

GABRIEL NOGUEIRA DIAS

POSITIVISMO  
JURÍDICO E A TEORIA  
GERAL DO DIREITO

Na obra de Hans Kelsen

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

na obra de Hans Kelsen

GABRIEL NOGUEIRA DIAS

Obra publicada primeiramente na Alemanha com o título *Rechtsphilosophie und Rechtslehre*, pela Editora Mohr: Paul Siebeck.

© desta edição [2010]

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

ANTONIO BELINELLO

*Diretor responsável*

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

**221**

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail/ de atendimento ao consumidor: [sac@rt.com.br](mailto:sac@rt.com.br)  
Visite nosso site: [www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)

Impresso no Brasil [08 - 2010]

Universitário (complementar)

Fechamento desta edição [27.07.2010]



ISBN 978-85-203-3709-7

*Dedicado aos meus pais, irmãos e  
à minha Lucia querida, sempre.*

## II. O instrumentalário para a apreensão das normas jurídicas: a proposição normativa descritiva

Na obra de Kelsen praticamente o mesmo desenvolvimento que acabamos de observar na sua concepção de unidade<sup>20</sup> pode ser verificado na sua teoria da proposição normativa. Aqui também ocorre uma evidente evolução teórica de uma descrição “*corretora*” para uma *descrição pura* das normas jurídicas pela ciência do direito.

Para demonstrar esse movimento, adota-se a seguir uma descrição em etapas. Em primeiro lugar, serão apresentadas as diferentes formulações de proposição normativa desenvolvidas por Kelsen para a *descrição* das normas jurídicas *prescritivas*. Disso podem ser extraídos – de acordo com a fase da sua teoria geral do direito – basicamente três diferentes “blocos de proposições jurídicas” no que tange à linguagem: a *proposição normativa em sentido amplo e estrito*, a *proposição normativa primária e secundária* e finalmente a *proposição normativa de validade*. Em segundo lugar, o significado dessas construções linguísticas será então cotado a fim de se verificar como Kelsen elabora, com sucesso crescente, uma forma de expressão descritiva da norma jurídica que satisfaz inteiramente suas elevadas exigências juspositivistas.

### 1. AS DIFERENTES FORMULAÇÕES DA PROPOSIÇÃO NORMATIVA ENTRE 1911 E 1973 (1979)

#### a) A obra inicial de Kelsen: *proposição normativa em sentido amplo e estrito*

Ao rejeitar a teoria da imperatividade<sup>21</sup> Kelsen apresenta já em sua obra inicial uma “teoria da proposição normativa” elaborada em detalhe. Ao contrário da concepção defendida pela tradição imperativista, a “proposição normativa”<sup>22</sup> deveria sempre poder ser formulada como *juízo hipotético*, de modo que, segundo Kelsen,

20. Cf. p. 325.

21. Cf. p. 175 nota de rodapé 25.

22. Como já observado, a diferenciação entre “*proposição normativa*” e “*norma jurídica*” na obra inicial de Kelsen não é fácil de perceber textualmente já que ele utiliza ambas as expressões como sinônimos. Por razões expositivas essa questão será deixada de lado na sequência; isso não deverá causar empecilhos, pois é certo que Kelsen se esforça desde o início para desenvolver na ciência do direito uma forma de expressão específica para a descrição do direito. Mais tarde Kelsen chamará essa expressão especificamente jurídico-científica de “*proposição normativa*” para diferenciá-la do objeto da descrição, as “*normas jurídicas*”.

toda proposição normativa – ao invés de formulá-la como um comando incondicional dirigido a uma pessoa – deveria em princípio ser representada como segue:

#### 1. Obra inicial: *juízo hipotético* geral:

Se a, (então) O *deve fazer* x

Ou seja: se ocorrer um determinado evento (a), o órgão (O), i.e. em última instância o Estado,<sup>23</sup> *deve* agir de determinada maneira (x), ou seja, tomar alguma medida.

Contudo, apesar do seu ponto de partida correto, o juízo hipotético geral tal qual formulado inicialmente por Kelsen ainda não corresponde à teoria da proposição normativa da primeira fase da teoria geral do direito, a qual é tratada principalmente na sua obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911). Esta pode ser dividida em dois componentes distintos. Primeiramente surge na obra de Kelsen a assim chamada *proposição normativa em sentido amplo*:<sup>24</sup>

#### 1.1 *proposição normativa em sentido amplo*:

Se b, (então) O *deve* tomar a medida y

Ou seja: se ocorrer um determinado evento (b), o órgão (O), i.e. em última instância o Estado, *deve* agir de determinada maneira (y), ou seja, tomar alguma medida.

