

TEORIA PURA DO DIREITO

Hans Kelsen

Tradução
JOÃO BAPTISTA MACHADO

Martins Fontes
São Paulo 2003

ÍNDICE

<i>Prefácio à primeira edição</i>	XI
<i>Prefácio à segunda edição</i>	XVII

I DIREITO E NATUREZA

1. A "pureza"	1
2. O ato e o seu significado jurídico	2
3. O sentido subjetivo e o sentido objetivo do ato. A sua auto-explicação	3
4. A norma	4
a) A norma como esquema de interpretação	4
b) Norma e produção normativa	5
c) Vigência e domínio de vigência da norma	11
d) Regulamentação positiva e negativa: ordenar, conferir poder ou competência, permitir	16
e) Norma e valor	18
5. A ordem social	25
a) Ordens sociais que estatuem sanções	25
b) Haverá ordens sociais desprovidas de sanção?	29
c) Sanções transcendentais e sanções socialmente imanes	30
6. A ordem jurídica	33
a) O Direito: ordem de conduta humana	33
b) O Direito: uma ordem coativa	35
Os atos de coação estatuidos pela ordem jurídica como sanções	37

Título original: REINE RECHTSLEHRE.
Copyright © Hans Kelsen Institute, Viena.
Copyright © Verlag Franz Deuticke, Viena, 1960.
Copyright © Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, 1985, para a presente edição.

1ª edição
abril de 1985
6ª edição
fevereiro de 1998
5ª tiragem
maio de 2003

Preparação do original

Márcio Della Rosa
Revisão gráfica
Marise Simões Leal
Estevam Vieira Ledo Jr.
Produção gráfica
Geraldo Alves

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

Kelsen, Hans, 1881-1973.
Teoria pura do direito / Hans Kelsen : [tradução João Baptista Machado]. – 6ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

Título original: Reine Rechtslehre.
ISBN 85-336-0836-5

1. Direito – Bibliografia 2. Direito – Estudo e ensino 3. Direito – Filosofia I. Título. II. Série.

98-0409

CDD-340.12

Índices para catálogo sistemático:

I. Direito : Filosofia 340.12

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.

Rua Conselheiro Ramalho, 330/340 01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3105.6867

e-mail: info@martinsfontes.com.br <http://www.martinsfontes.com.br>

damentais por ela definidos. Muitos destes conceitos podem revelar-se demasiado estreitos, outros demasiado latos. Estou plenamente consciente deste perigo ao fazer a presente tentativa e, por isso, agradecerei sinceramente toda a crítica que sob este aspecto me seja feita. Também esta segunda edição da Teoria Pura do Direito não pretende ser considerada como uma apresentação de resultados definitivos, mas como uma tentativa carecida de um desenvolvimento a realizar através de complementações e outros aperfeiçoamentos. O seu fim terá sido alcançado se for considerada merecedora de tal desenvolvimento — por outros que não o presente autor, já a atingir o limite dos seus dias.

Antepus a esta segunda edição o prefácio da primeira. Com efeito, ele mostra a situação científica e política em que a Teoria Pura do Direito, no período da Primeira Guerra Mundial e dos abalos sociais por ela provocados, apareceu, e o eco que ela então encontrou na literatura. Sob este aspecto, as coisas não se modificaram muito depois da Segunda Guerra Mundial e das convulsões políticas que dela resultaram. Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. É especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico.

O problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica. Como, porém, tal problema é de importância decisiva para a política jurídica, proibirei expor num apêndice o que há a dizer sobre ele de um ponto de vista científico e, especialmente, o que há a dizer sobre a doutrina do Direito natural.*

Devo agradecer ao Sr. Dr. Rudolf A. MétaI a elaboração da lista dos meus escritos e o valioso auxílio que me prestou na correção das provas.

Berkeley, Califórnia, abril de 1960.

HANS Kelsen

* Este apêndice — que consta da edição alemã — foi publicado em português com o título *A Justiça e o Direito Natural* por Arménio Amado Editor, Coimbra. (N. do E.)

I

Direito e natureza

1. A “pureza”

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

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

Isto parece-nos algo de per si evidente. Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não

por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas por que intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.

2. O ato e o seu significado jurídico

Se se parte da distinção entre ciências da natureza e ciências sociais e, por conseguinte, se distingue entre natureza e sociedade como objetos diferentes destes dois tipos de ciência, põe-se logo a questão de saber se a ciência jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social, se o Direito é um fenômeno natural ou social. Mas esta contraposição de natureza e sociedade não é possível sem mais, pois a sociedade, quando entendida como a real ou efetiva convivência entre homens, pode ser pensada como parte da vida em geral e, portanto, como parte da natureza. Igualmente o Direito — ou aquilo que *primo conspectu* se costuma designar como tal — parece, pelo menos quanto a uma parte do seu ser, situar-se no domínio da natureza, ter uma existência inteiramente natural. Se analisarmos qualquer dos fatos que classificamos de jurídicos ou que têm qualquer conexão com o Direito — por exemplo, uma resolução parlamentar, um ato administrativo, uma sentença judicial, um negócio jurídico, um delito, etc. —, poderemos distinguir dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito. Numa sala encontram-se reunidos vários indivíduos, fazem-se discursos, uns levantam as mãos e outros não — eis o evento exterior. Significado: foi votada uma lei, criou-se Direito. Nisto reside a distinção familiar aos juristas entre o processo legiferante e o seu produto, a lei. Um outro exemplo: um indivíduo, de hábito talar, pronuncia, de cima de um estrado, determinadas palavras em face de outro indivíduo que se encontra de pé à sua frente. O processo exterior significa juridicamente que foi ditada uma sentença judicial. Um comerciante escreve a outro uma carta com determinado conteúdo, à qual este responde com outra carta. Significa isto que, do ponto de vista jurídico, eles fecharam um contrato. Certo indivíduo provoca a morte de outro em consequência de uma determinada atuação. Juridicamente isto significa: homicídio.

