102.

¹⁹⁷ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 102.

¹⁹⁸ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 102.

passam a não ter maior importância e entram em esquecimento até desaparecer, ou seja, as regras seguem uma sequência progressiva, de “facultativos”, passando a “habituais” e depois “obrigatórios”. Após seu ciclo de vida, iniciam um processo de obsolescência e passam a ser “tolerados” e, por fim, “despercebidos”.¹⁹⁹ Neste contexto existiria uma evolução natural das leis, elas nascem e crescem em importância, passam a ter uma vida e são observadas como regras importantes e, depois, sucessivamente, envelhecem e já não são notadas e efetivamente morrem.

O *terceiro defeito* é a ineficácia em razão de não existir um sistema normativo instituído com regras claras e definidas, as quais informariam o comportamento correto e a sanção por seu descumprimento, evitando com isto, a interminável discussão sobre o procedimento indicado como desvio de conduta, e, se este comportamento foi, ou não, compatível com a reprovação do grupo social. Há um agravante a mais que a falta de regulamentação pode acarretar, a autotutela ou vingança, quando não há um grupo ou órgão destinado à aplicação das normas aos culpados, “a falta de instâncias oficiais para determinar com autoridade o facto da violação das regras constitui um defeito muito mais grave”²⁰⁰.

Para Hart os defeitos apresentados pelas regras primárias das sociedades primitivas, que são encerradas em pequenos grupos, “consiste em complementar as regras primárias de obrigação com regras secundárias”²⁰¹. Que se configura na complementação, das regras primárias ou de cumprimentos espontâneo pelos integrantes do grupo social, pela submissão destas mesmas regras a um sistema de regras positivadas e de cumprimento impositivo, “um passo na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico”²⁰². As regras primárias são as que determinam aos indivíduos, diretamente, que devem fazer ou devem abster-se de fazer alguma coisa, enquanto, as regras de secundárias são as que promovem a criação, alteração e extinção das regras primárias.

Para cada um dos defeitos apresentados nas regras primárias de obrigação, Hart nos apresenta um remédio específico, direcionado a cada um dos deles. Problemas que ensejam a atuação de regras de alteração das regras primárias de obrigação, impondo um

¹⁹⁹ “O único modo de alteração das regras conhecido de tal sociedade será o processo lento de crescimento, através do qual os tipos de conduta primitiva pensados como facultativos se tornam primeiramente habituais ou usuais e, depois, obrigatórios e o processo inverso de enfraquecimento que ocorre quando os desvios, outrora tratados com severidade, são primeiro tolerados e depois passam despercebidos.” HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 102.

²⁰⁰ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 103.

²⁰¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 103.

²⁰² HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 103.

cumprimento coletivo das normas, de forma mais eficaz, através de alterações mais progressivas, através de regras secundárias.

d) Regra secundária de reconhecimento

Para a solução do defeito da incerteza das regras primárias de obrigação foi introduzida a “regra de reconhecimento”²⁰³ (*rule of recognition*), que consiste em ter uma regra identificada como regra de um grupo, “dada uma regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo”²⁰⁴ e, portanto, esta deve estar apoiada numa pressão social, imposta para seu cumprimento, “deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce.”²⁰⁵

O primeiro passo, para o reconhecimento espontâneo de uma regra, é torná-la na forma escrita, não sendo a escrita em si uma necessidade, mas possibilita o reconhecimento da autoridade inserida na regra e a confirmação de sua existência²⁰⁶. Há, então, a identificação da autoridade do instituidor e o reconhecimento do cumprimento espontâneo das normas instituídas.

e) Regas de alteração

As regras de alteração (*rules of change*) constituem-se num rol de regras que instituem poder de alteração as regras primárias. Criam um poder de legislador que atua criando, alterando ou revogando as regras primárias.

As regras de alteração abarcam todas as especificações de alteração das regras, atribuindo poderes para o legislador, mas ao mesmo tempo que atribui poderes, limita esses mesmos poderes, indicando as regras que podem e devem ser alteradas.

Este poder de alteração das regras não é necessariamente um poder coletivo legislado (alteração de normas de direito público), que se apresenta em primeiro plano, que

²⁰³ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 104.

²⁰⁴ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 104.

²⁰⁵ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 104.

²⁰⁶ “Onde exista tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regra secundária: uma regra para identificação concludente das regras primárias de obrigação.” HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 104.

partindo da alteração de regras atingiria somente grupos de pessoas, mas é também um poder individual que cria regras *inter partes* (criação e alteração de regras de direito privado), “se se pensar nos actos de celebração de um contrato ou de transferência de propriedade, como exercício de poderes legislativos limitados por indivíduos.”²⁰⁷

f) Regras de julgamento

As regras de julgamento (*rules of adjudication*), como o próprio nome diz, estão vinculadas ao julgamento do descumprimento das regras primárias de obrigação. A necessidade de identificar e julgar o descumprimento, das regras primárias de obrigação, atribui poderes e institui os responsáveis por esta atuação, na imposição de cumprimento das regras. As responsabilidades são atribuídas a indivíduos ou a grupos de indivíduos, o que inclui o poder para julgar as condutas dos indivíduos.²⁰⁸

Os julgamentos constituídos por suas decisões e sentenças criam direitos e impõem obrigações. Caracterizando-se, portanto, a atuação dos aplicadores do direito, como uma das fontes criadoras de direito.

Conforme Hart, “os fundamentos de sistema jurídico consistem na situação em que a maioria de um grupo social obedece habitualmente às ordens baseadas em ameaças da pessoa ou pessoas soberanas, as quais não obedecem elas próprias habitualmente a ninguém.”²⁰⁹ Condição necessária e suficiente para existência do direito em um ordenamento primitivo. Para um sistema normativo que evoluiu, de uma ordem primitiva, para o ordenamento jurídico contemporâneo, as explicações do sistema normativo baseiam-se, necessariamente, no atual estágio de desenvolvimento do sistema jurídico. No reconhecimento das regras primárias de obrigação, justificando e explicitando sua validade

²⁰⁷ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 106.

²⁰⁸ “Por isso, a regra que atribui jurisdição será também uma regra de reconhecimento que identifica as regras primárias através das sentenças dos tribunais e estas sentenças tornar-se-ão uma fonte de direito.” HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 107.

²⁰⁹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 111. — Segundo Hart trata-se de uma teoria reconhece sua incapacidade de explicação definitiva de todo o sistema jurídico interno atual, “com algum pormenor a incapacidade de tal teoria para explicar alguns aspectos mais salientes de um moderno sistema jurídico interno.”

e seu ingresso no sistema jurídico, através das alterações e atualizações, através das regras secundárias de reconhecimento.²¹⁰

No caso dos sistemas de criação de leis, como no exemplo de Rex I, a identificação de uma lei se dará utilizando a regra de reconhecimento para verificar a emissão por parte do poder legislativo de Rex I. Caracterizado por ter suas normas expedidas pelo soberano, que personifica o poder legislativo, e por ser a única fonte de regras.²¹¹

A fonte normativa, de origem única, das regras encontrados nos sistemas simples já não ocorre nos sistemas mais modernos e que têm múltiplas fontes de direito. Num sistema jurídico complexo, caracterizado pela diversidade de fontes normativas, a regra de reconhecimento, por sua vez, também será mais complexa.²¹²

A regra de reconhecimento pode ser definida, a esta altura, de forma bastante simplista, como: — A verificação da existência e eficácia de uma regra, por um grupo de indivíduos, que a reconhece e a ela se subordina. E, mais, que os integrantes deste mesmo grupo reconhecem o poder que expediu a regra e ao qual se submetem. Pode ocorrer que quem reconhece a subordinação do grupo esteja dentro deste mesmo grupo, o que em regra ocorre ou, ainda, que se encontre numa posição externa ao grupo, mas que nesta posição reconhece que os integrantes do grupo se submetem ao poder da regra reconhecida.