Esse modelo de proposição normativa, que à primeira vista não difere formalmente do juízo hipotético geral apontado acima, apresenta particularidades em três aspectos. *Primeiro*: o pressuposto (b), cuja ocorrência provoca um *dever-ser* do Estado, ou melhor, a *ativação da vontade* do Estado,<sup>25</sup> não causa de forma alguma o surgimento indireto de uma obrigação jurídica para terceiros. Na *proposição normativa em sentido amplo* trata-se exclusivamente de uma norma que tem por objeto o comportamento do Estado. Exemplificando, da proposição normativa “*se for realizada uma eleição* (b), o Estado deve anunciar o resultado da mesma em uma semana” não resulta obrigação de votar para os cidadãos, e da proposição normativa “*se nevar* (b), o Estado deve espalhar areia sobre todas as calçadas” obviamente não é possível deduzir a obrigação de provocar uma queda de neve, e etc. *Segundo*: em relação estreita com o primeiro ponto deve-se salientar que a ação exigida do Estado nas “proposições jurídicas em sentido amplo” é sempre algo diverso de

23. Essa reciprocidade conceitual entre “Estado” e “órgão” na obra de Kelsen fundamenta-se na sua teoria da imputação (na obra inicial), da imputação central ou – mais tarde ainda – na simples atribuição (na fase clássica).

24. De modo geral cf. p. 175 e ss.

25. Cf. p. 168 e ss.

uma sanção ou execução (e.g.: construir pontes, pagar aposentadorias, nomear funcionários públicos etc.). Terceiro: como Kelsen, no início de sua obra, considera o direito exclusivamente do ponto de vista estático, ele apreende o ordenamento jurídico apenas como agregado de obrigações jurídicas,<sup>26</sup> o que por sua vez implica que se deveria substituir o “deve” nesses juízos hipotéticos pela expressão “está obrigado”.<sup>27</sup>

Em complementação a essa *proposição normativa* “em sentido amplo” Kelsen propõe outra em *sentido estrito*,<sup>28</sup> cuja formulação é a seguinte:

### 1.2 *proposição normativa em sentido estrito*:

Se c, (então) O deve infringir s a I

Ou seja: se for constatado um determinado comportamento (c), o órgão (O), i.e. em última instância o Estado, deve infringir uma pena ou execução (s) a um determinado indivíduo (I) – um sujeito de direito ou um *súbdito*.<sup>29</sup>

Apoiando-se claramente na formulação da *proposição normativa em sentido amplo*, neste momento Kelsen também compreende o “dever” como “ser obrigado a”, e desloca para o primeiro plano da sua formulação da *proposição normativa* o Estado, vale dizer, o órgão jurídico como destinatário primário da norma. Diferentemente da primeira construção da *proposição normativa*, a ação do Estado descrita na *proposição normativa em sentido estrito* surge, porém, sempre como *pena* ou como *execução*<sup>30</sup> contra um determinado indivíduo. Com isso Kelsen prepara o terreno para a observação suplementar de que, nessa constelação de fatos, não se deveria extrair da *proposição normativa* apenas o conhecimento da obrigação jurídica do Estado de apenar ou executar, mas também o conhecimento da obrigação jurídica dos outros sujeitos de realizar o comportamento que estaria em contradição com o que foi caracterizado na *proposição normativa* como pressuposto da consequência da infração e cuja ocorrência evitaria a consequência da infração<sup>31</sup> (¬ c, ~ c ou simplesmente não c).

Concebida segundo o modo da *proposição normativa*, essa obrigação jurídica surgida indiretamente teria então a seguinte conformação:

26. Cf. p. 162 e ss.
27. Na sua obra inicial, Kelsen iguala esse “ser-obrigado” com o “querer” do Estado, ou seja, o Estado só quer aquilo que ele deve fazer, i.e. ele só deve fazer aquilo que ele quer.
28. De forma geral ver p. 175 e ss.
29. Cf. p. 168 e ss.
30. Ambos caem sob o conceito geral de “sanção”. Cf. p. 186, nota de rodapé 52.
31. Kelsen, HPI (1911), p. 251.

### 1.2.1 *Subproduto da proposição normativa em sentido estrito*:

X deve ¬c

Ou seja: o indivíduo (X)<sup>32</sup> é obrigado a se comportar da seguinte forma (c), i.e. a escolher o comportamento que evita a imposição da sanção estatal.

Esclarecendo através de um exemplo concreto: da *proposição normativa em sentido estrito* “Se X matar outra pessoa, o Estado deve impor uma sanção (s) contra X” é possível derivar indiretamente a obrigação jurídica: “não se deve matar”.

### b) *A fase clássica: proposição normativa primária e secundária*

Com o início da fase clássica, essa primeira teoria da *proposição normativa* passa por remodelações importantes, embora seu fio condutor teórico, ou seja, o juízo hipotético formulado deonticamente, seja mantido na sua essência. Nesse período, Kelsen abandona a distinção entre *proposições jurídicas em sentido amplo e estrito* e introduz na sua teoria geral do direito a dicotomia entre “*proposições jurídicas primárias e secundárias*”.<sup>33</sup> Com a ajuda desta última, Kelsen pretende apreender com exatidão o elemento essencial de todo ordenamento jurídico, ou seja, seu caráter coercitivo,<sup>34</sup> sem perder de vista, contudo, o caráter dinâmico do

