

Sistema e
estrutura
no direito

MARIO G. LOSANO

1967
O SÉCULO XX

*Esta obra foi publicada originalmente em italiano com o título
SISTEMA E STRUTTURA NEL DIRITTO*

VOL. III LE NOVECENTO

per Giuffrè Editore.

Copyright © 2002, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano.

Copyright © 2010, Editora WMF Martins Fontes Ltda.,

São Paulo, para a presente edição.

1ª edição 2010

Tradução

LUCCA LAMBERTI

Revisão da tradução

Carlo Alberto Dastoli

Acompanhamento editorial

Luzia Aparecida dos Santos

Preparação do original

Renato da Rocha Santos

Revisões gráficas

Ana Maria de O. M. Barbosa

Maria Regina Ribeiro Machado

Produção gráfica

Gráfica Ates

Diagramação/Folhetos

Studio 3 Desenvolvimento Editorial

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

Losano, Mario G.

Sistema e estrutura no direito, volume 2 : o Século XX /
Mario G. Losano ; tradução Luca Lamberti ; revisão da tra-
dução Carlos Alberto Dastoli. – São Paulo : Editora WMF
Martins Fontes, 2010.

Título original: Sistema e struttura nel diritto, vol. II : il
novecento.

ISBN 978-85-7827-064-3

1. Direito – Filosofia 2. Direito – Teoria I. Título.

09-00702

CDU-340.11

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Teoria 340.11

2. Teoria geral do direito 340.11

Todos os direitos desta edição reservados à

Editora WMF Martins Fontes Ltda.

Rua Conselheiro Ramalho, 330 01325-000 São Paulo SP Brasil

Tel. (11) 3293.8150 Fax (11) 3101.1042

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

ÍNDICE

<i>Plano da obra</i>	XIII
<i>Nota explicativa</i>	XV
<i>Prefácio do autor</i>	XVII
<i>Introdução – A noção de sistema na bifurcação entre teoria e prática</i>	XXX
I. Do sistema jurídico externo ao sistema jurídico interno.....	1
PARTE I	
O APOGEU DO SISTEMA CLÁSSICO	
NA TEORIA PURA DO DIREITO	
II. A função sistemática da norma fundamental.....	51
III. A validade como elemento unificador no sistema de Kelsen.....	97
PARTE II	
DO SISTEMA PARA DIZER AO	
SISTEMA PARA FAZER	
IV. A dúvida sobre a razão.....	135
V. A era dos totalitarismos: o sistema já não suporta.....	185

objeto colocado no mundo do *Sollen*, do dever ser. A teoria pura se apresenta, por isso, como uma construção unitária que dá conta de *todo* o mundo do direito, mas *somente* do mundo do direito.

4. O direito é unitário porque todo o ordenamento deriva de uma *única norma fundamental*. Tal norma fundamental não é uma norma estatuída (ou posta) pelo legislador, mas imaginada por quem examina o ordenamento; é uma norma pressuposta, mas não posta, e, como tal, é uma norma não conforme à definição kelseniana de norma. Obviamente, ela está no centro de infinitas discussões. Isso não exige, todavia, que a norma fundamental seja arquivada da teoria pura do direito, porque somente ela atribui unidade ao ordenamento jurídico. A esse fundamento do sistema jurídico kelseniano é dedicado por inteiro o presente capítulo.

5. Obedece-se ao direito porque ele é válido; e sua *validade* depende do fato de a norma fundamental transmitir o dever ser a todas as normas de nível mais baixo. Percorrendo a pirâmide do sistema kelseniano de baixo para cima, a sentença do juiz é válida se se remete a uma lei válida. A lei é válida se se remete a uma norma constitucional válida. A constituição é válida se a norma fundamental – que está fora do direito positivo – declara que essa constituição deve ser obedecida. Visto que para Kelsen a validade de uma norma de qualquer nível coincide com sua existência, o sistema kelseniano inteiro existe graças à norma fundamental: aceita a noção de norma fundamental, o sistema inteiro descreve, admiravelmente, a estrutura do direito moderno ocidental; rejeitada a noção de norma fundamental, cai o sistema kelseniano inteiro. A noção de validade é, portanto, um adesivo essencial do sistema kelseniano, e a ele é dedicado todo o capítulo III.

