

Copyright © 2007 Editora Manole Ltda., por meio de contrato com Andrea Bobbio.

Logotipo: copyright © Centro de Estudos Norberto Bobbio

Título do original: *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*

Tradução: Daniela Beccaccia Versiani

Tradução do prefácio à edição brasileira: Marcela Varejão

Revisão técnica: Orlando Seixas Bechara

Renata Nagamine

Projeto gráfico: Departamento Editorial da Editora Manole

Editoração eletrônica: Know-How Editorial Ltda.

Capa: Eduardo Bertolini

Imagem da capa: Arcadas da Itália – iStockphoto.com

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

---

Bobbio, Norberto

Da estrutura à função : novos estudos de teoria do direito / Norberto Bobbio ;  
tradução de Daniela Beccaccia Versiani ; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara,  
Renata Nagamine. – Barueri, SP : Manole, 2007.

Título original: *Dalla struttura alla funzione.*

ISBN 85-204-2556-9

1. Direito - Filosofia I. Título.

06-8347

CDU-340.12

---

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12
2. Filosofia do Direito 340.12

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, por qualquer processo, sem a  
permissão expressa dos editores.

É proibida a reprodução por xerox.

Edição brasileira – 2007

Editora Manole Ltda.

Av. Ceci, 672 – Tamboré

06460-120 – Barueri – SP – Brasil

Tel.: (11) 4196-6000 – Fax: (11) 4196-6021

www.manole.com.br

info@manole.com.br

Impresso no Brasil

*Printed in Brazil*

## 9 ESTRUTURA E FUNÇÃO NA TEORIA DO DIREITO DE KELSEN

SUMÁRIO – 1. Significado da obra de Kelsen na história da teoria geral do direito no último século – 2. Fatos e valores na teoria do direito de Kelsen: o ideal da ciência e a não-cientificidade dos ideais – 3. A teoria pura do direito como teoria do ordenamento jurídico – 4. Estrutura e função na teoria do direito.

1. Em 1910, Hans Kelsen, sem ter ainda completado trinta anos, publicou *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, uma volumosa obra de setecentas páginas, com a qual colocou, mais do que a primeira pedra, os fundamentos daquela que, no prefácio à segunda edição (1923), denominou de “uma teoria pura do direito como teoria do direito positivo”.<sup>1</sup> Em 1934, quando aparece a primeira edição daquele livro-síntese, programa e manifesto, como é *Reine Rechtslehre*, o edifício pôde dar-se por acabado. Entre 1911 e 1914, reuniu-se em torno de Kelsen um grupo de jovens estudiosos ao qual se deu o nome de Escola de Viena. No âmbito da escola, Adolf Merkl, em uma obra de 1923 (*Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*), desenvolveu a teoria dinâmica do ordenamento jurídico, a chamada *Stufentheorie des Rechts*, que Kelsen acolheu e incorporou à *Allgemeine Staatslehre*, de 1925. Depois de 1934 até a segunda edição da *Reine Rechtslehre* (1960), que contém todos os sucessivos enriquecimentos da doutrina – a ponto de adquirir uma

<sup>1</sup> O título inteiro é *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsstaze*, Mohr, Tübingen, 1910. A segunda edição é um *fac-símile* da primeira, com o acréscimo de uma importante introdução (p.V-XXIII), que pontua o desenvolvimento da teoria pura do direito nos últimos dez anos. A mais ampla bibliografia das obras de Kelsen e sobre Kelsen encontra-se no apêndice a R. A. METALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Franz Deuticke, Viena, 1969, p.124-6. Até o ano de 1965, está atualizada a bibliografia das obras de Kelsen que se encontra como apêndice ao *Saggio introduttivo* de M. LOSANO, que acompanha a edição italiana da segunda edição da *Reine Rechtslehre*; H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turim, 1966, p.LXII-XC.

dimensão três vezes maior do que a da primeira edição e ter assumido o caráter de verdadeiro tratado –, o sistema foi aperfeiçoado, completado, corrigido aqui e ali, mas as linhas mestras não mais foram modificadas. Desde a aparição de *Hauptprobleme*, havia se transcorrido, então, meio século.

A obra de Kelsen constitui uma etapa fundamental na história da teoria do direito. Tirou parte da sua importância das obras anteriores, como as de Jhering, Thon e Jellinek, salvo se as considerarmos afluentes que confluíram para o grande rio. Teorias que tomaram outros caminhos, como aquela também celebrada de Duguit, foram abandonadas. As duas principais obras de teoria do direito surgidas nesses últimos vinte anos, *Law and Justice*, de Alf Ross (1958), e *The Concept of Law*, de Herbert L. Hart (1961), mesmo tendo sido escritas por autores educados em uma tradição jurídica não exatamente bem situada no sentido do tão censurado e mal-compreendido formalismo kelseniano, reconhecem o débito que contraíram com a teoria pura do direito. Apesar dos dissensos em relação à obra do mestre, ambas são obras claramente pós-kelsenianas, no exato sentido de que não podem ser entendidas sem Kelsen.

O maior reconhecimento do lugar estratégico que a teoria pura do direito tem ocupado na história da jurisprudência teórica<sup>2</sup> veio de seus adversários mais irredutíveis. Durante décadas, a obra de Kelsen foi identificada pelas correntes adversárias (as que Kelsen colocara em dificuldade ou retirara de seu caminho) como o inimigo por excelência. Para os jusnaturalistas, a obra de Kelsen tornou-se o limite último e, ao mesmo tempo, o protótipo do positivismo jurídico; para os realistas, do formalismo; para os juristas soviéticos, da jurisprudência burguesa. A teoria pura do direito foi, por vezes, denunciada como sede de todos os erros do século, o resultado de todas

<sup>2</sup> Também esta expressão “jurisprudência teórica” (*theoretical jurisprudence*) encontra-se em Kelsen, por exemplo em *General theory of law and State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1945 (de agora em diante citado como *GTLS*), p.141 (tradução italiana, Edizioni di Comunità, Milão, 1952, p.143) [*Teoria geral do direito e do Estado*, 3. ed., trad. port. Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000].

as aberrações de uma ciência que pretende substituir a metafísica, caindo no agnosticismo; a nua empiria, condenando-se à esterilidade; a ideologia, sendo ela mesma uma ideologia mascarada.

Não obstante tenha sido muitas vezes declarada morta (sobretudo por aqueles que acreditavam tê-la matado), a teoria kelseniana nunca cessou, inclusive nesses últimos anos, de ser objeto de estudo e de novas reflexões.<sup>3</sup> Em 1970, foi fundada uma revista de teoria do direito intitulada "Rechtstheorie", da qual Kelsen era diretor, ao lado de K. Engisch, H. L. A. Hart, U. Klug e K. Popper. Seu objetivo é aprofundar, mais do que foi feito até agora, a crítica dos fundamentos do conhecimento jurídico, e parece que se propõe a tarefa de desenvolver os "analytische Ansätze" presentes na obra kelseniana.<sup>4</sup> Num dos volumes do primeiro ano, foi publicado um artigo de Robert Walter sobre o presente estado da teoria pura do direito, no qual se pode ler que a nova revista não pode prescindir dos resultados dessa teoria.<sup>5</sup>

O direito sempre foi um jardim fechado e refratário aos não-juristas. Dos grandes juristas deste último século, apenas a obra de Jhering tivera alguma ressonância fora desse recinto, ainda que por aspectos marginais ao sistema. Mas Jhering invadira, em *Der Zweck im Recht*, sua obra filosófica, o campo da ética e, em geral, do costume social (resvalando na sociologia). Kelsen, ainda que não alheio à história do pensamento jurídico, à qual deu contribuições originais, e exceto por uma exploração no campo da etnologia com o objetivo de trazer uma confirmação histórica da grande dicotomia entre natureza e cultura, entre mundo do ser e mundo do dever-ser, entre esfera das relações de causalidade e esfera das relações de imputação, sobre as quais fundou a autonomia da ciência jurídica, foi essencialmente um jurista: logo, um jurista *puro* para uma teoria pura do direito.

<sup>3</sup> Limito-me a recordar, depois da citada bibliografia de Metall, a monografia, para dizer a verdade um pouco escolástica, de R. HAUSER, *Norm, Recht und Staat. Überlegungen zu Hans Kelsen Theorie der reinen Rechtslehre*, Springer Verlag, Viena, 1968.

<sup>4</sup> "Rechtstheorie. Zeitschrift für logik, methodenlehre, kybernetik und soziologie des rechts", Duncker und Humblot, Berlin, 1970.

