

ADRIAN SGARBI

O MUNDO DE KELSEN

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

PREFÁCIO – RICCARDO GUASTINI.....	9
INTRODUÇÃO	11

Capítulo 1

TEORIA PURA DO DIREITO	21
1. Palavras iniciais.....	21
2. O que é a teoria pura do direito?	21
3. Ciência do direito e ciência da natureza.....	22
4. A delimitação do objeto: normas em geral e as normas jurídicas.....	24
4.1. O direito como técnica social específica	24
4.2. Coercitiva	25
4.3. Diversa da ordem natural	26
5. Fundamentação estática e dinâmica.....	28
6. Constituição, determinação de normas e o assaltante de estradas	29
7. A origem da teoria escalonada	30
8. Norma fundamental.....	31
9. Kelsen se apoia em Kant	34
10. Eficácia global da ordem jurídica e revolução.....	37
11. Justiça no tribunal da ciência	38
12. Ciência jurídica	39
13. Conclusões	41

Capítulo 2

KELSEN E O PROBLEMA DA DIVISÃO ENTRE DIREITO

PÚBLICO E DIREITO PRIVADO	43
1. Palavras iniciais.....	43
2. As teorias tradicionais	44
2.1. O critério do maior interesse	45
2.2. O critério da superioridade	46
2.3. Teoria do direito cogente e não-cogente	47
3. A questão política envolvida.....	47
4. Os particulares como criadores de normas.....	49
5. A “razão de Estado”	51
6. Conclusões	53

Capítulo 3

KELSEN, A LIBERDADE E A ORDEM.....	55
1. Palavras iniciais	55
2. O direito contra as posturas anárquico-coletivas	55
3. Sociedade e natureza	59
3.1. Retribuição e causalidade.....	60
3.2. Kelsen encontra Freud.....	63
3.3. A vez da ciência	67
3.4. Nada de metafísica!	69
4. Liberdade pela ciência.....	73
5. Conclusões	75

Capítulo 4

KELSEN E A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	76
1. Palavras iniciais.....	76
2. O sentido da atividade interpretativa.....	78
3. Quadro geral.....	78
3.1. Os “sujeitos” da atividade interpretativa	78

3.2. “Função” interpretativa	79
3.3. O “objeto” da atividade interpretativa.....	80
4. A interpretação “não-autêntica” vista mais de perto.....	81
5. A interpretação “autêntica” vista mais de perto.....	82
5.1. “Criação jurídica” como processo de “determinação” do direito...	82
5.2. Indeterminação “intencional” e indeterminação “não intencional”..	84
6. Os métodos de interpretação	85
7. Interpretação em sentido “geral” e em sentido “específico”	86
8. Conclusões	86

Capítulo 5

O ESTADO COMO ORDEM NORMATIVA	89
1. Palavras iniciais.....	89
2. Sujeitos jurídicos.....	90
3. Pessoa jurídica física, pessoa jurídica coletiva e Estado.....	91
3.1. Pessoas físicas	92
3.2. Pessoas jurídicas.....	93
4. A teoria dos dois lados de Jellinek.....	95
5. O Estado na sociologia compreensiva de Weber	96
6. Uma teoria normativa para o Estado.....	101
7. Kelsen e os elementos do Estado	104
7.1. Funções do Estado e imputação	104
7.2. O ilícito do Estado.....	108
7.3. Território e organização territorial do Estado	109
7.4. Povo e nacionalidade.....	113
7.5. Soberania, validade e existência do Estado.....	114
8. Conclusões	117

Capítulo 6

A FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	119
1. Palavras iniciais.....	119

2. O conceito de Constituição em Kelsen	119
3. Supremacia da Constituição em Kelsen	120
4. Descontinuidade constitucional com continuidade legal?	122
5. Hans Kelsen contra Carl Schmitt	123
6. Conclusões	126

Capítulo 7

O PENSAMENTO POLÍTICO DE HANS KELSEN	127
1. Palavras iniciais	127
2. O direito e o tratamento dos valores	128
3. Democracia e heteronomia	128
4. Democracia como procedimento	131
5. Autocracia como dominação ideológica	134
6. Mais três acréscimos	135
7. Conclusões	136

Capítulo 8

CHOQUE DE MUNDOS: CARL SCHMITT CONTRA KELSEN	139
1. Palavras iniciais	139
2. O paraíso perdido de Schmitt	139
3. Schmitt em busca da quadratura do político	143
4. Amigo-inimigo e o conceito do político	145
5. Punição e recompensa	151
6. <i>Partner, hostis, inimicus</i>	152
7. A cegueira	153
8. Schmitt contra Kelsen	155
9. Conclusões	157
BIBLIOGRAFIA	159

PREFÁCIO

Ainda um livro sobre Kelsen? Bem, por que não?

