

**UNIVERSIDADE VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

Caio Víctor Martins Cavalcante Amorim

**Um estudo sobre como Kelsen dialoga com a tradição *Common Law*: do normativismo à
teoria dos sistemas sociais autopoieticos**

**São Leopoldo
2012**

Caio Víctor Martins Cavalcante Amorim

Um estudo sobre como Kelsen dialoga com a tradição *Common Law*: do normativismo à teoria dos sistemas sociais autopoieticos

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo

2012

A524e Amorim, Caio Vítor Martins Cavalcante
Um estudo sobre como Kelsen dialoga com a tradição Common Law:
do normativismo à teoria dos sistemas sociais autopoieticos / por Caio
Vítor Martins Cavalcante Amorim. -- 2012.
113 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS,
2012.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

1. Direito. 2. Kelsen, Hans. 3. Hart, H. L. A. 4. King, Michael. 5.
Teoria dos sistemas sociais autopoieticos. I. Título. II. Rocha, Leonel
Severo.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “Um estudo sobre como Kelsen foi recepcionado pelos autores dos países de tradição Common Law: do normativismo à teoria dos sistemas sociais autopoieticos”, elaborada pelo mestrando **Caio Vítor Martins Cavalcante Amorim**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 05 de setembro de 2012.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha 

Membro: Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto 

Membro: Dra. Taysa Schiocchet 

Dedico este trabalho a toda minha família e aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, eu gostaria de registrar a minha imensa gratidão aos meus pais, Geraldo e Cláudia Amorim, por todo o apoio afetivo e por todo suporte financeiro, sem os quais não teria sido possível a realização deste trabalho. Da mesma forma, eu gostaria de agradecer, também, o apoio do meu irmão, dos meus avós e de toda a minha família.

Em segundo lugar, quero ressaltar o meu profundo agradecimento ao professor Leonel Severo Rocha, por ter me aceitado como orientando, e aos professores Adriano Naves de Brito, Sofia Albornoz Stein e Marco Antônio Oliveira de Azevedo, por toda a ajuda e paciência na explicação das mais diversas e complicadas questões filosóficas, e por ter me deixado participar das reuniões dos grupos Quíron e Semântica e Ontologia. Desde já, que fique registrado, aqui, o meu carinho e admiração por todos os colegas do grupo.

Por fim, não poderia esquecer dos meus bons e velhos amigos que me ajudaram a chegar até aqui, não só os irmãos que eu encontrei na vida e que tive o privilégio de conhecer, como alguns poucos em que eu tive a oportunidade de conviver durante o tempo em que estive cursando o mestrado. Não citarei nomes, pois eles sabem quem eles são.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo esclarecer como Kelsen dialoga com a tradição do *Common Law*. Para tanto, nos valem das observações de dois autores: H. L. A. Hart e Michael King. A escolha Hart se deu, em primeiro lugar, porque muitas das questões discutidas por ele, foram primeiramente levantadas e discutidas por Kelsen. Além disso, Hart, ao contrário de Kelsen, tende a preencher uma certa lacuna deixada pelo professor austríaco, pretendendo estabelecer o fundamento do Direito em regras sociais, e não em uma pressuposição transcendental desempenhada por uma norma hipotética. Ao lado dessa perspectiva tradicional de se observar o Direito, e que, de certa maneira, continua em voga na tradição analítica inglesa até os dias atuais, Michael King, que foi um dos primeiros professores ingleses a trabalhar com a teoria dos sistemas sociais autopoieticos no Reino Unido, propõe uma alternativa para as abordagens tradicionais do sistema jurídico. Embora tal teoria ainda seja minoritária, consideramos que a sua rejeição sumária logo se apresenta um erro. Sendo assim, também consideramos igualmente relevante observar as observações de King sobre a teoria luhmanniana e sobre o normativismo kelseniano. Nesse sentido, o trabalho se ocupa com duas maneiras de se observar esse diálogo do normativismo kelseniano com o *Common Law*: uma pela perspectiva de Hart; a outra pela perspectiva de King.

PALAVRAS-CHAVE: Kelsen. Hart. King.

ABSTRACT

This work has the objective to clarify how Kelsen dialogues with the *Common Law* tradition. Thus, we shared the observations of two authors: H.L.A. Hart and Michael King. The choice for Hart was due to, in first place, because many of the questions discussed by him were firstly raised by Kelsen. Besides, Hart, on the contrary of Kelsen, tend to complete the gap left by the Austrian Professor intending to establish the Law Fundament in social rules, and not in a transcendental assumption performed by a hypothetical rule. Beside this traditional perspective of observing the Law, and that, somewhat, continues valid in today's English analytical tradition, Michael King, who was one of the first English Professors to work with the theory of the autopoietic social systems in the United Kingdom, proposes an alternative for the traditional approaches of the Legal System. Although such theory is still minority, we consider its immediate rejection as being a mistake. Thus, we also consider equally relevant observe the observations of King about the luhmanniana theory and about Kelsen's normativism. This way, the work sees two ways of observing the dialogue of Kelsen's normativism with the *Common Law*: one under Hart's perspective; other by King's perspective.

Key-words: Kelsen. Hart. King.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 KELSEN E O COMMON LAW	12
2.1 Empirismo Lógico: uma nova concepção de ciência	12
2.2 O Direito como uma Ordem Social Coercitiva	16
2.3 A Estática Jurídica: norma, dever e direito	17
2.4 A dinâmica Jurídica: a norma fundamental e a unidade da ordem jurídica	26
2.5 Estado e Direito.....	34
2.6 Direito e Interpretação	37
2.7 Kelsen e a Polêmica com a Jurisprudência Sociológica Norte-americana	40
2.8 Os Erros de Austin	45
2.9 O Normativismo e seus Paradoxos.....	49
3 A ANÁLISE DE HERBERT HART E AS OBSERVAÇÕES DE MICHAEL KING SOBRE O NORMATIVISMO KELSENIANO	53
3.1 Hart e o Aspecto Interno das Regras: o Direito sob o ponto de vista do homem bom	53
3.1.1 O Positivismo de H. L. A. Hart: considerações iniciais	53
3.1.2 Construindo um Sistema Jurídico: o homem bom e o aspecto interno das regras	56
3.1.3 A Indeterminação do Direito: textura aberta e <i>hard cases</i>	71
3.1.4 A crítica de Hart à Concepção de Validade Kelseniana: a necessidade do reconhecimento social	74
3.2 Michael King e a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos na Tradição do <i>Common Law</i>: substituindo a racionalidade pela observação	84
3.2.1 O Direito como um Sistema Social Autopoiético: algumas observações sobre as insuficiências do normativismo kelseniano para lidar com a complexidade.....	99
4 CONCLUSÃO.....	105
REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

Durante a segunda guerra mundial, muitos professores judeus, para fugir do nazismo, emigraram para os Estados Unidos e outros países. Entre eles, encontrava-se Hans Kelsen. Em 1940, ele foi para os Estados Unidos, onde lecionou durante anos em instituições como Harvard e a Universidade da Califórnia, e viveu em Berkeley até o fim dos seus dias.

Diante desse fato, o objetivo deste trabalho consiste em observar como Kelsen dialoga com a tradição do *Common Law*. Nosso propósito consiste em tentar entender como as questões trabalhadas pelo jurista austríaco influenciaram a Teoria e a Filosofia do Direito no mundo anglo-saxão, e qual o impacto que algumas ideias desenvolvidas no *Common Law* causaram no trabalho de Kelsen.

Para tanto, no primeiro capítulo, observaremos as observações de Kelsen contidas basicamente em suas duas obras centrais: *Teoria Geral do Direito e do Estado* e *Teoria Pura do Direito*. Tendo em vista que o primeiro livro se trata de uma apresentação do normativismo kelseniano para a tradição do *Common Law*, concentraremos mais a nossa atenção neste livro. Além disso, as principais críticas que são feitas ao normativismo são dirigidas e toma como base as observações de Kelsen contidas em *Teoria Geral do Direito e do Estado*.

Sendo assim, na primeira parte do trabalho faremos uma exposição dos pontos centrais do normativismo kelseniano. Trataremos, em um primeiro momento, do postulado epistemológico e da metodologia empregada por Kelsen para estabelecer a possibilidade de uma ciência do Direito. Nesse sentido, iremos expor como Kelsen resolve o problema da verdade no Direito, e o substitui por questões de validade, colocando a verdade com uma questão apenas secundária, que interessa apenas ao plano lógico em que a ciência jurídica se encontra. Observaremos, também, alguns conceitos fundamentais de sua teoria, tais como: norma, sanção, direito, dever, delito e Estado. Além disso, examinaremos as similitudes e diferenças entre a jurisprudência analítica de Austin e o normativismo, e a polêmica entre Kelsen e a jurisprudência sociológica norte-americana. Ao final do primeiro capítulo, tentaremos mostrar como o normativismo kelseniano encerra alguns paradoxos.

Como iremos observar, Kelsen tem uma proposta metodológica muito bem definida. Ele afirma que para que seja possível interpretar o material fornecido pela experiência como sendo Direito, é necessário que se pressuponha uma norma fundamental hipotética que justifique uma determinada ordem coercitiva globalmente eficaz. Ao fazer isso, o sujeito reconstrói racionalmente o Direito enquanto uma ordem coerente, ordenada e sistemática. Isso

é necessário devido ao postulado lógico de que um dever ser, jamais pode ser derivado de um ser, em outras palavras, não é possível se derivar uma norma de um fato. Sendo assim, o Direito, para Kelsen, é um sistema de normas jurídicas, hierarquicamente estruturadas, personificadas em um Estado, que regula e disciplina o uso legítimo do poder e da força.

No que se refere ao modelo kelseniano de Ciência do Direito, a norma consiste na sua unidade básica de análise. Cabe ao jurista, então, a tarefa de descrever o dever ser das normas jurídicas. Sendo assim, esses enunciados descritivos de dever ser são verdadeiros ou falsos, ao contrário das normas que somente podem ser válidas ou inválidas.

Por razões metodológicas, decidimos trabalhar como Kelsen dialoga com a tradição do *Common Law* sob a perspectiva de dois autores: H. L. A. Hart e Michael King. Ambos os autores dispensam apresentações mais profundas.

O leitor pode se perguntar sobre o motivo da escolha e o porquê desses dois autores. Bem, em primeiro lugar, Hart foi e ainda é, hoje, o principal nome da Teoria e da Filosofia do Direito na tradição do *Common Law*. Além disso, muitas questões que Hart se ocupa em responder, em seu *The Concept of Law*, já tinham sido levantadas por Kelsen. Como iremos observar, Hart e Kelsen possuem muito em comum, embora lidem com certos problemas de uma maneira diferente.

Apenas a título de introdução, podemos dizer que Hart não parte do conceito de norma, como Kelsen, mas de uma análise da linguagem normativa, como um agir conforme regras, para explicar a normatividade do Direito.

Em seu *The Concept of Law*, Hart defende a idéia de que o Direito deve ser explicado por referência as nossas práticas sociais, mediante regras que nós seguimos, as quais aceitamos, por adotarmos, com relação a elas, uma atitude crítico-reflexiva. O Direito para Hart, portanto, é um conjunto de regras que orientam as nossas relações cotidianas.

O autor inglês fez parte daquilo que veio a ser conhecido como *Escola de Oxford*, que defendia que os problemas da filosofia poderiam ser solucionados a partir de uma análise da linguagem comum. Para tanto, é necessário, segundo essa perspectiva, se ressaltar o papel dos participantes da prática, os usos e funções que as proposições normativas desempenham em um determinado contexto institucional, em que produz certos efeitos jurídicos. A análise de Hart gira em torno, portanto, daquilo que ele chama de aspecto interno das regras, destacando-o como a grande contribuição para que se possa compreender o Direito enquanto um sistema de regras jurídicas autorreguladas. Dessa forma, Hart consegue distinguir as regras sociais dos hábitos sociais, assim como ressaltar o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos.

Por outro lado, o professor Michael King é um dos grandes nomes e um dos poucos defensores da teoria dos Sistemas no Reino Unido. Em razão disso, ele tenta propor, com base na teoria luhmanniana, uma alternativa para as abordagens tradicionais. Ele tem feito observações muito importantes sobre como a teoria luhmanniana pode nos ajudar a compreender alguns dos muitos problemas das sociedades complexas atuais e como ela pode ser uma forma de se observar como o sistema jurídico se relaciona com outros sistemas sociais.

Para Luhmann, a sociedade é complexa e contingente. Isso significa que tudo aquilo que acontece na sociedade poderia ter acontecido de outra forma. No entanto, para que se possa lidar com esse excesso de possibilidades, a sociedade se diferencia em subsistemas sociais, que atribuem sentido aos diversos eventos do mundo. Em razão disso, é que se diz que os sistemas “*criam ordem diante do caos*”, já que lidam com a complexidade a partir do modelo de diferenciação funcional estabelecido por cada sistema.

Dessa forma, os sistemas, portanto, criam a partir de um espaço próprio de sentido, um procedimento para a tomada de decisão, e nesse momento constrói sua própria realidade, e se diferencia do seu ambiente. Mas, para que os sistemas consigam manter-se socialmente diferenciados, é preciso que eles possam se reproduzir a partir de suas próprias operações internas, lidando sempre com as influências do ambiente a partir de seus códigos e programações. É nesse sentido que os sistemas são tidos como sistemas autopoieticos, sistemas que por serem operativamente fechados, e abertos cognitivamente, conseguem se autorreproduzir a partir de suas próprias operações.

Como iremos demonstrar no decorrer desta dissertação, Luhmann se vale de um arcabouço teórico e metodológico inovador para a sociologia. A partir disso, ele propõe uma teoria do conhecimento não baseada no sujeito – mas em sistemas –, além, da observação, como metodologia para se conseguir compreender a sociedade.

Sendo assim, no segundo capítulo trabalharemos as observações de ambos os autores sobre o normativismo. Entretanto, primeiro iremos expor a teoria de ambos, para contextualizá-los, esclarecendo suas preocupações e objetivos.

Vale ressaltar, que outros autores igualmente importantes dessa tradição somente serão utilizados na medida em que interessem para explicar de alguma forma a teoria dos autores que indicamos como objeto de nosso estudo. Sem sombra de dúvidas, o leitor irá constatar que utilizamos em várias ocasiões o clássico *The Concept of a Legal System* do Joseph Raz, sem explorar, contudo, o próprio posicionamento do autor sobre a matéria.

Deve-se deixar claro também, que não foi nosso propósito trabalhar com o posicionamento de Kelsen sobre o Direito internacional. Em razão disso, também não observamos os posicionamentos de Hart e King sobre o ponto em questão.

Apenas para finalizar, vale constar, que em tempos de globalização, cada vez mais, estudiosos das tradições do *Civil Law* aproximam-se dos teóricos das tradições do *Common Law*, para solução de certos problemas jurídicos. Nesse sentido, saber como Kelsen, principal teórico do Direito na tradição romano-germânica, foi recepcionado pelos autores ingleses e americanos, talvez seja a chave para uma aproximação ainda maior entre esses dois modelos, que durante muito tempo se encontraram tão distantes.

2 KELSEN E O COMMON LAW

Neste capítulo, pretendemos observar como Kelsen através, principalmente, da obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, dialoga com a tradição *Common Law*. No entanto, primeiramente, iremos fazer uma contextualização e uma exposição geral de alguns conceitos básicos do normativismo Kelseniano.

2.1 Empirismo Lógico: uma nova concepção de ciência

O início do século XX foi marcado por uma nova perspectiva epistemológica, que propõe uma ruptura, em certo sentido, com a filosofia moderna. A linguagem passa a ser o foco da análise filosófica. Aliás, por sinal, a análise passa a ser o “novo” método para esclarecer e tentar solucionar os problemas filosóficos e científicos. Essa nova corrente de pensamento ficou conhecida como Filosofia Analítica.

Mas, por que a linguagem passa a ser o centro de todas as preocupações filosóficas no Século XX? A resposta é clara: todo conhecimento é formulado e expresso em uma linguagem¹. Sendo assim, enunciados científicos são entidades lingüísticas². Daí a importância de uma análise da linguagem para evitar erros ou usos indevidos de conceitos.

A Filosofia Analítica é a responsável por introduzir a preocupação com a questão lógico-lingüística. Ela é fruto da preocupação de alguns filósofos com a análise da linguagem científica. Neste contexto, G. Moore e Bertrand Russel, na Inglaterra, e G. Frege e Ernest Mach, na Alemanha, iniciaram uma verdadeira batalha contra a metafísica, sobretudo, no que diz respeito à questão da fundamentação da Ciência³.

Em Viena, nesse mesmo período, estava ocorrendo um movimento que veio a ficar conhecido como positivismo lógico ou empirismo lógico. Liderado por nomes como Rudolf Carnap e Moritz Schlick, o “*Círculo de Viena*” estava preocupado com

[...] a fundamentação da ciência em uma linguagem lógica e em bases empíricas, eliminando os elementos metafísicos (como essências e formas) e psicológicos (como ideias e representações mentais), considerados inverificáveis, ou seja, fora do alcance do teste empírico, adotado como critério de validade das teorias científicas⁴.

¹ MARCONDES, Danilo. **Filosofia analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 10.

² SALMON, Wesley C. **Lógica**. Rio de Janeiro: LTC, 2009. p. 73.

³ DUMMETT, Michael. **Origins of analytical philosophy**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 5 e ss.

⁴ MARCONDES, op. cit., p. 12.

Em razão disso, a questão central passa a ser como uma proposição adquire significado, daí a importância da semântica para os positivistas. A verdade passa a ser uma questão semântica. Isso significa dizer, que uma proposição só é verdadeira na medida em que corresponde à realidade. Dessa forma, o que deve se levar em consideração, para que um enunciado científico tenha sentido, é a sua verificação empírica⁵.

Por considerarem a linguagem natural vaga e imprecisa, os neopositivistas propuseram a elaboração de uma linguagem lógica, livre das imperfeições da linguagem comum. Essa linguagem atuaria em outro nível lógico, ou seja, ela seria uma metalinguagem que teria como objeto a linguagem comum. Em outras palavras, a metalinguagem seria uma linguagem que permitiria refletir sobre algo que já é linguagem, isto é, sobre a linguagem que se fala. Ela “[...] *é a linguagem que se fala da linguagem-objeto*”⁶.

Segundo Warat, o objetivo é a necessidade de se construir “[...] *um outro nível de linguagem, a partir do qual se possa fazer uma investigação problematizadora dos componentes e estruturas da linguagem que se pretende analisar*”⁷. Nesse sentido, é possível evitar algumas situações paradoxais como a “antinomia do mentiroso”. Como explica Warat:

[...] se um cretense dissesse ‘os cretenses sempre mentem’, estaríamos frente à paradoxal situação de que se aceitássemos a proposição como verdadeira o cretense que a formulou também mentiu e, assim, nem sempre os cretenses mentem. O que conduz a admitir que a proposição ‘os cretenses sempre mentem’ é falsa. Para superar a contradição, temos de admitir que a proposição ‘Os cretenses sempre mentem’ não forma parte do conjunto de proposições que se pretende qualificar como mentiras; se formassem parte de um mesmo corpo discursivo entrariam em contradição [...] só entram em contradição proposições do mesmo nível⁸.

No campo da Teoria do Direito, Kelsen foi o primeiro jurista a tentar atribuir ao Direito uma racionalidade científica. Nesse sentido, é que Kelsen propõe uma diferenciação entre regras de direito (metalinguagem) e normas jurídicas (linguagem-objeto), ainda que sem

⁵ Como observa Warat: “[...] *o neopositivismo postula um critério de significação para os enunciados da ciência a partir de uma teoria da verdade, vendo-a, não como a propriedade de certos enunciados (proposições), mas sim como uma relação de concordância ou correspondência com algum estado de coisas existentes. Assim, a verdade como relação, somente poderá ser estabelecida se o enunciado for suscetível de algum tipo de verificação ou se for um enunciado analítico*”. WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 45.

⁶ Ibid, p. 48.

⁷ Ibid, p. 48.

⁸ Ibid, p. 48.

mencioná-las expressamente⁹¹⁰.

Para Kelsen, uma norma não pode ser verdadeira ou falsa, ou ela é válida ou inválida. A linguagem jurídica é uma linguagem prescritiva e não descritiva, sendo assim, apenas num sentido indireto os critérios semânticos de verdade entram no âmbito do Direito, ou melhor, eles se situam apenas no que se refere ao plano da Ciência do Direito, em que tais enunciados são enunciados “descritivos de dever ser” ou regras jurídicas que têm como objeto o próprio Direito.

Nesse sentido, a norma não é um enunciado sobre a realidade, que retira seu fundamento do teste de veracidade, ou seja, da sua conformidade com a realidade¹¹. Para Kelsen, o único fundamento de um enunciado de dever ser somente pode ser outro enunciado de dever ser, nunca um enunciado de ser¹². Sendo assim, o verdadeiro fundamento de validade de uma norma não é um fato, mas sempre outra norma. Segundo ele, “[...] *a procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas a outra norma da qual a primeira é derivável*”¹³.

Esse fundamento é a norma fundamental, uma norma cuja validade não pode ser derivada de nenhuma outra. Conforme Kelsen, “[...] *o fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental*”¹⁴.

Kelsen também compartilha outro objetivo do positivismo lógico: a luta contra a metafísica. Ele está preocupado em combater o dualismo metafísico entre um pretense direito

⁹ WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 50.

¹⁰ Apesar da influência inegável do neopositivismo no pensamento de Kelsen, ele é um neokantiano, e sua principal influência foi o líder da Escola de Marburgo Hermann Cohen. Em uma carta dirigida ao professor Renato Treves, Kelsen chega a dizer que “[...] (2) *é também correto que a base filosófica da Teoria Pura do Direito é a filosofia kantiana, em particular a filosofia kantiana tal como interpretada e desenvolvida por Cohen*”. KELSEN, Hans. The pure theory of law, ‘Labandism’, and Neo-Kantism. A letter to Renato Treves. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: Critical Perspectives on kelsenian themes**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007, p. 171. Com base nisso, ele explica que, “[...] *a teoria da norma básica surge completamente do método hipotético desenvolvido por Cohen. A norma básica é a resposta a questão: quais são os fatos que são qualificados como atos jurídicos, isto é, aqueles atos por meio dos quais as normas são emitidas ou aplicadas? Esta é a questão que se encontra no verdadeiro espírito da lógica transcendental*”. Ibid., p. 174. Para uma abordagem completa entre as várias similitudes entre as visões de Cohen e Kelsen, ver: EDEL, Geert. The hypothesis of the basic norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: Critical Perspectives on kelsenian themes**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 196 e ss.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 161; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 110.

¹² Este é justamente o ponto distintivo entre Kelsen e os realistas. Para Kelsen, não se pode retirar o fundamento de validade de uma norma referindo-se a um fato, mas tão somente a outra norma.

¹³ Ibid., 162; Ibid., p. 111.

¹⁴ Ibid., p. 163; Ibid., p. 111. Por hora, não analisaremos as implicações da norma fundamental na teoria de Kelsen. Nos tópicos 3 e 4, abordaremos essa questão.

natural, eterno e imutável, baseado em uma vontade divina ou na natureza humana, e um direito positivo que retira seu fundamento de validade daquele¹⁵.

Segundo ele, “[...] *essa doutrina sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito Positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus*”¹⁶. Nesse sentido, os direitos e deveres dos homens são considerados naturais, isto é, não impostos ou conferidos pela vontade de um legislador humano.

Conforme Kelsen, a tarefa de se tentar identificar Direito e Justiça, trata-se de uma tentativa política de justificar uma dada ordem social, e não de uma tarefa científica. Entretanto, vale transcrever uma passagem do próprio Kelsen para esclarecer esta questão, o que de certa forma repudia algumas críticas sem cabimento a sua teoria:

[...] Em vista dessa tendência, o esforço de lidar com o Direito e a Justiça como dois problemas distintos *pode cair sob a suspeita de estar repudiando inteiramente a exigência de que o Direito Positivo deva ser justo. Essa exigência é evidente por si mesma, porém o que ela significa é outra questão. De qualquer modo, uma teoria pura do Direito, ao se declarar incompetente para responder se uma dada lei é justa ou injusta ou no que consiste o elemento essencial da justiça, não se opõe de modo algum a essa exigência. Uma teoria pura do Direito – uma ciência – não pode responder a essas perguntas porque elas não podem, de modo algum, ser respondidas cientificamente (Grifo nosso)*¹⁷.

Sendo assim, Kelsen não admite uma possível objetividade dos nossos valores e juízos morais. Dizer, por exemplo, se a liberdade ou a igualdade são os valores supremos, são questões que não podem ser respondidas racionalmente¹⁸. Como ele observa:

[...] Se os princípios de Direito Natural são apresentados para aprovar ou desaprovar uma ordem jurídica positiva, em qualquer dos casos, sua validade repousa em julgamentos de valor que não possuem qualquer objetividade. Uma análise crítica sempre demonstra que eles são apenas a expressão de certos interesses de grupo ou classes¹⁹.

É nesse sentido, que deve ser interpretada a afirmação de Kelsen: “[...] *a justiça é uma ideia irracional*”²⁰. Ou seja, não sujeita a cognição científica. Todavia, se atribuirmos a

¹⁵ Kelsen chega a lembrar do dualismo metafísico entre a realidade e a ideia platônica. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 12.

¹⁶ Ibid., p. 12; Ibid., p. 8.

¹⁷ Ibid., p. 9; Ibid., p. 5.

¹⁸ Ibid., p. 10; Ibid., p. 6.

¹⁹ Ibid., p. 16 Ibid., p. 11.

²⁰ Ibid., p. 19; Ibid., p. 13.

justiça a ideia de legalidade, então, podemos ter uma base objetiva para julgamentos de valor²¹. Sendo assim, dizer que algo é “justo” ou “injusto” é o mesmo que dizer que algo é “legal” ou “ilegal”. Não se trata de avaliar o conteúdo da norma, mas se ela foi ou não aplicada em todos os casos previstos para sua aplicação. Segundo ele, “[...] *trata-se de uma justiça sob o Direito*”²². Somente, dessa forma, ela “[...] *pode fazer parte de uma ciência do Direito*”²³.

O objetivo da teoria kelseniana é bastante claro. Uma ciência do Direito somente pode ter como objeto o direito positivo, pois se trata de uma teoria radicalmente empírica, conforme ele mesmo observa:

*[...] Somente isso pode ser objeto da Ciência; somente isso é um objeto de uma teoria pura do Direito, o qual é uma ciência, não uma metafísica do Direito. Ela apresenta o Direito tal como ele é, sem defendê-lo chamando-o de justo. Ou condená-lo denominando-o injusto. Ela busca um Direito real e possível e não o correto*²⁴.

Feita essa breve exposição dos objetivos gerais da teoria pura, e sua correlação com o positivismo lógico, passemos então ao próximo ponto.

2.2 O Direito como uma Ordem Social Coercitiva

Como distinguir o Direito de outros fenômenos sociais, tais como, a moral e a religião? Qual critério é o principal fator para diferenciar o Direito de outras ordens sociais? Segundo Kelsen, a coerção é o principal fator, já que o Direito é “[...] *a técnica social que consiste em obter a conduta desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária*”²⁵.

De acordo com Kelsen, toda ordem social é, de certa forma, sancionada²⁶. No caso do Direito, essas sanções seriam socialmente organizadas, o que difere das sanções transcendentais

²¹ “[...] *Se a declaração de que certa conduta corresponde ou não a uma norma legal for chamada julgamento de valor, isto é julgamento objetivo de valor, que deve ser claramente distinguido de um julgamento subjetivo pelo qual a vontade ou sentimento do sujeito que julga é expresso. A declaração de que uma conduta específica é legal ou ilegal independe da vontade ou dos sentimentos do sujeito que julga; ela pode ser verificada de modo objetivo*”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 21; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 14.

²² Ibid., p. 20; Ibid., p. 14.

²³ Ibid., p. 21; Ibid., p. 14.

²⁴ Ibid., p.19; Ibid., p. 13.

²⁵ Ibid., p. 27 Ibid., p. 19.

²⁶ Ibid., p. 23; Ibid., p. 16.

de cunho religioso, por exemplo.

Além disso, o Direito possui também o monopólio do uso da força. Sendo assim, “[...] o Direito é uma organização da força”, cujo fim é “[...] a promoção da paz, na medida em que proíbe o uso da força nas relações entre os membros da comunidade”²⁷. Para tanto, o indivíduo que aplica a sanção é um órgão da comunidade, constituído por ela, em que apenas ele é autorizado a aplicá-la²⁸.

Em resumo, Kelsen enfatiza que:

*[...] a doutrina de que a coerção seja um elemento essencial do Direito não se refere à conduta efetiva dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, mas a própria ordem jurídica, ao fato de que a ordem jurídica sustenta sanções e que, exatamente por esse fato e apenas por ele, ou seja, por essa técnica específica, ela é distinta de outras ordens sociais*²⁹.

Diante disso, fica claro que o elemento de coerção é apenas relevante para o Direito enquanto conteúdo de uma norma, como atos que prescrevem sanções em certos casos específicos, e não como uma compulsão psicológica do sujeito submetido à ordem jurídica³⁰.

No próximo ponto iremos abordar o conceito de norma, numa perspectiva estática, e outros conceitos correlacionados.

2.3 A Estática Jurídica: norma, dever e direito

Antes de começarmos, é necessário deixar claro que Kelsen divide a análise do Direito em duas perspectivas: uma estática e outra dinâmica. Nesse ponto nos ocuparemos apenas da primeira.

A perspectiva estática significa analisar a ordem jurídica no seu estado de repouso. Ou seja, analisá-la como um todo. Observa-se o sistema como algo completo, em que analisamos apenas as normas por meio das quais os atos jurídicos são determinados³¹.

A distinção entre estática e dinâmica jurídica só se torna possível por conta do conceito de norma fundamental, fundamento de validade de toda ordem jurídica³². Sob o ponto de vista da estática jurídica, toda norma derivável desta norma pressuposta, tida como evidente, é válida. Isso implica uma presunção de que os indivíduos *devem* se conduzir

²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 30; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 21.

²⁸ Ibid., p. 30; Ibid., p. 21.

²⁹ Ibid., p. 36; Ibid., p. 25.

³⁰ Ibid., p. 42; Ibid., p. 30.

³¹ Ibid., p. 55; Ibid., p. 39.

³² Ibid., p. 163; Ibid., p. 111.

conforme o prescrito na norma. Sendo assim, as normas são válidas devido a um atrativo a elas inerente, devido ao seu conteúdo. Como sintetiza Kelsen:

[...] É essencial apenas que as várias normas de qualquer sistema sejam deduzíveis da norma fundamental, assim como o particular é deduzível do geral, e que, portanto, todas as normas particulares de tal sistema sejam obtíveis por meio de uma operação intelectual, a saber, pela inferência do particular a partir do geral. Tal sistema é de natureza estática³³.

A obrigatoriedade de uma norma é derivada da sua validade. Dizer que uma norma é válida, é afirmar que ela existe e é obrigatória³⁴. Neste ponto, é necessário fazermos uma diferenciação entre dois planos distintos: o plano da validade e o da eficácia.

A validade do Direito significa que os homens *devem* cumprir aquilo que se encontra prescrito na norma, ainda que eles não cumpram efetivamente. Isso se dá porque as normas se situam no plano do *dever ser*. Isto quer dizer, que o conteúdo de uma norma nada fala sobre a conduta específica dos indivíduos³⁵, apenas que, “*se tais e tais condições forem satisfeitas, então deve-se proceder a tal e tal sanção*”³⁶. Vale ressaltar, que os enunciados normativos assumem a forma de enunciados hipotéticos³⁷.

Já a eficácia do Direito, significa que os homens efetivamente se conduzem de acordo com aquilo que se encontra prescrito pela norma, ou seja, eles efetivamente a obedecem. Segundo Kelsen, a eficácia não é uma qualidade do Direito, mas apenas uma qualidade da conduta efetiva dos indivíduos³⁸. A eficácia não se situa no plano do *dever ser*, mas, sim, no plano do *ser*.

Visto isso, então quando dizemos que alguém violou uma norma, ou sua conduta contradiz uma norma, tais enunciados não se referem a uma contradição lógica, já que se situam em planos lógicos completamente diferentes. Conforme Kelsen:

³³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 164; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 112.

³⁴ Como explica Kelsen: “[...] *Por validade queremos designar a existência específica de normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – o que redunde no mesmo – pressupomos que ela possui “força de obrigatoriedade” para aqueles cuja conduta regula*”. Ibid., p. 43; Ibid., p. 30.

³⁵ “[...] *O Direito como norma válida, encontra sua expressão na afirmação de que os homens devem se conduzir de certa maneira, uma afirmação que, desse modo, não nos diz coisa alguma sobre eventos efetivos*”. Ibid., p. 56; Ibid., p. 40.

³⁶ Ibid., p. 63; Ibid., p. 45.

³⁷ Existem algumas normas que *não* possuem a forma de enunciados hipotéticos, como, por exemplo, uma norma jurídica individual, criada por um juiz, quando um indivíduo comete um delito e o juiz estabelece uma decisão condenando o criminoso a uma pena privativa de liberdade, como uma pena de reclusão de cinco anos. Neste caso, a norma é incondicional. Ibid., p. 54; Ibid., p. 39.

³⁸ “[...] *A validade é uma qualidade do Direito; a chamada eficácia é uma qualidade da conduta efetiva dos homens e não, como o uso linguístico parece sugerir, do Direito em si. A afirmação de que o Direito é eficaz significa apenas que a conduta efetiva dos homens se conforma às normas jurídicas. Assim, validade e eficácia referem-se a fenômenos inteiramente diferentes*”. Ibid., p. 55; Ibid., p. 39-40.

[...] não existe contradição entre o enunciado que exprime o significado da norma: ‘O indivíduo deve se comportar da maneira A’, e o enunciado que descreve a conduta efetiva do indivíduo: ‘O indivíduo conduz-se de maneira não-A’. Tais enunciados são perfeitamente compatíveis entre si. Uma contradição lógica pode ter lugar apenas entre dois enunciados que afirmam um ‘dever ser’ entre duas normas. Por exemplo: ‘X deve dizer a verdade’, e: ‘X não deve dizer a verdade’. As relações de ‘conformidade’ ou ‘não-conformidade’ são relações entre uma norma que estipula certa conduta e é considerada válida, por um lado, e a conduta efetiva dos homens, por outro.

Em síntese, dizer que uma norma é válida significa dizer que os indivíduos devem se conduzir de determinada maneira, independentemente de eles quererem ou não, ou de efetivamente se conduzirem de acordo com as prescrições estabelecidas na norma.

Kelsen também deixa claro que a validade possui quatro esferas. Uma norma é válida sempre em um determinado território e por um determinado lapso de tempo, ou seja, “[...] *as normas são válidas por certo tempo e para certo espaço*”³⁹. Além das esferas territorial e temporal, as normas também possuem uma esfera material de validade. Afinal de contas, a norma tem como objeto a conduta humana. Sendo assim, esta dimensão diz respeito ao ato estipulado pela norma, como o sujeito a ela submetido deve agir. Por fim, as normas possuem uma dimensão pessoal. É necessário determinar quem deverá realizar ou deixar de realizar determinada conduta imposta pela norma⁴⁰.

Antes de tentarmos compreender a definição kelseniana de norma, e como muitos conceitos jurídicos estão relacionados a ela, é necessário fazermos duas observações: primeiro, diferenciar as normas das regras jurídicas; segundo, tentarmos entender em que sentido a norma pode ser um padrão de avaliação.

Kelsen diferencia as normas jurídicas das regras de Direito. Segundo ele, é necessário diferenciar os enunciados que são utilizados pela ciência do Direito para descrever o material jurídico produzido pelos órgãos dotados de competência normativa pela ordem jurídica, das normas em si. Tendo em vista que a tarefa da ciência do Direito é descrever seu objeto de análise – a norma –, é preferível chamar tais enunciados, não de normas, mas, sim, de enunciados descritivos de dever ser ou regras jurídicas⁴¹.

Além disso, é necessário diferenciarmos as regras jurídicas das leis naturais. Embora ambas possuam a mesma estrutura – enunciados descritivos, julgamentos hipotéticos que

³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 59; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 42.

⁴⁰ “[...] A conduta humana que forma o conteúdo das normas e que ocorre no tempo e no espaço consiste em um elemento pessoal e um material: o indivíduo, que em algum lugar e em certo tempo faz ou evita fazer algo, e a coisa, o ato, que ele faz ou evita fazer. Por conseguinte, as normas têm de regular a conduta humana em todos esses aspectos”. Ibid., p. 59; Ibid., p. 42.

⁴¹ Ibid., p. 63; Ibid., p. 45.

vinculam certas consequências quando satisfeitas certas condições –, diferem quanto aos princípios que conectam os seus elementos entre si. As leis da natureza, por exemplo, são regidas pelo princípio da causalidade. Sendo assim, seus enunciados assumem a forma de: “Se A é, B é (ou será)”. No entanto, as conexões entre regras jurídicas não assumem essa forma. Elas são regidas pelo princípio da normatividade. Neste sentido, seus enunciados assumem a forma de: “Se A, B deve ser”⁴².

Kelsen também desmente a afirmação de que as leis da natureza não podem ter exceções, ao passo que as normas jurídicas podem. Segundo ele, as normas não podem ser violadas, visto que elas não são enunciados de ser, de realidade. Sendo assim, mesmo quando um fato não corresponde à norma – ou seja, quando um indivíduo não realizou a conduta estabelecida na norma –, esta permanece incólume⁴³.