32. Aqui se utiliza o símbolo (X) e não novamente o símbolo (I) porque já nos *Hauptprobleme* (1911) Kelsen não ignora de modo algum a possibilidade de responsabilidade pelo comportamento de um terceiro.
33. De modo geral, sobre essa distinção em Kelsen ver p. 185, nota de rodapé 50.
34. Durante a fase clássica, Kelsen expressa várias vezes sua opinião de que em toda *proposição normativa* o momento de coerção do direito deveria ser reconhecível. Em 1925 ele escreve, por exemplo: “Die Rechtsordnung ist ein System von Rechtsnormen (...). Jede Rechtsnorm muß die Natur des ganzen Rechts zum Ausdruck bringen, um Rechtsnorm zu sein. Ist aber das Recht eine Zwangsordnung, dann ist jede Rechtsnorm eine Zwangsordnung. Ihr Wesen drückt sich demnach in einem Satze aus, in dem an eine bestimmte Bedingung der Zwangssatz die Folge geknüpft ist” (o ordenamento jurídico é um sistema de normas jurídicas [...]. Toda norma jurídica tem que expressar a natureza de todo o direito para ser norma jurídica. Mas, se o direito é um ordenamento coercitivo, então toda norma jurídica é uma norma que ordena coerção. Por conseguinte, sua essência se expressa numa *proposição na qual o ato de coerção está ligado como consequência a uma determinada condição*) (Kelsen, ASL [1925], p. 47 [álíneas meus: GND]). Nos anos 40 Kelsen reforça essa opinião no âmbito de uma discussão sobre a visão dinâmica do direito: “According to this conception [a visão dinâmica do direito: GND], law is anything that has come about in the way the constitution prescribes for the creation. This dynamic concept differs from the concept of law [visão estática do direito: GND] defined as a coercive norm. According to the dynamic concept, law is something created by a certain process, and everything created in this way is law. This dynamic concept, however, is only apparently a concept of law. It contains no answer to the question of what is the essence of law, what is the criterion by which law can be distinguished from other social norms. This dynamic concept furnishes an answer only to the question whether or not and why a certain norm belongs to a system of valid legal norms. And the answer is, a norm belongs to a certain legal order if it is created in accordance with a procedure prescribed by the constitution

direito.<sup>35</sup> Assim, durante as mais de quatro décadas de sua fase clássica, Kelsen atribui a “proposição normativa primária” lugar de destaque, representando-a da seguinte forma:

## 2. Fase clássica: *proposição normativa primária*:

Se d, (então) O *deve* infringir s a I

Ou seja: Se ocorrer o comportamento (d),<sup>36</sup> o órgão (O), i. e. em última instância o Estado, *deve* infringir a sanção (s) ao indivíduo (I), ou seja, o sujeito de direito.

Observando-se o caráter do *dever-ser* com mais atenção, é possível fazer a seguinte constatação a respeito da *proposição normativa primária*: se nos seus primeiros escritos Kelsen uniu o “dever” ao significado de “estar obrigado”, doravante ele o traduz, no âmbito da sua abordagem do direito realizada de forma tanto *estática* quanto *dinâmica*, pelo sentido de “*estar autorizado*”<sup>37</sup> (*ist ermächtigt*).

*fundamental to this legal order*” (Kelsen, GTLS [1945], p. 122 [Itálicos meus: GND]), e quase idêntico em *idem*, *The Law as a Specific Social Technique*, em: UCLR 9 [1941], p. 87 e ss.). Em 1960 Kelsen confere ao seu *petitum* contornos ainda mais nítidos e une o elemento de coerção à norma fundamental: “Um objektiv als Rechtsnorm gedeutet zu werden, muß eine Norm der subjektive Sinn eines Aktes sein, der in diesem – dem grundnormgemäßen – Verfahren gesetzt ist, und muß einen Zwangsakt statuieren oder mit einer solchen Norm in wesentlicher Verbindung stehen. Mit der Grundnorm wird somit die in ihr enthaltenen *Definition des Rechts als Zwangsnorm vorausgesetzt*” (para ser interpretada objetivamente como norma jurídica uma norma tem de ser o sentido subjetivo de um ato estatuido por esse processo conforme à norma fundamental e tem de estatuir um ato de coerção ou estar em ligação essencial com uma norma desse tipo. *Com a norma fundamental pressupõe-se portanto a definição nela contida do direito como norma coercitiva*) (Kelsen, RR<sup>2</sup> [1960], p. 51 [Itálicos meus: GND]). Para a justificativa da existência de normas que desde o princípio não comportam sanção, Kelsen desenvolve a distinção entre normas *autônomas* e *dependentes*. Cf. Kelsen, RR<sup>2</sup> (1960), p. 51 e ss. Para uma crítica clássica a essa distinção de Kelsen ver (principalmente) Hart, *The Concept of Law*, p. 35 e ss., e (resumidamente) 79-80.

35. A proposição normativa primária deve unir, portanto, os elementos mais importantes de uma visão tanto *estática* quanto *dinâmica* do direito. Na sua formulação encontra-se uma censura ao elemento estático da *sanção* quando se diz: se ocorrer um determinado evento, um determinado órgão deve infringir um ato *coercitivo* a um sujeito de direito. Mas também se alude ao caráter *dinâmico* do direito, visto que o órgão previsto para a imposição da sanção *produz* com seu ato uma nova norma. Seu *ato de aplicação do direito* é também um *ato de positividade do direito*, e esse “dever” da proposição normativa só pode ser visto como “*autorização*”. Sobre o “dever” como *autorização* ver nota de rodapé 37 abaixo.