É fato que a literatura sobre a teoria pura é vasta (embora, na verdade, muitos dos trabalhos que foram publicados sejam apenas artigos; já as monografias, como esta, são raras: na minha biblioteca há mais livros sobre Bob Dylan do que sobre Hans Kelsen). No entanto, mesmo que seja vasta a literatura, ela não é, e talvez não seja nunca, exaustiva.

Eis a razão: o trabalho de Kelsen é, ao mesmo tempo, interminável e multifacetado.

Interminável: já em 1966, Mario Losano, publicando a tradução italiana à segunda edição de *Reine Rechtslere* (1960), já somava 352 obras de Kelsen, sem contar com as inúmeras traduções. E Kelsen continuou a estudar e publicar até sua morte (1972): ou melhor, continuou a publicar mesmo além de sua morte, uma vez que a teoria geral das normas – um livro inacabado, mas fascinante de Kelsen – foi publicado, postumamente, em 1979.

Multifacetado: Kelsen escreveu não apenas sobre teoria geral do direito, mas também sobre direito constitucional (ele é o criador do modelo do controle concentrado de constitucionalidade), sobre direito internacional, filosofia política (sobre democracia, marxismo, socialismo) etc.

Em suma: você nunca deixa de estudá-lo. E além disso, há um Kelsen constitucionalista e um Kelsen internacionalista que está a merecer maior atenção dos estudiosos. Pessoalmente, não conheço muitos estudos específicos a respeito.

De fato, nos últimos cinquenta anos, a filosofia jurídica ocidental, com poucas exceções – entre elas, as preciosas obras de Alchourron e Bulygin – afastou-se dos ensinamentos de Kelsen (e da grande tradição da *analytical jurisprudence* de Austin) e perdeu-se ao longo das linhas dos caminhos tortuosos traçados primeiro por Hart, e, depois, por Dworkin. Isto, com êxito, mas desastrosos. Considere, para dar apenas alguns exemplos, as inúmeras tentativas de distinguir entre regras e princípios, a alternativa fútil entre o positivismo exclusivo e o positivismo inclu-

sivo, a literatura maçante sobre a normatividade do direito, a confusão sistemática entre normas e proposições normativas (isto é, entre direito e ciência do direito).

Aliás, este que agora prefacia, compartilha, da teoria pura, quase todos os seus fundamentos conceituais e todos os seus valiosos pressupostos: especialmente o positivismo jurídico, a grande divisão entre o ser e o dever-ser, o não-cognitivismo ético, o ideal da “pureza” não valorativa da ciência, o conceito e o ideal da democracia.

Claro, a teoria pura não está livre de problemas. O mais notório e conhecido, ao que me parece, é o da validade e da norma fundamental.

A equação entre validade, existência e obrigação é, assim o entendo, um erro conceitual: por um lado, porque identificar a validade e a obrigação – de modo que as normas válidas devam ser obedecidas – parece questionar a neutralidade axiológica da ciência jurídica (como Ross afirmou em um ensaio famoso sobre a validade e o conflito entre jusnaturalismo e juspositivismo); por outro, porque, identificando a validade e a existência, de modo que cada norma existente é, por consequência, válida, chega-se a resultados paradoxais, entre os quais a tese, muito criticada, da “cláusula alternativa tácita”.

Ademais, a norma fundamental, por seu turno, aparece como uma ideia intimamente contraditória: se a norma fundamental é um postulado da ciência jurídica, então não é uma norma; e, se é uma norma, não é uma norma jurídica positiva (é uma norma apenas pensada, uma ficção, como Kelsen admite nos últimos anos de sua vida).