A multiplicidade de fontes de direito nos leva a uma questão importante e não incomum no sistema jurídico desenvolvido²¹³, o conflito de normas. Situação que cada ordenamento jurídico tenta resolver utilizando-se de critérios mais ou menos comuns, como a hierarquia, espacialidade e a temporalidade.

Nesta altura Hart nos mostra um pouco do sistema da *commom law* e seu sistema de solução de conflitos e que nos permitirá, dentro do sistema jurídico continental ou *civil law*, entender alguns preceitos. Que para Hart, “estabelece-se uma solução para conflitos

²¹⁰ Para Hart a relação de identificação da norma primária de obrigação pela norma secundária de reconhecimento é fundamento do sistema jurídico. Hart contesta, ainda, a utilização da expressão “teoria da soberania” por entender que é parcial e equívoca. CF. HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 111.

²¹¹ O sistema de produção de normas, enquanto sistema simples, a origem se dava por elaboração de leis pelo poder soberano (já num modelo sistema jusnaturalista, pois, a fundamentação do poder real encontra-se, neste período, no seu direito de sangue, que pelo nascimento lhe é dado por Deus).

²¹² Enquanto que num sistema mais complexo, tem-se múltiplas fontes de produção de normas, os legisladores, os costumes, as decisões judiciais proferidas em casos particulares. Condição esta, que por ter multiplicidade de fontes, acarreta conflitos entre as normas do sistema jurídico.

²¹³ Sistema jurídico mais desenvolvido, com múltiplas fontes de direito, em contradição ao sistema de fontes simples de normas, constituído pelo legislador soberano.

possíveis, através de ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativas.”²¹⁴

Aqui também se questiona a relação entre subordinação e derivação e a necessária definição das suas diferenças, que quando não esclarecidas, levam à errônea conclusão de que o direito é apenas o produto da legislação. Portanto, é o que nos esclarece o jurista britânico:

É importante distinguir esta subordinação relativa de um critério face a um outro, da noção de derivação, uma vez que muito do apoio espúrio à tese de que todo o direito é essencialmente ou realmente (ainda que de forma tácita) o produto da legislação adveio da confusão entre estas duas ideias. (...) o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar (*statute*). Contudo, elas devem o seu estatuto de direito, por precário que ele possa ser, não a qualquer exercício tácito de poder legislativo, mas à aceitação de uma regra de reconhecimento que lhes concede um tal lugar independente, embora subordinado.²¹⁵

Uma outra questão que Hart trata, dentro da regra de reconhecimento, é a questão da posição do aceitante da regra de reconhecimento, que pode ocorrer através de uma posição interna ao sistema jurídico ao qual está o sujeito inserido, e, portanto, que reconhece a regra como válida, ou, pode ocorrer de uma posição externa ao sistema jurídico, onde o sujeito por si próprio não reconhece a regra como válida por si próprio, mas reconhece que um determinado grupo a reconhece como válida.²¹⁶

O conflito de normas pode ser gerado, ainda, entre a compreensão dos tribunais e a compreensão geral, em razão dos tribunais, para realização seu reconhecimento das normas, estão submetidos a outras regras.

Entre a afirmação interna e afirmação externa o que determina a relevância é a aceitação de uma regra de reconhecimento, por quem aceita ou, ainda, por quem não aceita, mas que reconhece que outros a aceitam, é a sua utilização como regra de orientação.

²¹⁴ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 112.

²¹⁵ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 112.

²¹⁶ Neste conceito Hart denomina de “afirmação interna, porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o facto de que é aceite,” a outra forma denominou de “afirmação externa porque é a linguagem natural de um observador externo ao sistema.” HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 114.

A validade de uma regra de direito está relacionada com a sua observação, com o entendimento, dos indivíduos que a ela estão submetidos, de que esta regra está vigente e deve ser respeitada, ainda que alguns indivíduos se neguem a seguir esta orientação por não as reconhecer. A justificação da vigência se encontra certificação de que a regra não perdeu a sua utilidade, ou seja, que não entrou em desuso. Uma regra nestas condições de desuso, se é que podemos chamá-la de regra, já não cabe um reconhecimento, “seria de forma geral *desprovido de sentido* quer avaliar os direitos e os deveres de pessoas concretas por referência às regras primárias de um sistema, quer avaliar a validade de qualquer das suas regras por referência às suas regras de reconhecimento.”²¹⁷ Não teria qualquer função lógica a avaliação de uma regra já sem efeitos por obsolescência, ou que nunca os teve por falta de reconhecimento.

Uma outra forma de reviver uma regra de direito que já perdeu sua eficácia, ou foi retirada do ordenamento jurídico, é apontada por Hart, na situação em que uma regra é utilizada, ainda que em desuso e sem validade, para recompor um novo sistema jurídico, alterado através de uma revolução. É uma forma de reviver uma ordem jurídica que foi retirada do ordenamento, não de forma regular de abandono por obsolescência da norma, mas abruptamente, deixando ao consenso de todos a recuperação da validade da norma como possível.

O reconhecimento de uma norma, através de uma situação interna ao sistema jurídico, ou o reconhecimento de que uma norma é aceita por um grupo (o reconhecimento feito por um indivíduo externo ao sistema jurídico, que aceita sua eficácia), segundo Hart previne de fundamentações metafísicas.²¹⁸

Em todo o sistema jurídico o caminho percorrido na identificação, verificação da validade e da eficácia das normas tem um ponto de finalização, ou tenderá ao infinito com a identificação de uma norma superior para justificar ou reconhecer uma norma inferior, que no conceito de Hart, uma norma secundária de reconhecimento que se refere e identifica uma norma primária de obrigação. O fim proposto por Hart para a regra de reconhecimento foi

²¹⁷ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 115.

²¹⁸ Cf. Hart nos apresenta “a compreensão da relação normal de contexto entre a afirmação interna de que uma regra de um sistema é válida e a afirmação de facto externa de que o sistema é geralmente eficaz ajudar-nos-á a ver, (...) que ela será executada pelos tribunais ou que outra qualquer medida oficial será tomada.” Que nos motra a conclusão que “o motivo para desenvolver esta teoria formulada em termos de predição reside na convicção de que só assim se podem evitar as interpretações metafísicas.”

denominado de “regra *última*: é, onde, como é usual, há vários critérios ordenados segundo a subordinação e a primazia relativa, um deles é supremo.”²¹⁹

A asserção de que existe só pode ser uma afirmação externa de facto. Porque enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, neste sentido. Existir, mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de facto.²²⁰

A NORMA FUNDAMENTAL E A REGRA DE RECONHECIMENTO

O Direito é norma. O conceito de normativismo parte da condição que o direito é um conjunto síncrono de normas. Conceitualmente as definições de direito entre Kelsen e Hart condicionam-se numa posição de proximidade. Ambos partem de uma posição de ciência do direito afastando-o, portanto, da sua conexão valorativa. Tanto Kelsen quando Hart fazem uma separação entre o que é compreender (explicar) o Direito ou coisa é valorar o Direito. Os dois jus-filósofos, igualmente positivistas, afastam-se na mesma razão do jusnaturalismo, compreendendo que o direito não depende de uma ordem superior para sua criação ou, mesmo, se encontra à disposição natureza, e, deste modo, é apenas a criação da capacidade de cognição humana.²²¹

Numa relação de comparação fundamentadora entre as teorias. Kelsen numa correlação de regressão, chega a uma norma fundamental, unificadora de todo o sistema jurídico normativo, que por si mesmo, é dinâmico e auto-construtivo-evolutivo, já num contexto da Autopoiése de Luhmann, mas para tanto, a norma fundamentadora do sistema e unitarizante, deverá ser uma norma não positivada, portanto, uma norma pressuposta.²²²

²¹⁹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 117.