36. Aqui também se poderia escrever (d) já que se escreveu (d) na proposição normativa secundária. Porém, se essa forma de escrita não foi escolhida aqui é para desenvolver – como fez Kelsen – a proposição normativa *secundária* a partir da *primária* e não o contrário.

37. Kelsen se manifesta com mais clareza nesse sentido na discussão de uma crítica de Alf Ross à sua teoria da obrigação jurídica, ao escrever: “Ross (...) wendet gegen die Reine Rechtslehre ein, daß ihre Bestimmung des Begriffs der Rechtspflicht zu einem endlosen Regreß führe.

Além das *proposições jurídicas primárias* Kelsen admite, como já mencionado, a possibilidade da existência de *proposições jurídicas secundárias*, mas devemos ressaltar que estas tiveram êxito apenas ao custo – na verdade desnecessário – de

Die Rechtspflicht zu einem bestimmten Verhalten werde durch eine Norm konstituiert, die ein Rechtsorgan verpflichtet, im Falle gegenseitigen Verhaltens mit einer Sanktion zu reagieren. Diese Pflicht des Organs könne aber wieder nur durch eine Norm konstituiert werden, die ein anderes Organ verpflichtet, im Falle das erste Organ seine Pflicht nicht erfüllt, mit einer Sanktion zu reagieren ‘and so interminately’. Aus dem im Text Ausgeführten geht aber hervor, daß die Rechtspflicht zu einem bestimmten Verhalten durch eine Norm konstituiert werden kann, die ein Rechtsorgan nur ermächtigt, nicht verpflichtet, im Falle gegenseitigen Verhaltens mit einer Sanktion zu reagieren; und daß, wenn das Organ verpflichtet wird, mit einer Sanktion zu reagieren, diese Pflicht letzten Endes nur durch eine Norm konstituiert werden kann, die ein anderes Organ ermächtigt, nicht verpflichtet, mit einer Sanktion zu reagieren. Auch diese Norm wird mit einem Rechsatz beschrieben, der aussagt, daß unter einer bestimmten Bedingung ein Zwangsakt erfolgen soll, da ‘sollen’ nicht nur gebieten, sondern auch ‘ermächtigen’ und ‘positiv erlauben’ bedeutet, und der Begriff der Pflicht nicht mit dem Begriff des Sollens identisch ist” (Ross l. ...] objeto a Teoria Pura do Direito que a sua determinação do conceito de obrigação jurídica levaria a um regresso infinito. A obrigação jurídica de adotar determinado comportamento seria constituída por uma norma que obriga um órgão jurídico a reagir com uma sanção no caso de um comportamento contrário. Mas essa obrigação do órgão só poderia ser constituída por uma norma que obrigasse outro órgão a reagir com uma sanção caso o primeiro não cumprisse sua obrigação. “and so interminately”. Contudo, do que está exposto no texto resulta que a obrigação jurídica de adotar um determinado comportamento pode ser constituída por uma norma que apenas autoriza um órgão jurídico, e não o obriga, a reagir com uma sanção no caso de um comportamento contrário; resulta ainda que, *quando o órgão é obrigado a reagir com uma sanção, essa obrigação só pode ser constituída em última instância por uma norma que autoriza outro órgão*, e não o obriga, a reagir com uma sanção. Essa norma também é descrita por uma proposição normativa que afirma que, sob determinadas condições, deve ocorrer um ato de coerção, pois “dever” significa não apenas “ordenar”, mas também “autorizar” e “permitir positivamente”, e o conceito de obrigação não é idêntico ao conceito de *dever-ser*) (Kelsen, RR<sup>2</sup> [1960], p. 124 e ss., nota de rodapé \*\* [Itálicos meus: GND]). E já nos anos 30 Kelsen reconhece: “Es gab allerdings die Möglichkeit, den Begriff der Rechtspflicht – wenn schon nicht aufzulösen –, so doch auf den der Kompetenz zu basieren, jenen auf diesen zurückzuführen. Wenn man nämlich die Rechtspflicht eines Individuums zu einem bestimmten Verhalten immer nur dann als gegeben anerkennt, wenn im Fall des gegenseitigen Verhaltens ein anderes Individuum von der Rechtsordnung ermächtigt ist, gegen das erste eine Sanktion zu setzen, dann wenn man die Ermächtigung zur Setzung der Sanktion als ‘Kompetenz’ gelten läßt, dann beruht die Rechtspflicht des einen auf der Sanktions-Kompetenz des anderen” (Haveria de fato uma possibilidade de basear o conceito da obrigação jurídica no da competência de relacionar – mas não reduzir – este àquele. Quando se reconhece como dada a obrigação jurídica – mas não reduzir – este àquele. Quando se reconhece como dada a obrigação jurídica de um indivíduo de adotar um determinado comportamento, quando no caso do comportamento contrário um outro indivíduo é autorizado pelo ordenamento jurídico a infringir uma sanção ao primeiro e quando se qualifica a autorização para imposição da sanção como “competência”, então a obrigação jurídica de um se basearia na competência do outro para impor a sanção) (Kelsen, *Recht und Kompetenz*. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie George Scelles [em torno de 1939], em: *Ringhofer/Walter* [ed.], *Anseinandersetzung zur Reinen Rechtslehre*, p. 75).

acrescimos para representá-las.<sup>38</sup> Uma proposição normativa secundária é articulada linguisticamente por Kelsen da seguinte maneira:

## 2.1 proposição normativa secundária:

### I deve -nd

Ou seja: o sujeito de direito (I) não deve fazer algo (-nd).