Apesar de tudo isso, a teoria pura é a grande obra-prima da filosofia jurídica do século XX: seus comentadores e críticos não são mais do que anões sobre os ombros de um gigante. Às vezes (nem sempre) eles conseguem até enxergar mais longe, mas sem Kelsen eles simplesmente ficariam cegos.

Então: outro livro sobre Kelsen? Bem-vindo. Meu efusivo aplauso a Adrian Sgarbi por tê-lo escrito.

RICCARDO GUASTINI

Professor de Teoria do Direito da
Universidade de Gênova, Itália.

INTRODUÇÃO

Caro leitor,

Não sou bom de títulos; nunca fui. Aliás, para mim, isto é facilmente comprovável. Olhe bem para este: *O mundo de Kelsen*. É um título pretensioso. Demasiadamente pretensioso. Sobretudo por ter como centro de atenção um autor que durante toda a sua vida publicou dezenas de livros e centenas de artigos. Como cobrir tudo isso? De todo modo, decidi mantê-lo. Desculpe. Ficará assim mesmo.

* * *

Aliás, como não encontro outra maneira, permita-me, nesta introdução, começar com algumas advertências. Advertências que peço ao Leitor mais avisado que tenha paciência, pois alguns anos de trabalho com alunos de graduação e pós-graduação me levam a crer que é necessário afastar, desde já, lamentáveis equívocos. Faço isto através de algumas poucas notas. Para ser preciso, seis breves notas. Portanto, não vai demorar. Prometo.

Sigo com a primeira nota.

Ainda que Hans Kelsen seja muito conhecido como o autor do livro *Teoria Pura do Direito*, é importante saber que a teoria pura do direito não é apenas o nome de um livro, mas sim de um projeto seu; projeto cujo objetivo é o de elevar o conhecimento jurídico à posição de confiabilidade ocupada pelas ciências naturais.

No entanto, este objetivo de Kelsen algumas vezes é envolvido em muita confusão. Daí a importância desta segunda nota.

Basicamente, o projeto “teoria pura do direito” requer atenção ao fato de que a palavra “pura” se refere à “teoria”, e não ao “direito”. Porque o “direito”, bem sabe Kelsen, por ser composto de normas, traduz-se em cenário de disputa política e da afirmação de valores. Ou seja, o papel da ciência jurídica é diverso do da política. Enquanto a política trata da utilidade ou inutilidade de se produzirem

certas normas como regras de conduta, cabe à ciência jurídica descrever as normas que existem em determinada ordem jurídica. “Descrever” para que seja possível transmitir informações sobre o que elas, as normas jurídicas, estabelecem como comportamento devido aos seus destinatários.

Diz Kelsen:

“A despolitização que a teoria pura do direito exige se refere à ciência do direito não ao seu objeto, o direito. O direito não pode ser separado da política, pois é essencialmente um instrumento da política. Tanto sua criação como sua aplicação são funções políticas, é dizer, funções determinadas por juízos de valor. Porém, a ciência do direito pode e deve ser separada da política, se é que se pretende valer como ciência.”

Portanto, a teoria pura de Kelsen consiste em um método para se formular descrições das normas de ordens jurídicas. Como toda descrição, sua característica é a de transmitir informações a alguém sobre alguma coisa. Assim, se digo que N é uma norma jurídica de OJ, estou dizendo, apenas, que a ordem jurídica OJ possui uma norma N. Nada mais do que isso.

É claro que decorre, do parágrafo anterior, o fato de que, como aplicador, como cidadão e como observador, posso dizer que aprovo ou desaprovo o que os legisladores estabeleceram na norma N, e, mesmo, aplicar ou não aplicar, como juiz, N, tendo em vista esta minha avaliação pessoal. Contudo, ao fazer isso, eu não estarei “apenas” descrevendo N de OJ, mas sim “avaliando” N de OJ e pondo em prática as consequências desta minha avaliação; avaliação que pode, inclusive, influenciar outras pessoas a obedecer ou desobedecer N e, ao fim, levar à queda do regime político de OJ com atos coletivos de oposição. Tal aspecto foi considerado por Kelsen ao cuidar do tema da eficácia global da ordem jurídica e sua relação com o aspecto descritivo de sua teoria. Afinal, pouco sentido faz descrever uma ordem jurídica que não é operativa, que, enfim, não rege uma comunidade.