²²⁰ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 121.

²²¹ Segundo a orientação de Atienza “as concepções do Direito de Kelsen e Hart diferem em muitos aspectos de importância secundária, mas existem também coincidências essenciais que os separam tanto dos jusnaturalistas como dos realistas. Kelsen e Hart são autores positivistas que partem da ideia de que uma coisa é descrever ou explicar o Direito e outra valorá-lo moralmente”; tendo, ainda, outro ponto de referência que os une (ou ao menos os aproxima) é que “de igual modo os separa do jusnaturalismo – ou da maior parte dos jusnaturalistas – a ideia de que o Direito é criado e modificado exclusivamente por actos humanos”. Cf. ATIENZA, Manuel. *O Sentido do Direito*, p. 318. — No mesmo sentido, MENDES, Sônia Maria Broglia. *A validade Jurídica Pré e Pós o Giro Linguístico*, p. 110 e ss.

²²² “A norma impera, é *vinculante*, desde que seja *válida*. Esses conceitos são redutíveis um ao outro. Se a norma vale, impera. Se impera, é válida. Como, porém, para ele, validade é uma relação sintática entre normas,

Hart, por sua vez, parte de uma regra de reconhecimento última, dinâmico-unificadora de todo o sistema jurídico, sua existência não se configura em sua validade, mas na sua condição de reconhecimento-prático-unificadora, é uma norma de reconhecimento última.²²³ Hart compreende uma certa proximidade conceitual entre sua Regra de Reconhecimento e a Norma Fundamental de Kelsen, ambas reconhecem autoridades identificadoras de regras de validade de um sistema jurídico.²²⁴ Hart faz uma correlação entre a Regra de

abstração feita dos conteúdos e dos usuários, as séries hierárquicas de validade (uma norma se apóia em outra e sucessivamente) nos conduz à hipótese de uma primeira norma, a norma fundamental. Esta é responsável pela validade de todas as demais e caracteriza, simultaneamente, o sistema como um conjunto de normas redutíveis a uma unidade. Só pode haver, por isso, uma única norma fundamental, sob pena de não termos um sistema.” FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 156.

²²³ É neste sentido a posição de Hart definida por Ferraz Jr.: “Hart propõe outra explicação. Também concebe o ordenamento como sistema dinâmico e unitário. Para identificar essa unidade e, simultaneamente, a validade das demais normas, é necessária uma norma de reconhecimento, isto é, de identificação das normas como pertencentes ao sistema (norma válida) que seja última na série. Esta norma última de reconhecimento, porém, não é válida nem inválida: ela simplesmente *existe*. Não é também nenhum pressuposto da razão, pois sua existência significa que ela é usada num determinado âmbito: o ordenamento jurídico de uma sociedade. Ora, se olharmos essa norma do ponto de vista externo (digamos, um teórico que descreve o ordenamento jurídico inglês), a norma última de reconhecimento aparece como um dado objetivo (os juízes e legisladores usam aquela norma como ponto de partida). Se a olharmos do ponto de vista interno (por exemplo, o juiz quando aplica o direito, o cidadão quando o cumpre), essa norma aparece como uma regra que se assume.” Num outro sentido definidor da teoria kelseniana, Bobbio faz uma definição teórico-aplicativa da teoria do mestre de Viena, ou seja, “Bobbio nos dá ainda outra explicação. Observando que Kelsen, com sua norma fundamental pressuposta, está buscando o impossível (uma validade não relacional), propõe ele que a norma última identifique-se com um ato de poder. A norma fundamental é a que é posta por poder fundante da ordem jurídica e sua característica é a efetividade: ou o poder se impõe, ou não é poder fundante e não teremos norma fundamental. Desse ponto de vista, justifica Bobbio que, se qualquer norma é posta, nem toda norma é válida. Se um juiz estabelece uma norma, uma sentença, fora de sua competência, houve positividade, mas a norma não é válida. Quando subimos na hierarquia, porém, a distância entre a positividade e a validade vai estreitando-se até chegarmos àquele primeiro ato do poder, por exemplo, o poder constituinte, que, ao positivar a norma, já a estabelece como válida: não há mais distância entre uma coisa e outra.” Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 156-157.

²²⁴ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 274/276. (notas) — Para Ferraz Jr. na conceituação de normas jurídicas “Hart ensaia uma classificação conforme a seguinte observação: primariamente, normas estabelecem obrigações; contudo, um conjunto de normas que fosse apenas desse tipo traria alguns defeitos, seria *estático*, isto é, em aparecendo situações novas, não saberíamos como adaptar o conjunto a elas; seria ineficiente, pois não saberíamos dizer quem estaria apto a aplicá-las; seria *incerto*, pois na dúvida sobre se estaríamos ou não diante de uma norma do conjunto, não saberíamos como reconhecê-la. Assim, ao lado das normas primárias de obrigação existem normas secundárias, respectivamente, de *câmbio*, de *adjudicação* e de *reconhecimento*. As normas secundárias de câmbio superam o problema do caráter estático, conferindo poderes e estabelecendo procedimentos para a adaptação a situações novas. Por exemplo, temos as normas que conferem a certos órgãos o poder de legislar, de regular o procedimento legislativo, ou o poder de administrar, regulando a emissão de atos administrativos. As normas secundárias de adjudicação superam o problema da ineficiência, precisando o caráter difuso da pressão social exercida pelas normas de obrigação, ao determinarem competências judicantes e seus procedimentos para efeito de aplicação das normas primárias, quando violadas. Por exemplo, as normas de direito processual, em grande parte, são desse tipo. Por fim, as normas secundárias de reconhecimento superam o problema da incerteza, estabelecendo critérios conclusivos para a identificação de qualquer norma como pertencente ou não ao conjunto. Grande parte das normas constitucionais são desse tipo: por exemplo, as que contêm os direitos fundamentais – qualquer norma inferior que os viole são excluídas do sistema.” FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 97.

Reconhecimento e a Norma Fundamental, em seus pontos de convergência e divergência.²²⁵ Convergindo o entendimento hartiano ao pensamento kelseniano, quanto à pressuposição da norma fundamental e da regra de reconhecimento, tendo esta uma *pressuposição aplicativa-tácita*.²²⁶ Há divergência em dois pontos, o primeiro ponto de divergência está na questão da fundamentação de um sistema consuetudinário, como no caso do sistema jurídico britânico, em que não há uma Constituição positivada nos termos do sistema jurídico do *Civil Law*, portanto, como fundamentaria a sua Constituição. Para Kelsen a norma fundamental não fundamenta apenas a norma mais superior positivada, mas também, todo o ordenamento jurídico, sendo então, fundamentadora de um sistema do tipo *Common Law*. O segundo ponto de divergência entre as teorias, que efetiva divergência não é, está na questão do conflito entre o direito e a moral, utilizando Hart referência à regra de reconhecimento em substituição da referência à norma fundamental para evitar, neste caso, conflito com o entendimento de kelsen.