3. O sentido subjetivo e o sentido objetivo do ato.

A sua auto-explicação

Mas esta significação jurídica não pode ser percebida no ato por meio dos sentidos, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de um objeto, como a cor, a dureza, o peso. Na verdade o indivíduo que, atuando racionalmente, põe o ato, liga a este um determinado sentido que se exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros. Este sentido subjetivo, porém, pode coincidir com o significado objetivo que o ato tem do ponto de vista do Direito, mas não tem necessariamente de ser assim. Se alguém dispõe por escrito do seu patrimônio para depois da morte, o sentido subjetivo deste ato é o de um testamento. Objetivamente, porém, do ponto de vista do Direito, não o é, por deficiência de forma. Se uma organização secreta, com o intuito de libertar a pátria de indivíduos nocivos, condena à morte um deles, considerado um traidor, e manda executar por um filiado aquilo que subjetivamente considera e designa como uma sentença de condenação à morte, objetivamente, em face do Direito, não estamos perante a execução de uma sentença, mas perante um homicídio, se bem que o fato exterior não se distinga em nada da execução de uma sentença de morte.

Um ato, na medida em que se expresse em palavras faladas ou escritas, pode ele próprio até dizer algo sobre a sua significação jurídica. Nisto reside uma particularidade do material oferecido ao conhecimento jurídico. Uma planta nada pode comunicar sobre si própria ao investigador da natureza que a procura classificar cientificamente. Ela não faz qualquer tentativa para cientificamente explicar a si própria. Um ato de conduta humana, porém, pode muito bem levar consigo uma auto-explicação jurídica, isto é, uma declaração sobre aquilo que juridicamente significa. Os indivíduos reunidos num parlamento podem expressamente declarar que votam uma lei. Uma pessoa pode expressamente designar como testamento a sua disposição de última vontade. Duas pessoas podem declarar que concluem um negócio jurídico. Assim, o conhecimento que se ocupa do Direito encontra já, no próprio material, uma auto-explicação jurídica que torna a dianteira sobre a explicação que ao conhecimento jurídico compete.

4. A norma

a) A norma como esquema de interpretação

O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico — não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. 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 turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade — que não pode ser captada pelos sentidos — somente surge através desta operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal. Que a supramencionada troca de cartas juridicamente signifique a conclusão de um contrato, deve-se única e exclusivamente à circunstância de esta situação fática cair sob a alçada de certos preceitos do código civil. O ser um documento, um testamento válido, não só segundo o seu sentido subjetivo mas também de acordo com o seu sentido objetivo, resulta de ele satisfazer às condi-

ções impostas por este código para que possa valer como testamento. Se uma assembléia de homens constitui um parlamento e se o resultado da sua atividade é juridicamente uma lei vinculante — por outras palavras: se estes fatos têm esta significação —, isso quer dizer apenas que toda aquela situação de fato corresponde às normas constitucionais. Isso quer dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida.

b) Norma e produção normativa

Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. Tais atos são — entendidos neste sentido — atos de vontade. Quando um indivíduo, através de qualquer ato, exprime a vontade de que um outro indivíduo se conduza de determinada maneira, quando ordena ou permite esta conduta ou confere o poder de a realizar, o sentido do seu ato não pode enunciar-se ou descrever-se dizendo que o outro se conduzirá dessa maneira, mas somente dizendo que o outro se *deverá* conduzir dessa maneira. Aquele que ordena ou confere o poder de agir, quer, aquele a quem o comando é dirigido, ou a quem a autorização ou o poder de agir é conferido, *deve*. Desta forma o verbo “dever” é aqui empregado com uma significação mais ampla que a usual. No uso corrente da linguagem apenas ao ordenar-corresponde um “dever”, correspondendo ao autorizar um “estar autorizado a” e ao conferir competência um “poder”.

Aqui, porém, emprega-se o verbo “dever” para significar um ato intencional dirigido à conduta de outrem. Neste “dever” vão incluídos o “ter permissão” e o “poder” (ter competência). Com efeito, uma norma pode não só comandar mas também permitir e, especialmente, conferir a competência ou o poder de agir de certa maneira. Se aquele a quem é ordenada ou permitida uma determinada conduta, ou a quem é conferido o poder de realizar essa conduta, pergunta pelo fundamento dessa ordem, permitissem ou poder (e não pela origem do ato através do qual se presume, permite ou confere competência), apenas o pode fazer desta forma: por que devo (ou também, no sentido da linguagem corrente: sou autorizado, posso) conduzir-me desta maneira? “Norma” é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato. Por isso não é correto dizer, como muitas vezes se diz, que o dever um indivíduo fazer algo nada mais significa senão que um outro indivíduo quer algo — o que equivaleria a dizer que o enunciado de um dever-ser se deixa reconduzir ao enunciado de um ser.

A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência! Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é — ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático — se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser — com o qual descrevemos uma norma — e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja².

No entanto, este dualismo de ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação. Diz-se: um ser pode corresponder a um dever-ser, o que significa que algo pode ser da maneira como deve ser. Afir-

ma-se, por outro lado, que o dever-ser é “dirigido” a um “ser”. A expressão: “um ser corresponde a um dever-ser” não é inteiramente correta, pois não é o ser que corresponde ao dever-ser, mas é aquele “algo”, que por um lado “é”, que corresponde àquele “algo”, que, por outro lado, “deve ser” e que, figurativamente, pode ser designado como conteúdo do ser ou como conteúdo do dever-ser. Também podemos exprimir isto por outras palavras dizendo que um determinado *quid*, especialmente uma determinada conduta, pode ter a qualidade de ser ou a qualidade de dever-ser. Nestas duas proposições: a porta será fechada e a porta deve ser fechada, o “fechar a porta” é, no primeiro caso, enunciado como algo que é e, no segundo caso, como algo que deve ser. A conduta que é e a conduta que deve ser não são idênticas. A conduta que deve ser, porém, equivale à conduta que é em toda a medida, exceto no que respeita à circunstância (modus) de que uma é a outra deve ser. Portanto a conduta estatuída numa norma como devida (como devendo ser) tem de ser distinguida da correspondente conduta de fato. Porém, a conduta estatuída na norma como devida (como devendo ser), e que constitui o conteúdo da norma, pode ser comparada com a conduta de fato e, portanto, pode ser julgada como correspondendo ou não correspondendo à norma (isto é, ao conteúdo da norma). A conduta devida e que constitui o conteúdo da norma não pode, no entanto, ser a conduta de fato correspondente à norma.

Apesar de tudo também costuma designar-se esta conduta correspondente à norma e, portanto, uma conduta que é (da ordem do ser), como uma conduta devida (que deve ser) — e com isso pretende significar-se que ela é como deve ser. A expressão “conduta devida” é ambígua. Tanto pode designar a conduta que, na norma, enquanto conteúdo da norma, é posta como devida, e que deve ser mesmo quando se não ponha em ser ou realize; como também a conduta que de fato é ou se realiza e corresponde ao conteúdo da norma. Quando se diz que o dever-ser é “dirigido” a um ser, a norma a uma conduta fática (efetiva), quer-se significar a conduta de fato que corresponde ao conteúdo da norma, o conteúdo do ser que equivale ao conteúdo do dever-ser, a conduta em ser que equivale à conduta posta na norma como devida (devendo ser) — mas que se não identifica com ela, por força da diversidade do modus: ser, num caso, dever-ser, no outro.