Das observações feitas até agora, destaquei o aspecto do projeto de Kelsen sob o viés do seu método. Mas como se pode perceber, existe um pano de fundo importante que completa os escritos de Kelsen: o aspecto político. Daí o início de minha terceira nota.

É possível dizer que as preocupações políticas de Kelsen estão divididas essencialmente em quatro temas: primeiro, a teoria da democracia; segundo, as instituições jurídicas e políticas fundamentais (incluindo reforma eleitoral, parlamentarismo, federalismo e controle da constitucionalidade); terceiro, a crítica a toda ideologia, direcionada em particular para as teorias da justiça e do direito natural; quarto, a crítica ao austro-marxismo. Em síntese, Kelsen, ao longo de suas obras de teoria política, assinala que na base normativa da democracia há apenas técnica: técnica de “racionalização das decisões”; técnica de consagração do princípio majoritário; de proteção das minorias; e de limitação temporal dos mandatos.

Como quarta nota, gostaria de observar que a teoria da produção escalonada das normas jurídicas não aparece desde o início da produção bibliográfica de Kelsen. De fato, em *Problemas Fundamentais do Direito Público* (ano de 1911), livro que, propriamente, inicia o projeto da teoria pura, não há referência a tal escalonamento. No quadro teórico de 1911 havia, apenas, uma “teoria plana” da disposição das normas jurídicas. Kelsen identificava o direito à lei sem maior tratamento. A totalidade do direito era pensada, tão-somente, como um conjunto de normas legislativas.

O salto para a teoria “escalonada” é devido a uma contribuição de um aluno de Kelsen: Adolf Julius Merkl. Aliás, Kelsen reconhece esta contribuição no prefácio da segunda edição de *Problemas Fundamentais...*, no ano de 1923. Nessa edição, Kelsen abandona sua teoria plana. A partir de então, elabora a distinção entre normas superiores e inferiores, formando uma “hierarquia de diferentes tipos de normas”. Este o trecho do referido prefácio:

“O mérito de ter concebido e exposto o ordenamento jurídico como um sistema genético de normas de direito que segue concretizando-se gradualmente desde a Constituição, passando pela lei e o decreto e demais fases intermediárias, até os atos jurídicos de execução, deve-se a Adolf Merkl.”

Como acenado, Adolf Merkl foi aluno de Kelsen. Como aluno escreveu, no ano de 1917, um texto intitulado *O Direito do Ponto de Vista de sua Aplicação* e outro nomeado *A Dupla Face do Direito*, no ano de 1918. O campo apreciado em ambos os textos é a análise da dinâmica jurídica em que se pode notar uma leve intuição, um “tatear” da concepção escalonada – muito embora tenha feito menção literal no primeiro texto da expressão “pirâmide” e “vértice da pirâmide” para descrever o encadeamento normativo. Mas foi apenas no ano de 1931, com o escrito *Prolegômenos de uma Teoria Escalonada do Direito*, que Merkl fincou com detalhes a sua especulação, sendo possível encontrar nesse artigo afirmações como a seguinte:

“Entre as normas jurídicas concatenadas não há apenas uma prioridade ou posteridade temporal, mas, em particular, também lógica. Enquanto uma norma não pode ser concebida sem uma outra que a preceda e deva, pois, a esta, sua validade, esta última pode ser considerada superior e aquela que dessa depende inferior (...). Dessa forma, vem definida como superior àquela norma jurídica sem a qual os resultados de determinados atos não poderiam ser reconhecidos como normas jurídicas existentes e, naturalmente, este grau de superioridade encontra-se fundado por esta mesma relação.”

Não obstante, a pirâmide de Merkl é invertida, se comparada à de Kelsen, pois, em sua base, encontra-se a Constituição; e, no alto, os atos decisórios, provimentos e negócios jurídicos:

“Se do plano das normas olhamos do alto para baixo, a vista se abre sobre aquela que é a base comum a tudo isto que é jurídico, a Constituição.

Todavia, para cima da escala do edifício advém um número variado de planos. Encontramo-nos no setor dos regulamentos, o qual, na sequência – segundo a hierarquia de autoridade – se apresenta um articulado de mais graus; e o edifício culmina em um grande número de decisões, provimentos, sentenças ou como se possam chamar esses fenômenos jurídicos individuais.”