No que se refere às leis da natureza, elas não são invioláveis. Sendo assim, conforme Kelsen, “[...] exceções verdadeiras a uma regra da natureza não estão excluídas. A conexão entre causa e efeito estabelecida em uma lei da natureza que descreve a realidade física tem apenas o caráter de possibilidade, não o de necessidade absoluta”⁴⁴.

Com relação à norma como padrão de avaliação, o que Kelsen pretende é esclarecer que é possível fazer julgamentos de valor sobre determinadas condutas, que se é possível dizer que uma conduta é certa ou que uma conduta é errada. Mas, como estabelecer bases objetivas para os julgamentos de valor, evitando a subjetividade dos sujeitos que emitem tais juízos?

⁴² “[...] A regra de Direito e a lei da natureza não diferem tanto pelos elementos que relacionam quanto pela maneira em que é feita a conexão. A lei da natureza estabelece que, se A é, B é (ou será). A regra do Direito diz: se A é, B deve ser. A regra de Direito é uma norma (no sentido descritivo do termo). O significado da conexão estabelecida pela lei da natureza entre dois elementos é o “é”, ao passo que o significado da conexão estabelecida entre dois elementos pela regra do Direito é o “dever ser”. O princípio segundo o qual a ciência natural descreve seus objetos é o da causalidade; o princípio segundo o qual a ciência jurídica descreve o seu objeto é o da normatividade”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 64; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 46.

⁴³ “[...] Um fato tem o caráter de “exceção” à regra, se o enunciado que estabelece o fato estiver em contradição lógica com a regra. Como a norma não é um enunciado de realidade, nenhum enunciado de um fato real pode estar em contradição com a norma. Por conseguinte, não pode haver exceções à norma. A norma é, por sua própria natureza, inviolável. Dizer que a norma é “violada” por certa conduta é uma expressão figurada, e a figura usada nessa afirmação é incorreta. Porque a afirmação não diz nada sobre a norma; ela apenas caracteriza a conduta efetiva como contrária à conduta prescrita pela norma”. Ibid., p. 64; Ibid., p. 46.

⁴⁴ “[...] Se como resultado de uma pesquisa empírica, dois fenômenos são considerados como estando em relação de causa e efeito, e, se esse resultado for formulado em uma lei da natureza, não se exclui, em absoluto, que possa ocorrer um fato que esteja em contradição com essa lei e que, portanto, represente uma exceção real à lei. Se um fato desse tipo ocorrer, então a formulação da lei tem de ser alterada de modo a fazer com que o novo fato corresponda à nova fórmula. Mas a conexão de causa e efeito estabelecida pela nova fórmula também possui apenas o caráter de probabilidade, não o de necessidade absoluta. Exceções à lei não estão excluídas”. Ibid., p. 65; Ibid., p. 47.

Para isso, Kelsen distingue os “valores do Direito” dos “valores de justiça”. Como explica Kelsen:

[...] Os predicados de valor envolvidos nos julgamentos que declaram certa conduta lícita ou ilícita serão designados aqui como ‘valores do Direito’, ao passo que aqueles envolvidos nos julgamentos quanto à justiça ou injustiça de uma ordem jurídica serão chamados ‘valores de justiça’. Os enunciados que afirmam valores de Direito são julgamentos objetivos de valor, e os que afirmam valores de justiça são julgamentos subjetivos de valor⁴⁵.

Os valores de Direito podem ser verificados objetivamente. Um julgamento objetivo de valor pode ser comprovado na medida em que uma afirmação declare a correspondência ou não da conduta de um indivíduo, com o ato estipulado pela norma. O mesmo não ocorre com os valores de justiça. Neste caso, embora os que façam certas afirmações sobre a justiça ou injustiça de uma ordem jurídica se baseiem em certas normas, estas não têm o caráter objetivo que eles postulam. Ela é fruto da subjetividade do indivíduo. Para Kelsen, não há um único padrão de justiça, mas, apenas, padrões de justiça^{46,47}.

Visto isso, passemos a definição kelseniana de norma e a explicação de como ele relaciona muito dos conceitos jurídicos a ela. A norma jurídica é o sentido objetivo atribuído aos atos de vontade, trata-se da “metalinguagem do ser”⁴⁸. O objeto de uma norma sempre é

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 67; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 48.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 68; *Ibid.*, p. 49.

⁴⁷ “[...] *Eles pressupõem uma norma objetivamente válida. Mas a existência e o conteúdo dessa norma não podem ser verificados por fatos. Ela é apenas determinada por um desejo subjetivo do sujeito que faz o julgamento. Os julgamentos de valor morais e políticos e, em particular, os julgamentos de justiça baseiam-se em ideologias que não são, como são os julgamentos jurídicos de valor, paralelos a realidade social definida*”. Idem, *ibidem*, p. 69; idem, *ibidem*, p. 49. O posicionamento de Kelsen parece ser aquele em que as proposições morais, embora sejam proposições normativas, não podem ter um conteúdo cognitivo, isto é, não podem ser verdadeiras nem falsas. No entanto, conforme Raz, “[...] *ele é um subjetivista ou relativista. Declarações normativas podem ser verdadeiras ou falsas. Sendo que suas condições de verdade dependem da existência de valores relativos ao invés de valores absolutos: ‘[R]elativista... o positivismo não afirma que não existem valores, ou de que não existe nenhuma ordem moral, mas apenas que os valores que os homens acreditam, na verdade, são absolutos ao invés de relativos. Infelizmente, a versão kelseniana de relativismo é aquela familiar e incoerente pela qual o relativismo é a posição não-relativista de que os valores de cada pessoa se aplicam apenas a elas mesmas e que os valores de cada sociedade se aplicam somente a elas mesmas*”. RAZ, Joseph. *The purity of the pure theory of law*. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 244. No entanto, isso levaria a crer que, proposições normativas sinceras sobre si são sempre verdadeiras, e proposições normativas insinceras sobre si são sempre falsas. Além disso, as proposições normativas sobre as outras pessoas são sempre verdadeiras desde que estejam de acordo com a crença dessas pessoas sobre elas mesmas. Sendo assim, é verdade que um racista deve se comportar de uma maneira racista. Segundo Raz, isso é inaceitável e Kelsen não explicita nenhuma conclusão nesse sentido. Ele simplesmente evita falar sobre a verdade como aplicada as proposições morais, embora ele não tenha nenhuma explicação alternativa consistente com o resto da sua doutrina. *Ibid.*, p. 245.

⁴⁸ ROCHA, Leonel Severo. *Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico*. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. (Org.). **introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

uma conduta humana. Sendo assim, a ordem jurídica é um sistema de normas que tem como fator distintivo ter um caráter coercitivo, ou seja, a possibilidade de aplicar uma sanção no caso de “descumprimento” da norma.

Vale ressaltar que, para Kelsen, a norma é uma noção simples, não analisável, sendo, portanto, algo que não pode ser problematizado, justamente por se tratar de algo que se apresenta imediatamente a mente do sujeito cognoscente⁴⁹. A norma (dever ser) é a estrutura básica de todo o sistema jurídico, sem a qual não é possível compreender o Direito, já que este só existe enquanto sistema de normas jurídicas⁵¹.

Nesse sentido, Kelsen, então, tende a interpretar todos os conceitos jurídicos sob uma perspectiva normativa, tais como, a sanção, o dever, o direito e o delito⁵². Começamos, então, pelo conceito normativo de sanção.

A sanção existe justamente para que a conduta estipulada na norma seja realizada. Toda vez que alguém comete um delito, é necessário que se aplique uma sanção para que a norma seja respeitada. Sendo assim, as sanções são atos coercitivos. Elas podem ser criminais ou civis. Para Kelsen, ambas diferem apenas no propósito para o qual são aplicadas. No caso das sanções criminais, a retribuição ou a prevenção; já no caso das sanções civis, a reparação do dano causado⁵³.

No entanto, a sanção só deve ser aplicada quando alguém comete um delito. Sendo assim, o delito é a condição da sanção⁵⁴, embora não seja a única⁵⁵.

⁴⁹ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 96.

⁵⁰ Kelsen, em uma discussão com Hart, chegou a afirmar que “a norma é uma norma”, quando lhe foi indagado sobre o que era uma norma. HART, H. L. A. Kelsen visitado. In: HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 324.

⁵¹ Como lembra Raz, “[...] normas, portanto, são entidades, embora, é claro, elas sejam entidades abstratas, ao invés de coisas físicas: ‘a lei, como norma, é um ideal, e não uma realidade natural’”. RAZ, Joseph. **The concept of a legal system**: an introduction of the theory of legal system. Oxford/New York: Oxford University Press, 1980. p. 46. No mesmo sentido, “[...] normas são também diferentes dos fatos; elas não são entidades do mundo do ser (Sein), mas do mundo do dever ser (Sollen). [...] as normas não são de maneira alguma redutíveis a fatos e não são, portanto, objetos naturais (ou sociais). [...] O conhecimento ou a cognição das normas é um conhecimento normativo, uma cognição normativa”. GUASTINI, Ricardo. Normativism or the normative theory of legal science: some epistemological problems. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms**: critical perspectives on kelsenian themes. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 319.

⁵² Não iremos analisar aqui todos os conceitos trabalhados por Kelsen em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, mas somente aqueles conceitos que foram estabelecidos acima.

⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 71-72; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 50.

⁵⁴ “[...] o delito é a condição à qual a sanção é vinculada pela norma jurídica”. Ibid., p. 73; Ibid., p. 51.

⁵⁵ Ibid., p. 75; Ibid., p. 53.

Na perspectiva de uma teoria pura do Direito, não existe nenhum delito em si. Uma conduta só é tornada um delito na medida em que há uma norma que proíbe tal comportamento. Como explica Kelsen:

[...] é necessário separar a questão jurídica: como será definido o conceito de delito dentro de uma teoria do direito positivo?, da questão moral-política: que conduta o legislador deverá relacionar com intenção ou justiça a uma sanção? Certamente o legislador deve, primeiro, considerar determinado tipo de conduta como prejudicial, como um *malum* no sentido jurídico, um delito. Não existem *mala in se*, existem apenas *mala prohibita*, pois um comportamento é um *malum* apenas se for *prohibitum*⁵⁶.

Mas, afinal, o que é um delito? Segundo Kelsen, “[...] o delito é a conduta do indivíduo contra o qual é dirigida a sanção, como consequência de sua conduta”⁵⁷. Esta é a definição jurídica do delito. Nesse sentido, o delito não pode ser definido como a “violação da lei” ou como uma conduta socialmente indesejada⁵⁸.

Entretanto, embora não seja necessário para uma teoria pura, que a definição jurídica de delito corresponda a uma conduta que seja considerada pelo legislador como socialmente indesejável, ela é pressuposta⁵⁹.

Intimamente relacionado com o conceito de delito, encontra-se o conceito de dever. Para Kelsen, embora o dever possua em sua origem uma forte conotação moral, o dever jurídico, na perspectiva da teoria pura, elimina essa relação. Sendo assim, estar juridicamente obrigado significa “[...] que a conduta contrária é um delito e, como tal, é a condição de uma sanção estipulada por uma norma jurídica; assim, estar juridicamente obrigado significa ser o sujeito potencial de um delito, um delinquente potencial”⁶⁰.

⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 74; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 52.

⁵⁷ Ibid., p. 76; Ibid., p. 54.

⁵⁸ “[...] O conceito de delito definido simplesmente como uma conduta socialmente indesejável é um conceito moral ou político, em resumo, um conceito metajurídico, mas não jurídico. [...] Todas as explicações desse tipo sempre redundam em dizer que o delito é contra o propósito da lei. Mas isso é irrelevante para o conceito jurídico de delito. A partir de uma perspectiva puramente jurídica, o delito não é “violação da lei” – o modo específico de existência da norma jurídica, sua validade, não está, de modo algum, ameaçado pelo delito. Nem é o delito, a partir de uma perspectiva jurídica, “contrário à lei” ou “negação da lei””. Ibid., p. 6; Ibid., p. 53.

⁵⁹ “[...] A definição de delito como a conduta do indivíduo contra o qual é dirigida uma sanção, como consequência de sua conduta, pressupõe – apesar de não fazer referência ao fato – que a sanção é dirigida contra o indivíduo cuja conduta o legislador considera nociva à sociedade e que, portanto, ele tem a intenção de obstar através da sanção. Isso é válido em princípio para o Direito dos povos civilizados”. Ibid., p. 77; Ibid., p. 54.

⁶⁰ Segundo Kelsen, “[...] A existência de uma dever jurídico nada mais é que a validade de uma norma jurídica que faz a sanção dependente do oposto da conduta que forma o dever jurídico. O dever jurídico não é nada, quando separado da norma jurídica. O dever jurídico é simplesmente a norma jurídica em sua relação com o indivíduo a cuja conduta a sanção é vinculada na norma. A conduta oposta (contrária) à conduta que, como um delito, é a condição da sanção é o conteúdo do dever jurídico. O dever jurídico é o dever de se abster do delito. “Obedecer” à norma jurídica é o dever do sujeito Ibid., p. 84; Ibid., p. 59.

A diferença entre o dever moral e o dever jurídico, é a de que o último sempre se refere à conduta de pelo menos dois indivíduos: o que pode cometer o delito e o que deve aplicar a sanção⁶¹⁶².

Kelsen, então, divide a norma em duas normas separadas: uma que diz respeito ao “dever” do sujeito de observar certa conduta; outra, que se refere ao fato de que uma sanção “deve” ser aplicada pelo órgão competente no caso da primeira ser violada. A primeira, ele chama de norma secundária, enquanto a segunda de norma primária. É necessário para o Direito a existência dessas normas secundárias, pois, sem elas, o Direito jamais seria um sistema de ordens coercitivas. Ele só o é, porque possui um conjunto de normas que estipulam sanções.⁶³

Nesse sentido, Kelsen afirma que apenas indiretamente a lei (norma primária) adquire validade para o sujeito. Como ele observa:

[...] Se com ‘validade’ se quer dizer ‘dever ser’, então a lei, *i.e.*, a norma primária, é diretamente válida apenas para o órgão que deve executar a sanção. Apenas quando se faz uso do conceito de normas secundárias na noção de lei é que o sujeito ‘deve’ evitar o delito e executar o dever jurídico, e, desse modo, indiretamente a lei adquire validade também para o sujeito. Apenas o órgão pode, estritamente falando, ‘obedecer’ ou ‘desobedecer’ à norma estipulada. Tal como ordinariamente usadas, porém, as expressões ‘obedecer à norma’ e ‘desobedecer à norma jurídica’ referem-se à conduta do sujeito. O sujeito pode desobedecer apenas à norma secundária⁶⁴.

Assim como delito e dever são conceitos correlatos, o direito também é visto como um conceito proximamente relacionado ao conceito de dever. Mas, o que é um direito jurídico? Qual o seu conteúdo?

Quando alguém diz que possui um direito significa que a ordem jurídica lhe confere um poder para exigir o cumprimento de um dever por parte de outrem. Um direito, assim como um dever, é também a contraparte da norma. Embora o direito seja em última análise o

⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 83; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. P. 58.

⁶² Além disso, como Kelsen ressalta, “[...] o conceito de dever jurídico difere do de dever moral pelo fato de o dever jurídico não ser a conduta que a norma “exige”, que “deve” ser observada. O dever jurídico, pelo contrário, é a conduta por meio de cuja observância o delito é evitado, e assim, o oposto da conduta que forma a condição para sanção. Apenas a sanção “deve” ser executada”. Ibid., p. 85; Ibid., p. 60.

⁶³ Ibid., p. 86 e ss.; Ibid., p. 60 e ss.

⁶⁴ Kelsen justifica tal distinção afirmando que: “[...] apenas adotando alguma distinção terminológica de tal tipo seremos capazes de perceber com clareza a diferença entre a relação da lei com o sujeito, o delinquente potencial, e sua relação com o órgão”. Ibid., p. 87; Ibid., p. 61. Além disso, alerta Kelsen, “[...] Mas tal procedimento é justificável apenas caso se mantenha em mente que a única norma jurídica genuína é a norma sancionadora. [...] essa é a norma primária, e, se queremos fazer uso de uma norma proibindo o delito, tal norma terá o status apenas de uma norma secundária”. Ibid., p. 90; Ibid., p. 63.

cumprimento de um dever⁶⁵, o seu conteúdo não se resume a apenas isso⁶⁶. Ele consiste na norma em sua relação com o indivíduo determinado por ela⁶⁷, que possui a capacidade de exigir o cumprimento desse dever.

Um direito jurídico também não é um interesse ou uma vontade juridicamente reconhecida pela ordem normativa, embora seja presumido, tal interesse, quando o indivíduo pretende colocar em funcionamento a sanção⁶⁸. Para uma teoria pura do Direito, o conceito jurídico de direito não pode estar relacionado a vínculos psicológicos. Sendo assim, Kelsen ao definir o direito como uma norma em sua relação com o indivíduo por ela determinado, exclui certas definições tradicionais da Teoria do Direito.

Outra preocupação de Kelsen é superar o dualismo entre direito subjetivo e direito objetivo. Segundo ele, esta distinção é insustentável, e há uma nítida função ideológica na teoria de precedência dos direitos subjetivos⁶⁹. Kelsen rejeita essa proposta, afirmando que:

[...] sem pressupor uma norma geral regulando a conduta humana, não é possível fazer nenhuma afirmação sobre a existência ou não-existência de direitos. Se existe uma questão de direito jurídico, deve-se pressupor uma regra jurídica. Não podem existir direitos jurídicos antes da existência do Direito. [...] Isso significa que o direito objetivo precede os direitos subjetivos ou é concomitante a eles⁷⁰.

⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 109; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 76.

⁶⁶ Conforme Kelsen: “[...] quando se fala do direito jurídico de um indivíduo tem-se em mente um conceito mais restrito do que aquele de algo que coincide com o dever de outro indivíduo. Toda obrigação de uma pessoa não acarreta necessariamente um direito jurídico de outra pessoa, o termo sendo usado em seu sentido técnico, mais restrito”. Ibid., p. 111; Ibid., p. 77.

⁶⁷ “[...] O direito jurídico é, como o dever jurídico, a norma jurídica em relação a certo indivíduo determinado pela própria norma. O fato de a norma jurídica obrigar alguém a se conduzir de certa maneira em relação a outra pessoa não implica, em si, que esta última tenha um direito a essa conduta da primeira, que ela tenha um direito jurídico de exigir que a primeira cumpra sua obrigação. A norma jurídica deve ter um conteúdo específico a fim de constituir um direito jurídico no sentido técnico. O dever jurídico foi definido como a norma jurídica em sua relação com o indivíduo cuja conduta representa o delito. Este é o indivíduo contra quem é dirigida a sanção ou o indivíduo que tem uma relação definida com este. Agora, devemos definir o direito jurídico de modo análogo”. Ibid., p. 111; Ibid., p. 78.

⁶⁸ Como explica Kelsen: “[...] A ordem jurídica confere essa possibilidade ao indivíduo que o legislador presume ter certo interesse na sanção. Mas se a ordem jurídica confere tal possibilidade a um indivíduo, este indivíduo possui um direito mesmo que, num caso concreto, ele não tenha interesse e, desse modo, uma “vontade” de que a sanção seja executada. Um direito não é o interesse ou a vontade do indivíduo ao qual ele pertence, assim como um dever não é o temor da sanção ou compulsão na mente do indivíduo obrigado. O direito jurídico é, como o dever jurídico, a norma jurídica em sua relação com um indivíduo determinado pela norma, a saber, o queixoso potencial”. Ibid., p. 119; Ibid., p. 83.

⁶⁹ “[...] a teoria da precedência dos direitos subjetivos é da máxima importância política. O seu propósito é, obviamente, influenciar a formação do Direito, em vez de analisar a natureza do Direito Positivo. [...] A doutrina da precedência dos direitos subjetivos não é uma descrição científica do direito positivo, mas sim, uma ideologia política”. Ibid., p. 114; Ibid., p. 80.

⁷⁰ Ibid., p. 114; Ibid., p. 79-80.

Visto esses conceitos fundamentais da perspectiva estática, passemos, então, a análise do que Kelsen chama de dinâmica jurídica.

2.4 A dinâmica Jurídica: a norma fundamental e a unidade da ordem jurídica

A principal questão que Kelsen se propõe a responder, em sua teoria normativista, é: quando é que sabemos que uma norma pertence à determinada ordem jurídica?⁷¹

Normas, como já foi dito, não podem ser verdadeiras nem falsas. Toda a questão de saber quando uma norma pertence a um sistema jurídico gira em torno do conceito de validade. Elas só podem ser válidas ou inválidas. Entretanto, é preciso se saber como uma norma pode ser válida e o que isso significa.

No ponto anterior, vimos que a validade de uma norma, segundo a perspectiva estática, significa uma qualidade, um atrativo “inerente” a norma. Dizer que uma norma é válida é dizer que ela existe e tem força obrigatória. Mas, para que uma norma possa ser válida, é necessário que ela seja fruto de uma operação intelectual de inferência, assim como o particular pode ser inferido do geral, de uma norma fundamental hipotética. Dessa forma, esta norma pressuposta como válida é o único fundamento de validade de toda ordem jurídica⁷².

Como observa Kelsen, a norma fundamental é o que permite a unidade do sistema jurídico. O fundamento de validade de uma norma somente pode ser outra norma, que lhe é superior, nunca um fato. Sendo assim, todas as normas que podem ter sua origem remontada a uma norma fundamental, forma um sistema de normas, uma ordem jurídica⁷³.

Ao contrário da perspectiva estática, a validade, na perspectiva dinâmica, não é um atributo, mas uma relação. A norma fundamental estabelece, então, certa autoridade para a criação de normas jurídicas. Na perspectiva dinâmica, o que se pretende analisar é a criação e a execução da ordem jurídica. Sendo assim, “[...] a norma fundamental é a regra básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema”. Nesse sentido, “[...] uma norma faz parte de um sistema dinâmico se houver sido criada de uma maneira que é – em última análise – determinada pela norma fundamental”⁷⁴. Isso significa dizer, que “[...] a validade

⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 161; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press. 1945. p. 110.

⁷² “[...] as normas são válidas por causa de uma qualidade a elas inerente. As normas possuem esta qualidade porque são deriváveis de uma norma fundamental específica, do mesmo modo que o particular é derivável do geral. A força de obrigatoriedade da norma fundamental é, ela própria, auto-evidente, ou, pelo menos, presume-se que o seja”. Ibid., p. 164; Ibid., p. 112.

⁷³ Ibid., p. 163; Ibid., p. 111.

⁷⁴ Ibid., p. 165; Ibid., p. 113.

*de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político*⁷⁵.

A sua função é determinar o modo de criação das normas jurídicas e, além disso, qualificar determinado evento como o evento inicial do processo criador de normas. Em outras palavras, estabelecer seu ponto de partida⁷⁶. Sendo assim, para que uma norma particular seja válida ela tem que ter sido criada por uma norma superior que, por sua vez, foi determinada por uma norma fundamental. Nesse processo, é possível que cheguemos a uma Constituição. Mas, como uma Constituição se torna válida?

É nesse sentido, que Kelsen remonta a primeira Constituição para explicar a validade das normas jurídicas atuais. Somente a partir dela é que se pode fazer tal pressuposição. Segundo Kelsen, “[...] *é apenas sob tal pressuposição que as declarações daqueles a quem a Constituição confere poder criador de leis são normas de caráter obrigatório*”⁷⁷. Dessa forma, a importância da pressuposição da norma fundamental reside no fato de que sem ela não seria possível interpretar como Direito o material empírico⁷⁸.

Outra questão que merece atenção neste ponto, diz respeito a tensão existente entre a validade e a eficácia, entre o dever ser e o ser. Kelsen entende que uma norma pode perder sua validade quando a ordem jurídica como um todo deixa de ser eficaz. Isso quer dizer, que a eficácia do sistema jurídico como um todo é uma condição, mas não o fundamento, para a validade das normas jurídicas⁷⁹. Sendo assim, Kelsen observa que:

[...] a relação entre validade e eficácia parece ser a seguinte: uma norma é uma norma válida se a) houver sido criada da maneira estabelecida pela ordem jurídica à qual pertence, e se b) não houver sido anulada, ou de maneira estabelecida por essa ordem jurídica, ou por desuetude, ou pelo fato de ter a ordem jurídica, como um todo, perdido a sua eficácia⁸⁰.

Embora Kelsen reconheça que há uma relação necessária entre essas duas dimensões, ele não reduz a validade à eficácia, pois do contrário, segundo ele, não seria possível

⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 166; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press. 1945. p. 113.

⁷⁶ Kelsen ainda observa que, “[...] *as normas particulares da ordem jurídica não podem ser logicamente deduzidas a partir dessa norma fundamental, como pode a norma “ajude ao próximo quando ele precisar de ajuda” ser deduzida da norma “ame o próximo”. Elas têm de ser criadas por um ato especial de vontade, e não concluídas a partir de uma premissa por meio de uma operação intelectual*”. Ibid., p. 167; Ibid., p. 114.

⁷⁷ E ele continua afirmando que: “[...] *todos esses atos pertencem a uma ordem jurídica porque a origem de sua validade pode ser remontada – direta ou indiretamente – à primeira constituição. Pressupõe-se que a primeira Constituição seja uma norma jurídica de caráter obrigatório, e a formulação da pressuposição é a norma fundamental dessa ordem jurídica*”. Ibid., p. 169; Ibid., p. 115.

⁷⁸ Ibid., p. 170; Ibid., p. 116.

⁷⁹ Ibid., p. 174; Ibid., p. 119.

⁸⁰ Ibid., p. 175; Ibid., p. 120.

diferenciar uma norma jurídica da realidade⁸¹. Para ele, elas ainda são dois fenômenos distintos⁸².

Vale ressaltar, que Kelsen afirma que o conteúdo da norma fundamental não é uma criação arbitrária do pensamento jurídico, mas é determinado por fatos. Sua função é atribuir uma interpretação jurídica sobre alguns fatos criadores e executores da ordem jurídica⁸³. Com isso, ele acaba estabelecendo um limite para postulação da norma fundamental, para aquele que quer realmente compreender um determinado sistema jurídico, fazendo com que somente seja possível pressupor uma norma fundamental que venha a justificar um dado ordenamento jurídico. Como foi dito, as normas jurídicas são válidas se pertencem a um sistema normativo globalmente eficaz. Sendo assim, a norma fundamental deve ser aquela capaz de justificar uma ordem coercitiva que seja no seu todo eficaz⁸⁴.

Entretanto, isso não quer dizer que a conduta dos indivíduos deve se conformar plenamente às normas de um sistema, mas que ela deve manter um limite, um certo grau de cumprimento e descumprimento, mantendo, assim, a tensão necessária que deve existir entre o dever ser e o ser⁸⁵.

Ele esclarece como a relação entre validade e eficácia, pode ser entendida como a relação entre Direito e força. Como ele mesmo observa:

[...] A eficácia do Direito pertence ao domínio da realidade e é muitas vezes chamada de poder do Direito. Se substituirmos poder por eficácia, então o problema da validade e eficácia é transformado no problema mais comum de “direito e força”. E, então, a solução aqui apresentada é meramente o enunciado preciso da velha verdade de que, apesar de o Direito não poder

⁸¹ “[...] A realidade pode se conformar ao Direito ou contradizê-lo; a conduta humana pode ser caracterizada como lícita ou ilícita apenas se o Direito e a realidade natural, o sistema de normas jurídicas e a conduta efetiva dos homens, o “dever ser”, forem dois domínios diferentes”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 177; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press. 1945. p. 121.

⁸² Ibid., p. 175; Ibid., p. 119.

⁸³ Ibid., p. 175; Ibid., p. 120.

⁸⁴ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.110.

⁸⁵ “[...] Sem tal possibilidade, uma ordem normativa seria completamente destituída de significado. O que necessariamente acontece sob as leis da natureza não tem de ser prescrito por normas: a norma fundamental de uma ordem social à qual se conforma, sempre e sem exceções, a conduta dos indivíduos seria a seguinte: “Os homens devem se conduzir como efetivamente se conduzem” ou “você deve fazer o que efetivamente faz”. Tal ordem teria tanto sentido quanto uma ordem à qual a conduta humana não se conformasse de modo algum, mas que a contrariasse sempre e em todos os aspectos. Por conseguinte, uma ordem normativa perde sua validade quando a realidade não mais corresponde a ela, pelo menos em certo grau. A validade de uma ordem jurídica depende, desse modo, da sua concordância com a realidade, da sua “eficácia”. A relação que existe entre a validade e a eficácia de uma ordem jurídica – por assim dizer, a tensão entre o “dever ser” e o “ser” – pode ser determinada apenas por um limite superior e inferior. A concordância não deve exceder certo limite máximo, nem cair abaixo de um limite mínimo”. KELSEN, op. cit., p. 176; KELSEN, op. cit., p. 120.

existir sem poder, ainda assim Direito objetivo e poder, direito e força, não são a mesma coisa. O Direito é, segundo a teoria aqui desenvolvida, uma ordem ou organização específica do Poder.

Cabe ressaltar, também, que a eficácia para Kelsen é um princípio de direito internacional. Sendo assim, para que a Constituição de um Estado nacional seja válida, ela deve respeitar essa norma jurídica positiva, isto é, constituir uma ordem jurídica que seja no todo eficaz. Nesse sentido, “[...] *as normas fundamentais das ordens jurídicas nacionais são, elas próprias, baseadas em uma norma geral da ordem jurídica internacional*”⁸⁶.

Outra questão que merece nossa atenção, é que Kelsen considera o conceito dinâmico de Direito como um conceito apenas aparente de Direito. Segundo ele, não é possível por meio desse conceito se chegar a “essência” do que é o Direito, já que não se tem um critério por meio do qual se possa distinguir a ordem jurídica das outras ordens sociais, tal como o conceito de direito como uma ordem coercitiva o faz⁸⁸. Tudo que ela oferece é uma

⁸⁶ E ele continua: “[...] *Se concebermos o Direito internacional como uma ordem jurídica à qual estão subordinados todos os Estados (e isso quer dizer todas as ordens jurídicas nacionais), então a norma fundamental de uma ordem jurídica nacional não é uma mera pressuposição do pensamento jurídico, mas uma norma jurídica positiva, uma norma de Direito internacional aplicada à ordem jurídica de um Estado concreto. Admitindo a primazia do Direito internacional sobre o Direito nacional, o problema da norma fundamental desloca-se da ordem jurídica nacional para a ordem jurídica internacional. Então, a única norma fundamental verdadeira, uma norma que não é criada por um procedimento jurídico, mas pressuposta pelo pensamento jurídico, é a norma fundamental do Direito internacional.*”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 177-178; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press. 1945. p. 121

⁸⁷ Vale ressaltar, que a proposta deste trabalho não consiste em observar as considerações de Kelsen sobre a doutrina da unidade do Direito internacional e do Direito nacional.

⁸⁸ Na verdade, Kelsen se encontra com uma enorme dificuldade. Ele definiu as normas jurídicas como sendo normas que condicionam os comportamentos humanos, impondo deveres, em que são garantidas por uma sanção. Entretanto, em uma perspectiva estática, a norma sempre impõe um dever cujo descumprimento acarreta uma sanção. Já na perspectiva dinâmica, as normas não impõem deveres, mas conferem poderes legislativos. Ao se dar conta disso, ele tenta, por meio da perspectiva dinâmica, reconciliar essas duas visões, estabelecendo a possibilidade de projetar uma classificação na outra, como pode se extrair da seguinte passagem: “[...] *As normas da Constituição que regulam a criação das normas gerais a serem aplicadas pelos tribunais e outros órgãos aplicadores de Direito não são, desse modo, normas completas independentes. Elas são partes intrínsecas de todas as normas jurídicas que os tribunais e outros órgãos têm de aplicar. Sobre este fundamento o Direito constitucional não pode ser citado como um exemplo de normas jurídicas que não estipulam qualquer sanção. As normas da Constituição material são Direito apenas na sua conexão orgânica com as normas estipuladoras de sanção que são criadas com base nelas. Aquilo que, a partir de uma perspectiva dinâmica, é a criação de uma norma determinada por uma norma superior, a Constituição, torna-se, numa exposição estática de Direito, uma das condições à qual está vinculada a sanção como consequência na norma geral (que, a partir da perspectiva dinâmica, é a norma inferior em relação à Constituição). Numa exposição estática de Direito, as normas superiores da Constituição são, por assim dizer, projetadas nas normas inferiores)*”. Ibid., p. 208; Ibid., p. 143. No entanto, isso leva a crer que há uma primazia do princípio estático sobre o princípio dinâmico, já que conforme Kelsen: “[...] *se pelo termo ‘Direito’ quer se exprimir algo pertencente a certa ordem jurídica, então Direito é qualquer coisa que foi criada de acordo com o procedimento descrito pela constituição fundamental dessa ordem. Isso não quer dizer, porém, que tudo o que foi criado de acordo com esse procedimento seja Direito no sentido de norma jurídica. É uma norma jurídica apenas se pretende regular a conduta humana e se regula a conduta humana estabelecendo um ato de coerção como sanção*”. Ibid., p. 180; Ibid., p. 123. Em razão disso, segundo Raz, “[...] *normas dinâmicas não são, portanto, normas de modo algum*”. RAZ, Joseph. **The concept of a legal system: an introduction of the theory of legal system**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1980. p. 109 e seg.

resposta para se saber quando e por que uma norma jurídica é válida, nada mais. Sendo assim, uma norma jurídica será válida toda vez que for criada através de um procedimento estabelecido pela Constituição de uma ordem jurídica determinada, cuja validade é derivada de uma norma fundamental⁸⁹.

Em função disso, as normas possuem uma hierarquia. A relação entre elas não se dá por relações de coordenação, já que sempre vai existir uma norma superior que lhe confere validade, que determina o seu modo de criação e o seu conteúdo. Tendo isso em vista, existe sempre uma relação entre uma norma superior e uma norma inferior, cuja unidade do sistema é garantida pela norma fundamental⁹⁰.

Dentro dessa hierarquia, a Constituição e, a depender das circunstâncias, o costume encontram-se no topo. Cabe a eles a determinação das normas gerais, não só aquelas concernentes aos procedimentos, mas, também, aos conteúdos.

A preocupação de Kelsen em mostrar o costume como fato gerador de Direito perpassa toda a obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Nesse sentido, ele nos mostra como dentro do Direito consuetudinário, o costume é uma norma mesmo antes de ser reconhecido pelos tribunais. Sendo assim, Kelsen observa que o costume é criado por indivíduos que são considerados órgãos pela ordem jurídica, da mesma maneira que o Legislativo e o Judiciário o são⁹¹. Além disso, o costume pode ser tanto uma instituição constitucional instituída expressamente pela Constituição, quanto tacitamente. Caso isso ocorra, deve-se admitir ao lado das normas constitucionais escritas, normas não-escritas⁹².

Cabe ressaltar, que na perspectiva de uma *Teoria Pura*, somente o direito determina a sua própria criação. Kelsen observa, por exemplo, que quando falamos em “fontes do Direito”, estamos lidando com uma expressão bastante ambígua, tendo em vista que a utilizamos não apenas para designar as formas de criação do Direito, mas, também, o seu fundamento de validade. Nesse sentido, é que cumpre salientar que o único fundamento possível, segundo essa perspectiva, é a norma fundamental. Apenas o Direito pode determinar a sua própria criação. Sendo assim, uma norma superior é sempre a fonte de uma norma inferior que foi criada segundo as determinações daquela, e assim sucessivamente⁹³.

No entanto, é possível que a expressão seja interpretada de outra forma, em um sentido inteiramente não-jurídico. Dessa maneira, ela faria referência a princípios morais,

⁸⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 179; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 122.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 181; *Ibid.*, p. 124.

⁹¹ *Ibid.*, p. 186; *Ibid.*, p. 127.

⁹² *Ibid.*, p. 184; *Ibid.*, p. 126.

⁹³ *Ibid.*, p. 191-192; *Ibid.*, p. 131.

políticos etc. que influenciam os órgãos aplicadores do Direito, mas que não possuem nenhuma obrigatoriedade jurídica. Apesar disso, ele ressalta que tais normas podem ser transformadas em norma jurídicas, sendo os responsáveis por aplicá-las, obrigados a respeitá-las⁹⁴.

Visto isso, deve-se observar que essas normas gerais do Direito estatutário ou consuetudinário, segundo Kelsen, possuem uma dupla função: 1) determinar os órgãos aplicadores do direito e o procedimento a ser observado por eles; 2) determinar o conteúdo de seus atos⁹⁵.

No entanto, o Direito não se baseia apenas em normas gerais. Sendo assim, é necessário explicar outra questão. A doutrina tradicional, segundo Kelsen, comete um erro grave ao afirmar que a aplicação e a criação de normas jurídicas são atividades completamente diferentes. Ao aplicar uma norma superior, cria-se uma norma inferior, e assim sucessivamente. Por exemplo, uma decisão judicial é uma norma jurídica individual criada a partir de uma norma jurídica geral (um estatuto)⁹⁶. Ele observa que até mesmo a primeira Constituição pode ser considerada a aplicação da norma fundamental⁹⁷.

Vale ressaltar, que no caso das decisões judiciais, embora se aplique normas jurídicas gerais preexistentes, trata-se de um ato de natureza constitutiva, já que há a individualização e a concretização das causas e consequências que se encontram estipuladas nas normas jurídicas gerais e abstratas. Quando alguém comete um crime, por exemplo, só é possível estabelecer que alguém cometeu um crime, depois que um órgão determinado pela ordem jurídica, motiva o Judiciário para que seja instaurado certo processo, para que este, a partir dele, aplique uma sanção ao delinquente. Sendo assim, “[...] *as condições e consequências são relacionadas por decisões judiciais no domínio do concreto*”⁹⁸. É nesse sentido que a decisão judicial pode ser vista como parte do processo de criação do Direito, que começa com o estatuto ou costume, mas que entra em contato com a vida social somente com a criação da norma jurídica individual, que, no caso, é a decisão⁹⁹.

