

UMA ANÁLISE DO CONCEITO DE SANÇÃO NO
SISTEMA JURÍDICO DE HANS KELSEN

PATRÍCIA LUÍZA KEGEL

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO
DE MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS - ESPECIALIDADE DIREITO

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

FLORIANÓPOLIS

1 9 8 9

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação UMA ANÁLISE DO CONCEITO DE SANÇÃO NO
SISTEMA JURÍDICO DE HANS KELSEN

elaborada por PATRÍCIA LUÍZA KEGEL

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi
julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DI
REITO.

Florianópolis, 29 de Novembro de 1989.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Presidente

Prof. Dr. Paulo Henrique blasi - Membro

Prof. Maurício Berni - Membro

Prof. Orientador:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Rocho

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold

Cesar Luiz Pasold

Agradecimentos:

À todos aqueles que em vários momentos transmitiram-me seu afeto, sua coragem e seu estímulo.

À toda minha família, por seu amor e carinho, sem o qual, existiria sequer a idéia deste projeto de vida.

Aos grandes amigos, pela paciência com que me escutaram.

Aos funcionários do Curso de Pós-Graduação em Direito, pelo apoio que jamais faltou.

Ao meu Orientador Leonel Rocha, por sua confiança e amizade.

"O futuro tem muitos nomes. Para os fracos, ele é o inatingível. Para os temerosos, é o desconhecido. Para os corajosos, é a chance."

Victor Hugo (1802/1885)

A Pedro Victor Kegel.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo analisar o **Conceito de Sanção** na Teoria Pura do Direito de **Hans Kelsen**. Para tanto, partimos de uma abordagem histórica dos diversos conceitos de sistema do direito com a finalidade de de limitar o campo teórico a ser estudado. Deste modo, como entendemos que a categoria **Sanção** é o núcleo a partir do qual se articulam os demais elementos da teoria kelseniana, se se privilegia o seu momento estático, percebe-se a importância desta categoria para a configuração, constituição e clausura do sistema jurídico. Nossa releitura tem como matriz teórica as críticas a Kelsen formuladas pela teoria jurídica contemporânea, notadamente, por **Norberto Bobbio** e **Herbert Hart**, ao conceito de Sanção, expressadas em pressupostos divergentes a respeito do seu papel para a circunscrição do sistema jurídico. Para estes autores, a idéia de sistema do direito deve ser revista a partir de critérios políticos e valorativos: sistema aberto. O que relativiza a função central da idéia de sanção. A guisa de conclusão constata-se a necessidade e a importância do estudo de autores clássicos do direito para a compreensão dos atuais dilemas teóricos e políticos das funções do direito no Brasil.

RESUME

Cette dissertation a pour objectif d'analyser le concept de Sanction dans Théorie Pure du Droit de Hans KELSEN. Pour ce faire, nous commençons à aborder d'un point de vue historique, les divers concepts de système de droit, afin de délimiter le domaine théorique que nous étudions. De cette forme, comme nous entendons que la catégorie Sanction est le point central à partir duquel s'articulent les autres éléments de la théorie de KELSEN, si l'on privilégie son moment statique, on perçoit l'importance de cette catégorie pour la configuration, la constitution et la fermeture du système juridique. Notre relecture a comme matrice théorique, les critiques adressées à KELSEN par la théorie juridique contemporaine, notamment par Norberto BOBBIO et Herbert HART, en ce qui concerne le concept de Sanction, celles-ci exprimées selon des présupposés divergents au respect de son rôle pour la circonscription du système juridique. Pour ces auteurs, l'idée de système de droit doit être revue à partir de critères politiques et de valeur: le système ouvert. Ceci remplace la fonction centrale de l'idée de sanction. En guise de conclusion, l'on constate la nécessité et l'importance de l'étude d'auteurs classiques du droit pour la compréhension des dilemmes théoriques et politiques actuels des fonctions du droit au Brésil.

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	7
INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I - AS ORIGENS DO SISTEMA JURÍDICO	
1. O SISTEMA.....	19
2. O JUSNATURALISMO.....	21
3. A ESCOLA HISTÓRICA.....	26
4. O POSITIVISMO DO SÉCULO XIX.....	30
5. O NEOKANTISMO NO DIREITO: BADEN E MARBURG.....	36
6. A EPISTEMOLOGIA DE HANS KELSEN: ENTRE O NEOKANTISMO E O NEOPOSITIVISMO.....	40
CAPÍTULO II - A CIÊNCIA DAS NORMAS: KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO	
1. NORMA E CIÊNCIA DO DIREITO.....	51

2. NORMA JURÍDICA: O SENTIDO OBJETIVO DE UM ATO DE VONTADE.....	54
3. NORMA E VALOR.....	59
4. DIREITO: ORDEM COATIVA DA CONDUTA HUMANA.....	61
5. DIREITO E MORAL.....	67
6. DIREITO E CIÊNCIA.....	68
7. CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO.....	69
8. NORMAS CATEGÓRICAS E NORMAS HIPOTÉTICAS.....	73
9. DIREITO E IDEOLOGIA.....	74
10. A ESTÁTICA JURÍDICA.....	75
11. A SANÇÃO.....	76
12. DEVER JURÍDICO.....	77
13. DIREITOS SUBJETIVOS.....	81
14. CAPACIDADE DE EXERCÍCIO.....	85
15. CAPACIDADE JURÍDICA.....	88
16. RELAÇÃO JURÍDICA.....	88
17. SUJEITO E PESSOA JURÍDICA.....	89

18. A DINÂMICA JURÍDICA E O FUNDAMENTO DE VALIDADE DE UMA ORDEM NORMATIVA.....	94
19. A PIRÂMIDE JURÍDICA.....	98
20. O NEGÓCIO JURÍDICO.....	101
21. A ADMINISTRAÇÃO ESTATAL.....	101
22. CONFLITOS ENTRE NORMAS.....	102
23. DIREITO E ESTADO.....	102
24. O DIREITO INTERNACIONAL E A CIÊNCIA DO DIREITO..	106
25. A INTERPRETAÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO.....	108
CAPÍTULO III - A SANÇÃO E SEUS CRÍTICOS	
1. SANÇÃO E SISTEMA.....	118
2. BOBBIO E O PARADIGMA DO RIGOR.....	121
3. AS FUNÇÕES DO DIREITO: AS SANÇÕES POSITIVAS.....	126
4. HART E O CONCEITO DO DIREITO.....	132
5. HART E KELSEN: SUAS DIFERENÇAS.....	142
CONCLUSÕES.....	152
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	158

INTRODUÇÃO

Sanção:

1. Definição:

1.1. Ratificação ou confirmação de uma lei por uma autoridade soberana como condição prévia de sua colocação em vigor.

1.2. Reação de um grupo social ou uma instituição face a uma certa conduta por meio da qual se exprime a aprovação ou desaprovação da conduta que se sanciona, e são reforçadas as regras de ação do grupo na sua tentativa de encorajar seus membros para que eles realizem condutas ou se abstenham de realizar outras, com a perspectiva de obter vantagens ou de sofrer a privação que, do ponto de vista do sancionado, formam o conteúdo da sanção.

1.3. Kelsen: "A sanção é a consequência do ilícito; o ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção."

Teoria Pura do Direito. 2ª ed.p. 68.

2. Etimologia: do latim SANCIRE, tornar inviolável (por um ato religioso) daí se tornar irrevogável; daí "interdir" aquilo que se segue.

Tradução:

Alemão: Sanktion Inglês: Sanction
Espanhol: Sanción Francês: Sanction

Dictionnaire

Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du droit. Ed. L. G. D. J. Paris. 1988. p. 359.

1) Na atualidade, a preocupação com a obra de Hans Kelsen é pautada pela necessidade de se repensar os autores clássicos que co-constituem o paradigma epistemológico da teoria jurídica. A constatação nos últimos anos das imbricações necessárias entre o Direito e a política levaram o pensamento jurídico tradicional a um impasse quanto aos seus postulados básicos e ao seu papel em sociedades com processos acelerados de transformação política, econômica e social. Tal impasse não pode, contudo, ocultar que o Direito, assim como os demais saberes, possui uma ambigüidade constitutiva, expressa em componentes democráticos e autoritários. Esta ambigüidade faculta múltiplas leituras do fenômeno jurídico, dependendo das condições e especificidades de materialização do Direito em cada caso. Nesta perspectiva, a recuperação dos elementos democráticos do Direito, surge como uma tarefa e um desafio.

Nesta ótica, importa salientar a centralidade da discussão teórica na conformação dos marcos críticos ao saber jurídico tradicional. Ou seja, o estudo dos aspectos fáti-
cos ou materiais do Direito, por mais importante que for, se desacompanhado de uma redefinição de seus pressupostos cognoscivos, corre o risco de sequer apreender o problema, quanto mais suas possíveis soluções. É neste sentido, portanto, que acolhemos a indagação epistemológica como um antecedente necessário ao debate jurídico.

No interior deste projeto, situa-se a obra de Hans Kelsen. Kelsen é, sem dúvida, uma das matrizes epistemológicas dominantes na teoria jurídica. Sua influência é sentida tanto na recepção direta de seus textos, quanto pela releitura de seus escritos elaborada nos centros de pro-

dução de saber jurídico. O interesse kelseniano com as condições de possibilidade de uma ciência do Direito, transformou sua obra em um dos parâmetros clássicos da conformação das teorias jurídicas. Daí o mérito de uma análise da produção de Kelsen. Ela nos fornece o instrumental necessário à compreensão dos pontos de cruzamento das indeterminações significativas do Direito.

Por outro lado, um estudo de conjunto da obra kelseniana acarretaria aqui uma dispersão das categorias, em função de certas alterações conceituais efetuadas em seus últimos livros (01). Como referente máximo da bibliografia kelseniana, consideraremos a **Teoria Pura do Direito**, na sua segunda edição. Esta escolha tenta não ser aleatória, na medida em que a Teoria Pura representa uma síntese do pensamento de Kelsen e reflete em si o interesse gerado pelas angústias epistemológicas kelsenianas.

Antes de expormos o corpo deste trabalho, algumas observações sobre a matriz teórica aqui utilizada. Na visão positivista tradicional, a epistemologia é considerada como o discurso que dispõe das condições para a cientificidade de um saber. Neste sentido, a procura do rigor teórico tem sido condicionada a uma ótica que situa o conhecimento como exterior ao objeto analisado, na imposição de limites rígidos entre o saber científico e vulgar. Não cabe aqui uma discussão sobre as hesitações e reverses da teoria da ciência neste século. É preciso sobressair, contudo, que é sob a vertente de uma epistemologia crítica que este trabalho se realiza (02). Noutros termos, as ligações estabelecidas entre conhecimento e objeto de conhecimento não se

encontram em uma relação de exterioridade mútua; antes incorporam-se em um movimento dialético de co-determinações políticas, sociais e históricas na formação dos saberes.

O instrumental teórico adotado, parte de uma análise centrada na releitura da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a partir da redefinição de alguns de seus conceitos. Para tanto, adotamos um exame comparado com outros textos da teoria jurídica, especialmente os de Norberto Bobbio e Herbert Hart (03). Na perspectiva epistemológica acima citada, o estudo relacional destes autores obedecerá a critérios que não os puramente analíticos. A análise comparativa aqui proposta possui, portanto, um duplo viés. Inicialmente a delimitação dos conceitos sob uma ótica intra-sistemática e que permita o rigor no manuseio das categorias. E posteriormente a sua rearticulação em função de questionamentos que a reinserem no campo da política e da história.

No âmbito deste trabalho, a apreciação da obra kelseniana será centrada no caráter fundante do conceito de sanção para a construção do sistema na teoria Pura do Direito. Para que possamos circunscrever com maior precisão o tema aqui abordado, optamos por iniciar com um tratamento histórico de como o problema envolvendo o sistema jurídico foi concebido nos diversos períodos e autores. Da Renascença que marcou a emancipação do saber jurídico do Direito canônico, passando pelo jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, pelo historicismo de Savigny no século XIX, até as atuais tendências neokantianas e neopositivistas.

Em um segundo momento, procuraremos descrever o mais detalhada e especificamente possível, o conteúdo da Teoria Pura do Direito. Para tanto nos utilizamos de uma abordagem paralela ao texto de maneira a explicitar as categorias analisadas e o seu relacionamento no interior do sistema. A distinção efetuada por Kelsen dentro da Teoria Pura, entre os momentos estático e dinâmico do ordenamento jurídico, visa possibilitar uma análise dos elementos estruturais da Norma Jurídica, independente do estudo sobre os processos evolutivos do sistema. Neste trabalho, nos ocuparemos com maior atenção do momento estático e do papel que o conceito de sanção exerce para a articulação dos demais elementos da Teoria Pura e sua função na delimitação do sistema em Kelsen.

O terceiro capítulo trata das críticas efetuadas a Kelsen e ao seu conceito de sanção, a partir de outros dois autores clássicos na teoria jurídica contemporânea: Norberto Bobbio e Herbert Hart. Em sua fase funcionalista, Bobbio endereça suas críticas à ênfase dada por Kelsen ao aspecto puramente coercitivo do Direito. Na atualidade do Estado promocional, diz Bobbio, a sanção perde em parte seu caráter repressivo, para assumir características positivas no sentido de promover ações desejáveis. Também Hart critica o conceito de sanção em Kelsen, no momento em que este o considera componente de toda norma jurídica. Para Hart, apenas as normas primárias de obrigação possuem o componente coercitivo: a sanção. As demais normas que integram o sistema são normas secundárias de reconhecimento, alteração e adjudicação que apenas se referem às normas primárias e não contém sanções.

Apesar das considerações divergentes sobre a sanção, é inegável sua importância em qualquer ordenamento jurídico. Podemos deste modo, justificar a escolha do tema e do autor em virtude da atualidade do assunto na realidade jurídica contemporânea.

As conclusões tiradas ao final deste trabalho, irão reforçar as suas promissas relativamente à importância de repensar o atual paradigma jurídico a partir de clássicos como Kelsen.

Por fim, cabe lembrar que os termos **norma** e **regra** são indistintamente utilizados, correspondendo aos originais **rechtsnorm** alemão e **rules** inglês.

NOTAS À INTRODUÇÃO

(01) Em especial, na sua obra:

KELSEN, Hans. Allgemeine Theorie der Normen. Wien. Manzsche Verlag und Universitäts buchhandlung. 1979.

(02) A este respeito a literatura é vastíssima. Para uma idéia da epistemologia crítica do Direito no Brasil, recomendamos entre outros:

WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder. Florianópolis, Ed. da UFSC. 1986.

WARAT, Luiz Alberto. O Direito e sua Linguagem. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha e Giselle Cittadino. Porto Alegre. Fabris. 1984.

ROCHA, Leonel Severo. A Problemática Jurídica: Uma Introdução Transdisciplinar. Porto Alegre. Fabris. 1985.

LYRA FILHO, Roberto. Para um Direito sem Dogmas. Porto Alegre, Fabris. 1980.

(03) Os textos de cada autor utilizados neste trabalho são:

BOBBIO, Norberto. Contribución a la Teoria del Derecho. Edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel. Valência. Fernando Torres - Editor. 1980.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. trad. Marco Aurelio Nogueira. Brasília. U.N.B. São Paulo, Pólis. 1989.

BOBBIO, Norberto. Teoria General del Derecho. Trad. Eduardo Acuña. Bogotá. Temis. 1987.

HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1986.

_____. The Concept of Law. Oxford. Oxford - press. 1961.

CAPÍTULO I - AS ORIGENS DO SISTEMA JURÍDICO

1. O SISTEMA

Fazer uma retrospectiva histórica de algum tema é sempre problemático. Em primeiro lugar, pelas próprias alterações pelas quais o tema passa, ao ser tratado em épocas e contextos diferentes, o que acaba por impossibilitar um arcabouço homogêneo e unívoco do assunto. Isto implica em certo deslocamento dos campos teóricos a serem pesquisados, bem como a reconstrução artificial de sua unidade temática. Em segundo lugar, dificilmente um histórico consegue ser amplamente o suficiente para abranger a totalidade dos escritos sobre determinado assunto. A par desta dificuldade, costuma-se eleger como paradigma, autores que por sua influência política e/ou epistemológica de alguma maneira condicionaram os rumos das pesquisas em suas áreas em determinados momentos. Contudo, este critério também apresenta alguns obstáculos, em especial na assim chamada área de ciências humanas onde a individuação dos critérios de competência política ou teórica nem sempre é claro.

Neste sentido, o presente capítulo não pretende mais que situar historicamente o conceito de sistema na teoria jurídica. Optamos, portanto, por uma linha de pesquisa que privilegia a evolução do Direito continental europeu basea-

do no Direito romano. Esta vertente escolhida apóia-se em grande parte na historiografia alemã, sem se descuidar do estudo de outras escolas jurídicas.

O tema a ser desenvolvido nas páginas seguintes visa retratar as alterações sofridas pelo uso e pelo conceito de sistema no interior da problemática jurídica. Conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

"A palavra sistema, etimologicamente do grego systema, provém do syn istemi e significa o composto, o construído. Na sua significação mais extensa, o conceito aludia, de modo geral, à idéia de uma totalidade construída, composta de várias partes. (...) Conservando a conotação originária de Conglomerado, a ela agregou-se o sentido específico de ordem, de organização."
(01)

O termo, contudo, teve seu sentido modificado ao longo da história e a partir da compreensão que dele fizeram as diversas correntes jurídicas e filosóficas. Pode-se dizer que o interesse pela sistemática jurídica é antigo. Ele já aparece nos textos gregos, especialmente em Aristóteles (02) e nos romanos (03). Neste sentido, a preocupação com a ordenação racional e sistemática dos elementos do discurso jurídico é uma constante que vem desde a herança romana. Apesar de subsistir no período escolástico, o termo sistema acentua-se e vulgariza-se na literatura jurídica a partir do humanismo. Assim, o recorte histórico do tema terá por início o período de Renascença.

Convém ainda frisar que em muitos casos, o sistema jurídico não é tratado explicitamente. Em determinados períodos e autores a discussão sobre o sistema no Direito jaz subjacente às preocupações epistemológicas da época.

Lembramos, por último, que a história do Direito como história das condições da sociabilidade humana não é insensível às transformações da sociedade. Deste modo, as alterações provocadas pelas mutações sociais e políticas nos diversos Direitos nacionais europeus irão igualmente refletir-se no modo e nos usos do sistema no direito.

2. O JUSNATURALISMO

Situaremos o início de nossa retrospectiva histórica nos séculos XV e XVI. Estes, marcam o declínio do pensamento prudencial e exegético característico da Jurisprudência medieval, baseada na interpretação dos textos romanos. A partir da vertente humanista e das reformas religiosas, altera-se a concepção do **Homem**, encarado não mais como membro da **Civitas Dei** mas enquanto integrante da **Natureza**, socializado pelo convívio na comunidade. Deste convívio nasce a exigência de harmonizar as relações humanas, impedindo o uso da força indiscriminada. Neste sentido, o Direito surge como o regulador da vida em sociedade, caracterizado pela sua racionalidade, formalismo e sistematização. Assim, identificaram-se os conceitos de sistema e racionalidade, pois que há a pressuposição de um todo integrado harmoniosamente pelas suas partes, as quais são deduzíveis por um princípio lógico.

O conceito de sistema aparece, então, correlato ao de ciência. Em todos os domínios da arte, da cultura e da técnica, a sistematicidade expressa um princípio de reconstrução racional da realidade. Para Antonio Cienfuegos, a perspectiva e o ideal de harmonia não eram válidos apenas para o domínio das artes:

"Sino principios inspiradores de toda la actividade del hombre que significaban la anteposición del todo a las partes, de la síntesis al análisis, la referencia de la racionalidad al conjunto de normas, reglas o principios, antes que a los miembros del conjunto; es decir, la prevalencia del sistema frente al precepto aislado, o la regla." (04)

Pode-se dizer portanto, que a partir de determinada fase do Renascimento o conceito de sistema indica tanto um modo de pensar em que ordenam-se os dados do real em um conjunto de conceitos coerentes e deduzíveis, quanto um método de explicação científica da realidade.

Para pensadores da época como Condillac, os sistemas abstratos, em oposição aos sistemas hipotéticos e empíricos, proporcionavam uma confusão do que atualmente denominamos linguagem objeto e meta-linguagem. Ou seja, apagavam-se as fronteiras entre o objeto da ciência e as proposições acerca deste objeto.

Em seu **Tratado dos Sistemas**, Condillac apresenta alguns argumentos que, segundo ele, induzem os sistemas abstratos ao erro.

"Assim, o primeiro abuso dos sistemas (abstratos), aquele que é a fonte de muitos outros, é que acreditamos adquirir verdadeiros conhecimentos quando nossos pensamentos não giram senão sobre palavras que não têm sentido determinado."

E acrescenta que:

"... prevenidos pela facilidade e fecundidade desse método, não pensamos em submeter ao exame os princípios sobre os quais raciocinamos. Ao contrário, bem persuadidos de que são a fonte de todos os nossos conhecimentos, quanto mais os empregamos menos temos escrúpulos. (...) Eis o que consagrou essa máxima singular: não se deve colocar os princípios em questão; máxima de um abuso tão grande que não há erro que não possa engendrar." (05)

Esta extensa citação de Condillac justifica-se, se aceitarmos a tese de Cienfuegos (06) segundo a qual as construções sistemáticas do pensamento jurídico em autores da época como Grocio, Puffendorf, Wolff e outros, são, de acordo com a divisão de Condillac, sistemas abstratos e/ou hipotéticos. Isto significa que os sistemas jurídicos jusnaturalistas originaram-se da inversão epistemológica apontada por Condillac, consistindo em tomar como realidade palavras elaboradas dentro do sistema. Esta tendência de sistema abstrato no interior dos sistemas jurídicos foi agravada pelo fato do objeto do saber jurídico constituir-se não de coisas concretas, mas também de palavras. Desta forma, o ordenamento do sistema jurídico, a posição e definição de seus

elementos acabaram por confundir-se com o real, ou melhor, pretendiam ser uma parte integrante deste real. Temos assim, que "el sistema resulta ser un sistema de conceptos, y este conceptualismo será absolutamente decisivo para el saber jurídico posterior" (07). Isto leva ao paradoxo da criação de sistemas de alto teor de conceitualismo e abstração e com o mínimo de base empírica.

Por outro lado, as tentativas de sistematização do Direito apontavam para a aproximação deste ao ideal de ciência da época, baseado no conceito mecanicista de sistema e na sistematização morfológica de Linneu (ordenação completa dos elementos do mundo, instaurando as identidades pelo reconhecimento das diferenças).

Do conjunto de juristas que marcaram o jusnaturalismo racionalista, alguns podem ser destacados por terem fixado o uso do conceito de sistema em sua era, apesar dos contornos distintos que este conceito ganha a partir dos diversos autores que trabalharam o tema.

Hugo Grotius em sua obra *De Juri Belli et Paccis* (1565) acentua o processo de secularização e sistematização do direito a partir da separação entre Direito Natural e Teologia Moral.

"Foi obra de Grotius essa proeza intelectual que consiste em admitir que, mesmo suposta a inexistência de Deus, os preceitos do justo e do injusto continuariam válidos, uma vez que, (...) eles têm seus fundamentos nas leis imanentes da razão humana." (08)

Para Puffendorf - **Elementa iuris naturalis methodo mathematico** (1660) e do **De officio hominis et civis** (1663) - a idéia de sistema deveria abarcar o conjunto de Direito Natural em normas absolutas (obrigatórias universalmente) e em normas hipotéticas (variáveis histórica e geograficamente), possibilitando assim uma tela de interpretação da realidade empírica. Também considera os valores morais apenas existentes se inerentes à conduta humana, negando-lhes sentido fora desta.