Como quinta nota, digo que a “teoria da norma fundamental” não é uma construção totalmente original de Kelsen. De fato, a “teoria da norma fundamental”, dada a sua dependência com a teoria escalonada, apenas apareceu com contornos mais bem definidos em 1920, no livro *O Problema da Soberania e a Teoria do Direito Internacional*. Nele, encontra-se a seguinte frase:

“(…) finalmente se atribui a uma norma geral suprema de origem lógica, estabelecida como hipótese a partir da autoridade constituinte” da qual “a Constituição recolhe sua validade jurídica”. “Somente o dogmatismo acrítico pode pensar que seja possível um sistema de direito positivo privado de pressupostos.”

O próprio Kelsen admitiu – também no prefácio de *Problemas Fundamentais do Direito Público*, segunda edição, do ano de 1923 – que, quando o livro foi inicialmente publicado, não havia desenvolvido o tema da norma fundamental:

“Uma importante modificação realizada no sistema da Teoria Pura do Direito com respeito à sua primeira versão, tal como aparece na presente obra, consiste em que o conhecimento estático do direito que, em princípio, se sustentou como método exclusivo, se vê completado por uma consideração de tipo dinâmico”. “A ideia da norma fundamental como constituição no sentido lógico-jurídico foi desenvolvida principalmente por Alfred Verdross (...) que reconheceu a norma fundamental como uma hipótese relacionada ao material do direito positivo analogamente à hipótese da ciência natural. Uma importante contribuição à questão da determinação da norma fundamental como pressuposto do conhecimento jurídico foi desenvolvida por Leônidas Pitamic. (...) Com base nos trabalhos de Merkl e de Verdross, tenho tratado nos meus sucessivos escritos a teoria dos graus como um elemento essencial no sistema da teoria pura do direito.”

Como sexta e última nota, dedico algumas palavras sobre quem foi Kelsen.

Hans Kelsen nasceu no dia 11 de outubro de 1881 em Praga, então Áustria, atualmente República Tcheca. Aliás, foi na Áustria que Kelsen trabalhou como professor de 1918 a 1930 e foi membro da Corte Constitucional, de 1919-1930. De 1930 a 1933 trabalhou na Universidade de Colônia (Alemanha), tendo sido professor de direito internacional. Com a ascensão nazista, Kelsen se viu forçado a renunciar a sua posição de professor, mudando-se para Genebra em 1933 motivado pelos perigos que sua ascendência judia poderia lhe trazer em território alemão.

No começo da Segunda Guerra Mundial, e dada a impressão de Kelsen segundo a qual cedo ou tarde a Suíça também iria envolver-se no conflito, mudou-se, em 1940, para os Estados Unidos da América. Data de 28 de julho de 1945 sua

naturalização como cidadão estadunidense. No mesmo ano, é nomeado conselheiro da Comissão de Crimes de Guerra das Nações Unidas com a tarefa de elaborar documentos a respeito dos aspectos legais e técnicos do tribunal de Nuremberg.

Em seus escritos sobre teoria política (por exemplo, *Essência e valor da democracia*, 1920/1929), ele lutou contra o nazismo, o fascismo, bem como contra o marxismo, e defendeu o sistema democrático-parlamentar. Kelsen faleceu em 19 de abril de 1973 em Orinda, próximo a Berkeley, com a idade de 92 anos, deixando mais de 400 trabalhos. Uma das características desses trabalhos é sua diversidade temática.

Por fim, resta-me agradecer a paciência do meu leitor e desejar que este material lhe possa ser útil de algum modo.

Obrigado. Boa leitura.

Rio de Janeiro, primavera de 2018

ADRIAN SGARBI

TEORIA PURA DO DIREITO

1. Palavras iniciais

Hans Kelsen é muito conhecido como o autor do livro *Teoria Pura do Direito*. No entanto, é importante manter em vista que a teoria pura do direito não é apenas o nome de um “livro” de Kelsen, mas o nome de um projeto seu; projeto cujo objetivo era o de elevar o conhecimento jurídico à posição de “conhecimento científico”.