⁹⁴ “[...] Porém, ao obrigar os órgãos criadores de Direito a respeitar ou aplicar certas normas morais, princípios políticos ou opiniões de especialistas, a ordem jurídica pode transformar estas normas, princípios ou opiniões em normas jurídicas e, desse modo, em verdadeiras fontes de Direito”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 192; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

⁹⁵ Ibid., p. 188; Ibid., p. 131-132.

⁹⁶ Ibid., p. 194; Ibid., p. 133.

⁹⁷ “[...] A elaboração da primeira Constituição pode, igualmente, ser considerada uma aplicação da norma fundamental”. Ibid., p. 194; Ibid., p. 133.

⁹⁸ Ibid., p. 197; Ibid., p. 135.

⁹⁹ Ibid., p. 196; Ibid., p. 134.

Além disso, ela é constitutiva na medida em que averigua os fatos condicionantes da sanção. Segundo Kelsen, como não existem fatos jurídicos em si, mas somente aqueles fatos que chegam ao nosso conhecimento, apenas quando tais fatos são reconhecidos pela autoridade dotada de competência normativa para tanto, é que eles possuem relevância jurídica. Sendo assim, apenas após a sua averiguação por meio de um processo jurídico é que esses fatos são trazidos para o Direito. Dito de outro modo, “[...] *os fatos condicionantes criam juridicamente esses fatos*”¹⁰⁰.

Outro problema que Kelsen também pretende esclarecer neste ponto, é a ideia de que o que chamamos de “lacunas do Direito”, na verdade, não passa de uma ficção. Quando um juiz, por exemplo, se depara com um caso em que não “existe” uma lei a ser aplicada, abre-se para ele duas possibilidades: criar a norma jurídica material individual para o caso em questão, ao aceitar o pedido do órgão responsável pela ação; ou, cabe a ele rejeitá-la. No segundo caso, ele aplica a ordem jurídica, a norma segundo a qual ninguém pode ser obrigado a observar certa conduta que não está imposta por uma norma¹⁰¹.

Já no primeiro caso, a situação é um pouco mais complexa. Nesta situação, o juiz recebe uma autorização da ordem jurídica, para atuar como um legislador, e criar a norma jurídica material. Não se trata de preencher uma lacuna, mas de acrescentar ao Direito preexistente uma norma jurídica individual que não possui correspondência com uma norma jurídica geral. No entanto, deve-se ressaltar, que o juiz só pode agir assim quando considerar a inexistência de tal norma *injusta, iníqua e insatisfatória*¹⁰²¹⁰³¹⁰⁴.

Tal ideia tem o propósito de ocasionar dois efeitos: o primeiro, limitar a autorização do juiz para criar a norma jurídica material para aqueles casos em que não exista uma obrigação jurídica estipulada em uma norma geral¹⁰⁵; e, em segundo lugar, para limitar os

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 198; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 136.

¹⁰¹ Ibid., p. 213; Ibid., p. 147.

¹⁰² Ibid., p.213; Ibid., p. 147.

¹⁰³ Segundo Kelsen: “[...] *A corte é autorizada a ordenar uma sanção contra o acusado ou réu apesar da falta de uma norma geral estipulando a obrigação deste; isso, contanto que o tribunal julgue a inexistência de tal norma geral estipulando a obrigação do acusado ou réu reclamada pelo promotor ou queixoso como sendo insatisfatória, injusta ou iníqua. Isso significa que o tribunal é autorizado a criar para o caso concreto a norma de direito substantivo que considera satisfatória, justa ou imparcial. O tribunal funciona, então, como um legislador*”. Ibid., p. 211; Ibid., p. 145.

¹⁰⁴ Vale ressaltar: “[...] *A condição sob a qual o juiz está autorizado a decidir uma dada disputa na condição de legislador não é – como a teoria das lacunas pretende – o fato de a aplicação do Direito efetivamente válido ser logicamente impossível, mas o fato de que a aplicação do Direito efetivamente válido é – segundo a opinião do juiz – inadequada jurídica e politicamente*”. Ibid., p. 213-214; Ibid., p. 147-148.

¹⁰⁵ Ibid., p. 214; Ibid., p. 148.

juízes a emitirem tais decisões apenas nos casos razoavelmente raros em que a rejeição da demanda pareça algo demasiadamente injusto¹⁰⁶¹⁰⁷.

Sendo assim, a pergunta que se faz é: então o poder dos juízes é ilimitado? Bem, Kelsen responde a essa pergunta de modo negativo. Segundo ele, os juízes como órgãos do Estado somente podem atuar segundo os poderes que lhes forem conferidos pela organização do Estado. Mas, o que é essa organização? Ora, somente pode ser “[...] a constituição válida [...] são as normas válidas criadas com base na Constituição, ou seja, o sistema de normas que, de um modo geral, são eficazes”¹⁰⁸.

Visto isso, o último problema que vamos analisar neste tópico, diz respeito ao “conflito entre normas”. É possível que um juiz, ao criar a norma jurídica individual, não aplique o direito preexistente, assim como também é possível que um legislador crie um estatuto que não esteja de acordo com as determinações constitucionais. Nestes casos, as normas permanecem válidas, até que um órgão competente, no caso, um órgão constitucional, um tribunal de última instância, anule a decisão ou estatuto inconstitucional. Até que seja anulada, a norma permanece válida¹⁰⁹.

Mas pode ser o caso também, de tal decisão ou estatuto ser autorizado pela própria constituição, como uma forma *alternativa* de elaboração de ambos. Como explica Kelsen:

[...] Assim como os tribunais podem ser autorizados, sob certas circunstâncias, a não aplicar o Direito estatutário ou consuetudinário existente e a atuar como legislador e criar novo Direito, o legislador comum pode ser autorizado, sob certas circunstâncias, a atuar como legislador constitucional. Se um estatuto decretado pelo órgão legislativo é considerado válido apesar de ter sido criado de outro modo e de ter outro conteúdo que não os prescritos pela Constituição, devemos admitir que as prescrições da Constituição referentes à legislação possuem um caráter alternativo. O legislador está autorizado ou a aplicar as normas estabelecidas diretamente pela Constituição ou a aplicar outras normas que ele próprio venha a determinar. Do contrário, um estatuto cuja criação ou conteúdo não se

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 215; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 148.

¹⁰⁷ “[...] A teoria das lacunas no Direito, na verdade, é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial. Mas o sancionamento dessa teoria fictícia pelo legislador tem o efeito desejado de restringir consideravelmente a autorização que o juiz tem de atuar como legislador, ou seja, de emitir uma norma individual com força retroativa nos casos em consideração”. Ibid., 215; Ibid., p. 149.

¹⁰⁸ Ibid., p. 220; Ibid., p. 152.

¹⁰⁹ Conforme Kelsen: “[...] uma norma jurídica é sempre válida, não pode ser nula, mas pode ser anulada. Existem, contudo, diferentes graus de anulabilidade. A ordem jurídica pode autorizar um órgão especial a declarar uma norma nula, ou seja, anular a norma com força retroativa, de modo que os efeitos jurídicos, previamente produzidos pela norma, possam ser abolidos. Isso é geralmente – mas não corretamente – caracterizado pela afirmação de que a norma era nula ab initio ou que foi declarada “írrita e nula”. A “declaração” em questão tem, contudo, não caráter declaratório, mas constitutivo. Sem essa declaração do órgão competente, a norma não pode ser considerada nula”. Ibid., p. 230; Ibid., p. 159.

conformasse às prescrições estabelecidas diretamente pela Constituição não poderia ser considerado válido¹¹⁰.

Seja como for, a existência de qualquer tipo de contradição na ordem jurídica, entre duas normas de níveis diferentes, jamais poderá ameaçar a coerência do ordenamento jurídico. A unidade do sistema deve ser sempre preservada¹¹¹.

2.5 Estado e Direito

A teoria do Estado, em Kelsen, faz parte da teoria do Direito. O Estado e todos os seus elementos assumem um caráter normativo. Dentre eles, nos interessa analisar apenas o conceito normativo do Estado.

Para Kelsen, não é possível existir um dualismo entre o Direito e o Estado, já que este problema é apenas fruto das tentativas errôneas de algumas teorias sociológicas, que tentam explicar as manifestações concretas, daquilo que se chama Estado, como uma realidade social subjacente, independente de um conceito normativo.

Isso gera o grande problema de se ver o Estado como uma entidade distinta do Direito, ou melhor, talvez vê-lo como um tipo de homem ou supra-homem, acima dos demais indivíduos¹¹². Kelsen rejeita categoricamente essa dualidade de objetos e propõe o Estado como a personificação da ordem jurídica nacional. Porém, antes de fazê-lo, ele analisa quatro teorias sociológicas diferentes que falham na tentativa de encontrar um elemento na realidade social que confira unidade ao Estado¹¹³.

A primeira é a que trata da unidade do corpo social como interação. Isso significa que a interação é o elemento que dá unidade aos indivíduos que pertencem ao mesmo Estado e que o constitui, portanto, como uma realidade social independente do seu conceito normativo. Dessa forma, os indivíduos que pertencem a tal realidade influenciam uns aos outros. Mas, praticamente todos os fenômenos interagem dessa maneira. Então, como aplicar tal teoria ao Estado? A resposta é que se deve admitir que existam certos níveis de interação

¹¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 226; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 156.

¹¹¹ Ibid., p. 233; Ibid., p. 162.

¹¹² Ibid., p. 263; Ibid., p. 182.

¹¹³ “[...] A comunidade social significa unidade de uma pluralidade de indivíduos ou de ações de indivíduos. A asserção de que o Estado não é apenas uma entidade jurídica, mas uma entidade sociológica, uma realidade social que existe independentemente de sua ordem jurídica, só pode ser comprovada demonstrando-se que os indivíduos que pertencem ao mesmo Estado formam uma unidade e que essa unidade não é constituída pela ordem jurídica, mas por um elemento que nada tem a ver com o Direito. Contudo, tal elemento que constitui o “uno entre os muitos” não pode ser encontrado”. Ibid., p. 264; Ibid., p. 183.

ou graus, “[...] e que a interação entre indivíduos do mesmo Estado é mais intensa do que a interação entre indivíduos pertencentes a Estados diferentes”¹¹⁴.

Contudo, isso não passa de um grande erro. Afinal de contas, como alerta Kelsen, “[...] se fosse possível medir com exatidão a intensidade da interação social, provavelmente se descobriria que a humanidade está dividida em grupos que não coincidem, em absoluto, com os Estados existentes”¹¹⁵.

A segunda teoria é aquela em que a unidade do corpo social é constituída por uma “vontade” ou “interesse comum”. Ela propõe que os indivíduos de um mesmo Estado estão unidos por uma “vontade” ou “interesse comum”, um “sentimento coletivo” ou uma “consciência coletiva”, como sendo o fato que constitui essa comunidade. Kelsen rejeita por completo tal teoria, já que é quase impossível que indivíduos sintam, pensem e queiram algo de certa maneira e que se encontrem unidos por conta disso. Além disso, esse interesse ou vontade não pode ser de um ser que é superior aos indivíduos humanos, do contrário isso não passaria de uma especulação metafísica. O fato é que tal teoria tem a nítida função ideológica de ocultar a situação de que dentro de um mesmo Estado existem vários grupos com interesses conflitantes entre si¹¹⁶.

A terceira enxerga o Estado como um organismo social. Segundo Kelsen, o objetivo da teoria não é o de explicar cientificamente esse fenômeno, mas tão somente de “[...] resguardar o valor do Estado como instituição, ou de algum Estado particular, confirmar a autoridade dos órgãos do Estado e aumentar a obediência dos cidadãos”¹¹⁷. De alguma maneira seu propósito é ressaltar a significação ética do Estado, fazendo com que os cidadãos cumpram suas obrigações de uma maneira mais eficiente se forem levadas a acreditar em tal teoria¹¹⁸.

Por fim, a última teoria interpreta o Estado como uma realidade social de dominação, como a relação em que alguns indivíduos comandam e outros são governados.

¹¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 265; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 183.

¹¹⁵ Ibid., p. 265; Ibid., p. 184.

¹¹⁶ “Percebe-se com mais clareza esse propósito ideológico quando o Estado é descrito como um “interesse coletivo”. Na verdade, a população de um Estado está dividida em vários grupos de interesses mais ou menos opostos entre si. A ideologia de um interesse coletivo do Estado é usada para ocultar esse inevitável conflito de interesses. Chamar o interesse expressado pela ordem jurídica de interesse de todos é uma ficção mesmo quando a ordem jurídica representa um compromisso entre os interesses dos grupos mais importantes. Fosse a ordem jurídica realmente a expressão dos interesses comuns a todos, ou seja, se a ordem jurídica estivesse em completa harmonia com os desejos de todos os indivíduos sujeitos à ordem, então essa ordem poderia contar com a obediência voluntária de todos os seus sujeitos; ela não precisaria ser coercitiva, e, sendo completamente “justa”, não precisaria nem mesmo ter o caráter de Direito”. Ibid., p. 267; Ibid., p. 185.

¹¹⁷ Ibid., p. 267-268; Ibid., p. 185.

¹¹⁸ Ibid., p. 268; Ibid., p. 185.

Ela, portanto, ressalta o fato de que alguns indivíduos expressam sua vontade de que certas pessoas se comportem de determinada maneira, ao passo que estas tenham suas condutas motivadas pela vontade daqueles¹¹⁹. Contudo, várias relações humanas são relações de dominação. Sendo assim, como distinguir essas relações de dominação que constituem o Estado daquelas que não o constituem? Para Kelsen, isso só é possível por meio do conceito normativo de Estado, ou seja, apenas pela ordem jurídica válida que o constitui¹²⁰. Afinal de contas, o fato de alguém se encontrar na posição de impor certo padrão de conduta para outrem não constitui o fundamento para que tal relação seja chamada de Estado. Apenas uma dominação “legítima” pode ser considerada como Estado. Conforme Kelsen, “[...] mesmo o sociólogo reconhece a diferença entre um Estado e uma quadrilha de ladrões”¹²¹¹²².

Diante disso, não é plausível se admitir que exista uma realidade social subjacente, que constitui o Estado, ao lado da sua realidade jurídica. O Estado como pessoa jurídica só pode ser uma comunidade criada pela ordem jurídica, ou melhor, a ordem jurídica nacional que cria a comunidade, a sua personificação. E isso é importante para que se possa entender, que é dessa forma que o Direito positivo se manifesta empiricamente, por meio de ordens jurídicas nacionais, que se encontram relacionadas entre si por meio de uma ordem jurídica internacional¹²³. Sendo assim, não há nenhum motivo para se admitir essa dualidade de ordens, já que a comunidade que chamamos Estado somente pode ser a sua ordem jurídica¹²⁴.

No entanto, com isso, não se quer dizer, que os fatos que o sociólogo pretende analisar, como uma realidade social autônoma, devam ser ignorados. Afinal de contas, eles são ações de seres humanos e os atos do Estado se manifestam através dos atos de seus órgãos¹²⁵.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 268; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 186.

¹²⁰ Ibid., p. 269; Ibid., p. 186-187.

¹²¹ Ibid., p. 270; Ibid., p. 187.

¹²² “[...] A descrição sociológica do Estado como um fenômeno de dominação não é completa se for estabelecido apenas o fato de que homens forcem outros homens a certa conduta. A dominação que caracteriza o Estado tem a pretensão de ser legítima e deve ser efetivamente considerada como tal por governantes e governados. Considera-se a dominação legítima apenas se ocorrer em concordância com uma ordem jurídica cuja validade é pressuposta pelos indivíduos atuantes; e essa ordem é a ordem jurídica da comunidade cujo órgão é o “governante do Estado”. A dominação que tem, sociologicamente, o caráter de “Estado” apresenta-se como criação e execução de uma ordem jurídica, ou seja, uma dominação interpretada como tal pelos governantes e governados”. Ibid., p. 270; Ibid., p. 187-188.

¹²³ Ibid., p. 262; Ibid., p. 181.

¹²⁴ Ibid., p. 263; Ibid., p. 182.

¹²⁵ Ibid., p. 272; Ibid., p. 189.

Mas, como saber que os atos de um indivíduo são atos do Estado? Conforme Kelsen, “[...] *uma ação é um ato do Estado na medida em que seja a execução de uma ordem jurídica*”¹²⁶, ou que esteja relacionado com a sua criação¹²⁷¹²⁸.

Nesse sentido, um órgão é um indivíduo que cumpre uma função explicitamente determinada pela ordem jurídica¹²⁹. Entretanto, ao lado desse conceito, que poderíamos chamá-lo de formal, existe um conceito material. Este se refere apenas aqueles órgãos num sentido estrito, como, por exemplo, o Parlamento ou o Executivo, em outras palavras, a todos aqueles indivíduos que podem ser considerados funcionários públicos. Isso significa que para que um indivíduo seja considerado órgão do Estado, ele deve possuir uma posição jurídica definida¹³⁰. Basicamente, trata-se do aparato burocrático formado pelos funcionários do Estado. Nessa qualidade, os atos desses indivíduos são considerados atos do Estado.

Apenas para finalizar esse ponto, Kelsen também tenta demonstrar como se dá a relação entre o Direito e o poder. Diz-se que o Estado é uma organização política do poder. Toda organização é uma ordem, e, no caso do Estado, ela somente pode ser uma ordem normativa. Dessa forma, segundo ele, “[...] *O Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ela monopoliza o uso da força*”. E qual a característica distintiva do Direito? Justamente ser uma ordem coercitiva. Portanto, Kelsen conclui que o “[...] *Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito*”¹³¹. Sendo assim, “[...] *o poder do Estado é o poder organizado pelo Direito positivo – é o poder do Direito, ou seja, a eficácia do Direito positivo*”¹³².

2.6 Direito e Interpretação

O capítulo VIII de *Teoria Pura do Direito* é visto como um dos principais problemas apontados pelos críticos do normativismo kelseniano. É nele, que Kelsen trata do problema da interpretação do Direito. Para ele, existem diferentes tipos de interpretação: a que os órgãos

¹²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 276; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 192.

¹²⁷ Ibid., p. 277; Ibid., p. 192.

¹²⁸ “[...] *Os indivíduos cujas ações são consideradas atos do Estado, cujas ações são imputadas ao Estado, são designados “órgãos do Estado”. [...] A imputação de uma ação humana ao Estado é possível apenas sob a condição de que essa ação seja determinada de um modo específico por uma ordem normativa; e essa ordem é a ordem jurídica*”. Ibid., p. 276; Ibid., p. 191.

¹²⁹ Ibid., p. 277; Ibid., p. 192.

¹³⁰ Ibid., p. 277; Ibid., p. 192.

¹³¹ Ibid., p. 273; Ibid., p. 189-190.

¹³² Ibid., p. 274; Ibid., p. 190.

do Direito devem realizar para aplicar normas; a que os indivíduos devem realizar para observar o Direito; e, por fim, a que a ciência jurídica realiza ao interpretar um determinado ordenamento jurídico positivo¹³³.

No que se refere à primeira, “[...] a interpretação se refere a um processo mental que se faz presente no processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior a um escalão inferior”¹³⁴. É possível que, muitas vezes, uma norma geral, em virtude de uma expressão verbal, ou da intenção do órgão que a criou, propicie uma indeterminação no ato de aplicação do Direito. Nesses casos, o tribunal deverá interpretar a norma geral como uma moldura dentro da qual ele se encontra livre para criar a norma jurídica individual para o caso em questão, escolhendo, por meio de um ato de vontade, quais das interpretações possíveis, dentro das várias possibilidades significativas oferecidas pela moldura, ele deverá adotar¹³⁵.

Isso não se restringe apenas ao caso dos tribunais. No caso das resoluções administrativas e no processo de leis, também pode acontecer tal tipo de indeterminação, toda vez que uma lei, ou a própria Constituição, apresentar tais tipos de problemas.

Sendo assim, a tarefa da interpretação é delimitar a moldura da norma, do direito que tem de interpretar. Como observa Kelsen:

[...] Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral¹³⁶.

¹³³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388; KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. Berkeley: University of California Press, 1967. p. 349.

¹³⁴ Ibid., p. 387; Ibid., p. 348.

¹³⁵ “[...] A norma superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”. Ibid., p. 388; Ibid., p. 349.

¹³⁶ Ibid., p. 390; Ibid., p. 350.

É nesse sentido, que a interpretação deve ser mais do que um ato de intelecção. Ela tem de ser, também, a expressão de um ato de vontade. Além disso, é justamente por causa dessa indeterminação, intencional ou não, que a interpretação nunca leva a uma resposta correta, a uma única solução¹³⁷. O problema de se saber qual é a resposta correta não é um problema da teoria do Direito, mas uma questão de Política¹³⁸.

Outra questão que Kelsen ressalta, é que é possível que o órgão jurídico responsável, no momento da criação da norma jurídica, realize outra atividade cognoscitiva, levando em consideração normas metajurídicas – normas morais, por exemplo –, devendo tal ato ser considerado negativamente, já que não deriva do Direito positivo. No entanto, se o próprio Direito positivo fizer referência a possibilidade desses órgãos se valerem dessas normas, estas passam a ser tidas como normas de Direito positivo¹³⁹.

Esse primeiro tipo de interpretação é chamado, por Kelsen, de interpretação autêntica, ou seja, a interpretação que deve ser realizada por meio dos órgãos jurídicos que aplicam normas, e, conseqüentemente, criam normas. Com isso, ele pretende diferenciar as interpretações autênticas, daquelas que não são realizadas pelos órgãos jurídicos, como aquela em que os indivíduos efetuam ao observar o Direito, e a realizada pela ciência jurídica ao interpretar um determinado ordenamento jurídico-positivo¹⁴⁰.

Sendo assim, cabe fazer uma última observação. Embora a interpretação realizada pelos indivíduos que querem observar o direito possa, em determinados casos, em razão da

¹³⁷ “[...] A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 391; KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. Berkeley: University of California Press, 1967. p. 351.

¹³⁸ “[...] A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”. Ibid., p. 393; Ibid., p. 353.

¹³⁹ “[...] Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo”. Ibid., p. 393-394; Ibid., p. 353-354.

¹⁴⁰ Ibid., p. 394; Ibid., p. 354.

pluralidade significativa que uma norma possa ter, realizar uma *escolha* para ajustar sua conduta¹⁴¹, a ciência do Direito somente pode ter uma determinação puramente cognoscitiva do sentido das normas jurídicas¹⁴².

2.7 Kelsen e a Polêmica com a Jurisprudência Sociológica Norte-americana¹⁴³

Na tentativa de elaborar uma concepção própria a ciência do Direito, Kelsen não concorda com a proposta dos realistas de analisar o Direito sob o olhar da ciência natural. A teoria do Direito é uma teoria normativa. Ela mostra o Direito como um sistema de normas válidas, cuja análise consiste o seu objeto de estudo. Sendo assim, os enunciados da ciência jurídica, como já foi dito, constituem enunciados descritivos de dever ser, enunciados que descrevem normas jurídicas, e não enunciados de ser, que descrevem aquilo que é¹⁴⁴.

Os realistas estão preocupados em descrever o Direito tal como um físico descreve os fenômenos naturais, reivindicando a elaboração de uma teoria do Direito que aborde como as pessoas efetivamente se conduzem, e não como devem se conduzir. Nesse sentido, a partir

¹⁴¹ “[...] *Se um indivíduo quer observar uma norma que regula a sua conduta, quer dizer, pretende cumprir um dever jurídico que sobre ele impende realizando aquela conduta a cuja conduta oposta a norma jurídica liga uma sanção, esse indivíduo, quando tal conduta não se encontra univocamente determinada na norma que tem de observar, também tem de realizar uma escolha entre diferentes possibilidades. Porém, esta escolha não é autêntica. Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que nela se baseou*”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 395; KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. Berkeley: University of California Press, 1967. p. 355.

¹⁴² “[...] *A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito*”. Ibid., p. 395-396; Ibid., p. 355.

¹⁴³ A jurisprudência sociológica surge nos Estados Unidos, em virtude do embate entre o racionalismo e o empirismo no campo da Filosofia, sobretudo, pela influência do trabalho de William James. O pensamento jurídico era dominado pela influência do racionalismo e idealismo, já que o *Common Law*, visto como Direito natural, era tido como “[...] *um sistema racional [...] que continha em si todas as regras requeridas para a decisão dos casos particulares. A função do juiz, com base nessa opinião, é simplesmente encontrar e reconhecer a norma aplicável mediante um processo de dedução. Uma decisão judicial não é Direito, senão meramente uma demonstração do Direito; é uma manifestação do Direito natural eterno*”. BODENHEIMER, Edgar. **Teoria del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1964. p. 342-343. Além disso, a jurisprudência sociológica norte-americana surgiu não apenas como uma forma de protesto contra os conceitos jusnaturalistas tradicionais, mas também como uma reação contra a esterilidade e o formalismo da jurisprudência analítica. A jurisprudência sociológica norte-americana nega que possa ser compreendido o Direito sem que se considerem os fatos e as realidades da vida social. Ibid., p. 348. A ala mais radical dessa corrente é o realismo jurídico. De um modo geral, eles pretendem, em primeiro lugar, concentrar a investigação jurídica aos aspectos do Direito que giram ao redor dos tribunais, considerando o Direito do ponto de vista do advogado, do juiz, não do cidadão comum. Em segundo lugar, consideram o Direito como um corpo de decisões, enfatizando a importância da atenção para os elementos humanos (preconceitos, opiniões, bagagem cultural dos juizes etc.) presentes no procedimento judicial, já que crêem que as regras jurídicas não têm uma grande influência sobre as decisões dos juizes. Ibid., p. 355.

¹⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 235; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

dessa observação, é possível obter um sistema de regras gerais, do mesmo tipo que as leis da natureza, que descreva a conduta efetiva dos seres humanos, constituindo essas condutas, o fenômeno jurídico¹⁴⁵¹⁴⁶.

A primeira crítica que Kelsen faz aos adeptos da jurisprudência sociológica ou realista, é de caracterizá-la como uma ciência “empírica” ou “descritiva”, em contraposição a jurisprudência normativa como “não-empírica” ou “prescritiva”. Segundo ele, a conotação do termo empírico, aqui, está associada à oposição entre experiência e metafísica. A descrição do Direito positivo, proposta por uma concepção de ciência baseada na *Teoria Pura do Direito*, é tão empírica quanto a ciência natural restrita a um determinado material fornecido pela experiência. Ela só perderia seu caráter empírico se fizesse enunciados sobre algum pretensão Direito natural¹⁴⁷.

Além disso, deve-se deixar claro a diferença entre o Direito, que é um sistema de normas juridicamente válidas, e a ciência do Direito, que são os enunciados que descrevem o dever ser das normas jurídicas. O objeto da ciência, são normas, e não padrões de conduta efetiva. Sendo assim, os enunciados da jurisprudência normativa são diferentes da jurisprudência sociológica ou realista, que descrevem o seu objeto com enunciados de ser do mesmo tipo que as leis da natureza¹⁴⁸.

Entretanto, apesar disso, ambos descrevem seus objetos de análise em forma de enunciados hipotéticos gerais. Embora a diferença não consista na estrutura dos enunciados, o sentido específico em que a consequência é relacionada à condição é bastante diferente. No campo das ciências naturais, os enunciados consistem na seguinte estrutura: “toda vez que A ocorre, então B também ocorre”, o que liga a causa “A” a consequência “B” é um “é”. No entanto, na ciência do Direito, os elementos contidos nos enunciados são ligados por um dever ser, e não por um ser. Sendo assim, eles possuem a seguinte estrutura: “[...] se um indivíduo A

¹⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 235; KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. Berkeley: University of California Press, 1967. p. 162.

¹⁴⁶ Segundo Kelsen, vale ressaltar, que essa concepção de “ciência” do Direito é apenas uma das concepções possíveis. Como ele observa, “[...] tal crença só pode surgir caso se identifique ciência com ciência natural e caso se considere a sociologia em geral e o Direito em particular meramente como partes da natureza. Essa identificação é ainda mais fácil já que a moderna ciência natural não mais interpreta a conexão entre causa e efeito, estabelecida nas leis pelas quais essa ciência descreve o seu objeto, como uma relação de necessidade absoluta, mas apenas como uma relação de probabilidade. Contudo, mesmo que seja possível descrever o fenômeno do Direito em termos de tais leis, uma jurisprudência normativa tendo como objeto uma análise estrutural do Direito como sistema de normas válidas também é possível, assim como indispensável”. Ibid., p. 236; Ibid., p. 162.

¹⁴⁷ Ibid., p. 236 Ibid., p. 162-163.

¹⁴⁸ Ibid., p. 237; Ibid., p. 163.

se conduz de determinada maneira, então outro indivíduo B deve se conduzir de outra determinada maneira”¹⁴⁹¹⁵⁰.

É nesse sentido, que Kelsen discorda da concepção realista de que a tarefa da teoria do Direito consiste em realizar previsões sobre aquilo que os tribunais farão na prática. Segundo Oliver W. Holmes, o Direito consiste em “[...] *profecias sobre o que os tribunais farão, de fato, e nada mais pretensioso*”¹⁵¹. De modo semelhante, os direitos e deveres de uma pessoa não passam de previsões. No caso do dever jurídico de alguém, este consiste apenas em que, se alguém fizer ou deixar de fazer determinada coisa, um tribunal lhe aplicará uma sanção¹⁵².

No entanto, direitos e deveres não são previsões. Além do que, as decisões dos tribunais podem ser previstas, quando muito, com apenas certo grau de probabilidade. Ademais, dizer que alguém tem um dever, não significa o mesmo que dizer que caso alguém aja ou não, de tal e tal modo, um tribunal provavelmente lhe aplicará uma sanção. Como explica Kelsen: “[...] *A existência de um dever é a necessidade jurídica, não a probabilidade real de uma sanção. Da mesma maneira, Direito significa a possibilidade jurídica de causar uma sanção, não a probabilidade de que alguém vá causá-la*”¹⁵³.

Além disso, ele nos chama a atenção para um problema que já foi levantado anteriormente. Como fica o caso em que os juízes e tribunais devem criar livremente o direito substantivo para o caso concreto? Nesses casos, Kelsen afirma: “[...] *prever com um grau razoável de probabilidade o que fará um tribunal que atua como legislador é tão impossível quanto prever com um grau razoável de probabilidade que leis um corpo legislativo aprovará*”¹⁵⁴. Sendo assim, apenas se levarmos em consideração a atividade ordinária dos

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 237-238; KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. Berkeley: University of California Press, 1967. p. 163-164.

¹⁵⁰ Kelsen, ao fazer uma crítica à concepção de regra jurídica dos defensores da jurisprudência sociológica – regras jurídicas como previsões sobre o que os membros da sociedade farão –, sobretudo, no que diz respeito à concepção T. H. Huxley, esclarece que: “[...] *Ao caracterizar as “leis dos homens” como enunciados sobre o que a sociedade fará no futuro, Huxley não pode ter em mente as leis criadas pelas autoridades jurídicas. Elas não constituem informações dirigidas à nossa inteligência, mas prescrições dirigidas à nossa vontade. Os enunciados pelos quais a jurisprudência normativa descreve o Direito constituem, é verdade, informações dirigidas à nossa inteligência. Mas eles nos informam não o que os membros da sociedade farão, mas o que devem fazer – segundo as normas jurídicas*”. Ibid., p. 239-240; Ibid., p. 165.

¹⁵¹ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. The path of the law. In: BURTON, Steven J. (Org.). **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2000. p. 336.

¹⁵² Ibid., p. 334.

¹⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 243; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 168.

¹⁵⁴ Ibid., p. 243; Ibid., p. 168.

tribunais na aplicação do Direito, é que a tarefa da ciência do Direito pode, talvez, consistir em previsões¹⁵⁵.

Até mesmo quando os juízes aplicam as normas preexistentes, eles não recorrem a elas para saber como agem, mas para saber o que eles devem fazer, como devem agir. Além disso, não há qualquer significado subjetivo em uma norma que estabelece que algo é, ou será, para um indivíduo que deseja conformar a sua conduta, que se sente obrigado a ajustá-la a uma norma. Dessa forma, somente uma norma é capaz de lhe dizer como ele deve se conduzir¹⁵⁶.

Há, no entanto, que se ressaltar, que ambas as teorias possuem algo em comum, e podem chegar a resultados parecidos¹⁵⁷. Para Kelsen, o que a jurisprudência normativa considera como normas válidas, são apenas aquelas que pertencem a uma ordem jurídica globalmente eficaz, isto é, aquelas normas que são efetivamente aplicadas pelos juízes e tribunais. Sendo assim, ele observa que: “[...] o fato de uma norma pertencer a uma ordem eficaz, por sua vez, subentende a probabilidade de o órgão efetivamente aplicar a sanção”¹⁵⁸¹⁵⁹.

¹⁵⁵ “[...] Apenas caso se restrinja a visão de Direito à atividade ordinária dos tribunais, ou seja, à sua função aplicadora de Direito, é que se pode ser levado à definição da ciência do Direito – não do Direito – como uma “ciência de previsão”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 244; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 169.

¹⁵⁶ “[...] Uma regra que estabelece que algo é, ou será, não tem nada a dizer a um indivíduo que deseja saber como ele deve se conduzir. Uma regra que expressa como os indivíduos sujeitos à ordem jurídica habitualmente se conduzem, ou como os tribunais predominantemente decidem disputas, não daria ao indivíduo ou ao juiz a informação que eles estão pedindo. O oposto parece ser o caso apenas porque, consciente ou inconscientemente, presumimos que devemos nos conduzir como as pessoas habitualmente se conduzem, ou que um tribunal deve decidir como os tribunais em geral decidem, porque pressupomos uma norma que institui o costume como um fato criador de Direito. É essa norma que o tribunal aplica ou obedece quando deseja saber como as pessoas habitualmente se conduzem ou como os tribunais geralmente tomam decisões”. Ibid., p. 244-245; Ibid., p. 169.

¹⁵⁷ “[...] As funções de uma comunidade jurídica são previsíveis apenas na medida em que são determinadas pela ordem jurídica, no sentido da jurisprudência normativa. O que a jurisprudência sociológica está apta a prever é, fundamentalmente, apenas a eficácia ou não-eficácia da ordem jurídica; a sua eficácia, porém, é uma condição essencial para sua validade, e a sua não-eficácia para a sua não-validade, no sentido da jurisprudência normativa. Esse é o motivo pelo qual é quase impossível qualquer discrepância entre os resultados da jurisprudência sociológica e da normativa, exceto no que diz respeito ao sentido dos seus enunciados. Não fosse a ordem jurídica, de um modo geral, eficaz, ela tampouco seria válida, no sentido da jurisprudência normativa; e então, nenhuma previsão quanto ao funcionamento dos órgãos aplicadores de Direito seria possível. O fato de a ordem jurídica ser eficaz constitui a única base para previsões possíveis. A jurisprudência sociológica não pode considerar provável qualquer outra decisão, que não aquela que a jurisprudência normativa declara como lítica”. Ibid., p. 250-251; Ibid., p. 173.

¹⁵⁸ Ibid., p. 247; Ibid., p. 170.

¹⁵⁹ “[...] a jurisprudência normativa sustenta que A tem a possibilidade jurídica de acionar uma sanção contra B apenas se A tem a possibilidade real de fazê-lo. Essa é a consequência inevitável do fato de que uma ordem jurídica é aceita como válida pela jurisprudência normativa apenas se a ordem jurídica for eficaz como um todo, i.e, apenas se existir certo grau de probabilidade de que as sanções estipuladas pela ordem serão efetivamente levadas a cabo sob as circunstâncias antecipadas pela ordem”. Ibid., p. 247; Ibid., p. 170-171.

Além disso, Kelsen faz questão de ressaltar, que somente é possível compreender o tipo de conduta que a jurisprudência sociológica adota como objeto de estudo, se pressupormos o conceito normativo de Direito, isto é, se adotarmos a concepção do Direito como um conjunto de normas válidas que pertencem a uma ordem coercitiva globalmente eficaz. Afinal de contas, a conduta que a jurisprudência sociológica adota como objeto de estudo, é aquela que está relacionada, direta ou indiretamente, com o “Direito”¹⁶⁰.

Kelsen nos oferece um exemplo. Imaginem os seguintes casos: o fisco emite uma carta de cobrança no valor de R\$ 10.000,00 a alguém, solicitando que este cumpra o que lhe foi pedido; uma quadrilha pede que se deposite em uma conta a mesma quantia para não matar essa mesma pessoa; e, por fim, um amigo pede uma quantia razoável para que esse mesmo indivíduo possa contribuir com o seu sustento. A pergunta que resta é: o que diferencia a conduta que deve ser objeto da sociologia do Direito da que não deve ser?

A conduta do indivíduo que paga o imposto, não pode ser igual à conduta do mesmo indivíduo que deposita a quantia requerida pela quadrilha. Externamente, é possível que não haja diferença. Entretanto, se queremos separar as condutas lícitas das ilícitas, as ordens emitidas pelo Estado das ordens emitidas por uma quadrilha, precisamos adotar um ponto de vista jurídico, sendo este fornecido pelo conceito de Direito da jurisprudência normativa¹⁶¹¹⁶².

Como lembra Raz, os argumentos de Kelsen mostram que ele não nega a possibilidade da jurisprudência sociológica. Ele apenas está preocupado em tentar demonstrar: em primeiro lugar, que ao lado da jurisprudência sociológica, é possível uma investigação independente, da jurisprudência normativa, que está preocupada com o estudo das normas jurídicas, isto é, com o estudo de como as pessoas devem se comportar de acordo com o

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 253; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 175.