<sup>5</sup> R. WALTER, *Der gegenwärtige Stand der reinen rechtslehre*, in "Rechtstheorie", I, 1970, p.69-95.

No entanto, de Kelsen em diante, e, sobretudo, por meio de Kelsen, os problemas da jurisprudência teórica adentraram o círculo das discussões gerais sobre metodologia, ética e meta-ética, lógica e, de modo mais geral, filosofia da ciência. Um exemplo convincente e significativo: no amplo compêndio de problemas de lógica e filosofia da ciência, dirigido por Jean Piaget para a "Encyclopédie de la Pléiade", no breve parágrafo em que é introduzido o problema da ciência jurídica, o único ponto de referência é o sistema Kelseniano, a propósito do qual se diz: "... o direito constitui, em si mesmo, um sistema de normas, cujas articulações e construtividade foram trazidas à luz com grande profundidade por H. Kelsen".<sup>6</sup>

O que faz da teoria pura do direito um momento decisivo da jurisprudência teórica, e, portanto, uma etapa obrigatória dos estudos de teoria do direito, inclusive para os reticentes, são alguns traços fundamentais, seja quanto ao método, seja quanto à perspectiva sobre o próprio objeto, seja quanto à implantação teórica geral da disciplina, os quais a teoria pura do direito tem em comum com as teorias gerais que se desenvolviam, aproximadamente nos mesmos anos, em outros campos das ciências humanas. A literatura kelseniana, embora vastíssima, jamais se deteve com a devida atenção neste ponto, isto é, no fato de que a empreitada científica de Kelsen desenvolve-se em consonância com as grandes empreitadas científicas de seu tempo no campo das ciências sociais e com elas partilha algumas características fundamentais. Os habituais confrontos entre a teoria de Kelsen e outras teorias do direito, infelizmente, não vão muito além de corretos, mas estéreis, exercícios acadêmicos, sem conseqüências relevantes para uma melhor compreensão do sistema kelseniano. O confronto mais interessante e mais esclarecedor é aquele que o próprio Kelsen

<sup>6</sup> J. PIAGET, *Les deux problèmes principaux de l'épistémologie des sciences de l'homme*, in *Logique et connaissance scientifique*, vol. XXII da "Encyclopédie de la Pléiade", Paris, 1967, p.1.117 ["Os dois principais problemas da epistemologia das ciências humanas", in *Lógica e conhecimento científico*, 2 vols., trad. port. Souza Dias, Porto, Civilização, 1980-1981]. Sobre a relação Piaget-Kelsen, cfr. G. CELLERIER, *Incidenza dell'epistemologia genetica sulla teoria dei fondamenti del diritto*, in VV.AA., *Jean Piaget e le scienze sociali*, La Nuova Italia, Florença, 1973, p.71-113.

instituiu entre a teoria pura do direito e a jurisprudência analítica de John Austin, entendida como primeiro exemplo de jurisprudência teórica.<sup>7</sup> Também o estudo das fontes filosóficas, ou, em geral, culturais, do movimento para uma teoria pura do direito foi, até agora, surpreendentemente pobre: críticos, mesmo recentes, limitam-se a retomar as conhecidas menções do próprio Kelsen a uma convergência significativa, mesmo que casual, com o neokantismo da Escola de Marburg. Ainda hoje, Kelsen passa por um neokantiano, embora o nome de Hermann Cohen não seja citado nem uma única vez na segunda edição de *Reine Rechtslehre*, que constitui, como já foi dito, o ponto de chegada de seu pensamento.

Kelsen pode ser considerado kantiano apenas na medida em que se liga à grande dicotomia, que remonta a Kant, entre a esfera do *Sein* e a esfera do *Sollen*.<sup>8</sup> Para defender essa dicotomia hoje, em um clima cultural diverso, um autor preferiria apresentar outras credenciais, *in primis*, a distinção humiana entre *is* e *ought*. Com efeito, entre a dicotomia kantiana, que separa o reino da necessidade do reino da liberdade, e a dicotomia kelseniana, que distingue natureza de sociedade, há toda a diferença existente entre uma elaboração filosófica e uma elaboração científica do problema: a dicotomia kelseniana resume-se na contraposição entre dois sistemas de representação da realidade, um fundado em relações de causalidade, o outro, em relações de imputação. Não é necessário incomodar Kant para explicar a origem e entender o significado de qualquer das teses de Kelsen, mesmo que este tenha flertado inúmeras vezes com a *Critica della ragion pura*.

<sup>7</sup> H. Kelsen, *Pure theory of law and analytical jurisprudence*, in "Harvard Law Review", LV, 1941, p.44-70 (tradução italiana, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, organizado por R. Treves, Einaudi, Turim, 1967, p.173-206) ["A teoria pura do direito e a jurisprudência analítica", trad. port. Luís Carlos Borges, in *O que é justiça?*, 3. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2001].

<sup>8</sup> Uma longa discussão em relação a Kant pode ser encontrada na segunda edição de *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Viena, 1960 (citada de agora em diante como *RRL 2*), p.102-5 (tradução italiana, Einaudi, Turim, 1966, p.119-20) [Teoria pura do direito, 6. ed., trad. port. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998]. Para as relações entre Kelsen e o neokantismo, é fundamental também R. TREVES, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in "Atti della R. Acc. delle Scienze di Torino", LXIX, 1934 (p.43, excerto).

Quem desejar perceber a função de ruptura que a teoria pura do direito teve no desenvolvimento da jurisprudência teórica, deverá alargar os próprios horizontes e examinar mais de perto o movimento do saber científico e da reflexão sobre a ciência que se desenvolve nas primeiras décadas do século. Como já foi observado inúmeras vezes, na mesma Viena onde Kelsen formou sua escola, nascera, poucos anos antes, a psicanálise, e apareceria, poucos anos depois, o Wiener Kreis. Embora o interesse de Kelsen por ambos tenha sido marginal (mas as relações entre a teoria pura do direito e a psicanálise, de um lado, e o Círculo de Viena, de outro, mereceriam ser melhor estudadas), os três movimentos se desenvolveram no mesmo clima cultural. Tão logo apareceram os primeiros estudos de Freud sobre a psicologia de massa, Kelsen os acolheu com interesse e tratou deles na obra de maior destaque escrita naqueles anos depois de *Hauptprobleme*.<sup>9</sup> A sua participação na atuação cultural dos neopositivistas ocorre muito depois, nos grupos da diáspora pós-nazista. Colaborou com dois artigos para a nova revista "The Journal of the Unified Science", que continuava "Erkenntnis";<sup>10</sup> a primeira edição da obra *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, que posteriormente, na edição norte-americana de 1943, receberia o título de *Society and nature*, foi impressa na Holanda, em 1941, pela "Library of Unified Science", criada pelos neopositivistas que fugiram da Áustria e da Alemanha, mas não fora publicada, devido à ocupação alemã.<sup>11</sup>

No mesmo ano de 1916, surgiram duas obras sobre cuja importância para a elaboração teórica e para a reconstrução sistemática

<sup>9</sup> Cfr. o parágrafo intitulado "Die Libido als Kriterium der sozialen Verbindung", no livro *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Mohr, Tübingen, 1922, p.19-33. Há um aceno à psicanálise também in *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*, in "Zeitschrift für öffentliches recht", II, 1921, p.506.

<sup>10</sup> H. KELSEN, *Die Entstehung der Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip*, in "The Journal of Unified Science", VIII, 1939, p.69-130; e *Causality and retribution*, idem, p.234-40 ["Causalidade e retribuição", trad. port. Luís Carlos Borges, in *O que é justiça?*, 3. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2001].