Desde a obra *Problemas Fundamentais do Direito Público*, ano de 1911, passando pelas versões do livro *Teoria Pura* de 1934 (1ª edição), 1953 (edição francesa, conhecida como “versão intermediária”), 1960 (2ª edição), até a *Teoria Geral das Normas*, obra editada postumamente no ano de 1979, Kelsen se esforçou por estabelecer limites claros, além de respostas, ainda que nem sempre acabadas, ao seu maior propósito: a elaboração de uma teoria que auxiliasse na análise das normas dos diversos ordenamentos jurídicos.

No que se segue, apresentarei os principais aspectos deste projeto de Kelsen. Porém, em razão das modificações no pensamento de nosso autor ao longo dos anos, vou me manter centrado na versão do livro de 1960, salvo diversa indicação.

2. O que é a teoria pura do direito?

O significado da expressão “teoria pura do direito” é obtido através do entendimento de dois pontos igualmente importantes: a) que se entende por “pura”?; e b) “a quê” esta “pureza” se refere?

Para Kelsen, a palavra “pura” se refere a uma descrição do “direito” sem a intromissão de informações que pouco auxiliam em sua demarcação. Isto significa que aspectos relativos apenas a “fatos”, a contextos “políticos”, a situações “sociais”, a aspectos “psicológicos” ou, mesmo, critérios “éticos”, se não ajudam na descrição das normas jurídicas, devem ser afastados do seu campo explicativo.¹

Por isso, a “pureza” da qual Kelsen se ocupa está relacionada à “teoria”, e não ao “direito”. Porque o “direito”, entendido como conjunto de normas, é resultado da disputa política e da afirmação de valores. Mas o papel da teoria é outro; este, diverso do da política. Enquanto a política trata da decisão sobre a utilidade de produzirem-se certas normas, ou a avaliação a respeito das condutas, cabe à teoria jurídica descrever as normas que foram produzidas em determinada ordem jurídica. “Descrever” para se transmitir informações sobre o que elas, as normas, estabelecem como o comportamento devido em determinada situação.

Portanto, assim o entende Kelsen, quando se está informando a alguém quais normas foram produzidas em um determinado ordenamento jurídico, não se deve adicionar dados que atrapalham o que está sendo descrito, quer isto agrade ou não. Daí constituir a teoria pura um método através do qual o teórico pode apontar quais são as normas de um dado país utilizando-se, apenas, do que é necessário para oferecer esta descrição.²

Diz Kelsen:

“A despolitização que a teoria pura do direito exige se refere a ciência do direito não ao seu objeto, o direito. O direito não pode ser separado da política, pois é essencialmente um instrumento da política. Tanto sua criação como sua aplicação são funções políticas, é dizer, funções determinadas por juízos de valor. Porém, a ciência do direito pode e deve ser separada da política, se é que se pretende valer como ciência.”³

3. Ciência do direito e ciência da natureza

Por ciência Kelsen se refere a uma atividade com características específicas. “Ciência”, para Kelsen, é a atividade de apresentar um conhecimento que “explique” de modo “controlado” certo “objeto”, de maneira que permita fazer “previsões” sobre ele. Ou seja, um “conhecimento” cujo mérito é o de possibilitar afirmações “seguras” a respeito do seu objeto.

De fato, o modelo que Kelsen tem em mente é o modelo da “ciência da natureza” prevalecente em sua época.⁴ O cientista da natureza descreve os “fatos

1. H. KELSEN (1960), p. 1.

2. Como se verá mais adiante, o dado necessário é o princípio da imputação.

3. H. KELSEN (1953), p. 29.

4. Tal aspecto é significativo, podendo ser notado logo no Capítulo 1 da *Teoria Pura do Direito*, o qual recebeu o título de “Direito e Natureza”.

naturais”. Os fatos naturais são regidos pelo “princípio da causalidade”. Assim, os cientistas da natureza, através de observação e testes, formulam descrições com o objetivo de transmitir o conhecimento obtido a partir da análise de determinado fenômeno natural.⁵ Este ponto merece ilustração.

Conta-se que estava Newton sentado embaixo de uma macieira quando, ploft! Cai-lhe uma maçã sobre a cabeça.

Newton descreveu este fenômeno natural com a seguinte fórmula:

$$\vec{F}_{12} = G \frac{m_1 m_2}{r^2} \hat{r}$$

Onde: a) F = força gravitacional entre dois objetos; b) m1 = massa do primeiro objeto; c) m2 = massa do segundo objeto; d) r = distância entre os centros de massa dos objetos; e f) G = constante universal da gravitação.