Thomasius - **Institutiones jurisprudentia divinæ** (1668) e **Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi conducta** (1705) - retoma a distinção efetuada por Grotius entre Moral e Direito afirmando que a Moral visa a felicidade interna enquanto o Direito a felicidade externa. Hernandez Gil acentua a construção jurídico-formal do sujeito como base da derivação do Direito Natural no sistema jurídico de Thomasius.

Finalmente para Cristhian Wolff - **Ius natura methodo scientifica tractatum** (1740) e **Institutiones iuris naturae et gentium** (1754) -, o sistema refere-se a um conjunto orgânico, cuja perfeição de sua deducibilidade decorre do **nexus veritatum** que liga as partes do sistema entre si.

Pode-se dizer do jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII que, apesar de construídos sobre sistemas claramente conceituais e apriorísticos, a sua interrelação com o direito positivo não é incompatível. Como salientam Hernandez Gil e Cienfuegos (09), a base das sistematizações dos humanistas e que serviram para inspirar o direito natu-

ral racionalista foram sem dúvida os textos romanos. É assim que, por exemplo, os direitos subjetivos encarados como fundamento do sistema em Puffendorf e em Wolff, referem-se à um conceito de sujeito de direito que tem origem na tripartição de Gaio - pessoa (persona), coisa (res) e ação (actio).

Contudo, o legado romano não foi suficiente para abrandar o alto grau de abstração dos sistemas jusnaturalistas. Assim, o Direito Natural baseado em sistemas racionais proporcionou o aparecimento da estrutura lógico-dedutiva no interior dos sistemas jurídicos. Fundado, porém, na concepção de uma Razão Universal, não especifica as diferenças que historicamente surgem entre diversos direitos nacionais. É este o tipo de crítica que irá desenvolver-se a partir do século XIX, em especial com a escola Histórica de Savigny.

3. A ESCOLA HISTÓRICA

Após o período de transição do Racionalismo Iluminista do século XVIII para o romantismo do século XIX, altera-se o conceito de Direito e de Sistema Jurídico.

Um dos autores deste período de transição, Gustav Hugo (10), atesta as dificuldades da época e de certa forma antecipa-se à Savigny. Procurando fundar uma filosofia do direito positivo (11), Hugo procura unir doutrina pura e doutrina positiva do direito. Para tanto, Gustav Hugo historiciza a ciência do Direito em uma crítica clara à ahistori-

cidade do jusnaturalismo racionalista. Porém, como aponta Ferraz Jr. (12), ao desenvolver o conceito de **antropologia jurídica**, que lhe deveria favorecer os parâmetros para um **Juízo Crítico** da história, Hugo mantém-se ainda ligado à visão iluminista crítica do século anterior.

A passagem para a Escola Histórica é significativa. Rejeitando qualquer referência ao jusnaturalismo, Savigny afirma que:

"Se habia roto la convicción, en la existencia de un derecho natural práctico, o de un derecho racional, de una legislación ideal, válida para todos los tiempos y para todos los casos, que a nosotros sólo nos toca descubrir, a fin de determinar para siempre el derecho positivo." (13)

Se antes o sistema encontrava-se fundamentado na Razão Universal, a sistematicidade da Escola Histórica baseia-se na realidade mesma. Porém, não apenas na realidade das normas, mas inclusive e principalmente na realidade de onde nascem as normas, na coletividade, ou mais precisamente na consciência jurídica desta coletividade: o "**Volksgeist**" ou **espírito do povo**.

A importância que Savigny dispensa ao sistema no Direito, pode ser observada pelo que, segundo ele, são os fundamentos da ciência jurídica: a) A ciência da legislação é uma ciência histórica e b) Ela é também filosófica (14). Como muito bem aponta Blühdorn:

"La filosofía para Savigny no es ciencia de principios, sino teoría del método. Tratamiento filosófico significa tratamiento sistemático de la ciencia del derecho, lo que sólo entonces llega a tener 'real valia', cuando sus conexiones interiores llegan a producir una unidad." (15)

Com esta concepção de sistema baseada na realidade histórica ou no "Volksgeist", operam-se duas modificações: a primeira, que consiste em não mais considerar o sistema como uma ordem puramente racional, e por conseguinte passa-se a tratá-lo como uma unidade natural e histórica. E a segunda, que é derivação que Savigny realiza do discurso científico do direito a partir desta idéia de sistema.

Segundo Cienfuegos:

"Para la escuela histórica, la noción de sistema es una de las unidades más significativas del léxico de su lenguaje: con ella construye el conjunto de su discurso científico y con ella, también, trata de explicar su alcance." (16)

Savigny desenvolve seu método (17) para a ciência do Direito a partir da assim chamada interpretação material, "en ella él contempla una operación formal, causal, através de la cual el error puede incorporarse al sistema." (18). Com esta doutrina da interpretação material aliada ao procedimento por analogia, Savigny procura refutar qualquer possibilidade de construir uma ciência do Direito baseada em um direito natural e racional alienado da experiência histórica.

"... Un recurso al derecho natural y racional, 'como fuente subsidiaria de los preceptos positivos' conduce a la arbitrariedad y a la casualidad; la legislación es despojada de su carácter objetivo y histórico." (19)

É o que permite a autores como Blühdorn (20) caracterizar Savigny como um exemplar típico de um jurista orientado ao empirismo-historicismo. A confirmar esta definição, Savigny afirma (21) que a ciência do Direito, para ser estudada por um jurista, pode perfeitamente dispensar a filosofia clássica.

Contudo, os problemas decorrentes dos postulados metodológicos herdados do racionalismo anterior, aliados ao empirismo decorrente da realidade do sistema, levaram a Escola Histórica a um impasse onde a metáfora organicista transformou-se de analogia em homologia, debilitando a continuidade do sistema. Assim:

"... la 'realidad' del sistema, en vez de una consecuencia de su elaboración desde y para la realidad jurídica (y aún así ninguna construcción teórica es ella misma 'real') sería el resultado de invertir su significado: se olvidaría su conducción de categoría metodológica y explicativa de la ciencia para atribuirle un Valor de realidad francamente perturbador." (22)

Os postulados em que se baseia a Escola Histórica (1- empirismo: o direito é um dado real e objetivo; 2 - causalidade e determinismo: todo fenômeno possui uma causa; 3 -

No mesmo período em Londres, Jeremy Bentham edita seu **Introduction to the Principles of Moral and Legislation** em 1789, em que lança o corpo da doutrina utilitarista (25). Apesar da variedade de interpretações que o utilitarismo recebeu, pode-se dizer que é uma teoria sobre a consequência dos atos. Ou seja, os atos humanos não possuem em si valor moral intrínseco. A sua bondade ou maldade está relacionada a certos fins ou consequências materializados, estes sim, em estados de coisas intrinsecamente bons ou maus. A importância da norma positiva para os utilitaristas é demonstrada no comentário de Miró Quesada:

"Si la justicia es, jurídicamente hablando, el comportamiento no arbitrario impuesto mediante el sistema legal positivo, entonces la justicia se funda en la utilidad, puesto que no hay nada más útil para la conservación de la cohesión social y para el desarrollo de la vida colectiva que la conducta no arbitraria." (26)

Em regras gerais, o positivismo parte do pressuposto de que o Direito se expressa na norma, chegando a casos em que o Direito se vê reduzido ao ordenamento jurídico imposto pelo Estado. Nesta vertente a Ciência do Direito (dogmática) limita-se a ordenar e sistematizar a norma estatal, sem discutí-la ou julgá-la em referência à valores ou realidade social. Estes estariam relegados à disciplinas outras que não a Dogmática, ficando esta voltada à construção de um sistema jurídico baseado na preocupação com a unidade e fundamentação dos conceitos jurídicos.

Apesar da diversidade de orientações positivistas, que

podiam variar do positivismo jurídico mais amplo ao positivismo legal mais estreito, é possível assinalar algumas características comuns. Segundo Luis Alberto Warat (27), as correntes formalistas do Direito distinguem-se por vários aspectos, sendo os mais importantes, a linguagem lógico-formal do Direito, o silogismo demonstrativo quanto à estrutura lógica do raciocínio jurídico e a primazia da lei como fonte do Direito. Destas características, o Direito nas versões positivistas surge como **"um modelo axiomático, um sistema completo, dotado de plenitude hermética, do qual se pode extrair conclusões para todas as hipóteses"** (28).

Dentro da linha conceitualista-positivista, Rudolf Von Ihering pode ser considerado o fundador do método da construção jurídica (29). Para apreender a especificidade do saber jurídico, Ihering utiliza uma técnica baseada em dois momentos distintos. O primeiro é a **"simplificação quantitativa"** que visa selecionar os materiais. As operações que a integram são, análise de matéria; considerações lógicas; ordem sistemática; terminologia jurídica e; emprego hábil daquilo que existe. O segundo momento é a **"simplificação qualitativa"**, na qual as partes são delimitadas pela ordem e simetria, impondo a unidade do objeto (30). O resultado final da construção jurídica é o sistema, e a este Ihering atribui bastante valor.

"La transformación de la materia en sistema representa una perfección de la misma. Es lo que la hace más visible, lo que le da una forma plástica (...) El sistema es, además, la forma más rápida y concentrada de mostrar la materia."

O sistema, conclui Ihering,

"... abre a la ciencia un campo inmenso, cantera inegotable de investigaciones, de descubrimientos y de los más vivos goces intelectuales." (31)

No positivismo de modo geral, estabelece-se o uso do sistema no Direito. Em primeiro lugar, como estrutura do pensamento científico, ou seja, como modo de ordenar a posição dos elementos no discurso jurídico. Para tanto, o sistema deve apresentar-se fechado e desprovido de lacunas.

Para Ferraz Jr. (32), o primeiro a tratar do problema das **lacunas da lei** foi Savigny. Procurando as conexões entre os diversos conceitos e proposições jurídicas, Savigny subordina as aparentes lacunas a uma norma superior na hierarquia lógica. Assim, o sistema pode conservar-se na sua totalidade fechada. Para os **Pandectistas** e para Puchta em especial, o esforço sistematizador concentrou-se na purificação dos conceitos e na estruturação destes num sistema extremamente lógico. Ao lado dos **Pandectistas**, aparece a "**Begriffsjurisprudenz**", ou jurisprudência dos conceitos. Windscheid, seu maior expoente, considera que:

"... superando el plano de la interpretación, cometido de la elaboración científica del derecho es desarrollar los conceptos contenidos en las normas. El pensamiento contenido en éstas se encierra en conceptos." (33)

Tal definição da ciência do direito por parte da "**Begriffsjurisprudenz**", acentua o caráter lógico-dedutivo do

sistema jurídico, que permite inferir da generalidade para a particularidade, mantendo o enclausuramento do sistema. Em oposição ao conceitualismo exacerbado da jurisprudência de conceitos, Heck, Rümelin e Stoll principalmente, imprimiram nova direção à ciência jurídica fundando a jurisprudência de interesses. A "**Interessenjurisprudenz**" retira em grande parte o caráter lógico-formal do sistema jurídico. Seu ponto de partida é orientar o direito em direção à vida e subtraí-lo do primado da lógica. O conceito de interesse aqui, revela a significação dos bens da vida para o Homem (34). Assim, os conceitos ordenadores da ciência jurídica são apenas representações destes interesses com a finalidade de elaborá-los e classificá-los. A "**Interessenjurisprudenz**" apesar de relegar o aspecto lógico do sistema, continua a enfatizar seu caráter fechado e completo. A partir do conceito de **interesse** (35), será possível a construção de um sistema fechado apenas por definição. Ou seja, a ausência de lacunas na lei caracteriza apenas uma ficção jurídica necessária à idéia de totalidade do sistema jurídico. Ressalvando as especificidades de cada corrente, há uma certa compreensão generalizada sobre o problema das lacunas da lei. Karl Bergbohm (36), um típico representante do positivismo do século passado, resume o problema ao considerar o sistema jurídico como uma totalidade perfeita e acabada, não de forma ficcional como jurisprudência dos interesses, mas de fato.

Em segundo lugar, e na esteira da melhor tradição jusnaturalista, a idéia de sistema continua sendo utilizada como método no pensamento jurídico, a partir dos proce-

dimentos lógicos de construção e subsunção da norma jurídica. Para Hernandez Gil que identifica positivismo jurídico e dogmática:

"... la dogmática tiene por objeto integrar el material positivo sobre que opera en conceptos jurídicos para fijar después los principios generales - es decir, los dogmas - que señalan las líneas dominantes del conjunto. Primero, inductivamente, partiendo de las disposiciones particulares, se busca lo que hay en ellas de general y homogéneo, hasta conseguir los principios en que todas aquellas converjan unitaria y orgánicamente; después, deductivamente, se extraen las consecuencias que tales principios o dogmas entrañen, los cuales ejercen su imperio en lo total ordenamiento jurídico de que se trate, de forma que cualquier caso que haya de ser resuelto, toda hipótesis que pueda plantearse al jurista o al juez, ha de considerarse conforme a las exigencias de tales dogmas."

Hernandez Gil conclui ao afirmar que:

"... un derecho positivo dogmáticamente tratado es un derecho reducido todo él a categorías intelectuales. El método dogmático se cifra, pues, en su pensar lógicamente lo dado como jurídico, hasta agotar su conocimiento, sin rebasar la esfera de la norma." (37)

Pode-se dizer, acompanhando Tércio Sampaio, que estes dois usos do conceito de sistema marcaram a ciência jurídica no século XIX. A idéia de um sistema jurídico for-

mal, completo e acabado, sem lacunas e com regras bastante claras de derivação lógica é uma vertente do pensamento jurídico que persiste até hoje especialmente na assim chamada dogmática jurídica.

As críticas subsequentes ao positivismo jurídico e à sua compreensão do que seja Sistema e Direito, enfatizavam a simplificação e redução do fenômeno jurídico à lei. Para a maioria dos autores neokantianos, a realidade empírica é de uma pluralidade muito maior do que a apreendida pelos positivistas, estando estes impossibilitados, não apenas em conceber um sistema formal e fechado, mas também a utilizá-lo enquanto instrumento metodológico no pensamento jurídico.

5. O NEOKANTISMO DO DIREITO: BADEN E MARBURG

No final do século passado e início deste, as escolas neokantianas de Baden e Marburg iniciam a reação ao positivismo dos anos anteriores.

É a escola de Marburg que, segundo Machado Neto (38), faz renascer a filosofia do Direito enquanto tal, redescobrendo uma dimensão transcendental ao Direito que havia ficado oculta sob o positivismo. Rudolf Stammler, neokantista de Marburgo, estabeleceu as bases que iriam servir de partida para as investigações posteriores (39), inclusive as de Emil Lask. Stammler parte da distinção kantiana entre forma e matéria a partir da qual a vida social é a matéria e a ordem jurídica a sua forma.

Segundo Machado Neto:

"Na determinação do conceito de direito, Stammler parte da distinção entre as categorias de causalidade e finalidade, que respondem, respectivamente, ao porquê e ao que (fim); aquela, própria do mundo natural e esta, do universo das ações humanas, onde o direito se situa. O direito é, assim, um modo de querer (Wollen), que implica finalidade." (40)

Este querer (Wollen) jurídico distingue-se das demais normas sociais pelo seu caráter impositivo, ou seja, pela sua capacidade de obrigar os seres humanos a determinada conduta. Contudo, Stammler não identifica este **querer jurídico** à justiça. Esta estaria relacionada à idéia de re titude (Richtigkeit) (41), que por final definiria o próprio conceito de Direito justo. Como observa Tércio Sampaio, a separação radical entre a idéia e o conceito de Di reito e a relação apenas formal entre a validade (caráter impositivo da norma) e o seu conceito, leva Stammler a esvaziar a norma jurídica (42).

Outro expoente da escola neokantiana de Marburg foi Gustav Radbruch. Para este autor a filosofia jurídica deve ocupar-se do direito justo, que deve ser:

"Não do direito, mas do seu valor, do seu sentido e do seu fim, como autêntica 'consideração valorativa', con sideração do direito como valor cultural." (43)

Para tanto, Radbruch empenha-se em aclarar o sentido de três indagações: o que é o direito, qual o seu fim (seu valor jurídico) e qual a sua validade (força obrigatória) (44). Rejeitando a visão empirista do Direito, Radbruch encontra o fenômeno jurídico no âmbito dos objetos culturais. A cultura referida aqui como a ligação entre o mundo da natureza e o mundo dos valores, possibilitando a diferenciação do valor justiça. Por sua vez, o direito deve referir-se à justiça como a regulamentação ética da convivência social. Contudo, Radbruch assume que esta relação entre justiça e Direito não é absoluta, existindo casos de um direito não justo. Por outro lado, não há possibilidade de determinar racionalmente o grau maior ou menor de justiça, ou a sua forma ideal. A solução que Radbruch aponta é o relativismo, no qual o fim do Direito (seu valor justiça) guarda relação entre o modo como as variadas sociedades se articulam politicamente e a expressão jurídica desta articulação. No entanto, vale lembrar a observação de Karl Engisch:

"asi, nuevamente surge la cuestión acerca de si, en el terreno de la idea de derecho, el relativismo no sea insuperable, y no lo es. En la idea de los DERECHOS HUMANOS creia Radbruch poder sostener efectivamente un absoluto. Porque la esencia y el núcleo de los derechos humanos es la garantía de la libertad, del cumplimiento del deber ético." (45)

Um dos principais representantes da escola neokantiana de Baden foi sem dúvida Emil Lask. Apesar da pouca extensão da sua obra, Lask é um dos marcos do pensamento ju-

rídico do início do século (46). Lask capta o impasse da teoria jurídica da época por situar-se no vértice das três mais importantes correntes jurídicas da época. Desta forma, o jusnaturalismo reivindica uma referência transcendente ao Direito como modo de explicá-lo; os positivistas, denominados por Lask de empiristas, identificavam o direito à norma legal, reduzindo a complexidade do fenômeno jurídico; e o neokantismo de Marburg que apesar de sua tentativa conciliadora entre o positivismo e o jusnaturalismo, terminou por afastar-se da experiência concreta.

Frente a este impasse, Lask apoia-se nas teorias culturalistas de Rickert e Windelband (47), para construir uma metodologia jurídica baseada no caráter cultural da ciência do Direito. A Ciência do Direito é separada da Teoria Social do direito que pesquisa os fenômenos jurídicos na sua faticidade. A ciência do Direito propriamente dita aparece como um conjunto de **significações**, distinta mas **relacionada a seus suportes**.

A questão do sistema jurídico de Lask coloca-se em função da estrutura em camadas do fenômeno jurídico. Assim:

"... o sistema jurídico não se confunde com o sistema normativo ou das normas. A estrutura complexa da própria norma obriga a falar em encadeamento de 'significações normativas' (...). Este sistema de significações normativas constitui uma estrutura gradualmente escalonada conforme dois princípios sistematizados, o da validade imanente e o da diferenciação material, que me impede uma visão quer

formalista (...), quer dedutivista (...), quer fática (...)." (48)

A importância da obra de Lask é acentuada no que se refere ao labirinto das teorias jurídicas deste século com suas formas pluralistas, reducionistas, sintéticas e ecléticas (49). O mérito de Lask foi justamente ter destacado a dificuldade de conceber o sistema jurídico como uma estrutura formal, fechada e válida em qualquer caso. Se Lask não consegue resolver o problema da construção de um sistema jurídico operacional, no dizer de Tércio, indica sem dúvida, o caminho para esta operacionalidade.

No entanto, a obra que iria concluir da maneira mais rigorosa possível a construção de um sistema para o direito foi a de Hans Kelsen. Kelsen, para elaborar sua Teoria Pura do Direito, estabeleceu as bases epistemológicas para a delimitação objetiva de uma ciência do Direito.

6. A EPISTEMOLOGIA DE HANS KELSEN: ENTRE O NEOKANTISMO E O NEOPOSITIVISMO

A obra kelseniana pode sofrer uma dupla leitura epistemológica, concomitantemente neopositivista e neokantiana. Kelsen utiliza-se de elementos de ambas as correntes no processo de construção de seu sistema jurídico, em especial na Teoria Pura do Direito. Luiz Alberto Warat analisa as imbricações do neokantismo e do neopositivismo em Kelsen, em artigo que será a base desta exposição sobre os pressupostos epistemológicos kelsenianos (50).

Kelsen, a maneira de Kant, considera os "dados brutos" do mundo carentes de significação, devendo estes serem ordenados e apreendidos pelo teórico em um sistema que fornece inteligibilidade à estes dados.

"De la misma manera, como Kant trata de establecer racional y apriorísticamente las condiciones de posibilidad de la ciencia física, Kelsen trata de fijar a través de la norma fundamental las condiciones formales y necesarias del conocimiento jurídico, dirigido al contenido deóntico de las normas positivas. El método transcendental pone de manifiesto los fundamentos lógicos del conocimiento, como una actividad constructiva del entendimiento. Así, la norma fundamental kelseniana tiene que provenir del pensamiento y no de la experiencia, por lo cual su presentación racional es necesariamente apriorística y como condición de sentido deóntico del conocimiento jurídico. Kelsen es el primer jusfilósofo, que aplica el método transcendental o crítico de Kant, al campo del Derecho, pero lo hace en forma parcial, usándolo tan solo para establecer los conceptos deónticos in telectivos puros, constitutivos del sistema legal, presididos por la norma fundamental." (51)

Neste sentido, a norma fundamental surge como a expressão mais contundente da influência kantiana, mesmo redefinida pelo neokantismo de Margurgo, na obra de Kelsen. Segundo Warat, a norma fundamental cumpre vários papéis no interior da teoria kelseniana (52), mas podemos assinalar como sua função epistemológica central, a de definir o ob-

jeto da ciência jurídica fornecendo critérios de significação às normas positivas.

Ao mesmo tempo, Kelsen pode ser considerado um neopositivista pela adoção de certos postulados epistemológicos condicionantes do método de construção da ciência jurídica. Segundo Warat (53), as principais características neopositivistas adotadas por Kelsen referem-se pelo repúdio à metafísica, pelo repúdio à ideologia, pela consideração do conhecimento objetivo como sendo o único científico, pela crença na razão como único caminho para a obtenção de uma ciência e pelo conceito de verdade estabelecido pela correspondência entre o conteúdo das normas positivas e o conteúdo das proposições normativas elaboradas pela ciência do Direito.

Como assinala Warat:

"La norma fundamental es producto del conceptualismo, de inspiración kantiana, pero, que también está presente en el positivismo lógico y en la escuela analítica de Viena, cuna del pensamiento kelseniano." (54)

Não é objetivo deste trabalho discorrer sobre o estatuto epistemológico da obra kelseniana. O aprofundamento deste aspecto seria, por si só, objeto de outra pesquisa. O que nos importa assinalar é a ambiguidade da proposta epistemológica kelseniana, o que, se pode introduzir paradoxos na sua leitura, possibilita igualmente novas interpretações de seu discurso.