<sup>11</sup> Para essas informações, remeto o leitor a R. A. METALL, *Hans Kelsen*, cit., p.67 e 110. Cfr. também F. BARONE, *Il neo-positivismo logico*, Edizioni di Filosofia, Turim, 1953, p.247.

dos respectivos campos de investigação é desnecessário dispensar muitas palavras: *Cours de linguistique générale*, de Ferdinand de Saussure, e *Trattato di sociologia generale*, de Vilfredo Pareto. Publicada a primeira, na França, e a segunda, na Itália, durante a Primeira Guerra Mundial, ambas nasceram na pacífica Suíça, onde o mesmo Kelsen viria a exilar-se em 1933, depois da chegada de Hitler ao poder. Não há traços do conhecimento da sociologia de Pareto na obra de Kelsen, a quem, aliás, não escapara a importância do mestre de Lausanne.<sup>12</sup> Contudo, um dos poucos juristas que atraíram a atenção de Pareto foi o seu colega de Lausanne Ernest Roguin, que publicara, ainda em 1889, um livro de “ciência jurídica pura”, como o próprio autor declara, e depois, em 1923, os três volumes de *La science juridique pure*, que constitui a única obra comparável (ainda que raramente comparada) – mais por inspiração, entenda-se, do que pelos resultados – à obra de Kelsen.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Em uma nota de *Vom Wesen der Demokratie*, Mohr, Tübingen, 1920 (que cito da tradução italiana, *Essenza e valore della democrazia*, in H. KELSEN, *Democrazia e cultura*, Il Mulino, Bolonha, 1955) [“Essência e valor da democracia”, trad. port. Vera Barkow, in *A democracia*, 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000], Kelsen discute a afirmativa de Roberto Michels, segundo o qual o fascismo, na sua tendência antiparlamentar, apoiara-se em Pareto, e a refuta, considerando que a postura de Pareto na consideração do parlamento correspondia à de um liberal (p.46-7). O juízo de Michels fundava-se no ensaio paretoiano *Pochi punti di un futuro ordinamento costituzionale*, que ele mesmo publicara logo depois da morte de Pareto in “La vita italiana”, setembro e outubro de 1923, p.165-9, apresentando-o como “o testamento político do maior sociólogo e pensador da atualidade, deixado a todos os jovens italianos, sem distinção de partido” (agora in V. PARETO, *Scritti politici*, organizado por G. Busino, Utet, Turim, 1974, vol. II, p.795-800). A mesma referência a Pareto encontra-se também em um ensaio posterior de KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus*, W. Braumüller, Viena-Lipsia, 1924 [“O problema do parlamentarismo”, trad. port. Vera Barkow, in *A democracia*, 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000], como foi destacado por P. TOMMISEN, *La conception parétienne de la démocratie*, in “Res publica” (Revue de l’Institut belge de science politique), XVII, 1975, p.5-30, que cita, na p.23, o ensaio kelseniano da segunda edição de 1968 (em que o trecho comentado encontra-se nas p.42-4). Desse escrito kelseniano existe também uma velha tradução italiana in “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, II, 1929, p.182-204. Como todos podem ver, a partir dessas citações, o encontro de Kelsen com Pareto foi ocasional, e não se referiu nem à teoria do direito do primeiro, nem à teoria sociológica do segundo.

<sup>13</sup> No prefácio à primeira obra, intitulada *La règle de droit*, F. Rouge, Lausanne, 1889, escrevia: “nós estudamos o direito do ponto de vista analítico e sintético, como o químico estuda os corpos que ele decompõe e classifica... Pela sua própria natureza, as nossas conclusões são, salvo engano, tão rigorosas quanto as da ciência dos corpos materiais” (p.VI). No prefácio à segunda obra, *La science juridique pure*, F. Rouge, Lausanne, 1923, cita como antecessor Austin, não menciona Kelsen e reitera que as verdades demonstradas no seu sistema “não implicam, em si mesmas, qualquer juízo de valor em relação ao mérito ou ao demérito das soluções e das instituições jurídicas” (p.XX). Sobre as relações entre Pareto e Roguin chamou a atenção G. BUSINO, *Ernest Roguin e Vilfredo Pareto*, in “Cahier Vilfredo Pareto”, 1964, n.4, p.189-210. Sobre as relações entre Kelsen e Roguin,

Nos mesmos anos em que Kelsen elaborava a própria teoria, apareceram os ensaios fundamentais de Max Weber, *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie* (Sopra alcune categorie della sociologia comprendente, 1913) e *Der Sinn der Wertfreiheit der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften* (Il significato dell'avalutatività delle scienze sociologiche ed economiche, 1917). Em 1921, aparece a obra póstuma fundamental de Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Economia e società). Embora Kelsen tenha passado por um período de estudos em Heidelberg, em 1908, não teve qualquer contato com Weber, que então ocupava a cátedra de economia política. Todavia, mais tarde, estudou cuidadosamente o pensamento weberiano, encontrando algumas afinidades com o seu pensamento no que se refere à relação entre Estado e direito e à concepção jurídica do Estado.<sup>14</sup>

2. É bem conhecida a importância da descoberta dos motivos não racionais que determinam a conduta do homem em sociedade para o desencadeamento de uma reviravolta nas ciências humanas. Segundo Pareto, as ações lógicas ocupam um pequeno espaço na economia total de um sistema social, se comparadas às ações não-lógicas. Max Weber colocou, ao lado da ação racional em relação ao objetivo, outras formas de ação social: a ação racional em relação ao valor, a ação afetiva, a ação tradicional. Ainda que com diferentes acentos, Pareto e Weber foram os mais rígidos e obstinados defensores da condenação de qualquer contaminação da ciência pelos juízos de valor. Ambos estavam fortemente inclinados a acreditar (atuando, conseqüentemente, como cientistas) que, em uma sociedade dominada por forças irracionais, a ciência fosse a única empreitada humana em que o domínio e a orientação da razão deveriam manter-se

F. GUIBAN, *La science juridique pure. Roguin e Kelsen*, in "Zeitschrift für schweizerisches Rechts", LIX, 1940, p.207-38. Sobre Roguin, escrevi eu mesmo um ensaio: *Un dimenticato teorico del diritto: Ernest Roguin*, que será em breve publicado nos *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*.

<sup>14</sup> Cfr. o parágrafo "Der Staat als Rechtsordnung in den Kategorien der 'verstehenden' Soziologie", in *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., p.156-70. Sobre a estadia de Kelsen em Heidelberg, cfr. R. A. METTAL, *Hans Kelsen*, cit., p.10 em diante.

incontestáveis; e que, portanto, cabia ao homem de ciência a responsabilidade de preservar o saber científico da corrupção das fés individuais e coletivas, dos sentimentos, das concepções de mundo que não eram racionalmente, mas apenas praticamente, justificáveis. Em Pareto e em Weber, a feroz defesa de uma ciência destituída de procedimentos valorativos caminha *pari passu* com uma concepção fundamentalmente irracionalista do universo ético: a ética do cientista consiste, precisamente, na defesa, até as últimas conseqüências, do único e limitado reduto da razão face aos assaltos da não-razão, como se revela na enunciação dos juízos de valor. Essa postura ética comum diante da ciência é tanto mais importante à medida que um e outro foram, em geral, diferentíssimos no que concerne aos valores da vida e da sociedade: Pareto foi um libertário, Weber, um espírito religioso. Entretanto, os dois acreditaram firmemente terem sido chamados a salvar pelo menos a ilha da ciência da tempestade das paixões humanas.

No primeiro parágrafo do *Prefácio* à sua obra-manifesto, que é *Reine Rechtslehre*, Kelsen escreve estas palavras:

*Antes de tudo, o meu objetivo foi elevar a jurisprudência, que, de modo patente ou oculto, se dissolvera quase que inteiramente no raciocínio político-jurídico, à altura de uma ciência autêntica, uma ciência do espírito. Tratava-se de desenvolver as suas tendências dirigidas não para a criação, mas, exclusivamente, para o conhecimento do direito, e de aproximar ao máximo os seus resultados dos ideais da ciência: objetividade e exatidão.*<sup>15</sup>

Sem jamais ter lido Pareto e sem citar Max Weber, Kelsen perseguia o mesmo objetivo no campo do direito e tendia a ele confiando na mesma inspiração fundamental, que era a separação entre pesquisa científica e programas políticos e o impedimento de que os juízos de valor corrompessem a pureza da pesquisa. No *Prefácio* a *General*

<sup>15</sup> *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke Verlag, Lipsia-Viena, 1934, *Prefazione* (citado de agora em diante como *RRL I*) [*Teoria pura do direito*, trad. port. Fernando de Miranda, São Paulo, Saraiva, 1939].