Os atos que têm por sentido uma norma podem ser realizados de diferentes maneiras. Através de um gesto: assim, com um

determinado movimento de mão, o sinaleiro ordena que paremos, com outro, que avancemos. Através de outros símbolos: assim uma luz vermelha significa para o automobilista a ordem de parar, uma luz verde significa que deve avançar. Através da palavra falada ou escrita: uma ordem pode ser dada no modo gramatical do imperativo, v. g.: Cala-te! Mas também o pode ser sob a forma de uma proposição: Eu ordeno-te que te cales. Sob esta forma podem também ser concedidas autorizações ou conferidos poderes. Há enunciados sobre o ato cujo sentido é o comando, a permissão, a atribuição de um poder ou competência. O sentido dessas proposições, porém, não é o de um enunciado sobre um fato da ordem do ser, mas uma norma da ordem do dever-ser, quer dizer, uma ordem, uma permissão, uma atribuição de competência. Uma lei penal pode conter a proposição: o furto será punido com pena de prisão. O sentido desta proposição não é, como o seu teor verbal parece sugerir, a enunciação de um acontecer fático, mas uma norma: uma ordem ou uma atribuição de competência para punir o furto com pena de prisão. O processo legiferante é constituído por uma série de atos, que, na sua totalidade, possuem o sentido de normas. Quando dizemos que, por meio de um dos atos acima referidos ou através dos atos do procedimento legiferante³, se “produz” ou “põe” uma norma, isto é apenas uma expressão figurada para traduzir que o sentido ou o significado do ato ou dos atos que constituem o procedimento legiferante é uma norma. No entanto, é preciso distinguir o sentido subjetivo do sentido objetivo. “Dever-ser” é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como “norma”.

A circunstância de o “dever-ser” constituir também o sentido objetivo do ato exprime que a conduta a que o ato intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória (devida), não apenas do ponto de vista do indivíduo que põe o ato, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado — e isso muito embora o querer, cujo sentido subjetivo é o dever-ser, tenha deixado faticamente de existir, uma vez que, com a vontade, não desaparece também o sentido, o dever-ser; uma vez que o dever-ser “vale” mesmo depois de a vontade ter cessado, sim, uma vez que ele vale ainda que o indivíduo cuja conduta, de acordo com

o sentido subjetivo do ato de vontade, é obrigatória (devida) na da saiba desse ato e do seu sentido, desde que tal indivíduo é havido como tendo o dever ou o direito de se conduzir de conformidade com aquele dever-ser. Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser “objetivo”, é uma “norma válida” (“vigente”), vinculando os destinatários. É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma “superior”, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato. A ordem de um gângster para que lhe seja entregue uma determinada soma de dinheiro tem o mesmo sentido subjetivo que a ordem de um funcionário de finanças, a saber, que o indivíduo a quem a ordem é dirigida deve entregar uma determinada soma de dinheiro. No entanto, só a ordem do funcionário de finanças, e não a ordem do gângster, tem o sentido de uma norma válida, vinculante para o destinatário; apenas o ato do primeiro, e não o do segundo, é um ato produtor de uma norma, pois o ato do funcionário de finanças é fundamentado numa lei fiscal, enquanto que o ato do gângster se não apóia em qualquer norma que para tal lhe atribua competência⁴. Se o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido de dever-ser, tem também objetivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo este sentido objetivo. O ato criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua. Se um homem que se encontra em estado de necessidade exige de um outro que lhe preste auxílio, o sentido subjetivo da sua pretensão é o que o outro lhe deve prestar auxílio. Porém, uma norma objetivamente válida que vincule ou obrigue o outro só existe, nesta hipótese, se vale a norma geral do amor do próximo, eventualmente estabelecida pelo fundador de uma religião. E esta, por seu turno, apenas vale como objetivamente vinculante quando se pressupõe que nos devemos conduzir como o fundador da religião preceitou. Um tal pressuposto, fundante da validade objetiva, será designado aqui por norma fundamental (*Grundnorm*)⁵. Portanto, não é do ser fático de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, mas é ainda e apenas de uma norma de dever-ser que deflui a validade — sem sentido objetivo — da norma segundo a qual esse outrem se deve conduzir em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade.

As normas através das quais uma conduta é determinada como obrigatória (como devendo ser) podem também ser estabelecidas por atos que constituem o fato do costume. Quando os indivíduos que vivem juntamente em sociedade se conduzem durante certo tempo, em iguais condições, de uma maneira igual, surge em cada indivíduo a vontade de se conduzir da mesma maneira por que os membros da comunidade habitualmente se conduzem. O sentido subjetivo dos atos que constituem a situação fática do costume não é logo e desde o início um dever-ser. Somente quando estes atos se repetiram durante um certo tempo surge no indivíduo a idéia de que se deve conduzir como costumam conduzir-se os membros da comunidade e a vontade de que também os outros membros da comunidade se comportem da mesma maneira. Se um membro da comunidade se não conduz pela forma como os outros membros da comunidade se costumam conduzir, a sua conduta é censurada por esses outros porque ele não se conduz como estes querem. Desta forma a situação fática do costume transforma-se numa vontade coletiva cujo sentido subjetivo é um dever-ser. Porém, o sentido subjetivo dos atos constitutivos do costume apenas pode ser interpretado como norma objetivamente válida se o costume é assumido como fato produtor de normas por uma norma superior. Visto o fato do costume ser constituído por atos de conduta humana, também as normas produzidas pelo costume são estabelecidas por atos de conduta humana e, portanto, normas *postas*, isto é, normas *positivas*, tal como as normas que são o sentido subjetivo de atos legislativos. Através do costume tanto podem ser produzidas normas morais como normas jurídicas. As normas jurídicas são normas produzidas pelo costume se a Constituição da comunidade assume o costume — um costume qualificado — como fato criador de Direito.