KELSEN E AS CRÍTICAS À SUA TEORIA

A Teoria Pura do Direito é considerada uma das mais relevantes teorias de direito positivo, alterou substancialmente a forma de se ver o Direito, e Kelsen não escapou de se tornar alvo de críticas. Por um lado, pelos jusnaturalistas, que o acusavam de criar um direito injusto; por outro lado, pelos positivistas, que o acusavam de estimular a obediência ilimitada ao direito positivo, justificando a atuação de governantes opressores. A situação piorou com advento da Segunda Grande Guerra, quando foi acusado de justificar os governos totalitários, com a obediência cega às normas de direito positivo. Ainda que o direito positivo tenha sido utilizado para fundamentar os atos de um qualquer governo opressor (justificando

²²⁵ Para Atienza, “enquanto Kelsen constrói uma teoria normativa do Direito que, sobre a base da filosofia neokantiana, trata de dar conta dos aspectos formais do Direito, dos conceitos comuns a qualquer sistema jurídico,”. O que Kelsen pretendeu, e demonstrou, é que na forma de ciência o Direito terá, nas mesmas condições, o mesmo resultado, independentemente de qual ordenamento jurídico é aplicado. Numa definição, algo de diferente, mas não contrária, Hart propõe elaborar uma teoria do Direito que define como “sociologia descritiva”, embora, desde logo, se trate de uma sociologia algo especial, pois o que Hart trata de descrever, basicamente, é a maneira como dos juristas e as pessoas em geral utilizam a linguagem do Direito.” Cf. ATIENZA, Manuel. *O Sentido do Direito*, p. 323.

²²⁶ Hart converge ao entendimento de Kelsen quanto à pressuposição normativa fundamental, porém, diverge do entendimento de Kelsen quanto à condição hipotética da norma fundamental. Cf. HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p. 275.

a existência dos Estados autoritários), tanto o direito natural, quanto o direito positivo, foram utilizados para justificar quaisquer comportamentos de Estados tirânicos e de seus chefes de governo. Kelsen, com sua teoria pura, que necessariamente se afastou da política e da moral, colocou-se no centro da eterna disputa entre o direito natural e o direito positivo. Para Norberto Bobbio “um dos maiores obstáculos a obstruir o caminho da filosofia do direito e a impedir o livre curso das disciplinas que deveriam recolher sua herança é a disputa tradicional entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, que se configura como oposição entre duas escolas em perpétua guerra, tendendo, cada uma, à eliminação da outra.”²²⁷

Ronald Dworkin inaugura o ataque ao positivismo jurídico em “Levando os Direitos a Sério” (*Taking Rights Seriously*), em 1977, distinguindo princípios e regras, tendo estas aplicações, direta e impositiva, e os princípios, com grau de indeterminação elevado, trariam maior grau de ponderação entre o justo e a regra, “... no quadro de uma distinção, em sentido forte, entre os princípios e as regras.”²²⁸ Dworkin não se refere à discussão entre direito positivo e direito natural, ou, na superioridade do direito natural diante do direito positivo, mas num equilíbrio entre *direito regra*, com elevado grau de rigidez na aplicação e *direito justo*, com maior grau de ponderação dos princípios em razão de sua maior indeterminação.²²⁹

O desconhecimento da teoria kelseniana levou vários críticos desta teoria a manifestarem-se de forma equivocada. Um conhecimento mais alargado da teoria kelseniana teria evitado ou, ao menos, alterado o posicionamento de seus críticos. Losano tem uma direção crítica moderada sobre a teoria kelseniana e, diversa da maioria dos seus críticos. Quando se refere à posição de Kelsen que se manteve na posição de elevar o Direito a uma condição de ciência, mantendo sua teoria exclusivamente dentro do contexto do direito positivo, abstraindo-se de dar qualquer explicação jusnaturalista ou sociológica, diz: “...

²²⁷ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, p. 99.

²²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Prefácio in* BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, p. 16.

²²⁹ No sentido de direito regra e direito principiológico, utilizando-se da definição de virtude Aristotélica, “como sendo toda virtude ou excelência não só coloca em boa condição a coisa de que é a excelência como também faz com que a função dessa coisa seja bem desempenhada”, ... “um meio termo referente aos indivíduos e não relativo ao objeto”, ... “que toda virtude ou excelência não só coloca em boa condição a coisa de que é a excelência como também faz com que a função dessa coisa seja bem desempenhada”, ... “Em tudo que é contínuo e divisível pode-se tomar mais, menos ou uma quantidade igual, e isso quer em termos da própria coisa, quer relativamente a nós; e o igual é um meio-termo entre o excesso e a falta. Por meio-termo no objeto entendo aquilo que é equidistante de ambos os extremos, e que é um só e o mesmo para todos os homens; e por meio-termo relativamente a nós, o que não é nem demasiado nem demasiadamente pouco — e este não é um só e o mesmo para todos.” Podemos, então, tomar neste sentido, ainda Aristotélico, que a ponderação entre a norma e princípio, o meio termo entre ambos, seria o termo justo, “a virtude é uma espécie de mediana”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. II, 6, p. 36-37.

quando não se pretende dar uma explicação, nem jusnaturalista nem histórico-sociológica, do fenômeno jurídico. Se se levasse em conta essa afirmativa kelseniana – que prova, aliás, a honestidade intelectual do filósofo de Praga –, provavelmente muitas críticas a tal discutível concepção kelseniana teriam sido formuladas de modo diverso ou não teriam sido nunca formuladas.”²³⁰

Certamente a posição independente de Kelsen que, a meu ver, não tinha pretensão de se justificar a qualquer outro jus-filósofo, colocando-se na linha de encontro das críticas (as quais não foram poucas):

De fato, não ignora as outras possíveis explicações da origem da validade jurídica: ele deseja ignorá-las. Dar-se conta desse posicionamento intelectual impõe uma direção precisa à crítica das teorias kelsenianas. Poder-se-á discutir se é um bem ou mal ignorar qualquer explicação extrajurídica da validade do direito; todavia, é claramente improdutivo opor explicações diversas à teoria kelseniana, como se esse autor precisasse ser doutrinado sobre a existência e sobre os méritos de outras direções de pesquisa. A meu ver, a análise da teoria de Kelsen deve muito explicar certas escolhas intelectuais suas. A enunciação de explicações diferentes da sua poderá ter lugar somente após ter-se evidenciado que as premissas extrajurídicas a partir das quais ele se move são menos adequadas do que outras para explicar a realidade jurídica.²³¹

Bobbio nos indica algum antagonismo de posição na conceituação entre direito natural e direito positivo, na *primeira* das desinteligências está com “a compatibilidade entre as duas orientações quando elas são entendidas como dois modos diferentes de aproximar-se do direito: o positivismo jurídico como ‘*tomada de consciência*’, e o jusnaturalismo como ‘*tomada de posição*’.”²³² Uma *segunda* discordância está no posicionamento “entre o direito assim como *é* e o direito assim como *deve ser*.”²³³ Uma *terceira* configura-se “pela convicção de que o direito com o qual o jurista deve ocupar-se é o primeiro e não o

²³⁰ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, volume 2: Século XX*, p. 73.

²³¹ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, volume 2: Século XX*, p. 74.