¹⁶¹ “[...] Exteriormente, ele pode agir de modo idêntico quanto ao aviso das autoridades fiscais, a ameaça da quadrilha e a carta do amigo. Ele pode, por exemplo, pagar a quantia solicitada em todos os três casos. A partir de um ponto de vista jurídico, porém, ainda existe uma diferença. Um dos pagamentos é o cumprimento de uma obrigação, e os outros não. A partir de um ponto de vista sociológico, pode-se afirmar uma diferença entre os três casos considerando o conceito jurídico de Direito tal como ele se encontra, de fato, presente nas mentes dos indivíduos envolvidos. Sociologicamente, a diferença decisiva entre os três atos é o fato de que a conduta do contribuinte é determinada – ou, pelo menos, acompanhada – pela ideia de uma ordem válida, de norma, dever, autoridade, ao passo que a sua conduta nos outros casos não é determinada ou acompanhada por tal ideia. Se a conduta, no caso da ameaça do bandido, é, de algum modo, objeto de uma sociologia do Direito, é porque ela representa um crime, juridicamente designado como chantagem. O terceiro caso, sem dúvida alguma, encontra-se fora do campo da sociologia do Direito, porque a conduta humana em questão não tem qualquer relação com a ordem jurídica como sistema de normas”. Ibid., p. 254-255; Ibid., p. 176.

¹⁶² “[...] Apenas referindo a conduta humana ao Direito como um sistema de normas válidas, ao Direito tal como definido pela jurisprudência normativa, é que a jurisprudência sociológica é capaz de delimitar o seu objeto específico daquela da sociologia geral; apenas por meio dessa referência é possível distinguir sociologicamente o fenômeno da conduta jurídica do fenômeno da conduta antijurídica, o Estado de uma quadrilha de chantagistas”. Ibid., p. 256-257; Ibid., p. 177.

Direito; em segundo lugar, que a jurisprudência normativa não é menos empírica do que a jurisprudência sociológica, já que se refere exclusivamente ao direito positivo, isto é, ao Direito que é produzido de acordo com o costume social e as instituições judiciais e legislativas; em terceiro lugar, que a jurisprudência normativa possui uma prioridade lógica sobre a jurisprudência sociológica, já que esta pressupõe um entendimento do Direito conforme proposto pelo normativismo, uma vez que deve explicar os comportamentos humanos que estejam relacionados ao Direito; por fim, que ao explicar o comportamento humano relacionado ao Direito ela deve levar em consideração o modo como as crenças das pessoas sobre o Direito, entendidas normativamente, afetam seus comportamentos¹⁶³.

2.8 Os Erros de Austin

Austin foi um dos grandes juristas do mundo anglo-saxão. Ele é considerado um dos marcos do positivismo jurídico na Inglaterra. Em tempos recentes, sua concepção de Direito tem sofrido muitas críticas, sobretudo, pelo *Conceito de Direito* de H. L. A. Hart.

Apesar das críticas, Austin foi um autor brilhante, produto de sua época. Como discípulo de Bentham, partilhou de muitas de suas concepções, inclusive, foi um dos principais defensores do Utilitarismo. Porém, ele não foi apenas um disseminador do pensamento de Bentham, mas um autor original, desenvolvendo uma filosofia própria, conhecida como *jurisprudência analítica*.

Em *The province of jurisprudence determined*, Austin deixa claro sua preocupação com uma ciência positiva do Direito, que tem como base o direito positivo, um direito que consiste em ordens apoiadas por ameaças, que são impostas por um soberano habitualmente obedecido em uma sociedade política independente^{164/165}. A partir dessa definição de Direito,

¹⁶³ RAZ, Joseph. The purity of the pure theory of law. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 238.

¹⁶⁴ “[...] as noções de uma sociedade política independente e soberana pode ser expressa conscientemente assim. – Se um superior humano determinado, que não obedece habitualmente a nenhum superior, é habitualmente obedecido pela maior parte das pessoas de uma dada sociedade, esse superior determinado é soberano nessa sociedade, e a sociedade (incluindo o superior) é uma sociedade política e independente”. AUSTIN, John. **Province of jurisprudence determined and the uses of study of jurisprudence**. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1998. p. 194.

¹⁶⁵ “[...] se examinarmos a concepção austiniana do Direito positivo, veremos que comporta três princípios fundamentais típicos do positivismo jurídico: a) a afirmação de que o objeto da jurisprudência (isto é, da ciência do Direito), é o direito tal como ele é e não o direito como deveria ser (concepção positivista do Direito); b) a afirmação de que a norma jurídica tem a estrutura de um comando (concepção imperativista do Direito); c) a afirmação de que o Direito é posto pelo soberano da comunidade política independente – isto é, em termos modernos, pelo órgão legislativo do Estado (concepção estatal do Direito)”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 108.

ele analisa todo um conjunto de conceitos jurídicos, tais como: lei, ordens, sanções, soberania, direito, dever, obrigação etc. Sendo assim, a filosofia jurídica de Austin é, portanto, uma filosofia essencialmente analítica, que consiste na análise de conceitos e na delimitação do âmbito da teoria do Direito, separando o fenômeno jurídico de outros domínios, como a moral e a política, por exemplo¹⁶⁶.

Em *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Kelsen faz uma série de críticas ao pensamento austiniano, embora não a faça para denegrir o projeto de Austin, mas, de alguma maneira, para corrigi-lo. Ele vê em Austin um caminho para aproximar sua teoria da tradição analítica inglesa. Poderia se dizer até, que ele o faz como uma tentativa de superá-la, tendo como objetivo, que sua *Teoria Pura do Direito* seja aceita pelos autores do *Common Law*.

Conforme Raz, a teoria de Kelsen se aproxima da jurisprudência analítica de Austin em dois aspectos. O primeiro deles consiste no princípio da eficácia como base para a determinação da existência de um sistema jurídico¹⁶⁷. No entanto, ao contrário de Austin, Kelsen substitui a ideia de obediência habitual por obediência às leis e a aplicação de sanções¹⁶⁸. Em segundo lugar, o critério de identidade é baseado no princípio da origem. Segundo Austin, todas as leis derivam, direta ou indiretamente, do Soberano. Já para Kelsen, o sistema jurídico é o conjunto de leis produzidas no exercício de poderes conferidos, direta ou indiretamente, pela norma básica. Sendo assim, ele substitui o soberano pela norma básica (fundamental), fazendo com que somente as leis que forem produzidas de acordo com os poderes conferidos pela norma básica façam parte do sistema¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Como lembra Bodenheimer, Austin, assim “[...] como Bentham, manteve uma filosofia utilitarista de vida. O princípio da utilidade lhe parecia a prova decisiva do Direito. Se tem sustentado que o princípio da utilidade é um princípio ético e que, como o método analítico da Ciência do Direito defendido por Austin rejeita a infusão da Ética no Direito, Austin não manteve uma coerência lógica em seu método de abordar os problemas jurídicos. A crítica é injustificada. Ao contrário de Bentham, Austin traça uma linha taxativa entre a Ciência do Direito e a Ciência da Ética. Considerava a primeira como uma teoria autônoma e independente do Direito positivo. “A ciência da jurisprudência se ocupa das leis positivas, ou simplesmente das leis no sentido estrito, sem considerar sua bondade ou maldade”. Por outro lado, a Ciência da legislação, que para ele é um ramo da Ética, tinha como função determinar o padrão através do qual há de se medir o Direito positivo e os princípios que ele deve se basear para merecer aprovação. Esta separação da teoria do Direito e da Ética proposta por Austin, é uma das características da jurisprudência analítica”. BODENHEIMER, Edgar. **Teoria del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1964. p. 314-315.

¹⁶⁷ “[...] O critério kelseniano de existência do sistema jurídico pode ser formulado da seguinte maneira: Um sistema jurídico existe se, e apenas se, ele alcança um certo grau mínimo de eficácia. [...] mas Kelsen nada fala sobre a natureza dessa conexão e como o grau mínimo de eficácia deve ser determinado. A eficácia da norma pode ser manifestada de duas maneiras: a) por meio da obediência daqueles cujo dever é imposto por uma norma; b) por meio da aplicação da sanção permitida por uma norma”. RAZ, Joseph. **The concept of a legal system: an introduction of the theory of legal system**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1980. p. 93.

¹⁶⁸ Ibid., p. 95.

¹⁶⁹ Ibid., p. 95.

Bem, vamos analisar agora algumas críticas que Kelsen tece a Austin. A primeira delas consiste na sua definição de leis como comandos gerais e abstratos do soberano que expressam um desejo de que alguém se comporte de determinada maneira, sob pena de que lhe seja infligido um mal. Sendo assim, a pessoa para a qual o desejo é expresso é passível de um mal, isto é, de uma sanção. Dessa forma, há, portanto, uma obrigação jurídica da pessoa para com aquele que lhe emite o comando. É nesse sentido que, para Austin, o conceito de comando está relacionado aos conceitos de sanção e de dever¹⁷⁰.

Kelsen rejeita – parcialmente – essa concepção de que normas seriam comandos. Conforme Kelsen, somente em um sentido muito vago as normas poderiam ser comandos¹⁷¹. No entanto, se comandos expressam o desejo ou a vontade do soberano, isso deve ser entendido de uma maneira figurada¹⁷². Não existe uma vontade do legislador enquanto vontade real, a vontade de um ser superior que quer que determinada pessoa se comporte segundo aquilo que lhe foi ordenado. Nesse sentido, isso que dizer, que a normatividade de uma lei não pode residir em um elemento psicológico. Sendo assim, se a norma é um comando obrigatório, ela somente pode ser um comando despsicologizado¹⁷³. A obrigatoriedade de uma norma jurídica decorre da sua validade, e não da vontade de um soberano¹⁷⁴.

¹⁷⁰ “[...] um comando, então, é a expressão de um desejo. Mas um comando é distinguido de outras manifestações de desejo por essa peculiaridade: que a parte a qual ela é dirigida é passível de um mal pela outra, no caso de ela não se sujeitar ao desejo. [...] se estou sujeito a um mal seu, caso eu reivindique não me submeter a uma manifestação de seu desejo, eu estou obrigado pelo seu comando, ou tenho um dever de obedecê-lo. [...] O mal que provavelmente será imposto no caso de um comando ser desobedecido ou (para usar uma expressão equivalente) no caso de um dever ter sido quebrado, é frequentemente chamado de sanção, ou de uma coação para obediência”. AUSTIN, John. **Province of jurisprudence determined and the uses of study of jurisprudence**. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1998. p. 14-15.

¹⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 45; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 32.

¹⁷² *Ibid.*, p. 49; *Ibid.*, p. 35.

¹⁷³ “[...] A situação que uma regra jurídica “estipula”, “prevê” ou “prescreve” certa conduta humana é, na verdade, muito semelhante à situação em que um indivíduo quer que outro se comporte de tal e tal modo, e expressa essa vontade na forma de um comando. A única diferença é que, quando dizemos que certa conduta humana é “estipulada”, “prevista” ou “prescrita” por uma regra jurídica, estamos empregando uma abstração que elimina o ato psicológico de vontade que é expressado por um comando. Se a regra jurídica é um comando, ela é, um comando que não implica uma “vontade” no sentido psicológico do termo. A conduta prescrita pela regra de Direito é “exigida” sem que nenhum ser humano tenha de “querê-la” num sentido psicológico. Isso é expresso pela afirmação de que alguém “tem a obrigação de”, que alguém deve observar a conduta prescrita pela lei. Uma “norma” é uma regra que expressa o fato de que alguém deve agir de certa maneira, sem que isso implique que alguém realmente “queira” que a pessoa haja dessa maneira”. *Ibid.*, p. 49; *Ibid.*, p. 35.

¹⁷⁴ “[...] A afirmação de que um indivíduo “deve” se conduzir de certa maneira não implica que outro indivíduo “queira” ou “comande” tal coisa, nem que o indivíduo que deve se conduzir de certa maneira efetivamente o faça. A norma é a expressão da ideia de que algo deve ocorrer e, em especial, de que um indivíduo deve se conduzir de certa maneira. [...] Uma norma que expressa a ideia de que algo deve ocorrer – apesar da possibilidade desse algo não ocorrer – é válida. E se a ocorrência a que ela se refere for a conduta de certo indivíduo, se a norma disser que certo indivíduo deve se conduzir de certa maneira, então a norma é “obrigatória” para esse indivíduo. Apenas com o auxílio do conceito de norma e do conceito correlato “dever ser” é que podemos entender o significado específico das regras de Direito”. *Ibid.*, p. 51; *Ibid.*, p. 36.

Além disso, nem todo comando é um comando obrigatório, já que nem todo comando emitido por alguém de natureza superior é um comando obrigatório. Kelsen se utiliza do exemplo do comando emitido por um bandido a alguém para que lhe passe seus pertences, sob a ameaça de um mal lhe ser infligido. Nesse caso, o comando não é obrigatório, mesmo que alguém tenha o poder para impor sua vontade. Em suma, para que um indivíduo emita um comando obrigatório é necessário que esteja investido de autoridade por uma ordem normativa válida¹⁷⁵.

A outra objeção de Kelsen decorre da noção austiniana de dever, que é uma consequência da sua definição de lei como comando. O dever para Austin consiste em estar sujeito a uma sanção, constituindo o temor, uma motivação para que o indivíduo aja conforme o comando. Sendo assim, ele acaba estabelecendo o dever como um vínculo psicológico. Como já foi dito, se alguém está ou não de fato com medo de que lhe seja infligido um mal, caso não venha a obedecê-lo, é irrelevante para caracterizar uma obrigação jurídica. A pessoa está obrigada, independentemente de temer ou não uma sanção, ou de agir ou não conforme o prescrito por uma norma. Repetindo, a obrigatoriedade de uma norma decorre da sua validade¹⁷⁶.

De um modo geral, a crítica de Kelsen consiste em demonstrar que Austin se perde na sua tentativa de ciência do Direito, por não ter adotado a norma como objeto de análise. Caso ele tivesse substituído essa noção de comandos pela concepção de normas jurídicas, muitos de seus problemas seriam resolvidos. Pelo menos essa é a opinião dele. Para fechar esse capítulo, iremos analisar algumas críticas a teoria kelseniana, alguns pontos no quais o

¹⁷⁵ “[...] um comando é obrigatório não porque o indivíduo que comanda possui uma superioridade real de poder, mas porque está “autorizado”, porque está “investido do poder” de emitir comandos de natureza obrigatória. E ele está “autorizado” ou “investido do poder” apenas se uma ordem normativa, a qual se pressupõe que seja obrigatória, lhe confere tal capacidade, a competência para emitir comandos obrigatórios. Então, a expressão de sua vontade, dirigida à conduta de outro indivíduo, é um comando obrigatório, mesmo se o indivíduo que comanda não possui nenhum poder efetivo sobre o indivíduo a quem o comando é dirigido. A força da obrigatoriedade de um comando não é “derivada” do comando em si, mas das condições em que o comando é emitido. Na suposição de que as regras jurídicas sejam comandos obrigatórios, está claro que a força de obrigatoriedade reside nos comandos porque eles são emitidos por autoridades competentes”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 44-45; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 31-32.

¹⁷⁶ “[...] Ao estipular deveres, ao vincular sanções à violação dos deveres, ao delito, a ordem jurídica pode pretender fazer com que os indivíduos cumpram os seus deveres devido ao medo das sanções. Mas, saber se alguém realmente teme a sanção e, movido por tal temor, cumpre o seu dever, é uma questão irrelevante para a teoria jurídica. Se a obrigação jurídica for expressa dizendo-se que um indivíduo está “obrigado” pela ordem jurídica, esse modo de expressão não deve ser compreendido no sentido psicológico de que sua ideia da ordem jurídica motiva sua conduta. Significa apenas que, em uma norma jurídica válida, certa conduta do indivíduo é vinculada a uma sanção”. Ibid., p. 102; Ibid., p. 72.

normativismo se encontra fragilizado. Os problemas da teoria kelseniana são, sem sombra de dúvidas, seus paradoxos.

2.9 O Normativismo e seus Paradoxos

A proposta de Kelsen é bastante objetiva: atribuir a ciência do Direito o *status* de ciência, propondo uma concepção diferente das demais ciências naturais, cujo objeto de análise consiste em normas, e não fatos.

Norma é o conceito central da teoria normativista, aquilo que não se pode decompor, que não se problematiza e que se encontra, somente, no plano do dever ser, da significação do fato¹⁷⁷. A norma é uma noção simples. Sendo assim, não se pode questionar a norma, muito menos o dever ser. Eles são dados imediatos que se apresentam a consciência – não as diversas normas jurídicas do sistema, mas o seu gênero (dever ser)¹⁷⁸. As normas são o que constituem a realidade jurídica e o objeto de análise da ciência do Direito.

Kelsen define a norma como o sentido objetivo atribuído a um ato de vontade. Ela funciona como um padrão de interpretação, que torna possível atribuir a um ato de vontade um sentido objetivo, toda vez que uma norma estipule o fato e lhe atribua efeitos jurídicos. Quando um ladrão pede para que alguém lhe entregue algo a força, esse fato está previsto por uma norma como um crime, e a ordem jurídica determina que seja aplicada uma sanção para quem cometa o delito. É por meio dela que se pode interpretar determinados fatos como “fatos jurídicos”.

Uma norma nunca se encontra sozinha. Toda norma forma com outras normas um ordenamento jurídico, um sistema, em que se encontram hierarquicamente estruturadas. O sistema jurídico possui, então, um caráter dinâmico, em que as normas inferiores têm seu conteúdo, e o procedimento para sua elaboração, determinados por uma norma que lhes é superior. É por meio dessa relação, que se reconhece que uma norma pertence ao sistema jurídico. O critério de pertinência de uma norma a ordem jurídica é a validade. No entanto, para que essa “cadeia de validação”¹⁷⁹, que vai das decisões judiciais e regulamentos

¹⁷⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 32-33.

¹⁷⁸ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 96-97.

¹⁷⁹ Sobre “*chain of validity*”, ver: RAZ, Joseph. Kelsen’s theory of the basic norm. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms**: critical perspectives on kelsenian themes. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 50. RAZ, Joseph. **The concept of a legal system**: an introduction of the theory of legal system. Oxford/New York: Oxford University Press, 1980. p. 97.

administrativos até a Constituição, tenha um limite, é necessário que se pressuponha uma norma fundamental.

A norma fundamental não é uma norma positiva, posta por um ato de vontade, mas um ato de pensamento, uma pressuposição. Ela decorre de duas necessidades: primeiro, permitir a inteligibilidade do Direito; segundo, garantir a unidade do sistema jurídico. No último caso, a função da norma fundamental consiste em estabelecer o seu fundamento. Já que o Direito não pode ser derivado de um fato, mas apenas de outra norma, ela ocupa um lugar central no pensamento kelseniano. É por meio dela que o Direito passa a ser um sistema fechado, livre de fundamentações morais e ideologias políticas.

Além disso, ela permite compreender o Direito enquanto um fenômeno normativo. Na verdade, sem ela, não há como a ciência do Direito sequer ter um objeto de estudo. A norma fundamental não é apenas o fundamento de inteligibilidade do Direito, mas é também o que cria as normas jurídicas, sendo, portanto, uma pressuposição necessária para todo aquele que pretende compreender o Direito longe dos vícios das abordagens científicas dos realistas jurídicos, que compreendem o fenômeno jurídico em termos de fatos brutos¹⁸⁰.

Kelsen é acusado muitas vezes pelos realistas de que a sua *Teoria Pura* é uma teoria metafísica, justamente por não aderir a uma concepção de ciência com bases empíricas, que descreva a realidade como aquilo que ela é. Todavia, ele refuta tais acusações afirmando que seu modelo de ciência é tão empírico quanto qualquer outra concepção de ciência. Além disso, a Ciência do Direito possui enunciados que descrevem a realidade, não fundada no paradigma científico moderno, em que a realidade é vista como apenas o mundo natural, sendo esta a única concepção aceitável de objetividade. Para ele, é preciso superar essa máxima científica, sendo a nova noção de objetividade, dada pelo conceito de dever ser. Este é objetivo, e é por meio dele que a normatividade do Direito se torna possível. Os enunciados científicos, então, descrevem uma realidade própria, normativa e objetiva, que consiste no dever ser das normas jurídicas.

A norma fundamental propõe, assim, a existência de dois domínios diferentes: o do dever ser e o do ser, o plano da validade e o da eficácia. Se por um lado, Kelsen encontra na norma fundamental a solução para os seus problemas, por outro, ela acaba sendo um dos pontos mais frágeis da sua teoria. Vejamos o porquê.

¹⁸⁰ “[...] Para Kelsen a postulação de uma norma fundamental (algo subjetivo) não determina apenas qual o objeto da Ciência do Direito, mas determina principalmente que exista um objeto para a Ciência do Direito”. MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 108.

Em primeiro lugar, Kelsen coloca a eficácia como condição de validade das normas jurídicas, mas não como seu fundamento. Mais uma vez, ele afirma que uma norma somente pode ter como fundamento outra norma jurídica. O problema é que em diversas passagens Kelsen estipula que as normas jurídicas para serem válidas devem pertencer a uma ordem normativa coercitiva globalmente eficaz. A eficácia passa a desempenhar um papel importante para solução de muitos dos seus problemas, inclusive no “conflito entre normas”¹⁸¹. Veja-se, por exemplo, o caso das sentenças ilegais e dos atos inconstitucionais. Kelsen propõe que nesses casos existe uma forma alternativa para resolver esse impasse, em que a norma fundamental estabelece que o órgão que proferiu a decisão ou o ato contrário a ordem jurídica – seja em virtude do conteúdo, seja pelo modo como foi proferida –, que não veio a ser invalidado (por controle), realizou uma escolha entre as possibilidades oferecidas pela norma fundamental (de se conformar ou não a Constituição). Isso permite justificar decisões e atos legislativos que não se encontram de acordo com o previsto na Constituição. Essa solução é no mínimo estranha, já que a norma inválida, em tese, passa a ser válida, em virtude da sua eficácia.

Outro exemplo se encontra na relação entre o Direito e o Poder (a força, a eficácia), além, é claro, da sua relação com o conceito de revolução. É possível que uma ordem jurídica válida venha a perder a sua eficácia por conta de uma revolução. Nesse caso, as normas ditadas pelo poder revolucionário passam a ser aquelas que são tidas como válidas. É possível, também, que sejam preservadas as normas jurídicas de um sistema, mas, uma vez alterados os fatos que determinam o conteúdo da norma fundamental, muda-se concomitantemente o seu fundamento de validade. Trata-se de uma nova norma fundamental, de outro elemento que confere unidade a ordem jurídica¹⁸².

O que encontramos aqui, na verdade, trata-se de vários paradoxos. O seu apelo à eficácia é uma prova de que Kelsen quer encobrir de alguma maneira as fissuras existentes em sua *Teoria Pura*. A pureza é contaminada pelo domínio dos fatos, em virtude justamente da eficácia.

Expomos nesse primeiro capítulo, a teoria do Direito sob a perspectiva kelseniana, suas preocupações e objetivos, além de suas polêmicas com a jurisprudência sociológica norte-americana e sua tentativa de aproximação com a teoria analítica inglesa. Ao final, resumimos brevemente o seu pensamento, e tentamos mostrar algumas falhas e incoerências

¹⁸¹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 48.

¹⁸² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 171 e ss.; KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 117 e ss.

que fragilizaram a sua teoria. No próximo capítulo, iremos observar as teorias de Hart e Luhmann – sob o olhar de Michael King –, e mostrar como se deu esse diálogo entre Kelsen e esses autores do *Common Law*, expondo, para tanto, os pontos de tensão e aproximação presentes entre o normativismo e a teoria desses dois professores.

3 A ANÁLISE DE HERBERT HART E AS OBSERVAÇÕES DE MICHAEL KING SOBRE O NORMATIVISMO KELSENIANO

Neste capítulo, observaremos como Hart e King lidam com o normativismo kelseniano. Entretanto, antes disso, iremos expor a teoria de ambos e contextualizá-las, enfatizando os seus aspectos gerais. Começemos, então, pela teoria de Hart.

3.1 Hart e o Aspecto Interno das Regras: o Direito sob o ponto de vista do homem bom

O ponto em questão abordará, principalmente, a obra o *Conceito de Direito*, de H. L. A. Hart. Pretendemos expor os conceitos centrais da teoria Hartiana, dando atenção aos seus pontos mais importantes. Ao final, mostraremos os pontos de tensão e aproximação entre as teorias de Kelsen e de Hart.

3.1.1 O Positivismo de H. L. A. Hart: considerações iniciais

[...] Quando examinamos o que devemos dizer e quando devemos fazê-lo, que palavras devemos usar, em que situação, não estamos examinando simplesmente palavras (ou seus ‘significados’, seja lá o que for isso), mas, sobretudo, a realidade sobre a qual usamos ao falar essas palavras; usamos uma consciência mais aguçada das palavras para aguçar a nossa percepção [...] dos fenômenos¹⁸³.

Parafraseando Lopes¹⁸⁴, podemos dizer que “[...] *Hart foi uma espécie de Moisés da filosofia jurídica contemporânea*”. Influenciado pela nova filosofia que se desenvolvia no começo do século XX, despertou os juristas novamente para o estudo da filosofia, ao propor uma análise do Direito a partir da linguagem. Como lembra MacCormick¹⁸⁵, “[...] *um aspecto distintivo da obra de Hart é ser lingüística em um sentido mais forte, pois ele foi um dos principais defensores do que costuma ser chamado de ‘análise lingüística’ ou ‘filosofia ordinária da linguagem’*”.

Vimos no começo do primeiro capítulo, que umas das principais mudanças na filosofia contemporânea, foi justamente a análise da linguagem como uma forma de se

¹⁸³ “When we examine what we should say when, what words we should use in what situations, we are looking again not merely at words (or ‘meanings’, whatever they may be) but also at the realities we use the words to talk about: we are using a sharpened awareness of words to sharpen our perception of [...] the phenomena”. AUSTIN, John Langshaw. **Collected papers**. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 182.

¹⁸⁴ LOPES, José Reinaldo Lima. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (Org.). **Norma, moralidade, e interpretação**: temas de filosofia política e do direito. Porto Alegre: Linus, 2009. p. 62.

¹⁸⁵ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 25.

repensar e tentar esclarecer muitos dos problemas tradicionais da filosofia. A transição da consciência para a linguagem, como objeto de análise filosófica, tinha como objetivo nos mostrar, que nosso conhecimento sobre o real, se expressava por meio de proposições, sendo estas, entidades lingüísticas através das quais os elementos centrais da nossa experiência se articulam, cabendo aos filósofos, a elucidação das suas estruturas lógico-formais. Em virtude disso, os conceitos de consciência e representação foram substituídos pelos conceitos de linguagem e significado. Essa foi a primeira forma de se analisar a linguagem, em que mostramos que o normativismo kelseniano compartilhava muitas de suas ideias.

Entretanto, essa abordagem lógica da linguagem apresentou inúmeros problemas, já que não utilizamos a linguagem apenas para descrever coisas¹⁸⁶. Surge assim, uma nova forma de se analisar a linguagem, preocupada não com o esclarecimento de suas estruturas lógicas, mas voltada a análise dos diversos usos e funções que ela desempenha em uma prática social concreta. Com isso, busca-se então, superar a dicotomia entre linguagem e mundo, entre sujeito e objeto. O seu objetivo é “[...] *dar um tratamento as questões filosóficas em seus diferentes aspectos*”. Todavia, isso não quer dizer, que essas duas concepções de análise sejam mutuamente excludentes. Elas se complementam¹⁸⁷.

Esse segundo momento ficou conhecido como virada pragmático-analítica, em que se pretende ressaltar como a linguagem constitui e se manifesta de maneira concreta nas diversas práticas sociais. É por meio dela que as interações humanas se tornam possíveis. Sendo assim, os diversos fenômenos sociais podem ser explicados através da linguagem, da compreensão e explicitação das regras internas que regem e constituem o sentido dessas atividades humanas.

Hart se insere nessa linha. Como veremos no decorrer desse capítulo, muitas de suas ideias estão relacionadas diretamente a essa nova concepção de filosofia, seu apelo a regras sociais, aos usos e funções da linguagem jurídica, aos diferentes contextos em que

¹⁸⁶ J. L. Austin chamou esse excessivo apego a lógica de “*falácia descritiva*”, em que as declarações consistiriam apenas em descrições sobre estado de coisas, que confrontados com a realidade, seriam verdadeiras ou falsas. AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. p. 23. Vale ressaltar, que Hart nos primeiros escritos compartilhou a ideia de Austin sobre a “*falácia descritiva*”, e chamou para si a tarefa de denunciá-la no campo jurídico – sobre o assunto ver, por exemplo: HART, H. L. A. Definição e Teoria na Teoria do Direito. In: HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 34. No entanto, Hart acaba abandonando essa concepção, e, no próprio Conceito de Direito, admite o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos – para tanto, ver: MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 141 e ss.

¹⁸⁷ MARCONDES, Danilo. **Filosofia analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 17.

se faz sentido falar, por exemplo, em direitos, obrigações etc. demonstram claramente o que estamos falando.

Com base nisso, o principal objetivo de Hart, sobretudo no seu *The Concept of Law*, consiste em demonstrar o momento em que se encontrava a teoria geral do direito, repleta de erros e mal-entendidos, particularmente no Reino Unido. A tradição da jurisprudência analítica austiniana, que atribui ao Direito o caráter de ordens coercitivas emanadas de um soberano que são habitualmente obedecidas, além das posturas realistas, que considera que a tarefa da teoria do Direito consiste apenas em determinar aquilo que os tribunais de fato fazem na prática, isto é, predizer as situações em que os tribunais aplicam sanções, não dão conta de explicar o Direito enquanto fenômeno social.

Para que isso seja possível, é necessário que se observe o fenômeno jurídico de dentro, a partir de suas regras constituintes, enquanto uma prática social institucionalizada, ressaltando a participação daqueles que conhecem e seguem essas regras. Nesse sentido, o conhecimento de uma prática, a apreensão e explicitação das regras de sentido constituintes dos fatos institucionais, não são acessíveis a partir de um olhar meramente observacional. Como ressalta Kozicki: “[...] o texto hartiano ressalta a necessidade de uma “tomada de posição” frente aos conteúdos jurídicos, visto que o conhecimento do Direito é sempre um conhecimento sob um determinado ponto de vista”

188

As ideias de que o Direito é um conjunto de ordens dadas por um soberano que é habitualmente obedecido (a teoria imperativista de Austin), ou, de que é apenas aquilo que os tribunais dizem que ele é (o realismo jurídico), não condiz efetivamente com a sua natureza. Concebê-lo desta forma, é vê-lo sob o ponto de vista de um homem mau, de um indivíduo que obedece ao Direito apenas por receio de sofrer uma possível punição em virtude do descumprimento da lei. Talvez esse seja o caso do assaltante, do delinqüente, ou malfeitor, que ajusta sua conduta a uma norma, simplesmente por medo das punições. Todavia, resta indagar: será que agimos por temor a sanções? Ou por que queremos simplesmente agir conforme o Direito? Será que quando não ultrapassamos o sinal vermelho no trânsito, estamos simplesmente pensando, naquele momento, na multa em que vamos levar? Ou, apenas achamos correto agir desta maneira, porque aceitamos uma regra que nos impõe um padrão de conduta, de que toda vez que o sinal estiver vermelho

¹⁸⁸ KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do Direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 130.

devemos parar?

Para o autor inglês, sem sombra de dúvidas, agimos conforme regras, porque as aceitamos como padrões de conduta a serem seguidos. É nisto que consiste o aspecto interno das regras jurídicas¹⁸⁹. Nós sabemos quais são as regras do jogo, e estas constituem a fonte de justificação e crítica, inclusive autocrítica, para os nossos comportamentos dentro da sociedade. Dessa forma, o Direito deve ser visto então, pelos olhos do homem bom, ou seja, daquele que quer agir conforme os padrões de conduta oferecidos por essa prática social complexa, que constitui o fenômeno jurídico.

Feita essa breve apresentação, passemos então a teoria de Hart. Em um primeiro momento, iremos expor como ele pretende refutar o ceticismo quanto às regras, diferenciando-as dos meros hábitos sociais, ao ressaltar o seu aspecto interno. Após isso, veremos às críticas de Hart ao normativismo kelseniano, sobretudo os problemas referentes a validade jurídica¹⁹⁰.

3.1.2 Construindo um Sistema Jurídico: o homem bom e o aspecto interno das regras

Uma das maiores preocupações de Hart, é justamente demonstrar que o Direito é um conjunto de regras, oriundas de uma prática social complexa. Isso quer dizer, que as regras jurídicas são espécies de regras sociais. Para ele, um sistema jurídico é constituído pela união de regras primárias e secundárias, isto é, regras que impõem padrões de conduta a serem seguidos, e regras que veiculam critérios de identificação, alteração e aplicação de outras regras jurídicas. Mas, para que Hart possa refutar a noção de hábitos, é necessário primeiro comprovar que as regras existem.

No entanto, antes de demonstrar a diferença entre os hábitos sociais e as regras jurídicas, Hart analisa dois problemas presentes na teoria de Austin, e que não foram por ele

¹⁸⁹ Notadamente essa é a grande contribuição de Hart, já que é por meio dele que o participante do sistema passa a compreender as regras constitutivas da prática social na qual ele está inserido. Conforme Raz: “[...] *Em o Conceito de Direito, H. L. A. Hart afirma que é necessário para uma abordagem satisfatória do Direito explicar como o Direito é compreendido e entendido pelas pessoas que vivem sob ele. [...] ele afirma que um sistema jurídico não pode existir em um país a menos que parte da sua população tenha uma atitude interna para com o Direito, referindo-se ao Direito a partir do ponto de vista interno, ou aceitando o Direito como um guia para o seu comportamento – sendo estas, ambas descrições da mesma atitude. Essa reivindicação de Hart, talvez a reivindicação central de sua teoria do Direito, tem sido, desde então, amplamente aceita*”. RAZ, Joseph. Can there be a theory of law? In: RAZ, Joseph (Org.). **Between authority and interpretation**. Oxford: Oxford/New York: Oxford University Press, 2009. p. 38.

¹⁹⁰ Vale ressaltar, que não é objetivo desse trabalho se ocupar das críticas de Hart referentes à teoria kelseniana sobre o Direito Internacional. Para os interessados, ver: HART, H. L. A. A doutrina kelseniana da unidade do Direito. In: HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

resolvidos: primeiro, que o hábito de obediência não explica a continuidade da autoridade de legislar; e segundo, também não explica “[...] a persistência das leis por longo tempo após terem desaparecido quem as elaborou e os que lhe obedeciam habitualmente”¹⁹¹.

Para tanto, Hart propõe um exemplo: imaginemos uma comunidade governada por Rex I, um soberano que é habitualmente obedecido, e que controla seu povo por um conjunto de ordens apoiadas por ameaças. E imaginemos também que ele tem um filho chamado Rex II. Rex I morre, e Rex II assume o governo. O que garante a continuidade da autoridade de legislar a Rex II? Bem, não é difícil constatar que o fato de o povo ter estabelecido um hábito de obediência a Rex I, não torna sequer provável a obediência às ordens emanadas de Rex II. Assim, Hart afirma a necessidade da existência de regras que regulem esse processo de transição de um governo com autoridade de legislar para o outro. Nesse sentido, para que Rex II tenha a autoridade de legislar e a certeza de que suas ordens serão obedecidas, é necessário que no reinado de Rex I tenha havido “[...] uma prática social geral mais complexa do que qualquer outra que possa ser descrita em termos de hábito de obediência: deve ter havido a aceitação da regra segundo a qual o novo legislador tem o direito à sucessão”¹⁹².

O outro problema poderia ser solucionado da mesma forma. Por que uma lei proferida por Rex I pode continuar sendo obedecida no reinado de Rex II? Será que, para que ela continue sendo válida, depende da aquiescência de Rex II? Hart diz que não, e observa: “[...] quando um mandatário individual morre, sua obra legislativa continua, pois repousa sobre uma regra geral que as sucessivas gerações da sociedade continuam a respeitar no tocante a cada legislador, quando quer que tenha vivido”¹⁹³.

Mas, afinal, no que consiste essa prática social mais complexa que comina na aceitação de regras? E como diferenciá-las dos meros hábitos sociais? É nesse sentido, que Hart estabelece a distinção entre o ponto de vista interno e externo. Tanto os hábitos sociais quanto as regras compartilham um ponto em comum. Para ilustrar isso, ele nos oferece o exemplo do jogo de xadrez. Aqueles que jogam o jogo de xadrez sabem que o cavalo só anda em L, ou que a torre só se move na horizontal ou na vertical, enfim, sabem que os jogadores movem as peças de uma determinada maneira. Um observador poderia muito bem constatar e descrever que os jogadores de xadrez movem as peças de determinada maneira, presentes certas circunstâncias, sem mesmo saber o porquê de eles agirem de tal forma.

¹⁹¹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 68; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 51.

¹⁹² Ibid., p. 73; Ibid., p. 55.

¹⁹³ Ibid., p. 83; Ibid., p. 63.

Por outro lado, aqueles que movimentam as peças, porque sabem o motivo de estarem agindo dessa maneira, “[...] tomando uma atitude crítica e reflexiva diante desse padrão de comportamento: encaram-na como um padrão para todos os jogadores de xadrez”¹⁹⁴. Esses pontos de vista [...] se manifestam em críticas e exigências de submissão à regra quando ocorre um desvio ou ameaça de desvio e no reconhecimento da legitimidade dessas críticas e exigências por parte dos outros”¹⁹⁵. É nisto que consiste o ponto de vista interno das regras.