Finalmente deve notar-se que uma norma pode ser não só o sentido de um ato de vontade mas também — como conteúdo de sentido — o conteúdo de um ato de pensamento. Uma norma pode não só ser querida, como também pode ser simplesmente pensada sem ser querida. Neste caso, ela não é uma norma positiva, uma norma positiva. Quer isto dizer que uma norma não tem de ser efetivamente posta — pode estar simplesmente pressuposta no pensamento⁶.

c) *Vigência e domínio de vigência da norma*

Com a palavra “vigência” designamos a existência específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada. Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra “dever-ser” num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita. Se designarmos a existência específica da norma como a sua “vigência”, damos desta forma expressão à maneira particular pela qual a norma — diferentemente do ser dos fatos naturais — nos é dada ou se nos apresenta. A “existência” de uma norma positiva, a sua vigência, 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. Sim, ela só entra mesmo em vigor depois de o ato de vontade, cujo sentido ela constitui, ter deixado de existir. O indivíduo que, com o seu ato intencional dirigido à conduta de outrem, criou uma norma jurídica, não precisa continuar a querer essa conduta para que a norma que constitui o sentido do seu ato valha (seja vigente). Os indivíduos que funcionam como órgão legislativo, depois de aprovarem uma lei que regula determinadas matérias e de a promover, portanto, em vigor, dedicam-se, nas suas resoluções, à regulamentação de outras matérias — e as leis que eles puseram em vigor (a que eles deram vigência) podem valer mesmo quando estes indivíduos já tenham morrido há muito tempo e, portanto, nem sequer sejam capazes de querer. É errôneo caracterizar a norma em geral e a norma jurídica em particular como “vontade” ou “comando” — do legislador ou do Estado —, quando por “vontade” ou “comando” se entenda o ato de vontade psíquica⁷.

Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem

que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que — como costuma dizer-se — não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição da sua vigência. No entanto, deve existir a possibilidade de uma conduta em desarmonia com a norma. Uma norma que preceituasse um certo evento que de antemão se sabe que necessariamente se tem de verificar, sempre e em toda a parte, por força de uma lei natural, seria tão absurda como uma norma que preceituasse um certo fato que de antemão se sabe que de forma alguma se poderá verificar, igualmente por força de uma lei natural. Vigência e eficácia de uma norma jurídica também não coincidem cronologicamente. Uma norma jurídica entra em vigor antes ainda de se tornar eficaz, isto é, antes de ser seguida e aplicada. Um tribunal que aplica uma lei num caso concreto imediatamente após a sua promulgação — portanto, antes que tenha podido tornar-se eficaz — aplica uma norma jurídica válida. Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz. A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência. É de notar, no entanto, que, por eficácia de uma norma jurídica que liga a uma determinada conduta, como condição, uma sanção como consequência, — e, assim, qualifica como delito a conduta que condiciona a sanção —, se deve entender não só o fato de esta norma ser aplicada pelos órgãos jurídicos, especialmente pelos tribunais — isto é, o fato de a sanção, num caso concreto, ser ordenada e aplicada —, mas também o fato de esta norma ser respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica — isto é, o fato de ser adotada a conduta pela qual se evita a sanção. Na medida em que a estatuição de sanções tem por fim impedir (prevenção) a conduta condicionante da sanção — a prática de delitos —, encontramos-nos perante a hipótese ideal da vigência de uma norma jurídica quando esta nem sequer chega a ser aplicada, pelo fato de a representação da sanção a executar em caso de delito se ter tornado, relativamente aos indivíduos submetidos à ordem jurídica, em motivo para deixarem de praticar o delito. Nesta hi-

pótese, a eficácia da norma jurídica reduz-se à sua observância. No entanto, a observância da norma jurídica pode ser provocada por outros motivos, de forma tal que o que é “eficaz” não é propriamente a representação da norma jurídica mas a representação de uma norma religiosa ou moral. Mais tarde voltaremos ainda a falar desta tão importante conexão entre a vigência e a chamada eficácia da norma jurídica⁸.

Se, com a expressão: a norma refere-se a uma determinada conduta, se quer significar a conduta que constitui o conteúdo da norma, então a norma pode referir-se também a fatos ou situações que não constituem conduta humana, mas isso só na medida em que esses fatos ou situações são condições ou efeitos de condutas humanas. Uma norma jurídica pode determinar que, em caso de um cataclismo da natureza, aqueles que por ele não forem imediatamente atingidos estão obrigados a prestar socorro às vítimas na medida do possível. Quando uma norma jurídica pune o homicídio com a pena capital, o tipo legal da ilicitude, assim como as consequências do ilícito, não consistem apenas numa determinada conduta humana, ou seja, no comportamento de um indivíduo dirigido à morte de outro, mas também num efeito específico desta conduta: a morte de um homem, que é um processo fisiológico, e não uma ação humana. Visto a conduta humana, assim como as suas condições e efeitos se processarem no espaço e no tempo, o espaço e o tempo em que os fatos descritos pela norma decorrem devem ser fixados no conteúdo da mesma norma. A vigência de todas as normas em geral que regulam a conduta humana, e em particular a das normas jurídicas, é uma vigência espaço-temporal na medida em que as normas têm por conteúdo processos espaço-temporais. Dizer que uma norma vale significa sempre dizer que ela vale para um qualquer espaço ou para um qualquer período de tempo, isto é, que ela se refere a uma conduta que somente se pode verificar em um certo lugar ou em um certo momento (se bem que porventura não venha de fato a verificar-se).

A referência da norma ao espaço e ao tempo é o domínio da vigência espacial e temporal da norma. Este domínio de vigência pode ser limitado, mas pode também ser ilimitado. A norma pode valer apenas para um determinado espaço e para um determinado tempo, fixados por ela mesma ou por uma outra norma superior; ou seja, regular apenas fatos que se desenrolam dentro de um determinado espaço e no decurso de um determinado

período de tempo. Pode, porém, valer também — de harmonia com o seu sentido — em toda a parte e sempre, isto é, referir-se a determinados fatos em geral, onde quer que e quando quer que se possam verificar. É este o seu sentido quando ela não contém qualquer determinação espacial e temporal e nenhuma outra norma superior delimita o seu domínio espacial ou temporal. Neste caso, ela não vale a-espacial e intemporalmente, mas apenas sucede que não vigora para um espaço determinado e para um período de tempo determinado, isto é, os seus domínios de vigência espacial e temporal não são limitados. O domínio de vigência de uma norma é um elemento do seu conteúdo, e este conteúdo pode, como mais adiante veremos, ser predeterminado até certo ponto por uma norma superior⁹.