6. Visto que o direito interno e o direito internacional fazem parte do mundo do direito, a ciência jurídica não pode considerá-los dois elementos paritéticos, ou seja, pa-

ralesos, como muitas vezes ocorre na doutrina internacionalista tradicional. Se fossem dois ordenamentos distintos e paritéticos, cada um deles derivaria de uma sua norma fundamental: teríamos então duas normas fundamentais, dois ordenamentos jurídicos e duas ciências jurídicas. Semelhante dualidade estaria, porém, em contraste com o postulado da unidade da ciência. Esse postulado exige a existência de uma única norma fundamental, da qual derivam tanto o direito interno quanto o direito internacional; e de ambos se ocupa uma única ciência jurídica. No interior da pirâmide descendente de uma única norma fundamental, o direito interno e o direito internacional nunca poderão ser paritéticos: um deverá ser superior ao outro. Aqui repousa o verdadeiro problema: qual dos dois deve ser considerado superior? Para Kelsen, a posição proeminente cabe ao direito internacional: nos anos do totalitarismo, ele se alinhava, assim, a favor do pacifismo e do federalismo⁴.

Tendo presente esse esquema essencial, pode-se agora passar à análise de cada um dos elementos nele concisamente evocados.

2. A definição de norma jurídica em Hans Kelsen

Para entender de que modo está concatenada cada uma das normas jurídicas na teoria pura do direito, é necessário esclarecer inicialmente o que entende Hans Kelsen quando fala de "norma jurídica". Ele a define assim: "Ao falar de 'norma' se quer dizer que alguma coisa deve ser ou aconte-

4. Na impossibilidade de tratar aqui o problema do direito internacional no sistema kelseniano, remeto a dois textos: Hans Kelsen, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Hachette, Paris, 1927, pp. 231-331 (Académie de droit international, Recueil des Cours, 1926, IV, Tome 14 de la Collection); Hans Kelsen – Umberto Campagnolo, *Diritto internazionale e Stato sovrano*. Com um texto inédito de Hans Kelsen e um ensaio de Norberto Bobbio, Giuffrè, Milano, 1999, XI-402 pp.

cer, em particular que um homem *deve* (*soll*) comportar-se de um certo modo.⁴⁵

Já na primeira definição de norma jurídica, surge assim o termo "dever ser" ou *Sollen*, pelo próprio Kelsen considerado indefinível. Visto que a norma jurídica é "o sentido específico de um ato intencionalmente dirigido ao comportamento de outrem"⁴⁶, deduz-se que esse ato humano de vontade tem como "sentido" um "dever ser", um *Sollen*. A formulação kelseniana não explica o que significam precisamente as palavras "um ato tem como sentido um dever ser", porque provavelmente ele entende a expressão "sentido de um ato" na acepção geralmente vaga presente também na linguagem ordinária⁴⁷.

Para ter uma confirmação dessa conjectura, pense-se no cuidado com que Hans Kelsen explica como, no mesmo contexto, seu uso do termo "dever ser" se afasta da linguagem comum: em sentido filosófico, de fato, existia um *Sollen* não somente quando existe uma prescrição, mas também quando existe uma autorização e uma permissão: estas últimas das expressões estão formuladas em alemão, não mediante o verbo *sollen*, mas, respectivamente, mediante *können* e *dürfen*.

Seria, portanto, inútil buscar no texto kelseniano uma rigorosa definição da expressão "ato que tem como sentido um dever ser". É preciso contentar-se em constatar que essa assertiva serve para fundar outra: se o dever ser é o sentido de um ato humano, entre o dever ser e esse ato existe uma relação como entre o todo e a parte, de forma que não é possível identificar o dever ser com o ato humano; em outros termos, não é possível identificar a norma jurídica com

5. Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 13.

6. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 14.

7. "Sentido" traduz o alemão *Sinn*. O caráter genérico desse termo está bem ilustrado por Niccolò Tommaseo: "Seja como for, o sentido da palavra compreende todas as idéias por ela suscitadas; o significado, as idéias principais e mais imediatas" (*Novo dizionario dei sinonimi della lingua italiana*, Gabriele Saraceno, Napoli, 1858, s.v. *Significato*, *Senso*, 4563).

a vontade de um certo sujeito. Ou seja, todo o edifício conceitual parece pré-constituído para afirmar a nítida separação entre o mundo jurídico regido pelo dever ser (mundo do qual faz parte a norma jurídica) e o mundo real regido pelo ser (mundo do qual faz parte o ato humano de vontade). Essa separação é o reflexo, na ciência jurídica, da dicotomia neokantiana entre ser e dever ser, entre *Sein* e *Sollen*.