Ou seja, a partir de Newton, sabe-se que em razão da “força” da gravidade, os objetos “formam trajetória de queda” quando soltos no ar. Além disso, sabe-se que se se mantiver mesma condição ocorrerá necessariamente a mesma consequência. Tem-se, assim, a possibilidade de prever o fenômeno. E o fenômeno se comprova toda vez que deixo um objeto cair no chão.

Kelsen, com o objetivo de construir uma “ciência do direito”, quer algo parecido para o conhecimento jurídico. Quer afirmações seguras a respeito do que se diz sobre as normas jurídicas, de modo a tornar possível a previsão de suas consequências. Entretanto, Kelsen se dá conta de um problema. Na verdade, de um grande problema: uma norma jurídica é uma determinação de dever; determinação de dever que também está presente na “moral”, como, também, na “religião”, pois ambos estabelecem deveres. Portanto, para alcançar o seu objetivo, a primeira coisa que Kelsen precisa fazer é delimitar bem o que entende por “dever jurídico”. Sem isso, não se saberá o que se está descrevendo.

Evidentemente que esta necessidade de se delimitar o que seja um dever jurídico não implica a afirmação de que seja impossível haver uma norma jurídica que estabeleça um dever que seja coincidente com algum dever “moral” (ou desconforme com a moral), ou com o dever religioso (ou desconforme algum dever religioso); apenas acentua a importância de se saber quando está em discussão não um dever qualquer, mas um dever presente em um ordenamento jurídico, coincida ele ou não com nossas preferências políticas, religiosas ou éticas. Até porque, apenas se pode dizer quando se está ou não a favor de um dever jurídico se se souber qual é o dever jurídico que foi ordenado.

5. H. KELSEN (1960), p. 2.

4. A delimitação do objeto: normas em geral e as normas jurídicas

Seguindo três passos, Kelsen oferece a sua resposta ao problema da delimitação do objeto do direito. E o faz enfatizando ser, o direito:

- a) uma técnica social específica;
- b) coercitiva; e
- c) diversa da ordem natural.⁶

4.1 O direito como técnica social específica

O direito é uma técnica de motivação indireta das condutas humanas, diz Kelsen. “Indireta” porque o comportamento conforme é obtido através do uso de sanções punitivas socialmente organizadas. Aliás, isto não apenas consagra uma aposta na racionalidade do homem como ser que compreende o prejuízo da sanção e escolhe o que fazer e o que não fazer, mas, também, a função da sanção de atuar como instrumento de reflexão entre as opções de se agir segundo os próprios desejos e estar sujeito à sanção, ou agir conformando-se ao prescrito e evitar a consequência negativa que ela estabelece.⁷

Nestes termos, afirma Kelsen, a consequência jurídica decorre de um ato do Estado. Mas disto não decorre que a condição de toda norma jurídica tenha que ser um ato ilícito, um delito. É plenamente possível que seja um fato natural, como uma epidemia que resulte na decretação de quarentena. De qualquer forma, ainda que seja um “ilícito”, longe de ser um ato “antijurídico”, é este ilícito, por definição, um “ato jurídico”.

Sobre o assunto, assim entende Kelsen, a conduta ilícita não é um ato “contra” o direito, mas o exato pressuposto previsto normativamente que licencia o Estado a aplicar a sanção. Ou seja, o “ilícito” é apenas mais uma peça na maquinaria jurídica. Daí que a “paz” produzida pelo direito apenas pode ser “relativa”. “Relativa” porque, se se entende por paz a “ausência de força”, como o direito precisa da força para conter os impulsos agressivos, a paz que promove não é absoluta. O direito combate a força arbitrária, substituindo-a pela força regulada por normas e parafraseada em pressupostos, requisitos e ritos de aplicação de punições pelo Estado.⁸

6. Observe-se que, para Kelsen, “direito” aqui significa “norma jurídica”, i.e., as normas jurídicas constituem uma “técnica social específica de controle social”, “coercitiva” e que pertence a um mundo diverso do da “ordem natural”. Como se verá, este último aspecto está relacionado à noção “imputação” em sua teoria.

7. H. KELSEN (1941), p. 225-226.

8. H. KELSEN (1941), p. 232.