Relativamente ao domínio da validade temporal de uma norma positiva, devem distinguir-se o período de tempo posterior e o período de tempo anterior ao estabelecimento da norma. Em geral, as normas referem-se apenas a condutas futuras. No entanto, podem referir-se também a condutas passadas. Assim, uma norma jurídica, que liga à produção de determinado fato um ato coercitivo como sanção, pode determinar que um indivíduo que tenha adotado determinada conduta, antes ainda de a norma jurídica ser editada, seja punido — e desta forma tal conduta vem a ser qualificada como delito. Diz-se então que a norma tem força retroativa. Mas também quanto ao ato coercitivo que, como consequência, é estatuído pela norma jurídica, pode esta visar não só o futuro como também o passado. Com efeito, ela pode determinar não só que, sob certas condições, verificadas antes da sua entrada em vigor, se deverá — no futuro — executar um ato de coerção, mas também que um ato de coerção que, no passado, foi efetivamente executado sem o dever ser, isto é, sem ter o caráter de uma sanção, deveria ter sido realizado (nesse mesmo passado), de forma que, de agora em diante, ele valerá como se fora devido, isto é, como sanção. Assim, por exemplo, sob o regime nacional-socialista, na Alemanha, certos atos de coerção que, ao tempo em que foram executados, constituíam juridicamente homicídios, foram posteriormente legitimados retroativamente como sanções e as condutas que os determinaram foram posteriormente qualificadas como delitos. Uma norma jurídica pode retirar, com força retroativa, validade a uma outra norma jurídica que fora editada antes da sua entrada em vigor, por forma a que os atos de coerção, executados, como sanções, sob o domínio da

norma anterior, percam o seu caráter de penas ou execuções, e os fatos de conduta humana que os condicionaram sejam despidos posteriormente do seu caráter de delitos. Assim, por exemplo, pode a lei de um governo que conquistou o poder pela via revolucionária retirar a validade, retroativamente, a uma lei editada pelo governo anterior e segundo a qual certas ações praticadas pelos sequezes do partido revolucionário foram punidas como crimes políticos. É verdade que aquilo que já aconteceu não pode ser transformado em não acontecido; porém, o significado normativo daquilo que há um longo tempo aconteceu pode ser posteriormente modificado através de normas que são postas em vigor após o evento que se trata de interpretar.

Além dos domínios de validade espacial e temporal pode ainda distinguir-se um domínio de validade pessoal e um domínio de validade material das normas. Com efeito, a conduta que pelas normas é regulada é uma conduta humana, conduta de homens, pelo que são de distinguir em toda a conduta fixada numa norma um elemento pessoal e um elemento material, o homem, que se deve conduzir de certa maneira, e o modo ou forma por que ele se deve conduzir. Ambos os elementos estão ligados entre si por forma inseparável. Importa aqui notar que não é o indivíduo como tal que, visado por uma norma, lhe fica submetido, mas o é apenas e sempre uma determinada conduta do indivíduo. O domínio pessoal de validade refere-se ao elemento pessoal da conduta fixada pela norma. Também este domínio de validade pode ser limitado ou ilimitado. Uma ordem moral pode manifestar a pretensão de valer para todos os homens, isto é, a conduta determinada pelas normas deste ordenamento é a conduta de todos os homens e não simplesmente de determinados homens qualificados pelo mesmo ordenamento. Exprime-se habitualmente esta ideia dizendo que este ordenamento se dirige a todos os homens. A conduta fixada pelas normas de um ordenamento jurídico estadual é apenas a conduta de homens que vivem no território do Estado ou — quando vivem em outra qualquer parte — são cidadãos desse Estado. Diz-se que a ordem jurídica estadual apenas disciplina a conduta de indivíduos por esta forma determinados, que apenas estes indivíduos estão submetidos à ordem jurídica estadual, ou seja, que o domínio pessoal de validade é limitado a estes indivíduos. Pode falar-se ainda de um domínio material de validade tendo em conta os diversos aspectos da conduta humana que são normados: aspecto económico,

religioso, político, etc. De uma norma que disciplina a conduta econômica dos indivíduos diz-se que ela regula a economia, de uma norma que disciplina a conduta religiosa diz-se que ela regula a religião, etc. Falamos de diferentes matérias ou objetos da regulamentação e queremos traduzir com isso os diferentes aspectos da conduta fixada pelas normas. O que as normas de um ordenamento regulam é sempre uma conduta humana, pois apenas a conduta humana é regulável através das normas. Os outros fatos que não são conduta humana somente podem constituir conteúdo de normas quando estejam em conexão com uma conduta humana — ou, como já notamos, apenas enquanto condição ou efeito de uma conduta humana. O conceito de domínio material de validade encontra aplicação, por exemplo, quando uma ordem jurídica global — como no caso de um Estado federal — se desmembra em várias ordens jurídicas parciais cujos domínios de validade são reciprocamente delimitados com referência às matérias que lhes cabe regular; por exemplo, quando as ordens jurídicas dos Estados-membros apenas podem regular matérias bem determinadas, enumeradas na Constituição ou — como também se costuma dizer — quando apenas a regulamentação destas matérias se enquadra na competência dos Estados-membros, e a regulamentação de todas as outras matérias é reservada à ordem jurídica do Estado federal (que também constitui apenas uma ordem jurídica parcial), ou, por outras palavras, cai sob a alçada ou no domínio de competência do Estado federal. O domínio material de validade de uma ordem jurídica global, porém, é sempre ilimitado, na medida em que uma tal ordem jurídica, por sua própria essência, pode regular sob qualquer aspecto a conduta dos indivíduos que lhe estão subordinados.

d) *Regulamentação positiva e negativa: ordenar, conferir poder ou competência, permitir*