Resta, porém, explicar, a essa altura, como se pode afirmar que, dados dois elementos inconciliáveis, um seja "o sentido" do outro. Dando-se conta da possibilidade dessa crítica, na segunda edição da *Teoria pura do direito*, Kelsen procurou demonstrar que ser e dever ser não se limitam a estar "lado a lado, sem nenhuma relação"⁴⁸, mas que têm, ao contrário, alguma relação. A meu juízo, porém, mais do que uma explicação, trata-se de uma paráfrase da mesma concepção do autor, formulada em termos mais específicos, mas igualmente não demonstrada. Por exemplo, para Kelsen, "o comportamento que é e o comportamento que é devido não são idênticos; porém, o comportamento devido é semelhante ao comportamento que é, salvo o fato (*modus*) de que um é, ao passo que o outro é devido"⁴⁹.

Essa, porém, não é uma explicação, mas apenas a reformulação do problema. De fato, a explicação deveria nos dizer não que os dois comportamentos são similares, mas sim, por exemplo, com base em quais elementos são similares. Nem tampouco é útil explicar que o termo "comportamento devido" tem dois significados: devido segundo a norma¹⁰ e efetivamente realizado em conformidade com a norma. Parece um caso específico de distinção entre comportamento potencial e comportamento atual: com isso, nada foi dito de específico sobre o dever ser, porque o próprio raciocínio kelseniano poderia proficuamente ser refe-

8. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 14 s.

9. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 15.

10. "É devido, ainda que não existente". Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 15.

rido a um comportamento pensado e a um comportamento efetivo.

Em conclusão, a definição kelseniana de norma jurídica consta de um termo por definição indefinível ("dever ser") e de uma genérica locução indefinida ("ter o sentido de"), a qual exprime de modo por si mesmo não claro, nem por Kelsen esclarecido, uma problemática relação de convergência entre dois elementos divergentes: ser e dever ser.

3. A norma jurídica como sentido objetivo e subjetivo de um dever ser

Essa não-definição da norma jurídica constitui a base para uma distinção também ela enunciada, mas não explicada: para que exista uma norma jurídica, afirma Kelsen, é necessário que o ato humano de vontade tenha não apenas subjetivamente, mas *também* objetivamente o sentido de um dever ser.

Não é difícil imaginar um ato humano que tenha apenas subjetivamente o sentido de um dever ser: é o caso da ordem do bandido para entregar-lhe o dinheiro. Um análogo pedido do funcionário do fisco apresentar-se-ia *também* com o caráter objetivo de dever ser. Por que? Porque o pedido do funcionário se fundamenta numa série de disposições legislativas, reconduzíveis à constituição vigente em um determinado Estado. Mas com isso o problema está somente deslocado: resta explicar por que se reconhece àque-la constituição a capacidade de atribuir o caráter objetivo de dever ser às normas jurídicas enanadas em conformidade com ela; em outros termos, resta explicar por que é necessário obedecer àquela constituição. A explicação de Hans Kelsen, mais uma vez, é uma reformulação do problema: "o ato constituinte tem sentido normativo não apenas subjetivamente, mas também objetivamente, porque se pressupõe que devemos nos comportar assim como prescreve o

constituinte"¹¹. Essa explicação parece remeter à psicologia, que como ciência do ser não deveria ser aduzida como prova numa ciência jurídica fundada tão-somente no dever ser.

O pressuposto último da validade de todo o ordenamento jurídico é a norma fundamental, a qual — como será visto melhor a seguir —, mesmo estando na origem do inteiro ordenamento jurídico, não se submete a suas regras.

Assim, o único elemento ainda claro da definição kelseniana de norma jurídica se ofusca com névoas metafísicas: de fato, todos somos capazes de explicar aproximadamente o que é um ato de vontade, mas não estamos mais muito seguros quando devemos explicar o que é um ato de vontade cujo sentido, tanto subjetivo quanto objetivo, seja um dever ser.

Por um lado, não se vê por que, para a existência de uma norma jurídica, é exigido um ato de vontade cujo sentido é *também* subjetivamente um dever ser. Pense-se no caso de um deputado de um partido que vota a favor de uma lei — por ele julgada injusta — apenas por causa da disciplina de partido, esperando, todavia, que a oposição está siga impedir sua aprovação: aqui, o elemento subjetivo está ausente, mas o dever ser se realiza objetivamente (e, diria, apenas objetivamente) por meio do mecanismo legislativo. O caso adquire maior relevância se, num governo de coalizão, imagina-se que um dos partidos da maioria deva votar a favor de uma lei malvista, para evitar uma crise governativa.