²³² Ferrajoli, numa espécie de recensão, faz um resumo do livro de Norberto Bobbio, *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, no qual mostra o caminho percorrido pelo autor, em sua peculiar clareza de mostrar as fontes de críticas e as incompreensões que existem entre jusnaturalismo e juspositivismo. No contexto do positivismo mostra que “a confusão que se faz entre esses significados com frequência encontra-se na base tanto da crítica radical como na defesa incondicionada do juspositivismo, tanto uma como outra injustificadas.” Cf. FERRAJOLI, Luigi. Prefácio in BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, p. 11; BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, p. 174. (*Itálicos inseridos*)

²³³ FERRAJOLI, Luigi. Prefácio in BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, p. 11. (*Itálicos inseridos*)

segundo”²³⁴, ou seja, o objeto de estudo do jurista estaria centrado no direito em um contexto apofântico. Uma *quarta* discrepância está localizada no direito justo ou injusto, mais precisamente na razão que o direito positivo não tem para si o conceito de moral como seu termo integrante, que leva a uma “atitude crítica em relação às leis positivas, com base em princípios ou valores de justiça externos a elas.”²³⁵

Ainda na questão das críticas que profundamente afetam o positivismo jurídico, que acentuam-se na constitucionalização da moral e dos princípios de direitos humanos, já numa atual influência da moral jusnaturalista. Retoma-se a questão da “da separação ou da conexão entre direito e moral, ou entre validade e justiça”²³⁶

É nisso que reside o caráter formal reivindicado por Bobbio, na esteira de Kelsen, de todos os conceitos teóricos, como os conceitos de norma, de validade, de ordenamento, e também, por esse motivo, de lei, de direitos fundamentais e de constituição. E é esse o sentido da tese da separação entre direito e moral, com a qual não se quer, certamente, dizer que as normas jurídicas não possuem conteúdos morais (ou imorais), nem que não devam conter conteúdos moralmente apreciáveis, ou que, quando são expressas em termos morais, a sua interpretação não exija, como aquela de todas as normas expressas em termos vagos ou avaliativos, escolhas interpretativas orientadas por opções morais ou, de qualquer forma, por juízos de valor. Com isso se quer dizer apenas que a validade das normas jurídicas não implica a sua justiça, nem é por esta implicada, dependendo unicamente da sua conformidade e da sua coerência com outras normas, formais e substanciais, sobre a sua produção.²³⁷

Na idealização jusnaturalista do direito, a concepção principiológica da ideia de justiça sobreleva-se à ideia de direito norma. O direito positivo só seria um direito completo, na concepção jusnaturalista, ao ser temperado com regras morais de justiça.²³⁸ Em uma comparação com o normativismo-positivista, os jusnaturalistas se colocam numa posição,

²³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Prefácio in BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, p. 11.

²³⁵ Outra situação das críticas impostas, ora ao jusnaturalismo ora ao positivismo jurídico, estão localizadas na aplicação do direito como justificador dos atos praticados, no comportamento em relação ao uso do jusnaturalismo como justificador da justiça do direito, que para os defensores do direito natural configura no “extremo desvalor moral do direito positivo” ; e, em contrapartida, o uso do positivismo para justificar a necessidade de cumprimento das leis impostas por regimes totalitários, que neste caso se justificaria “pelo inegável valor moral dos princípios constitucionais...” Cf. FERRAJOLI, Luigi. Prefácio in BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, p. 11.

²³⁶ FERRAJOLI, Luigi. Prefácio in BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, p. 14.

²³⁷ FERRAJOLI, Luigi. Prefácio in BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, p. 15.

²³⁸ “... autores jusnaturalistas (...) tendem a vincular o Direito não propriamente às normas, mas à ideia – ou com certa ideia – de justiça.” ATIENZA, Manuel. *O Sentido do Direito*, p. 75.

não de exclusão do direito positivo, mas se colocam num posicionamento de temperança, reconhecem a existência do direito positivo, porém, com certa moderação possibilitada pela utilização, já numa aplicação prática, de uma atenuação com o direito natural, “aquilo que o jusnaturalismo se opõe é a identificar o Direito com as normas positivas, com as normas formalmente válidas. Mas não se vê que os jusnaturalistas tenham algo a objectar, em princípio, à ideia de que o Direito consiste basicamente num conjunto de normas que regulam, com justiça, o comportamento social dos homens.”²³⁹

Os efeitos provocados pela Teoria Pura do Direito foram de acentuar o inconformismo com o sistema jurídico, já em mar revolto, colocando de um lado os defensores do direito justo e de outro os defensores de um direito universal, cisão que iniciara na segunda metade do Século XIX. O pensamento kelseniano não inicia a disputa entre os defensores do direito natural e os defensores do direito positivo, mas solidifica a disputa, ao defender um direito separado das ciências sociais, como a Sociologia ou a Política.

As críticas dirigidas à posição rígida de Kelsen ou à sua teoria, em grande monta dirigiram-se a pontos equivocados. Na condição crítica à teoria kelseniana, Losano nos apresenta duas críticas externas à concepção da norma fundamental de Kelsen, a primeira dirigida por Karl Engisch, em 1935, e, a segunda dirigida por Albert Vonlanthen, em 1965, “discussões entre Hans Kelsen e dois juristas que se ocuparam da norma fundamental a trinta anos de distância um do outro.”²⁴⁰ Duas críticas em um interstício de 30 anos, mostrando que o pensamento de Kelsen provocou e continua a provocar a movimentação de seus críticos.

a) Por Karl Engisch

Quem aplica uma norma de um ordenamento jurídico aplica todo o ordenamento, ou seja, uma unidade do sistema jurídico. Engisch tem uma posição muito próxima à posição de Kelsen, divergindo, aí de forma significativa, afastando-se do posicionamento jurídico e de seu âmbito puramente formal.

²³⁹ ATIENZA, Manuel. *O Sentido do Direito*, p. 75.

²⁴⁰ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, volume 2: Século XX*, p. 75.

Para Engisch a norma fundamental legitima as normas criadoras do direito, por exemplo, a constituição de um estado, condição que coincide com a *grundnorm* de Kelsen; mas também legitima as normas de grau inferior, o que diverge do pensamento de Kelsen e de sua norma fundamental (*grundnorm*), que fundamenta a norma superior, que por sua vez, fundamenta a norma inferior mais próxima, e assim, sucessivamente. Para Engisch as normas inferiores também são fundamentadas pela norma fundamental, não de forma indireta e sucessiva, mas de forma direta, há uma conexão direta entre a norma fundamental de Engisch e todos os níveis de normas de um ordenamento jurídico.

A pretensão da teoria Kelseniana é definir o fundamento de validade do ordenamento jurídico em questionamento, qualquer que seja o ordenamento que estiver em questão, não há lugar para fundamentação da produção normativa ou de sua relevância moral.²⁴¹

Quando Engisch faz uma definição da norma fundamental de forma conteudista e Kelsen como pressuposto lógico-transcendental, “a teoria pura do direito só procura desvendar as condições lógico-transcendentais.”²⁴² Para Losano, já num tom de defesa da teoria kelseniana, esclarece, esta incompatibilidade de definições resultou em que “os dois juristas falavam de duas coisas diferentes.”²⁴³

b) Por Albert Vonlanthen

As críticas de Vonlanthen, desde seu início, demonstram que entre seu pensamento e o pensamento de Kelsen, o que existe é uma total incompatibilidade, “uma espécie de incompatibilidade intelectual.”²⁴⁴

Dentro de um contexto geral, os críticos de Kelsen e de sua teoria, nem sempre atingiram o objetivo de demonstrar o que havia de errado, “dessa errada perspectiva deriva

²⁴¹ Numa posição de alinhamento com a teoria kelseniana, Losano se manifesta: “Aquilo que Kelsen quer encontrar não é o fundamento da produção de normas, mas o fundamento da validade das normas.” Cf. LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, volume 2: Século XX*, p. 78-79.

²⁴² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Viena, 1934, p. 126.

²⁴³ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, volume 2: Século XX*, p. 79.

