

O que é Positivismo Jurídico?¹

Was ist juristischer Positivismus?

¿Qué es el Positivismismo Jurídico?

Hans Kelsen

Professor de Direito Público da Universidade de Viena, Austria

Tradução Cristiano de Aguiar Portela Moita²

O positivismo jurídico deve ser diferenciado do positivismo filosófico; ainda assim, permanece em estreita relação com ele. Por positivismo filosófico se entende “aquela direção da filosofia e da ciência que parte do positivo, do dado, do apreensível; somente nesta ou a partir desta exata ‘descrição’, enxerga o objeto de pesquisa; afasta cada tipo de metafísica transcendental e deseja eliminar da ciência todos os conceitos de suprassensível, de forças, causas e até mesmo frequentemente de formas de pensamento apriorísticas (categorias)”¹. Por positivismo *jurídico* se entende aquela teoria do direito que apreende somente o direito positivo como “direito” e não deixa valer como “direito” quaisquer outras ordens sociais, mesmo quando elas são designadas como “direito” no uso cotidiano, como é particularmente o “direito natural”.

Com isso, surge a questão de como se há de entender a “positividade” do direito, isto é, sob quais condições a ciência pode considerar uma ordem social como direito “positivo”. A resposta a essa pergunta pressupõe um conceito de direito. Como direito se entende *aqui* uma ordem *normativa*, que procura provocar uma determinada conduta humana, que ela prescreve; e que, em caso de uma conduta contrária, a chamada conduta contrária ao direito², o “ilícito”³, deve proceder a um ato de coação como consequência do ilícito, a chamada sanção. Nesse sentido, o direito é uma ordem de coação normativa. Sua existência específica é sua *validade*. Como “ordem” normativa, o direito é um sistema de normas, dentro do qual se devem diferenciar normas gerais e individuais. Que uma norma geral “valha” significa que ela *deve* ser cumprida⁴ e, quando não cumprida, *deve* ser aplicada. Uma norma jurídica geral é “cumprida” com uma conduta contrária à conduta à qual esta norma jurídica liga uma sanção. A norma jurídica geral de uma ordem jurídica nacional, instituidora de órgãos que funcionem com tarefas repartidas, é “aplicada” quando a sanção estatuída pelo órgão legislativo é prescrita numa norma individual pelo órgão competente, o tribunal, e a sanção prescrita é executada pelo órgão administrativo competente, que assim cumpre a norma individual estabelecida⁵ pelo tribunal.

Se, no sentido do positivismo filosófico, objeto da ciência só pode ser o “dado”, e o dado – como Ernst Laas diz no seu trabalho “Idealismo e Positivismo”⁶ – são *fatos*, o postulado do positivismo filosófico não pode encontrar nenhuma ou pelo menos nenhuma direta aplicação em relação a normas jurídicas, porque normas

¹ Originalmente publicado pela Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG como Kelsen, Hans. *Was ist juristischer Positivismus?*, JuristenZeitung, 20. Jahrg., v. 20, nr. 15/16, 13 ago. 1965, p. 465-469. Devo fazer um agradecimento especial ao *Hans Kelsen-Institut* de Viena, que autorizou a publicação desta tradução. Os trechos em outras línguas que Kelsen utiliza (inglês, francês e latim) foram traduzidos. Os títulos de obras citadas no corpo do texto também foram, mas acompanhadas do título original em notas do tradutor (N.T.). Eventualmente, foram incluídas notas do tradutor para aclarar algumas opções de tradução. As opções pela italicização ou não de termos segue o texto original.

²   Assistente científico e doutorando no *Research Training Group “Normativity, Critique, Change”* – Universidade Livre de Berlim, Universidade Humboldt de Berlim, Universidade das Artes de Berlim, *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (DFG). *Visiting fellow* no Instituto *Lucernauris*, Universidade de Lucerna (2022). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2016) e graduação em Direito pela mesma universidade (2013). Graduando em Filosofia pela Universidade Humboldt de Berlim. Advogado. E-Mail: cristiano.moita@fu-berlin.de; cristiano_apm@hotmail.com.

³ EISLER, Rudolf. *Wörterbuch der philosophischen Begriffe* (N.T.: “Dicionário dos Conceitos Filosóficos”). 4 ed., v. 2, 1929, p. 474.