Nesse contexto o “dever” – ao contrário da proposição normativa primária – não pode ter a conotação de “estar autorizado”. Ao invés disso, ele assume novamente o significado de “estar obrigado” e se aproxima com isso da formulação

38. Na primeira edição da *Teoria Pura do Direito* (1934) Kelsen apresenta esse ponto de vista de forma precisa: “Setzt man im Hinblick auf den Zweck der Rechtsordnung die Forderung voraus, daß die Menschen sich so verhalten sollen, daß sie den angedrohten Zwangsakt vermeiden, dann kann man die Rechtsordnung in eine Summe von Normen auflösen, in denen dieses – vom Rechte bezweckte – Verhalten als geboten erscheint; wie etwa: Man soll nicht stehlen, man soll ein empfangenes Darlehen zurückerstatten usw. Allein dabei muß man sich bewußt bleiben, daß damit die für den Rechtscharakter der Norm wesentliche Beziehung zum Zwangsakt unausgedrückt bleibt. Die Norm, die das Zwangsvermeidende – von der Rechtsnorm bezweckte – Verhalten statuiert, bedeutet daher nur unter der Voraussetzung eine Rechtsnorm, daß mit ihr – in einer der Bequemlichkeit der Darstellung wegen verkürzten Form – gesagt werden soll, was vollständig und korrekt nur der Rechtsatz aussagt: daß unter der Bedingung des gegenseitigen Verhaltens ein Zwangsakt als Folge einzutreten hat. Dies ist die Rechtsnorm in ihrer primären Gestalt” (Se pressupusermos com relação à finalidade do ordenamento jurídico a exigência de que os indivíduos devam se comportar de maneira a evitar o ato de coerção ameaçado, então pode-se reduzir o ordenamento jurídico a uma soma de normas nas quais esse comportamento almejado pelo direito aparece como ordenado, como por exemplo: não se deve roubar, deve-se restituir um empréstimo recebido etc. Porém, nessa situação deve-se estar consciente de que permanece oculta a relação com o ato de coerção, que é essencial para o caráter jurídico da norma. Por isso, a norma que estatui o comportamento que evita a coerção, almejado pelo ordenamento jurídico, tem o significado de norma jurídica apenas sob o pressuposto de que com ela se deve dizer – numa forma reduzida por comodidade da apresentação – o que somente a proposição normativa declara completa e corretamente: que um ato de coerção deve ocorrer como consequência da condição do comportamento contrário. Essa é a norma jurídica na sua forma primária) (Kelsen, RR [1934], p. 30) [Itálicos meus: GND], e duas páginas depois Kelsen formula isso com mais precisão ainda: “Auf die für das Recht spezifische Weise, nämlich durch Verknüpfung eines für sozial-schädlich gehaltenen Verhaltens der Menschen mit einem von ihnen als Übel angesehenen Zwangsakt, kann jeder beliebige soziale Zweck verfolgt werden. Nicht als Zweck, sondern als ein spezifisches Mittel ist das Recht charakterisiert, woraus deutlich zu ersehen ist, warum die früher formulierten sekundäre Rechtsnorm an sich und ohne Rücksicht auf den Rechtsbedingung mit der Rechtsfolge verknüpfenden Rechsatz kein Wesensausdruck des Rechtes sein kann” (qualquer fim social pode ser perseguido da forma específica para o direito, ou seja, por meio da ligação de um comportamento dos indivíduos tão como nocivo à sociedade a um ato de coerção visto por eles como um mal. O direito é caracterizado não como fim, mas como um meio específico, nisso se vê claramente por que a norma jurídica secundária formulada anteriormente em si mesma e sem levar em conta a proposição normativa que liga a condição jurídica à consequência jurídica não pode ser uma expressão essencial do direito) (*Ibid.*, p. 32) [Itálicos meus: GND]. Expressamente sobre isso cf. também Kelsen, GTLS (1945), p. 61-63.

mencionada acima do “subproduto” da “proposição normativa em sentido estrito” contida no compêndio *Hauptprobleme* de 1911.<sup>39</sup>

### c) A última fase: a proposição normativa de validade, não-deôntica e formulada no modo indicativo

Depois de 1962 Kelsen se ocupa mais uma vez com construção da proposição normativa e apresenta, especialmente no seu livro *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), um novo modelo de proposição normativa.

Embora não se possa ignorar que em muitos pontos Kelsen não se distancia do modo de proposição normativa do juízo hipotético segundo o modelo da sua proposição normativa primária clássica, e até confere maior importância teórica a esse tipo de proposição normativa, “da nur in dieser Formulierung eines hypothetischen Urteils das für die normativen Wissenschaften grundlegende Prinzip der Zurechnung zum Ausdruck kommt”<sup>40</sup> (pois somente nessa formulação do juízo hipotético se manifesta o princípio da imputação, fundamental para as ciências normativas), ele se concentra – sobretudo no capítulo sobre a “Expressão do ato de estabelecimento de normas: declaração sobre normas”<sup>41</sup> – num tipo totalmente diferente de proposição normativa.