A conduta humana disciplinada por um ordenamento normativo ou é uma ação por esse ordenamento determinada, ou a omissão de tal ação. A regulamentação da conduta humana por um ordenamento normativo processa-se por uma forma positiva e por uma forma negativa. A conduta humana é regulada positivamente por um ordenamento positivo, desde logo, quando a um indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de um determinado

ato. (Quando é prescrita a omissão de um ato, esse ato é proibido.) Ser a conduta de um indivíduo prescrita por uma norma objetivamente válida é equivalente a ser esse indivíduo obrigado a essa conduta. Se o indivíduo se conduz tal como a norma prescreve, cumpre a sua obrigação, observa a norma; com a conduta oposta, “viola” a norma, ou, o que vale o mesmo, a sua obrigação. A conduta humana é ainda regulada num sentido positivo quando a um indivíduo é conferido, pelo ordenamento normativo, o poder ou competência para produzir, através de uma determinada atuação, determinadas consequências pelo mesmo ordenamento normadas, especialmente — se o ordenamento regula a sua própria criação — para produzir normas ou para intervir na produção de normas. O caso é ainda o mesmo quando o ordenamento jurídico, estatuinto atos de coerção atribui a um indivíduo poder ou competência para estabelecer esses atos coercitivos sob as condições estatuídas pelo mesmo ordenamento jurídico. A mesma hipótese de regulamentação positiva se verifica também quando uma determinada conduta, que é em geral proibida, é permitida a um indivíduo por uma norma que limita o domínio de validade da outra norma que proíbe essa conduta. Tal sucede, por exemplo, quando uma norma proíbe, de forma absolutamente genérica, o emprego da força por um indivíduo contra outro, e uma norma particular o permite em caso de legítima defesa. Enquanto um indivíduo pratica as ações para que uma norma lhe confere competência, ou se conduz tal como lhe é positivamente consentido por uma norma, aplica a norma. Competente por força de uma lei, que é uma norma geral, para decidir os casos concretos, o juiz com a sua decisão — que representa uma norma individual — aplica a lei a um caso concreto. Competente, por força da decisão judicial, para executar uma determinada pena, o órgão de execução aplica a norma individual da decisão judicial. Ao fazer-se uso da legítima defesa, aplica-se a norma que positivamente permite o emprego da força. Aplicação de uma norma, contudo, é ainda o juízo através do qual examinamos que um indivíduo se conduz ou se não conduz tal como uma norma lho prescreve ou positivamente consente, ou que ele age ou não age de acordo com o poder ou competência que uma norma lhe atribui.

Num sentido muito amplo, toda a conduta humana que é fixada num ordenamento normativo como pressuposto ou como consequência se pode considerar como autorizada por esse mesmo

ordenamento e, neste sentido, como positivamente regulada. Negativamente regulada por um ordenamento normativo é a conduta humana quando, não sendo proibida por aquele ordenamento, também não é positivamente permitida por uma norma delimitadora do domínio de validade de uma outra norma proibitiva — sendo, assim, permitida num sentido meramente negativo. Essa função meramente negativa da permissão deve ser distinguida da função positiva, pois esta consiste num ato positivo. O caráter positivo de uma permissão sobressai especialmente quando se opera uma limitação de uma norma proibitiva de determinada conduta, através de uma outra norma que permite a conduta proibida sob a condição de esta permissão ser concedida por um órgão da coletividade que para tal tem competência. A função — tanto negativa como positiva — da permissão está, assim, essencialmente ligada com a da prescrição. Somente nos quadros de um ordenamento normativo que prescreve determinada conduta humana pode ser permitida uma determinada conduta humana.

A palavra “permitir” é também utilizada no sentido de “conferir um direito”. Quando, numa relação entre A e B, se prescreve a A o dever de suportar que B se conduza de determinada maneira, diz-se que a B é permitido (isto é, que ele tem o direito de) conduzir-se dessa maneira. E quando se prescreve a A o dever de prestar a B um determinado *quid*, diz-se que a B é permitido (isto é, que ele tem o direito de) receber aquela determinada prestação de A. No primeiro caso, a proposição: é permitido a B conduzir-se de determinada maneira, nada mais diz que esta outra: é prescrito a A o dever de suportar que B se conduza de determinada maneira. E, no segundo caso, a proposição: é permitido a B receber aquela determinada prestação de A, não significa senão o mesmo que esta: é imposta a A a obrigação de prestar a B um determinado *quid*. O “ser permitido” da conduta de B é apenas um reflexo do ser prescrito da conduta de A. Este “permitir” não é uma função da ordem normativa diferente do “prescrever”¹⁰.

e) Norma e valor

Quando uma norma estatui uma determinada conduta como devida (no sentido de “prescrita”), a conduta real (fática) pode corresponder à norma ou contrariá-la. Corresponde à norma

quando é tal como deve ser de acordo com a norma; contraria a norma quando não é tal como, de acordo com a norma, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma. O juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo. Significa que a conduta real é “boa”. O juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo. Significa que a conduta real é “má”. Uma norma objetivamente válida, que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo. A conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo. A norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real. Os juízos de valor segundo os quais uma conduta real corresponde a uma norma considerada objetivamente válida e, neste sentido, é boa, isto é, valiosa, ou contraria tal norma e, neste sentido, é má, isto é, desvaliosa, devem ser distinguidos dos juízos de realidade que, sem referência a uma norma considerada objetivamente válida — o que, em última análise, quer dizer: sem referência a uma norma fundamental pressuposta — enunciam que algo é ou como algo é¹¹.

A conduta real a que se refere o juízo de valor e que constitui o objeto da valoração, que tem um valor positivo ou negativo, é um fato da ordem do ser, existente no tempo e no espaço, um elemento ou parte da realidade. Apenas um fato da ordem do ser pode, quando comparado com uma norma, ser julgado valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo. É a realidade que se avalia¹². Na medida em que as normas que constituem o fundamento dos juízos de valor são estabelecidas por atos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, os valores através delas constituídos são arbitrários. Através de outros atos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituam outros valores, opostos aos valores que estas constituem. O que, segundo aquelas, é bom, pode ser mau segundo estas. Por isso, as normas legisladas pelos homens — e não por uma autoridade supra-humana — apenas constituem valores relativos. Quer isto dizer que a vigência de uma norma desta espécie que prescreva uma determinada conduta como obrigatória, bem como a do valor por ela constituído,

não exclui a possibilidade de vigência de uma outra norma que prescreva a conduta oposta e constitua um valor oposto. Assim, a norma que proíbe o suicídio ou a mentira em todas e quaisquer circunstâncias pode valer o mesmo que a norma que, em certas circunstâncias, permita ou até prescreva o suicídio ou a mentira, sem que seja possível demonstrar, por via racional, que apenas uma pode ser considerada como válida e não a outra. Podemos considerar como válida quer uma quer outra — mas não as duas ao mesmo tempo.

Quando, porém, nos representamos a norma constitutiva de certo valor e que prescreve determinada conduta como procedente de uma autoridade supra-humana, de Deus ou da natureza criada por Deus, ela apresenta-se-nos com a pretensão de excluir a possibilidade de vigência (validade) de uma norma que prescreva a conduta oposta. Qualifica-se de absoluto o valor constituído por uma tal norma, em contraposição ao valor constituído através de uma norma legislada por um ato de vontade humana. Uma teoria científica dos valores apenas toma em consideração, no entanto, as normas estabelecidas por atos de vontade humana e os valores por elas constituídos.