*theory of law and State*, que contém, muito mais do que a segunda edição da *Reine Rechtslehre*, a *summa* do seu pensamento, afirma muito claramente:

*Chamando tal doutrina de 'teoria pura do direito', pretende-se dizer que ela permanece livre de todos os elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único objetivo é o conhecimento do direito, e não a sua formação. Uma ciência deve descrever o próprio objeto como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ou não deveria ser com base em alguns juízos de valor específicos. Este último é um problema político e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade que se ocupa dos valores e não é um objeto da ciência, a qual se ocupa da realidade.*<sup>16</sup>

Kelsen estava perfeitamente ciente do fato de que, perseguindo esse objetivo, inscrevia o seu projeto de uma teoria científica do direito no movimento geral das ciências sociais dele contemporâneo. Um dos textos kelsenianos metodologicamente mais importantes, o *Prefácio* à segunda edição de *Hauptprobleme* (1923), termina com este augúrio:

*Talvez eu possa ter esperanças de que os nossos esforços no sentido de aprofundar filosoficamente os problemas da doutrina do direito e do Estado, ligando-os aos problemas análogos das outras ciências e liberando, assim, a nossa ciência do seu isolamento insano, inserindo-a, como membro digno, no sistema das ciências, encontrem uma correta compreensão também junto aos adversários.*<sup>17</sup>

Também em Kelsen, o projeto de elevar a ciência do direito ao patamar das outras ciências, perseguindo o ideal científico da “objetividade” e da “exatidão”, é acompanhado por uma concepção irracionalista dos valores, tão radical quanto a de Pareto e a de Weber. Se quer ser bem-sucedido em seu intento de construir uma teoria universalmente válida, o cientista deve manter os juízos de valor sob

<sup>16</sup> *GTLS*, p.XIV (tradução italiana p.IX).

<sup>17</sup> *Hauptprobleme*, cit., p.XXIII.

vigilância tanto quanto lhe for possível, precisamente porque os valores representam a esfera do irracional. Onde quer que o cientista deixe que se insinuem as próprias preferências, expressas em juízos de valor, a empreitada científica está destinada ao fracasso, pela simples razão de que os juízos de valor não são passíveis de ser submetidos aos controles constitutivos do universo científico. Em outras palavras, a empreitada científica só é possível quando procura ser avaliativa. Naturalmente, para não se deixar influenciar pelas próprias preferências ético-políticas, o cientista deve renunciar à pretensão de oferecer receitas para a ação. A tarefa da ciência é descrever, e não prescrever. Qualquer um que tenha alguma familiaridade com as obras de Kelsen sabe muito bem a importância que tem, em sua concepção da ética do cientista, o compromisso de nada prescrever: Kelsen leva esse compromisso tão longe a ponto de estendê-lo da teoria geral do direito, na qual parece mais óbvio, ao trabalho dos juristas, que deveriam limitar-se a propor as várias interpretações possíveis de uma norma ou de um complexo de normas, já que qualquer escolha, implicando uma valoração, seria cientificamente insustentável.<sup>18</sup>

O valor por excelência a que o direito está relacionado é o valor da justiça. Como todo valor (ou, mais precisamente, como todo valor último ou final), a justiça não é passível de ser submetida a qualquer forma de controle empírico ou racional. Uma das afirmações recorrentes em toda a obra kelseniana é que a justiça é um ideal irracional. "Justiça" – escreve ele em *Reine Rechtslehre*,

*no significado que lhe é próprio e que a diferencia do direito, expressa (...) um valor absoluto. O seu conteúdo não pode ser determinado pela doutrina pura do direito. Aliás, ele não é de modo algum determinável pelo conhecimento racional.*<sup>19</sup>

E mais adiante:

<sup>18</sup> Metall relata que Kelsen jamais se inscreveu em qualquer partido político, porque considerava que pertencer a um partido colocaria em perigo ou limitaria a independência científica (*op. cit.*, p.33).

<sup>19</sup> *RRL* I, § 8.

*Como é impossível (tanto quanto se possa pressupor) determinar, mediante o conhecimento científico, isto é, por meio de um conhecimento racional orientado para a experiência, a essência da idéia ou da coisa em si, da mesma maneira é impossível responder, pela mesma via, à pergunta: em que consiste a justiça.*<sup>20</sup>

Em *General theory of law and State*, abandonando a comparação kantiana e acolhendo argumentos neopositivistas, afirma que o juízo de valor pelo qual se declara que algo constitui um fim último “é sempre determinado por fatores emotivos”.<sup>21</sup> Neste sentido, juízo é juízo subjetivo, válido somente para o sujeito que julga, e, por isso, relativo. Dado que não se pode responder se uma norma ou um ordenamento inteiro é justo ou injusto a não ser por meio de um juízo de valor, o problema da justiça não é um problema do qual a ciência possa se ocupar, de modo que a teoria pura do direito, se pretende ser ciência, deve desinteressar-se dele: “Uma teoria pura do direito – uma ciência – não pode responder à pergunta sobre o que é justo e o que é injusto, porque a ela não se pode, de modo algum, responder cientificamente”.<sup>22</sup>

Foi inúmeras vezes observado que a construção das ciências sociais avança *pari passu* com a relativização de todos os valores: o relativismo cultural permite estudar a sociedade humana, as várias formas de sociedades humanas, sem preocupações ético-políticas. A *condicio sine qua non* para estudar cientificamente as sociedades humanas seria uma certa indiferença quanto ao valor a atribuir a esta ou àquela forma social, a esta ou àquela postura do homem em sociedade. Pois bem, este estado de indiferença é tanto mais acessível quanto mais estivermos dominados pela convicção de que não há valores absolutos, de que uma civilização, uma cultura, um ordenamento jurídico (no caso específico de Kelsen) vale o mesmo que um

<sup>20</sup> RRL 1, § 8.

<sup>21</sup> GTLS, p.7 (tradução italiana, p.7).

<sup>22</sup> GTLS, p.6 (tradução italiana, p.6).

outro. Por mais que não seja aceito por todos que exista um vínculo necessário entre teoria positivista do direito e relativismo ético, é certo que no pensamento de Kelsen esse vínculo existe:

*A exigência, que avançou sob o pressuposto de uma doutrina relativista dos valores, de separar o direito da moral, e, conseqüentemente, o direito da justiça, significa apenas que, ao avaliar um ordenamento jurídico como moral ou imoral, justo ou injusto, expressamos somente a relação do ordenamento jurídico com um dos muitos sistemas morais possíveis (não com "a" moral) e enunciamos um juízo de valor não mais absoluto, e, sim, relativo.<sup>23</sup>*

Na história do pensamento jurídico, o absolutismo ético é representado pela teoria do direito natural, que pretende deduzir regras de conduta universalmente válidas do estudo objetivo, "científico", da natureza humana. Com base nessa pretensão, o jusnaturalismo sempre atribuiu à teoria do direito a tarefa de distinguir o direito justo do injusto e, portanto, de prescrever qual direito deve ser, em vez de descrever o direito que é. Contudo, dado que essa pretensão – para um relativista como Kelsen – é infundada, o jusnaturalismo terminou por submeter a análise da realidade jurídica a juízos subjetivos e, portanto, por dificultar, quando não diretamente impossibilitar, uma teoria científica do direito. A construção de uma teoria científica do direito está estreitamente ligada, na obra kelseniana, a uma crítica ferrenha, contínua e impiedosa ao jusnaturalismo. Diz-se que, para abrir caminho à ciência jurídica, é necessário libertá-la dos juízos de valor. Uma vez que a manifestação mais importante, e também mais freqüente, de intrusão de juízos de valor é, conforme Kelsen, o modo de se comportar diante do direito que atende pelo nome de jusnaturalismo, é necessário, se desejamos fazer com que a ciência jurídica progrida, tirar definitivamente o jusnaturalismo do caminho.

O modo pelo qual Kelsen critica a pretensão da teoria do direito natural de ser uma teoria científica insere-se no processo, tão

<sup>23</sup> RRL 2, § 12.

característico dessa fase de desenvolvimento das ciências sociais, de “desideologização”. O jusnaturalismo não é uma teoria (científica), mas uma ideologia, ou, em outras palavras, não é uma teoria racional de um campo particular da experiência humana, mas é a racionalização póstuma de uma necessidade fundamental, que é, geralmente, a de conservar o *status quo*. Ao denunciar o jusnaturalismo como ideologia, Kelsen emprega expressões que não podem deixar de nos fazer pensar em Pareto ou em Freud, ainda que, provavelmente, a fonte direta de Kelsen seja o próprio pai da crítica às ideologias, Karl Marx:

*A necessidade de justificar nossos atos emotivos é tão forte que procuramos satisfazê-la ainda que sob o risco do auto-engano. E a justificação racional de um postulado baseado em um juízo subjetivo de valor, isto é, em um desejo, por exemplo, o de que todos os homens sejam livres, ou de que todos os homens sejam tratados igualmente, é um auto-engano ou uma ideologia, o que, afinal, consiste na mesma coisa. Ideologias típicas deste gênero são as afirmações de que um fim último qualquer e, portanto, um regulamento qualquer determinado pelo comportamento humano, deriva da “natureza”, isto é, da natureza das coisas, da razão humana, ou da vontade de Deus. Esta doutrina sustenta que existe um ordenamento das relações humanas distinto do direito positivo, mais alto e absolutamente válido e justo, uma vez que emana da natureza, da razão humana, ou da vontade de Deus.<sup>24</sup>*

Cabe a Ernst Topitsch, estudioso, não por acaso, de Pareto e de Weber, o mérito de ter chamado a atenção dos estudiosos, para além do restrito círculo dos juristas, para a importância que a crítica às ideologias assume na obra kelseniana.<sup>25</sup> A teoria pura do direito é (pretende ser), posto que teoria científica, uma doutrina completamente desideologizada (exatamente como a sociologia de Pareto).