²⁴⁴ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, volume 2: Século XX*, p. 79.

também uma série de imprecisões terminológicas, (...), úteis para indicar uma incompreensão de fundo da doutrina kelseniana.”²⁴⁵

As limitações positivistas utilizadas para controlar as investidas dos poderes dominantes, foram gradativamente, por estes mesmo poderes, assim que assumiram a governabilidade dos Estados, utilizadas para justificar as suas ações, ainda que estas ações fossem contra os cidadãos e contra a justiça, mas no interesse do Estado e dos próprios governantes para a perpetuação destes sistemas de governo, “a concepção positivista do respeito às leis serviu (...), para inculcar a obediência à autoridade.”²⁴⁶

CONCLUSÃO

Kelsen com sua Teoria Pura do Direito mudou definitivamente a forma de se reconhecer (estudar) o Direito. Não que tenha sido o filósofo-jurídico a dar os primeiros passos do positivismo, mas foi quem deu passos de solidez ao positivismo jurídico. Criou uma ciência do direito, e como ciência uma teoria pura do direito positivo. Mas, ainda que positivista, considerado o maior expoente do positivismo, Kelsen se manteve ligado ao tema central do jusnaturalismo,²⁴⁷ não por ser jusnaturalista, mas por se afeto a esse tema nuclear do direito natural, *justiça*, tema recorrente em toda a sua obra. Kelsen criticou as tentativas teóricas de definição da justiça, de Platão e Aristóteles até os autores do século XX.

Gênero e espécie, ainda que são ligados ao mesmo elemento, ao serem contrapostos, formam as maiores fontes de controvérsias no direito e na filosofia do direito, quando não restritos ao mesmo gênero ou mesma espécie. No caso da disputa entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo falamos de dois gêneros, que, por consequência lógica, são subdivididos em múltiplas espécies de teorias (subteorias). Esta multiplicidade de teorias provoca, de forma bastante frequente, que uma crítica seja direcionada a uma teoria ou subteoria específica, que inserida no gênero juspositivismo ou no gênero jusnaturalismo, seja entendida como uma crítica a todo o gênero do direito positivo ou do direito natural, provocando respostas das mais variadas magnitudes. Ou, ainda, direcionada uma crítica à

²⁴⁵ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, volume 2: Século XX*, p. 80.

²⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, p. 28.

²⁴⁷ Condição que lhe rendeu críticas de ser um jusnaturalista, posição que Kelsen não concordava. Não se mantinha como crítico das teorias e defensor da justiça por ser jusnaturalista, mas por acreditar na justiça.

uma subteoria específica, obtêm-se uma resposta direcionada à outra subteoria, levando a discussões intermináveis de assuntos não correlatos.

Mas, há uma separação total e efetiva ou apenas didática entre o direito posto e o direito natural? Ou temos uma unificação do direito no sentido hobbesiano?²⁴⁸ Ou temos a separação didática “dos direitos” como necessidade exigida por nossa compreensão? Pois temos um direito extremamente amplo e abrangente e a manutenção de uma unidade de estudo do direito dificultaria ou mesmo impediria o aprofundamento do conhecimento jurídico, filosófico, político etc., dada a evolução do direito e a sua especialização nas mais diferentes áreas do conhecimento humano.

Kelsen é considerado um dos filósofos-jurídicos mais importantes do século XX, mesmo por seus maiores críticos, que discordando de sua teoria, aí das mais variadas formas e pelas mais variadas razões, ou por seus defensores, concordando com a teoria kelseniana, afirmam que o pensamento de Kelsen, para a teoria do direito, provocou significativas mudanças no pensamento jurídico-filosófico.

Bobbio, na questão das críticas ao positivismo jurídico, coloca-se numa posição de reservas, ou seja, assume a posição de que as críticas não têm fundamentações sólidas, e questiona: “Aqui o problema é um só: trata-se de saber se verdadeiramente deseja-se estabelecer a ciência jurídica em bases sólidas, ou se o que se quer é perpetuar a confusão, que exerce sempre grande fascínio nas disciplinas morais, entre o momento da pesquisa e o momento da crítica ético-política.”²⁴⁹

No contexto de tudo que foi apresentado anteriormente, mesmo que na condição de questionador do tema nuclear do jusnaturalismo é precipitado afirmar que Kelsen seria um jusnaturalista, como já o foi, condição negada pelo próprio Kelsen. Mas, afirmar que a atuação científica de Kelsen, coloca-o na condição de um jus-filósofo positivista exclusivo

²⁴⁸ Para Hobbes: “Sendo então mais antiga que a promulgação das próprias leis a obrigação de observá-los, como que embutida no próprio fato da constituição da Cidade, em virtude da lei natural que proíbe a violação dos pactos, a lei natural ordena a observância de todas as leis civis. Efetivamente, quando somos obrigados a obediência antes de saber o que nos será ordenado, temos a obrigação geral de obedecer em todas as coisas. De onde segue-se que nenhuma lei civil — que não seja feita para ultrajar a Deus, diante de quem as próprias cidades não são autônomas e nem fazem propriamente leis — pode ser contra lei natural. Pois, embora a lei natural proíba o furto, o adultério, etc, se porém a lei civil ordenar tal espécie de transgressão, não se tratará mais de furto ou adultério. Assim, quando os lacedemônios permitiam que as crianças furtassem certos bens alheios, sob certas condições legais, davam ordens para que esses bens, não mais alheios, passassem à propriedade do pequeno ladrão, e por este motivo não eram considerados furtos tais pilhagens. Da mesma maneira, a junção dos sexos entre pagãos era, conforme suas leis, alicerce para casamentos legítimos.” HOBBS, Thomas. *Do cidadão*, (1640), XIV, 10.

²⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, p. 154.

ou de atuação extremada, já também não cabe. Aos olhos de seus leitores, Kelsen assumiu a posição, não do que é, mas uma posição que eles próprios (seus leitores) lhe impuseram, tendo Hart afirmado ser ele próprio um positivista moderado²⁵⁰ e neste contexto ficaria Kelsen num positivismo mais extremado. Para os líderes políticos a sua teoria era inútil, para os jusnaturalistas tratou-se de uma teoria que justificava os regimes ditatoriais, para os positivistas Kelsen não se manteve firme nas suas convicções e as alterou com o passar dos tempos. E, para os moderados, Kelsen criou uma teoria pura que justificou o direito como ciência e teve a competência de evoluir seu pensamento com o tempo. E, para os que insistem em estudar sua obra, Kelsen defendeu, tanto no direito positivo quanto no direito natural, o que era e é, dentro do direito ou da ciência do direito, de mais relevante para a sociedade em todos os lugares e em todos os tempos. Não se ateuve apenas a assuntos exclusivamente positivistas, em detrimento de matérias jusnaturalistas, mas andou bem dentro das duas teorias mais extremadas do direito.

A defesa do posicionamento de Kelsen em relação às varias matérias relacionadas com o direito é, ao menos em uma delas, defendida por Goyard-Fabre, “nos parece importante isentar Kelsen da acusação tantas vezes lançada contra ele segundo a qual seu normativismo poderia justificar qualquer regime, até mesmo o regime nazista.”²⁵¹ A obediência à norma foi inicialmente a defesa aos regimes totalitários, protegendo os direitos dos cidadãos contra o poder tirânico dos governos absolutistas, porém, quando estes mesmos regimes acederam ao poder, utilizou-se a mesma obediência normativa para justificar as leis, ainda que contrárias aos direitos dos cidadãos, criadas pelos regimes totalitários. “Como teria ele podido justificar o regime que foi seu pior inimigo? Como teria podido, caso tivesse justificado esse regime defender ao mesmo tempo o valor da democracia?”²⁵² Como também defendeu o valor da justiça.

Para grande parte dos filósofos do direito e juristas, como é o exemplo de Norberto Bobbio, a obra de Kelsen teve, e ainda mantém, sua relevância para a ciência do direito.²⁵³

²⁵⁰ HART, Herbert. *Pós-escrito in HART, H. L. A. O conceito de Direito*, p. 312.

²⁵¹ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é Democracia?*, p. 316.

²⁵² GOYARD-FABRE, Simone. *O que é Democracia?*, p. 316.