NOTAS AO PRIMEIRO CAPÍTULO

- (01) FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Conceito de Sistema no Direito. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, Ed. da Universidade de São Paulo, 1976. p. 9.
- (02) ibidem p. 8.
- (03) CIENFUEGOS, Antonio Hernandez Gil. La Noción de Sistema en Savigny. In: Revista de Ciencias Sociales. Savigny y la ciencia del Derecho. Vol. II. Edición dirigida por Agustín Squella. Valparaíso. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. 1979. p. 278.
- (04) ibidem p. 282.
- (05) CONDILLAC, Étienne Bonnot de. Tratado dos Sistemas. Os Pensadores. Vol. XXVII. São Paulo. Ed. Abril. 1973. pp. 17 e 18.
- (06) CIENFUEGOS, Antonio H. Gil. Op. cit. pp. 292 e seguintes.

(07) ibidem p. 293.

(08) MACHADO NETO, Antonio Luiz. Teoria da Ciência Jurídica. São Paulo, Saraiva, 1975. p. 83.

Em relação ainda a este parágrafo e aos seguintes, ver:

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O conceito de Sistema no Direito. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976. pp. 08 e seguintes.

GIL, Antonio Hernandez. Metodologia de la ciencia del Derecho. Vol. II. Madrid, Valdes, 1971. pp. 43 e seguintes.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Função Social da Dogmática Jurídica. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980. pp. 37 e seguintes.

(09) HERNÁNDEZ, Gil. Op. cit. pp. 50 e seguintes.

CIENFUEGOS. Op. cit. pp.29 e seguintes.

(10) FERRAZ JR. Conceito de Sistema no Direito. Op. cit. p. 24.

Ver também CIENGUEGOS. Op. cit. pp. 304 e seguintes.

(11) Conforme BLUHDORN, Jürgen. Kantianos y Kant. El giro

desde la metafísica jurídica hacia la ciencia del Derecho Positivo. In: Revista de Ciencias Sociales. El neokantismo en la filosofía del Derecho. Edición dirigida por Agustín Squella. Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1982. p. 499.

(12) FERRAZ JR. Conceito de Sistema no Direito. Op. cit.p. 25.

(13) BLUHDORN. Op. cit. pp. 499 e 500.

(14) ibidem p. 503.

(15) ibidem p. 504.

(16) CIENFUEGOS. Op. cit. p. 304.

(17) Conforme Blühdorn. Op. cit. p. 506.

(18) ibidem p. 506.

(19) ibidem p. 506.

(20) ibidem p. 507 e 508.

(21) ibidem p. 507.

(22) CIENFUEGOS. Op. cit. p. 304.

(23) HERNÁNDEZ GIL. Op. cit. p. 95.

(24) ibidem p. 103.

(25) Nessa vertente, o conceito de sistema surge principalmente com Bentham e Austin. A importância destes autores chega ao ponto de influenciar os trabalhos contemporâneos de Herbert Hart. Ver:

HART, Herbert. El concepto del Derecho. Trad. Genaro Carrió. México, Ed. Nacional, 1980.

(26) QUESADA, F. Miro et alii. Sobre el derecho justo. In: Derecho, Filosofia Y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976. p. 123.

(27) WARAT, Luis Alberto. Mitos e Teorias na Interpretação da Lei. Porto Alegre, Síntese, 1979. pp. 48 e seguintes.

(28) ibidem p. 50.

(29) HERNÁNDEZ GIL. Op. cit. pp. 133 e 134.

(30) Conforme HERNÁNDEZ GIL. Op. cit. pp. 134 e seguintes.

(31) ibidem p. 143.

(32) FERRAZ JR. Conceito de Sistema no Direito. Op. cit.
pp. 32 e seguintes.

(33) HERNÁNDEZ GIL. Op. cit. p. 158.

(34) Conforme HERNÁNDEZ GIL. op. cit. p. 299.

(35) Conforme FERRAZ JR. Conceito de Sistema no Direito.
Op. cit. p. 34.

(36) Conforme FERRAZ JR. Conceito de Sistema no Direito.
Op. cit. pp. 35 e 36.

(37) HERNÁNDEZ GIL. Op. cit. p. 128.

(38) MACHADO NETO. Op. cit. p. 16.

(39) ibidem p. 17.

(40) ibidem p. 18.

(41) ibidem p. 19.

(42) FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Concepção de Sistema Ju-
rídico en el Pensamiento de Emil Lask. In: Revista

de Ciencias Sociales. El neokantismo en la filosofía del Derecho. Edición dirigida por Agustín Squella. Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1982. p. 234.

(43) MACHADO NETO. Op. cit. p. 21.

(44) ibidem p. 21.

(45) ENGISCH, Karl. Gustav Radbruch como filósofo del Derecho. In: Revista de Ciencias Sociales. El Neokantismo en la filosofía del Derecho. Edición dirigida por Agustín Squella. Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1982. p.288.

(46) Conforme FERRAZ JR. Conceito de Sistema no Direito. Op. cit. pp. 70 e seguintes.

(47) FERRAZ JR. Conceito de Sistema no Direito. Op, cit. pp. 169, 170 e seguintes.

(48) ibidem p. 173.

(49) FERRAZ JR. Concepción de Sistema Jurídico en el Pensamiento de Emil Lask. Op. cit. p. 246.

(50) WARAT, Luiz Alberto. La Norma Fundamental Kelseniana como Critério de Significación. Comunicação realizada em Buenos Aires, 1984. Mimeografado.

(51) ibidem p. 55.

(52) ver WARAT. op. cit. p. 52.

(53) Ver WARAT. Op. cit. p. 57.

(54) WARAT. Op. cit. p. 57.

**CAPÍTULO II - A CIÊNCIA DAS NORMAS:
KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO**

11 NORMA E CIÊNCIA DO DIREITO

Hans Kelsen foi um dos primeiros juristas a se ocupar do problema da cientificidade do Direito segundo os novos critérios epistemológicos do neopositivismo. Sob este ponto de vista, a jurisprudência do século passado e início deste constituía-se em um conjunto heterogêneo, em que predominava a inspiração jusnaturalista concomitantemente às influências que a sociologia, a economia, e a política, exerciam sobre o saber jurídico. É neste quadro que Kelsen concebe o seu projeto de purificação do Direito. Ou seja, elevar o Direito à dignidade de uma ciência.

Contudo, Kelsen adotou certas influências neokantianas, como por exemplo, a preocupação com a pureza, que é uma característica marcante na sua obra. Ela se explica pela tentativa de constituir o direito em uma ciência autônoma. A Teoria Pura do Direito, neste sentido, busca livrar-se ao máximo de todos os elementos jurídicos, busca descrever o sistema jurídico sem interferência de qualquer outra disciplina. A pureza metódica torna-se sinônimo de rigor científico e neutralidade política. Kelsen, no prefácio à sua Teoria Pura, afirma:

"... empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, (...), uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto." (01)

Para tanto, Kelsen empreende um duplo movimento o da construção do objeto e o da construção da ciência jurídica. Segundo Warat (02), a produção do objeto pela ciência jurídica provém de Kant que considera os dados em seu movimento pré-científico carentes de significação, constituindo-se em objeto de uma ciência pelo processo de sistematização científica. As normas do Direito pré-científico integram-se em um conjunto confuso.

"Por isso, a ciência do Direito constitui seu objeto, dotando a pluralidade caótica de normas positivas, no processo de sua sistematização, de uma totalidade de sentido." (03)

O início da Teoria Pura do Direito enfatiza o primado da pureza metódica. A construção da ciência jurídica implica um conhecimento rigorosamente neutro e puro em relação ao seu objeto. "Esse é seu princípio metodológico fundamental." (04)

Na concepção kelseniana, o extra-jurídico está automaticamente relegado aos limites exteriores da ciência do Direito. Deste modo, a Teoria Pura erige-se em um sistema auto-referente, excluindo dele quaisquer considerações extra normativas. Dentre estas considerações, encontram-se os juízos valorativos sobre os conteúdos da norma jurídica. As

sim, as categorias intra-sistemáticas da teoria pura dizem respeito não ao conteúdo da norma, mas à forma desta. É para definir a forma e as relações entre as normas jurídicas que se ergue o sistema que estrutura a Teoria Pura do Direito.

A teoria kelseniana é baseada em alguns pressupostos e categorias fundantes. Inicialmente, uma rígida separação entre linguagem e meta-linguagem. Para caracterizar estes dois níveis distintos, Kelsen considera os sistemas de Direito positivo como a linguagem objeto dos enunciados da ciência do Direito que por sua vez é a meta-linguagem do Direito positivo. Assim, mediante a divisão dos níveis lógicos do discurso jurídico, Kelsen opõe o Direito à ciência do Direito, sendo aquele o tema de estudos desta. Desta forma, Kelsen vincula a verificabilidade das proposições da ciência jurídica não à realidade empírica em si, mas aos enunciados do Direito positivo.

A esfera das ciências naturais, segundo Kelsen, dirige-se ao conhecimento do mundo da natureza, aos fenômenos físicos que o constituem. Esta esfera de saberes, utiliza-se do princípio da causalidade, ou seja, das relações entre causa e efeito para estudar os conhecimentos de ordem natural. Para Kelsen, as ciências sociais normativas, por dirigirem-se à regulamentação da conduta humana, baseiam-se em outro tipo de princípio: o da imputação. Assim, se na causalidade a lógica implica em **se A então B**, na imputação a lógica transforma-se em **se A então deve ser B**. Ou seja, se a esfera da causalidade é o mundo do que é, do que efetivamente acontece, a esfera da imputação diri-

ge-se ao que deveria ser, ao que deveria acontecer. Assim, o Direito é regido pelo princípio da imputação no sentido de ser uma obrigação e não uma faticidade.

"La teoria pura establece que el principio de imputación se aplica en las Rechtssätzen (proposiciones acerca del derecho) mediante las cuales la ciencia del derecho describe su objeto, mientras que el principio de causalidad se aplica en las llamadas leyes de la naturaleza mediante las cuales la ciencia natural describe su objeto."
(4.a.)

2. NORMA JURÍDICA: O SENTIDO OBJETIVO DE UM ATO DE VONTADE

Para delimitar o seu objeto e impor a necessária pureza ao seu método, Kelsen inicialmente efetua uma distinção entre natureza e sociedade, à qual corresponde igual distinção entre ciências da natureza e ciências sociais. Sob esse ponto de vista, se o convívio humano pode ser considerado como parte da Natureza, também o pode ser o Direito. Contudo, pode-se distinguir dois aspectos dos fatos considerados normalmente como jurídicos. Em primeiro lugar, como sendo uma manifestação externa do comportamento humano, localizada no tempo e espaço. Em segundo lugar sua significação jurídica propriamente dita, ou seja, qual o sentido que o ato possui sob a ótica do Direito.

Um ato pode ter uma interpretação jurídica subjetiva (pessoal) e objetiva (jurídico legal), que nem sempre

coincidem necessariamente. Muitas vezes, um ato carrega consigo uma auto-explicação jurídica, ou seja, o que juridicamente significa.

O sentido objetivo, jurídico, de um ato da conduta humana é vinculado a uma norma que empreste significação jurídica ao ato. Assim, um ato pode ser interpretado por uma norma que estipula se este ato é jurídico (ou antijurídico). Para Kelsen:

"A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu termo, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma." (05)

Este processo de significação jurídica de uma norma por outra configura a produção normativa. Assim, o Direito, linguagem objeto da Teoria Pura do Direito, é **"um sistema de normas que regulam o comportamento humano"** (06). Por norma entende-se um dever-ser, no sentido que deve acontecer ou se comportar de determinada maneira. Os atos de vontade são os atos humanos que se dirigem intencionalmente à conduta dos outros, prescrevendo, permitindo ou delegando poder para estabelecer normas. A norma portanto:

"... como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente ao ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser." (07)

A conduta preconizada em uma norma como devida, constitui o conteúdo desta norma e portanto o dever-ser. A conduta fática, constitui o ser e esta pode ou não corresponder à norma (isto é, ao conteúdo da norma).

O sentido de proposições que dispunham de atos de vontade que proibam, permitam ou deleguem competência é da ordem do dever-ser, isto é, uma norma jurídica.

O dever-ser pode ser o sentido subjetivo e simultaneamente o sentido objetivo de um ato de vontade.

"... somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-sentido como norma." (08)

Este sentido objetivo se dá quando apesar de a vontade (sentido subjetivo) do ato haver cessado faticamente, ainda assim a conduta a qual ele se refere é obrigatória.

"Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser 'objetivo', é uma norma válida (vigente), vinculando os destinatários." (09)

Para tal, é necessário que ao sentido objetivo do ato de vontade seja emprestado o sentido objetivo de uma norma superior, que atribua competência ao ato.

"Portanto, não é do ser fático de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, mas é ainda e apenas de uma norma

ma do dever-ser que deflui a validade - em sentido objetivo - da norma segundo a qual esse outrém se deve conduzir de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade." (10)

Em relação ao Direito consuetudinário, os costumes podem produzir normas jurídicas, se a constituição da comunidade assume o costume como fato criador do Direito.

Ao descrever a vigência das normas, Kelsen afirma que aquela é a existência específica de uma norma. A existência (vigência) da norma é expressa pelo dever-ser que prescreve, proíbe, permite ou faculta.

"A vigência da norma é diferente da existência do ato de vontade de que ela é o sentido objetivo. A norma pode valer (ser vigente) quando o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não existe." (11)

Sendo a vigência da norma um fenômeno da ordem do dever-ser, ela distingue-se da eficácia da norma. Ou seja, se a vigência é a existência da norma, a eficácia é a aplicação real e efetiva da norma, isto é, de determinados comportamentos adequarem-se conforme esta norma.

Apesar da vigência e eficácia serem conceitos diferentes, estes guardam certa relação entre si. Uma norma que não apresenta o mínimo de eficácia não poderá ser considerada vigente.

A eficácia de uma norma jurídica é tanto sua aplica-

ção nos tribunais (sanção como consequência de determinada conduta), quanto sua observância pelos indivíduos (conduta pela qual se evita a sanção). Neste segundo caso, a eficácia da norma jurídica é a sua observância.

Pelo fato das normas se referirem à ações humanas que se processam no espaço e no tempo, estes devem ser fixados no conteúdo da norma. **"A referência da norma ao espaço e ao tempo é o domínio de vigência espacial e temporal da norma"** (12). O domínio espacial de vigência pode ser limitado pela própria norma ou por uma norma superior. Mas também o domínio de vigência da norma pode ser ilimitado, no sentido de não ser limitado.

Quanto ao domínio temporal, distingue-se o período de tempo posterior e o período de tempo anterior de uma norma superior estabelecida. Quando uma norma refere-se à atos passados possui forças retroativas. Esta força retroativa pode qualificar uma conduta à época permitida como delito, como pode também qualificar uma conduta à época delituosa como permitida.

Existem ainda os domínios pessoais e materiais de validade. O domínio pessoal de validade **"refere-se ao elemento pessoal da conduta fixada pela norma"** (13). É o caso do ordenamento jurídico de um Estado que disciplina apenas aqueles que vivem em seu território ou são seus cidadãos. Já o domínio material de validade refere-se aos vários aspectos da conduta humana que são juridicamente normados, como por exemplo a economia e a política.

O comportamento humano é regulado pelo ordenamento jurídico e esta regulamentação pode ser positiva ou negativa. A regulamentação positiva refere-se à uma ação ou omissão da conduta humana regulamentada por um ordenamento positivo. Também o é quando confere poder ou competência para produzir normas ou para delimitar o domínio de validade de uma norma. A regulamentação negativa é aquela que é omissa em relação a determinado comportamento. Ou seja, quando não proíbe e nem permite positivamente certa conduta.

3. NORMA E VALOR

Se uma conduta humana real corresponde à uma norma objetivamente válida, possui um juízo de valor positivo, é uma conduta boa. Se uma conduta real não corresponde à uma norma objetivamente válida, possui um juízo de valor negativo, é uma conduta má. "A norma considerada objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real" (14). Esta conduta real pertence à ordem do ser, da realidade. As normas, através das quais se ajuíza valorativamente a conduta real, são relativas. A vigência de normas opostas pode se dar em momentos diferentes, mas não simultaneamente. Em correspondência ou não com uma norma objetivamente válida, a conduta real será positiva ou negativa. Assim, valor e realidade pertencem a duas esferas diferentes, isto é, o valor pertence à ordem do dever-ser e a realidade à ordem do ser.

O juízo de valor (correspondência ou não da conduta

a uma norma) deve ser distinguida da norma constitutiva de valor.

O valor pode ter um sentido subjetivo e um objetivo. Subjetivo quando a conduta é querida por uma ou várias pessoas e o valor **bom** ou **mau** se refere apenas às pessoas que quiseram a conduta. Objetiva, quando a conduta querida se refere à uma norma objetivamente válida e o valor **bom** ou **mau** se relaciona com as pessoas cuja conduta assim é julgada.

Esse juízo será objetivo, quando o sujeito agir de acordo com a vontade de uma ou várias pessoas, sem que ele próprio aprove ou não tal conduta.

Para regular a conduta humana, as sociedades instauram ordens sociais, como a Moral e o Direito, que normatizam a conduta pela ameaça da sanção (que *latu sensu* engloba pena e prêmio).

No caso do Direito, existe a prescrição de uma conduta oposta.

"Desta forma, uma determinada con
duta apenas pode ser considerada, no sen
tido dessa ordem social, como prescri-
ta - ou seja, na hipótese de uma ordem
jurídica, como juridicamente prescri-
ta -, na medida em que a conduta opos-
ta é pressuposta de uma sanção (no sen
tido estrito). Quando uma ordem social,
tal como a ordem jurídica prescreve
uma conduta pelo fato de estatuir como
devida (devendo ser) uma sanção para a
hipótese da conduta oposta, podemos descri

crever esta situação dizendo que, no caso de se verificar uma determinada con du ta, se deve seguir determinada san ção. Com isto já se afirma que a con du ta condicionante da san ção é proibida e a conduta oposta é prescrita." (15)

A sanção, por ser aplicada contra a vontade do atingido pode vir a se utilizar de atos de coação. E neste sentido passa a ser uma ordem coercitiva.

No caso de haver uma ordem social que não aplique o princípio retributivo (Vergeltung) - prêmio ou pena à conduta prescrita - só pode ser encarada como ordem social, moral e/ou religiosa. E mesmo neste caso, a recompensa ou punição, se fará sentir no outro mundo ou na reprovação da comunidade. A diferença entre as ordens sociais reside não em haver ou não sanção, mas nas diversas gradações desta.

Assim, as sanções transcendentais são as que provêm de uma ordem divina, enquanto que as sanções socialmente imanentes são as dirigidas pela própria sociedade (ou por uma ordem social específica) contra os delituosos.

4. DIREITO: ORDEM COATIVA DA CONDUTA HUMANA

O Direito, em todas as épocas, é para Kelsen uma or dem da conduta humana.

"Uma ordem é um sistema de nor mas cuja un ida de é constituída pelo fa to de todas elas terem o mesmo fun da men to de validade. E o fundamento de va

lidade de uma ordem normativa é (...) uma norma fundamental da que se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, quando sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem." (16)

Ou seja, a validade (obrigatoriedade) da norma jurídica é sempre estabelecida de acordo com uma norma superior.

Para punir um ato delituoso com uma sanção, o Direito pode utilizar um ato coativo se houver resistência por parte do indivíduo a quem se aplica a sanção. Por ordem coativa, considera-se o fato de reagir à condutas consideradas indesejáveis com uma sanção acompanhada de ato coativo, o que distingue o Direito de outras ordens sociais.

Quando uma determinada conduta adquire o caráter de antijurídica ou delituosa, age como pressuposto cuja consequência é a sanção. Ou seja, esta conduta é a contrária à prescrita pelo Direito, a qual evitaria a sanção. Contudo, a motivação para observar as prescrições jurídicas não é oriunda apenas da sanção. Ela pode ser provocada por outros fatores.

↳ É a comunidade jurídica que autoriza o emprego da força ou coação contra uma conduta socialmente indesejada e estipula as condições e os indivíduos que a devem aplicar. Neste sentido, existe o monopólio da coação por parte da comunidade jurídica.

A segurança coletiva surge, quando o monopólio da coação por parte da ordem jurídica assegura proteção aos indivíduos contra o emprego da força por outros indivíduos. De forma restrita, a segurança coletiva dá-se quando o monopólio da coerção está centralizado em órgãos específicos para tal, excluindo-se o princípio da auto-defesa. O Estado moderno possui uma norma jurídica centralizada ao máximo.

O Direito como ordem coercitiva na Teoria Pura do Direito, visa a segurança pública e a paz. Mas essa paz é relativa, pois não exclui a possibilidade de coerção e, de acordo com a evolução do Direito, esta paz é mais ou menos alcançável.

"Se o ato coercitivo estatuido pela ordem jurídica surge como reação contra uma determinada conduta humana tida por socialmente nociva, e o fim de sua estatuição é impedir essa conduta (prevenção individual e geral) esse ato coercitivo assume o caráter de uma sanção no sentido específico e estrito dessa palavra. E a circunstância de uma determinada conduta humana ser tornada, nestes termos, 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." (17)

No caso do Estado Moderno, a reação coercitiva é centralizada, subsistindo a legítima-defesa e o pátrio-poder como um mínimo de auto-defesa

Existem atos coercitivos cujos pressupostos não são condutas humanas (atos ou omissões) indesejáveis e ilícitas. Por exemplo, a internação forçada de loucos perigosos e no caso de Estado Totalitário, prisão ou morte por motivos de raça ou opinião política.

A sanção como consequência de um ato ilícito voluntário é um ato de coerção que se distingue de outros atos de coerção por serem estes condicionados por outros fatos.

Uma conduta - como já foi mencionado - pode ser regulada pelo Direito no sentido positivo - quando proíbe uma conduta através da sanção como consequência do ato delituoso - ou pode ser regulada no sentido negativo - quando não proíbe nem prescreve conduta oposta.

Se uma conduta não é juridicamente proibida, ela é juridicamente permitida:

"à medida em que a conduta de um indivíduo é permitida - no sentido negativo - pela ordem jurídica, porque esta não a proíbe, o indivíduo é juridicamente livre." (18)

Esta liberdade é garantida pela ordem jurídica no sentido de prescrever às outras pessoas o respeito e a não ingerência à ela. Contudo, a ordem jurídica não interfere em um possível conflito em que a conduta não proibida de um indivíduo é contrária a conduta também não proibida de outro indivíduo.

Por maior que sejam as prescrições de uma ordem jurídica, existe sempre um mínimo de liberdade individual pe la limitação técnica em disciplinar todos os aspectos da conduta humana.

O sentido subjetivo e objetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, pressupõe um dever-ser no qual a sanção é consequência do pressuposto delituoso. Es te é o sentido normativo dos atos coativos (sanções) esta tuidos pela ordem jurídica.

No clássico exemplo, a diferença entre o comando de um salteador (sentido subjetivo) e o comando de um órgão jurídico (sentido objetivo) está na interpretação do últi mo como uma norma objetivamente válida. Ou seja, a execução da pena como **dever-ser**, o ato coativo como consequência de um delito. Contudo, "**qual é o fundamento de va lidade da norma que nós consideramos como o sentido obje tivo do ato?" (19)**

Este fundamento de validade encontra sua fonte na Constituição, que por sua vez possui uma norma pressuposta como ato criador desta Constituição; ou seja, é a Norma Fundamental que é o fundamento último de validade da ordem jurídica, fundamento condicional e hipotético. Contudo:

"... a norma fundamental que representará o fundamento de validade de uma ordem jurídica refere-se apenas a uma Constituição que é a base de uma ordem de coerção eficaz. Somente quan-

do a conduta real (efetiva) dos indivíduos corresponda, globalmente considerada, ao sentido subjetivo dos atos dirigidos a essa conduta é que este sentido subjetivo é reconhecido como sendo também o seu sentido objetivo e esses atos são considerados ou interpretados como atos jurídicos." (20)

Ou seja, quando uma ordem coercitiva torna-se duradouramente eficaz, instaura-se uma ordem jurídica válida (independentemente de quaisquer considerações acerca de seu conteúdo justo ou injusto).