<sup>24</sup> GTLS, p.8 (tradução italiana p.8). E ainda: “Um estudo mais aprofundado das fontes revelaria que estas teses, isto é, as teses dos jusnaturalistas sobre o direito natural como fundamento do direito positivo, eram absolutamente irrelevantes para a validade do direito positivo: o caráter da doutrina jusnaturalista em geral e da sua principal corrente era rigorosamente conservador. O direito natural, como afirmado pela teoria, era essencialmente uma ideologia, que servia para sustentar, justificar e tornar absoluto o direito positivo, ou, o que é a mesma coisa, a autoridade do Estado”, p.416 (tradução italiana, p.423).

<sup>25</sup> H. KELSEN, *Aussätze zur Ideologiekritik*, com introdução e organização de E. Topitsch, Hermann Luchterhand Verlag, Newied am Rhein, 1964.

Uma das operações a que Kelsen se dedica com enorme satisfação é a de eliminar partes inteiras da dogmática jurídica tradicional, destacando a sua origem ideológica e rebaixando as teorias anteriores a ideologias mascaradas: para Kelsen, assim como para Pareto, todas as teorias que precederam a teoria pura são pseudo-teorias (a expressão é de Pareto, mas também serve bem para Kelsen). Ideológicos são os conceitos de direito subjetivo e de sujeito jurídico, as distinções clássicas entre direitos reais e direitos de obrigação, entre direito privado e direito público, e o dualismo entre direito e Estado. Que o juiz declare, e não crie, o direito não é uma teoria, mas uma ideologia (é a ideologia que quer manter a ilusão da certeza do direito). Da mesma maneira, é uma ideologia, e não uma teoria, a afirmativa de que existem lacunas na lei (é a ideologia que permite ao legislador limitar, com regras *ad hoc*, a liberdade do juiz). Defendendo a concepção do primado do direito internacional sobre o direito estatal, contra a teoria dualista e contra a teoria do primado do direito estatal, Kelsen não hesita em afirmar como conclusão de seu livro-manifesto:

*a dissolução teórica do dogma da soberania, deste instrumento máximo da ideologia imperialista dirigida contra o direito internacional, constitui um dos resultados mais importantes da doutrina pura do direito.*<sup>26</sup>

3. Nunca será demais insistir no fato de que foi com Kelsen que, pela primeira vez, a teoria do direito orientou-se definitivamente para o estudo do ordenamento jurídico como um todo, considerando como conceito fundamental para uma construção teórica do campo do direito não mais o conceito de norma, mas o de ordenamento, entendido como sistema de normas. Comparemos a teoria de Kelsen com uma das obras mais importantes de teoria geral do direito que a precedeu, *Subjektives Recht und juristische Norm (Diritto soggettivo e norma giuridica*, 1878), de Augusto Thon. O que falta totalmente na

<sup>26</sup> RRL I, § 50, i.

obra de Thon, em meio a tantas análises sutis de algumas partes do sistema jurídico, é a idéia do ordenamento jurídico como sistema. O direito, afirma ele, é um conjunto de imperativos. Que tipo de conjunto? Era precisamente a esta pergunta que a obra de Thon não oferecia nenhuma resposta.

Por volta dos mesmos anos em que Kelsen inicia seu trabalho teórico, a teoria normativa tradicional é abandonada e substituída, sobretudo na França e na Itália, pela teoria da instituição, a qual descobre que não basta ocupar-se das árvores (as normas individuais), é necessário ocupar-se também da floresta (precisamente, as instituições). Mas a floresta que essa teoria descreve, a instituição entendida como sociedade organizada, é estranhamente desprovida de árvores, isto é, de normas.

A empreitada de Kelsen consiste, pelo contrário, não em abandonar o ponto de vista normativo na passagem do estudo das normas individuais para o estudo do ordenamento, mas, sim, em levá-lo às últimas conseqüências, buscando o elemento característico do direito no modo pelo qual as normas, às quais habitualmente damos o nome de normas jurídicas, dispõem-se em e compõem o sistema. Assim, ao lado da nomostática, que é a teoria da norma jurídica, ganha espaço no sistema kelseniano a nomodinâmica, que é a teoria do ordenamento jurídico. Ainda que a primeira talvez seja, por hábitos arraigados, mais conhecida, a segunda é certamente mais importante.

De agora em diante, segundo a nova perspectiva kelseniana, a essência do direito não será buscada nesta ou naquela característica das normas, mas na característica daquele conjunto de normas que formam o ordenamento jurídico. O direito é um ordenamento coativo (*Zwangordnung*). Daí a inversão do modo tradicional de apresentar o problema da definição do direito: não é ordenamento jurídico aquele que é composto de normas coativas, mas são normas jurídicas aquelas que pertencem a um ordenamento coativo. A teoria do direito só está em condições de solucionar o famoso caso do bandido (do qual parte também Hart) se partir do ordenamento, e não das

normas individuais. Por que não atribuímos o sentido objetivo de norma jurídica à ordem de um bandido acompanhada de uma ameaça de morte? Kelsen responde:

*Tratando-se do ato isolado de um único indivíduo, ele não pode ser qualificado como ato jurídico, e o seu sentido não pode ser considerado como uma norma jurídica, pelo simples fato de que o direito (...) não é uma única norma, mas, sim, um sistema de normas, um ordenamento social, e uma norma particular deve ser considerada norma jurídica apenas na medida em que pertence a tal ordenamento.*<sup>27</sup>

Parece-me que até agora não se chamou a devida atenção para o fato de que essa orientação, voltada para a representação de um determinado campo de investigação como um sistema, isto é, como um conjunto de elementos em relação de interdependência entre si e com o todo, é uma orientação geral das ciências sociais daqueles anos. Quem desejar buscar a ligação entre o processo de formação da teoria kelseniana do direito e o espírito da época não pode deixar de também incluir no debate a seguinte observação: Kelsen partilhou com alguns dos maiores estudiosos contemporâneos, no âmbito das ciências sociais, a tendência à descoberta do sistema como meta última da pesquisa, entendido o sistema como a totalidade cuja estrutura, uma vez individualizada, permite explicar a composição, o movimento e a mudança de cada uma das partes. É desnecessário recordar que o *Trattato di sociologia generale* de Pareto é uma tentativa ambiciosa e grandiosa, apesar de rude, de representar a sociedade humana como um sistema (em equilíbrio dinâmico). A guinada da lingüística teórica, que remonta ao *Cours de linguistique générale*, de Saussure, consiste na concepção da língua como um sistema. Embora a jurisprudência teórica ainda esteja extremamente atrasada em relação à lingüística teórica, a tendência, nascida com Kelsen, a uma teoria do direito como sistema de normas relacionadas

<sup>27</sup> RRL 2, § 6, c.

entre si não pode deixar de trazer sugestões esclarecedoras pelo confronto com a guinada saussuriana na lingüística. Em *Reine Rechtslehre*, Kelsen expressa-se desta maneira:

*O posicionamento da doutrina pura do direito é (...) em tudo objetivista e universalista. Ela está voltada fundamentalmente para a totalidade do direito e busca compreender cada fenômeno individual somente em seu nexó sistemático com todos os outros, busca compreender em cada parte do direito a função da totalidade do direito. Neste sentido, ela é uma concepção verdadeiramente orgânica do direito.*<sup>28</sup>

Nesta passagem, não parece que Kelsen já tenha claro em sua mente o nexó entre concepção sistemática do direito e teoria dinâmica do ordenamento jurídico. A totalidade do direito da qual fala, aparece mais como uma totalidade funcional (definida, pois, por sua função) do que como uma totalidade estrutural (a ser definida, pois, por sua estrutura específica). Contudo, já escrevia Adolf Merkl, muitos anos antes, a propósito da teoria dinâmica do ordenamento jurídico kelseniano, da qual ele mesmo faria a primeira exposição:

*A teoria do ordenamento jurídico em graus, como Kelsen já estabeleceu, é a primeira aplicação consciente do modo sistemático de pensar o mundo dos fenômenos jurídicos, que até agora permaneceu quase alheio aos juristas.*<sup>29</sup>

Somente em *General theory of law and State*, Kelsen apresenta a própria teoria, com extrema clareza, como uma teoria sistemática do direito, referindo-se expressamente à estrutura interna específica do sistema jurídico-normativo:

*O direito é um ordenamento do comportamento humano. Um ordenamento é um sistema de regras. O direito não é uma regra, como por vezes se afirma. Ele é um conjunto de regras que possui aquele tipo de unidade*

<sup>28</sup> RRL 1, § 26. Cfr., também, RRL 2, § 33, g.