Nessa parte do livro Kelsen apresenta a proposição normativa com auxílio da proposição normativa de validade não-deôntica,<sup>42</sup> i.e. formulada em termos lógicos apenas no indicativo, que se baseia simplesmente em dois componentes principais, a saber, por um lado, uma frase no indicativo que surge da ligação do pronome impessoal “es” com o verbo “gellen” (valer) conjugado no presente, e, por outro lado, uma norma pertencente ao ordenamento jurídico que é escrita após dois pontos – completa, mas entre parênteses<sup>43</sup> – ao lado da frase no indicativo.<sup>44</sup> A formulação sugerida por Kelsen apresenta-se composta da seguinte maneira:

39. Mais detalhes na p. 174 e ss.

40. Kelsen, ATN (1979), p. 150 (itálicos no original).

41. Kelsen, ATN (1979), p. 119-125.

42. Sobre o estatuto não-deôntico dessa proposição normativa ver Giustinini, Kelsen on Legal Knowledge and Scientific Interpretation, em: *Gianfrancesco* (ed.), *Cognition and Interpretation*, p. 110 e ss.; *idem*, Normativism or the Normative Theory of Legal Science, em: *Paulsson/Litichewski* (ed.), *Normativity and Norms*, p. 321 e ss.; *Paulsson*, Kelsen's Legal Theory: the Final Round, em: *OJLS* 122 (1992), p. 268 e ss.

43. A apresentação da norma válida entre parênteses e após os dois pontos deve evitar uma transferência da força prescritiva dessa norma ao conjunto da proposição normativa formulada apenas para descrição. Sobre isso Kelsen observa: “In den zwischen Auführungszeichen gesetzten Worten hat das Sollen eine vorschreibende Bedeutung. Aber das Setzen zwischen Auführungszeichen schließt eine vorschreibende Bedeutung von dem ganzen, die Norm zutierenden Satze aus” (nas palavras colocadas entre aspas o “dever” tem um significado prescritivo. Mas o colocar entre aspas exclui o significado prescritivo da totalidade da proposição que cita a norma) (Kelsen, ATN [1979], p. 125 e 130).

44. Cf. Kelsen, ATN (1979), p. 125 e 203 e ss.

### 3. Última fase: a proposição normativa de validade:

Es gilt: "N<sup>x</sup>"

Ou seja: uma determinada norma "X" (escrever a norma completa) vale.

## 2. O DESENVOLVIMENTO TEÓRICO DE Kelsen EM DIREÇÃO A UMA FORMULAÇÃO ADEQUADA DA PROPOSIÇÃO NORMATIVA

Se examinarmos sob uma ótica mais apurada o desenvolvimento linguístico da teoria da proposição normativa de Kelsen ora apresentado, i.e. os três diferentes momentos da formulação, identificaremos em sua peculiaridade e desenvolvimento contínuo um modelo evolutivo muito parecido com a temática da unidade.<sup>45</sup>

A "proposição normativa", que Kelsen compreende como forma linguística jurídico-científica específica à representação do conhecimento jurídico, ou seja, das normas do ordenamento jurídico,<sup>46</sup> possui quase o mesmo caráter tanto na fase inicial de sua obra quanto na fase clássica.<sup>47</sup> Isso significa que o jurista se ocupa da

45. Sobre a temática da unidade ver p. 325 e ss.

46. A formulação da proposição normativa é tão importante para Kelsen que já nos *Hauptprobleme* (1911) ele equipara a questão "da forma linguística ideal da proposição normativa" à questão da "essência do direito objetivo" (Kelsen, HP<sup>I</sup> [1911], p. 237 [itálicos no original]).

47. Para simplificar, a formulação da proposição normativa na obra inicial de Kelsen será equiparada à da sua fase clássica. Mas as consideráveis diferenças entre esses dois períodos da obra de Kelsen não devem ser negligenciadas. Nos primórdios da sua obra Kelsen ainda não dispõe de um aparato epistemológico tão poderoso como observava na sua fase clássica, de modo que nessa época o "construir" do ordenamento jurídico se mostra em primeira linha como *processo de racionalização* em virtude do qual são reunidos componentes de diversas leis do ordenamento jurídico para forjar uma "norma ideal oriunda dessas partes" (Kelsen, HP<sup>I</sup> [1911], p. 238, nota de rodapé I [itálicos meus: GND]), que apresente com maior clareza todos os elementos característicos do direito objetivo (neste ponto, para Kelsen é "essencial" enfatizar o caráter de obrigação: "Das Wesen der Rechtsordnung besteht in ihrer *Verpflichtung*. Rechrsatz kann nur ein verpflichtender Satz sein" – "A essência do ordenamento jurídico consiste na *faculdade de obrigar*. A proposição normativa só pode ser uma proposição que obriga" – Kelsen, HP<sup>I</sup> [1911], p. 238, nota de rodapé I [itálicos no original]). Na fase clássica de Kelsen sua noção de conhecimento ganha considerável complexidade. O ponto de partida empírico do seu trabalho epistemológico – no sentido da filosofia transcendental de Kant – é visto como "caos", ou seja, "um mero amontoado desregrado", e somente com o conhecimento do ordenamento jurídico pela ciência do direito, ou mais exatamente pela ciência do direito constituidora do objeto, o ordenamento jurídico se torna cognoscível pelo jurista e a vontade do legislador pode ser reconhecida como norma jurídica. Por conseguinte, não se trata simplesmente de uma racionalização de diversas leis que apresentam os conteúdos em relação de contradição ou apenas de superposição. Somente o conhecimento do ordenamento jurídico dá condições de olhar para o ordenamento jurídico como um sistema constituído por normas jurídicas determinadas. A "lei", na fase clássica, só pode ser "vista" após o conhecimento jurídico-científico. Trata-se de certa forma de um "conhecer retrospectivo" no qual se descrevem