Não vale, aqui, evocar a máxima "mesmo forçado, quis": essa ficção jurídica indica que o ato apresenta exteriormente todos os requisitos de um ato de vontade, mas que a força de tal vontade está viciada. No nosso exemplo, é evidente que, do ponto de vista subjetivo, aquele determinado deputado não quer aquela lei; o procedimento legislativo, contudo, ignora esses seus problemas humanos e atribui valor objetivo à manifestação externa de vontade,

11. Kelsen, *La doctrina pura del diritto*, cit., p. 17.

fingindo que a esta corresponde uma efetiva vontade interna do indivíduo. Tecnicamente, não é possível fazer de outra forma, se não quisermos transformar as sessões parlamentares em sessões psicanalíticas.

O problema de atribuir um sentido objetivo ao sentido subjetivo de um ato de volição cria dificuldades também no que diz respeito a lacunas no ordenamento jurídico. Kelsen considera que, no direito positivo, existam lacunas apenas no caso em que o ato de vontade não tenha "sentido normativo": "Se o sentido é outro (por exemplo, *se se trata de lei na qual se enuncia uma teoria* ou se até mesmo não existe nenhum sentido, como quando a lei contém palavras sem sentido ou disposições inconciliáveis umas com as outras), não existe nenhum sentido subjetivo que se possa interpretar como sentido objetivo; [...] a saber, não existe um ato cujo sentido subjetivo seja suscetível de ser legitimado pela norma fundamental."¹²

O primeiro exemplo aduzido por Kelsen suscita não poucas dúvidas. Se se nega o "sentido normativo" (qual seja, o caráter de volição com relação a terceiros) das normas com as quais se enunciam teorias, dever-se-ia considerar não válida uma série de normas jurídicas que o próprio Hans Kelsen considera válida: por exemplo, muitas normas contidas nos textos constitucionais são declarações de princípios inspiradas por uma doutrina política.

Por outro lado, a teoria pura do direito não explica de que modo um dever ser torna-se o sentido objetivo de um ato de vontade. O recurso à norma fundamental não é uma explicação, mas a recusa de qualquer explicação: efetivamente, remetido de um grau a outro do ordenamento jurídico, o problema é cada vez mais afastado do núcleo central do direito positivo; antes, é levado às margens de tal ordenamento e, enfim, para fora dele, reunindo-o a uma norma que Hans Kelsen mesmo denomina não mais jurídica, mas fundamental. A essa altura, o postulado da pureza –

12. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 234.

segundo o qual a ciência jurídica deve ocupar-se apenas do direito positivo – tornaria não apenas possível como metodologicamente necessário *não* ocupar-se desse problema fundamental, mas não jurídico.

Pode-se agora completar o comentário à definição kelseniana de norma jurídica. Como foi visto, existe um termo indefinível ("dever ser"), uma locução indefinida ("ter o sentido de") e uma convergente divergência entre ser e dever ser, à qual se acrescenta agora um novo elemento: depois de ter especificado que o sentido do ato de vontade pode ser um dever ser tanto no sentido subjetivo quanto no sentido objetivo, e depois de ter declarado que juridicamente relevante é o ato de vontade que tem como sentido objetivo um dever ser, o "dever ser em sentido objetivo" é assumido naquele que Jhering chama o Céu dos conceitos jurídicos.

4. A norma jurídica e a proposição jurídica

O leitor da *Teoria pura do direito*, a essa altura, perguntar-se por que Hans Kelsen quis enfrentar os inextricáveis emaranhados da subjetividade e da objetividade do dever ser, que não permitem uma definição satisfatória da noção de norma jurídica, mas até mesmo geram novos e insólitos problemas, aqui analisados nas páginas sobre o dever ser. Na realidade, a teoria kelseniana da norma jurídica não é em si clara, mas permite a seu autor introduzir já entre os elementos de base do ordenamento jurídico uma distinção que permeia toda a teoria pura do direito e que constitui a razão mesma de sua existência: a distinção entre direito positivo e ciência do direito, como aspecto da mais geral distinção entre mundo do dever ser e mundo do ser.