O Direito como ordem coativa, isto é, como ordem que liga à conduta oposta da juridicamente preconizada uma sanção, deriva sua definição da Norma Fundamental. Esta é que fixa o modo e os pressupostos de como os atos coercitivos serão executados. Com base nesta afirmação, pode-se questionar a definição de Direito como ordem coativa, pois que existem normas que não ligam sanções à conduta opostas, como é o caso de autorizações por exemplo. Neste caso, fala-se de normas não autônomas, "... por estarem em **ligação essencial com normas estatuidoras de atos de coerção**" (21). Não se pode conceber uma definição de Direito, que não seja de ordem coativa, pois é através da coação que o Direito se distingue de outras ordens sociais, mesmo que contenha certa parcela de normas autônomas.

5. DIREITO E MORAL

As relações existentes entre o Direito e a Moral são objeto de grande divergência. Ambos, Direito e Moral, são sistemas de normas sociais e assim como a ciência jurídica estuda o Direito, a Ética procura conhecer a Moral. A distinção entre estes dois tipos de normas sociais é fundamental para a pureza do método da Teoria Pura.

A principal diferença entre Direito e Moral, reside no caráter coativo do Direito. Não importa o conteúdo das prescrições jurídicas ou morais, mas a sua forma. O fato de que a Moral não estatui sanções socialmente organizadas, enquanto que o Direito utiliza-se de atos coativos como consequência de uma ação delituosa.

Argumenta-se, contudo, que as relações entre o Direito e a Moral são obrigatórias, devendo constituir o Direito um valor Moral. Esta afirmação parte do suposto que existe necessariamente uma Moral absoluta, à qual o Direito estaria ligado. A relatividade dos sistemas morais demonstra que o Direito constitui um valor, este é o valor jurídico, isto é, vale como norma. Pode-se também, pretender uma teoria relativista dos valores morais, e de acordo com cada sistema moral específico adequar a justiça ou injustiça do Direito.

"Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral." (22)

A Teoria Pura do Direito, não procura a valorização dos conteúdos normativos do Direito, mas apenas a descrição do Direito livre de valores. Deste modo, contribui para aclarar o mito do Direito como equivalente à Moral. O que existe nesta perspectiva, é a possibilidade de utilização ideológica do Direito produzindo uma **legitimação acrítica** do sistema jurídico em vigor.

6. DIREITO E CIÊNCIA

Como conhecimento voltado ao fenômeno jurídico a ciência do Direito apreende o seu objeto sob a ótica jurídica. Isto é, como norma jurídica ou conteúdo da norma jurídica. A conduta humana como normativamente interpretada. Para tanto, a Teoria Pura efetua uma distinção entre a norma jurídica e a proposição jurídica.

Como já foi assinalado antes, Kelsen separa o ato de criar o Direito, do ato de conhecê-lo. Esta distinção permite a criação de uma meta-linguagem jurídica em forma de proposições acerca de linguagem objeto, as normas. As normas jurídicas são prescrições, no sentido de que permitem, proibem, facultam ou delegam competência. Elas determinam a maneira como certa conduta humana deverá ser. Assim, as normas não são verdadeiras ou falsas, mas apenas válidas ou inválidas. Já a proposição jurídica descreve a norma e é passível de verificação em sua verdade ou falsidade.

"Dado que las proposiciones jurí

dicas que describen las normas jurídicas tienen la pretensión de ser verdaderas, pueden aplicarse a las mismas los principios lógicos, en especial el principio de contradicción y las reglas de inferencia. Por dicho motivo, estos principios lógicos son aplicables - por supuesto solo indirectamente - a las normas jurídicas, que no tienen la pretensión de ser verdaderas." (23)

Desta forma, a ciência do Direito que procura conhecer e descrever as normas jurídicas através de proposições permite-se utilizar todo o arcabouço de regras lógicas que validam o projeto neopositivista de ciência.

7. CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO

A singularidade do Direito e da ciência jurídica frente à natureza e as ciências naturais reside na diferença dos objetos estudados. Se a natureza é descrita como "um sistema de elementos que estão ligados uns aos outros como causa e efeito", o Direito é uma ciência social no sentido de que a sociedade é uma "ordem coativa da conduta humana".

A distinção entre a ciência da natureza e ciências jurídicas refere-se ao objeto estudado e por consequência ao seu princípio explicativo. As ciências da natureza descrevem o seu objeto pelo princípio da causalidade, em que os elementos estão ligados por uma cadeia de causa e efeito e que se exprime na fórmula se A é, B é. A ciência ju-

rídica, ao explicar o seu objeto, o Direito, utiliza-se de um outro princípio, a imputação, pela qual os elementos de uma proposição jurídica ligam-se por um **dever** prescrito na norma e assim expresso: **se A é, B deve ser.**

Esta diferença entre as ciências naturais e a ciência jurídica, aclara-se, segundo Kelsen, se relegamos a visão religiosa do mundo, que considera tudo como expressão da vontade divina e abraçamos a visão científica do mundo, que distingue duas ordens da realidade diferentes. Quando uma proposição jurídica liga pressuposto e consequência através da fórmula **dever-ser**:

"o **dever ser** jurídico (...) **abrange** as três significações: a de um **ser prescrito**, a de um **ser competente** (**ser-autorizado**) e a de um **ser-(positiva - mente)-permitido** das consequências.(...) com o '**dever-ser**' (**Sollen**) que a **proposição jurídica afirma** são designadas as três funções normativas." (24)

Contudo, quando uma proposição jurídica utiliza a expressão **dever-ser**, esta não possui a significação autoritária da norma jurídica, mas apenas a descreve de forma neutra e avalorativa.

Em analogia com as leis naturais, também as proposições jurídicas podem ser denominadas leis jurídicas. Estas descrevem a maneira como o pressuposto e a consequência e o ilícito e a consequência do ilícito ligam-se entre si. As leis jurídicas possuem um caráter geral, ou seja, "**descrevem as normas gerais da ordem jurídica e as re**

lações através delas constituídas" (25), operando com as normas individuais (decisões jurídicas, administrativas, etc.) como resultados da aplicação das leis gerais à determinado caso.

A teoria jurídica tradicional erra, para Kelsen, quando considera o conceito de imputabilidade "a ligação de uma determinada conduta com a pessoa que assim se conduz" (26). Ao contrário, a imputação é a ligação de um ilícito com a sua consequência, independentemente de quem seja o agente da conduta.

A causalidade, como princípio explicativo da ciência natural, surge no decorrer da evolução da humanidade. Nas sociedades primitivas, a natureza (tal como a entendemos hoje), não se diferenciava substancialmente da sociedade, sendo interpretada segundo o princípio retributivo. Ou seja, a animização da natureza implicava em sua explicação em termos de retribuição dos fenômenos naturais à determinados comportamentos sociais. Assim, o princípio da imputação era ordenador do pensamento primitivo. A causalidade, como uma relação provável entre causa e efeito nos elementos naturais, surge apenas quando todos os aspectos animistas são eliminados da interpretação da natureza.

O princípio da causalidade pode aplicar-se também em certas ciências sociais. Estas (a Psicologia ou a História por exemplo) utilizam a causalidade para explicar certos aspectos da vida social. Neste ponto, não se distinguem muito das ciências naturais, pois utilizam-se igualmente do princípio causal. A grande diferença entre

as ciências reside naquelas que interpretam a sociedade segundo o princípio de imputação, isto é, que consideram a sociedade como uma ordem normativa da conduta humana. Estas ciências são a Ética e a Jurisprudência, que se dedicam a descrever as normas sociais e as relações humanas por elas reguladas.

"Quando dizemos que uma sociedade determinada é constituída através de uma ordem normativa que regula a conduta recíproca de uma pluralidade de indivíduos, devemos ter consciência de que ordem e sociedade não são coisas diferentes uma da outra, mas uma é mesma coisa, de que a sociedade não consiste senão nesta ordem de que, quando a sociedade é designada como comunidade, a ordem que regula a conduta recíproca dos indivíduos é, no essencial, o que há de comum entre esses indivíduos."
(27)

De acordo com a chamada jurisprudência realista americana, poderia ser possível realizar previsões a respeito do comportamento dos tribunais nos moldes das previsões efetuadas pelas ciências naturais causais. Tal pretensão decorre em primeiro lugar, da confusão entre norma e proposição jurídica e em segundo lugar da ignorância de que as proposições da ciência do Direito visam descrever certa ordem jurídica, mostrando a conexão de imputação entre seus elementos.

Uma distinção fundamental entre os princípios de causalidade e da imputação encontra-se na própria cadeia de causas e efeitos e de sua duração.

"O número de elos de uma série imputativa não é, como os números dos elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado. Existe um ponto terminal da imputação. Na série causal, porém, tal ponto não existe. A pressuposição de uma primeira causa, de uma PRIMA CAUSA, o análogo do ponto terminal da imputação, é inconciliável com a idéia de causalidade." (28)

É justamente sobre a existência deste ponto terminal de imputação que baseia-se a possibilidade de liberdade nas relações sociais. Determinada conduta, que é o pressuposto de certa consequência, é o ponto último da cadeia imputativa de acordo com certa ordem jurídica. A liberdade surge então, como consequência da imputação. Só um homem livre pode ser sujeito de imputação de direitos e deveres. "Não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas, ao contrário, o homem livre porque se lhe imputa algo" (29). Ou seja, é a sociedade (ou norma) que fornece sentido ao homem, instaurando a ordem da imputação (dever ser) ao lado da ordem da causalidade (ser).

8. NORMAS CATEGÓRICAS E NORMAS HIPOTÉTICAS

As normas jurídicas podem ser categóricas ou hipotéticas. São normas categóricas as que não fixam pressupostos para a prescrição de certa conduta humana, e são normas hipotéticas as que ligam as consequências a determinados pressupostos. Como não existem normas, nem as de omissão, que prescrevam certa conduta incondicionalmente, as normas categóricas apenas podem ser individuais, como é o

caso das decisões judiciais. Contudo, as normas individuais também podem ser hipotéticas, quando, por exemplo, fixam a pena sob a condição de certo pressuposto.

9. DIREITO E IDEOLOGIA

Considerar o **dever-ser** uma ilusão ideológica para Kelsen acarreta duas ordens de equívocos. A primeira é desconsiderar o Direito e a ciência jurídica em sua especificidade normativa, é desconhecer a relação de imputação na atividade jurídica e relegar o Direito ao plano fáctico das relações regidas por causas e efeitos. O segundo equívoco é considerar o dever-ser jurídico como um valor absoluto, enquanto que este é apenas, decorrente do princípio da imputação, uma forma do pensamento humano.

Às acusações de que a Teoria Pura do Direito seria ideológica, a Teoria Pura do Direito lembra que esta procura somente descrever o seu objeto da maneira mais rigorosa possível e totalmente neutra em relação a valores. Ou seja, não contrapõe nenhum Direito **justo** ou **ideal** na sua descrição do Direito positivo.

"A ideologia porém, encobre a realidade enquanto, com a intenção de a conservar, de a defender, a obscurece ou, com a intenção de a atacar, de a destruir e de a substituir por outra, a desfigura. Tal ideologia tem a sua raiz na vontade e não no conhecimento." (30)

A Teoria Pura do Direito rechaça estas acusações e pretende construir a verdadeira ciência do Direito.

10. A ESTÁTICA JURÍDICA

Pode-se abordar o estudo do Direito sob duas perspectivas diferentes que seriam a teoria estática e a teoria dinâmica do Direito. A teoria estática analisa o Direito "como um sistema de normas em vigor" (31), as normas em estrutura. A teoria dinâmica do Direito estuda o fenômeno jurídico em seu movimento, no momento de sua criação e aplicação. Segundo Luiz Alberto Warat, ao comparar a obra de Kelsen com a de Ferdinand de Saussure, à divisão efetuada por Saussure entre diacronia e sincronia, corresponde a distinção kelseniana de dinâmica e estática.

"A nomoestática ocupar-se-ia da análise dos elementos estruturais das normas jurídicas, prescindindo de seus elementos evolutivos a partir de um jogo de categorias teóricas - denominadas conceitos jurídicos fundamentais - como também de uma teoria dos âmbitos de validade, vistos como componentes internos das normas jurídicas. A nomodinâmica estudaria o processo de criação e aplicação das normas jurídicas a partir de uma análise relacional de seus órgãos com a exterioridade de seus conteúdos. A nomodinâmica é também alheia à história. Por esta razão, deve ser vista como uma diacronia realizada no interior de uma sincronia." (32)

Nos ocuparemos inicialmente com o momento estático

do Direito, tal como Kelsen o descreve. Neste trecho da obra kelseniana, o conceito de sanção assume importância capital na articulação dos demais conceitos jurídicos.

11. A SANÇÃO

Se o Direito é encarado como uma ordem coercitiva, uma proposição que descreva o Direito, irá afirmar que "sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado" (33). Existem dois tipos de atos coativos, as sanções propriamente ditas que são os atos coercitivos como consequência de um pressuposto juridicamente determinado e atos de coação que não possuem caráter de sanção. As sanções também podem aparecer em duas formas, como pena (na área penal) e como execução (na área cível), mas sempre como privação compulsória de um bem. Como ambos os tipos de sanção podem ser aplicados por autoridades judiciais e administrativas, devem distinguir-se as penas e execuções aplicadas pelos tribunais das aplicadas por autoridade administrativa. Igualmente diferencia-se o ato que estatui a sanção do ato que aplica a sanção. Já as sanções do Direito Internacional podem ser consideradas paralelas às sanções do Direito estatal, se se considerar o Direito Internacional como uma ordem jurídica.

O ilícito (ou delito) é o ato de ação ou omissão de terminado pela ordem jurídica que constitui o pressuposto

de uma sanção como consequência. Esta concepção corresponde à máxima, "não existe o mala in se, mas apenas o mala prohibita" (34). Ou seja, não é por um determinado ato ser ilícito (qualidade imanente) que se lhe liga uma sanção. Ao contrário, uma ação ou omissão é ilícita exatamente por ter uma sanção como consequência. O valor negativo de uma conduta ilícita é irrelevante para o conceito de ilícito. Apenas as concepções baseadas no Direito Natural pressupõem o valor negativo imanente de uma conduta, ligando-lhe então uma sanção do Direito positivo. A Teoria Pura do Direito considera exatamente o contrário. Uma conduta é ilícita apenas e somente se constitui o pressuposto de uma sanção como consequência. Neste sentido, - quando uma conduta é antecedente da sanção como consequência -, o ilícito é um pressuposto e não uma negação do Direito.

Interpretar o ilícito como contradição lógica da norma que prescreve determinada conduta é um erro, pois que existe uma diferença de níveis de linguagem entre a norma que prescreve a conduta e a conduta de fato. Também pode haver sanções contra pessoas que estejam relacionadas (juridicamente) com o delinqüente, como por exemplo, os parentes ou responsáveis legais.

12. DEVER JURÍDICO

O dever jurídico de realizar uma determinada conduta, pois à conduta oposta está ligada uma sanção, identifica-se com a norma jurídica que prescreve esta conduta.

Tal como a norma jurídica, o dever jurídico por ter um caráter geral ou individual. A norma jurídica geral prescreve determinada conduta de maneira geral. A norma jurídica individual é a aplicação da norma geral a certo caso específico, ou seja, é a decisão judicial ou administrativa.

Assim como a norma jurídica, o dever jurídico possui uma relação essencial com a sanção. O indivíduo que por sua conduta, comete o ilícito, viola o dever jurídico e aplica a norma. O indivíduo que não comete o ilícito, cumpre o dever e observa a norma.

Portanto, o dever jurídico é a obrigação de conduzir-se de maneira contrária à norma que estatui a sanção e assim evitar o pressuposto do qual a sanção constitui a consequência. Deste modo, sujeito de dever jurídico:

"é o indivíduo que, através de sua conduta, pode violar os deveres, isto é, provocar a sanção, e que, portanto, pode cumprir o dever, isto é, evitar a sanção." (35)

O conceito de dever jurídico respeita unicamente ao Direito positivo e não relaciona-se de forma alguma com a moral. Pode, portanto, entrar em conflito com deveres morais. Para evitar tal conflito, a teoria tradicional diz que o Direito não obriga (função da moral) mas que apenas confere direitos. A Teoria Pura discorda dessa posição, pois prescrever uma conduta é obrigar a esta conduta.

Por outro lado, o Direito pode proibir, permitir ou autorizar (conferir competência). No caso da proibição, a conduta estatuida pela norma como pressuposto da sanção pode ser uma ação ou omissão. No caso da autorização, o conteúdo da norma é uma ação positiva, mesmo que seja obrigatório o uso da autorização ou competência.

Assim, quando a proposição jurídica descreve que sob certos pressupostos, deve haver uma sanção como consequência, este **dever** pode ser empregado para abranger tanto a proibição, a permissão quanto a autorização. Portanto, o dever jurídico é tanto a conduta oposta à conduta que possui a sanção como consequência, bem como a atribuição de uma competência ou uma permissão positiva. Assim, o ser devido relaciona-se a estas três possibilidades.

O conceito de responsabilidade é intimamente ligado ao dever jurídico, porém distinto. A sanção, como consequência do ilícito, pode ser dirigida contra a pessoa responsável pelo ilícito, ou seja, contra a pessoa cuja conduta é pressuposto da sanção. Neste caso o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável são a mesma pessoa. Responde pelo ato de delinquente. Este pode provocar ou evitar a sanção.

Caso diverso é aquele em que o indivíduo obrigado (cuja conduta delituosa motivou a sanção) e o indivíduo responsável não são a mesma pessoa. O indivíduo responsável, neste caso, não pode pela sua conduta, provocar ou evitar a sanção. O indivíduo que motivou a sanção é diverso do indivíduo responsável. O primeiro é sujeito da con-

duta delituosa, enquanto o segundo é objeto do ato de coerção. Esta situação é um tanto parecida com os atos de coerção que não possuem ilícitos como pressupostos.

A responsabilidade individual existe quanto a sanção se dirige exclusivamente contra o delinqüente. A responsabilidade coletiva é quando existe a responsabilidade pelo ilícito de outra pessoa e quando a sanção volta-se contra os indivíduos do grupo a que o delinqüente pertença. O que pode ser considerado característico do pensamento primitivo.

À responsabilidade pela culpa que é o ato delituoso possível e querido, contrapõe-se a responsabilidade pelo resultado que é o ato delituoso não possível e nem querido.

O dever de indenizar é considerado por alguns como uma sanção e portanto como uma responsabilidade. É uma con fusão efetuada entre os conceitos de dever jurídico (omissão do ato delituoso), sanção (consequência do ilícito) e responsabilidade (relação entre a conduta delituosa e a sanção).

"A sanção da execução civil cons titui dois deveres: o dever de não cau sar prejuízos, como dever principal, e o dever de ressarcir os prejuízos ilícitamente causados, como dever subsidiário que vem tomar o lugar do dever principal violado." (36)

Apenas quando este segundo dever não é cumprido é que se aplica a sanção de execução forçada.

13. DIREITOS SUBJETIVOS

Distingue-se dever jurídico e Direito, como Direito subjetivo, para diferenciá-lo de Direito como ordenamento objetivo.

Existem vários sentidos de Direito subjetivo em Kelsen. Entre estes, Nino propõe considerar Direito subjetivo, "como correlato de uma obrigação ativa" (37). Assim, o direito subjetivo seria o reflexo ou correlato de um dever jurídico. Isto, porque privilegiando-se ou o sujeito obrigado ou o sujeito beneficiário, a mesma relação jurídica pode ser descrita em termos diferentes. Assim, por exemplo, em um contrato de aluguel, ao dever de pagar existe o direito de receber. Contudo, para uma descrição objetiva de Direito, até este conceito de Direito reflexo é supérfluo, pois existem deveres jurídicos sem os correspondentes deveres reflexos, o que seria o caso do serviço militar ou da proteção dos animais.

"Em todo caso, um direito reflexo não pode existir sem o correspondente dever jurídico. Apenas quando um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta em face de um outro tem este, perante aquele, um 'di-reito' a esta conduta. Sim, o direito reflexo de um consiste apenas no dever do outro." (38)

A tradicional divisão entre direitos pessoais e direitos reais é contestada na Teoria Pura como ideológica, pois que serve para justificar a **exploração** da propriedade privada. Para Kelsen, o direito sobre uma coisa, é um direito em face das demais pessoas, é um direito subjetivo reflexo de um dever de não fazer, de omitir.

O mais importante direito subjetivo real - o de propriedade - é apresentado como uma relação primária (apenas entre indivíduos) e imediata (entre o sujeito e a coisa), pela teoria tradicional. A Teoria Pura rejeita esta concepção, pois o domínio da propriedade apenas representa ou é o reflexo, da exclusão dos outros sobre a propriedade.

Os direitos pessoais são, para Kelsen, direitos reflexos relativos pois se relacionam ao dever de uma pessoa determinada ou grupo de pessoas. Os direitos reais seriam então, direitos reflexos absolutos pois relacionam à uma obrigação todas as demais pessoas.

Deste modo, não existem laços imanentes entre indivíduos e coisas.

"Os direitos sempre consistem em relação entre indivíduos e no caso do direito de propriedade descreve uma obrigação de toda a sociedade frente a certo indivíduo, consiste em não perturbar seus atos sobre uma coisa determinada." (39)

Para negar a distinção entre direito subjetivo e di

reito objetivo, Kelsen rechaça a concepção tradicional, **"segundo a qual o direito subjetivo é determinado como interesse juridicamente protegido"** (40). Por se tratarem de duas coisas diferentes - sistema de normas e interesse - o direito objetivo e o direito subjetivo não podem abrigar-se sob um conceito comum. Portanto, o direito subjetivo não é um interesse protegido pelo Direito, mas apenas **"... a proteção ou tutela deste interesse por parte do direito objetivo"** (41). Ou seja, inverte-se a relação. Não existe um interesse anterior ao direito objetivo. Somente porque o direito objetivo contempla certos interesses é que estes existem.

O poder jurídico é, para a teoria tradicional, a capacidade processual do indivíduo privado em acionar o órgão aplicador do Direito para fazer valer o não cumprimento de um dever jurídico. Constitui um direito subjetivo em sentido técnico ou estrito porque o poder jurídico (processual) é diferente do conceito de dever jurídico. O exercício do poder jurídico pode também ser contrário ao dever jurídico. É o caso da apelação criminal do réu. Este poder jurídico reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer através de uma ação o não cumprimento do dever jurídico.

A capacidade processual de particulares reclamarem sanções contra o não cumprimento do dever jurídico é típico de sistemas capitalistas e de ramos do Direito como o civil e o administrativo.

O Direito subjetivo como permissão da autoridade,

fundamenta-se na autorização positiva (no sentido de não ser apenas proibido) e/ou no condicionamento de determinada atividade. Este direito não é reflexo na medida em que não envolve um dever correspondente.