Nesse ponto, vale fazer uma observação proposta por Hart¹⁹⁶:

[...] O aspecto interno das regras é muitas vezes mal interpretado como uma mera questão de ‘sentimentos’, em contraposição ao comportamento físico observável do exterior. Não há dúvida de que, quando as regras são geralmente aceitas por um grupo social e têm o apoio geral da censura social e da pressão no sentido da obediência, alguns indivíduos podem frequentemente ter experiências psicológicas análogas à contenção ou à compulsão. Quando dizem que ‘se sentem obrigados’ a agir de determinadas maneiras, podem estar de fato se referindo a essas experiências. Mas esses sentimentos não são necessários nem suficientes para caracterizar a existência de regras ‘vinculantes’. Não há contradição em dizer que as pessoas aceitam certas regras sem experimentar esses sentimentos de compulsão. O que é necessário é que haja uma atitude crítico-reflexiva diante de certos padrões de comportamento aceitos como um modelo comum, e que essa atitude se manifeste sob a forma de críticas (inclusive de autocrítica) e exigências de obediência à regra e também no reconhecimento de que tais críticas e exigências se justificam. Tudo isso encontra sua expressão característica na terminologia normativa do ‘deve’, ‘tem de’, ‘certo’ e ‘errado’.

Evidentemente, trata-se de uma crítica ao pensamento de Ross¹⁹⁷. Porém, o leitor poderia se perguntar: no que necessariamente consiste uma postura crítica e reflexiva? MacCormick esclarece essa questão. Uma atitude reflexiva compreende um elemento de cognição, isto é, “[...] abrange a própria noção de um padrão de comportamento – uma capacidade de conceber em termos gerais alguma correlação abstrata de certo ato com certas circunstâncias, como ‘motoristas parando seus carros ao encontrarem um sinal vermelho’”. Já uma atitude crítica compreende um elemento volitivo, “[...] algum desejo ou preferência de que o ato, ou abstenção do ato, ocorra quando existem as circunstâncias

¹⁹⁴ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 75; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 57.

¹⁹⁵ Ibid., p. 76; Ibid., p. 57.

¹⁹⁶ Ibid., p. 76; Ibid., p. 57.

¹⁹⁷ Como observa o próprio Hart, Ross “[...] traça no lugar errado a linha divisória entre esses aspectos e apresenta, equivocadamente, o aspecto interno das regras como uma questão de ‘emoção’ ou ‘sentimento’ – uma experiência psicológica especial”. HART, H. L. A. **Realismo Escandinavo**. HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 187.

previstas”. Tal preferência “[...] depende de uma rede de crenças e expectativas mútuas”¹⁹⁸. Este não seria o caso, por exemplo, de que aqueles que são vegetarianos manifestassem a sua preferência ou desejo de que todas as pessoas deixassem de comer carne. Obviamente, nenhum vegetariano pressuporia que não comer carne é um padrão comum de comportamento no grupo social.

Assim, ter uma atitude crítico-reflexiva ou aceitar uma regra é ver um determinado comportamento como criticável e considerar essa espécie de crítica legítima, tanto num sentido de censura quanto de aprovação de um dado comportamento¹⁹⁹. Portanto, não faz sentido dizer que aceitamos uma regra em virtude de um sentimento de compulsão – como já foi esclarecido –, ou em virtude de uma aprovação do ponto de vista ético-político²⁰⁰.

Cabe ainda fazer algumas observações acerca da aceitação enquanto fenômeno *social*. Podemos dizer que compartilhamos regras socialmente em dois sentidos: um nós já vimos, “[...] a de que uma regra é compartilhada quando a maior parte das pessoas considera que deve se comportar da forma prescrita pela regra”; num segundo sentido, podemos dizer que as regras são compartilhadas quando existem critérios públicos para determinar quando uma regra foi ou não respeitada. No primeiro caso, podemos dizer que além das regras compartilhadas existem também regras individuais, que os indivíduos impõem a si mesmos (como no caso do vegetariano). Já no segundo, isso não é possível²⁰¹. É evidente a influência de Wittgenstein nessa segunda forma de se compartilhar regras. Nas *Investigações Filosóficas*, ele deixa claro sua luta contra uma espécie de linguagem privada, baseada em padrões puramente particulares, para adequação do comportamento a uma

¹⁹⁸ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 52-53.

¹⁹⁹ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 149.

²⁰⁰ Barzotto é contra essa afirmação. Para ele, há um caráter moral na aceitação da regras, sobretudo, na regra de reconhecimento. Por exemplo, “ninguém assumiria o ponto de vista interno em relação a algum critério de identificação que apontasse como Direito as declarações de vontade de alguém considerado um tirano”. BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007. p. 117 e ss. Isso acontece, em razão de uma má interpretação da relação entre o Direito e a Moral na teoria do Hart. A ideia da existência de um Direito natural mínimo, trabalhada no Cap. IX do *The Concept of Law*, não deve ser confundida com uma ideia de um conteúdo mínimo moral para os sistemas jurídicos. O que Hart assinala é simplesmente que dada a atual condição das sociedades humanas, não seria possível que um sistema jurídico funcionasse sem essas regras. MICHELON JUNIOR, op. cit., p. 147-148. Shapiro também refuta esse ponto de vista moral da aceitação das regras. SHAPIRO, Scott J. **What is the internal point of view?** Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/faculty/shapiropubs.htm>> Acesso em: 03 de fev. 2012. p. 2.

²⁰¹ MICHELON JUNIOR, op. cit., p. 150.

regra²⁰². Na verdade, isso seria contra a própria natureza da regra, pois nunca saberíamos quando alguém está ou não seguindo uma regra.

Como alerta Michelin²⁰³, “[...] *se não nos apercebemos do caráter público que as regras sociais têm por definição é possível que cometamos erros*”. Para MacCormick, por exemplo, “[...] *a explicação de Hart sobre o que é ‘crítica’ e ‘crítica justificada’ depende da explicação sobre a atitude que se deve conjugar à regularidade de comportamento (a aceitação) para que exista uma regra*”; contudo, “[...] *esta atitude parece ser explicada centralmente pelas noções de crítica e crítica justificada*”. Ele enxerga aqui, “*um círculo vicioso, que não esclarece nada sobre o que é uma regra social*”. Segundo Michelin²⁰⁴:

[...] MacCormick oferece uma fórmula de resolver esse círculo. Para que seja possível diferenciar uma regra social de outro padrão de conduta, MacCormick afirma ser necessário identificar atitudes críticas reflexivas relevantes e atitudes críticas reflexivas irrelevantes. Para diferenciar as atitudes críticas relevantes das irrelevantes MacCormick utiliza a existência de uma convenção como critério.

Embora Hart não seja claro quanto ao que significa o termo “aceitar”, preferimos concordar com o posicionamento de Michelin, quando define a aceitação como o uso de um padrão de comportamento, como a própria atividade de criticar e justificar a crítica com base no padrão, e não algo que lhe é anterior²⁰⁵. Com isso, não faz sentido o questionamento de MacCormick sobre esse possível círculo vicioso, consistindo a atitude crítico-reflexiva, que diferencia os hábitos sociais das regras, no uso da regra para estabelecer e justificar críticas²⁰⁶. Dessa forma, a comprovação da existência de uma regra social reside no fato de que é utilizada como um padrão de avaliação de ações humanas. E isto tem especial relevância na análise do Direito enquanto união de regras primárias e secundárias.

Para Hart, existem dois tipos de regras: as primárias, que impõem padrões de conduta a serem seguidos; e as secundárias, que também são padrões, mas diferentemente das regras primárias, veiculam critérios para identificação, modificação e aplicação de outras regras jurídicas.

²⁰² “[...] *Por isso, seguir uma regra é uma prática. E acreditar seguir a regra não é: seguir a regra. E por isso não se pode seguir a regra ‘privatim’, porque, do contrário, acreditar seguir a regra seria o mesmo que seguir a regra*”. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. Oxford: Blackwell Publishing, 2009. p. 87 e 202.

²⁰³ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 151.

²⁰⁴ Ibid., p. 151.

²⁰⁵ Ibid., p. 149.

²⁰⁶ Ibid., p. 153.

As regras primárias sempre existiram nos ordenamentos jurídicos, mesmo naqueles mais primitivos. Hart tenta, então, demonstrar a importância de se ter regras secundárias em uma estrutura social que apenas comporta regras primárias de obrigação. Para tanto, ele aponta três grandes problemas: primeiro, as regras que orientam a vida do grupo não formam um sistema, “[...] *mas consistem simplesmente num conjunto de padrões isolados, sem nenhuma característica identificadora comum, exceto [...] pelo fato de constituírem as regras aceitas por um grupo de seres humanos*”²⁰⁷. Desta forma, “[...] *haveria uma incerteza quanto aonde a linha que divide a conduta errada da aceitável é traçada*”²⁰⁸. Por isso, Hart chama esse primeiro problema de incerteza.

Um segundo problema seria o caráter estático dessas regras. Em uma sociedade como essa, não seria possível estabelecer deliberadamente novos padrões de comportamento, uma vez que, para que isso ocorra, depende da existência de um tipo diferente de regras²⁰⁹. Por último, o terceiro problema que diz respeito a essa forma simples de vida social, é a ineficiência da pressão social difusa pela qual as regras são mantidas, já que a presença de instâncias oficiais capacitadas a determinar, de maneira autorizada e conclusiva, a violação ou não de uma regra, e, conseqüentemente, a aplicação de uma sanção, depende da existência de regras diferentes das regras primárias²¹⁰.

Para a solução desses três problemas, Hart oferece a noção de regras secundárias, das quais são espécies: as regras de reconhecimento, modificação e julgamento²¹¹. Assim, para resolver o problema da incerteza, haveria uma regra de reconhecimento que veicula critérios de identificação das regras primárias de obrigação. Já para solucionar o caráter estático, Hart propõe a existência de uma regra de modificação, que possibilita a introdução de novos padrões de comportamento na estrutura social. E, por fim, ele propõe a existência de regras de julgamento “[...] *que capacitam alguns indivíduos a solucionar de forma autorizada o problema de saber se, numa ocasião específica, foi violada uma regra primária*”²¹².

Não importa se são primárias ou secundárias, todas elas demandam aceitação (o uso). A questão que se quer saber é se a aceitação de uma regra primária é similar a de uma regra

²⁰⁷ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 119; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 92.

²⁰⁸ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 146.

²⁰⁹ HART, op. cit., p. 120; HART, op. cit., p. 92.

²¹⁰ Ibid., p. 121; Ibid., p. 93.

²¹¹ Ibid., p. 122 e ss.; Ibid., p. 94 e ss.

²¹² Ibid., p. 122 e ss.; Ibid., p. 94 e ss.

secundária. Bem, como observa Michelin²¹³, há um ponto em comum e uma diferença. Em ambos os casos a regra é um padrão – seja para utilizá-la como um padrão de comportamento a ser seguido, seja para utilizá-la como um padrão que atesta a juridicidade de uma regra primária²¹⁴ –, com base no qual fazemos julgamentos. A diferença “*está em que tipo de julgamento fazemos com base no padrão*”. Ou melhor, o “*tipo de ação para cuja prática utilizamos as regras primárias e secundárias*”²¹⁵.

Com isso, fica claro o papel central ocupado pelo aspecto interno das regras na teoria jurídica de Hart. Segundo ele, é fundamental para que possamos compreender o Direito, que exista uma atitude crítico-reflexiva ao adotar regras como padrões de conduta. O uso é condição suficiente e necessária para atestar a existência dessas regras. No entanto, por que é assim? Em que Hart se apóia ao fazer tais afirmações? Por que podemos dizer que há uma regra de reconhecimento? Ou, que os juízes ao julgarem, devem seguir uma regra de julgamento?

Quando afirmamos que o uso é condição suficiente e necessária para a existência das regras, estamos vendo uma clara influência do segundo Wittgenstein sobre Hart²¹⁶. Como já foi dito no começo deste trabalho, Hart propõe uma análise do Direito a partir da nova filosofia da linguagem, sobretudo, a desenvolvida em Oxford no século XX. Os seus exemplos referentes a jogos, a contextualização para obtenção dos significados das palavras, a existência das regras como uso, enfim, uma série de ideias, próprias dessa nova filosofia, comprova o que estamos falando.

É por isso que, para que possamos compreender as ideias de regra de reconhecimento, modificação e julgamento, devemos ter em mente o que Hart quer dizer quando se refere à existência das regras como seu uso.

O Direito se manifesta segundo nossas práticas sociais, que, por sua vez, se dão por meio da linguagem. Mas, como se dá a linguagem? Mediante regras. Como sabemos que

²¹³ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 150.

²¹⁴ MacCormick observa que “[...] *nem todas as regras secundárias são de conferir poderes*”. MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 145.

²¹⁵ MICHELON JUNIOR, op. cit., p. 166.

²¹⁶ Muito se deve indiretamente ao trabalho de Peter Winch – talvez a principal influência de Hart, já que herdou dele as ideias do ponto de vista interno e externo, além das diferenças entre hábitos e regras. WINCH, Peter. **An idea of social science and its relation to philosophy**. London: Routledge, 1990. Além disso, embora sejam poucas as referências a Wittgenstein em *The Concept of Law*, elas são significativas, já que conforme o próprio Hart: “[...] *Wittgenstein, em Philosophical Investigations, faz muitas observações importantes a respeito das noções de ensinar e seguir regras*”. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 380; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 297.

essas regras existem? Quando as usamos. Para que possamos compreender os fenômenos sociais não podemos reduzir a análise da linguagem apenas a investigação da sua estrutura lógica, em que a relação entre a linguagem e o mundo se dá por meio de uma correspondência exata entre as palavras e um estado de coisas objetivo. Ao contrário, a linguagem se articula por meio de diferentes jogos de linguagem que coexistem com outros jogos de linguagem, cada qual com regras próprias e com suas respectivas “*formas de vida*”²¹⁷. Assim, se adotamos “*a noção de jogos de linguagem, o significado não é estabelecido pela forma da sentença e pelo sentido e referência de seus componentes, mas pelo uso que fazemos das expressões lingüísticas nos diferentes contextos em que as empregamos e pelos efeitos e consequências que produzem em seus usos específicos*”²¹⁸. Dessa forma, o “[...] *significado de uma palavra é seu uso na linguagem*”²¹⁹.

Nesse sentido, o significado de uma palavra somente pode ser compreendido segundo os diferentes jogos de linguagem, que consistem em mais do que a simples análise da expressão lingüística enquanto tal, como observa o próprio Wittgenstein²²⁰: “[...] *chamarei de ‘jogo de linguagem’ também a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada*”. Assim, os jogos de linguagem se caracterizam pela sua diversidade²²¹, em que novos jogos de linguagem podem surgir, já que a linguagem é uma atividade dinâmica e somente pode ser entendida a partir da forma de vida da qual faz parte. Dessa forma, “[...] *o uso da linguagem é uma prática social concreta*”²²².

Como lembra Marcondes²²³:

[...] Os jogos são jogados de acordo com regras que podem ser mais ou menos explícitas, mais ou menos formais. Do mesmo modo, os jogos de linguagem possuem regras que definem o que é ou não válido, segundo os quais os objetivos podem ser alcançados. São regras pragmáticas, de uso, constitutivas dos jogos, que tornam possíveis os atos que os jogadores realizam.

²¹⁷ Como observa Grayling: “[...] *Com “forma de vida” Wittgenstein está se referindo ao consenso subjacente – lingüístico e não-lingüístico – de comportamento, assunções, práticas, tradições e propensões naturais que os humanos, como seres sociais, compartilham entre si, e que é, portanto, pressuposto na linguagem que usam; a linguagem está entrelaçada nesse padrão de atividade e caráter humanos, e o significado é atribuído às suas expressões pela perspectiva compartilhada e pela natureza de seus usuários. [...] A forma de vida é a estrutura de referência em que aprendemos a trabalhar quando treinados na linguagem de nossa comunidade*”. GRAYLING, A. C. **Wittgenstein**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 110. Sobre como as “*formas de vida*” estabelecem os fundamentos da linguagem, ver: GLOCK, Hans-Johann. **A Wittgenstein dictionary**. Oxford: Blackwell Publishers, 1996. 124 e ss.

²¹⁸ MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de linguagem**: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 105-106.

²¹⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. Oxford: Blackwell Publishing, 2009. p. 25 e 43.

²²⁰ Ibid., p. 8 e 7.

²²¹ Ibid., p. 36 e 66.

²²² MARCONDES, op. cit., p. 106.

²²³ Ibid., p. 106-107.

Hart seguiu Wittgenstein nesses aspectos, já que os significados das palavras são determinados pelo uso das regras²²⁴. Assim, tanto as regras de reconhecimento quanto as de modificação e de julgamento vão depender do contexto, cada qual com a sua forma de vida. Parafraseando Wittgenstein, poderíamos dizer que Hart “[...] *quer compreender aquilo que está diante de nossos olhos. Porque, em um certo sentido, é isso que parecemos não compreender*”²²⁵. Ele está preocupado em como o Direito se manifesta em nossas práticas sociais. Por isso, a natureza da regra de reconhecimento é constitutiva, tendo em vista que ela é sempre um padrão social compartilhado que oferece critérios para identificação de outras regras. Ela é uma forma de vida, e deve ser analisada no contexto que aparece²²⁶.

Veja-se, por exemplo, o que acontece no caso das regras de julgamento. A prática judicial estabelece certos critérios que são tidos pelos juízes como vinculantes, em razão desses juízes tomarem essas regras como padrões a serem seguidos. Assim como ocorre na prática judicial, tanto no críquete, quanto no futebol, o árbitro segue regras para identificar quando foi ou não gol, ou seja, quando houve ou não uma pontuação. Mas, isso não quer dizer, que o árbitro pode, ao seu bel prazer, validar um gol de mão ou feito em impedimento, assim como não pode também um juiz, sem nenhum critério, afirmar que uma regra é válida ou inválida. E por que isso ocorre? Porque do contrário, nós estaríamos diante de outro jogo, o “jogo do arbítrio do marcador”. É por isso, que devem existir certo critérios socialmente compartilhados para que possamos diferenciar um jogo normal de um jogo arbitrário²²⁷. Para cada jogo existem regras, e para que estas existam, é necessário usá-las – aceitá-las – como padrões a serem seguidos. Deve estar presente, então, o aspecto interno das regras.

Apenas a título de observação, essas regras secundárias que estabelecem critérios de identificação de outras regras, ou seja, critérios de validade – isto é, se uma regra é ou não jurídica – não podem ser elas mesmas tidas como válidas ou inválidas. Uma pergunta sobre a validade ou não dessas regras não tem sentido. Assim como não tem sentido perguntar quantos fios de cabelo um homem deve ter para ser considerado careca ou se a

²²⁴ ENDICOTT, Timothy A. O. Law and language. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Org.). **The Oxford handbook of jurisprudence & Philosophy of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002. p. 949.

²²⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. Oxford: Blackwell Publishing, 2009. p. 46 e 89.

²²⁶ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 164.

²²⁷ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 149 e 186; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 116 e 144.

barra-padrão do metro, conservada em Paris, que é o critério último de correção de todas as medidas em metros, tem, ela própria, as dimensões corretas. Como observa o próprio Hart: “[...] Não pode surgir uma pergunta desse tipo sobre a validade da própria regra de reconhecimento que provê os critérios; esta não pode ser nem válida nem inválida, mas seu uso para esse fim é simplesmente aceito como apropriado”²²⁸²²⁹.

Outro aspecto que precisa ser analisado, e que está diretamente ligado à compreensão do papel da linguagem na teoria do Direito de Hart, diz respeito ao conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos. É através do aspecto interno das regras que podemos dizer que existem enunciados jurídicos internos e enunciados jurídicos externos. A diferença entre eles reside no fato de que as condições de verdade de enunciados internos são diferentes das condições de verdade de enunciados externos. Jamais descrevem o mesmo fato. Sendo assim, os enunciados externos descrevem sempre um conjunto de eventos físicos (ex. algumas pessoas param os seus carros quando o sinal está vermelho). Já os enunciados internos, além dos eventos físicos, sempre incluem uma regra (ex. paramos no sinal vermelho porque aceitamos isso como um padrão de conduta a ser seguido)²³⁰.

Dessa maneira, Hart consegue refutar a perspectiva realista de que os enunciados jurídicos não possuem qualquer conteúdo cognitivo, já que eles não descrevem o Direito em termos de fatos brutos, como mera convergência de comportamentos. O Direito consiste em regras sociais, constituindo, portanto, uma prática social institucionalizada, em que os participantes do sistema apreendem o sentido de suas ações por meio dessas regras constitutivas de sentido. Sendo assim, o aspecto interno é decisivo para que o conhecimento jurídico seja composto por enunciados que sejam verdadeiras descrições objetivas, isto é,

²²⁸ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 140; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 109.

²²⁹ Essa é uma das diferenças entre a regra de reconhecimento e a norma hipotética fundamental. Como lembra Kozicki: “[...] o próprio Hart assinala alguns pontos de diferença entre a regra de reconhecimento e a norma fundamental: a) os critérios de validade colocados pela regra de reconhecimento são sempre uma questão empírica, de fato, enquanto a norma fundamental coloca pressupostos de validade; b) a validade da regra de reconhecimento não é jamais questionada, enquanto a validade da norma fundamental é pressuposta; c) a regra de reconhecimento tem conteúdos distintos, segundo o ordenamento a que se refere, enquanto a norma fundamental teria praticamente sempre o mesmo conteúdo”. Ver: KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 144. Deve-se ressaltar também, que a validade para Hart é uma categoria social, e não lógica: “[...] Contudo, só podemos apresentar claramente essas verdades e avaliar corretamente sua importância se supusermos um contexto social mais complexo no qual, para a identificação de regras primárias de obrigação, seja aceita e utilizada uma regra secundária de reconhecimento. Se algo merece ser denominado fundamento de um sistema jurídico, trata-se dessa situação”. HART, op. cit., p. 129; HART, op. cit., p. 100.

²³⁰ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 158.

enunciados que são verdadeiros por serem elaborados conforme regras que aceitamos. Para Hart, somente é possível se conhecer o Direito a partir do ponto de vista interno.

Nesse sentido, já não falamos mais, por exemplo, que algumas pessoas descobrem a cabeça ao entrarem na igreja aos domingos. Falamos agora que *devemos* tirar o chapéu ao entrar na igreja aos domingos. Palavras como “deve” e “tem de”, só têm sentido para aqueles que vêem o Direito sob o ponto de vista interno. No entanto, cumpre fazer uma observação. Hart²³¹ diz que:

[...] As afirmações feitas a partir do ponto de vista externo podem ser, elas próprias, de diversos tipos. Pois o observador pode, sem aceitar ele próprio as regras, afirmar que o grupo as aceita e, assim, se referir do exterior à forma como o grupo se relaciona com elas a partir do ponto de vista interno.

Essa declaração de Hart levou alguns autores, como Shapiro e MacCormick, a afirmar que há um ponto de vista intermediário entre o interno e o radicalmente externo, chamado de “ponto de vista hermenêutico” ou “ponto de vista externo não extremo”. Basicamente, como esclarece MacCormick²³², o ponto de vista hermenêutico compartilha apenas o aspecto cognitivo. Ou seja, os indivíduos sabem que existem padrões de comportamento que são seguidos por algumas pessoas, mas escolhem não segui-los, não compartilhando, portanto, o aspecto volitivo. Já Shapiro²³³ estabelece uma distinção entre o ponto de vista teórico e o ponto de vista prático. O primeiro é sempre externo. O segundo pode vir a ser interno, caso haja aceitação do padrão de conduta – esta é a perspectiva do homem bom. O ponto de vista hermenêutico, para ele, é o ponto de vista teórico em que Hart se encontra²³⁴.

O ponto de vista interno também é necessário para que os participantes do sistema reconheçam uma obrigação jurídica, uma vez que só é possível que ela exista, quando se

²³¹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 115; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 89.

²³² MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 58.

²³³ SHAPIRO, Scott J. **What is the internal point of view?** Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/faculty/shapiropubs.htm>> Acesso em: 03 de fev. 2012.

²³⁴ O grande problema desse ponto de vista “intermediário” é que Hart não dá conta de explicar como é possível então um conhecimento do Direito sem aceitação. Conforme Kozicki: “[...] mesmo se o conhecimento derivar daquele ponto de vista interno, da “apreensão” das regras constitutivas do sistema, ainda assim existe a possibilidade de um conhecimento sem aceitação (ou seja, compreensivo mas sem aceitação das regras e instituições). No Direito, a interpretação correta das regras ou das práticas judiciais (de um ponto de vista interno) não implica, necessariamente, na adoção de tais regras ou práticas. Neste sentido, dizemos que Hart não dá conta de que a correta compreensão dos enunciados não os torna vinculativos”. KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do Direito. ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 137.

reconhece a existência de uma regra, em que os participantes exercem uma atitude crítico-reflexiva diante de certos padrões de conduta socialmente compartilhados.

Sendo assim, há uma grande diferença entre um indivíduo “*ser obrigado*” e ele “*ter uma obrigação*”. Para ilustrar isso, Hart utiliza o exemplo do assaltante de Austin. Nesse caso, um assaltante ordena que outra pessoa lhe entregue uma coisa, e que se ela não o fizer, ele lhe fará um mal. A pessoa que faz o que assaltante acabou de lhe pedir, somente o faz por temer que um mal grave lhe seja infligido. Por medo de que a ameaça seja concretizada, é possível que ela realize a ação e entregue o que o assaltante lhe pede. Nesse caso, poderíamos dizer que a pessoa foi obrigada a agir da maneira que agiu. Contudo, será que ela tinha uma obrigação? Ou melhor, será que ela tinha uma obrigação jurídica? Hart assinala que não.

No caso de uma pessoa ser obrigada a fazer alguma coisa, leva-se em conta os motivos e as convicções que estão envolvidos em um determinado ato, ou seja, a pessoa que entregou uma coisa ao assaltante o fez porque imaginou que algum mal lhe seria infligido caso não a entregasse. Da mesma forma, talvez ela não fizesse o que lhe foi pedido se acreditasse que o assaltante não tinha meios para lhe infligir um mal grave ou, até mesmo, se o dano ameaçado fosse algo ínfimo, sendo mais vantajoso não realizar o que lhe foi ordenado²³⁵.

No entanto, embora essas motivações e convicções sejam suficientes para afirmar que alguém “foi obrigado a fazer alguma coisa”, não são suficientes para que se diga que essa pessoa “tinha uma obrigação”, e nem “[...]são necessários para tonar verdadeira a afirmação de que alguém tinha a obrigação de fazer algo”²³⁶. A declaração de que alguém “tinha uma obrigação” independe do fato de que ele realmente tenha feito, porém a afirmação de que alguém “foi obrigado a fazer alguma coisa” geralmente implica que essa pessoa realmente tenha realizado essa ação²³⁷.

Mas, tanto Austin, quanto outros teóricos do Direito, talvez percebendo a falta de relação entre esses fatos subjetivos e a questão de saber se alguém tinha a obrigação de agir de certa maneira, definiram essa noção em razão da probabilidade que aquele que tem a obrigação sofra uma punição ou algum mal de outrem no caso de desobediência²³⁸.

²³⁵ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 107; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 82.

²³⁶ Ibid., 108; Ibid., p. 83.

²³⁷ Ibid., p.108; Ibid., p. 83.

²³⁸ Ibid., p. 109; Ibid., p. 83.

Embora haja certa convergência ou regularidade do fato de que quando alguém tem uma obrigação, e do fato de que geralmente no caso de ela ser descumprida um mal lhe será infligido, isso não significa dizer que toda vez que alguém deixar de cumprir uma obrigação um mal lhe será feito, já que mesmo que essas sanções não sejam aplicadas, o indivíduo continua tendo uma obrigação. Portanto, dizer que “ter uma obrigação” reside no fato de que provavelmente uma sanção será aplicada no caso de uma infração, não parece ser uma boa descrição do fato²³⁹.

Além disso, as infrações não são apenas motivos para se prever reações hostis, mas são razões ou justificativas para aquelas reações e para aplicação de sanções²⁴⁰. E são razões porque os participantes dessa prática social complexa compreendem suas ações por meio da existência de regras. Só é possível dizer que alguém “tem uma obrigação” porque existe uma regra jurídica que a impõe. Sendo assim, conforme Hart, para que se tenha uma obrigação é necessário, em primeiro lugar, a existência de regras, que fazem de determinado tipo de comportamento um padrão, constituindo, portanto, o pano de fundo para que alguém possa fazer tal afirmação. Além de serem usadas como referência para certos padrões tidos como obrigatórios, as regras “[...] são usadas para se tirar conclusões em casos particulares a partir de uma regra geral”²⁴¹. E isso, para Hart, só é possível a partir de um ponto de vista interno²⁴².

Visto isso, é importante ressaltar as semelhanças e diferenças proposta por Hart entre as obrigações jurídicas e as obrigações morais. Para tanto, ele resalta primeiro, que ambas possuem algumas características em comum:

²³⁹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 110; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 84.

²⁴⁰ “[...] A objeção fundamental é que a interpretação preditiva obscurece o fato de que, onde existem regras, as infrações não são apenas motivos para prever-se que reações hostis se seguirão, ou que um tribunal aplicará penas ou sanções àqueles que violem as regras, mas também uma razão ou justificativa para aquelas reações e para a aplicação dessas sanções”. Ibid., p. 109; Ibid., p. 84.

²⁴¹ Ibid., p. 111; Ibid., p. 85.

²⁴² “[...] Uma outra distinção [...] diz respeito a que contexto institucional deve estar referido ou incluído no ato comunicativo. Assim, a práxis jurídica (enquanto fenômeno institucionalizado) serve como contexto de referência a que determinadas sentenças produzam efeitos jurídico. Assim também no caso da obrigação. Podemos considerar, inequivocamente, que a expressão “foi obrigado a” pode referir-se a qualquer situação fática, incluindo-se ou não a práxis do Direito. O locutor (mais especificamente) pode ser ou não um gângster ou um policial e o significado da expressão vai buscar-se no seu contexto de uso. Já a expressão “ter a obrigação de”, pelas características acima mencionadas, pressupõe um contexto de uso referido institucionalmente, quer porque independa de motivações psicológicas, quer porque pode ou não produzir-se e, ainda, porque reporta-se a um sistema de convenções acordado pela coletividade (onde o Direito é apenas um exemplo). Neste aspecto também se ressalta a aceitação do participante do sistema, a quem se destina a imposição”. KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do Direito. ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 135.

[...] São parecidas por serem consideradas vinculantes independentemente do consentimento do indivíduo a elas submetido, e seu cumprimento se apóia em forte pressão social pela obediência; o acatamento às obrigações tanto morais quanto jurídicas não é considerado merecedor de elogio, mas uma contribuição mínima para a vida social, a ser vista como natural. Além disso, tanto o direito quanto a moral incluem regras destinadas a reger o comportamento dos indivíduos em situações continuamente recorrentes durante toda a vida, e não apenas em atividades ou ocasiões especiais; e, embora possam incluir muitos elementos que sejam próprios das necessidades reais ou imaginárias de uma sociedade, ambos os tipos de regras incluem exigências que devem obviamente ser cumpridas por qualquer grupo de seres humanos para que possam viver em comum²⁴³.

Entretanto, onde se encontra a linha divisória entre as obrigações jurídicas e morais? Hart aponta quatro características cardeais para diferenciá-las: a importância; a imunidade a alteração deliberada; o caráter voluntário das infrações morais; e a forma de pressão moral.

Com relação à importância, Hart deixa claro que ela pode se manifestar de várias maneiras: primeiramente, pode se manifestar no fato de que os padrões morais são sustentados mediante um combate a fortes paixões individuais, o que implica um sacrifício considerável dos interesses pessoais; em segundo lugar, as fortes pressões sociais que são exigidas, não só para observância desses padrões em circunstâncias específicas, mas, também, para a preservação dessas regras morais na comunidade, mediante o ensino a todos os seus membros, para que todos possam vê-las como algo natural e evidente; e, por fim, “[...] *no reconhecimento generalizado de que, se os padrões sociais não fossem aceitos por todos, isso acarretaria mudanças amplas e desagradáveis na vida dos indivíduos*”²⁴⁴.

Ao contrário das regras morais, as regras jurídicas podem não ser consideradas importantes por todos os membros de uma comunidade. Conforme Hart, “[...] *poder-se-ia inclusive chegar à conclusão de que a regra deveria ser revogada*”. Por outro lado, “[...]

²⁴³ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 222; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 172.

²⁴⁴ Ibid., p. 224; Ibid., p. 173. No entanto, como observa Kozicki: “[...] *Hart rejeita uma abordagem utilitarista das regras morais, argumentando que em muitos setores da vida em comunidade as regras morais não trazem nenhuma contribuição à consecução do bem comum e mesmo assim são mantidas. Para tanto, traz à baila a questão da moral sexual, cujos desvios são repudiados não por serem socialmente prejudiciais, mas por considerações de outras ordens (vergonha, pudor, intolerância,...)*”. KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do Direito. ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 139.

*seria absurdo considerar uma regra como parte da moral de uma sociedade apesar de ninguém mais achá-la importante ou considerar que valha a pena observá-la”*²⁴⁵.

Quanto à imunidade à modificação deliberada, regras morais não podem ser criadas, modificadas ou extintas da mesma maneira que as regras jurídicas. Isso quer dizer, que elas não podem ser modificadas por atos intencionais. Sendo assim, os padrões morais de uma comunidade, só podem ser transformados pela evolução natural dessa sociedade, mas nunca com o mesmo dinamismo, que é próprio, de um sistema jurídico²⁴⁶.

Outra questão que Hart levanta, é que não só a moral pode influenciar o Direito, mas, este, também, pode ser um fator causal nas modificações das tradições e da moral social, já que “[...] *embora uma regra ou tradição moral não possa ser revogada ou alterada por escolha ou atuação deliberadas, a aprovação ou revogação de leis pode de fato ser uma das causas da modificação ou declínio de algum padrão ou tradição moral*”²⁴⁷.

No que se refere ao caráter voluntário das infrações morais, este diz respeito à responsabilidade e a culpa moral. Diferentemente do Direito – que pode estabelecer pautas de responsabilidade objetiva, ao sancionarem o autor da conduta, ainda que este tenha agido sem dolo ou culpa –, a responsabilidade moral é sempre subjetiva, isto é, leva sempre em consideração a culpa ou o dolo na conduta do agente²⁴⁸.

Neste ponto, vale a pena fazer uma ressalva. Como o próprio Hart observa, uma das mais célebres teorias que tenta diferenciar as regras jurídicas das regras morais:

[...] é a teoria segundo a qual as regras jurídicas exigem apenas um comportamento ‘externo’, sendo indiferente aos motivos, intenções ou outros acompanhamentos internos do comportamento, enquanto a moral não exige ações externas específicas, mas apenas boa vontade ou intenções e motivos corretos²⁴⁹.

Segundo Hart, isso acontece porque “[...] *trata-se de uma inferência, embora equivocada, a partir de certas características importantes da moral, especialmente certas diferenças entre a censura moral e a punição jurídica*”²⁵⁰. Por exemplo, quando alguém age bem intencionado, mas acidentalmente viola uma regra moral, os interesses do agente o eximem de censura moral. Entretanto, há casos no direito – como o da responsabilidade objetiva –, em que as

²⁴⁵ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 226; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 175.

²⁴⁶ Ibid., p. 227; Ibid., p. 175 e ss.

²⁴⁷ Ibid., p. 228; Ibid., p. 176.

²⁴⁸ Ibid., p. 230 e ss; Ibid., p. 178 e ss.; KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do Direito. ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 139.

²⁴⁹ HART, op. cit., p. 223; HART, op. cit., p. 172.

²⁵⁰ Ibid., p. 223; Ibid., p. 173.

considerações sobre o dolo ou a culpa do agente são irrelevantes para aplicação da sanção. Contudo, Hart nos alerta que, “[...] *isso não significa que a moral se limite a exigir boas intenções, boa vontade ou motivos nobres. Na verdade, raciocinar assim significa [...] confundir a ideia de desculpa com a noção de uma justificativa para a conduta*”²⁵¹.

Sendo assim, mesmo que a responsabilidade moral possua esse caráter interno, isso não significa que o indivíduo não tenha que ter certo controle sobre a sua conduta externa, já que mesmo nesse terreno há uma diferença entre a afirmação de que “alguém não fez nada de errado” e a de que “alguém não pôde deixar de fazer o que fez”²⁵².

Por fim, com relação à forma de pressão social, a pressão moral tem o propósito de destacar a importância do comportamento moral em si, apelando para a consciência do agente e reportando-se apenas de forma secundária ao castigo. Por outro lado, “[...] *as condutas exigidas juridicamente vinculam-se de modo muito mais imediato à ameaça de sanção em caso de descumprimento*”²⁵³.

No próximo ponto, tentaremos esclarecer um último problema na teoria hartiana, que diz respeito a indeterminação das regras jurídicas em certas situações, seja porque as palavras que as regras jurídicas são formuladas possuem um caráter geral, o que pode muitas vezes gerar dúvidas quanto o que se considera proibido ou permitido, seja porque a regra não é clara se ela se aplica ou não ao caso. Depois disso, passaremos a análise dos pontos de convergência e discordância entre as teorias de Hart e de Kelsen.

3.1.3 A Indeterminação do Direito: textura aberta e *hard cases*

Como a proposta de Hart pretende compreender a estrutura do sistema a partir de uma análise dos usos e funções da linguagem ordinária, a vagueza e a indeterminação são

²⁵¹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 224; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 173.