⁴ N.T.: *rechtswidrig*: a opção “contrária ao direito” engloba “ilegal”, “não conforme o direito”, “antijurídico” e, como Kelsen reconhece neste trecho, “ilícito” ou “antijurídico”.

⁵ N.T.: *Unrecht*: optou-se por “ilícito” (até certo ponto intercambiável com as opções acima correspondentes a *rechtswidrig*).

⁶ N.T.: *befolgt*: optou-se traduzir *befolgen* por “cumprir”, de resto, intercambiável com opções como “seguir”, “obedecer” ou “observar”.

⁷ N.T.: *gesetzte*: em determinados contextos, embora intercambiáveis, parece mais conveniente a substituição de “estabelecer” por “pôr”, sobretudo quando utilizados no participio, isto é, “estabelecido” e “posto”. A opção por uma ou por outra decorrerá de conveniências de tradução contextuais, o que ocorre, p. ex., no caso em que se discute o aspecto do positivismo de tratar de direito “posto” (cf. nota de rodapé 18).

⁸ v. I, Berlin 1899, p. 183. N.T.: no original: “Idealismus und Positivismus”.

jurídicas não são fatos, mas o *sentido* de fatos, precisamente o sentido de atos de vontade direcionados à conduta humana. Entretanto, a validade de uma ordem jurídica em geral e de uma norma jurídica individual em particular é condicionada por fatos. Com isso, tem-se de atentar que esses fatos, como fatos do *ser*, são só a *condição* da validade, não a validade, que é um *dever-ser*. Nisso, que a validade do direito é condicionada por esses fatos, consiste a *positividade do direito*.

Agora, quais são esses fatos?

São dois. Um é que o direito seja *posto* (*ius positivum*) por meio de atos qualificados numa determinada forma, o outro, que o direito deva ser *eficaz* num certo grau. Esse último é o *único* sentido em que se pode falar de uma “força normativa do fático”.

Do ponto de vista do positivismo jurídico, os atos por meio dos quais o direito é posto ou, como se diz figurativamente, “produzido”, precisam ser atos de *humanos*. Somente por meio de humanos o direito posto é direito positivo. Assim diz, por exemplo, o famoso católico filósofo da moral Viktor Cathrein, S. J., na sua obra “Filosofia da Moral”⁷, que o positivismo jurídico representaria a visão de que “todo direito se baseia em construção humana”; essa teoria veria “em toda a ordem jurídica uma criação puramente humana”. Normas, das quais se supõe que foram postas por meio de uma vontade sobre-humana, a vontade de uma divindade, não podem valer como normas jurídicas positivas. Entretanto, em termos de história linguística, a expressão “direito positivo” foi originalmente utilizada como “*ius positivum*” – surgida no século XII – para, em contraposição ao direito da natureza⁸, indicar normas que tiveram origem na legislação humana ou divina. Stephan Kuttner constata em um ensaio “Sobre as origens do termo ‘direito positivo’”⁹: “O termo ‘direito positivo’, noção fundamental da teoria do direito, não é de origem clássica [...] não é senão dos canonistas da Idade Média que se servem da palavra ‘*jus positivum*’ para estabelecer uma distinção entre a lei natural, de um lado, e, de outro, todas as leis cuja origem remonta a um ato legislativo, como por exemplo os comandos que Deus deu ao povo judeu pela boca de Moisés, ou as leis civis e os ‘cânones’”¹⁰. Segundo essa visão teológica – *não*, porém, no sentido do positivismo jurídico moderno –, os dez mandamentos formulados no segundo livro de Moisés, capítulo 20, são direito positivo. Mas também num escrito surgido recentemente: Paul Amselek, Método Fenomenológico e Teoria do Direito¹¹, contra a visão de que o direito positivo só poderia consistir em normas que são produzidas e aplicadas por humanos, é defendida a possibilidade de um direito positivo “sobre-humano”. Amselek diz: “Na realidade, este direito ‘sobre-humano’ é perfeitamente observável e conhecível a partir do momento em que ele é formado, em que ele é ‘revelado’ (exemplo: o direito mosaico, o direito islâmico, etc.). A teoria normativa não é fundada para pôr *a priori* em dúvida essa ‘revelação’”. Mas uma teoria do direito, como *ciência*, não pode compreender normas como sentido de um ato de vontade divino e descrevê-las como tais, porque ela não pode aceitar que a vontade de Deus, tão logo seja “revelada” por qualquer profeta, seja observável e conhecível. De resto, admite Amselek: “só após uma investigação histórica sobre a origem real das normas positivas observadas é que a teoria normativa justificará validamente a retomada da questão do fato religioso propriamente dito, no que ele concerne ao fenômeno normativo”; e diz: “que os homens fazem as normas jurídicas”¹². Não deveria uma *ciência* do direito levar em conta exclusivamente a origem *real* das normas jurídicas e ignorar especulações religiosas concernentes à origem do direito na vontade de uma divindade transcendente, que, de acordo com as mais diferentes religiões, é tão diferente e, do ponto de vista da ciência, não é observável ou conhecível?