Os direitos políticos são definidos por Kelsen como a capacidade, por parte dos súditos, de influir na ordem jurídica em que a vontade do Estado se exprime. Em países democráticos, que aceitam tais direitos, a influência da vontade popular na formação da ordem jurídica pode se dar de duas maneiras: a) de modo direto ou b) pela eleição de parlamentares. Também podem ser eleitos certos órgãos jurisdicionais e administrativos.

"O direito eleitoral é do mesmo tipo que o direito subjetivo em sentido técnico, pois em ambos os casos a vontade do indivíduo é uma condição necessária para que se dite uma norma jurídica, geral, no caso do direito político e particular, no caso da ação processual."

Um outro sentido de direitos políticos é aquele em que o indivíduo possui o poder jurídico (direito subjetivo em sentido técnico) de promover a anulação de qualquer norma geral ou individual que contradiga às normas de nível superior que asseguram constitucionalmente a igualdade ou a liberdade.

Kelsen termina por negar qualquer tipo de dualismo entre direitos objetivos e subjetivos. Ao comentar a questão, Nino (43) afirma que os enunciados que se referem a

direitos subjetivos jurídicos são equivalentes a certos enunciados que versam sobre o direito objetivo. Isto não significa que direito objetivo e subjetivo sejam sinônimos.

Para Kelsen, falar de direitos subjetivos é descrever a relação que tem o ordenamento jurídico com uma pessoa determinada.

"... o direito subjetivo de um indivíduo ou é um simples direito reflexo (...), ou um direito privado subjetivo em sentido técnico, (...) ou um direito político, (...) ou a permissão positiva de uma autoridade."
(44)

14. CAPACIDADE DE EXERCÍCIO

Sendo o Direito uma ordem coativa da conduta humana, ele liga à uma conduta ilícita como pressuposto uma sanção como consequência. Neste sentido, o Direito procura uma conduta que seja oposta à conduta estatuidora da sanção. Assim, a ordem jurídica pode autorizar a conduta humana no sentido de lhe atribuir um poder ou competência. Esta capacidade (Befähigung) distingue-se, na teoria tradicional, entre capacidade de exercício (autorizada, Ermächtigung), de produzir efeitos jurídicos que não sejam sanções e capacidade delitual (capacidade para cometer delitos).

A capacidade de exercício é principalmente, para Kelsen, a capacidade negocial e esta também compreende o poder jurídico (capacidade processual).

"A capacidade negocial é uma capacidade conferida pela ordem jurídica aos indivíduos para, com base nas normas jurídicas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária, produzirem normas jurídicas de escala inferior e intervirem na produção das normas jurídicas individuais a produzir pelo tribunal. Ela constitui um autêntico poder jurídico." (45)

Se a capacidade de exercício gera um dever jurídico, também podemos entendê-la como a capacidade para cumprir deveres jurídicos, ou seja, conduzir-se de maneira a evitar a sanção.

A teoria jurídica tradicional restringe a competência (autorização para produzir normas jurídicas) à órgãos judiciários e administrativos. Assim, o poder jurídico (capacidade processual) de um indivíduo privado, não é designado como sua competência.

Para Kelsen, esta distinção baseia-se não na função jurídica (autorização para produzir normas), mas na definição de órgão. Inicialmente, Kelsen define o órgão como aquele indivíduo que exerce uma função cujo exercício é atribuído à comunidade e o conceito de função do órgão é:

"Um indivíduo é órgão de uma comunidade porque e na medida em que realiza uma conduta atribuível à comu-

nidade, e uma conduta é atribuível à comunidade quando está determinada na ordem normativa constitutiva da comunidade como pressuposto ou consequência." (46)

A teoria tradicional nega à comunidade jurídica a capacidade delitual e a função do órgão, restringindo-se à capacidade de exercício. A autorização diz respeito à atos que não gerem sanção. Nesta ótica, não apenas a produção e a aplicação do Direito são considerados como órgão jurídico, mas também "a função de observância do direito" (47), que seria a observância da norma, o exercício de um direito reflexo ou o uso do poder jurídico.

Para restringir o conceito de órgão, diz-se que a partir do princípio da divisão do trabalho, certos indivíduos são qualificados para a realização de uma conduta que represente a comunidade.

As qualificações dos indivíduos designados como órgãos são vários e podem ser naturais como a exigência de idade e sexo. E principalmente, são qualificações que regulam de maneira especificada na ordem jurídica, de que modo o indivíduo passa a ser órgão. Ou seja, quando um indivíduo é chamado à sua função através de um ato especial juridicamente especificado para realizar uma função social juridicamente regulamentada. Pode também haver a identificação do órgão com seu funcionário, no sentido de administração do Estado.

15. CAPACIDADE JURÍDICA

Para a teoria tradicional, a capacidade de um indivíduo é o ser ele sujeito de direito e deveres. No caso dos incapazes, estes são representados. Para esta teoria, a capacidade de direitos e a capacidade de exercício não coincidem. A incapacidade penal dos menores e loucos deve-se ao fato de que sua conduta não é pressuposta da sanção penal. Contudo, a incapacidade civil acarreta problemas, pois no caso de um ilícito civil o incapaz responde com seu patrimônio e não com sua pessoa. Por outro lado, o incapaz está privado do poder jurídico (direito subjetivo estrito) e apenas seu representante possui tal capacidade.

Para Kelsen, só através de uma ficção de atribuição (paralela à ficção de representação da comunidade) pode o incapaz através de seu representante ser considerado sujeito de deveres e direitos.

"A representação negocial de indivíduos capazes, é instituída voluntariamente e através de um negócio jurídico no qual um indivíduo capaz confere a outro o poder de cumprir por ele certos deveres." (48)

16. RELAÇÕES JURÍDICAS

As relações jurídicas não são apenas relações entre

sujeitos jurídicos, mas também entre órgãos criadores e aplicadores do Direito entre si e em relação aos indivíduos. Para a Teoria Pura do Direito, sendo a conduta humana o conteúdo da norma, as relações entre normas ou entre os fatos determinados pelas normas são o objeto das relações jurídicas (49). As relações jurídicas, portanto, não existem fora das normas jurídicas, uma relação "... somente é instituída, constituída ou criada pelas normas jurídicas." (50)

17. SUJEITO E PESSOA JURÍDICA

A teoria tradicional distingue sujeito jurídico como sujeito de um dever jurídico (a conduta é conteúdo de um dever = a conduta oposta é pressuposto da sanção), do sujeito de poder jurídico (capacidade processual). Para esta teoria, o sujeito de direito é portador de um direito subjetivo como algo diverso da ordem jurídica.

Para Kelsen, os conceitos de órgão jurídico e sujeito jurídico são puramente auxiliares, sendo a distinção entre direitos objetivos e subjetivos uma contradição lógica, pois:

"... o sentido do Direito objetivo ser definido como uma norma heterogênea que é vinculação, coação mesmo, enquanto se declara como essência da subjetividade jurídica precisamente e a negação de todo veículo, a saber, a liberdade no sentido de auto-determinação ou autonomia." (51)

Na Teoria Pura do Direito, o conceito de sujeito jurídico como portador de um direito subjetivo autônomo do direito objetivo, é ideológico pois reforça o caráter privado e indiscutível da propriedade. Este, vem paralelo ao valor ético da liberdade individual.

Para a teoria tradicional, sujeito jurídico é a pessoa, o homem sujeito de direitos e deveres. Ao indivíduo privado corresponde a pessoa física e o indivíduo coletivo corresponde à pessoa jurídica. O que concede a personalidade jurídica aos sujeitos é o fato de fazer a conduta dos indivíduos conteúdo de direitos e deveres. O conceito de pessoa física e jurídica é o conjunto de deveres e direitos que representa.

Para Kelsen:

"A chamada pessoa física não é, (...), um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo. Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, (...). Neste sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica." (52)

Segundo a teoria tradicional, o caso típico de pessoa jurídica é a corporação dotada de personalidade jurídica. Ao ser descrita em suas relações (53), uma corporação pode sofrer duas espécies de afirmação. A primeira, que seria a corporação como pessoa agente, que põe certos atos. Aqui ocorre o problema da atribuição do órgão à co-

munidade, ou seja, é necessário saber quando um indivíduo age na qualidade de órgão de uma corporação. A segunda afirmação encara a corporação como sujeito de deveres jurídicos e direitos subjetivos porque a ordem jurídica lhe impõe deveres ou confere direitos subjetivos. Esta afirmação nega a possibilidade da igualdade de direitos e deveres da pessoa jurídica coincidirem com os direitos e deveres das pessoas físicas (que tem por conteúdo a conduta humana).

A corporação é uma comunidade organizada, constituída por um estatuto que determina a divisão do trabalho e a criação de órgãos segundo este princípio. Para distinguir órgãos de membros da corporação, diz-se que **"o órgão de uma pessoa jurídica é, o indivíduo cujos atos são atribuíveis ao conjunto de normas constitutivas desta, por estar autorizado por tais normas"** (54). Na medida em que apenas ações ou omissões da conduta humana reguladas pelo estatuto da corporação podem ser atribuídos à corporação, a representação desta como pessoa atuante é apenas uma metáfora antropomórfica.

Na representação da corporação como sujeito de direitos e deveres, estes são em parte estatuídos pela ordem jurídica estatal (direitos e deveres externos) e em parte pelos estatutos da corporação (direitos e deveres internos).

"No caso das pessoas físicas, as normas estatais estabelecem não somente um conjunto de direitos e obriga-

ções - elemento material - mas também quem são seus titulares - elemento pessoal. No caso de uma pessoa coletiva, as normas estatais apenas determinam o elemento material, delegando a função de estabelecer quem são os sujeitos das relações jurídicas ao estatuto da sociedade." (55)

Como sujeito de deveres, a corporação possui capacidade delitual. O âmbito pessoal é determinado pelo estatuto da corporação, no sentido de constituí-lo em órgão desta, com o recurso à atribuição (personificação). Assim, torna-se possível a plena capacidade delitual da corporação através de seu órgão (que pode cumprir ou violar o dever). Pode também haver certos casos raros, em que o órgão haja de acordo com os estatutos porém contrário ao Direito. É o caso, por exemplo, da aprovação pela Assembléia do não pagamento de certos impostos. No caso de responsabilidade da conduta contrária à devida por parte do órgão, "para que o ato de um homem se impute a um sistema de normas, este ato deve estar previsto por tal sistema" (56). É pelo recurso a atribuição que a sanção é dirigida contra uma corporação e não contra o órgão desta (indivíduo).

A responsabilidade (capacidade de imputação) pode ser individual, do órgão que responde com sua pessoa e da corporação que responde com o patrimônio. Raras vezes existe responsabilidade coletiva pelo ato ilícito da corporação sobre seus membros. Neste caso, é usual não se ter em conta o princípio da atribuição. Por outro lado, é o estatuto que determina o sujeito de direito subjetivo estrito

(capacidade processual) no órgão responsável para tal.

Para a Teoria Pura do Direito, a pessoa jurídica é uma construção da ciência jurídica. A personificação (atribuição) é um produto da ciência do Direito e não do Direito. É um conceito auxiliar, mas não imprescindível. Já a pessoa jurídica em Kelsen, denota "um conjunto de normas às quais os juristas atribuem os atos dos indivíduos que atuam de acordo com elas " (57).

Kelsen procura superar de modo definitivo a dualidade entre o direito subjetivo e o direito objetivo.

"A Teoria Pura do Direito afasta este dualismo ao analisar o conceito de pessoa como a personificação de um complexo de normas jurídicas, ao reduzir o dever e o direito subjetivo (em sentido técnico) à norma jurídica que liga uma sanção a determinada conduta de um indivíduo e ao tornar a execução de sanção dependente de uma ação judicial a tal fim dirigida; quer dizer, reconduzindo o chamado direito em sentido subjetivo ao Direito objetivo." (58)

Para ele, a possibilidade desta superação ocorre apenas pelos rígidos postulados objetivistas e universalistas que norteiam a Teoria Pura do Direito.

18. A DINÂMICA JURÍDICA E O FUNDAMENTO DE VALIDADE DE UMA ORDEM NORMATIVA

Admitir o Direito como sendo uma ordem coercitiva da conduta humana, é perguntar-se pela unidade do sistema de normas; porque uma norma integra determinado sistema normativo e não outro e finalmente porque uma norma é vi- gente, porque ela vale.

À última questão, a resposta repousa na validade de uma norma superior como fundamento de validade de uma norma inferior. Isto significa que o fundamento de validade de uma norma não se encontra na ordem do ser, da verifi- cação concreta da conduta prescrita pela norma, mas se encontra na ordem do dever-ser, do que deve ser verificado.

Se uma norma sempre retira a sua validade de uma norma superior, há de se chegar a uma última norma, a mais elevada e da qual se deriva a validade do restante da or- dem normativa. Esta norma última, por não haver sido pos- ta por autoridade que retire sua competência de uma norma superior, deve ser pressuposta. Esta norma é denominada por Kelsen como "grundnorm" ou norma fundamental.

Desta forma, a pertinência ou não de uma determina- da norma a um sistema normativo, decorre de ser ou não o seu último fundamento de validade a norma fundamental que forma a unidade do sistema.

"É a norma fundamental que cons- titui a unidade de uma pluralidade de

normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa."(59)

Podem existir dois tipos diversos de sistema de normas, dependendo do fundamento de validade sob o qual se apoiam: o tipo estático e o tipo dinâmico. As normas do sistema estático, retiram sua validade do conteúdo de uma norma geral, da qual as outras normas particulares são derivadas. Esta norma fundamental, "fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas" (60). Contudo, este conteúdo deve ser imediatamente evidente pela Razão ou pelo Direito consuetudinário e nem aquela e nem este podem negar a Vontade ou o Querer na fixação de um determinado sistema normativo. Esta Vontade ou Comando caracteriza o sistema dinâmico. Neste, a norma fundamental não tem "por conteúdo senão a instituição de um facto produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora" (61). A norma fundamental no sistema dinâmico apenas fornece o fundamento de validade das normas do sistema, e não também o conteúdo destas normas como no caso estático.

Uma ordem jurídica é um sistema de normas que possui seu fundamento de Validade baseado no aspecto dinâmico do sistema. Isto significa que as normas são criadas através de regras especiais ditadas por quem tem competência para tal, que são normas positivas. Os diferentes graus de competência para criar normas são delimitados por uma Constituição que funciona como fundamento de validade última de determinada ordem jurídica estatal. Se por sua

vez, questiona-se o fundamento de validade desta Constituição, há que se recuar até a Constituição mais antiga, e:

"... a validade desta Constituição, a aceitação de que ela constitui uma norma vinculante, tem de ser presuposta para que seja possível interpretar os actos postos em conformidade com ela como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas e os actos postos em aplicação destas normas jurídicas gerais como criação ou aplicação de normas jurídicas individuais válidas." (62)

Esta pressuposição é uma outra norma, a norma fundamental, referida à uma constituição determinada e livre de qualquer valor meta-jurídico.

Segundo Kelsen, para a Teoria Pura do Direito, a norma fundamental pode ser descrita como a condição lógico-transcendental que permite à ciência do Direito interpretar objetivamente a constituição e os atos por ela postos. Para tanto, vale-se do exemplo da lógica do silogismo para demonstrar a validade da norma na premissa maior, até chegar à norma fundamental, cuja validade não pode ser posta em questão.

"... se a norma fundamental não pode ser norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objectiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada." (63)

A norma fundamental, concede unidade e sentido à uma pluralidade de normas, transformando-as em uma unidade sistemática e que teoricamente não admitiria contradições. Com efeito, uma norma, da ordem do ser, não é falsa ou verdadeira, mas apenas válida ou não. Somente com as proposições da ciência jurídica podem ser aplicados os princípios lógicos e portanto, indiretamente às normas jurídicas. Se nestas então, encontram-se conflitos, estes poderão ser solucionados, recorrendo-se à interpretação pela via da norma fundamental.

Como já foi mencionado anteriormente, a norma fundamental concede a validade de todas as normas derivadas de uma certa Constituição. Quando esta Constituição é revolucionariamente alterada, o fundamento de validade, ou seja, a norma fundamental de toda a ordem jurídica também é modificada. A eficácia ou efetividade da nova Constituição é que irá determinar a mudança da norma fundamental e da ordem jurídica.

"O princípio que aqui surge em aplicação é o chamado princípio da efetividade. O princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade." (64)

A relação apontada acima entre legitimidade e efetividade, exprime-se nas relações entre validade e eficácia. Estas relações já foram antes demonstradas, porém vale lembrar que para Kelsen, a validade de uma norma fundamenta-se em outras normas. Contudo a validade de toda a ordem jurídica depende de sua eficácia prática (65).

19. A PIRÂMIDE JURÍDICA

O sistema normativo como ordem jurídica globalmente eficaz regula sua própria criação, através de um processo derivado da Constituição como ponto supremo do ordenamento jurídico. A partir da Constituição estrutura-se o sistema hierárquico das normas jurídicas em uma **construção escalonada** em diferentes níveis. A Constituição pode, portanto, regular o processo legislativo, ou seja, estipular de que maneira e por quais órgãos determinadas normas deverão ser criadas. Paralelamente, a Constituição pode, ainda, determinar o conteúdo de certas normas, ordenando ou proibindo conteúdos específicos. Este é o primeiro escalão do sistema jurídico.

O escalão seguinte é aquele formado pelas normas gerais produzidas pelo procedimento legislativo ou pelo costume e:

"... cuja função, não só consiste em determinar os órgãos e o procedimento das normas individuais que normalmente terão que ser ditadas pelos tribunais e pelas autoridades administrativas, mas, também, o conteúdo das mesmas." (66)

Este escalão de produção de normas gerais, pode ser subdividido conforme a Constituição para a elaboração de leis pormenorizadas por parte de certos órgãos administrativos ou pelo governo em condições excepcionais, gerando assim os decretos regulamentares ou decretos-lei.

As normas gerais cumprem também uma dupla função subdividida em dois tipos de normas jurídicas: as que integram o Direito formal e as que integram o Direito material. Na individuação de uma norma geral (aplicação à um caso concreto), é necessário fixar os órgãos e o processo a ser observado - caso do Direito formal - e determinar o conteúdo das normas individuais - caso do Direito material. Assim, constitui-se o escalão das normas individualizadas mediante a sentença judicial ou a resolução administrativa. A individuação das normas gerais é o último elo do processo de criação e aplicação do Direito, pois:

"... todo o acto jurídico é simultâneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior."(67)

Este conceito de aplicação e criação simultânea do Direito pode ser observado nas decisões judiciais. Antes de tudo, os tribunais (ou órgãos encarregados) devem verificar se sobre determinada conduta humana incide a norma que disporá se esta conduta é pressuposto de uma sanção como consequência. Caso positivo, o Tribunal ao impôr a sanção concreta estará constituindo Direito, ou seja, estará normando através de decisão judicial. Isto ocorre especialmente nos casos em que há um conflito de interesses não previsto nas normas gerais, ou seja, em que duas condutas não expressamente proibidas e portanto juridicamente permitidas entram em conflito. Para resolver estas questões, o tribunal poderá utilizar-se de um poder ou competência para criar uma norma individual nova, isto é, não

prevista em uma norma geral material superior. Nestas ocasiões, a teoria jurídica tradicional afirma a existência de **lacunas** no Direito, ou seja, quando sob um caso concreto, não incide nenhuma norma geral. Kelsen rechaça esta visão, por entender que tudo o que não está proibido está permitido.

"...quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta." (68)

Nestes casos, o chamado princípio da clausura (69) permitirá uma qualificação normativa de qualquer tipo de conduta, não constituindo-se portanto a possibilidade de haverem lacunas no Direito.

As decisões judiciais emitidas pelos tribunais, também podem servir para caracterizar os diferentes estágios de centralização da produção do Direito. Assim, os sistemas jurídicos que permitem a livre criação do Direito nos tribunais sem qualquer vinculação com normas gerais, apresentam grande teor de flexibilidade do Direito e baixíssimo grau de segurança jurídica. Situação inversa, é a dos sistemas jurídicos nos quais os tribunais apenas executam as normas gerais sob a forma de normas individuais. Para Kelsen, os tribunais via de regra criam o Direito individual e as instâncias mais altas vinculam estas decisões para casos semelhantes, porém, dentro do quadro de uma ordem jurídica que prevê o processo legislativo e as normas gerais. **"A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica." (70)**

20. O NEGÓCIO JURÍDICO

Um delito civil pode ser provocado de dois modos diversos, estando ou não em conexão com um negócio jurídico. Um negócio jurídico é um fato produtor de Direito:

"... se e na medida em que a ordem jurídica confere a tal fato esta qualidade; e ela confere-lhe esta qualidade tornando a prática do fato jurídico-negocial, justamente com a conduta contrária ao negócio jurídico, pressuposto de uma sanção civil."(71)

O negócio jurídico típico é o contrato formado pela adesão de dois ou mais indivíduos a um pacto previamente estipulado e que lança obrigações às partes envolvidas.

21. A ADMINISTRAÇÃO ESTATAL

Na função de criação e aplicação do Direito, encontra-se igualmente a função administrativa do Estado quando executa ou cumpre determinadas normas gerais. Mas esta função administrativa do Estado modifica-se quando a função é observar o Direito.

"Nestes termos, poderemos distinguir uma administração estatal mediata, cuja função não difere da da jurisdição, pois é, como esta, função de criação e aplicação do Direito, e uma administração estatal imediata, que difere essencialmente da função judicial

porque é observância do Direito e porque, na medida em que tenha também função criadora de Direito, possui um caráter jurídico-negocial e não um caráter jurisdicional." (72)

22. CONFLITOS ENTRE NORMAS

Numa ordem jurídica hierarquicamente escalonada, pode surgir ocasionalmente um confronto entre normas de diferentes degraus hierárquicos. Neste sentido, as normas jurídicas individuais que não correspondam às normas jurídicas gerais ou a não conformidade de certas normas à Constituição são passíveis de anulabilidade, ou seja, elas deixam de produzir efeitos jurídicos e se for o caso os efeitos passados serão derogados. A nulidade não se confunde com a anulabilidade. Esta, segundo Kelsen, é impossível, "dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade" (73)

23. DIREITO E ESTADO

Ao tratar das relações entre Direito e Estado, Kelsen afirma sua convicção na identificação entre as formas de Estado e as formas de Direito. O Estado moderno é, na sua forma mais ampla, a criação dinâmica do Direito, que regula desde a produção de normas gerais pela Constituição até a criação de normas individuais pelos órgãos jurisdicionais e administrativos.