²⁵² “[...] *é importante [...] distinguir entre desculpa e justificativa; pois [...] o argumento de que a moral não exige um comportamento externo se baseia numa confusão dessas duas ideias. Se as boas intenções justificassem fazer o que as regras morais proibem, nada haveria a lamentar no ato de um homem que matasse a outro acidentalmente e apesar de todas as precauções. Julgaríamos esse fato do mesmo modo como hoje julgamos a morte de um homem, causada por outro, quando é exigida como medida necessária a legítima defesa. Esta última é justificada porque, em tais circunstâncias, matar é um tipo de comportamento que o sistema não se preocupa em impedir e pode até estimular, embora seja necessariamente uma exceção à proibição universal do homicídio. Quando alguém é eximido de culpa por ter errado involuntariamente, a concepção moral subjacente não é que essa ação pertença a um tipo que a lei se empenhe em permitir ou mesmo encorajar; o que acontece é que, ao investigarmos a condição mental desse transgressor específico, verificamos que lhe faltava a capacidade normal de atender às exigências da lei. Logo, esse aspecto do caráter “interno” da moral não significa que esta não seja uma forma de controle da conduta externa; mas apenas estipula, como condição necessária da responsabilidade moral, que o indivíduo tenha certo tipo de controle sobre seu comportamento. Mesmo no campo da moral, há uma diferença entre “ele não fez nada de errado” e “ele não pôde deixar de fazer o que fez”*”. Ibid., p. 231; Ibid., p. 179.

²⁵³ Ibid., p. 232; Ibid., p. 179.

também componentes da linguagem jurídica. Com isso, é possível que existam casos que se encontrem em uma zona de penumbra, em que não se esteja claro qual lei deve ser aplicada nessa situação, ou como os juízes devem proceder nesses casos. Nesse sentido, Hart afirma que a textura aberta²⁵⁴ é uma característica de todas as regras jurídicas. Segundo ele: “[...] *não apenas no terreno das regras, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer*”²⁵⁵. Em razão disso, esclarece Hart:

[...] Qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de textura aberta. [...] a incerteza nas zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação referente a questões factuais²⁵⁶.

Sendo assim, há, portanto, “[...] *casos claros que reaparecem em contextos semelhantes, aos quais fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis*”, e “[...] *casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não*” – em outras palavras, *hard cases*²⁵⁷. É nesse sentido, que nos casos difíceis, o juiz deve utilizar um poder discricionário para colmatar a ordem jurídica, devendo, dessa forma, atuar como um “legislador”, criando o Direito²⁵⁸. Isso se deve, precisamente, porque somos humanos, e não deuses. Não podemos saber antecipadamente

²⁵⁴ Esse termo foi cunhado por Friedrich Waismann, que tinha como objetivo abordar a problemática referente ao parágrafo 84 das Investigações Filosóficas de que “[...] *a aplicação de uma palavra [...] não está delimitada em todas as partes por regras*”. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. Oxford: Blackwell Publishing, 2009. p. 44e. Sendo assim, a textura aberta consiste na possibilidade de que alguns termos venham a se tornar vagos, ainda que no momento não o sejam. ENDICOTT, Timothy A. O. **Vagueness in law**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 37.

²⁵⁵ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 126.

²⁵⁶ Ibid., p. 166; Ibid., p. 127.

²⁵⁷ Ibid., p. 164; Ibid., p. 127.

²⁵⁸ Como se sabe, Dworkin é o principal crítico de Hart sobre o papel discricionário exercido pelos juízes na decisão dos casos difíceis. Para ele, o Direito sempre tem uma boa resposta a oferecer, baseada nos princípios institucionalizados de uma comunidade política. Sendo assim, ele coloca em foco o problema da narração, através da célebre metáfora do romance em cadeia, em que o juiz ao decidir continua a história política daquela comunidade, sendo a resposta correta aquela que melhor se ajuste a jurisprudência anterior e melhor atualize e se encontre de acordo com a moral política daquela comunidade. ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003. p. 99. Não é nosso objetivo abordar as questões referentes a esse debate. No entanto, uma interessante introdução para o debate se encontra em: SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed**. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/faculty/shapiro.htm>> Acesso em: 28 de março de 2012. Sobre as diferenças entre Hart e Dworkin, é interessantíssimo o trabalho de: RAZ, Joseph. Two views of the nature of the Theory of Law: a partial comparison. In: COLEMAN (Ed.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to the Concept of Law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2001.

todas as hipóteses de aplicação de uma regra²⁵⁹.

Além disso, o fato de que os textos jurídicos possuem uma textura aberta, e podem apresentar uma maior ou menor vagueza, não significa incerteza para qualquer uso. Vale ressaltar, que o que vai determinar se um caso é fácil ou difícil é sempre uma questão pragmática. MacCormick observou bem essa questão, e propõe uma substituição das expressões “*easy cases*” e “*hard cases*”, por “*clear cases*” e “*problem cases*”²⁶⁰.

Apesar de Hart dizer que os juízes se valem de um poder discricionário para julgar os casos difíceis, isso não quer dizer que eles podem decidir tais casos ao seu bel prazer. No ponto anterior, mostramos que os juízes também estão inseridos numa prática, e que também seguem regras – “regras de julgamento”. Nesses casos, os juízes devem fazer escolhas entre possíveis soluções para o caso concreto de acordo com a prática em que estão inseridos ²⁶¹. Assim, não é possível dizer que Hart não esteja preocupado com a maneira como os juízes decidem²⁶².

²⁵⁹ “[...] É típico da condição humana (e também, portanto, da legislação) que labutemos com duas desvantagens interligadas sempre que procuramos regulamentar, antecipadamente e sem ambigüidade, alguma esfera de comportamento por meio de um padrão geral que possa ser usado sem orientação oficial posterior em ocasiões específicas. A primeira desvantagem é nossa relativa ignorância dos fatos; a segunda é a relativa imprecisão de nosso objetivo. Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. Poderíamos criar regras cuja aplicação a casos particulares nunca exigiria uma escolha adicional. Poder-se-ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feito em relação a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma regra. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência analítica “mecânica”. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 166; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 128.

²⁶⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 69.

²⁶¹ No entanto ressalta Hart, “[...] Com muita freqüência, sua escolha é guiada pelo pressuposto de que o objetivo das regras que estão interpretando é razoável, de modo que estas não se destinam a perpetrar a injustiça ou a ofender princípios morais estabelecidos. A decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer. Mesmo nesse caso, os juízes podem, mais uma vez, fazer uma escolha que não é nem arbitrária nem mecânica; e nisto freqüentemente exibem certas virtudes judiciais características, cujo caráter especialmente apropriado à decisão judicial explica por que alguns relutam em chamar essa atividade judicial de “legislativa”. Essas virtudes são: a imparcialidade e a neutralidade ao analisar as alternativas; e a preocupação de oferecer algum princípio geral aceitável como base racionalmente ponderada para a decisão. Não há dúvida de que, devido a que sempre pode haver um grande número desses princípios, não é possível demonstrar que uma decisão é a única correta; mas esta se torna aceitável como o produto ponderado da decisão imparcial informada pelos fatos. Em tudo isso, encontramos a “ponderação” e o “equilíbrio” que caracterizam o esforço de fazer justiça entre interesses concorrentes”. HART, op. cit., p. 264; HART, op. cit., p. 205. Com isso, Hart dá a entender que devem existir razões para agir/decidir, sendo essa atividade, não necessariamente baseada em um ato de vontade, como pretendia Kelsen, mas uma ação racionalmente regulada.

²⁶² “[...] Pode parecer que aquilo que escrevi no Ensaio 2 significa que penso que os juízes, quando atingem um ponto em que o direito posto não consegue determinar uma decisão em favor de qualquer dos lados, simplesmente deixam de lado seus livros jurídicos e começam a legislar de novo para o caso em pauta, sem qualquer referência adicional ao Direito. Na verdade, esta jamais foi minha visão e, em várias passagens nos Ensaio 3 e 4 mostro que, entre traços distintivos da criação do Direito judiciário e daquela do Legislativo, está a importância que os tribunais caracteristicamente atribuem, ao decidir casos que o direito existente não regula, à necessidade de se proceder por analogia, de forma que o direito novo que criam

Mas, afinal, o que se encontra em jogo aqui? Hart pretende refutar o ceticismo quanto as regras por parte dos realistas, sem cair, contudo, nos perigos do formalismo. Para ele, não é possível que a atividade de decidir seja sempre a aplicação de regras claras, previamente determinadas e perfeitamente coerentes com os fatos. Além disso, embora o realismo surja como uma forma de denunciar a falsidade da visão formalista, eles acabam exagerando nas suas críticas, ao reduzirem o Direito às decisões reais dos tribunais, ou a predições sobre elas²⁶³. Digamos que Hart assume uma postura moderada.

Apenas para finalizar, a indeterminação do Direito não é um dado inerte e invariável que surge nas propriedades puramente lingüísticas nas regras formuladas na linguagem jurídica ordinária²⁶⁴. Além disso, como Hart parece reconhecer, existem outros recursos (ou padrões) que compõem o sistema jurídico e que podem ser utilizados para determinar o conteúdo das regras em casos particulares²⁶⁵.

3.1.4 A crítica de Hart à Concepção de Validade Kelseniana: a necessidade do reconhecimento social

Hart, em seu artigo “*Kelsen visitado*”, expõe de maneira concisa alguns pontos de confusão existentes no normativismo kelseniano, em que ele teve a oportunidade de debater muitas dessas questões com Kelsen, em virtude de um encontro organizado na Universidade da Califórnia pelo professor Albert Ehrenzweig.

Como ele observa, a teoria de Kelsen está longe de ser apenas uma teoria que pretende definir ou analisar algumas expressões antigas. Ela pretende introduzir alguns novos conceitos, e, por meio deles, novas ideias. O professor inglês começa sua exposição, explicando que Kelsen atribui como tarefa da *Teoria Pura*, oferecer os conceitos fundamentais para que os juristas possam analisar e descrever com exatidão o Direito de uma comunidade jurídica específica, entendendo, dessa forma, o sentido específico das regras jurídicas. Segundo Hart, há muitas formas de se compreender esse sentido específico. Ela pode tanto cuidar das definições de

respeite os princípios ou as razões subjacentes que têm suporte no direito existente. Muitas vezes, ao decidir tais casos, os tribunais citam algum princípio, objetivo ou propósito geral que já se vê exemplificado ou acolhido por uma área considerável do direito existente, e que aponta para uma resposta determinada para o caso em pauta”. HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 7.

²⁶³ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p 166 e ss.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 173.

²⁶⁵ HART, op. cit., p. 8.

palavras isoladas ou até mesmo da tradução de orações inteiras (“definições em uso”), quanto se limitar a descrever o uso padrão de certas expressões²⁶⁶.

Vale ressaltar, que se deve ter em mente que a *Teoria Pura* não se confunde com a Ciência do Direito. Sendo assim, a primeira questão que gera perplexidade em Hart, pelo menos em um primeiro momento, é a que se refere a proposta de Kelsen em conceber uma Ciência do Direito como um conjunto de regras, em que as declarações feitas pelos juristas, empenhados em compreender um sistema jurídico particular, consistem em enunciados “descritivos de dever ser”. Nesse sentido, ele se indaga se a tarefa dos juristas que estão empenhados em descrever um determinado sistema jurídico, não teria apenas como objetivo explicar o sentido das regras conforme se encontram²⁶⁷.

Entretanto, por que Kelsen insiste em chamar essas declarações sobre o Direito, de declarações “descritivas de dever ser” ou de regras de Direito? Segundo Hart, com base no artigo do professor Martin Golding, para que se possa entender a atividade do jurista de descrever o sistema jurídico, não como a habilidade ordinária de dizer quais são as leis de um sistema e o que significam, mas como declarações descritivas de dever ser, é necessário se levar em consideração a distinção dos lógicos modernos entre o *uso* e a *menção* das palavras. Neste último caso, “[...] certas palavras são mencionadas ou referidas como palavras e nos dizem que essas palavras mencionadas são equivalentes de sentido”. Já no primeiro caso, em que as palavras são usadas, o sentido delas é tido como conhecido²⁶⁸. Sendo assim, Hart observa que:

[...] se aplicarmos essa distinção ao Direito, podemos dizer que os órgãos legislativos, ao promulgarem leis, usam certas palavras, e que o jurista que se encarrega de nos explicar o que a lei diz menciona tanto as palavras da lei, como as palavras que ele oferece à guisa de paráfrase ou explicação de sentido²⁶⁹.

Com base nisso, as declarações da Ciência do Direito, “[...] que explicam o sentido de um ato legislativo, mencionam certas declarações de dever ser ou regras como equivalente, em sentido, à promulgação realizada”²⁷⁰.

No debate entre os dois professores, Kelsen não concordou com Hart nessa questão. Para ele, essa é uma maneira errônea de dar conta da relação entre as declarações da Ciência jurídica e o sistema jurídico que elas representam. No mesmo trabalho, Hart admite que estava “errado” em

²⁶⁶ HART, H. L. A. Kelsen visitado. In: HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 326.

²⁶⁷ Ibid., p. 327.

²⁶⁸ Ibid., p. 329.

²⁶⁹ Ibid., p. 329.

²⁷⁰ Ibid., p. 329.

caracterizar essa relação dessa forma²⁷¹. Ele reconhece que o jurista ao descrever normas jurídicas, faz um uso especial da linguagem, e não uma menção. Para ilustrar isso, ele nos oferece o exemplo de um intérprete que traduz as ordens de um comandante alemão para os prisioneiros ingleses em um campo de prisioneiros de guerra. Sendo assim, toda vez que o comandante emitir uma ordem, o intérprete reproduzirá o suficiente para que os prisioneiros saibam que se trata de uma ordem, e não de um apelo ou de um pedido. Mas, o ato do intérprete pode ser considerado uma ordem? Não, já que ele não tem autoridade para tanto, podendo apenas o capitão ser obedecido ou não. Nesse sentido, aplicar a distinção entre uso e menção nessa situação é inadequado, já que isto parece estar muito longe de uma simples descrição literal da situação, pois toda vez que o intérprete representa a ordem do comandante, encontra-se, entre os motivos, a sua crença na verdade da declaração de segunda ordem²⁷².

Sendo assim, o intérprete consegue representar a ordem original, sem, contudo, ser exatamente a mesma coisa. Ele faz um uso especial da linguagem, não uma menção a ela. Nesse sentido, poderíamos dizer que ele “[...] *apresenta a ordem original por uma “ordem no sentido descritivo” e que seu uso do modo imperativo da gramática foi descritivo, não prescritivo*”. Segundo Hart, essa seria a razão para dizer que as declarações da Ciência são declarações sobre o dever ser das normas em um sentido descritivo, embora ele considere essa terminologia um tanto infeliz.²⁷³

Além disso, as declarações do jurista não são dotadas de uma correspondência exata com as leis do sistema, já que ele reconstrói racionalmente o sistema jurídico, ao postular uma norma fundamental hipotética, que explica a inter-relação das normas jurídicas, fazendo com que ele seja um todo coerente, consistente e ordenado. Por essa razão, mais uma vez o jurista inglês reconhece que estava errado quanto a relação entre as declarações descritivas de dever ser e o sistema jurídico que elas representam, embora reitere sua discordância com a terminologia kelseniana²⁷⁴.

Outra questão que Hart chama atenção, é sobre algumas definições jurídicas que Kelsen dá a certos conceitos, como, por exemplo, o de delito e de obrigação jurídica. Essas definições comprometeriam em certa medida a “pureza” que sua teoria reivindica. No caso do

²⁷¹ HART, H. L. A. Kelsen visitado. In: HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 330.

²⁷² Ibid., p. 331.

²⁷³ Ibid., p. 331.

²⁷⁴ Hart dá o exemplo de um capitão que é um tanto estúpido e tem medo de coisas inflamáveis. Todas as vezes que ele vê algo inflamável no chão, ele manda os prisioneiros apanharem. Ele marcha no campo gritando, “pegue aquele papel”, “pegue aquele feno” etc. até que o intérprete, além de repetir os respectivos equivalentes em inglês, sendo uma pessoa de inteligência superior, diz: “e pegue todo o material inflamável”. O comandante ao saber o que ele disse, expressa sua admiração, dizendo que era exatamente aquilo que ele queria dizer. E ele complementa: - você faz mais do que interpretar as minhas ordens, você as reconstrói racionalmente. Ibid., p. 332.

delito, Kelsen o define como a conduta do indivíduo contra a qual é dirigida uma sanção em razão desse comportamento. No entanto, ele deixa claro que é necessário que haja uma presunção de que o comportamento proibido seja considerado como socialmente nocivo pelo legislador. Nesse caso, Kelsen chega a dizer que:

[...] o conceito jurídico de delito pressupõe, em princípio, que o indivíduo cuja conduta tem, a partir de uma perspectiva política, um caráter socialmente nocivo, e o indivíduo contra quem é executada a sanção, coincidem. Apenas sob tal condição é correta a definição jurídica de delito como a conduta do indivíduo contra quem se dirige a sanção, como consequência de sua conduta²⁷⁵.

Como foi visto, o objetivo geral da *Teoria Pura* consiste em definir ou analisar conceitos com base em elementos tirados do próprio Direito e não em elementos morais, políticos ou psicológicos. Segundo Hart, não é muito fácil entender quais desses elementos essas restrições permitem, mas Kelsen nos dá alguns exemplos do que elas excluem. É o caso da obrigação jurídica, em que Kelsen rejeita a definição de obrigação de Austin como temor a uma sanção. Em resumo, Hart diz que ele não faz a sua crítica com base em que, em muitos casos, as pessoas juridicamente obrigadas não temem a sanção, mas que nenhuma análise psicológica do conteúdo do comando pode estabelecer o fato psicológico do medo. Nesse sentido, a definição jurídica de obrigação jurídica estabelece o dever jurídico como o comportamento que evita o delito, sendo, portanto, o oposto do comportamento que é condição da sanção²⁷⁶.

Entretanto, o professor inglês ressalta que, embora Kelsen rejeite o elemento psicológico envolvido na definição austiniana, isso não significa que quando elementos de ordem psicológica ou moral se encontrem de maneira relevantes no Direito, eles não possam ser utilizados para realizar a definição jurídica. Isso ocorre, por exemplo, na definição jurídica de responsabilidade penal, em que são levados em consideração certos elementos psicológicos²⁷⁷.

Sendo assim, Hart assinala que muitas das definições jurídicas de Kelsen não se conformam as exigências restritas que sua *Teoria Pura* impõe, isto é, não se baseiam inteiramente na norma jurídica, como a definição de delito. E que se fosse assim, ela enfrentaria muitas dificuldades, como no caso em que se pretende diferenciar alguém que está

²⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.79. KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 56.

²⁷⁶ HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 335.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 335.

sujeito ao pagamento de impostos e outra pessoa que está sujeita ao pagamento de uma multa, em razão de um delito. Para se determinar quando um pagamento compulsório é uma sanção, só é possível se supondo que seja “[...] *uma punição para desencorajar o comportamento socialmente indesejável ao qual ela se associa; mas este é exatamente o elemento que Kelsen considera estar excluído da definição jurídica de delito*”²⁷⁸.

Por essas razões, Hart afirma que: “[...] *muitas das definições iluminadoras da Teoria Pura não são e não poderiam ser definições jurídicas no sentido restrito postulado por Kelsen. Claramente, pelas razões dadas acima, a definição de sanção não o é*”. E ele questiona até se o próprio conceito de norma jurídica se conforma as exigências estritas da definição jurídica²⁷⁹.

Conforme Hart relata, Kelsen não aceitou suas críticas, principalmente a de que sua definição jurídica de delito só se mantinha válida na pressuposição de que, em princípio, o comportamento ao qual se dirige a sanção seja socialmente nocivo. No entanto, apesar das críticas, o professor inglês reconhece que qualquer um que tenha a intenção de dar uma definição jurídica de delito baseada na ideia de que o comportamento ao qual se associam sanções não é igual a conduta que é tributada, e que dele difere porque o crime é condenado, deve explicar de que maneira determina-se esse fator de condenação²⁸⁰.

Outra questão problematizada, pelo professor inglês, é a tese kelseniana de que as normas morais e jurídicas não entram em conflito. Na verdade, trata-se de uma discussão específica sobre uma questão mais ampla, isto é, saber se é possível que duas normas de um mesmo sistema, ou de sistemas diferentes, sejam simultaneamente válidas e que, em razão disso, possam gerar um conflito.

Kelsen é enfático ao afirmar que não é possível que duas normas sejam simultaneamente válidas, não podendo, portanto, entrar em conflito. Resumidamente, ele afirma que quando um jurista descreve a partir de um direito positivo um conjunto de normas

²⁷⁸ HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 336.

²⁷⁹ “[...] Kelsen nos diz que a norma é “a expressão da ideia de que algo deve ocorrer, especialmente de que um indivíduo deva se comportar de um determinado modo”. Mas, embora uma norma possa ser uma expressão de uma ideia, não é claro que “uma expressão” ou “uma ideia” ou “uma expressão de uma ideia” são conteúdos ou elementos da norma ou que cabem em qualquer outra descrição de Kelsen daquilo que se pode ser utilizado em uma definição jurídica estrita. Assim, deveríamos distinguir as definições mais fundamentais da Teoria Pura a que o jurista devotado à ciência normativa do direito deverá conformar-se ao representar o direito de um sistema jurídico específico como definições “metajurídicas”, para marcar a distinção entre elas e as definições jurídicas que o jurista irá realmente utilizar ao representar o direito de algum sistema específico. Ele não utilizará, em sua representação do sistema, as definições de “sanção” ou de “norma jurídica” pois as assumirá, mas utilizará definições de delito. Talvez, de fato, alguma distinção desse tipo entre definições que são metajurídicas e as que são jurídicas seja necessária, para qualquer explicação analítica do direito”. HART, H. L. A. Kelsen visitado. In: HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 338-339.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 339.

jurídicas, ele desconsidera as normas morais enquanto sistema, e o mesmo ocorre com o moralista. Sendo assim, nem de um ponto de vista, nem de outro, há a possibilidade de se ter um conflito entre normas jurídicas e morais, que aparentemente exigiriam deveres que seriam opostos. Ele dá o exemplo de uma lei que impõe o dever de matar na guerra, e de uma norma moral que impõe o dever de não matar. Nesse caso, não haveria nenhum conflito, já que nem o jurista leva em consideração uma norma moral para afirmar a validade de um sistema jurídico, nem o moralista leva em conta uma norma jurídica para afirmar a validade de um sistema de normas morais²⁸¹.

Além disso, Kelsen nota que certos termos como “norma” e “dever” são termos equívocos, podendo, por um lado, seus significados serem expressos por meio de declarações de dever ser, e, por outro, apenas designar um fato psicológico de que alguém tem uma ideia de norma e pensa que está obrigado por ela, devendo, em razão disso, seguir uma determinada linha de conduta. Nesse sentido, quando alguém tem, ao mesmo tempo, a ideia de duas normas, que impõe linhas de conduta opostas, em que ele acredite estar obrigado ao cumprimento desses dois deveres que se contradizem, não existe um conflito entre normas, já que não é uma contradição lógica. Para que isso ocorra, é necessário que duas declarações ou julgamentos de sentido entrem em conflito, pois uma contradição lógica não diz respeito à relação entre fatos²⁸².

Hart pretende fazer duas objeções a esses argumentos. O primeiro deles é que Kelsen desconsidera a possibilidade de se fazer uma crítica moral ao Direito. Para tanto, ele tenta demonstrar como esse caso é diferente do conflito de deveres, já que o conflito entre Direito e Moral não precisa dar-se em um indivíduo ou em suas ações. Não há nesse caso nenhum conflito de deveres para o próprio crítico, a não ser que ele esteja sujeito ao mesmo tempo por uma lei e tenha contra ela uma objeção moral²⁸³.

Como foi dito, Kelsen define o conflito de deveres como uma simples declaração de fato, isto é, como o fato psicológico de que alguém está “[...] *sob a influência de duas ideias que o impelem em direções opostas*”²⁸⁴. Nesse caso, não se estabelece uma relação entre os sentidos das normas ou declarações de dever ser. Essas declarações, segundo ele, seriam aquelas

²⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.532-533. KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945. 374-375.

²⁸² “[...] *Uma contradição lógica é sempre uma relação entre o significado de julgamentos ou de enunciados, nunca uma relação entre fatos. O conceito de um chamado conflito de normas ou deveres significa o fato psicológico de um indivíduo estar sob a influência de duas ideias que o impelem em direções opostas; ele não significa a validade simultânea de duas normas que se contradizem mutuamente*”. Ibid., p. 533; Ibid., p. 375.

²⁸³ HART, H. L. A. Kelsen visitado. In: HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 342.

²⁸⁴ KELSEN, op. cit., p. 533. KELSEN, op. cit., 375.

que os sociólogos ou psicólogos fazem. Sendo assim, “[...] *eles não se ocupam com o aspecto normativo do Direito*”, já que o “[...] *seu ponto de vista é o da faticidade, não o da normatividade*”²⁸⁵.

Conforme Hart, a declaração de que alguém tem um conflito, não é uma simples declaração de um fato psicológico. Ela é feita do ponto de vista da normatividade. Para dizermos que existe um conflito entre regras é necessário levar em consideração o sentido de ambas, “[...] *tratando-as, para esse fim, como declarações de dever ser*”. É necessário que se considere que as exigências de uma lei válida conflitam com as exigências de uma regra moral. Nesse sentido, é que Hart assinala que o mesmo acontece, até de maneira mais óbvia, com a crítica moral do Direito, já que ele não está comprometido com nenhuma declaração psicológica de que alguém se encontra sob a influência de duas ideias que o impulsionam em direções opostas²⁸⁶.

Mas, por que Kelsen insiste que duas normas válidas não podem coexistir nem conflitar? Hart aponta duas razões. A primeira consiste na afirmação de Kelsen de que o jurista desconsidera a Moral enquanto sistema de normas válidas, da mesma forma que o moralista desconsidera o Direito enquanto sistema. Hart não a considera relevante para saber se normas válidas podem conflitar, já que embora entenda que o jurista ou moralista na sua tarefa de descrever as normas, desconsiderem se elas estão ou não em conflito, isso não quer dizer que essas declarações não possam ser feitas tanto com sentido quanto verdadeiramente²⁸⁷.

A segunda razão diz respeito a afirmação de que o conflito entre regras morais e jurídicas consiste em uma impossibilidade lógica. Segundo Kelsen, existem, então, duas asserções, em que uma diz que “A deve ser” e outra de que “A não deve ser” (em que A é uma conduta humana). Isso para ele é uma contradição em termos, consistindo em uma impossibilidade lógica, sendo, portanto, o mesmo que se dizer que “A é” e “A não é”²⁸⁸.

²⁸⁵ HART, H. L. A. Kelsen visitado. In: HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 343.

²⁸⁶ “[...] *A análise psicológica de Kelsen acerca do conflito entre Direito e Moral deve também fracassar, talvez de maneira mais óbvia, como explicação para o caso da crítica moral ao Direito. Pois um crítico moral que condena a lei do seu próprio sistema, ou de outro, porque exige comportamento contrário àquele que é exigido por algum princípio moral não está comprometido com nenhuma declaração de fato psicológica a respeito de indivíduos “que estão sob a influência de ideias opostas”. O crítico claramente considera o sentido daquilo que Kelsen chama de declarações de dever ser, entendendo-as como normas, e pensa que elas conflitam*”. Ibid., p. 344.

²⁸⁷ “[...] *Kelsen o nega quando acrescenta “e não há um terceiro ponto de vista”. Mas esta parece ser uma declaração vazia e não vejo razão para aceitá-la. Nenhum ser humano é apenas um jurista ou apenas um moralista. Alguns, pelo menos, pensam tanto sobre normas jurídicas como normas morais, e consideram o seu sentido como normas e encontram conflitos entre elas*”. Ibid., p. 345.

²⁸⁸ Ibid., p. 345.

Segundo Hart, essa afirmação possui dois equívocos: primeiro, isso não consiste em uma contradição, uma vez que a “A deve ser” e “A não deve ser” são contrários, não contraditórios. A forma contraditória de “A deve ser” é “não é o caso de que A deva ser”. No entanto, como ele reconhece, mesmo no caso de contrários, isso consiste em uma impossibilidade lógica²⁸⁹. Em segundo lugar, há muitas formas em que declarações de dever ser poderiam ser explicadas como consistindo em um conflito entre o Direito e a Moral (e, portanto, entre normas), sem, em razão disso, constituir uma impossibilidade lógica. Hart, então, dá o exemplo de que uma interpretação intuitivamente aceitável para “A deve ser feito” é de que “há boas razões para se fazer A”. Segundo ele,

[...] se atribuirmos a ‘deve’ este sentido, então dizer ‘A deve juridicamente ser feito e A deve moralmente não ser feito’ é equivalente a dizer ‘há boas razões jurídicas e boas razões morais para não fazer A’. Isso expressa um conflito porque é logicamente impossível para uma pessoa, ao mesmo tempo, fazer tanto A quanto não A. Mas não afirma, até onde posso ver, nada contraditório ou logicamente impossível²⁹⁰.

Todas essas questões, no fundo, não passam de problemas derivados, direta ou indiretamente, da concepção kelseniana de validade. Segundo Hart, Kelsen não explica de maneira satisfatória quando uma norma pertence ou não a um sistema jurídico, muito menos o seu fundamento. No entanto, isso não quer dizer que ele consiga, mas aponta novos caminhos.

Para o professor inglês, não é possível saber se uma regra pertence ou não a um sistema, apenas com base no critério de que uma regra é válida se foi produzida de acordo com outra regra que lhe é superior. Sendo assim, para que se possa saber quando uma regra faz parte do sistema, é necessário que haja um reconhecimento, um teste independente, por parte dos cidadãos e, sobretudo, das autoridades oficiais. Este teste se fará por meio dos critérios fornecidos por uma determinada prática institucional²⁹¹.

²⁸⁹ HART, H. L. A. Kelsen visitado. In: HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 346.

²⁹⁰ Ibid., p. 347. Essa questão sobre o conflito entre normas é de especial importância no Direito Internacional. Nós não vamos nos aprofundar no ponto, mas Hart desenvolve melhor esse tema em: Ibid., p. 364 e ss.

²⁹¹ “[...] Na visão de Kelsen, as leis formam um sistema único porque sua validade pode assim ser identificada e derivada a partir de uma única norma fundamental. Entretanto, se, como argumentei antes, só podemos traçar a validade das leis em outras leis (em oposição a derivá-las da relação de pretenção validadora), já sabemos pelo teste do reconhecimento a qual sistema as leis pertencem, não pode ser a tragabilidade com a norma fundamental o que determina a qual sistema as leis pertencem ou explica sua unidade em um único sistema”. HART, H. L. A. A doutrina kelseniana da unidade do Direito. Ibid., p. 381. Hart, para ilustrar sua posição (grosso modo), utiliza o exemplo hipotético de que o parlamento britânico aprovou uma lei que estabelece a validade das leis soviéticas no país. A pergunta que fica é: o Direito soviético retira sua validade da lei inglesa? Obviamente que não. Mas, como justificar essa afirmação? Os tribunais soviéticos não reconhecem a lei inglesa como uma regra válida, mas reconhecem a Constituição soviética como fundamento de validade das leis. Sendo assim, existem certos critérios compartilhados por uma determinada prática social

Tanto Kelsen quanto Hart estão preocupados com os fundamentos do sistema jurídico. De certa maneira, eles divergem apenas quanto ao que deve ser este fundamento. Para Kelsen, na sua tarefa de produzir um conhecimento puro, a norma fundamental surge como uma necessidade para se fechar o sistema jurídico para o mundo. Ela não é apenas o fundamento do sistema, mas é o que permite o conhecimento do Direito, e, além disso, a própria existência das normas jurídicas enquanto tais. Em outras palavras, o Direito não tem como ser um sistema de normas jurídicas sem a norma fundamental para dar unidade a essa cadeia de validação.

Já Hart, através da regra de reconhecimento, abre o Direito ao mundo. O Direito é uma prática social complexa institucionalizada, é um sistema de regras jurídicas auto-reguladas. A sua validade jamais pode ser pressuposta, pois sua existência é estabelecida como um fato, tratando-se, portanto, de uma questão empírica, de uma prática social efetiva. Sendo assim, as questões sobre a validade da regra de reconhecimento são sem sentido, “[...] já que esta não pode ser nem válida nem inválida, mas seu uso para esse fim é simplesmente aceito como apropriado”²⁹².

Além disso, Hart diverge de Kelsen acerca da relação entre a validade e a eficácia. Kelsen coloca a eficácia como condição de validade de uma norma, embora não seja este o seu fundamento. Sendo assim, para que uma norma seja válida ela deve pertencer a um sistema jurídico que, em geral, é eficaz. Hart concorda, em certo sentido, com ele, mas

que determinam quando uma regra faz ou não parte do sistema. Segundo ele, a lei inglesa pode até ter a pretensão de validar o Direito soviético, mas só a Constituição soviética é que se encontra como um razão para os tribunais soviéticos reconhecerem as leis promulgadas de acordo com ela como válidas. Hart utiliza esse exemplo para ilustrar a relação entre o Direito interno e o Direito internacional, e criticar, sobretudo, a concepção de validade kelseniana e sua doutrina da unidade do Direito internacional. Entretanto, vale ressaltar, que ele também reconhece que há muitos problemas na sua concepção de reconhecimento, máxime, no campo do Direito internacional. HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 382 e ss.

²⁹² E ele complementa: “[...] Expressar esse fato simples como dizendo sombriamente que sua validade “é suposta, mas não pode ser demonstrada” é como dizer que supomos, mas nunca poderemos provar, que a barra-padrão do metro conservada em Paris, que é o critério último da correção de todas as medidas em metros, tem ela própria as dimensões corretas”. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 140; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 109. Hart assinala que: “[...] A terminologia de Kelsen, que classifica a norma fundamental como uma “hipótese jurídica”, “hipotética”, “uma norma postulada” [...] obscurece ou mesmo destoa completamente do ponto de vista enfatizado neste livro, qual seja, que o problema de determinar “quais são os critérios de validade jurídica em qualquer sistema jurídico” é uma questão de fato. E é uma questão factual apesar de ser uma questão sobre a existência ou não de uma regra”. Ibid., p. 375-376; Ibid., 293. Além disso, a norma fundamental, segundo Hart, num certo sentido, possui sempre o mesmo conteúdo (de que todos devem obedecer a constituição). Em virtude disso, ela pode gerar graves confusões, “[...] isso fica particularmente claro naqueles sistemas, como o do Reino Unido, onde não há constituição escrita: aqui parece não haver lugar para uma regra que estipule que “a constituição deve ser obedecida”, mas somente para a regra que diz que certos critérios de validade (p. ex., uma lei elaborada pelo parlamento por delegação da Coroa) devem ser usados para identificar o Direito. Essa é a regra aceita. É confuso acrescentar que existe outra regra segundo a qual aquela regra deve ser obedecida”. Ibid., p. 376; Ibid., 293.

apresenta uma objeção. O professor inglês assinala que embora a eficácia seja necessária, não é condição suficiente para afirmar que uma regra é válida – e nesse ponto não há nenhuma divergência. No entanto, Hart coloca a eficácia apenas como uma pressuposição, como o contexto normal em que enunciados internos são feitos, mas isso não significa dizer que, em circunstâncias especiais, enunciados válidos ou declarações significativas não possam ser feitas sobre um sistema que não é mais eficaz.²⁹³

Por fim, todas as divergências resultantes desses autores decorrem de suas visões sobre a validade²⁹⁴. Embora Hart aponte as insuficiências do normativismo kelseniano para solucionar muitas das questões que ele se propõe resolver, a sua teoria do reconhecimento social também sofre de vários problemas, sobretudo, as confusões geradas pela distinção entre os pontos de vista interno e externo. Essa busca incessante atrás dos fundamentos do Direito, levou alguns autores a perceber, que talvez este não seja o caminho correto a percorrer. Eles se indagam: por que essas questões são as únicas a serem resolvidas? Por que essas são as únicas perguntas que devem ser feitas? É por isso que Luhmann muda o foco do sujeito e da linguagem, para a observação dos sistemas sociais. Embora Hart chame a atenção dos juristas para o fato de que o fenômeno jurídico é um fenômeno social, resultante de uma prática social institucionalizada, ele não explica de maneira satisfatória como a sociedade lida com a complexidade, nem o que ela é. Por essa razão, abordaremos no próximo ponto como algumas das questões tratadas nesse capítulo têm sido observadas pelos luhmannianos, sobretudo, por

²⁹³ “[...] a eficácia geral do sistema não é um critério de validade fornecido pela regra de reconhecimento de um sistema jurídico, mas é pressuposta, apesar de não declarada explicitamente, sempre que uma regra do sistema é identificada como regra válida por referência a seus critérios de validade; e, a não ser que o sistema seja eficaz de modo geral, nenhuma declaração significativa de validade pode ser feita. O ponto de vista adotado no texto diverge do de Kelsen sob esse aspecto, já que se argumenta aqui que, apesar de a eficácia do sistema ser o contexto normal para se fazerem enunciados de validade, em circunstâncias especiais tais declarações podem ser significativas mesmo que o sistema já não seja eficaz”. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 378; HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 295. Embora, como ressalta Hart, “[...] seja normalmente inútil ou despropositado falar da validade e uma regra que nunca se firmou ou que foi abandonada, isso, entretanto, pode ter sentido e nem sempre é inútil. Uma forma interessante de ensinar o Direito romano é falar como se o sistema ainda fosse eficaz ou estivesse em vigor, discutindo a validade de determinadas regras e resolvendo problemas de acordo com elas; e uma forma de alimentar esperanças de restaurar uma velha ordem social destruída por uma revolução, rejeitando a nova ordem, é agarrar-se aos critérios de validade jurídica do antigo regime”. Ibid., p. 134; Ibid., p. 104.