Partindo dessa posição dualista, Kelsen esclarece o caráter inadequado do uso sinônimo dos termos "norma jurídica" (*Rechtsnorm*) e "proposição jurídica" (*Rechtssatz*). Antes de Kelsen, a doutrina alemã usava indistintamente um

e outro termo para designar seja a norma de direito positivo, seja a descrição de tal norma feita pelo jurista. O próprio Kelsen, em sua primeira obra de teoria pura, não sentiu a necessidade de distinguir esses dois tipos de proposições e intitulou o volume *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*. Hoje, aquele *Rechtssatz* (ao pé da letra, "proposição jurídica") seria certamente substituído por um *Rechtsnorm* ("norma jurídica"), porque em sua obra de 1911 Kelsen pretendia referir-se à norma de direito positivo, não à descrição dela realizada pelo jurista. A ambigüidade retorna, todavia, com os jusliberistas, que usam *Rechtssatz* para indicar tanto os princípios abstratos do direito quanto a norma jurídica¹³.

O contato com o ambiente jurídico dos Estados Unidos levou Kelsen a dar-se conta da necessidade de distinguir também terminologicamente esses dois conceitos, para sublinhar com a máxima clareza a distinção entre o plano descritivo da ciência e o plano normativo do direito positivo. Assim é que entra em cena o termo *rule of law*, que indica a descrição científica de uma norma jurídica¹⁴.

Com a *Reine Rechtslehre* de 1960, a distinção entre plano descritivo da ciência e plano prescriptivo do direito apa-

13. A ambigüidade de *Rechtssatz* se encontra no uso dos jusliberistas e, em particular, em Ehrlich: eles contrapõem o uso dos *principios* do direito ao uso da *norma* de direito positivo, mas exprimem tanto os princípios quanto a norma com o termo *Rechtssatz*. De fato, em alemão *Satz* significa também princípio: por exemplo, *der Satz vom zureichenden Grunde* é "o princípio da razão suficiente"; *der Satz des Euklid* é "o teorema de Euclides". Portanto, *Rechtssatz* pode indicar tanto o princípio jurídico quanto a norma jurídica: para uma correta compreensão é necessário confiar-se ao contexto. Sobre esse problema em Ehrlich, cf. *infra*, cap. IV, 9, notas 74 e 76.

14. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*. Traduzione di Anders Wedberg, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945, p. 45. Não sou capaz de dizer qual é o termo alemão contido no original (até o momento inédito) que serviu de base para essa tradução inglesa. A distinção entre os termos *Rechtsnorm*, *Rechtssatz*, *Sollnorm* e *Sollsatz* aparece com toda clareza na *Reine Rechtslehre* de 1960. Cf. a *Avvertenza terminologica*, prefácio à tradução italiana de *La dottrina pura del diritto*, cit. pp. XCVIII s., s. v. *Soll-Norm* e *Soll-Satz* (também em Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, cit., p. 221).

rece já consolidada: "A proposição jurídica, em particular, não é um imperativo: é um juízo, ou seja, uma assertiva concernente a um objeto que se propõe conhecer [...]. O jurista que descreve cientificamente o direito não se identifica com a autoridade jurídica que estatui a norma. A proposição jurídica permanece uma descrição objetiva, mas não se torna prescrição."¹⁵

Sobre os problemas da descritividade e da prescriptividade retornarei em seguida. Concluindo o exame da teoria kelseniana da norma jurídica, alcançamos uma clara visão da contraposição entre ser e dever ser, bem como entre descrição e prescrição, no nível dos elementos constituintes do ordenamento jurídico, ou seja, das normas jurídicas, enquanto distintas das proposições jurídicas. Do sistema das proposições já nos ocupamos ao tratar do sistema externo do direito¹⁶. Ao invés, parece que dos textos kelsenianos não se consegue extrair uma definição satisfatória de norma jurídica.

Deveria, assim, ser provado que o enfrentamento direito do problema da norma jurídica em Kelsen não leva muito longe. Na tentativa de esclarecer sua teoria do sistema jurídico interno, pode-se chegar, talvez, a algum resultado mais encorajante examinando não tanto a norma jurídica em si, quanto a relação entre cada uma das normas. Por isso, nas próximas páginas, será tratado o problema da norma fundamental (da qual derivam todas as normas de um ordenamento jurídico) e o problema do dever ser (que constitui o elemento unificador do ordenamento jurídico inteiro).

5. Critérios para uma análise da norma fundamental

Com a norma fundamental se enfrenta o ponto central, mas também o mais discutível e discutido da teoria

15. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 98.

16. Cf. *supra*, cap. I e, mais extensamente, vol. 1, cap. VIII, já em Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, cit., pp. 113-209.