A teoria jurídica tradicional contudo, parte do pressuposto de dois dualismos inconcebíveis para Kelsen. Por um lado a dicotomia entre Direito público e Direito privado e do outro lado a dualidade entre Direito e Estado. A primeira dicotomia (Direito público e privado), Kelsen reputa como ideológica na medida em que a função do Direito privado, ao representar-se como uma esfera apolítica das relações jurídicas, seria negar a dominação política e as relações de propriedade neste âmbito. Igualmente ideológico é o dualismo entre Direito e Estado, pois neste caso, se qualificar-se Estado e Direito como entidades radicalmente diferentes legitima-se o Estado, o poder, a partir do Direito e a autonomia daquele em relação a este. Segundo Luis Alberto Warat:

"... para Kelsen, estas classificações foram elaboradas, e permanecem aceitas, não em virtude de atenderem a um fim teórico, mas, porque, como pseudocategorias, servem para fornecer argumentos a favor de uma ideologia de legitimidade." (74)

Kelsen, portanto, parte de uma concepção que Luis A. Warat denominou de monista (75), ou seja, uma concepção que nega as tradicionais dicotomias do Direito e que afirma a identidade entre Estado e Direito. O Estado em Kelsen, é uma ordem coercitiva da conduta humana, acrescida de elementos populacional, territorial e político que congtituem a definição clássica de Estado. Sob uma perspectiva científica do Direito a população e o território em um Estado são respectivamente o domínio pessoal e o domínio

espacial de vigência de uma determinada ordem jurídica estatal e o poder do Estado é a eficácia desta ordem jurídica. Com esta concepção de Estado, Kelsen procura analisar o problema do conceito do Estado como pessoa jurídica, comparando-o inicialmente às corporações, com igual divisão de trabalho, órgãos funcionais e sujeição à uma ordem jurídica externa (no caso o Direito Internacional) e à ordem jurídica interna. Se o Estado atua, ou seja, se executa certos atos, postos por indivíduos determinados, ele o faz através de órgãos (indivíduos) competentes para tal. O conceito de órgão estatal nos modernos Estados administrativos, segundo Kelsen, seria apenas:

"... daquelas funções determinadas pela ordem jurídica que sejam desempenhadas por indivíduos que funcionam segundo o princípio da divisão do trabalho e são qualificados como funcionários." (76)

Como pessoa jurídica, o Estado é titular de direitos e deveres que a ordem jurídica interna estatui. Quanto aos deveres, o Estado pode como pessoa jurídica cometer um ilícito ao deixar de cumprir um dever que lhe é imposto pela ordem jurídica interna. Neste caso, o Estado responderá com o seu patrimônio, não com sua pessoa. Se por outra hipótese, é um determinado órgão que não cumpre o dever, este órgão responderá pessoalmente pelo ilícito do Estado. Relativamente aos Direitos do Estado, como por exemplo, recebimento de impostos, Kelsen afirma que:

"... podemos atribuir o recebi-

mento da prestação e o exercício do poder jurídico, em vez de à pessoa fictícia do Estado, aos indivíduos pertencentes à comunidade jurídica, quer dizer, podemos considerar os indivíduos que recebem a prestação não só como órgãos do Estado mas também como órgãos do povo que forma o Estado, isto é, dos indivíduos pertencentes à comunidade jurídica. Nessa medida, é possível considerar os direitos em questão como direitos coletivos destes indivíduos." (77)

Ou seja, é um interesse da comunidade na prestação de determinados serviços ou deveres ao Estado por parte de seus membros que qualifica os direitos do Estado.

Uma outra classificação conceitual efetuada por Kelsen diz respeito ao chamado **Estado de Direito**. Este, para Kelsen, não designa um Estado subordinado ao Direito, pois isto seria uma impossibilidade. O que este termo pode designar é um tipo particular de Estado que atende às práticas da **democracia e da segurança jurídica**.

Conforme o domínio de validade espacial das normas ou conforme o seu momento dinâmico, pode-se falar em uma maior centralização ou descentralização do Estado. Para Kelsen, a centralização ou descentralização dá-se tanto em referência aos diversos domínios de validade espacial das normas, no caso dos diversos territórios jurídicos que compõem o Estado, quanto à criação do Direito por um ou por vários órgãos, que comporia o seu momento dinâmico.

Segundo Kelsen, uma verdadeira ciência do Direito não pode submeter-se à dicotomia entre Direito e Estado.

"Uma vez reconhecido que o Estado, como ordem de conduta humana, é uma ordem de coação relativamente centralizada, e que o Estado como pessoa jurídica é a personificação desta ordem coerciva, desaparece o dualismo de Estado e Direito." (78)

Porfiar nesta distinção é prolongar uma ideologia que legitima o Estado pelo Direito e que infla a ciência jurídica de elementos estranhos ao seu objeto e ao seu método.

24. O DIREITO INTERNACIONAL E A CIÊNCIA DO DIREITO

Coerente em sua proposta de unificação das categorias dualistas do Direito, Kelsen ao estudar o Direito Internacional propõe a unidade dos Direitos Internacional e estatal. De fato, o conceito determinado por Kelsen ao Direito Internacional é o de uma ordem coercitiva da conduta humana e que liga ao ilícito como pressuposto atos de coerção como conseqüências. O Direito Internacional estrutura-se também de maneira escalonada, possuindo como norma fundamental pressuposta "... uma norma que institui como fato gerador do Direito o costume constituído pela conduta recíproca dos Estados." (79)

Do ponto de vista da Teoria Pura do Direito, o Direito como objeto de conhecimento é um todo sistemático e fechado. Neste sentido, a dualidade entre Direito Internacional e estatal ou é uma contradição lógica, ou não consi-

dera o Direito Internacional como sendo uma ordem normativa. Os conflitos apontados pela teoria tradicional entre estes dois sistemas normativos, são para Kelsen, irrelevantes, pois quando traduzidos em proposições que os descrevem não se encontram em contradição lógica.

A concepção unitária dos sistemas de Direito Internacional e estatal pode ser elaborada por duas vias diferentes. A primeira via é denominada por Kelsen como o primado da ordem jurídica estatal. Esta vertente deriva a validade das normas do Direito Internacional do seu reconhecimento por parte das ordens jurídicas estatais. É o pressuposto da soberania do Estado, do fundamento último de validade de uma ordem jurídica, que possibilita a este Estado reconhecer uma norma de Direito Internacional como válida. A segunda via para conceber unitariamente os Direitos Internacional e estatal é o chamado primado da ordem jurídica internacional. Nesta, os Estados são determinados pelo Direito Internacional, são:

"... uma ordem jurídica parcial imediata em face do Direito Internacional, relativamente centralizada, com um domínio de validade territorial e temporal jurídico - internacionalmente limitado e, relativamente à esfera de validade material, com uma pretensão à totalidade apenas limitada pela reserva do Direito Internacional."
(80)

Assim, dependendo do local reservado ao Direito Internacional, pode-se falar de dois conceitos de Estado, um Estado soberano que submete a ordem internacional a si e

outro Estado definido em referência ao Direito Internacional e derivado deste. Esta distinção também é válida quanto ao fundamento de validade do Direito Internacional. No primeiro caso, o fato gerador de Direito é a primeira Constituição histórica do Estado e no segundo caso é o costume dos Estados. Quanto à construção da ordem jurídica como um todo, a **unidade gnoseológica** do Direito, na hipótese do primado do Direito Internacional, o ponto de partida somente pode ser este Direito e no caso do primado da ordem jurídica estatal, o ponto de partida pode "... ser de qualquer ordem jurídica estatal - só o podendo ser, no entanto, uma de cada vez" (81).

Kelsen, desta forma, propõe duas hipóteses para a unificação dos Direitos Internacional e estatal. Ambas são válidas para uma ciência do Direito, mas como o próprio Kelsen adverte, a escolha por uma delas situa-se fora da ciência, nos domínios da política e da ideologia. O que a Teoria Pura pretendeu foi apenas demonstrar a falta de rigor lógico e científico das concepções dualistas do Direito Internacional.

25. A INTERPRETAÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO

Kelsen encerra a Teoria Pura do Direito com uma teoria da interpretação. Esta pode ser tanto do órgão que aplica o direito, quanto pelo indivíduo que observa o Direito ou pelo cientista do Direito. Assim, ao aplicar uma norma geral produzindo uma norma individual o órgão que a apli-

ca possui uma certa autonomia decorrente de uma relativa indeterminação da aplicação da norma geral. Esta indeterminação, que pode ser intencional ou não, é redefinida pela interpretação judicial na medida em que a norma geral se apresenta como uma moldura ou quadro dentro da qual a norma individual produzida é apenas uma possibilidade dentre várias, e neste sentido, os assim denominados métodos de interpretação somente apontam as possibilidades da interpretação. Assim, o juiz ou órgão aplicador do direito cria, e le próprio, Direito.

"Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva." (82)

Esta interpretação que cria Direito denomina-se autêntica, em contraposição à interpretação efetuada pela ciência jurídica. A interpretação científica do direito apenas pode apontar as várias possibilidades interpretativas de determinada norma.

Fiel até o fim com seu projeto verificador do Direito, Kelsen igualmente não compactua com a jurisprudência tradicional quanto à interpretação. Crer em uma única solução interpretativa, diz Kelsen, atende aos reclamos da segurança jurídica e da política, mas jamais será ciência do Direito.

NOTAS AO SEGUNDO CAPÍTULO

- (01) KELSEN, Hans. A Teoria Pura do Direito. Trad. de João Batista Machado. 2ª Edição, Coimbra, Armênio Amado - Editor, 1979. p. 7.
- (02) WARAT, Luiz Alberto. A Pureza do Poder. Florianópolis, Ed. da UFSC, 1983. p. 28 e 29.
- (03) ibidem p. 29.
- (04) KELSEN, op. cit. p. 17.
- (4.a.) KELSEN, Hans. Construiciones a la Teoria Pura del Derecho. Trad. E. Vasques, Buenos Aires, Centro Editor de America Latina, 1969. p. 57.
- (05) KELSEN. A Teoria Pura do Direito. Op. cit. p. 20.
- (06) ibidem p. 21.
- (07) ibidem p. 22.
- (08) ibidem p. 25.

(09) ibidem p. 26.

(10) ibidem p. 27.

(11) ibidem p. 29.

(12) ibidem p. 32.

(13) ibidem p. 34.

(14) ibidem p. 38.

(15) ibidem p. 49-50.

(16) ibidem p. 57.

(17) ibidem p. 68.

(18) ibidem p. 72.

(19) ibidem p. 76.

(20) ibidem p. 78.

(21) ibidem p. 84.

(22) ibidem p. 104.

(23) KELSEN. Contribuciones a la Teoria Pura del Derecho.

op. cit. p. 17.

- (24) KELSEN. Teoria Pura do Direito. Op. cit. p. 121.
- (25) ibidem p. 126.
- (26) ibidem p. 127.
- (27) ibidem p. 133.
- (28) ibidem p. 138.
- (29) ibidem p. 148.
- (30) ibidem p. 161.
- (31) ibidem p. 110.
- (32) WARAT, Luis Alberto. O Direito e sua Linguagem. Com a Colaboração de Leonel Severo Rocha e Gisele Cittadino. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1984. p. 35.
- (33) KELSEN. A Teoria Pura do Direito. Op. cit. p. 163.
- (34) ibidem p. 168.
- (35) ibidem p. 174.
- (36) ibidem p. 183.
- (37) NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del

Derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987. p.
202.

(38) KELSEN. A Teoria Pura do Direito. p. 189.

(39) NINO, op. cit. p. 204.

(40) KELSEN. A Teoria Pura do Direito. p. 193.

(41) ibidem p. 193.

(42) NINO, op. cit. p. 206.

(43) ibidem p. 198.

(44) KELSEN. A Teoria Pura do Direito. p. 207 e 208.

(45) ibidem p. 211.

(46) ibidem p. 215.

(47) ibidem p. 217.

(48) ibidem p. 229.

(49) ibidem p. 232.

(50) ibidem p. 236.

(51) ibidem p. 239.

(52) ibidem p. 244.

(53) Conforme NINO, op. cit. p. 245.

(54) NINO, op. cit. p. 229.

(55) ibidem p. 229.

(56) ibidem p. 229.

(57) ibidem p. 230.

(58) KELSEN. A Teoria Pura do Direito. Op. cit. p. 265.

(59) ibidem p. 269.

(60) ibidem p. 270.

(61) ibidem p. 271.

(62) ibidem p. 277.

(63) ibidem p. 280.

(64) ibidem p. 292.

(65) GUIBOURG, Ricardo; GUARINONI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. Introducción al conocimiento jurídico. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1984. p. 134.

(66) BUSTAMANTE, Lino Rodriguez Arias. Kant, Kelsen y la

Teoria Pura del Derecho. In: Revista de Ciências sociais. El Neokantismo en la filosofía del Derecho. Edición dirigida por Agustín Squella, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1982. p. 364.

(67) KELSEN. A Teoria Pura do Direito. Op. cit. p. 325.

(68) ibidem p. 339.

(69) Conforme NINO, op. cit. p. 282.

(70) KELSEN. A Teoria Pura do Direito. Op. cit. p. 349.

(71) ibidem p. 351.

(72) ibidem p. 362.

(73) ibidem p. 376.

(74) WARAT. A Pureza do Poder. Op. cit. p. 110.

(75) ibidem p. 99 e seguintes.

(76) KELSEN. A Teoria Pura do Direito. Op. cit. p. 400.

(77) ibidem p. 413.

(78) ibidem p. 423.

(79) ibidem p. 432.

(80) ibidem p. 451.

(81) ibidem p. 455.

(82) ibidem p. 470.

CAPÍTULO III - A SANÇÃO E SEUS CRÍTICOS

1. SANÇÃO E SISTEMA

A Teoria Pura do Direito, já foi descrita como uma teoria do ordenamento jurídico. Neste sentido, ela não se ocuparia com a norma isolada, mas com o conjunto de normas que integram e constituem o sistema jurídico. Como já foi abordado no capítulo anterior, Kelsen distingue dois momentos no interior do sistema jurídico, o momento dinâmico destinado a estudar o Direito como um sistema de normas e o momento estático que visa descrever a norma isolada. Por outro lado, se Kelsen conceitua o Direito como uma ordem coercitiva da conduta humana, é porque o conjunto de normas que formam esta ordem estatuem atos de coerção, ou seja, sanções. Sob esta ótica, a sanção surge como elemento fundante da própria norma jurídica e portanto integra o momento estático do ordenamento jurídico. Como elemento essencial da norma jurídica, o conceito de sanção irá articular em torno de si os demais conceitos expostos na Teoria Pura e em particular na estática jurídica.

Sanção para Kelsen, seria então, a consequência de um determinado pressuposto estatuido na norma jurídica. Ou seja, efetuado o ato ou omissão disposto na norma jurídica como antecedente, a consequência será uma sanção também disposta na norma.

Algumas características da sanção em Kelsen podem ser discernidas (01). Em primeiro lugar, Kelsen distingue o ato de sancionar da coerção pura e simples. Neste caso, a coerção pode ou não ser utilizada no ato sancionador e neste sentido é sempre uma possibilidade na sanção. Em segundo lugar, a sanção é também sempre a consequência de uma determinada conduta humana. Assim, por exemplo, os atos de coerção destinados a loucos ou portadores de doenças contagiosas não possuem o caráter de sanção, pois estes indivíduos não podem controlar os fatos que motivaram a coerção. Continuando, a sanção para Kelsen, também significa a privação compulsória de determinado bem, aceito como tal pela maioria. Kelsen distingue igualmente a sanção penal da civil, enquanto pena no primeiro caso e execução forçada no segundo. E por último, a sanção será sempre exercida por autoridade competente, o que permitirá caracterizar determinado ato de coerção como sanção e não como coerção indevida. Neste sentido, a autoridade competente será determinada por norma superior.

A partir desta característica, é possível observar de que maneira relacionam-se os demais conceitos da Teoria Pura em torno do de sanção (02). Inicialmente é a definição de ato ilícito que é revertida de acordo com Kelsen. Para ele, a partir da máxima de que não existe **mala in se**, mas apenas **mala prohibita**, opera-se uma inversão do conceito de ato ilícito ou antijurídico. Assim, o ato ilícito é definido como o pressuposto necessário da sanção como consequência. Nesta perspectiva, um ato só pode ser antijurídico se possui uma sanção que lhe é imposta, na medida

em que seja antecedente desta. O único modo, afirma Kelsen, de saber se um ato é ilícito ou não, é se acarreta consigo uma sanção. Desta maneira, o ilícito não nega o Direito mas o pressupõe, da mesma forma que um assassino não nega a norma ao matar, mas cumpre o pressuposto da sanção anterior.

Seguindo-se ao conceito de ato ilícito, surge o de dever jurídico como intimamente ligado ao de sanção. Deste modo, o dever jurídico é a "**conduta oposta ao ato antijurídico**" (03). Ou seja, o dever jurídico é o dever de comportar-se de forma a evitar a sanção prevista na norma. E da mesma maneira, a responsabilidade é definida por Kelsen como a possibilidade de um indivíduo ser sancionado.

No capítulo anterior, a Teoria Pura do Direito é descrita pormenorizadamente, e portanto os conceitos da estática jurídica não necessitam de nova explicitação. Apenas recordemos que os direitos subjetivos são definidos por Kelsen como a proteção jurídica de um interesse, ou seja, de modo paralelo ao ato ilícito - concebido pela sua relação com a sanção -, os direitos subjetivos existem apenas porque a ordem jurídica os considera e protege. Da mesma forma a pessoa física ou jurídica é concebida tanto em um caso como no outro, como um conjunto de normas, de direitos e deveres, individuais ou coletivos. Ora, se tanto os direitos subjetivos quanto a pessoa física ou jurídica são concebidos a partir da incidência de um complexo de normas sobre eles, isto significa que a relação com a sanção - componente essencial da norma - é decisiva para a sua con-

ceituação. Como Kelsen encara a Teoria Pura do Direito mais como teoria do sistema jurídico que como teoria da norma, percebe-se que a sanção é fundamental também para a delimitação de seu sistema.

Esta noção de Kelsen a respeito do papel fundante da sanção na construção de seu sistema jurídico, tem sido bastante criticada, inclusive por autores que tiveram em seu momento inicial, uma clara inspiração kelseniana como é o caso de Norberto Bobbio ou por autores influenciados pelo normativismo jurídico de Austin como é o caso de Herbert Hart, onde percebe-se que em muitas ocasiões as críticas de Hart a Austin aplicam-se também para Kelsen. E é justamente a partir destes dois autores que formularemos as críticas às insuficiências do conceito de sanção em Kelsen.

2. BOBBIO E O PARADIGMA DO RIGOR

Existem várias etapas no pensamento de Bobbio, notadamente um período estrutural em torno dos anos 50, onde escreve textos importantíssimos como, por exemplo, **Ciência do Direito e Análise da Linguagem**, sob forte influência Kelseniana que comentaremos inicialmente, e outro período compreendendo os anos 60 e 70, onde ele acentua a importância das funções do Direito. Neste sentido, analisaremos as diversas etapas de seu pensamento expressas no livro **Contribución a la Teoria del Derecho** (04).

Para compreendermos as restrições que Norberto Bob-

bio efetua ao conceito kelseniano de sanção, teremos que nos remeter previamente às suas considerações sobre o estatuto epistemológico da Ciência do Direito (05).

Inicialmente, em sua fase estrutural, Bobbio considera que, historicamente sempre houve uma separação entre a jurisprudência propriamente dita e a ciência do Direito. Tal distinção deveu-se basicamente à inadequação da jurisprudência aos ideais epistemológicos de diversos períodos, ocasionando o surgimento de uma ciência do Direito correspondente às exigências epistemológicas distintas, superior, e alheia à jurisprudência. Dois exemplos desta prática, segundo Bobbio, podem ser encontrados nos postulados metodológicos racionalistas (século XVIII) e positivistas (século XIX). No primeiro caso, a ciência jurídica identifica-se ao Direito Natural e no segundo caso a jurisprudência é reduzida à dogmática não científica, e a ciência constitui-se na sociologia e psicologia jurídicas.

Esta contradição entre ciência do Direito e jurisprudência é superada, segundo Bobbio, a partir dos atuais paradigmas científicos expressos no neopositivismo lógico. Esta corrente da epistemologia distingue-se das demais pela alteração do sentido de suas proposições. Anteriormente as proposições científicas pretendiam reproduzir uma situação intrinsecamente verdadeira através de experimentações empíricas ou intuitivas. Ou seja, nestes casos, a ênfase do discurso científico encontrava-se no Valor Verdade. A alteração proposta pelo neopositivismo lógico, e aceita por Bobbio, refere-se à ênfase no valor rigor. Nesta concepção epistemológica, a cientificidade de um discurso decorre do

rigor de sua linguagem, "... la coherencia de un enunciado con todos los demás enunciados que forman sistema con aquél" (06). Neste sentido, a ciência, definida como um sistema fechado e coerente de proposições definidas, possui ao ver de Bobbio, duas características: a primeira que consiste no estabelecimento das regras de formação das proposições científicas e a segunda característica que define as regras de derivação das proposições primárias em secundárias. O rigor máximo da linguagem disposta em um sistema - o neopositivismo lógico - permite, segundo Bobbio, vir a considerar a jurisprudência como um estudo científico.

O objeto da jurisprudência, para Bobbio, são as regras de comportamento expressas em proposições normativas. Neste aspecto, Bobbio concorda com Kelsen ao considerar que não existe jurisprudência ou ciência do Direito fora do âmbito da norma. No entanto, é evidente que para Bobbio a norma deve ser vista como ordenamento jurídico.

Na visão de Bobbio, a jurisprudência compartilha com as demais ciências de seu núcleo crítico, que é a análise da linguagem e que na jurisprudência é sua parte essencial. A jurisprudência,

"... precisamente porque su operación fundamental consiste en la construcción de un lenguaje riguroso, es decir, científico, es ciencia al igual que cualquier otra ciencia empírica o formal." (07)

A interpretação da lei é a operação científica que

permite ao jurista analisar a linguagem legal, e portanto, é no interior da função tradicional do jurista (interpretar as leis) que se constrói a ciência do Direito.

Nos países em que o Direito é produzido por via legislativa e onde se distinguem as funções do legislador, do juiz e do jurista, a análise linguística das proposições normativas de determinado ordenamento jurídico (08), segundo Bobbio, pode se desdobrar em três fases. A primeira fase consiste na purificação da linguagem do legislador. Esta, não possui a vagueza ou ambigüidade da linguagem ordinária, mas antes caracteriza-se como linguagem técnica, de uso restrito. A tarefa da jurisprudência consistiria inicialmente na delimitação de regras que estabelecem o uso de uma palavra. Ou seja, definir a formação de um conceito. Deste modo o conceito não é mais ou menos verdadeiro, porém, mais ou menos rigoroso segundo as regras de uso. O processo de purificação da linguagem inclui também uma metodologia própria para aclarar a falta de rigor surgida nas disputas, como por exemplo, uma crítica das regras metodológicas e de suas contradições. Da mesma forma, a interpretação jurídica é em todos os casos, uma interpretação linguística, gramatical, das proposições normativas.

A segunda fase apontada por Bobbio, consiste na integração da linguagem do legislador que, por não ser rigorosa, é também incompleta. Ou seja:

"... el legislador no saca de las proposiciones normativas que son recabables de ellas mediante la pura y simple combinación de las proposi-

ciões en base a las reglas de transformación admitidas como lícitas."
(09)

O que significa em outros termos, que a linguagem do legislador é incompleta e que pode ser completada pelo contínuo processo de lapidação rigorosa da linguagem. Assim, a linguagem jurídica, para Bobbio, deve ser uma língua fechada, uma linguagem que contenha em si mesmo as regras de formação do seu discurso.

E, finalmente, a terceira fase prescrita por Bobbio refere-se à ordenação ou sistematização da linguagem jurídica e que significa fundamentalmente desvincular-se da tradição romana no Direito. Esta tradição terminaria por obstacularizar o rigor linguístico necessário pela multiplicidade de seus significados e conseqüentemente impedir a sistematização da linguagem jurídica.