<sup>29</sup> A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Franz Deuticke, Lipsia e Viena, 1923, p.223.

*que concebemos como um sistema. É impossível apreender a natureza do direito limitando a nossa atenção à regra singular isoladamente. As relações que ligam as normas particulares de um ordenamento jurídico entre si são, no entanto, essenciais à natureza do direito. Somente com base em uma clara compreensão destas relações que constituem o ordenamento jurídico é possível entender plenamente a natureza do direito.*<sup>30</sup>

Nunca foi dado o devido destaque à novidade deste uso de “sistema” na teoria do direito. Na linguagem dos juristas, há um significado tradicional para essa palavra, segundo o qual “sistema” não significa nada mais que o conjunto das divisões da matéria jurídica para uso didático, mais do que científico (o chamado sistema externo).<sup>31</sup> Quanto ao sistema interno, a única concepção do ordenamento como sistema que surgiu entre os juristas do século passado foi a de ordenamento jurídico como sistema funcional. Com Kelsen, ou seja, com a teoria dinâmica do ordenamento jurídico, aparece, pela primeira vez na teoria do direito, a representação do ordenamento jurídico como um sistema que possui uma certa estrutura e que é caracterizado precisamente por possuir esta, e não aquela estrutura. O termo “estrutura” é usado pelo próprio Kelsen em algumas passagens cruciais da sua teoria: “Como ciência” – a doutrina pura do direito – “considera-se obrigada apenas a compreender o direito positivo na sua essência e a entendê-lo mediante uma análise da sua estrutura (*Struktur*)”.<sup>32</sup> E, mais adiante, a análise estrutural é claramente colocada em contraposição à análise funcional do direito:

*Esta doutrina [a doutrina pura do direito] não considera, de fato, o objetivo que é perseguido e alcançado por meio do ordenamento jurídico, mas considera apenas o ordenamento jurídico mesmo; e considera*

<sup>30</sup> *GTLS*, p.3 (tradução italiana, p.3).

<sup>31</sup> Sobre as várias noções de sistema jurídico, cfr. G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Giappichelli, Turim, 1965, especialmente o cap. I; para uma história da idéia de sistema, com particular atenção à ciência jurídica e ao direito, cfr. M. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, Giappichelli, Turim, 1968. Também desenvolvi algumas considerações sobre o tema no ensaio *Per un lessico di teoria generale del diritto*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Pádua, 1975, p.135-46.

<sup>32</sup> *RRL* 1, § 9.

*este ordenamento na autonomia própria do seu conteúdo de sentido (Sinngelt), e não relativamente a este seu objetivo.*<sup>33</sup>

Foi corretamente observado que “não basta simplesmente fazer uso do termo ‘estrutura’ para nos tornarmos estruturalistas”,<sup>34</sup> contudo, é inegável que a tendência de Kelsen a considerar o direito como um universo estruturado responde à mesma exigência da qual partiram as pesquisas estruturais em lingüística e antropologia.

Kelsen dedica-se a refletir sobre qual é a estrutura específica do sistema jurídico em relação a outros sistemas normativos, sobretudo quando enfrenta diretamente, em um ensaio de 1928, o clássico problema da relação entre direito natural e direito positivo. Para distinguir o sistema do direito natural do sistema do direito positivo, Kelsen introduz a distinção entre sistema normativo estático, cujas regras estão interligadas pelo conteúdo, e sistema normativo dinâmico, cujas regras estão interligadas pelo modo como são produzidas. O ordenamento jurídico é um sistema dinâmico.<sup>35</sup>

Em um sistema estático, diz-se que uma norma pertence ao sistema quando é dedutível do conteúdo do postulado ético que está em sua base; em um sistema dinâmico, diz-se que uma norma pertence ao sistema quando é produzida de acordo com o modo previsto na norma que institui o poder soberano (a chamada norma fundamental). Não obstante as críticas assinaladas, e não obstante os acréscimos e aperfeiçoamentos que sofreu e que ainda podem ter lugar,<sup>36</sup>

<sup>33</sup> RRL 1, § 14, c. R. TREVIS traduz *Sinngelt* por “*struttura*” [estrutura] (tradução italiana, ed. 1952, p.48). O tradutor italiano da segunda edição, M. Losano, traduz a típica expressão kelseniana *Stufenbau* (*costruzione a gradì*) [construção em graus] por “*struttura gerarchica*” [estrutura hierárquica], acrescentando alguns trechos nos quais o próprio Kelsen usa o termo *Struktur* com referência exatamente à construção em graus [*a gradì*] do ordenamento jurídico (*La dottrina pura del diritto*, cit., p.XCIX). [N.A.]

Ver N.T. no capítulo “Em direção a uma teoria funcionalista do direito”.

<sup>34</sup> M. LOSANO, *op. cit.*, p.XCIX.

<sup>35</sup> H. KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1929), que cito da tradução italiana no apêndice à GTLS, p.407 [“A doutrina do direito natural e o positivismo jurídico”, in *Teoria geral do direito e do Estado*, trad. port. Luís Carlos Borges, 3. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000]. Cfr. também RRL 2, § 34, b.

<sup>36</sup> Além do artigo de R. Walter, já cit., cfr. B. AKZIN, *Analysis of State and law structure*, in *Law, State and international legal order, essays in honor of Hans Kelsen*, edited by E. Engel and R. A. Metall, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964, p.2-20.

é certo que a teoria dinâmica do ordenamento jurídico constitui o ponto de partida, ou, se quisermos, a etapa obrigatória, de uma análise estrutural do direito. Talvez seja surpreendente que uma distinção tão fundamental e merecedora de mais amplos desenvolvimentos, como é a distinção entre sistema normativo estático e sistema normativo dinâmico, tenha sido tão pouco recebida e utilizada.<sup>37</sup>

Já foi observado que a construção do ordenamento jurídico como edifício constituído de muitos planos, um sistema hierarquizado de muitos níveis normativos, nasce da observação da natureza complexa da organização do Estado constitucional moderno, em particular da reflexão, aberta depois da Primeira Guerra Mundial, sobre o valor ético-político das constituições rígidas, nas quais a distinção entre leis ordinárias e constitucionais, com a conseqüente subordinação hierárquica das primeiras às segundas, introduz um grau a mais no sistema jurídico e torna imediatamente mais visível a forma piramidal do ordenamento. No fim da guerra, Kelsen fora chamado pelo chanceler do governo provisório austríaco, Karl Renner, para colaborar na redação definitiva da constituição da nova república, que foi aprovada em 1º de outubro de 1920. Como se sabe, deve-se à sua contribuição pessoal a inovação historicamente mais significativa daquela constituição, isto é, a instituição de uma corte suprema chamada para controlar a legitimidade das leis ordinárias. Como relata o seu biógrafo, Rudolf Metall, Kelsen tinha especial orgulho dessa inovação, porque

*na efetivação do princípio da conformidade da legislação à constituição e do princípio da legitimidade do poder executivo (jurisdição e administração), ele via a mais eficaz garantia da constituição e o traço característico da constituição federal austríaca.*<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Não creio que acolham e aprofundem esse aspecto do problema do ordenamento jurídico os dois livros recentes sobre o tema, por meio de outras vertentes importantes e merecedoras da máxima consideração: J. RAZ, *The concept of a legal system*, Clarendon Press, Oxford, 1970; e C. E. ALCHOURRON e E. BULGYGIN, *Normative systems*, Springer, Viena, 1971.

<sup>38</sup> R. A. METALL, *Hans Kelsen*, cit., p.36.