Se o valor é constituído por uma norma objetivamente válida, o juízo que afirma que um *quid* real, uma conduta humana efetiva, é “boa”, isto é, valiosa, ou “má”, isto é, desvaliosa, exprime e traduz que ela é conforme a uma norma objetivamente válida, ou seja, que deve ser (tal como é), ou que contradiz uma norma objetivamente válida, quer dizer, não deve ser (tal como é). O valor, como dever-ser, coloca-se em face da realidade, como ser; valor e realidade — tal como o dever-ser e o ser — pertencem a duas esferas diferentes.¹³

Se chamarmos à proposição que afirma que uma conduta humana é conforme a uma norma objetivamente válida, ou a contrário, um juízo de valor, então o juízo de valor deve ser distinguido da norma constitutiva do valor. Como juízo, pode tal proposição ser verdadeira ou falsa, pois refere-se à norma de um ordenamento vigente. O juízo segundo o qual é bom, de acordo com a Moral cristã, amar os amigos e odiar os inimigos, é inverídico se uma norma da Moral cristã vigente exige que amemos não só os amigos como também os inimigos. O juízo, segundo o qual é conforme ao Direito punir um ladrão com a pena de morte é falso quando, de conformidade com o Direito vigente, um ladrão deve ser punido com a privação da liberdade, mas não com a pri-

vação da vida. Pelo contrário, uma norma não é verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida.

O chamado “juízo” judicial não é, de forma alguma, tanto pouco como a lei que aplica, um juízo no sentido lógico da palavra, mas uma norma — uma norma individual, limitada na sua validade a um caso concreto, diferentemente do que sucede com a norma geral, designada como “lei”.

Devemos distinguir do valor constituído através de uma norma considerada objetivamente válida o valor que consiste, não na relação com uma tal norma, mas na relação de um objeto com o desejo ou a vontade de um ou de vários indivíduos a tal objeto dirigida. Conforme o objeto corresponde ou não a este desejo ou vontade, tem um valor positivo ou negativo, é “bom” ou “mau”. Se designarmos como juízo de valor o juízo através do qual determinamos a relação de um objeto com o desejo ou vontade de um ou vários indivíduos dirigida a esse mesmo objeto e, desse modo, considerarmos bom o objeto quando corresponde àquele desejo ou vontade, e mau, quando contradiz aquele desejo ou vontade, este juízo de valor não se distingue de um juízo de realidade, pois que estabelece apenas a relação entre dois fatos da ordem do ser e não a relação de um fato da ordem do ser com uma norma da ordem do dever-ser objetivamente válida. Constitui apenas um particular juízo de realidade.

Se a afirmação de alguém de que algo é bom ou mau constitui apenas a imediata expressão do seu desejo desse algo (ou do seu contrário), essa afirmação não é um “juízo” de valor, visto não corresponder a uma função do conhecimento mas a uma função dos componentes emocionais da consciência. Quando aquela manifestação se dirige à conduta alheia, como expressão de uma aprovação ou desaprovação emocional, pode traduzir-se por exclamações como “bravo!” ou “pfui!”.

O valor que consiste na relação de um objeto, especialmente de uma conduta humana, com o desejo ou vontade de um ou vários indivíduos, àquele objeto dirigida, pode ser designado como valor subjetivo — para o distinguir do valor que consiste na relação de uma conduta com uma norma objetivamente válida e que pode ser designado como valor objetivo. Quando o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é boa apenas significa que ela é desejada ou querida por uma outra ou várias outras pessoas, e o juízo segundo o qual uma conduta humana é má apenas traduz que a conduta contrária é desejada ou querida

por uma outra ou várias outras pessoas, então o valor “bom” e o desvalor “mau” apenas existem para aquela ou aquelas pessoas que desejam ou querem aquela conduta ou a conduta oposta, e não para a pessoa ou pessoas cuja conduta é desejada ou querida. Diversamente, quando o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é boa traduz que ela corresponde a uma norma objetivamente válida, e o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é má traduz que tal conduta contraria uma norma objetivamente válida, o valor “bom” e o desvalor “mau” valem em relação às pessoas cuja conduta assim é apreciada ou julgada, e até em relação a todas as pessoas cuja conduta é determinada como devida (devendo ser) pela norma objetivamente válida, independentemente do fato de elas desejarem ou quererem essa conduta ou a conduta oposta. A sua conduta tem um valor positivo ou negativo, não por ser desejada ou querida — ela mesma ou a conduta oposta —, mas porque é conforme a uma norma ou a contradiz. O ato de vontade cujo sentido objetivo é a norma não entra aqui em linha de conta.

O valor em sentido subjetivo, ou seja, o valor que consiste na relação de um objeto com o desejo ou vontade de uma pessoa, distingue-se do valor em sentido objetivo — ou seja do valor que consiste na relação de uma conduta com uma norma objetivamente válida — ainda na medida em que aquele pode ter diferentes graduações, pois o desejo ou vontade do homem é susceptível de diferentes graus de intensidade, ao passo que a graduação do valor no sentido objetivo não é possível, visto uma conduta somente poder ser conforme ou não ser conforme a uma norma objetivamente válida, contrariá-la ou não a contrariar — mas não ser-lhe conforme ou contrariá-la em maior ou menor grau⁴.

Quando designamos os juízos de valor que exprimem um valor objetivo como objetivos, e os juízos de valor que exprimem um valor subjetivo como subjetivos, devemos notar que os precedidos “objetivo” e “subjetivo” se referem aos valores expressos e não ao juízo como função do conhecimento. Como função do conhecimento tem um juízo de ser sempre objetivo, isto é, tem de formular-se independentemente do desejo e da vontade do sujeito judicante. Isto é bem possível. Podemos, com efeito, determinar a relação de uma determinada conduta humana com um ordenamento normativo, ou seja, afirmar que esta conduta está de acordo ou não está de acordo com o ordenamento, sem ao

mesmo tempo tomarmos emocionalmente posição em face dessa ordem normativa, aprovando-a ou desaprovando-a. A resposta à questão de saber se, de acordo com a Moral cristã, é bom amar o inimigo, e o juízo de valor que daí resulta, pode e deve dar-se sem ter em conta se aquele que tem de responder e formular o juízo de valor aprova ou desaprova o amor dos inimigos. A resposta à questão de saber se, de acordo com o Direito vigente, um assassino deve ser punido com a pena capital, e, assim, se a pena de morte para o homicida é valiosa de acordo com esse Direito, pode e deve verificar-se sem ter em conta se aquele que deve dar a resposta aprova ou desaprova a pena de morte. Então, e somente então, é objetivo este juízo de valor.