Podemos agora efetuar uma breve comparação sobre os pressupostos epistemológicos relativos à linguagem entre Kelsen e Bobbio. Como já foi visto, Kelsen opera em dois níveis lógico-linguísticos distintos. Um é a linguagem objeto - o Direito -, da qual a ciência do Direito seria a meta-linguagem. É o que permite a Kelsen distinguir as normas de ordenamento jurídico, das proposições normativas como objeto da Teoria Pura do Direito. Bobbio, ao contrário de Kelsen, condena a separação entre Direito e ciência do Direito. Para este autor, a ciência do Direito é a própria jurisprudência enquadrada nos parâmetros epistemológicos do neopositivismo, embora Bobbio diferencie a ciência do Direito, da Filosofia jurídica e da Teoria Geral do Direi-

to. Diferente de Kelsen, Bobbio conclui que a linguagem da jurisprudência analisada com suficiente rigor lógico e linguístico, pode perfeitamente constituir-se em uma ciência.

Sob estes dois pontos de vista distintos, é possível compreender a diferença entre o conceito de sanção de um e de outro autor. Para Kelsen, a sanção é um conceito articulador dos demais elementos que constituem o sistema na Teoria Pura. Sob este aspecto, o sistema jurídico kelseniano apresenta-se fechado pela estruturação de todos os conceitos, em uma ciência do Direito, não permitindo abertura ou alterações em vista de sua imobilidade situacional no interior do sistema. Já em Bobbio, qualquer conceito deriva de seu maior ou menor rigor linguístico no interior mesmo da jurisprudência. Este rigor, admite Bobbio, é causa em parte da contextualização social e política do discurso jurídico. O conceito bobbioano de sanção não é portador imutável como em Kelsen. Ao contrário, vai sofrendo consequentes depurações de acordo com as mutações pelas quais o Direito passa. Neste sentido, o fechamento do sistema jurídico bobbioano deve-se não à clausura intrínseca do sistema como em Kelsen, mas ao refinamento constante de seus elementos.

3. AS FUNÇÕES DO DIREITO: AS SANÇÕES POSITIVAS

Deste modo, Bobbio já estava apto a apreender o conceito de sanção a partir de sua função nas atuais sociedades industriais. Assim, Bobbio parte de uma dupla concep -

ção do que seja sociedade e do papel do Direito e do jurista nela. No primeiro caso apontado por Bobbio, a sociedade é estável, dependendo do Direito como elemento de controle social e regulador das relações privadas, Nestas sociedades o papel do jurista é, geralmente, o de interpretar e transmitir regras e conceitos acabados da jurisprudência. O segundo caso contemplado por Bobbio diz respeito à sociedades em mutação nas quais o Direito perde, em parte, sua função repressora em vista de novas formas de controle social, especialmente o **controle antecipado**, que utiliza técnicas das diversas ciências sociais e comunicação de massa para conter antecipadamente o ato delituoso. Aqui, o Direito está igualmente em transformação e cabe ao jurista contribuir na formação de um novo Direito.

Para transpor esta dualidade, Bobbio na sua fase funcionalista procura superar a análise estrutural do Direito típica de Kelsen e sob a qual ele esteve influenciado como vimos anteriormente, e passa a ocupar-se com a função que o direito exerce nas sociedades contemporâneas. Assim, a constatação da passagem do Estado liberal ao Estado social administrativo é de suma importância. No Estado liberal, tradicionalmente voltado à garantir a segurança de seus membros e de suas relações jurídico-econômicas, sem intervir diretamente no processo de desenvolvimento econômico e social, a função do Direito é fundamentalmente garantir a eficácia do ordenamento jurídico através de seu aparato coativo, ou seja, pela sanção. Por sua vez, o Estado social-administrativo esta intimamente ligado ao desenvolvimento industrial deste século, através da produção de serviços e

mercadorias e controle do processo econômico em geral. Para tanto, necessitou inicialmente de uma ampliação considerável do aparato burocrático, destinado não mais apenas a sancionar, mas também a incentivar determinadas condutas. Neste aspecto, Bobbio acentua a função promocional do Direito expressa por uma imensa rede de incentivos, estímulos e subsídios. Esta função promocional do Direito terminou por diminuir a importância da imputação como elemento conectador entre o pressuposto delituoso e a sanção como consequência e sua origem dos Direitos penal e civil. Ou seja, o Direito administrativo e suas ramificações correspondem mais adequadamente às modificações experimentadas pelo Estado neste período. Desta maneira, o Direito perde seu caráter essencialmente coativo e a sanção negativa deixa de ser elemento central do sistema jurídico.

Se na sua fase estrutural Bobbio era fortemente influenciado por Kelsen, nesta fase funcional Bobbio elabora críticas veementes à Teoria Pura, e em especial ao conceito de sanção. Para Bobbio:

"... uma das noções que Kelsen não consegue conceituar sem evitar uma 'definição funcional' é justamente a de sanção, por sinal básica para a Teoria Pura, pois 'as sanções' são postas pelo ordenamento jurídico para obter um dado comportamento humano que o legislador considera desejável." (10)

Ora, se a sociedade sofreu uma mudança significativa, ocorre que Bobbio irá desenvolver uma nova teoria das sanções, mais adequada à função promocional do Direito: a

teoria das sanções positivas. Para Bobbio, um dos problemas da teoria kelseniana centrava-se em que:

"... a distinção entre sanções negativas e positivas e o relativo deg conhecimento, para o Direito, das positivas, reproduzia, no fundo, uma concepção de sociedade típica do século XIX." (11)

A alteração inicial proposta por Bobbio refere-se ao conceito de sanção. A concepção kelseniana da sanção considera como sua principal característica o emprego da força física organizada. Bobbio inverte os termos e afirma que a sanção jurídica não consiste:

"... a diferencia de las sanciones sociales, en el uso de la fuerza, es decir, en el conjunto de medios que vienen empleados para obligar con la fuerza, para forzar al recalcitrante, sino en una reacción a la violación, cualquiera que sea, incluso económica, social e moral, que viene gerantizada en última instancia por el uso de la fuerza." (12)

Esta relação entre a sanção e a coação em Bobbio permitirá conceber como jurídicas algumas sanções positivas, aquelas

"... que crean en el destinatário del premio una pretensión al cumplimiento protegida incluso mediante el recurso a la fuerza organizada de los poderes públicos." (13)

Considerando os dois tipos de sociedade anteriormente citados, Bobbio com o uso das sanções positivas descreve mais algumas de suas características. Assim, é que nas sociedades marcadas por uma ordem estável e um direito repressivo, a técnica de controle social preferencialmente utilizada é o desencorajamento a certas condutas socialmente indesejáveis através de medidas diretas. Estas medidas diretas tendem a atuar sobre o comportamento através de vigilâncias, controles e sanções punitivas. Por outro lado, nas sociedades em mudança, a técnica utilizada com maior frequência é o incentivo de determinadas atitudes socialmente queridas, através de facilitações ou recompensas. Neste caso, as medidas são indiretas e induzem o comportamento tornando-o mais difícil ou mais fácil.

Paralelamente à tipologia das sanções negativas, Bobbio discerne também vários tipos de sanções positivas. A primeira distinção respeita às sanções positivas retributivas e às indenizações. As primeiras são uma espécie de prêmio concedido a quem se portou de maneira favorável à sociiedade. As segundas são compensações que a pessoa recebe pelos seus esforços na consecução de um ato vantajoso à sociiedade. Outra diferença é a existente entre as sanções positivas preventivas e as sucessivas. As preventivas são anteriores à ação e procuram promover a ação, como é o caso, por exemplo, das isenções fiscais. As sucessivas são posteriores à ação e constituem-se em recompensas pelos atos julgados meritórios para a sociedade.

A redefinição promovida por Bobbio da sanção como tendo uma função positiva permite-lhe criticar Kelsen no sentido de que:

"... uma teoria jurídica da sanção limitada ao papel das sanções negativas e, pois, ignorando o papel as sistencial, regulador e empresarial do Estado, estaria destinada a fechar-se num limbo, entendendo mal, porque entendendo limitadamente, a relação entre o Direito, o Estado e a sociedade." (14)

A formulação da teoria das sanções positivas em Bobbio, é acompanhada pela mudança da tradicional interpretação estrutural do Direito, para uma interpretação funcional do fenômeno normativo. Isto significa que se a teoria tradicional analisa o Direito sob a ótica da integração e sistematização das normas, a teoria funcional procura compreender o Direito a partir de sua inserção nas sociedades em mudança. Ou seja, as sanções positivas corresponderiam a um novo tipo de controle social, típico do Estado promocional, que acentua no condicionamento social e individual o controle exercido pelo Estado e órgãos burocráticos. Sob este aspecto, a observação efetuada por Tércio Ferraz (15) contribui para o equacionamento do problema. Para ele, as sanções positivas ao se referirem a comportamentos permitidos, propiciam formas novas e mais amplas de poder do Estado. Bobbio não deixa de concordar com esta afirmação ao discorrer sobre os novos métodos de controle social, onde a ênfase é colocada no condicionamento e na prevenção das condutas tidas como indesejáveis.

O que podemos concluir da teoria das sanções de Bobbio e seu confronto com a sanção em Kelsen, relaciona-se à própria concepção de que sejam o Estado e o Direito atualmente. A visão kelseniana é clássica no sentido de conce-

ber o Estado nas suas funções tradicionais de mantenedor da ordem política e garantidor das relações privadas. Neste caso, o Direito tem efetivamente a coação como sua principal qualidade, e a sanção pode ser vista como o elemento que caracteriza o Direito como tal. O que Bobbio muito acertadamente nota, é a gradual mudança deste Estado para as formas atuais do Estado promocional o que implica uma revisão não apenas das funções clássicas do Estado, mas também do papel que o Direito exerce nestas sociedades. As sanções positivas de Bobbio são a expressão de como o Estado promocional modificou as teorias sobre a sanção, incluindo-se aí a teoria kelseniana.

Ora, se as mutações políticas surgidas nas últimas décadas induziram Bobbio à uma reformulação de determinados conceitos da teoria jurídica, os desdobramentos de seus estudos atingem Kelsen em outro sentido. O que Bobbio aponta de maneira a diferenciar-se ainda mais de Kelsen é a estrutura aberta de seu sistema. As alterações pelas quais o conceito de sanção passa na teoria bobbiana, em função das modificações políticas e sociais, indicam um sistema aberto, cujos conceitos mostram-se receptivos aos elementos extra-sistemáticos.

4. HART E O CONCEITO DO DIREITO

Outro autor a criticar de modo veemente a teoria jurídica de Kelsen é o inglês Herbert Hart. Em seu livro *The concept of law*, Hart desenvolve sua discordância com Kel-

sen justamente no aspecto repressiva da norma, ou seja, na sanção embutida na norma.

A principal crítica de Hart a Kelsen refere-se ao caráter coercitivo de um ordenamento jurídico. Para Hart, existe uma grande variedade de normas que não correspondem à estrutura normativa kelseniana. Esta, segundo Hart, se adequaria mais ao esquema do Direito penal, porém com raríssimas aplicações no Direito civil. Deste modo, Hart distingue as normas segundo três critérios que dizem respeito, ao conteúdo das leis; ao seu modo de origem; e ao seu campo de aplicação.

Hart, quanto ao conteúdo das leis, demonstra a diferença que existe entre as regras que impõem deveres sob a ameaça de sanções e as regras que conferem poderes. Ambos os tipos de regras constituem-se em padrões pelos quais é possível julgar criticamente as ações concretas, porém, segundo Hart, não se pode reduzir ambos os tipos de regras a um tipo único. As regras que conferem poderes são aplicáveis tanto na vida privada quanto na pública. Nas relações privadas, existem normas que regulam e autorizam uma série de atos. É o caso, por exemplo, da lavra de um testamento, da firmação de um contrato, ou de um acordo comercial. Em todas estas ocasiões foram utilizadas não regras impositivas, porém normas que conferem determinados poderes ou competências, estabelecendo as condições e os procedimentos para atuar. Outra aplicação deste tipo de normas dá-se na esfera pública quando certa autoridade legislativa recebe poderes para legislar. do mesmo modo que os tribunais para

julgar. Também aqui as condições de uso dos poderes, é determinada, acarretando a nulidade dos atos caso tais condições não sejam observadas. Insistindo nas diferenças entre os tipos de regras que conferem poderes e as regras que im põem obrigações, Hart afirma que as normas que conferem po deres constituem-se nas normas que regularão a criação das regras que impõem deveres.

Contudo, as teorias jurídicas que insistem na identi dade destes dois tipos de normas apelam geralmente para dois argumentos. O primeiro é aquele que considera a nulidade como a sanção dos atos praticados sem conformidade ao procedimento estabelecido. Hart critica fortemente esta teoria, pois desvirtua o conceito de sanção. Ora, a sanção pressupõe uma conduta delituosa como antecedente e da qual ela é a consequência. Ou seja, a sanção é sempre referida a um ato indesejável e atua como um desestímulo à execução de tal ato. Por outro lado, os atos executados por normas que conferem poderes nada têm de delituoso ou indesejável. Os atos de lavrar um testamento, firmar um contrato ou ditar uma sentença, não possuem o caráter ilícito ao qual se agrega uma sanção. Nos casos em que tais atos não preenham as condições formais, o que se lhes ocorre é simplesmente não ter os seus efeitos jurídicos. Outra diferença entre a nulidade e a sanção reside na supressão de suas consequências. Se se suprime a sanção da norma penal, a nor ma continua a ter um sentido. Se se suprime a nulidade como consequência de um procedimento defeituoso, a norma res tante não teria nenhum sentido.

O segundo argumento que visa a identidade das normas que impõem obrigações e das normas que conferem poderes é o formulado por Kelsen. Para este autor, as normas que não contêm sanções não são normas genuínas, mas apenas fragmentos de normas que adquirem o seu sentido através de sua relação lógica e subordinada às normas verdadeiras. Hart critica a posição kelseniana e o acusa de reduzir o Direito apenas à sua feição negativa e repressora. Significa desconhecer o lado positivo do Direito, a sua função motivadora de determinadas condutas. Kelsen, segundo Hart, opera uma redução deformadora do Direito.

"Tal reducción obtiene uniformidad al precio de una gran deformación del Derecho, porque deja de lado la situación de los individuos que guían su conducta por las normas potestativas para saber cómo obtener determinados efectos jurídicos, centrándose sólo en las normas que guían a los individuos para ejecutar, o no ser víctimas de sanciones." (16)

O segundo critério de diferenciação das normas segundo Hart, refere-se ao seu âmbito de aplicação. Para Hart, o campo de aplicação de uma norma é sempre determinado pela sua interpretação. Esta interpretação decidirá pela exclusão ou não daqueles que a elaboram, ou seja, do legislador. Geralmente a teoria jurídica distingue o legislador na sua qualidade oficial e na sua qualidade privada. Para Hart, este é o tipo de artifício que apenas dificulta a compreensão do processo legislativo e da pessoa do legislador. O correto, é considerar o legislador como uma pessoa

una, porém ao alcance daquilo que faz. Ou seja, ele não se situa fora das regras por ele criadas, ao contrário, ele está inserido no âmbito de aplicação destas regras.

O terceiro critério de diferenciação das normas em Hart diz respeito aos modos de origem das normas. Sob este aspecto, as teorias jurídicas que insistem no caráter puramente coercitivo do ordenamento jurídico, costumam regular o **costume** para fora das fronteiras do Direito. Contudo, o problema do reconhecimento jurídico de certas práticas que configuram um costume, persiste. Apesar de não ser muito importante nos Estados modernos, os costumes continuam sendo seguidos e adotados. O seu reconhecimento jurídico deve-se então, à sua aplicação pelos tribunais ou à aquiescência tácita do órgão legislador.

As objeções que Hart levantou até aqui às demais teorias jurídicas que encaram o Direito puramente como ordem coercitiva, baseiam-se na diversidade das normas quanto ao conteúdo, aplicação e origem. Segundo Hart:

"Para defender a teoria destas objeções, tem-se adotado uma variedade de expedientes. A idéia originalmente simples de ameaça de um mal ou sanção foi alargada até incluir a nulidade de um negócio jurídico; a noção de regra jurídica foi restringida por forma a excluir as regras que conferem poderes, considerados meros fragmentos de normas; dentro da pessoa naturalmente uma do legislador, cujas leis têm força autovinculativa, descobriram-se duas pessoas; a noção de uma ordem foi ampliada de uma expressão

verbal até uma expressão tácita da vontade, que consiste na não interferência em ordens dadas por subordinados. Apesar do caráter engenhoso destes artifícios, o modelo de ordens baseadas em ameaças obscurece, no direito, mais do que aquilo que revela; o esforço para reduzir a esta única forma simples a variedade de leis, acaba por lhes impor uma uniformidade espúria." (17)

Ora, se Hart se posiciona radicalmente contrário às teorias do Direito apenas como coerção e se este tipo de redução das regras jurídicas implica uma desastrosa deformação da realidade jurídica, significa que Hart proporá uma teoria do ordenamento jurídico com uma união de diferentes tipos de normas.

Neste sentido, ressaltamos que embora a crítica de Hart se dirige a Austin, também serve a Kelsen no sentido que também este vê o Direito como um sistema de normas de obrigação na Teoria Pura do Direito.

Para ilustrar seu ponto de vista, Hart concebe uma sociedade hipotética, baseada apenas nas normas de obrigação. Normas estas que são consuetudinárias, pois que não existem tribunais, poder legislativo ou funcionários. Nesta sociedade, o controle social é exercido pelo grupo em geral em relação aos seus padrões de comportamento. Mesmo regulando o uso da força em determinados casos, esta sociedade não contaria com um ordenamento jurídico, mas apenas com certos modos de conduta indetectáveis com sistemas morais ou de etiqueta. À medida que esta sociedade for se

tornando mais complexa, determinados problemas irão surgir do por falta de um sistema jurídico. O primeiro problema será a incerteza decorrente do sentido de uma norma ou da sua aplicação. O segundo problema será o caráter estático das normas em virtude da ausência de mecanismos de mudança. E o terceiro problema será a ineficácia da aplicação das normas.

Para solucionar estes defeitos, Hart propõe unir as regras primárias e as regras secundárias. As regras primárias são as regras de obrigação e se dirigem à conduta em si, impondo certos deveres e servindo de parâmetro para julgamentos acerca da conduta. Já as regras secundárias interpretam as regras primárias. Existem três tipos diferentes de regras secundárias:

"... pode-se dizer de todas elas que estão num plano diferente das regras primárias, porque são todas relativas a tais regras; isto no sentido de que, enquanto as regras primárias dizem respeito às ações que os indivíduos devem ou não fazer, essas regras secundárias respeitam todas as próprias regras primárias. Especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas, bem como o fato de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável." (18)

As regras secundárias descritas por Hart, são as regras de reconhecimento, de mudança e de adjudicação (ou julgamento). As regras secundárias visam eliminar a ineficácia

da pressão social difusa. Estas regras conferem poderes a indivíduos determinados para decidirem se em casos concretos foi infringida uma regra primária. Além de decidir sobre se houve ou não violação da regra primária, as normas de adjudicação definem também o modo processual, a figura do julgador e a forma da decisão judicial. Através destas regras, segundo Hart, definem-se os conceitos jurídicos de tribunal ou juiz, jurisdição e sentença.

As regras secundárias de mudança ou alteração destinam-se, a resolver o problema do caráter estático das regras primárias. Este tipo de regras secundárias confere poderes a pessoas ou grupo de pessoas para eliminar ou modificar as regras primárias do sistema jurídico. As regras da mudança indicam os procedimentos a serem adotados no processo de alteração normativa, bem como definir os poderes para tal. São estas regras de mudança que, para Hart, permitem caracterizar o processo legislativo muito mais do que a teoria de uma ordem coercitiva. Outra característica das regras de alteração é a permissão concedida a indivíduos particulares para dentro dos seus limites criar voluntariamente toda uma gama de direitos e deveres, tais como contratos ou testamentos:

Por fim, a regra secundária de reconhecimento será a solução indicada por Hart para o problema da incerteza das regras primárias. A regra de reconhecimento é a que possibilita a identificação de uma determinada norma como sendo pertencente ao sistema jurídico, logo não é a sanção como para Kelsen. É a regra que permite identificar uma norma como sendo efetivamente jurídica. Em sociedades pouco de-

envolvidas, a regra de reconhecimento usualmente utilizada é a que reconhece como dotadas de força vinculatória as normas possuidoras de autoridade constantes em determinada lista ou texto. Já em sociedades mais complexas, as regras de reconhecimento também tornam-se mais sofisticadas. Assim, a identificação jurídica de uma norma faz-se por referência a uma ou mais características gerais das regras primárias. Dependendo do sistema jurídico, esta característica geral pode estar relacionada ao órgão legislativo, ao costume ou às decisões judiciais. O caso de um conflito entre estas características é resolvido pela subordinação de umas às outras, ficando o precedente à lei (19) no escalão superior do Direito.

As regras de reconhecimento estão relacionadas às regras de mudança e de adjudicação. As regras de alteração determinam o processo legislativo e assim as regras de reconhecimento deverão reportar-se a algum aspecto incluso nas regras de alteração como forma de identificar as demais normas como sendo jurídicas. No caso das regras de adjudicação, a regra de reconhecimento está relacionada com as decisões judiciais que identificam as regras primárias.

A regra de reconhecimento de Hart, é também basilar para a explicação da validade jurídica. Hart distingue inicialmente entre os pontos de vista internos e externos ao sistema jurídico. Quando determinada pessoa ou grupo social aceita o domínio de um sistema jurídico e dele se utiliza na sua convivência, esta utilização se expressa em afirmações internas porque:

"... aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o fato de que é aceito, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra concreta do sistema como válida." (20)

O ponto de vista externo se expressa na afirmação de um indivíduo externo ao sistema que observa a aceitação dos demais às regras de reconhecimento do sistema sem que ele próprio o faça. A validade de uma norma jurídica, então, estaria normalmente condicionada às afirmações internas do sistema, nas quais a sua validade deriva de sua adequação à regra de reconhecimento. Esta regra de reconhecimento que determina a validade ou não de uma norma, é uma regra última, no sentido de encontrar-se no topo do ordenamento jurídica e não pode ter mais sua validade contestada e é também o critério supremo de referência das demais regras.

A nota distintiva de Hart quanto à questão de validade de um sistema jurídico refere-se à validade inquestionável da norma de reconhecimento última. Não há sentido, segundo Hart, de pressupor a validade ou não da norma de reconhecimento, pois que esta é ou não aceita como tal. Dizer que a regra de reconhecimento tem sua validade suposta, mas que não pode ser demonstrada, é para Hart um contrasenso tão grande quanto discutir a correção da barra metro-padrão de Paris que é o parâmetro de toda medida métrica. Por outro lado, a existência ou não da regra de reconhecimento só pode ser afirmada sob uma postura externa ao sistema

"Porque enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse 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 fato." (21)

Ou seja, a regra de reconhecimento para Hart não é um pressuposto gnoseológico, mas antes um fato empírico, concreto.