De qualquer maneira, é certo que a instituição de leis constitucionais hierarquicamente superiores às leis ordinárias, isto é, àquelas normas do sistema que eram tradicionalmente consideradas as normas últimas, permitia, ao introduzir um grau ulterior no sistema normativo, ver também os demais graus com maior nitidez do que ocorrera até então. Não por acaso, Hart, um teórico do direito que constrói a sua teoria com base na constituição inglesa, à qual falta o grau superior das normas constitucionais, detem-se na distinção entre normas primárias e secundárias e reflete, sem aprofundá-lo, sobre o princípio da estrutura hierárquica do ordenamento (desse ponto de vista, a teoria de Hart constitui um passo atrás em relação à teoria de Kelsen). Com maior razão, a teoria dinâmica do ordenamento jurídico dificilmente poderia ter nascido da reflexão sobre a constituição de um Estado absoluto ou de uma sociedade primitiva. Contudo, isso não impede que a representação do ordenamento jurídico como sistema hierárquico com muitos graus sirva para compreender melhor também os ordenamentos mais simples, isto é, para entender que também estes têm uma estrutura e constituem um sistema, não sendo, pois, um amontoado de normas. (A anatomia do homem, diria Marx, serve para compreender melhor a anatomia do macaco).

O que, pelo contrário, até agora não foi observado – ao menos não que eu saiba – é que a teoria kelseniana sobre a estrutura interna de um sistema jurídico pode ser proveitosamente comparada com a contemporânea teoria weberiana do processo de racionalização (formal) do poder estatal, da qual deriva aquele tipo de Estado administrativo ou burocrático cuja legitimidade é dada pela forma de poder que Weber, com razão, chama de “legal”, em virtude do nexo que ele estabelece entre racionalização e legalização. A construção em graus do ordenamento jurídico bem pode ser considerada a representação mais adequada daquele Estado racional e legal – racional porque regulado pelo direito em todos os níveis – cuja formação constitui, segundo Weber, a tendência do grande Estado moderno (capitalista

e não capitalista). Uma vez mais, isso não significa que Kelsen, não obstante a sua pretensão de elaborar uma teoria geral do direito válida para todos os sistemas jurídicos de todos os tempos, na realidade teorize uma forma histórica de Estado. Significa que uma teorização acabada do sistema jurídico como sistema normativo complexo não poderia nascer senão de uma contínua reflexão sobre a formação do Estado moderno, no qual a racionalização dos processos de produção jurídica torna mais evidente a estrutura piramidal do ordenamento, ou seja, permite perceber com maior perspicácia que aquele ordenamento normativo a que damos o nome de ordenamento jurídico é um universo estruturado de um certo modo.

O que aqui importa destacar é que, quando Kelsen descreve a progressiva juridificação do Estado moderno, capaz de levar à famosa ou famigerada redução do Estado a ordenamento jurídico, revela o mesmo processo que Weber percebe na formação do poder legal, que acompanha o desenvolvimento do Estado no mesmo período histórico. O Estado é o próprio ordenamento jurídico (Kelsen), porque o poder é completamente legalizado (Weber). O que distingue o Estado como ordenamento jurídico de outros ordenamentos jurídicos, como os ordenamentos das sociedades pré-estatais ou o ordenamento internacional, é um certo grau de organização, ou seja, a existência de órgãos “que trabalham segundo as regras da divisão do trabalho para a produção e aplicação das normas de que ele é constituído”.<sup>39</sup>

Quando Kelsen especifica que a presença dessa organização para a produção e aplicação do direito comporta a conseqüência de que a relação definida como poder estatal diferencia-se das demais relações de poder pelo fato de ser ela mesma regulada por normas jurídicas, parece descrever aquela forma de poder legítimo que é, precisamente, o poder legal, cuja principal característica é ter aparatos especializados, como o aparato judiciário e o administrativo (Kelsen

<sup>39</sup> RRL 2, § 41, a.

ainda acrescentaria o aparato legislativo), os quais agem nos limites de regras gerais e abstratas postas pelo sistema.

Não há dúvida de que a descrição kelseniana encontra-se em um nível superior de abstração em relação à weberiana, mas Kelsen propõe-se a elaborar uma teoria geral do Estado, enquanto Weber descreve um tipo ideal de Estado, que não é o único tipo historicamente existente. Não diferente de Weber, Kelsen se dá conta da enorme importância dos grandes aparatos administrativos para a formação do Estado moderno. Contudo, enquanto Weber identifica a burocratização da maioria das atividades do Estado como a especificidade do poder legal, Kelsen distingue nela uma fase daquele processo de progressiva centralização das atividades de produção e aplicação do direito, na qual acredita consistir a característica do ordenamento jurídico estatal (processo que ele denomina de passagem do *Gerichtsstaat* para o *Verwaltungsstaat*).<sup>40</sup> Pode-se também acrescentar que, para além dessa convergência entre a concepção teórica de Kelsen e a descrição weberiana do processo a que tende o Estado moderno, era claro para ambos que o ponto de vista do jurista é diferente do ponto de vista do sociólogo. O que Weber diz sobre o direito, como sociólogo, ou seja, que um ordenamento jurídico passa a existir quando se forma, em um determinado grupo social, um aparato coercitivo, pode ser literalmente subscrito por Kelsen. No entanto, Weber poderia subscrever a tese kelseniana segundo a qual, para entender o que é o direito, é necessário observar não as regras, mas o seu conjunto, isto é, o ordenamento como um todo.<sup>41</sup>

4. O significado histórico da obra kelseniana está ligado à análise estrutural do direito como ordenamento normativo especí-

<sup>40</sup> RRL 1, § 48, c, e RRL 2, § 41, b.

<sup>41</sup> Uma referência a Kelsen, mas apenas em relação ao *Wertrelativismus*, encontra-se no ensaio sobre o pensamento jurídico weberiano de K. ENGLISH, *Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziologie*, in *Max Weber. Gedächtnisschrift der Ludwig-Maximilians-Universität München zum 100. Wiederkehr seines Geburtstages 1964*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, p.67-88.

fico, cuja especificidade consiste, precisamente, não nos conteúdos normativos, mas no modo pelo qual as normas estão unidas umas às outras no sistema. Esse tipo de análise constitui, também, o limite da teoria pura do direito. Está claro que o desenvolvimento da análise estrutural ocorreu em prejuízo da análise funcional: em comparação com o destaque dado por Kelsen aos problemas estruturais do direito, é extremamente restrito o espaço que ele reservou aos problemas relativos à função do direito. É significativo que precisamente o trecho já citado, no qual afirma que a teoria pura estuda o direito na sua estrutura, pertença a um contexto cujo objetivo é negar que essa teoria deva ocupar-se dos fins do ordenamento jurídico.

A razão pela qual Kelsen não se preocupou com o fim do ordenamento jurídico está no fato de ele ter do direito, entendido como forma de controle social, uma concepção meramente instrumental, que, é necessário repetir, está perfeitamente de acordo com o relativismo ético e o irracionalismo dos valores. Uma das afirmações recorrentes em toda a obra kelseniana é que o direito não é um fim, mas um meio. Como meio, pode ser usado para atingir os mais diversos fins, como ensina a história do direito. Entretanto, exatamente porque serve para atingir os mais diversos fins, uma análise que parta dos fins, ou, pior, do fim (como a dos jusnaturalistas), jamais permitirá que se apreenda a essência do direito. Para Kelsen, o direito é uma "técnica de organização social": a sua especificidade consiste no uso dos meios coercitivos para induzir os membros de um grupo social a fazer ou a não fazer algo. O direito é um "mecanismo coativo". O que é comum a todos os ordenamentos sociais que denominamos de jurídicos é a presença de uma organização mais ou menos centralizada para obter, recorrendo, em última instância, à força, a execução de certas obrigações de fazer ou a observância de certas obrigações de não fazer. Desse ponto de vista, entende-se por que o direito pode ter os mais diversos objetivos: de acordo com as circunstâncias, possui todos os objetivos a que um grupo social atribui tanta importância a ponto de considerar que devam ser alcançados recorrendo até

mesmo à força. Para usar a terminologia dos sociólogos, que, aliás, Kelsen não emprega, o direito é uma das possíveis formas de controle social, mais especificamente, é a forma de controle que se vale do uso da força organizada. Considerado o direito como meio, e não como fim, e definido como específica técnica social, a análise funcional do direito logo se exauriu. A função do direito é permitir a consecução daqueles fins sociais que não podem ser alcançados por outras formas (mais brandas, menos constrictivas) de controle social. Quais são esses fins varia de uma sociedade para outra: é um problema histórico, não um problema que possa interessar à teoria do direito.