²⁹⁴ Apesar das diferenças, é necessário lembrar que segundo Raz: “[...] Hart compartilha três dos mais importantes aspectos da doutrina kelseniana do Direito e do discurso jurídico. Primeiro, a existência do Direito pode ser objetivamente aferida por referência a fatos sociais. De fato, Hart afirma, e é de se esperar que Kelsen concordasse, que declarações jurídicas podem ser tanto verdadeiras ou falsas e que suas condições de verdade se encontram relacionadas com uma prática social complexa. Segundo, Hart, como Kelsen, se refere as declarações jurídicas como tendo uma dimensão normativa que não pode ser reduzida a uma declaração qualquer de fatos sociais. Terceiro, a abordagem de Hart a dimensão normativa em termos da força expressiva e ilocucionária das declarações jurídicas, evita qualquer referência a fatos morais e não pressupõe a existência de valores morais”. RAZ, Joseph. *The Purity of the Pure Theory of Law*. PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 243.

Michael King, que é, talvez, o maior defensor da teoria dos sistemas autopoieticos no mundo do *Common Law*.

3.2 Michael King e a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos na Tradição do *Common Law*: substituindo a racionalidade pela observação

Luhmann talvez tenha sido um autor que ainda não tivemos tempo o suficiente para amadurecer e reconhecer o valor de sua teoria. Isto é fruto do alto grau de abstração com que ele a elabora²⁹⁵, cuja pretensão consiste em compreender e explicar, embora de maneira não definitiva, a complexa sociedade moderna²⁹⁶. Por vezes, é complicada e densa, e nos leva a abandoná-la ou refutá-la sem nos aprofundarmos na teoria. Porém, uma vez compreendida, a sua rejeição sumária acaba se revelando um grande erro. Neste ponto, abordaremos os aspectos gerais da teoria luhmanniana.

A teoria luhmanniana é, em si, uma teoria bastante radical. Não é possível adotá-la conjuntamente com outras teorias sociais. Além disso, é preciso se notar o fato de que ela é uma teoria das teorias, já que observa como outras teorias observam o ambiente, apontando suas limitações, embora não as descarte como errôneas²⁹⁷.

Deve-se deixar claro, também, que ele não pretende elaborar uma teoria que venha a levar a uma melhoria da vida em sociedade, ou que esteja ligada a qualquer ideia de progresso social. De que com ela, as coisas talvez se tornem melhores. Ao contrário, Luhmann não

²⁹⁵ Segundo Luhmann: “[...] *uma sociedade complexa pode ser unicamente descrita [...] por meio de uma teoria complexa. E não há outra maneira em que se possa alcançar um juízo sobre o Direito da sociedade.* LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Herder, 2005. p. 79; LUHMANN, Niklas. **Law as social system**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2004. p. 67.

²⁹⁶ Como observa King: “[...] *Alguém pode se indagar se seu propósito foi desenvolver uma sociologia do Direito ou uma sociologia política. Ele certamente nunca teve tal objetivo, mas sempre afirmou que sua ambição foi criar uma teoria da sociedade moderna na sua totalidade, uma sociedade que é constituída por todos os sistemas de comunicação, que incluem comunicações jurídicas e políticas*”. KING, Michael. What’s the use of Luhmann’s theory? In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (Ed.). **Luhmann on law and politics: critical appraisals and applications**. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing, 2006. p.45.

²⁹⁷ KING, Michael. Construção e demolição da heresia de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45. Como King e Thornhill observam “[...] *Luhmann viu como a tarefa do teórico social, observar a complexidade pelo que ela é, evitando abordagens reducionistas e simplificadas do mundo social. Ele pretendeu evitar acima de tudo a ideia de que alguém pode capturar a “verdade” ou essência da sociedade moderna em uma única abordagem teórica. Nenhuma teoria, nem mesmo a teoria dos sistemas fechados ou autopoieticos, pode ter a última palavra ou realizar uma abordagem verdadeira ou exclusiva do que a sociedade, em sua totalidade, é e como ela opera. [...] o que ele aceitou como possível, entretanto, foi uma teoria que abraça a possibilidade de infinitas teorias, abordagens ou interpretações da sociedade ou crenças sobre a sociedade. Nessa teoria, nenhuma das outras teorias, abordagens ou interpretações, é ou poderia ser final ou definitiva. O que ele pretendeu oferecer, portanto, foi uma teoria social de teorias sociais – uma teoria social que considera múltiplos modos de compreender e entender a sociedade*”. KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann’s theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 1.

concorda com a premissa de que é necessário encontrar o que está errado, para então tentar de alguma forma solucionar o problema, e fazer com que as coisas no futuro funcionem melhor²⁹⁸.

Para Luhmann, sistemas, e não indivíduos, tornam a sociedade possível²⁹⁹. Como iremos observar, Luhmann não compartilha a visão de que é possível se dar conta do fenômeno social tendo como ponto de partida o sujeito de conhecimento. Não se pode reduzir o social a experiência ou consciência individual. Neste sentido, o que Luhmann entende por sociedade é algo muito restrito. Sendo assim, a primeira pergunta que nós tentaremos responder é: o que é a sociedade para Luhmann?

A forma central, para ele, das relações no mundo social não são aquelas que dizem respeito ao indivíduo e a sociedade, mas aquelas que se referem aos sistemas sociais e os seus respectivos ambientes³⁰⁰. A sociedade moderna, portanto, é diferenciada em diversos subsistemas sociais, em que cada um constrói seus respectivos ambientes. Dentro desse modelo, surge uma dúvida: onde se encontram os indivíduos?

As pessoas não fazem parte da sociedade. Para Luhmann, embora eles sejam sistemas autorreferentes, eles não são sistemas sociais. Segundo ele, indivíduos podem ser tanto sistemas biológicos quanto sistemas psíquicos. Sendo assim, existem três categorias de

²⁹⁸ “[...] me refiro, aqui, ao conhecimento da complexidade, a rejeição da afirmação de que a racionalidade humana é capaz de resolver todos os problemas sociais, a recusa da aceitação do mundo tal como conhecido, como a única realidade ou atribuição de autoridade de causas como tendo validade universal e o total ceticismo referente as ambições do direito e da política para regular o comportamento social de uma maneira confiável e previsível. No lugar de uma imagem da sociedade como a realização suprema do esforço humano, Luhmann nos oferece a improbabilidade da própria existência da sociedade e sua absoluta fragilidade. Ao invés da identificação ordenada de causas e efeitos, Luhmann nos oferece a contingência, a imprevisibilidade dos eventos sociais, explicáveis apenas em retrospecto e, então, por meio de um ou outro sistema social disponível. Longe da noção do progresso ser alcançado pelo conhecimento, Luhmann enfatiza a aleatoriedade, a natureza contingente da evolução social – a ideia que tudo poderia ter acontecido de uma maneira diferente; tudo poderia ter sido de outra forma.”. KING, Michael. What’s the use of Luhmann’s theory? In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (Ed.). **Luhmann on law and politics: critical appraisals and applications**. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing, 2006. p. 41.

²⁹⁹ “[...] A unidade primária de análise não é o indivíduo ou grupo de pessoas, mas sistemas. E esses sistemas não consistem em pessoas, mas em comunicações”. Como observa King e Thornhill [...] o que Luhmann requer de nós, como leitores do seu trabalho, é que nos tornemos observadores, não de pessoas ou grupos, nem de governos ou Estados, mas da sociedade. Porém, a sociedade, para Luhmann, significa qualquer sistema social que torna significativo e atribue sentido ao mundo. [...] Então, o que ele está pedindo a nós é que, como sociólogos, nos tornemos observadores das observações – observadores de todas aquelas teorias, conceitos e crenças que as pessoas usam para entender os eventos, atribuírem causas, fazer previsões e assim por diante. E isso não é apenas uma exortação para nos libertar de nossas próprias atitudes ou crenças morais, religiosas éticas, ideológicas ou políticas, para que nos tornemos observadores neutros do mundo social. Ele quer que nós possamos ir ainda mais longe, renunciando a uma perspectiva particular ou pessoal de modo que nos permita ver nossa própria moralidade, racionalidade, crenças políticas e religiosas como sistemas engajados no processo de observação do mundo social. Ele quer que nós vejamos cada um deles não como abordagens privilegiadas sobre o que é verdadeiro ou certo, mas ao invés disso como modos limitados e limitadores de atribuir sentido ao que de outra forma não teria nenhum sentido – e nada mais do que isso”. Ibid., p. 2.

³⁰⁰ Ibid., p. 3.

sistemas: vivos, psíquicos e sociais. Cada um deles possui seus próprios modos autorreferentes de realizar suas próprias operações e de se relacionarem com o ambiente. No caso dos sistemas vivos, eles existem e realizam suas operações diretamente por meio do que existe no mundo natural, tal como, pressão, temperatura, impulsos elétricos, vírus, bactérias e outros sistemas vivos. No caso dos sistemas psíquicos esse meio é a consciência. Ela consiste em todos os pensamentos, sentimentos e emoções dos indivíduos na medida em que o sistema é apto a atribuir a eles sentido e significado. Por fim, os sistemas que Luhmann se preocupa em entender são os sistemas sociais, que produzem e consistem em comunicações³⁰¹.

É necessário se deixar claro, mais uma vez, que ele rejeita as teorias tradicionais porque as considera como um ponto de partida inadequado para análise da sociedade, e não porque as julga errôneas *per se*. Elas colocam o indivíduo como o centro do universo e o centro de uma versão necessariamente simplificada da sociedade, que não dá conta da complexidade da sociedade moderna. Além disso, não há nada que possa levar a conclusão de que as observações internas dos indivíduos do mundo externo possam oferecer, de alguma maneira, uma explicação completa de todas as possibilidades que existem de compreensão da sociedade³⁰².

Outra razão para Luhmann rejeitar o indivíduo como a unidade de análise sociológica se refere a sua explicação histórica da evolução social. As teorias sociais tradicionais, apenas podem oferecer uma visão parcial, limitada e incompleta, da complexa sociedade moderna. Por exemplo, nas sociedades estratificadas, o indivíduo normalmente pertencia a apenas um sistema social. O *status* social era a principal característica da personalidade individual. Na sociedade moderna, são os subsistemas sociais funcionalmente diferenciados que atribuem e definem o *status* e o papel social de uma pessoa³⁰³.

Vale ressaltar também, que embora o indivíduo não faça parte da sociedade, ele pode observá-la³⁰⁴. Nesse sentido, embora os sistemas psíquicos e sociais permaneçam separados, eles se encontram acoplados estruturalmente. O que Luhmann quer deixar claro, é que tanto a consciência quanto a comunicação constroem e pertencem a diferentes mundos de

³⁰¹ “[...] No entanto, não é anti-humanista em nenhum sentido moral do termo ou mesmo pura perversidade que levou Luhmann a voltar suas costas aos seres humanos, mas, ao invés disso, o resultado lógico de sua rejeição daquelas teorias que reduzem a sociedade a coleções de indivíduos, cada qual com sua própria consciência, que não pode ser diretamente observada. Para ele, a sociologia deve estar preocupada com aquilo que pode ser observável: os pensamentos das pessoas não são, enquanto as comunicações sociais são”. KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 4.

³⁰² Ibid., p. 6.

³⁰³ Ibid., p. 6.

³⁰⁴ Ibid., p. 6.

significado, e que apenas as comunicações fazem parte da sociedade e podem ser observadas³⁰⁵.

Segundo Luhmann, existem três tipos de sistemas sociais: interações, organizações e a sociedade. Todos esses três tipos produzem comunicações, mas apenas as comunicações que são reconhecidas como dotadas de sentido, pelos vários subsistemas da sociedade (Religião, Direito, Política, Ciência, Economia etc.), é que são tidas como comunicações sociais. Nada do que pode ser comunicado como comunicação social existe fora da sociedade. A sociedade consiste, então, em comunicações que são reconhecidas por um ou mais subsistemas³⁰⁶.

Nesse sentido, é possível constatar que a sociedade tem um significado muito específico para Luhmann, já que as interações entre pessoas e organizações (ou instituições consistindo em grupos de pessoas) somente serão parte da sociedade na medida em que sejam reconhecidas por um ou mais subsistemas comunicativos. A sociedade é diferente do “mundo social”, “do ambiente social” ou “da esfera social”. King e Thornhill nos oferecem um exemplo para ilustrar esta situação. Imagine-se o caso em que haja uma troca de informação sobre o clima, sobre os programas de televisão de ontem à noite, ou sobre o desempenho dos políticos. Segundo eles, Luhmann considera essas trocas de informação apenas como produtos dos sistemas sociais da “interação” e “organização”, mas não da sociedade³⁰⁷. Para que elas sejam parte da sociedade, é necessário que sejam reconhecidas como tendo a qualidade de comunicação pelos subsistemas sociais³⁰⁸.

Vale registrar, que a sociedade não pode se comunicar com o ambiente, mas apenas a respeito do seu próprio ambiente. Este ambiente é constituído tanto pela natureza quanto pela consciência. A primeira se estende desde fenômenos biológicos, tais como, eventos no corpo humano ou no mundo natural das plantas e dos animais, até catástrofes naturais, como o aquecimento global e terremotos. Já a segunda se refere aos eventos que ocorrem nas mentes

³⁰⁵ “[...] Nos termos de Luhmann, a sociedade moderna com sua diferenciação funcional [...] e com a fragmentação das ‘pessoas’ em papéis dentro dos subsistemas sociais torna necessário para os cientistas sociais mudar a atenção deles dos indivíduos para as operações dos subsistemas sociais, que juntos constituem a sociedade. Neste esquema, as pessoas, como nós vimos, se tornam sistemas vivos, que existem como órgãos e partes do corpo, e ‘sistemas psíquicos’, que produzem sentido através da consciência. A sociedade, por outro lado, consiste em sistemas sociais interdependentes que atribuem sentido ao seu ambiente através de suas comunicações. Os dois permanecem sempre separados, embora dependentes e acoplados estruturalmente um ao outro. Isso não deve ser visto, vale repetir, como Luhmann negando a importância dos indivíduos, nem rejeitando a reivindicação de que a humanidade é digna de atenção, mas, ao invés disso, como uma deliberada separação da comunicação e da consciência, e a construção de ambas como tendo existências distintas, ‘como mundos autônomos de significado’ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann’s theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 7.

³⁰⁶ Ibid., p. 7.

³⁰⁷ Ibid., p. 7.

³⁰⁸ “[...] como, por exemplo, o Direito (na forma de provas), [...] como a política (na forma da opinião pública’) ou como a saúde (na forma de estatísticas médicas)”. Ibid., p. 8.

das pessoas. Sendo assim, qualquer evento que aconteça no ambiente da sociedade, somente será considerado como parte dela, na medida em que ela lhe atribua certo sentido. Por sua vez, o modo como a sociedade atribui sentido aos eventos, depende da maneira como a sociedade organiza suas comunicações, através dos seus subsistemas³⁰⁹.

Provavelmente, deve ter ficado claro que, para Luhmann, a evolução dos sistemas sociais não se deu através de uma maneira racional ou proposital, mas através de um processo em que a informação foi selecionada e dotada de sentido como comunicação. Os sistemas sociais, portanto, são funcionais, na medida em que são capazes de organizar as comunicações e de difundi-las de modo que eles e outros sistemas de comunicação possam usá-las. Em outras palavras, “[...] *sistemas funcionais criam ordem diante do caos (create order out of the chaos): eles atribuem significado aos eventos que de outra maneira seriam sem sentido para sociedade*”³¹⁰. No entanto, sua funcionalidade se refere exclusivamente a comunicações³¹¹. Sendo assim, por exemplo, a funcionalidade do sistema político não depende da integridade do caráter dos políticos³¹².

Foi através da diferenciação funcional que os sistemas se tornaram capazes de desenvolver uma existência autônoma, não dependente da autoridade externa. Em razão disso, eles conseguiram estabelecer os seus limites frente ao ambiente, o que possibilitou também a criação de uma identidade própria, como resultado das próprias operações do sistema³¹³.

Diante do que foi exposto, tudo que Luhmann nos pede, conforme Rocha, é que levemos a sério um pressuposto básico da sociologia: de que tudo de alguma forma está incluído na sociedade. Disso resulta o fato de que, “[...] *sempre se está vivendo no interior de alguma coisa que já está presente no social*”. A partir daí, ele assume que a sociedade moderna é uma sociedade complexa, ou seja, sempre tem várias possibilidades de manifestação. Em outras palavras, “[...] *é possível se dizer que, na sociedade, pode acontecer*

³⁰⁹ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 8.

³¹⁰ Ibid., p. 9.

³¹¹ “[...] *Ele vê, como já se constatou, subsistemas socialmente diferenciados como organizando não as divisões do trabalho ou da ação social, mas o sentido. Sistemas socialmente diferenciados ao produzirem suas comunicações transformam informação em significado, e sem suas operações o significado, e a própria sociedade, não existiria. Porém, mais do que isso, cada um deles tem sua função específica em relação a organização do significado para a sociedade. Ao longo de seus trabalhos, Luhmann fornece uma abordagem das funções desempenhadas pelos diferentes sistemas. A função da religião é organizar a inevitabilidade da contingência; a Ciência provê um modo de distinguir entre o que é verdadeiro ou o que tem a pretensão de ser e o que não é; o Direito estabiliza expectativas normativas em face de ações que contradizem tais expectativas; a Economia responde a e regula a escassez para a sociedade através de pagamentos e assim remove a ansiedade referente a satisfação futura das necessidades; e a Política provê a sociedade com os meios de se tomar decisões coletivamente vinculativas*”. Ibid., p. 11.

³¹² Ibid., p. 9.

³¹³ Ibid., p. 10.

tudo aquilo que pode acontecer". No entanto, "[...] para se criarem certos sentidos perante esse excesso de possibilidades, surgiram, na sociedade, nesse processo de enfrentamento da complexidade, sistemas". E estes sistemas, sempre "[...] ordenam essa complexidade a partir de certo tipo de perspectiva, conforme o tipo de diferenciação funcional evolutivamente consagrado"³¹⁴.

Visto isso, ficou claro a relevância e o significado extremamente restrito que Luhmann atribui a sociedade, em que esta é constituída tão somente por sistemas sociais de comunicação. No entanto, no que consiste a comunicação? O que Luhmann entende por comunicação?

A comunicação para Luhmann também possui um significado bastante restrito. Como vimos, a troca informal de informações entre os indivíduos não são comunicações, mas interações. As comunicações são produtos dos sistemas sociais. Elas são "[...] a síntese de informação, expressão e entendimento (aí incluídas comunicações não verbais como sinais, gestos e ações)"³¹⁵. São através das comunicações que a informação é transmitida na forma que a torna compreensível³¹⁶.

A sociedade consiste tão somente em comunicações. Não existe comunicação fora da sociedade. Ela é a totalidade de todas as comunicações de sentido. Por esse motivo a sociedade não pode se comunicar com o seu ambiente. Além disso, é também uma das razões para se negar a consciência um lugar na sociedade, já que ela não pode comunicar. As pessoas talvez articulem pensamentos que se encontram presentes na consciência e, se eles forem reconhecidos por um ou mais subsistemas sociais, eles se tornam parte da sociedade. Quando um indivíduo transmite a outro os seus pensamentos, estes se encontram no domínio do social³¹⁷.

Devemos destacar, neste ponto, a importância da teoria das formas de George Spencer Brown, que exerce uma grande influência na teoria luhmanniana. Para Brown, qualquer ato

³¹⁴ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19. Vale ressaltar, que "[...] a complexidade não é uma operação; não é algo que um sistema execute, nem que suceda em si, mas um conceito de observação e de descrição – incluindo a autoobservação e autodescrição". LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 101.

³¹⁵ KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 78.

³¹⁶ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 12.

³¹⁷ "[...] Luhmann se refere a consciência e a sociedade como sendo acopladas estruturalmente, no sentido de que cada uma constrói a outra dentro dos limites de seus respectivos ambientes e que suas operações assumem a existência umas das outras, mas cada qual permanece separada e distinta, não sendo possível nenhuma comunicação direta entre elas. Ibid., p. 12.

cognitivo ou operação que possamos imaginar começa com a realização de uma distinção. Este é o caso para qualquer comunicação. Toda distinção é uma forma que consiste em dois lados. Quando ela é feita, apenas um lado da forma é indicado, isto é, apenas aquele lado em que se indica aquilo que é sua área de interesse ou relevância. O que não é selecionado existe como o que não é indicado, como o outro lado da forma, e permanece indeterminado e indefinido. Um exemplo seria a distinção que toma por base o que constitui o Direito, em que de um lado da forma estaria o que pode ser Direito e, do outro, o que não pode ser. Uma vez feita tal distinção todas as outras distinções devem ser realizadas no lado marcado da forma direito/não-direito, isto é, em um espaço que já existe e que determina o que constitui o Direito e o que não constitui. Sendo assim, toda distinção irá assumir a existência de algo que não é Direito, sem, contudo, definir o que isso possa ser. Essas comunicações são, portanto, reproduções da forma original, que tomam lugar dentro do espaço marcado do que é Direito. Mesmo essas operações de reprodução, devem deixar indeterminado o espaço não indicado, enquanto seleciona aquilo que é indicado como a área de interesse dentro do espaço marcado da forma³¹⁸.

Luhmann pressupõe o mundo como um espaço não demarcado, até que uma distinção seja feita. Uma vez realizada a distinção, novas distinções são realizadas dentro do espaço indicado da forma. Todas elas são feitas baseadas na pressuposição da existência da distinção original separando o lado indicado do não indicado. Além disso, como já dissemos, toda distinção reproduz a diferença entre o lado indicado e não indicado da forma. A importância do conceito teórico de forma para a teoria luhmanniana, reside no fato de que Luhmann vê o ato comunicativo de realizar distinções como sendo a operação essencial para a criação da sociedade consistindo em comunicações, uma vez que, sem as distinções, o mundo não estaria demarcado, e, desse modo, nenhuma comunicação seria possível³¹⁹.

Segundo King e Thornhill, o ponto crucial que Luhmann deriva de Brown, é aquele em que a forma sem o outro lado se dissolve em um estado não demarcado, e, por isso, não pode ser observada. Além disso, apenas o observador – e não aquele que realiza as distinções – está apto a reconhecer ambos os lados da forma. No entanto, o observador apenas pode observar a forma quando ambos os lados são distinguíveis. Ademais, é na capacidade de

³¹⁸ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 12. Vale ressaltar, que Luhmann vê as comunicações como dependentes de formas articuladas por duas razões: primeiro, porque servem de condição para a cooperação de diferentes sistemas psíquicos que percebem as palavras e os sinais como diferenças e assim possibilita a continuidade da comunicação; segundo, porque elas devem recorrer a comunicações passadas e futuras, isto é, devem identificar algo como repetível, que vai além de situar apenas a comunicação no tempo. Conforme King e Thornhill, “[...] *eles provêm a forma com uma identidade e continuidade*”. Ibid., p. 13.

³¹⁹ Ibid., p. 13.

observar e ser observado que reside a pré-condição necessária para a existência de qualquer sociedade consistente em comunicações³²⁰.

Até aqui deve ter ficado claro que a teoria de Luhmann não diz respeito a objetos, pessoas, ações, ou até mesmo a linguagem. Luhmann está preocupado com as comunicações. É necessário ressaltar essa distinção entre comunicação e linguagem. Primeiro, porque a linguagem, construída como sistema simbólico, pode ser usada tanto pela consciência quanto pelos sistemas sociais, enquanto Luhmann, como vimos, é bastante claro ao afirmar que esses dois sistemas devem permanecer distintos. Caso a linguagem seja concebida como o meio de comunicação, isso poderia fundir a consciência e a sociedade, não sendo, dessa forma, o significado um pré-requisito para a comunicação na sociedade. Qualquer coisa que fosse reconhecida como linguagem – inclusive frases sem sentido – teria de ser tratada como comunicação, assim como todo sentimento ou intuição teria de ser convertido em linguagem. A segunda razão para que os subsistemas sociais não devam ser vistos como entidades lingüísticas diz respeito ao fato de que a comunicação cobre um vasto campo de modos possíveis e não é confinado simplesmente a palavras. Um gesto pode ser uma comunicação dotada de significado, assim como um ato ou um conceito ou teoria científica, em que nenhum deles necessariamente depende de palavras, embora todos possam ser observados e reconstituídos através do uso de palavras³²¹.

Além disso, Luhmann também problematiza a própria comunicação. Para ele, a comunicação, assim como a sociedade, é improvável. Ele identifica as improbabilidades como associadas à efetividade da comunicação. A primeira consiste no significado, em que este só pode ser compreendido no contexto, e o contexto para cada indivíduo consiste no que sua própria memória pode fornecer. A segunda consiste na improbabilidade referente à transmissão da comunicação aos receptores, em que é improvável que uma comunicação alcance mais do que as pessoas de uma dada situação. A terceira ele a chama de “improbabilidade do sucesso”, e consiste naquela em que, mesmo quando o conteúdo da comunicação (a informação) é compreendido pelo receptor, este não a aceita como uma premissa para o seu comportamento. Por conta disso, Luhmann coloca como uma questão central na sua teoria os problemas da comunicação, já que sem sistemas que organizem a comunicação na sociedade, não haveria nenhuma base sob a qual as comunicações de significado pudessem ser transmitidas de maneira intacta, isto é, sem que haja

³²⁰ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 14. Mais adiante vamos ver a importância dos conceitos de observação de primeira e segunda ordem, de códigos e programação. Por hora, iremos nos ater aos problemas da comunicação.

³²¹ *Ibid.*, p. 15.

um alto grau de probabilidade de distorção e desentendimento³²².

Outra forma de estabelecer o problema das comunicações de sentido, é o que se refere a dupla contingência, que tem sua origem na teoria social de Talcott Parsons. Um exemplo serve para ilustrar a situação. A faz um gesto a B e espera que este responda de certa forma. A resposta de B ao gesto de A dependerá da seleção por B de um conjunto de interpretações possíveis que ele internalizou, incluindo como ele, B, espera que A irá interpretar a sua resposta. Sendo assim, qualquer comunicação de sentido entre A e B pode ser dita como duplamente contingente, uma vez que depende de B interpretar corretamente o significado do gesto de A e também que B selecione a resposta em que A, por sua vez, interprete como conforme as suas expectativas³²³.

É apenas no ponto em que as expectativas de A e B coincidem que a informação é transmitida e que sistemas de comunicação são formados. Uma vez formados, cada gesto ou, em sistemas mais sofisticados, cada declaração oral ou escrita pode ser dotada de significado (ou não) através de um processo de seleção. É necessário observar que os sistemas juntos solucionam o problema da dupla contingência através da redução da complexidade, isto é, eles produzem comunicações que permitem a redução da complexidade a proporções significativas e manejáveis³²⁴.

Visto o que Luhmann entende por comunicação e como os seus respectivos problemas desempenham um papel central na sua teoria sobre a sociedade, é necessário observarmos outros conceitos. Começamos, então, pelo que Luhmann entende por observação, e que se encontra intimamente relacionado com os conceitos de paradoxo e tautologia.

Para Luhmann, não há nada na sociedade que não possa ser observado. Mas, no que consiste a observação? E quem é o observador? Será um sujeito?

A primeira coisa que se deve deixar claro é que o observador não é um sujeito, mas um sistema³²⁵. Luhmann abre mão da noção tradicional de sujeito, e propõe uma nova teoria do conhecimento baseada na observação. É através da diferenciação entre observação de primeira e segunda ordem, que ele aproxima Brown de H. V. Foerster, propondo uma nova forma de abordar a teoria das formas e distinções que nós vimos.

³²² KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 15-16.

³²³ Ibid., p. 16.

³²⁴ Ibid., p. 18.

³²⁵ “[...] no contexto da teoria das operações sociais de comunicação, facilita-se a compreensão do observador como um sistema que se possibilita a si mesmo, sem pressupor outras condições para a operação. [...] Quando se pretende garantir uma continuidade da observação, o observador tem de ser um sistema estruturado, que se diferencia (a si mesmo) do meio”. LUHMANN, Niklas. **Introdução a teoria dos sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 156-157.

A observação de primeira ordem é uma operação por meio da qual se utiliza uma distinção para indicar um lado (e não o outro) daquilo que se observa. No entanto, para que se possa perceber como os eventos e objetos adquirem significado é necessário observar como eles são observados. Isso só acontece através de uma observação de segunda ordem, isto é, observar como o observador de primeira ordem observa. É apenas por meio da observação de segunda ordem que o observador encontra a distinção entre a distinção e a indicação. Sendo assim, o observador de segunda ordem observa o observador de primeira ordem observando e, ao contrário do observador de primeira ordem, está apto a distinguir entre o que está sendo observado e o resultado da observação. Neste sentido, o observador é capaz de ver o resultado da observação como uma das muitas maneiras possíveis em que o objeto é capaz de ser observado. Já no caso do observador de primeira ordem, ele apenas pode distinguir o que está sendo indicado, como resultado da observação, de qualquer outra coisa (o lado não marcado da forma)³²⁶. De uma maneira simples, o observador de segunda ordem observa como o observador de primeira ordem observa, e dessa forma consegue ver aquilo que ele não consegue ver, isto é, o ponto cego³²⁷.

Em razão disso, chegamos até a noção luhmanniana de paradoxo. Entretanto, no que consiste o paradoxo? Ele o descreve como o ponto cego da observação. Qualquer operação sempre ocorre no lado marcado da forma. No entanto, a operação ocorre como se a diferença entre o lado marcado e o não marcado da forma não existisse, como se o que representa “o mundo” para aquela operação constituísse a realidade, e não apenas um dos lados da forma que foi indicado pela realização da distinção original³²⁸. O paradoxo surge todas as vezes que o observador quer observar sua própria atividade de observar, já que ao fazer isso, ele torna visível a diferença que garante a unidade da observação. Eis o paradoxo: uma unidade da diferença³²⁹.

³²⁶ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 17.

³²⁷ “[...] Para Luhmann, a importância desse conceito de diferentes níveis de observação para a sociologia, reside no reconhecimento de que qualquer abordagem disciplinada, sistemática do entendimento da sociedade, não pode simplesmente tratar o mundo social como se ele fosse uma mera coleção de fatos a serem pesquisados e analisados. Ao contrário, o foco de estudo deve ser os diferentes modos em que eventos transitórios e efêmeros são interpretados como se eles fossem fatos e como lhes são atribuídos importância e significado”. Ibid., p. 19.

³²⁸ Ibid., p. 19.

³²⁹ “[...] Na terminologia igualmente empregada por Spencer-Brown, pode-se dizer que a diferença é o ponto cego da unidade de operação do observar. Para observar, deve-se fixar um ponto: a universidade, e não outro lado. A concentração se dá na universidade e todo o resto não desempenha um papel decisivo. Isto significa que a diferença torna invisível a unidade da distinção. Ao se pretender tornar visível tal unidade, chegar-se-ia ao paradoxo da unidade de uma diferença; ou, na formulação de um tema de conferência de Ranulph Glanville: *the same is different*”. LUHMANN, Niklas. **Introdução a teoria dos sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 158. Sendo assim, “[...] na utilização das diferenças, o ponto cego, a invisibilidade, por assim dizer, sempre fica à revelia. Ninguém pode se observar a si mesmo, como aquele que opera a diferença, pois desse modo teria que tornar-se invisível para si mesmo, caso pretendesse efetuar a observação. Ou, em outras palavras: pode-se estabelecer a diferença entre o observador e o observado, mas não se pode considerar tal diferença”. Ibid., p. 159.

Todo observador usa uma distinção, em que indica um dos lados (e não outro) daquilo que se observa. Não é possível ao observador observar os dois lados da forma simultaneamente. É preciso tempo, para que se possa passar de um lado ao outro da forma. Em resumo, a observação não pode observar ela mesma. Em outras palavras, o observador não pode observar simultaneamente ele mesmo e a unidade da forma que o permite realizar distinções. Durante a observação, o observador assume que o espaço em que a distinção é feita representa a totalidade e não apenas uma parte do todo. Para se observar o ponto cego da observação, é necessário se realizar uma nova distinção através de uma observação de segunda ordem³³⁰.

A própria formação do sistema se dá de um modo paradoxal. Eles sempre constituem sua identidade através da diferenciação deles mesmos com o ambiente, enquanto negam que é isso que eles estejam fazendo. No entanto, aquilo que o sistema observa e trata como o seu ambiente é apenas aquilo que o sistema determina como o seu ambiente. O sistema não tem acesso a realidade ou ao mundo como “realmente existe”, mas sempre relaciona suas operações a um ambiente que é construído pelo próprio sistema (não estamos dizendo que o sistema se comunica diretamente com o ambiente, mas apenas que o ambiente é construído pelo próprio sistema, e que somente ele pode causar irritações)³³¹.

O conceito de paradoxo para Luhmann é central para sua teoria, uma vez que ele não acredita em nenhuma outra forma de conhecer a sociedade que não seja paradoxal. Segundo ele, o próprio fato de reivindicar conhecimento ou entendimento é baseado numa distinção anterior em que os observadores não podem conhecer enquanto observam. Sendo assim, essa distinção torna os observadores cegos com relação aquela parte da realidade que está situada

³³⁰ “[...] Por exemplo, o sistema jurídico se auto-observa produzindo decisões jurídicas (e, de fato, justas), mas é o mesmo sistema que decide o que constitui a legalidade e a ilegalidade (ou, no seus termos, ele não pode produzir injustiça). Eis o paradoxo. Apenas uma observação de segunda ordem, um observador do observador, é simultaneamente apto a ver esta unidade e enxergar o observador de primeira ordem realizando uma distinção (de que a legalidade não é necessariamente o mesmo que a justiça). Essa observação Luhmann chama de “the unfolding of a paradox”. Observações de segunda ordem alcançam isso realizando uma distinção entre a forma original (tanto o lado marcado da forma quanto o lado não-marcado) que agora se torna o espaço marcado e um novo espaço não-marcado”. KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann’s theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 20.

³³¹ “[...] Por tratar ele mesmo como se existisse em um mundo objetivamente verificável, o sistema não tem consciência do paradoxo da sua própria existência, e está apto a operar como se suas próprias comunicações fossem justificadas e legitimadas por noções universais sobre o que é verdadeiro, legal, moralmente correto, científico e assim por diante. Esse sistemas são, então, aptos a aplicar esse critério de validade auto-produzido para suas próprias operações. [...] o ponto cego de cada sistema está localizado nessa situação paradoxal, em que, como anteriormente explicado, não está apto a reconhecer que aquilo que ele observa como realidade é apenas uma parte da realidade, a totalidade é inacessível. Através de suas operações o sistema repetidamente e continuamente reafirma sua visão do mundo externo e sua própria situação dentro daquele mundo construído, e, sendo assim, para sempre concilia o paradoxo de sua própria existência”. Ibid., p. 20.

no lado não marcado da forma. Dessa maneira, é apenas porque não vê que se pode ver, ou seja, é apenas porque não se conhece que se pode conhecer³³².

Junto aos paradoxos encontramos as tautologias, que também são formas de bloquear a observação. Tautologias, para Luhmann, são distinções que não distinguem. Referem-se a algo que somente pode ser aquilo que é. No caso do Direito, por exemplo, as auto-descrições do Direito como Direito e a asserção desse fato como justificativa para autoridade jurídica é tautológica, porque, nos termos do próprio Direito, ele não pode ser outra coisa senão Direito. Segundo Luhmann, as tautologias são formas de habilitar o sistema a alcançar autonomia, de conseguir independência para suas asserções de qualquer forma de validação externa³³³.

Visto isso, chegamos ao conceito de código e programação, em que cada sistema se diferencia e atribui sentido ao seu ambiente através do seu código binário particular. Isso nos leva ao que Luhmann chama de meios simbolicamente generalizados de comunicação. De acordo com esse modelo, cada esfera da atividade social vê o mundo em seus próprios termos. A Economia, por exemplo, usa como meio o dinheiro; o Direito, a legalidade; a Política, o poder; a Ciência, a verdade. Enquanto todos esses meios de comunicação existem como modos de entender eventos por toda a sociedade, eles são especificamente desenvolvidos dentro dos subsistemas como códigos binários, que eles aplicam aos seus respectivos ambientes, para entender ou produzir significado sobre eles. Vale ressaltar, que todo código possui um lado positivo e outro negativo (por exemplo, no caso do Direito, Direito/não-Direito; legal/ilegal). Já no que se refere à programação, ela possibilita a organização da informação que permite a aplicação do código binário pelo sistema³³⁴.

Nesse sentido, é necessário se deixar claro que a única diferença entre ambos reside no fato de que a programação pode ser modificada ou substituída, enquanto os códigos permanecem sempre idênticos³³⁵.

Outro ponto que merece ser destacado sobre os códigos, é que além de determinarem quais comunicações pertencem ao sistema, eles também permitem que o sistema observe ambos os lados da forma. É graças ao código que o sistema pode operar em ambos os lados da distinção sem deixar o sistema, embora se deva ressaltar, que essas distinções invariavelmente

³³² KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 21.

³³³ *Ibid.*, p. 21-22.

³³⁴ “[...] Códigos precisam ser compreendidos como tipos especiais de distinções, que existem apenas dentro do sistema e podem apenas serem operados pelo sistema. Programas são filtros necessários para essa operação, em que, sem eles, a aplicação dos códigos pareceria uma tentativa grosseira de reduzir tudo no mundo a proposições binárias simplistas. ‘A programação complementa os códigos, preechendo-os com conteúdo’”. *Ibid.*, p. 23.

³³⁵ *Ibid.*, p. 23-24.

tomam lugar em um lado predeterminado da forma. Sendo assim, ao aplicar o código Direito/não-Direito, o sistema jurídico já excluiu, de acordo com o seu próprio critério, tudo aquilo que pode ser visto como não tendo qualquer relevância ao Direito³³⁶.