5. HART E KELSEN: SUAS DIFERENÇAS

Para compreender melhor a crítica de Hart ao conceito de sanção em Kelsen, iniciaremos por suas objeções à Norma Fundamental de Kelsen. Como já foi observado no Capítulo II, para Kelsen a validade última de um sistema jurídico repousa na norma fundamental. Esta, em si não existe, mas é um pressuposto gnoseológico que permite conhecer e fornecer sentido às demais normas derivadas do sistema. Já para Hart, a regra de reconhecimento é uma prática concreta, não necessitando portanto, pressuposição de sua validade. Segundo Hart:

"A terminologia de Kelsen ao classificar a norma fundamental como uma 'hipótese jurídica', como 'hipotética', como uma 'regra última postula

da', como uma 'regra existente na consciência jurídica', ou como 'uma suposição', obscurece, se é que na verdade não é com ele incompatível, o ponto acentuado neste livro, nomeadamente que a questão sobre quais são os critérios de validade jurídica, em qualquer sistema jurídico, é uma questão de fato. É uma questão de fato, embora seja uma questão acerca da existência e conteúdo de uma regra." (22)

Pode-se por outro lado, insistir nas semelhanças entre Hart e Kelsen no sentido de que tanto a norma fundamental como a regra de reconhecimento funcionam como referentes do sistema. Assim:

"La regla de reconocimiento convierte al derecho en un sistema de reglas diferenciado e identificable. Un sistema jurídico consiste en una regla de reconocimiento y en todas las reglas que exigen a los miembros del sistema judicial actuar de acuerdo con ellas y aplicarlas. (...). La regla de reconocimiento en si es una regla social. Su existencia y contenido pueden establecerse empíricamente investigando los costumbres y prácticas de los personeros oficiales. La regla de reconocimiento es aceptada y practica por los jueces. (...) Sin embargo, el requisito conceptual mínimo para que exista un sistema jurídico es que sus oficiales acepten y sigan la regla de reconocimiento." (23)

A validade de uma norma, segundo Hart, é a sua adequação à regra de reconhecimento e a obrigação de ser aplicada pelos juizes, da mesma maneira que para Kelsen a vali

dade da norma é a sua pertinência no sistema jurídico segundo os critérios dispostos na norma superior.

Pode-se dizer, neste ponto, que as críticas de Hart especificamente ao conceito de sanção em Kelsen são indiretas. Em primeiro momento, Hart concorda com Kelsen no que diz respeito ao caráter coercitivo das regras primárias. Estas, concorda Hart, são regras de obrigação, baseadas em ameaças de sanções, o que lhes confere seu aspecto impositivo. No que Hart discorda radicalmente de Kelsen, é quanto ao papel que a sanção assume no interior do sistema jurídico. Para Kelsen, a sanção é componente indissolúvel da norma e é o elemento articular dos demais conceitos do sistema kelseniano. Para Hart, ao contrário, a redução do Direito a uma ordem puramente coercitiva induz a uma uniformização perigosa e espúrica do Direito, porque obnubliterate de suas verdadeiras características:

"Igualmente rechaça Hart la doctrina de Kelsen: Para la Teoria Pura del Derecho son las normas jurídicas órdenes coercibles dirigidas a los funcionarios para forzarlos, bajo condiciones definidas, a aplicar sanciones: 'El ha matado, hazlo decapitar, oh Juez'. Tal norma es para Kelsen cuerpo y alma del Derecho. Hart ve Kelsen no como cúspide del pensamiento jurídico, sino como extremista." (24)

Ora, se Hart nega a redução do Direito a uma ordem coercitiva é porque nega à sanção papel central no seu sistema jurídico. O Direito, para Hart, é a união das regras primárias de obrigação como as regras secundárias de reco-

nhecimento, alteração e adjudicação.

"Como es sabido, Hart rechaza la posibilidad de analizar el concepto de reglas jurídicas a través de su reducción al fenómeno de las órdenes respaldadas por amenazas. (...) Sus objeciones a esta idea están asociadas a la variedad de contenido de las reglas jurídicas que comprende no sólo obligaciones aparentemente análogas a las de las órdenes sino también permisiones asignación de competencias, etc., a la variedad de modos de origen - (...) - y el alcance de las reglas jurídicas, las que también se aplican a quienes la dictan y persisten aunque ellos desapareçam." (25)

Pode-se argumentar, que na segunda edição à Teoria Pura (26), Kelsen refere-se às normas não independentes que se constituem das que facultam certa conduta, permitem positivamente, não imputam sanções ou que determinam o sentido de outras normas. Apesar de reconhecer a existência deste tipo de normas que não impõe sanções, Kelsen condiciona a sua validade à conexão com normas coercitivas:

"... Hart desdenã tales reticencias calificándolas como argúcias teóricas para continuar sosteniendo (para Kelsen) la exclusividad de las reglas primarias de obligación (normas primarias de Kelsen) en lugar de reconocer al derecho como un complejo integrado por reglas primarias y secundarias." (27)

Ora, Kelsen concebe o sistema jurídico como um con-

junto de normas que possuem a sanção como consequência de um ato delituoso precedente, sendo que estas normas estão dispostas em uma estrutura hierárquica que possui a norma fundamental como fundamento último de validade do sistema. Para Hart, um sistema jurídico existe, quando da união das regras primárias e secundárias, estas são geralmente obedecidas pela população e aplicadas pelos funcionários responsáveis. A unidade do sistema em Hart, então, é dada pela regra de reconhecimento última que especifica os critérios de validade jurídica. O conceito de sanção em ambos os sistemas é o mesmo. A diferença centra-se na função que a sanção possui tanto para um como para outro. Para Kelsen, a sanção é o que permite caracterizar juridicamente o Direito, distinguindo-o de outras ordens de regulamentação da conduta humana como a moral e a religião. Para Hart, a sanção caracteriza apenas as normas primárias de obrigação, porém não todo o sistema, já que, como vimos anteriormente, Hart discorda da concepção coercitiva do Direito. Mas mesmo assim, pode-se dizer que a sanção não deixa de ter importância para Hart no momento em que as normas primárias integram o seu sistema jurídico.

Podemos, à guisa de conclusão deste capítulo, observar as diferenças que se interpõe às teorias de Kelsen, Bobbio e Hart no que diz respeito à sanção. Cada um destes autores possui uma concepção diferente do que seja sistema ou ordenamento jurídico. Ordem coercitiva para Kelsen, função jurídica no Estado promocional para Bobbio e união de regras primárias e secundárias para Hart. Estas formas extremamente reduzidas de caracterizar o Direito nestes três

autores, tem apenas a função de mostrar como as relações mútuas entre os conceitos de sistema e sanção redefinem-se mutuamente em cada um dos autores aqui estudados.

NOTAS AO TERCEIRO CAPÍTULO

(01) A este respeito ver:

NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del Derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987. pp. 168 e seguintes.

(02) A este respeito ver:

NINO, Carlos Santiago. Op. cit., pp. 168 e seguintes.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Batista Machado. Coimbra, Armênio Amado Editor, 1979, pp. 171 e seguintes.

(03) KELSEN, Hans. Op. cit. p. 171.

(04) BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoria del Derecho. Edición y traducción a cargo de Afonso Ruiz Miguel. Valência, Fernando Torres Editor, 1980.

(05) BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 173 à p. 200.

(06) ibidem p. 182.

- (07) *ibidem* p. 187.
- (08) Conforme BOBBIO. Op. cit. p. 188.
- (09) BOBBIO. Op. cit. p. 193.
- (10) BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo, Pólis, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1989. p. 11.
- (11) *ibidem* p. 11.
- (12) BOBBIO, Norberto. Contribución a la Teoria del Derecho. Op. cit. p. 387.
- (13) *ibidem* p. 387.
- (14) BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Op. cit. p. 12.
- (15) FERRAZ JR., Tércio Sampaio. El pensamiento Jurídico de Norberto Bobbio. In: Revista de Ciencias Sociales. Norberto Bobbio. Estudios En Su Homenaje. Edición dirigida por Augustin Squella. Valparaiso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. pp. 38 e seguintes.

- (16) NINO, Carlos Santiago. Op. cit. p. 90.
- (17) HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Trad. de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 57.
- (18) ibidem p. 104.
- (19) ibidem p. 105.
- (20) ibidem p. 114.
- (21) ibidem p. 115.
- (22) ibidem p. 275.
- (23) RAZ, Joseph H. L. A. Hart. In: Revista de Ciencias Sociales. H. L. A. Hart y el concepto del Derecho. Edición dirigida por Agustin Squella. Valparaíso. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1986. p. 24.
- (24) MENCHACA, Victor Arevalo. Hart y El Concepto de Derecho - Sintesis Crítica. In: Revista de Ciencias Sociales. H. L. A. Hart y el Concepto del Derecho. Edición dirigida por Agustin Squella, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1986. p. 57.

(25) NINO, Carlos Santiago. El Concepto de Derecho de Hart. In: Revista de Ciencias Sociales. H.L.A. Hart y el Concepto del derecho. Edición dirigida por Agustín Squella. Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1986. p. 39.

(26) A este respecto ver::

CRACOGNA, Dante. Regla de Reconocimiento y Norma Básica. In: Revista de Ciencias Sociales. H. L. A. Hart y el concepto del Derecho. Edición dirigida por Agustín Squella. Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1986, pp. 369 e siguientes.

(27) ibidem p. 372.

CONCLUSÕES

Podemos resumir os principais aspectos deste trabalho de maneira à seguirem-se as conclusões.

Para Kelsen, a constituição de uma ciência do Direito está condicionada à elaboração de uma teoria capaz de desvincular-se de qualquer elemento estranho ao Direito, capaz de expurgar de si toda referência que não seja estritamente jurídica. O extra-jurídico, nesta concepção, está relegado aos limites exteriores da Ciência do Direito. Para tanto, Kelsen erige a Teoria Pura em um sistema auto-referente, excluindo dele quaisquer considerações não normativas. Dentre estas considerações, encontram-se os juízos valorativos sobre o conteúdo da norma jurídica. Portanto, as categorias intra-sistemáticas da Teoria Pura dizem respeito não ao conteúdo da norma mas à forma desta. É para definir a forma das relações entre as normas jurídicas que se ergue o sistema que estrutura a Teoria Pura.

Por referir-se unicamente ao aspecto formal das normas, Kelsen necessita de um conceito fundante que possibilite uma unidade temática e categorial ao Direito. O conceito que Kelsen elege é o de sanção. Respondendo à objetividade requerida no discurso científico, Kelsen propõe o princípio da imputação nas ciências sociais normativas em

contraposição ao princípio da causalidade nas ciências naturais. Assim, se na causalidade a lógica das proposições implica em **Se A então B**, na imputação altera-se para **Se A então deve ser B**. Este dever-ser está embutido na norma jurídica através da sanção como consequência de uma prescrição anterior. As normas primárias possuem necessariamente uma sanção, enquanto as demais (fragmentos de normas) adquirem-se dentro do sistema. Contudo, a aplicação da sanção não é obrigatória a nível fático. No contexto da Teoria Pura, o conceito de sanção opera como uma categoria lógica, da qual se deduzem os demais conceitos (sujeito, dever jurídico, etc.) que integram o sistema. Neste sentido, e sob a perspectiva da estática jurídica, a norma jurídica assenta sob a categoria da sanção, da qual derivam logicamente os demais conceitos, outorgando unidade e pureza metódica à ciência jurídica, explicitando-se a centralidade da sanção no processo de doação de sentido das proposições do sistema.

Nas críticas levantadas a Kelsen, tanto Bobbio quanto Hart tomam o conceito de sanção em suas considerações. Bobbio, após sua fase estruturalista, procura entender o Direito através de suas novas funções no Estado promocional. Para tanto, elabora uma teoria das sanções positivas que atuam como estímulos às condutas socialmente desejadas. Nesta recente configuração do Estado promocional, diz Bobbio, o Direito perde em parte sua função repressora para fomentar através de recompensas (as sanções positivas) atitudes consideradas úteis. Neste sentido, Bobbio discorda de Kelsen ao considerar a sanção não apenas no seu aspecto repressivo, mas também positivo. Por outro lado, a ênfase

às sanções positivas, como parte das novas funções do Direito, leva à configuração de um outro tipo de sistema jurídico aberto à elementos extra-sistemáticos.

Hart também critica o conceito de sanção kelseniano, levando em consideração as dissimilaridades dos respectivos sistemas jurídicos. Para Hart, a concepção kelseniana do Direito como um ordenamento coercitivo da conduta humana, induz à uma redução da realidade jurídica. Segundo Hart, o Direito é uma união de regras primárias de obrigação com regras secundárias de julgamento, reconhecimento e transformação. Como as regras primárias sempre possuem um componente coercitivo expresso em sanções, Hart critica não o conceito kelseniano de sanção mas o seu papel e função no interior no sistema.

Contudo, as teorias de Hart e Bobbio também apresentam deficiências. Hart pressupõe para o funcionamento de seu sistema aberto a aceitação do sistema político liberal de tipo inglês, deixando, por isso, de fora do debate algumas questões ideológicas importantes. Quanto a Bobbio, este embora possua uma concepção de Democracia mais moderna do que Hart (01), peca também a nosso ver por reduzir o Direito à matriz funcionalista, em termos de **input** e **output**. De todo modo, constata-se então que de fato o conceito de sanção não pode mais ocupar um lugar central para a formação do sistema jurídico.

Neste sentido, pode-se hoje falar ainda de sistema no Direito e qual seria a importância atual da idéia de sistema? Nesta linha, podemos perguntar com Michel Van der

Kerchove e Francois Ost (02), se o Direito constitui um sistema aberto ou fechado, auto ou hetero-regulado, imóvel ou evolutivo.

Nós entendemos que continua fundamental o debate sobre o sistema no Direito e a própria Teoria Jurídica, devido ao fato de que não podemos cair na armadilha da Sociologia que reduz o Direito puramente à significação social (fatos), menosprezando seu aspecto normativo estrutural, pois nesta ótica o Direito não existiria mais; nem também cair, como nossa análise demonstrou, na ênfase exagerada ao ordenamento jurídico, ao aspecto interno, como faz Kelsen constituindo um sistema auto-referente e fechado. Ou seja, a solução depende da elaboração de um sistema aberto, como bem sugeriram Hart e Bobbio, que sem desnaturar a especificidade simbólica do Direito, o comunique com a política e a realidade social.

A construção de um tal sistema nos exige uma postura epistemológica inovadora, onde sem conceitos a-priori, tentemos desde uma leitura crítica rever os limites e virtudes do paradigma jurídico tradicional, procurando resgatar seus aspectos positivos e explicar as razões de suas deficiências em discutir a questão política. Neste sentido, entendemos que a releitura do conceito de sanção na Teoria Pura do Direito nos proporcionou um excelente exercício intelectual para ultrapassar os dogmas da pureza (normativismo) e da impureza (sociologismo) da teoria jurídica. A teoria jurídica constitui hoje um dos caminhos necessários, como diz Habermas (03), para se compreender a Democracia.

Encerramos com uma citação de Bobbio a respeito da necessidade do plural em teoria:

"Contrariamente a lo que generalmente se dice, no creo en absoluto que la teoria funcionalista del derecho, tan apreciada por los sociólogos, haya reemplazado a la estructuralista, como si se tratase de dos perspectivas incompatibles. Sucede casi siempre que cuando surge un nuevo enfoque para observar determinado campo de la realidad, se condena apresuradamente el anterior, como si este fuese no solo diferente sino equivocado. Se ignora o se finge ignorar, por el efecto de vicio común a toda escuela de tender al exclusivismo, que todo campo de la realidad puede ser considerado desde muchos puntos de vista, y que más bien esta multiplicidade ayuda a su mejor comprensión." (04)

NOTAS À CONCLUSÃO

- (01) BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo, Ed. Brasiliense, 1988.
- (02) VAN DER KERCHOVE, Michel et OST, Francois. Le Système Juridique: entre ordre et désordre. Paris, P.U.F., 1988.
- (03) HABERMAS, Jürgen. Theorie des Kommunikativen Handelns. Frankfurt. Suhrkamp Verlag, 1981.
- (04) BOBBIO, Norberto. Teoria General del Derecho. Trad. Española de Eduardo Acuña. Bogotá, Temis, 1987. Prólogo a la edición castellana. p. IX.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLUHDORN, Jürgen. Kantianos y Kant. El giro desde la metafísica jurídica hacia la ciencia del Derecho Positivo. In: Revista de Ciencias Sociales. El Neokantismo en la filosofía del Derecho. Edición dirigida por Agustín Squella, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1982.
- BOBBIO, Norberto. Contribución a la Teoría del Derecho. Edición y traducción a cargo de Alfonso Ruiz Miguel. Valência, Fernando Torres - Editor, 1980.
- _____. Hacia una teoría funcional del Derecho. In: Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio Gioja. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976.
- _____. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo, Brasiliense, 1988.
- _____. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste Santos, São Paulo, Polis, 1989.
- _____. Teoria General del Derecho. Trad. Espanhola Eduardo Acuña, Bogotá, 1987.

- BUSTAMANTE, Lino Rodríguez Arias. Kant, Kelsen y la teoría Pura del Derecho. In: Revista de Ciencias Sociales. El Neokantismo en la Filosofía del Derecho. Edición dirigida por Agustín Squella, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1982.
- CIENFUEGOS, Antonio Hernández-Gil. La noción de Sistema en Savigny. In: Revista de Ciencias Sociales. Savigny y la Ciencia del Derecho. Vol. II, Edición dirigida por Agustín Squella, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1979.
- COHEN, Felix. El Método Funcional en el Derecho. Trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- CONDILLAC, Étienne Bonnot de. Tratado dos Sistemas. In: Os Pensadores. Vol. XXVII. Trad. Luiz Roberto Monzani. São Paulo, Abril, 1973.
- COPI, Irving M. Introdução à Lógica. Trad. Álvaro Cabral, São Paulo, Editora Mestre-Jou, 1978.
- CRACOGNA, Dante. Regla de Reconocimiento y Norma Básica. In: Revista de Ciencias Sociales. H. L. A. Hart y el Concepto del Derecho. Edición dirigida por Agustín Squella, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1986.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Trad. J. Batista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.

_____. Gustav Radbruch. Como Filósofo del Derecho. In: Revista de Ciencias Sociales. El Neokantismo en la Filosofía del Derecho. Edición dirigida por Agustin Squella, Valparaiso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1982.

FARREL, Martin Diego. La Metodología del Positivismo Lógico. Buenos Aires, Astrea, 1979.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Conceito de Sistema no Direito. São Paulo, Revista dos Tribunais, Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

_____. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo, Atlas, 1989.

_____. Função social da Dogmática Jurídica. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

_____. Concepción de Sistema Jurídico en el Pensamiento de Emil Lask. In: Revista de Ciencias Sociales. El Neokantismo en la Filosofía del Derecho. Edición dirigida por Agustin Squella, Valparaiso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1982.

- _____. El pensamiento jurídico de Norberto Bobbio.
In: Revista de Ciencias Sociales. Norberto Bobbio. Estudios en su Homenaje. Edición dirigida por Agustín Squella, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales.
- GIL, Antônio Hernández. Metodología de la Ciencia del Derecho. Volúmen I e II, Madrid, Valdes, 1971.
- GÓMES, Astrid. Acerca de la Vinculación de la regla de reconocimiento con las restantes reglas secundarias. In: Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio Gioja. Buenos Aires, Astrea, 1976.
- GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. Introducción al Conocimiento Jurídico. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. Theorie des Kommunikativen Handelns. Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1981.
- HART, Herbert. O Conceito de Direito. Trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- _____. El Concepto de Derecho. Trad. Genaro Carrió. México, Editora Nacional, 1980.
- KELSEN, Hans. Allgemeine Theorie der Normen. Wien. Manzschel Verlag und Universitäts - Buchhandlung, 1979.

- _____. Contribuciones a la Teoria Pura del Derecho. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina. 1969.
- _____. El concepto de Estado y la psicología social. In: Conjetural, Revista Psicoanalítica. Nº 13, Buenos Aires, 1987.
- _____. Introducción a la Teoria Pura del Derecho. México, Editora Nacional, 1974.
- _____. Reine Rechtslehre. Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960.
- _____. Teoria General del derecho y del Estado. México, Universidade Autónoma de México, 1958.
- _____. Teoria Geral das Normas. Trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris Editor, 1986.
- _____. Teoria Pura do Direito. 2ª Edição, Trad. João B. Machado, Coimbra, Armenio Amado - Editor, 1979.
- KLUG, Ulrich. Consideraciones sobre las definiciones semánticas en derecho. In: Derecho, Filosofia y Lenguaje. Homensaje a Abrosio Gioja. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976.
- LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo Procedimento. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasilia, Editora Universidade de Brasília, 1981.

- _____. Sociologia do Direito I. Trad. Gustav Bayer. Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MACHADO NETO, Antônio Luiz. Teoria da Ciência Jurídica. São Paulo, Saraiva, 1975.
- MAYNEZ, Eduardo Garcia. Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Jusnaturalismo. México, Universidade Autónoma de México, 1977.
- MENCHACA, Victor Arevalo. Hart y El Concepto de Derecho - Sintesis Crítica. In: Revista de Ciencias Sociales. H. L. A. Hart e el Concepto de Derecho. Edición dirigida por Agustin Squella, Valparaiso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1986.
- MIAILLE, Michel. Uma Introdução Crítica ao Direito. Trad. Ana Prata, Lisboa, Moraes - Editores, 1979.
- NINO, Carlos Santiago. Introducción al Analisis del Derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.
- _____. El concepto de Derecho de Hart. In: Revista de ciencias sociales. H. L. A. Hart y el Concepto de Derecho. Edición dirigida por Agustin Squella, Valparaiso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1986.
- PATTARO, Enrico. La crise del kelsenismo italiano desde la

perspectiva neoempirista de Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli. In: Revista de Ciencias Sociales. Norberto Bobbio. estudios en su Homenaje. Edición dirigida por Agustín Squella, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales.

PICAZO, Luis Diez. Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho. Barcelona, Editorial Ariel, 1973.

POPPER, Karl R. Conhecimento Objetivo. Trad. Milton Amado. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, Editora Itatiaia, 1975.

QUESADA, F. Miro. Sobre el Derecho Justo. In: Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio Gioja. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976.

RAZ, Joseph. H. L. A. Hart. In: Revista de Ciencias Sociales. H. L. A. Hart y el Concepto de Derecho. Edición dirigida por Agustín Squella, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 1986.

ROCHA, Leonel Severo. A Problemática Jurídica: Uma introdução Transdisciplinar. Porto Alegre, Fabris, 1985.

_____. O Sentido Político da Teoria Pura do Direito. In: Revista Sequência nº 9. Florianópolis. U.F.S.C. 1984.

ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia. Trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

VAN DER KERCHOVE, Michel; OST, Francois. Le Système Juridique: entre la ordre et désordre. Paris, P.U.F. 1988.

VERNENGO, Roberto José. La Interpretación Jurídica. México, Universidad Autónoma de México, 1977.

_____. Temas de Teoria General del Derecho. Buenos Aires. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1971.

VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

VON WRIGHT, Georg Henrik. Un Ensayo de Lógica Deóntica y la Teoria General de la Acción. Trad. Ernesto Valdés. México, Universidad Autonoma de México, 1976.

WARAT, Luiz Alberto. O Direito e sua Linguagem. Com a colaboração de Leonel S. Rocha e Giselle Cittadino. Porto Alegre, Fabris, 1984.

_____. La Norma Fundamental Kelseniana como Critério de Significação. Comunicação realizada em Buenos Aires, 1984, Mimeografado.

_____. Mitos e Teorias na Interpretação da Lei. Porto Alegre, Síntese, 1979.

_____. A Pureza do Poder. Florianópolis, Editora da
U.F.S.C., 1983.