Quando o juízo traduz a relação de um objeto, especialmente de uma conduta humana, com o desejo ou vontade de uma ou várias pessoas dirigidas a esse objeto, e exprime, portanto, um valor subjetivo, esse juízo de valor é objetivo na medida em que o sujeito judicante formula tal juízo sem atenção ao fato de ele próprio desejar ou querer determinado objeto ou o objeto oposto, de ele próprio aprovar ou desaprovar tal conduta, mas simplesmente enuncia o fato de que uma ou várias pessoas desejam ou querem um determinado objeto ou o objeto oposto, particularmente o fato de que essa ou essas pessoas aprovam ou desaprovam determinada conduta.

Contra a distinção aqui feita entre juízos de valor que exprimem um valor objetivo enquanto enunciam a relação de uma conduta humana com uma norma considerada objetivamente válida — pelo que se distinguem essencialmente dos juízos de realidade — e juízos de valor que expressam um valor subjetivo, enquanto traduzem a relação de um objeto, e particularmente da conduta humana, com o fato de que uma ou várias pessoas desejam ou querem esse objeto ou o seu oposto, especialmente com o fato de que aprovam ou desaprovam determinada conduta humana — pelo que são apenas uma espécie particular dos juízos de realidade —, objecta-se que os juízos de valor em primeiro lugar referidos também são juízos de realidade. Com efeito — diz-se —, a norma que constitui o fundamento do juízo de valor é fixada através de um ato ou imperativo humano ou produzida através do costume — é, portanto, através de fatos da realidade empírica. A relação de um fato, particularmente de uma conduta real efetiva, com uma norma também representaria, assim, apenas uma relação entre fatos da realidade empírica.

Esta objeção esquece que o fato, que é o ato de comando ou imperativo, ou o costume, e a norma, que através destes fatos é produzida, são duas coisas diferentes: um fato e um conteúdo de sentido; e que, por isso, a relação de uma conduta real com uma norma, e a relação desta conduta com o fato da ordem do ser cujo sentido é a norma, constituem duas relações diferentes. O enunciado da relação de uma conduta com a norma que a estatui como devida (devendo ser) é inteiramente possível sem tomar em consideração o fato do ato imperativo ou do costume através do qual a norma é produzida. É este claramente o caso quando se trate de normas cuja estatuição se verificou já há muito tempo, normas que foram estatuídas por atos de homens já há muito tempo falecidos ou esquecidos, e, particularmente, de normas que vieram à luz através dos usos e costumes de gerações passadas, de tal forma que já apenas são consciencializadas, por aqueles cuja conduta regulam, como conteúdos de sentido. Quando uma determinada conduta é considerada como moralmente boa ou má — por ser conforme a uma norma moral considerada válida ou por a contrariar —, na maior parte dos casos não se tem de modo algum consciência do costume através do qual foi produzida a norma que constitui o fundamento de tal juízo. Mas interessa especialmente ter em conta que os atos através dos quais são produzidas as normas jurídicas apenas são tomados em consideração, do ponto de vista do conhecimento jurídico em geral, na medida em que são determinados por outras normas jurídicas; e que a norma fundamental, que constitui o fundamento da validade destas normas, nem sequer é estatuída através de um ato de vontade, mas é pressuposta pelo pensamento jurídico¹⁵.

Como valor designa-se ainda a relação que tem um objeto, e particularmente uma conduta humana, com um fim. Adequação ao fim (*Zweckmässigkeit*) é o valor positivo, contradição com o fim (*Zweckwiderigkeit*), o valor negativo. Por “fim” pode entender-se tanto um fim objetivo como um fim subjetivo. Um fim objetivo é um fim que *deve ser* realizado, isto é, um fim estatuído por uma norma considerada como objetivamente válida. É um fim posto à natureza em geral, ou ao homem em particular, por uma autoridade sobrenatural ou supra-humana. Um fim subjetivo é um fim que um indivíduo se põe a si próprio, um fim que ele deseja realizar. O valor que reside na correspondência-ao-fim é, portanto, idêntico ao valor que consiste na correspondência-à-norma, ou ao valor que consiste na correspondência-ao-desejo.

Se se deixa de parte a circunstância de aquilo que o fim representa, aquilo que se visa (escopo), ser objetivamente devido (obrigatório) ou subjetivamente desejado, a relação de meio a fim apresenta-se como relação de causa a efeito. Dizer que algo é adequado ao fim (*zweckmässig*) significa que é apropriado a realizar o fim, isto é, a produzir, como causa, o efeito representado pelo fim. O juízo que afirma que algo é adequado ao fim pode, conforme o caráter subjetivo ou objetivo do fim, ser um juízo de valor subjetivo ou objetivo. Um tal juízo de valor, porém, é apenas possível com base numa visualização da relação causal que existe entre os fatos a considerar como meio e como fim. Só quando se sabe que entre A e B existe a relação de causa e efeito, que A é a causa de que B é o efeito, se alcança o juízo de valor (subjetivo ou objetivo): se B é desejado como fim ou é estatuído numa norma como devido (como devendo ser), A é adequado ao fim (é producente). O juízo relativo à relação entre A e B é um juízo de valor — subjetivo ou objetivo — apenas na medida em que B é pressuposto como fim subjetivo ou objetivo, isto é, como desejado, ou estatuído por uma norma¹⁶.

5. A ordem social

a) *Ordens sociais que estatuem sanções*

A conduta de um indivíduo pode estar — mas não tem necessariamente de estar — em relação com um ou vários indivíduos, isto é, um indivíduo pode comportar-se de determinada maneira em face de outros indivíduos. Porém, uma pessoa pode ainda comportar-se de determinada maneira em face de outros objetos que não indivíduos humanos: em face dos animais, das plantas e dos objetos inanimados. A relação em que a conduta de uma pessoa está com uma ou várias outras pessoas pode ser imediata ou mediata. O homicídio é uma conduta do homicida em face da vítima. É uma relação imediata de homem a homem. Quem destrói um objeto valioso, atua imediatamente em face de uma coisa e imediatamente em face de uma ou várias pessoas que estão interessadas nessa coisa, especialmente se ela é propriedade dessas pessoas. Uma ordem normativa que regula a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas é uma ordem social. A Moral e o Direito são ordens sociais deste