²⁵³ Para o jus-filósofo italiano: “No campo do conceito de direito (tarefa ontológica), acredito que a direção mais fecunda e frutuosa foi a kelseniana, e penso que ela deva ter prosseguimento, desenvolvendo-se as pesquisas iniciados por Kelsen e por sua escola relativamente à teoria formal do ordenamento jurídico. Não se trata de acolher todas as soluções de Kelsen, mas de da continuidade a sua obra.” Cf. BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*, p. 94.

Os conceitos e as definições sobre o pensamento kelseniano, até agora apresentados, levam-nos a conclusão de que:

a) As críticas apresentadas por Kelsen são sempre consubstanciadas em posições lógicas, abstendo-se em cada caso de qualquer crítica embasada em sua própria opinião;

b) Kelsen, em relação ao direito como um todo, posicionou-se de modo que fosse elevado à condição de ciência independente de outras ciências, como a filosofia, a sociologia ou a política, obtendo grande êxito em sua pretensão;

c) Ainda que colocado como opositor ao direito natural, Kelsen não tratou do direito natural como algo que devesse ser combatido, posicionou-se como crítico, tanto do direito natural como do direito positivo, daquilo que entendeu que estava equivocado dentro do direito. Esta, também é a posição defendida por Goyard-Fabre para quem: “Kelsen percebeu claramente a inutilidade do conflito entre jusnaturalismo e juspositivismo, conflito a seu ver perpétuo e sem saída já que nasce de um problema mal explorado.”²⁵⁴

d) Relativamente à infundável disputa entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, manteve-se numa posição pré-definida de neutralidade, pois o que pretendia, e nisto obteve grande êxito, era consolidar na ciência do direito positivo, resultando em uma teoria pura do direito, com sua norma fundamental pressuposta/hipotética, a *Grundnorm*.

Podemos reconhecer, com fundamento no que foi apresentado que, no estudo e definição-fundamentadora, Kelsen não deixou-se parar no tempo evolutivo do Direito, seja estudando sua forma pura, como ciência do Direito, seja em sua forma associada a outras matérias como a filosofia, a sociologia, a ética etc. Mostrando que o Direito está sempre em contínua evolução. Condição que Kelsen observou com o passar do tempo e, que ele próprio, apresentou em sua expressiva obra.

A obra de Hans Kelsen continua como referência aos estudiosos do direito positivo, e as alterações impostas por Kelsen em sua evolução como cientista do direito, mostram que o direito é de alma viva, evolui, alterando-se sob a influência da evolução socio-científica. Molda-se a novas exigências a que os ordenamentos jurídicos são submetidos. O século XXI iniciou-se e com ele as críticas à teoria kelseniana, antes com os defensores do direito natural, agora com os neoconstitucionalistas e pós-positivistas, condição que mostra a vitalidade da teoria pura do Direito e de sua norma fundamentadora. Porque, se assim não fosse, a discussão sobre este mesmo assunto já teria sido dada por encerrado. Em referência última

²⁵⁴ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*, p. 136.

à condição de influência da teoria de Kelsen, nos entendimentos dos tribunais brasileiros, podemos buscar nas notas de um dos mais jovens ministros do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, “Mesmo quando não é citado, Kelsen se faz presente quando o STF usa expressões como tribunal constitucional; pirâmide. Hierarquia ou escalonamento de normas e monismo jurídico.”²⁵⁵

²⁵⁵ Neste início de século XXI, se assim podemos dizer, a teoria kelseniana mantém a sua força, e com frequência são invocados os ensinamentos de Hans Kelsen na solução de litígios, em julgamento no Supremo Tribunal Federal, mais alta corte brasileira. Insensíveis as referências à teoria kelseniana no direito brasileiro, seus críticos em incidente miopia cognoscitiva, insistem nos ataques, “a confusa crítica ao positivismo jurídico, sem que se faça diferenciação entre suas várias acepções, e, nesse ponto, Hans Kelsen tem merecido injustas censuras por teses que ele nunca defendeu.” TOFFOLI, José Antonio Dias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Hans Kelsen, *O Jurista e as suas Circunstâncias in* KELSEN, Hans. *Autobiografia*, p. XVII-XVIII.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. Estrutura da norma jurídica em Hans Kelsen – e a discussão sobre a resposta correta, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

ALCALÁ, J. Alberto del Real. A Perspectiva de Kelsen Sobre a Questão da Identidade Nacional, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

AQUINO, Santo Tomás de. Suma Teológica. Trad. Alexandre Correia. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf> - Acesso em: 04/10/2018

ARANTES, Bruno Camilloto. Normativismo Jurídico: a contribuição de Hans Kelsen para a consolidação do positivismo jurídico. Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, vol. I, nova fase, pág. 25-39

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os pensadores; vol. 2)

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência Tributária. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016
_____. República e Constituição. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011

ATIENZA, Manuel. O Direito como Argumentação. Trad. Manuel Poirier Braz, Lisboa: Escolar Editora, 2014; Título original: El Derecho com Argumentación, Editorial Ariel, 2012

_____. O Sentido do Direito. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014; Título original: *El Sentido del Derecho*, Editorial Ariel, 2012

BARBERIS, Mauro. Legal Positivism *in* the 20th Century *in* PATTARO, Enrico; ROVERSI, Corrado. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2. Netherlands: Springer, 2016

BARCELLOS, Igor Awad; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. A Obra de Hans Kelsen como Moldura de sua Própria Interpretação, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER,

Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de Filosofia. Consultoria da edição brasileiro Danilo Marcondes; trad. Desidério Murcho *et al.* Rio de Janeiro: Zahar, 1997

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. Trad. Jaime A. Clasen. Rev. técnica Marcelo Granato. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016. Título original: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*

_____. Teoria da Norma Jurídica. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. Apres. Alaôr Caffé Alves. 6ª ed. São Paulo: Edipro, 2016. Título original: *Teoria della norma giuridica*

BONGIOVANNI, Giorgio. Legal Positivism in the first half of the 20th Century *in* the 20th Century *in* PATTARO, Enrico; ROVERSI, Corrado. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2. Netherlands: Springer, 2016

BORGES, Ivan Cláudio Pereira. As fases do Pensamento Jurídico de Hans Kelsen *in* BORGES, Ivan Cláudio Pereira (Org.). A Teoria Jurídica de Hans Kelsen: reflexões críticas sobre a Teoria Pura e diálogos com o Direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

BRASIL. CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm – Acesso em 04/12/2018

BULYGIN, Eugenio. Considerações sobre validade e eficácia do Direito, de Kelsen, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

BURITY, Tarcísio de Miranda. A Teoria das Fontes do Direito em Kelsen e a sua concepção democrática do Estado. Revista de Direito Público, ano 24, nº 97, pág. 5-16

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998

COELHO, Fábio Ulhoa. Do Desafio Kelseniano à Ruptura Anticientificista, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

_____. Para Entender Kelsen. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CORREAS, Óscar. El Otro Kelsen. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1989. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros> – Acesso em 06/09/2017 (DIGITAL)

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. A cidade Antiga. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961. Título original: *La Cité Antique – Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de La Grèce et de Rome*

COURA, Alexandre de Castro. Sobre Discricionariedade e Decisionismo na Interpretação e Aplicação das Normas em Kelsen, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

CUNHA, Paulo Ferreira da. O ponto de Arquimedes, natureza humana, direito natural, direitos humanos. Coimbra: Almedina, 2001

D'ENTREVES, Alessandro Passerin. Natural Law, An Introduction to Legal Philosophy. London: Hutchinson University Library, 1951 (Chapter VI, The Ideal Law, pages 95 to 111)

FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

FARO, Júlio Pinheiro. Kelsen, Merkl e o Escalonamento do Ordenamento, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

FERRAJOLI, Luigi. *Prefácio in* BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. Trad. Jaime A. Clasen. Rev. técnica Marcelo Granato. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016. Título original: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A ciência do Direito. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014

_____. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013

GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Philosophie Critique et Raison Juridique*

_____. *O que é Democracia?* Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins fontes, 2003

_____. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins fontes, 2007. Título original: *Les Fondements de L'Ordre Juridique*

HALDEMANN, Frank. *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: Um debate sobre o Direito Nazista*, in FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

_____. Herbert. Pós-escrito in HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

HERRERA, Carlos Miguel. *A Polêmica Schmitt-Kelsen sobre o Guardião da Constituição*, in FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 3003. Título original: *Die Metaphysik der Sitten*

_____. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução José Lamego. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira; Rev. e coord. António Manuel Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015; Título original: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*

KAUFMANN, Arthur. *Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa*; in *separada do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 78. Coimbra: 2002

KELSEN, Hans. A justiça e o direito natural. Trad. João Baptista Machado, Coimbra: Almedina, 2009

_____. Autobiografia de Hans Kelsen. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012; Título original: *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*

_____. O problema da justiça. Trad. João Baptista Machado, 5ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2011; Título original: *Das Problem der Gerechtigkeit*

_____. O que é justiça?: o direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2001; Título original: *What Is Justice?* Berkeley e Los Angeles, 1957

_____. Sobre a Teoria das Ficções Jurídicas: Com especial consideração da filosofia do “como se” de Vaihinger. Trad. Vinicius Matteucci de Andrade Lopes. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012; Título original: *Zur theorie der juristischen fiktionen*

_____. Teoria Geral das Normas. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986; Título original: *Allgemeine Theorie der Normen*

_____. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luís Carlos Borges, 5ª ed. São Paulo: Martins fontes, 1990; Título original: *General Theory of law and state*

_____. Teoria Geral do Estado. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1938

_____. Teoria Jurídica e Política. Org. Júlio Aguiar de Oliveira e Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2013

_____. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado, 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; Título original: *Reine Rechtslehre*, Viena, 1960

_____. Teoria Pura do Direito. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; Título original: *Reine Rechtslehre*, Leipzig, Viena, 1934

_____. Validade e Eficácia do Direito, in FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

KENEDY, Duncan. Uma Alternativa Fenomenológica de Esquerda à Teoria da Interpretação Jurídica de Hart/Kelsen, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

KÜMPEL, Vítor Frederico. Introdução ao Estudo do Direito. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009

LEGAZ Y LACAMBRA, Luís. Kelsen Hoy, *in* Separata do vol. XLVIII do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1972

LOSANO, Mario G. *Si Può Accettare Solo in Parte la Teoria di Kelsen?* Dialogo con Luis Martinez Roldán, *in* Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário, Trad. João Maurício Adeodato e Eduardo C. B. Bittar, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 867-883

_____. Sistema e Estrutura no Direito, volume 2: Século XX. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010; Título original: *Sistema e struttura nel diritto, vol. II: il novecento*

MACHADO, J. Baptista. Do formalismo kelseniano e da cientificidade do conhecimento jurídico. Coimbra: Coimbra, 1963

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Kelsen e Cossio na Perfilação das Normas Tributárias, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Kelsen contra o Estado. *In*: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). Contra o Absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana. Curitiba: Juruá, 2012

_____. Contra Natvram. Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. Filosofia Radical e Utopia: Inapropriedade, an-arquia, a-nomia. 1ª ed. Rio de Janeiro: Via Verita, 2014

MENDES, Sônia Maria Broglia. A validade Jurídica Pré e Pós o Giro Linguístico. São Paulo: Noeses, 2007

MONCADA, Luís Cabral de. Filosofia do Direito e do Estado, volume I. 2ª ed. e volume II, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014

MORAES FILHO, Evaristo de. O Problema de uma sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

MORRISON, Wayne. Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012; Título original: *Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism*

NEVES, António Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido, *in* Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 95-180

PASQUINO, Pasquale. Condorcet, Kelsen e a Regra da Maioria, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

PATTARO, Enrico; ROVERSI, Corrado. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2. Netherlands: Springer, 2016

PAULSON, L. Stanley. A ideia central do positivismo jurídico. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/129/124> – Acesso em 01/08/2017

_____. Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen. Universidad Externado de Colombia.

_____; PAULSON, Bonnie L. Introduction to the problems of Legal Theory. Oxford: Clarendon Press, 2002

PEDRA, Adriano Sant’Ana. O Relativismo Kelseniano e a Questão da Universalidade dos Direitos Humanos, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

PIRES, Alex Sander Xavier. *Justiça na Perspectiva Kelseniana*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2013

PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> - Acesso em 20/10/2018

POSNER, Richard. Kelsen, Hayek e a Análise Econômica do Direito, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1997; Título original: *Rechtsphilosophie*. (Coleção Stvdivm)

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

REALE, Migue. *Lições preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001

ROBLES, Gregorio. Considerações sobre a Teoria da Norma Jurídica em Kelsen, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

ROMANO, Santi. *El Ordenamiento Juridico*. Trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1963

SARLO, Oscar. La Teoría Kelseniana de la Interpretación y Algunas Críticas Actuales, *in* *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*, Trad. João Maurício Adeodato e Eduardo C. B. Bittar, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 943-964

SCHMITT, Carl. *Teología Política*. Trad. Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009

SOUZA, Eduardo Emanuel Dall’Agnol de; SANTOS, André Felipe Pereira Reid dos. Kelsen e Ehrlich: Debates sobre Direito e Sociedade, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

STRECK, Lenio Luiz. Desvelando Interpretações Equivocadas Acerca de Kelsen, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

TOFFOLI, José Antonio Dias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Hans Kelsen, O Jurista e as suas Circunstâncias *in* KELSEN, Hans. Autobiografia. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coleho Mendes Neto. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012

TROPER, Michel. Ross, Kelsen e a Validade, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

VILANOVA, Lourival. Analítica do Dever-ser, *in* VILANOVA, Lourival. Estudos Jurídicos e Filosóficos, volume 2. São Paulo: Axis Mundi/Ibet, 2003, pág. 45-92

_____. As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. 4ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2010

_____. Níveis de Linguagem em Kelsen (Norma Jurídica/Proposição Jurídica), *in* VILANOVA, Lourival. Estudos Jurídicos e Filosóficos, volume 1. São Paulo: Axis Mundi/Ibet, 2003, pág. 203-247

_____. Teoria da Norma Fundamental (Comentários à margem de Kelsen), *in* VILANOVA, Lourival. Estudos Jurídicos e Filosóficos, volume 1. São Paulo: Axis Mundi/Ibet, 2003, pág. 301-340

_____. Notas para um Ensaio sobre Ortega y Gasset, *in* VILANOVA, Lourival. Estudos Jurídicos e Filosóficos, volume 2. São Paulo: Axis Mundi/Ibet, 2003, pág. 337-346

_____. Teoria Jurídica da Revolução (Anotações à margem de Kelsen), *in* VILANOVA, Lourival. Estudos Jurídicos e Filosóficos, volume 1. São Paulo: Axis Mundi/Ibet, 2003, pág. 261-299

VITALE, Ermanno. Kelsen e as Transformações da Democracia. Um confronto com Schumpeter, Dahl e Bobbio, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

WALTER, Robert. Considerações sobre a validade e eficácia do Direito, de Kelsen, *in* FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. A diversidade do pensamento de Hans Kelsen. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

ZIZEK, Slavoj. Um mapa da ideologia. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996