matéria jurídica e a apresenta – seja com ajuda das proposições jurídicas em sentido amplo e estrito, seja com auxílio das proposições jurídicas primárias e secundárias – como um ordenamento jurídico reconhecido e portanto – no sentido do empenho de Kelsen pela unidade discutido há pouco<sup>48</sup> – perfeito em si mesmo ou tornado perfeito na medida do necessário por meio de interpolação corretiva posterior.

Neste ponto, a rota epistemológica de Kelsen voltada à supressão das contradições tanto no direito quanto na ciência do direito se deixa reconhecer pelo fato de que não apenas ele se mostra empenhado em apresentar um ordenamento jurídico não-contraditório, vale dizer, dotado de sentido, mas também abandona sem esclarecimentos os componentes do ordenamento jurídico desnecessários para a construção da proposição normativa. Para preparar a estrutura da proposição normativa, basta que Kelsen volte sua atenção para os quatro componentes centrais, quais sejam: 1) a hipótese normativa, i.e. o comportamento que provoca a aplicação da sanção; 2) o destinatário do direito, i.e. o órgão que inflige a sanção; 3) a sanção como elemento de retribuição de todo ordenamento jurídico; 4) o sujeito submetido ao direito, i.e. o sujeito de direito ou o súdito que sofre o ato coercitivo.

Em contrapartida, os elementos da matéria jurídica que não contribuem nem direta nem indiretamente para a formulação do juízo hipotético (por exemplo, o preâmbulo de uma lei, as intenções programáticas do legislador etc.) poderiam ser – do ponto de vista de uma delimitação e representação do ordenamento jurídico – simplesmente ignorados.

Entretanto, no último período de sua produção Kelsen age de modo completamente diferente. Aqui sua atenção se volta ao desenvolvimento de uma proposição normativa que sirva exclusivamente a uma constatação jurídico-científica da validade. Ao substituir a fórmula do juízo pela proposição no indicativo "es gilt: N<sup>x</sup>", ele anula qualquer possibilidade de ataque jurídico-científico contra os eventuais "deletos" das normas do ordenamento jurídico e obriga o conhecimento jurídico a incluir na estrutura da proposição normativa componentes anteriormente indesejados. A principal tarefa da ciência do direito não é mais a representação da totalidade do ordenamento jurídico como um sistema coerente de uma multiplici-

primeiramente as proposições jurídicas primárias para então poder conhecer as normas do ordenamento jurídico. Sem levar em conta essa orientação epistemológica (neo)kantiana tão característica da fase clássica de Kelsen é quase impossível compreender os contornos de sua obra no período entre aproximadamente 1920 e 1961, e não é de se admirar que "o Kelsen clássico" se oponha incansavelmente às interpretações do seu trabalho que tentam compreender sua ciência do direito constituidora do objeto como mera *rationalization* do ordenamento jurídico. Cf. *Goldring*, Kelsen and the Concept of "Legal System", em: *AKSP and Norms*, p. 69 e ss.

48. Cf. p. 325 e ss.

dade de normas jurídicas individuais; sua tarefa principal está doravante atrelada à constatação tão singela quanto formal da validade das normas jurídicas.<sup>49</sup>

Neste contexto é evidente que somente a última formulação de proposição normativa de Kelsen satisfaz totalmente seu projeto juspositivista. As proposições jurídicas no modo de um juízo hipotético, que dominaram seu trabalho por mais de 50 anos, obscurecem – assim como sua concepção *epistemológica* da unidade – o olhar sobre os princípios fundamentais “todo direito é positivo e exclusivamente direito positivo, *secundum non datur*” e “a *tese da pureza* fornece *objetividade* e autonomia à ciência do direito”, porquanto contém um aspecto epistemológico *corretivo*.

Em contrapartida, com a *proposição normativa no modo indicativo* a teoria geral do direito de Kelsen alcança a grandeza adequada para simplesmente descrever seu objeto, sem interferências corretivas e com toda a exatidão possível, pelo menos no que tange à questão da constatação da validade. Doravante todo fenômeno jurídico pode e deve ser *descrito* de maneira *pura*.