O problema funcional não é de todo evitado. Todavia, nada mostra mais o quanto Kelsen desejava evitar comprometer-se demais com o problema do fim do direito do que a correção, “não leve”,<sup>42</sup> feita na segunda edição de *Reine Rechtslehre*, nos dois parágrafos da *General theory of law and State*, em que deixara escapar a afirmação de que o direito tem, sim, um objetivo, o qual é a paz social: “o direito” – afirmara ele – “é indubitavelmente um ordenamento para a promoção da paz”.<sup>43</sup> Uma frase desse tipo dá margem a uma discussão teleológica: de fato, como organização da força monopolizada, o direito limita o uso indiscriminado da força; definindo-se a paz “como a condição em que a força não é usada”, deve-se concluir que o direito “assegura a paz da comunidade”.<sup>44</sup> A correção “não leve” que ele introduz nesse trecho da última obra consiste em refutar a paz como fim do direito e em colocar em seu lugar um conceito bem mais genérico e menos comprometedor, como é o de “segurança coletiva”, manifestamente derivado do direito internacional: como organização da força monopolizada, o direito asseguraria não tanto a paz quanto a segurança coletiva, que não é, ela mesma, a paz, mas “visa à paz”.<sup>45</sup> Neste sentido, pareceria que a paz não seria o fim do direito, mas

<sup>42</sup> *RRL 2*, p.40 (tradução italiana, p.51).

<sup>43</sup> *GTLS*, p.21 (tradução italiana, p.21).

<sup>44</sup> *GTLS*, p.21 (tradução italiana, p.21).

<sup>45</sup> *RRL 2*, p.39 (tradução italiana, p.50).

uma espécie de ideal-limite a que o direito tende. Logo em seguida, com efeito, Kelsen apressa-se em especificar que, nos ordenamentos jurídicos primitivos, fundados no princípio da autotutela (e o direito internacional é um deles), “não se pode falar seriamente de uma pacificação, ainda que apenas relativa, da comunidade jurídica”.<sup>46</sup> Daí a conclusão: “Não se pode com razão considerar que o estado de direito seja, necessariamente, um estado de paz e que assegurar a paz seja uma função essencial do direito”.<sup>47</sup> Ou seja, o direito tem um fim, mas é um fim mínimo, intermediário, um fim que tem valor instrumental, porque serve de condição preliminar para atingir outros fins. O direito não tem um fim último (como a justiça, o bem comum, o interesse coletivo). O seu fim não é sequer o fim hobbesiano da paz, que já é manifestamente um fim intermediário. No retrocesso da busca desse fim mínimo, da paz à segurança coletiva, Kelsen revela, em suma, a caçada impiedosa que empreende contra qualquer tentativa de determinar, para empregar expressão de Jhering, a “finalidade do direito”.

Kelsen se dá conta perfeitamente de que, do ponto de vista da análise funcional, as suas afirmativas nada fazem além de reproduzir, mesmo que de maneira ainda mais drástica e ideologicamente sempre mais esterilizada, um dos fundamentos do positivismo jurídico. Introduzindo o debate sobre a coação, na primeira edição de *Reine Rechtslehre*, tem o cuidado de advertir que “neste ponto, a doutrina pura do direito continua a tradição da teoria positivista do direito do século XIX”.<sup>48</sup> Sob este aspecto, que é precisamente o aspecto funcional, parece não ter nada de particularmente importante a dizer. Os problemas aos quais o positivismo jurídico não respondera eram aqueles relativos à estrutura desse mecanismo coativo em que consiste o direito. Por isso, posto de lado o problema da função, volta sua atenção essencialmente para a análise estrutural. Mas isto faz

<sup>46</sup> RRL 2, p.39 (tradução italiana, p.50).

<sup>47</sup> RRL 2, p.40 (tradução italiana, p.51).

<sup>48</sup> RRL 1, § 12.

com que, enquanto nesta análise a sua contribuição é fundamental e não mais contestada – a não ser por jusnaturalistas tardios (que, aliás, estão desaparecendo), os juristas soviéticos, devido a preconceitos ideológicos difíceis de morrer, e alguns dentre os mais radicais realistas norte-americanos, devido a uma espécie de fobia contra qualquer tipo de teoria geral –, a análise funcional permanece, na teoria kelseniana, mais ou menos estancada no ponto em que ele a encontrara, exatamente no momento em que, com rapidez, a sociedade se transformava nos países industrialmente mais desenvolvidos (transformação que faria aparecer uma diferente função do direito, a qual os juristas do século passado sequer puderam prever). Não se pode, por certo, censurar Kelsen por não ter percebido um processo em curso, que, de resto, foi pouco observado inclusive por aqueles que vieram depois dele. Contudo, se tivéssemos de fazer um balanço, seria inevitável constatar o quanto a velha teoria do direito como ordenamento coativo, acolhida *in toto* pelo fundador da teoria pura do direito, é hoje inadequada.

Como tive a oportunidade de afirmar alhures, Kelsen nunca teve dúvidas de que a técnica de controle social própria do direito consistisse na ameaça e na aplicação de sanções negativas, isto é, das sanções que infligem um mal àqueles que praticaram ações socialmente indesejáveis. Todas as vezes que repete a sua definição do direito como ordenamento coativo, tem o cuidado de especificar que o direito é tal porque está em condições de provocar o mal, ainda que sob a forma de privação de bens ao violador das normas. Ordenamento coativo e ordenamento baseado em sanções negativas são, na sua linguagem, sinônimos. Hoje, no entanto, a constatação de que a função do direito deixou de ser exclusivamente protetivo-repressiva, desde que o Estado deixou de ser indiferente ao desenvolvimento econômico, impõe-se cada vez mais ao observador sem pré-conceitos. O instrumento jurídico clássico do desenvolvimento econômico, em uma sociedade na qual o Estado não intervém no processo econômico, foi o negócio jurídico, a que o direito, precisamente como

ordenamento coativo, limita-se a garantir a eficácia. Mas a partir do momento em que o Estado assume a tarefa não apenas de controlar o desenvolvimento econômico, mas também de dirigi-lo, o instrumento idôneo para essa função não é mais a norma reforçada por uma sanção negativa contra aqueles que a transgridem, mas a diretiva econômica, que, freqüentemente, é reforçada por uma sanção positiva em favor daqueles que a ela se conformam, como ocorre, por exemplo, nas denominadas leis de incentivo, que começam a ser estudadas com atenção pelos juristas. Daí a função do direito não ser mais apenas protetivo-repressiva, mas também, e com freqüência cada vez maior, promocional. Nos dias de hoje, uma análise funcional do direito que queira levar em consideração as mudanças ocorridas naquela “específica técnica de organização social” que é o direito não pode deixar de integrar a sua função promocional ao estudo da sua tradicional função protetivo-repressiva. A meu ver, essa integração é necessária se o que se deseja é elaborar um modelo teórico representativo do direito como sistema coativo. Trata-se de passar da concepção do direito como forma de controle social para a concepção do direito como forma de controle e *direção* social.

Isso posto, é preciso acrescentar, ainda, que as mudanças ocorridas na função do direito não anulam a validade da análise estrutural tal como foi elaborada por Kelsen. O que ele disse acerca da estrutura do ordenamento jurídico permanece perfeitamente de pé, mesmo depois dos desenvolvimentos mais recentes da análise funcional. A construção do direito como sistema normativo dinâmico não é minimamente abalada pelas revelações que dizem respeito ao fim do direito. Para ela, uma norma é jurídica sempre que tenha sido produzida nas formas previstas, isto é, em conformidade com outras normas do ordenamento, em particular aquelas que regulam a produção das normas do sistema. Que uma norma vise reprimir ou promover um determinado comportamento não tem, em relação à estrutura do ordenamento, qualquer relevância. Aliás, a especificidade do ordenamento jurídico em relação a outros ordenamentos sociais continua,

uma vez mais, confiada à especificidade da sua estrutura, e não à sua função, que, qualquer que seja, realiza-se na forma que é própria a um ordenamento dinâmico. A guinada que a teoria pura do direito representou para o desenvolvimento da jurisprudência teórica é, em suma, uma daquelas guinadas para além das quais é possível avançar, mas não é lícito retroceder. Prova disto é que a maior obra de jurisprudência teórica depois de Kelsen, a de Hart, prosseguiu no mesmo caminho, buscando na estrutura específica do ordenamento jurídico, caracterizada pela “união de normas primárias e de normas secundárias”, a determinação do “conceito do direito”.