Para Luhmann, é o próprio código do sistema que permite o sistema se diferenciar do ambiente e organizar o seu fechamento operativo. No caso do Direito, por exemplo, tudo aquilo que pode ser compreendido como Direito/não-Direito pode ser reconhecido como pertencente ao sistema jurídico, enquanto, ao mesmo tempo, ele é capaz de determinar a diferença entre Direito e não-Direito. É sempre o próprio sistema que define sua própria identidade e os seus limites. Além disso, as decisões positivas e negativas do próprio sistema não se transferem a outros sistemas. Este é o caso, por exemplo, da versão científica sobre o que é a verdade, uma vez que nada garante que essa verdade será reconhecida pela religião, moralidade ou pela política³³⁷.

Em razão de cada sistema possuir seus próprios códigos e seus próprios programas, os sistemas são fechados operacionalmente. O fechamento operativo pode ser entendido em dois sentidos. O primeiro se refere à limitação do sistema ao observar o mundo. Cada sistema somente pode ver através dos seus respectivos códigos. Como foi dito, os códigos permitem que o sistema opere em ambos os lados da forma sem deixar o sistema, valendo sempre ressaltar, que essa distinção já se encontra no lado marcado de uma forma predeterminada. Sendo assim, por exemplo, o sistema político não pode dizer o que é ou não é uma boa arte, assim como o Direito não pode produzir nenhuma descoberta científica³³⁸.

Por outro lado, os sistemas podem ser entendidos como operativamente fechados em outro sentido. Este se refere ao caso da necessidade do sistema de se referir continuamente a si para validar suas comunicações de sentido. Para se saber, por exemplo, se uma questão é ou não é uma questão jurídica, o sistema deve recorrer ao próprio sistema para achar a resposta. Apenas o Direito pode responder questões jurídicas. O mesmo ocorre com os demais sistemas³³⁹.

Em poucas palavras, os sistemas veem o mundo diferentemente, através dos seus próprios códigos, e não há outra maneira para que eles possam realizar observações. São

³³⁶ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 24.

³³⁷ Ibid., p. 24.

³³⁸ Ibid., p. 26.

³³⁹ “[...] O sistema é apto a alcançar esta operação porque ele construiu dentro de suas comunicações uma definição anterior de sua própria identidade que agora se aplica a todas as novas informações advindas do seu ambiente”. Ibid., p. 27.

nesses dois sentidos apresentados que os sistemas devem ser entendidos como operativamente fechados.

Até aqui deve ter ficado claro que os sistemas constroem a realidade a partir das suas próprias operações. Isto nos leva a outra questão. Para que o sistema realize suas operações, é necessário tempo, e o tempo, para Teoria dos Sistemas, é um tempo relativizado, construído pelos próprios sistemas, em que sempre realizam suas operações no presente. Essa noção irá variar de acordo com o próprio sistema. Os sistemas de significado controlam o seu próprio tempo. No caso do Direito, por exemplo, isso permite com que o sistema reveja decisões erradas que foram tomadas³⁴⁰.

Antes de finalizar esse ponto, precisamos mostrar como os sistemas se relacionam e como os conceitos de contingência e acoplamento estrutural também desempenham um papel central na teoria luhmanniana.

Neste ponto, primeiramente, vale fazer algumas observações sobre a dupla contingência nas relações entre os sistemas. Os sistemas não se comunicam diretamente. Além disso, embora eles possam observar as relações do sistema com o ambiente, eles não são capazes de observar as operações internas do outro sistema (a seletividade), ou seja, não são capazes de entender o modo como eles compreendem a realidade, de como os outros sistemas constroem a sua própria realidade a partir de suas operações internas³⁴¹. Esse é o caso, por exemplo, de que não há nenhuma garantia de que o sistema jurídico leve a cabo a agenda política do modo como o governo pretendeu, uma vez que sempre será contingente a maneira pela qual os juízes interpretam a legislação³⁴².

Como o sistema constrói sua própria realidade por meio de suas operações internas, eles acabam operando de maneira a tentar governar a incerteza e o risco. De acordo com King e Thornhill, os sistemas lidam com a incerteza por meio da criação de suas próprias estruturas comunicativas, que fazem com que o incerto pareça certo e seguro. Apenas a partir dessa maneira de operar em um ‘mundo virtual’, ou seja, a partir do modo como ele compreende a realidade, é que a incerteza pode ser evitada. No entanto, o sistema só consegue evitar o risco de modo ‘virtual’, já que ele não consegue ver que não pode ver o que não pode ver. Nesse

³⁴⁰ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 28. Como observa King e Thornhill, “[...] no mais alto nível da teoria social nós precisamos notar que, para Luhmann, o único modo em que o sistema está apto a atribuir a impressão de controle do tempo é por meio da construção das suas próprias extensões não-temporais de tempo dentro das comunicações do sistema – o espaço entre a reversibilidade e irreversibilidade”. Ibid., p. 29.

³⁴¹ Ibid., p. 30.

³⁴² Ibid., p. 32.

sentido, o sistema baseia suas decisões apenas evitando os riscos que ele é capaz de observar³⁴³.

O mundo para Luhmann é contingente. Isso significa que tudo que acontece no mundo social, não é nem necessário nem impossível. O mundo não possui uma racionalidade, porque tudo poderia ter sido de outra forma. As decisões e operações dos sistemas são igualmente contingentes³⁴⁴.

Muitas das críticas dirigidas a Luhmann são feitas esquecendo-se da importância da noção de contingência e do papel que ela desempenha em sua teoria. O que ele basicamente quer enfatizar com essa noção, é que de algum modo milhares de decisões são tomadas todos os dias, e que a sociedade está em constante mudança, e isto é inevitável. Sendo assim, qualquer forma de tentar entender a sociedade dogmaticamente, falha, pois não leva em consideração essa característica que a constitui. Toda forma de tentar atribuir sentido a um evento contingente, são operações do próprio sistema, que opera segundo suas próprias distinções. Daí a importância dos sistemas para lidar com a contingência e complexidade da sociedade. Já que qualquer explicação ou racionalização pode apenas oferecer uma visão parcial da complexidade³⁴⁵. Justamente o que Luhmann quer evitar.

Por fim, resta a pergunta: como os sistemas podem se “relacionar”? Luhmann chama essas relações de acoplamentos estruturais. Os sistemas não se relacionam por relações de ‘input’ e ‘output’, por relações causais. Como foi dito, o sistema constrói o seu ambiente, e atribui significado aos eventos que nele acontecem a partir de suas próprias operações internas. No entanto, embora o ambiente não possa se relacionar diretamente com o sistema, ele pode causar constantes irritações, sendo estas, por sua vez, transformadas em comunicações pelo próprio sistema. Além disso, é preciso se deixar claro, que o ambiente de um sistema pode conter outros sistemas, mas isso depende das operações internas do próprio sistema³⁴⁶.

Após essa exposição geral do pensamento de Luhmann, no próximo ponto vamos observar algumas observações da Teoria dos Sistemas sobre o sistema jurídico e as insuficiências do normativismo kelseniano para lidar com a complexidade.

³⁴³ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 31.

³⁴⁴ Ibid., p. 31.

³⁴⁵ Ibid., p. 34.

³⁴⁶ Ibid., p. 32-33.

3.2.1 O Direito como um Sistema Social Autopoiético: algumas observações sobre as insuficiências do normativismo kelseniano para lidar com a complexidade

Em primeiro lugar, devemos deixar claro que não vamos repetir, aqui, todos os conceitos que foram expostos no ponto anterior. No entanto, iremos enfatizar alguns deles, sobretudo, o conceito de autopoiese, indispensável para teoria luhmanniana conseguir explicar como os sistemas se auto-organizam, auto-produzem e constroem suas próprias realidades. Além disso, ele é fundamental para romper com qualquer fundamentação ontológica do Direito.

Como nós vimos, a sociedade é complexa. Em outras palavras, isto significa que pode acontecer na sociedade tudo aquilo que pode acontecer. A sociedade se caracteriza sempre por esse excesso de possibilidades³⁴⁷. No entanto, como uma forma de se lidar com essa complexidade característica da sociedade moderna, surgiram os sistemas, que ordenam essa complexidade sempre a partir de certa perspectiva, tentando atribuir certos sentidos perante esse excesso de possibilidades³⁴⁸.

Os sistemas de comunicação são formas de lidar com a complexidade, de tentar reduzi-la. Mas, como os sistemas reduzem a complexidade? Através de um procedimento em que se toma uma decisão, em que se escolhe apenas uma das várias formas possíveis de ser. Quando se toma uma decisão, e se realiza uma escolha, este é o momento em que realidades são construídas³⁴⁹.

Ao contrário do que muitos dos críticos de Kelsen acham, ele estava ciente da complexidade que caracteriza a sociedade moderna. Todavia, Kelsen pretendeu lidar com ela, criando um modelo científico para o Direito, tentando lhe atribuir uma racionalidade científica. O primeiro ponto que se deve ter em mente, é que a verdade, para Kelsen, é uma questão secundária. A verdade somente se encontra em outro nível de linguagem (metalinguagem), que descreve, problematiza e analisa a linguagem-objeto (normas). A verdade não é uma questão metafísica, mas uma questão semântica³⁵⁰.

Em segundo lugar, é necessário ressaltar que Kelsen pretende resolver esse problema da verdade, com o conceito de validade, uma categoria lógica, dando ao Direito

³⁴⁷ Conforme Luhmann, “[...] a complexidade é a unidade de uma multiplicidade”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 101.

³⁴⁸ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

³⁴⁹ ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 23.

uma definição tão rigorosa, que seja, com isso, capaz de afirmar o seu caráter racional. É com a ideia de validade que Kelsen pretende construir uma realidade jurídica alheia das influências de outros sistemas. O Direito é para Kelsen um sistema fechado³⁵¹.

Em terceiro lugar, para Kelsen, o poder do Direito – a força obrigatória das suas decisões – se expressa na sanção. Além disso, ele ressalta que o Poder se encontra organizado juridicamente. Sendo assim, Kelsen constrói um sistema de validade hierárquico, capaz de medir e controlar a racionalidade do poder. Por sua vez, esta hierarquia está fortemente ligada a uma noção centrada na figura do Estado, o que faz com que Direito e Estado se manifestam conjuntamente³⁵².

Diferentemente do normativismo, dessa visão simplificada do sistema jurídico como um sistema fechado, Luhmann observa o Direito como um sistema autopoietico. A primeira coisa que devemos ter em mente, antes de explicarmos o conceito de autopoiese, é que Luhmann não considera como sistema jurídico aquelas instituições que possuem uma existência física ou são partes de uma estrutura organizada, como, por exemplo, cortes e tribunais, câmeras legislativas etc. Além disso, também não consiste em todas aquelas pessoas que estão engajadas na administração e nas operações do Direito. Embora elas sejam necessárias para as operações do Direito, o sistema jurídico não se refere a características pessoais ou até os papéis que elas desempenham dentro dos tribunais ou outras instituições jurídicas³⁵³.

O sistema jurídico, assim como os demais sistemas sociais, trata-se de um sistema de comunicação. Sendo assim, ele consiste em todas aquelas comunicações que se referem ao Direito. Nesse sentido, o próprio Direito é capaz de diferenciar e identificar, quais são as comunicações que fazem parte ou não do sistema. Apenas aquelas comunicações que são reconhecidas como pertencentes ao sistema, pelo próprio sistema, é que podem ser tidas como comunicações jurídicas³⁵⁴.

No entanto, como é possível o sistema reconhecer comunicações como pertencentes ao sistema? Através do código do sistema (Direito/Não-Direito; legal/ilegal). Todas aquelas comunicações que são entendidas como baseadas ou relacionadas a questões de legalidade ou ilegalidade, são tidas como comunicações jurídicas. O Direito é

³⁵¹ ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 23.

³⁵² Ibid., p. 25 e ss.

³⁵³ “[...] O Direito, para Luhmann, não está sujeito a limites físicos ou geográficos ou é definido por meio do status dos indivíduos (juiz, advogado, professor de direito)”. KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 35.

³⁵⁴ Ibid., p. 36.

assim, por sua vez, um modo de atribuir significado para certos eventos. Sendo assim, uma vez reconhecidos como comunicações jurídicas, eles fazem parte do sistema jurídico, e, desta forma, da sociedade³⁵⁵.

Ao contrário de Kelsen, Luhmann não pretende construir ou definir o Direito como um sistema de normas válidas, mas observá-lo como um sistema de comunicações contingente e infinitamente alterável. Além disso, ele enfatiza a necessidade de uma abordagem que se leve em consideração como o Direito se relaciona com a Política, a Economia, a Moral e assim por diante. No entanto, isso claramente implica uma relativização do *status* e da centralidade do sistema jurídico na sociedade moderna³⁵⁶.

Para o sociólogo alemão, a sociedade consiste em diferentes centros de autoridade, para a verdade, a validade e a legitimação³⁵⁷. Para se entender a complexidade das sociedades modernas, não se deve tentar compreendê-la sob a base de apenas um ou outro sistema. A sociedade consiste em subsistemas sociais diferenciados funcionalmente, em que cada subsistema constrói sua própria realidade, verdade etc.. Sendo assim, no caso do Direito não é diferente³⁵⁸.

Neste ponto, é necessário se fazer uma ressalva. Luhmann aponta como a maior ameaça à sociedade moderna, a desdiferenciação funcional do sistema³⁵⁹. Isso significa que a diferenciação funcional é essencial para manter a sociedade como uma enorme fonte

³⁵⁵ “[...] A comunicação jurídica é qualquer comunicação que é baseada na ou relacionada a distinção legal/ilegal ou jurídica/não-jurídica. O Direito se estende a todas aquelas comunicações que são entendidas como diretamente relacionadas a questões de legalidade e ilegalidade. Estende-se, por exemplo, de motoristas de carro discutindo sobre qual deles cometeu o erro de julgamento que resultou no acidente, de consumidores insistindo nos seus direitos enquanto consumidores, exigindo que uma loja os reembolsem pela venda de bens defeituosos, como no caso de um homem recusar a pagar alimentos para uma criança, sob a alegação de que o pai talvez seja outra pessoa. [...] O Direito em cada exemplo é usado como um modo de atribuir sentido ou significado a eventos”. Sendo assim, “[...] é a interpretação do evento comunicada pelo Direito como tendo sentido para o Direito através da aplicação de seus valores binários, jurídico/não-jurídico, que o traz para dentro dos limites do sistema jurídico e da sociedade. Decidir se uma comunicação é uma comunicação jurídica, portanto, apenas é possível através da observação das operações do próprio Direito”. KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 36.

³⁵⁶ Ibid., p. 39.

³⁵⁷ Ibid., p. 225.

³⁵⁸ “[...] Deve ser também reconhecido que no seu esquema teórico essa separação é inevitável. Para Luhmann, os fatos do Direito são sempre apenas ‘fatos limitados’; eles são fatos, verdade e realidade apenas para o sistema jurídico, e não podem ser confundidos com os valores”. Ibid., p. 38.

³⁵⁹ Ibid., p. 225. A desdiferenciação do sistema jurídico, por exemplo, irá acontecer, todas as vezes que houver uma dissolução dos limites do Direito, em que as comunicações jurídicas percam a sua característica distintiva e que se tornem corrompidas através da adoção, pelo sistema jurídico, de outros meios de atribuir significado (talvez econômico, político ou até científico). Idem, ibidem, p. 41. Quando isso acontece, “[...] o sistema jurídico [...] terá deixado de ser autopoietico e funcionará, portanto, de maneiras extremamente incorretas. Não será mais capaz de produzir as comunicações estabilizadoras de expectativas das quais dependem outros sistemas na sociedade”. Ibid., p. 41.

de criatividade e diversidade³⁶⁰.

No caso do Direito, a sua função consiste em estabilizar expectativas normativas ao longo do tempo³⁶¹. Vale ressaltar, que o que Luhmann está preocupado não é com a utilidade do sistema jurídico para grupos de indivíduos. O Direito como sistema de comunicação pode ser útil para certos indivíduos, mas não para outros. Em um momento, pode servir aos interesses de algumas pessoas, já em outro, ele pode criar dificuldades para essas mesmas pessoas. Não são os aspectos psicológicos, ou até mesmo antropológicos, do sistema jurídico, que interessam ao sociólogo alemão, mas sua contribuição para a existência e preservação da sociedade que consiste em sistemas sociais de comunicação³⁶². E esta contribuição consiste, justamente, na sua capacidade de estabilizar expectativas normativas. Nesse sentido, “[...] o Direito é visto como um sistema comunicativo que produz normas de conduta tanto para suas próprias operações quanto para a sociedade em geral”³⁶³.

Visto isso, é possível compreendermos o que Luhmann quer dizer ao se referir ao Direito como um sistema autopoietico. Segundo Rocha, “[...] sistemas autopoieticos são aqueles que conseguem partir da criação de um espaço próprio de sentido e se autorreproduzirem a partir de um código e de uma programação própria”³⁶⁴. Sendo assim, os sistemas são operativamente fechados, mas abertos cognitivamente. O Direito só pode produzir Direito, e não outra coisa. Nesse sentido, o ambiente do sistema jamais pode interferir diretamente nas operações do sistema, mas apenas criar irritações que podem, talvez,

³⁶⁰ “[...] Nem mesmo o caso da desdiferenciação total irá necessariamente levar a efeitos catastróficos terminais, por sob tais condições, uma ordem social – isto é, alguma forma de sociedade – talvez continue a existir. Entretanto, a sociedade talvez apareça mais ordenada e menos complexa do que é hoje. A consequência do alto grau de desdiferenciação seria, portanto, o fim da ‘sociedade moderna’. Isto é, o fim da sociedade baseada na diferenciação funcional e, assim como, o fim da complexidade, do dinamismo, da capacidade quase ilimitada para a rápida evolução, e da infinita criatividade e diversidade que, de acordo com Luhmann, a sociedade nos oferece hoje”. KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann’s theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 41.

³⁶¹ Ibid., p. 52.

³⁶² Ibid., p. 52.

³⁶³ KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 88.

³⁶⁴ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 20. O conceito de autopoiese tem sua origem na teoria dos biólogos Maturana e Varela, que apontam tal conceito como uma característica elementar dos seres vivos. Segundo eles, “[...] a característica mais peculiar de um sistema autopoietico é que ele se levanta pelos seus próprios cordões, e se constitui como diferente do meio por sua própria dinâmica, de tal maneira que ambas as coisas são inseparáveis. [...] O que caracteriza o ser vivo é sua organização autopoietica. Seres vivos diferentes se distinguem porque têm estruturas distintas, mas são iguais em organização”. MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001. p. 55.

serem transformadas em informações pelo sistema, através de suas operações internas. É em razão de sua abertura cognitiva, que o sistema está apto a filtrar as irritações do ambiente³⁶⁵.

Para que o sistema jurídico se reproduza mediante suas próprias operações, mantendo-se, assim, operativamente fechado, ao mesmo tempo em que pode lidar com as perturbações produzidas por seu ambiente, em razão de sua abertura cognitiva, ele deve possuir um código próprio e uma programação própria. Eles são essenciais para manutenção da autopoiese do sistema jurídico.

Deve-se ressaltar, que a aplicação do código a situações particulares não constitui uma promessa para as partes de um processo, de que um ganho financeiro, a felicidade ou a justiça será alcançada, mas estabelece apenas a certeza de que a decisão será tomada de acordo com o que é legal ou não. Todos os outros resultados são contingentes; eles podem ou não acontecer. Isto é algo que está fora do controle do sistema jurídico. Este só se ocupa de produzir Direito³⁶⁶.

No entanto, isso não quer dizer, que não é possível que valores externos ao Direito sejam incorporados na programação do sistema³⁶⁷. Este é o caso, por exemplo, de a programação do sistema jurídico incorporar opiniões de especialistas sobre o bem-estar da criança, quando juízes e tribunais tenham que tomar uma decisão envolvendo qualquer Direito referente a essas pessoas. O que é tido como o melhor interesse da criança ocupa o lado positivo do código. Caso um tribunal não opte por uma decisão que corresponda a este lado, ela poderá ser reformada por um tribunal superior. Todavia, isto não quer dizer que os juízes têm o poder de prever o futuro, e que este permite que eles sempre adotem uma solução como a melhor para as crianças do que outra. Na verdade, tudo que acontece é que a opinião de especialistas sobre o bem-estar das crianças é selecionado e simplificado de um modo que permita que decisões jurídicas sejam tomadas³⁶⁸.

O mesmo acontece com relação à Justiça. Para Luhmann, ela é vista como uma fórmula de contingência. Segundo ele:

³⁶⁵ Conforme King, o Direito “[...] é fechado no sentido de que não pode produzir nada a não ser Direito e também no sentido de que suas operações são impermeáveis a comunicações diretas de outros sistemas sociais. Isso não quer dizer que a legislação ou as decisões dos juízes estejam à margem de qualquer influência de fatores políticos ou econômicos. O que a teoria autopoietica propõe, mais exatamente, é que o sistema jurídico é fechado normativamente, mas aberto cognitivamente. Trata-se, como Teubner enigmáticamente nos diz, ‘aberto de uma forma fechada’ (!)”. KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 88.

³⁶⁶ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005. p. 58.

³⁶⁷ Ibid. p. 59.

³⁶⁸ “[...] O mesmo é verdadeiro para as decisões jurídicas que parecem considerar questões de boas relações raciais, custo efetivo, ou integridade moral. Nenhum deles se tornam valores alternativos do código do Direito. Eles existem como valores fora do sistema jurídico e seu único acesso as decisões jurídicas é como informação que permite o programa do Direito realizar a formulação de questões de acordo com o código binário Direito/ Não-Direito, Legal/Illegal”. Ibid., p. 58.

[...] com o conceito de ‘fórmula de contingência’ se afirma que a justiça não é uma afirmação sobre a essência ou natureza do Direito, nem um princípio fundador da validade jurídica, nem, finalmente, um valor que faz o Direito parecer como algo digno de preferência. A fórmula de contingência é unicamente um esquema de busca de fundamentos ou de valores que não podem obter validade jurídica a não ser na forma de programas.³⁶⁹

Apenas para concluir este ponto, é necessário ressaltar, que é com essa nova proposta e essa nova metodologia para a sociologia, que Luhmann pretende realizar uma abordagem completa da sociedade moderna, que leve em consideração a sua complexidade. Para aqueles que veem a autopoiese como algo que não merece atenção, por não se propor a responder questões tradicionais do Direito, como, por exemplo, tornar as nossas leis mais justas, ou explicar tudo acerca do poder, ou como juízes devem decidir casos particulares, King nos fornece uma parábola³⁷⁰:

Mas porque estas perguntas? Pergunta a autopoiese.
 Porque elas são as únicas perguntas válidas para os juristas eles respondem.
 Mas como você sabe se elas são as perguntas corretas?
 Nós sabemos.
 Mas como é que você sabe que sabe?
 Porque nós sabemos.
 Aha! Diz a autopoiese com um irônico sorriso.

³⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Herder, 2005. p. 284-285; LUHMANN, Niklas. **Law as social system**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2004. p. 217-218.

³⁷⁰ KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97.

4 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi observado neste trabalho, concluímos que Kelsen encontra no *Common Law*, um terreno profícuo para o desenvolvimento e a aplicação de muitas de suas ideias.

Como Kelsen demonstrou, o normativismo não se aplica apenas a tradição do *Civil Law*. As questões que sua teoria levanta são igualmente relevantes para ambas as tradições. Foi justamente em razão disso, que Kelsen exerceu uma influência notável nos juristas americanos e ingleses, sendo o contrário igualmente verdadeiro. Sua *Teoria Pura* teve boa aceitação no mundo jurídico anglo-saxão, e, sem dúvida alguma, contribuiu definitivamente para o desenvolvimento, para a investigação e para a pesquisa no campo da Teoria e da Filosofia do Direito dessa tradição.

Neste trabalho, observamos como a teoria kelseniana tenta solucionar alguns dos problemas tradicionais da teoria jurídica austiniana, como a *Teoria Pura do Direito* compartilha de algumas visões e pretende corrigir certos erros da jurisprudência analítica. Como foi visto, Kelsen, assim como Austin, enfatiza a importância da eficácia do sistema jurídico como condição para determinação da sua existência. No entanto, ele substituiu a ideia de obediência habitual pela obediência as leis e a aplicação de sanções, sendo então, a validade condicionada pela eficácia global de uma ordem coercitiva determinada. Além disso, também baseou o critério de identidade das normas jurídicas na sua origem. Diferentemente de Austin, que estabelece que uma lei pertence ou não a um sistema toda vez que tenha sua validade remontada as ordens de um soberano, Kelsen atribui como o fundamento de validade, unidade e de pertencimento de uma ordem jurídica, a norma fundamental. Esta é a única razão de validade do sistema jurídico. Uma norma somente pertence ao sistema se tiver sido criada de acordo com uma norma que lhe é superior, segundo os poderes que foram conferidos pelo sistema.

No mesmo sentido, Kelsen, ao contrário do que se imagina, não rejeitou o projeto realista. De certa forma, o realismo também está engajado na luta contra um pretense Direito natural. Embora ele não negue a possibilidade da jurisprudência sociológica, ele discorda das críticas dirigidas a sua *Teoria Pura*. Sendo assim, ele procura enfatizar, em primeiro lugar, que a jurisprudência normativa não é menos empírica que a jurisprudência sociológica, já que se refere exclusivamente ao direito positivo; em segundo lugar, elas não são mutuamente excludentes, já que o objeto de estudo da jurisprudência normativa são as normas jurídicas, ou seja, como as pessoas devem se comportar, e não como elas efetivamente se comportam; além

disso, em terceiro lugar, a jurisprudência sociológica pressupõe a jurisprudência normativa, já que sem o conceito de norma, não é possível diferenciar quais condutas interessam ou não ao Direito.

O conceito de norma é central na teoria kelseniana. É ela que dá significado ao material empírico em que o fenômeno jurídico se apresenta. Como o sentido objetivo atribuído aos atos de vontade, a norma caracteriza uma realidade própria da nossa experiência, tão empírica quanto à realidade objetiva descrita pelas ciências naturais. Sendo assim, Kelsen é enfático ao afirmar que o dever ser é objetivo.

Para conseguir apreender o significado dessa realidade própria, a ciência jurídica não pode descrever esta realidade como as ciências naturais descrevem o seu objeto de análise. Em razão disso, seus enunciados são, portanto, enunciados que descrevem o dever ser das normas jurídicas, em outras palavras, são enunciados “descritivos de dever ser”.

No entanto, para que seja possível compreender essa realidade, Kelsen se utiliza do conceito de norma fundamental, uma pressuposição transcendental postulada pelo sujeito do conhecimento, que quer compreender determinada ordem coercitiva eficaz como um sistema jurídico. A norma fundamental, além de ser o elemento que permite a compreensão do Direito, é ela que cria o próprio Direito como um sistema de normas. Sem ela, o sistema jurídico nunca poderia ser um sistema de normas jurídicas, e jamais realizaria o fechamento operativo necessário para caracterizar a pureza metódica da sua teoria.

Entretanto, se por um lado a norma fundamental é o conceito-chave que Kelsen encontrou para isolar o sistema jurídico da influência do mundo, mantendo assim, sua distinção metodológica básica entre ser e dever ser, por outro, ela é a fonte de muitas confusões e problemas em sua teoria. Na perspectiva dinâmica do sistema, a norma fundamental é responsável por atribuir a determinado evento o caráter de um evento inicial no processo de criação de normas jurídicas. Quando questionado sobre o que pode ser ou não tido como a norma fundamental, Kelsen enfatiza que somente aquela que esteja apta a compreender e justificar uma ordem coercitiva globalmente eficaz é que pode ser tida como a única razão de validade do sistema. Nesse caso, a eficácia, embora não seja o fundamento, é condição de validade. Todavia, em diversos casos, o normativismo, como demonstramos no último ponto do primeiro capítulo desta dissertação, desemboca em alguns paradoxos, como ao tratar do conceito de revolução, em que a tensão existente entre ser e dever ser, ficaria de certa forma comprometida.

Hart soube trabalhar esses problemas de uma outra maneira. Em primeiro lugar, ele não parte da distinção metodológica inicial entre ser e dever ser. Em segundo lugar, ele tenta

justificar o sistema jurídico – e, conseqüentemente, a normatividade jurídica – com referência ao caráter institucional de uma prática social concreta. Hart está preocupado em descrever o uso normativo da linguagem, de capturar o *status* normativo do Direito, descrevendo como as pessoas o tomam como normativo, como um guia de ação para as condutas daqueles que estão inseridos numa mesma prática social institucionalizada por regras sociais.

Em razão disso, o professor inglês acaba ressaltando o aspecto interno das regras, como o caráter distintivo para compreensão do Direito. Ao invés de priorizar o ponto de vista externo, do professor, do cientista do Direito, Hart está preocupado em compreender o fenômeno jurídico de dentro, do ponto de vista do homem comum, dos advogados, juízes e tribunais, ou seja, de todos aqueles que estão inseridos nessa prática social complexa que denominamos Direito.

A mudança de perspectiva proposta por Hart, estabelece, então, a validade como uma categoria social. Nesse sentido, é que, ao invés de Hart recorrer a um critério lógico de validade, ele estabelece o sistema jurídico como um sistema autorregulado de regras, em que os participantes do sistema *reconhecem* determinados padrões como legítimos e obrigatórios. Ele não apela, como Kelsen faz, a uma pressuposição transcendental do pensamento, mas tenta estabelecer o fundamento do sistema jurídico com base em fatos sociais, afirmando a existência de uma regra de reconhecimento que é compartilhada pelos membros de uma comunidade, e que não é em si, nem válida nem inválida.

Em virtude disso, é sem sentido, para Hart, se pressupor uma norma fundamental como fundamento de validade da ordem jurídica. Além disso, vale ressaltar, que a regra de reconhecimento está apenas preocupada em estabelecer o critério de pertencimento de uma regra ao sistema, sendo isto possível apenas pelo reconhecimento social, por meio da aceitação, da atitude crítico-reflexiva que os cidadãos adotam diante de certos padrões de conduta. Em outras palavras, pelo aspecto interno das regras.

Kelsen, ao contrário, tenta estabelecer com base na norma fundamental, o fundamento de obrigatoriedade do sistema jurídico, as condições de possibilidade das normas jurídicas enquanto entidades normativas. Já Hart, por sua vez, com a regra de reconhecimento visa apenas estabelecer o critério de pertencimento de uma regra ao sistema. Na verdade, vale ressaltar, que Hart não explica como dentro de um contexto social de interação podem surgir regras sociais, mas apenas que existem práticas constituídas por certas regras e que estas são adotadas por parte dos membros de uma comunidade como legítimas e obrigatórias.

Além disso, deve-se deixar claro que, ao contrário de Kelsen, Hart não parece adotar em sua teoria uma espécie de ceticismo moral. Hart deixa claro no pós-escrito a plausibilidade

de um positivismo *soft*, em que seria possível critérios morais fazerem parte da regra de reconhecimento. Por outro lado, Kelsen é claro ao afirmar que o único fundamento de validade é a norma fundamental, responsável pelo fechamento do sistema jurídico e seu isolamento com relação a outros sistemas, como, por exemplo, o sistema moral.

Por fim, tanto Kelsen quanto Hart têm objetivos parecidos. Não se pode dizer que Hart rejeitou o normativismo, pois eles possuem muitas visões em comum, já que ambos estão preocupados com o conteúdo cognitivo das proposições jurídicas e em traçar um limite para a investigação jurídica, mas tratam, por exemplo, de realizar críticas as perspectivas jusnaturalistas e realistas por caminhos diversos. Fica claro que apesar das divergências entre suas respectivas concepções de validade – uma categoria lógica, para Kelsen; e uma categoria social, para Hart –, o pensamento kelseniano é importante para todos aqueles que trabalham com o Direito, quer seja da tradição do *Civil Law*, quer seja da do *Common Law*.

Por outro lado, uma tendência contrária a tradição do pensamento jurídico começa a ganhar adeptos no mundo, e, de maneira incipiente, na tradição do *Common Law*. A teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann tem sido desenvolvida e defendida no mundo anglo-saxão por Michael King. Ainda minoritária, tal teoria propõe uma alternativa para se observar o sistema jurídico e os demais sistemas sociais autopoieticos. Seu grande objetivo é tentar realizar uma abordagem da sociedade moderna que seja capaz de levar em consideração as características mais fundamentais dessa sociedade, como o risco, a contingência e o alto grau de complexidade em que ela se apresenta, evitando, assim, qualquer teoria reducionista, que tente captar a essência ou a verdade da sociedade moderna. Sendo assim, o propósito de Luhmann consiste em fazer com que observemos nossa própria racionalidade, moralidade e crenças políticas como sistemas engajados na observação do mundo social.

Ao contrário de Kelsen, Luhmann nos oferece a autopoiese como uma forma de substituir qualquer perspectiva ontológica do Direito, observando o sistema jurídico como um sistema social, cujo único objeto de observação são as comunicações produzidas pelo próprio sistema. Dizer que um sistema é um sistema autopoietico é dizer que ele é operativamente fechado, mas cognitivamente aberto. Os sistemas (inclusive o Direito) são responsáveis, assim, por construir sua própria realidade, seu próprio sentido, sua própria identidade, através da diferenciação funcional em relação ao *seu* ambiente.

Luhmann, dessa forma, abre o sistema ao mundo e o mundo é sempre o mundo construído pelas operações dos sistemas de sentido. Sempre se observa de dentro da sociedade, e, particularmente, a partir de um determinado sistema social. Na verdade, sem os sistemas sociais para organizar o sentido através das comunicações que produzem, a própria

existência da sociedade não seria possível. Sendo assim, é nesse sentido que os sistemas, por meio de sua função específica socialmente diferenciada de organizar o sentido, permitem que a sociedade exista. Por exemplo, no caso da Ciência, a sua função consiste em determinar o que é ou não é verdadeiro; já no caso do Direito, a sua função consiste em estabilizar expectativas normativas.

Apesar de ser uma corrente minoritária no pensamento jurídico contemporâneo, não se pode desmerecer a grande capacidade de Luhmann em sintetizar conceitos da matemática, lógica, biologia, da teoria cibernética e da teoria da comunicação, com o intuito de criar uma nova metodologia para a sociologia. A teoria de Luhmann é uma alternativa para as abordagens tradicionais.

Assim sendo, com este estudo achamos que conseguimos compreender como a tradição *Common Law* partilha de muitas das questões que Kelsen se propôs a responder, e como ela o influenciou. Além disso, graças a esse diálogo, chegamos a conclusão de que o normativismo kelseniano foi decisivo para o esclarecimento e desenvolvimento de um caminho de pensamento que já vinha sendo construído, mas que talvez se encontrasse cheio de entraves e mal entendidos.

REFERÊNCIAS

- AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- AUSTIN, John Langshaw. **Collected papers**. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- AUSTIN, John. **Province of jurisprudence determined and the uses of study of jurisprudence**. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1998.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoria del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.
- DUMMETT, Michael. **Origins of analytical philosophy**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- EDEL, Geert. The Hypothesis of the basic norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms**: critical perspectives on kelsenian themes. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 195-219.
- ENDICOTT, Timothy A. O. **Vagueness in law**. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- ENDICOTT, Timothy A. O. Law and language. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Org.). **The Oxford handbook of jurisprudence & Philosophy of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002. p. 935-968.
- GLOCK, Hans-Johann. **A Wittgenstein dictionary**. Oxford: Blackwell Publishers, 1996.
- GRAYLING, A. C. **Wittgenstein**. São Paulo: Loyola, 2002.
- GUASTINI, Ricardo. Normativism or the normative theory of legal science: some epistemological problems. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms**: critical perspectives on kelsenian themes. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 317-330.
- HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, H. L. A. A doutrina kelseniana da unidade do Direito. In: HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 348-385.
- HART, H. L. A. Kelsen visitado. In: HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 323-347.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HART, H. L. A. Realismo escandinavo. In: HART, H. L. A. (Org.). **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 181-191.

HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. The path of the law. In: BURTON, Steven J. (Org.). **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2000. p. 333-350.

KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. Berkeley: University of California Press, 1967.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. The pure theory of law, 'Labandism', and Neo-Kantism. A letter to Renato Treves. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 169-175.

KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41-76.

KING, Michael. Construção e demolição da heresia de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76-97.

KING, Michael. What's the use of Luhmann's theory? In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (Ed.). **Luhmann on law and politics: critical appraisals and applications**. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing, 2006. p. 37-52.

KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2005.

KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 129-149.

LOPES, José Reinaldo Lima. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (Org.). **Norma, moralidade, e interpretação: temas de filosofia política e do direito**. Porto Alegre: Linus, 2009. p. 43-80.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introdução a teoria dos sistemas: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate**. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Law as social system**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2004.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de linguagem: de Platão a Foucault**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAZ, Joseph. Kelsen's theory of the basic norm. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 47-67.

RAZ, Joseph. **The concept of a legal system: an introduction of the theory of legal system**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1980.

RAZ, Joseph. The purity of the pure theory of law. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 237-252.

RAZ, Joseph. Two views of the nature of the Theory of Law: a partial comparison. In: COLEMAN, J. (Ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the Concept of Law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2001. p. 1-37.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. (Org.). **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-47.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 11-40.

SALMON, Wesley C. **Lógica**. Rio de Janeiro: LTC, 2009.

SHAPIRO, Scott J. **The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed**. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/faculty/shapiropubs.htm>> Acesso em: 28 de março de 2012.

SHAPIRO, Scott J. **What is the internal point of view?** Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/faculty/shapiropubs.htm>> Acesso em: 03 de fev. 2012.

WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WINCH, Peter. **An idea of social science and its relation to philosophy**. London: Routledge, 1990.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. Oxford: Blackwell Publishing, 2009.