49. Nessa formulação Kelsen pode (d)escrever sem problemas “N<sub>1</sub> vale” e ao mesmo tempo “N<sub>2</sub> vale” mesmo quando N<sub>1</sub> e N<sub>2</sub> são contraditórias. Ele só precisa constatar se essas duas normas foram postas segundo uma norma de autorização pertencente a esse ordenamento jurídico. Com isso Kelsen resolve um segundo grande problema da sua fase clássica, o encaixe da sua teoria da interpretação com a sua teoria da proposição normativa. Na fase clássica Kelsen sempre insiste no fato de que não haveria uma teoria científica da interpretação (durante toda sua obra a concepção de interpretação de Kelsen permanece de modo geral imutável e seus escritos sobre esse assunto seguem uma linha argumentativa praticamente idêntica; cf. Kelsen, Zur Theorie der Interpretation [1934], em: WRS, p. 1363 e ss.; *idem*, RR<sup>1</sup> [1934], p. 90 e ss.; *idem*, RR<sup>2</sup> [1960], p. 346 e ss.). Por outro lado, ele discorre o tempo todo sobre as proposições jurídicas por meio de juízos hipotéticos – uma discrepância teórica criticada, sobretudo, por Guastini (Guastini, Kelsen on Legal Knowledge and Scientific Interpretation, em: *Gianformaggio* (ed.), *Cognition and Interpretation*, p. 107 e ss., e *idem*, *Normativism or the Normative Theory of Legal Science*, em: *Paulson/Lischewski* (ed.), *Normativity and Norms*, p. 320 e ss.). Aqui pode-se deixar em suspenso por que Kelsen defende uma tal concepção de interpretação, se esta se coaduna com sua teoria clássica da proposição normativa na sua fase clássica (sobre esses dois primeiros pontos ver principalmente Paulson, *Legal Knowledge versus Legal Interpretation? On Kelsen's Philosophical Reconstruction and Its Limits*, em: *Gianformaggio* [ed.], *Cognition and Interpretation of Law*, p. 117 e ss.) e até mesmo se uma teoria juspositivista da interpretação é impossível (cf. principalmente *Jestaedt*, *Grundrechtentfaltung im Gesetz*, p. 262 e ss.; *idem*, *Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtslehre bei der Suche nach der juristischen Auslegungslhre*, em: *ZöR* 55 [2000], p. 133 e ss.). Salientemos apenas – não perdendo de vista o fato de que sua principal preocupação jurídico-científica está ligada à constatação da validade das normas – que na última fase do seu trabalho Kelsen desenvolve uma estratégia elucidativa na qual *proposições jurídicas no modo indicativo* o isentiam de discutir a questão do conteúdo da norma para qualificá-la como válida por meio da proposição normativa.

A investigação da concepção de normatividade em Hans Kelsen é seguramente um dos maiores desafios analíticos para aqueles que se propõem ao entendimento de sua obra. No fundo, trata-se de problema que Kelsen, não raramente, relaciona à validade das normas do ordenamento jurídico, na medida em que atribui ao conceito de validade o significado de obrigatoriedade para os sujeitos de direito. Contudo, mesmo nestas oportunidades, Kelsen não nos fornece uma fundamentação absolutamente compatível com seu projeto juspositivista e isto tanto na sua obra inicial quanto na fase clássica ou mesmo no período mais tardio de produção científica. Esse diagnóstico inicial nos leva a qualificar a questão da normatividade de *calcanhar de Aquiles* da teoria do direito de Kelsen. Por outro lado, se olharmos mais atentamente, há várias passagens na obra de Kelsen que apontam na direção contrária, pois contém indicadores da intenção de Kelsen de se distanciar do modelo integral da validade como obrigatoriedade.

Como o presente trabalho se impôs como meta examinar e expor a extensa edificação teórica de Kelsen na sua complexidade e estrutura, nas suas vantagens e desvantagens, não se trata na sequência nem de defender cegamente a solução apresentada por Kelsen nem de confrontá-la com uma suposta solução “correta”. No que tange à concepção de normatividade de Kelsen trata-se, muito mais, de tentar conciliar suas diversas facetas e, por conseguinte, apresentar as dificuldades e virtudes teóricas ligadas a elas, especialmente em relação aos – metodologicamente cogentes – princípios do projeto juspositivista kelseniano.

Para tanto, a discussão a seguir se divide em duas seções. A primeira é dedicada à assim chamada *tese forte da normatividade*<sup>1</sup> de Kelsen, ou seja, àquela in-

1. Por motivo de simplificação, o presente trabalho propõe uma diferenciação entre normatividade *forte* e *fraca* que corresponde *grasso modo* à diferenciação entre “*weak and strong reading of authority*” defendida mais recentemente sobretudo por Paulson (ao invés de vários autores, cf. especialmente Paulson, *The weak reading of authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law*, em: LPh 19 [2000], p. 131 e ss.). A *normatividade forte* indica a tese de Kelsen que expressa a validade de uma norma com a sua obrigatoriedade para os sujeitos de direito, i.e. os súditos. Portanto, com a validade da norma surge ao mesmo tempo sua obrigatoriedade para aqueles aos quais se dirige a sanção da norma. Não raramente, esse conceito de validade é caracterizado pelos teóricos do direito como *normative validity* (cf. *Bulygin*, *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, em: *Paulson/Lischewski* (ed.), *Normativity and Norms*, p. 312 e ss.). Com a *normatividade fraca* essa imagem da normatividade sofre uma grande transformação, pois, segundo essa concepção a figura do destinatário do direito, i.e. do órgão jurídico, é colocada no primeiro plano da descrição jurídico-científica e todo debate sobre a obrigatoriedade do direito para os sujeitos de direito no âmbito de uma ciência do direito pura é inten-