No que diz respeito a normas jurídicas gerais, diferencia-se o direito *estatuído*¹³ do direito *costumeiro*. Direito *estatuído* são normas produzidas por atos humanos de vontade conscientemente direcionados ao estabelecimento de direito, ou seja, as normas são o sentido de tais atos. O ato é um *ser*, seu sentido é um *dever-ser*. Tal *estatuição* de direito¹⁴ só pode suceder dentro de uma comunidade que tenha órgãos que funcionem com tarefas repartidas,

⁷ Freiburg im Breisgau, 1901, v. 1, p. 525. N.T.: no original: “Moralphilosophie”.

⁸ N.T.: *Natur-Recht*. Em alemão, “direito natural” corresponde a “*Naturrecht*”. Aqui, Kelsen destaca, com um hífen, os substantivos “natureza” e “direito”, para realçar que direito positivo, originalmente, era aquele posto não só por humanos como também por divindades. A contraposição do direito positivo não era, assim, a um direito natural divino, mas a um direito decorrente da natureza.

⁹ N.T.: no original: “Sur les origines du terme, ‘droit positif’”.

¹⁰ Revue Historique de Droit Français et Étranger, série 4, ano 15, Paris 1936, p. 728.

¹¹ Paris 1964, p. 145. N.T.: no original: “Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit”.

¹² Op. cit., p. 422.

¹³ N.T.: *gesetztes Recht*: optou-se por traduzir por “estatuído”. De mais a mais, o direito *estatuído* guarda uma conexão semântica com o direito *posto*, estabelecido (cf. nota de rodapé 5). Neste mesmo parágrafo, Kelsen recorre a esta conexão.

¹⁴ N.T.: *Rechtssatzung*: forma composta que inverte a posição das palavras na expressão “direito *estatuído*” (cf. nota de rodapé 13). Neste caso, a ênfase em itálico é dada no ato de estatuir, isto é, na *estatuição*.

com pelo menos um líder ou um dirigente. Na monarquia absoluta, o estabelecimento de normas jurídicas gerais é função do monarca e dos órgãos autorizados por ele para tanto. Nas chamadas monarquias constitucionais e nos Estados organizados democraticamente, essa função de “legislação” é reservada a um órgão especial, que tem o caráter de uma corporação constituída por membros eleitos e que é designado como “parlamento”. Todavia, as normas jurídicas gerais podem ser editadas não só como “lei” como também, *com fundamento em leis*, como “regulamentos”: como regulamentos *de execução de leis*, de órgãos de governo e de administração; e, sob condições especiais definidas na Constituição, mas também excepcionalmente por órgãos de governo, como regulamentos que *substituem leis*.

Normas jurídicas gerais também são produzidas pela via do *costume*. Elas formam o chamado direito costumeiro, que desempenha o papel principal nas comunidades jurídicas primitivas, mas que também é de grande significado nas comunidades jurídicas tecnicamente desenvolvidas. O fato constitutivo do costume produtor de direito consiste em que, por bastante tempo, humanos pertencentes a comunidades jurídicas, sob determinadas e iguais condições, comportam-se de determinado e igual modo, e até compartilhando da opinião de assim deverem se comportar (opinio necessitatis). Quando humanos, que convivem socialmente, comportam-se de determinado e igual modo, por determinado tempo e sob determinadas e iguais condições, assim surge, em cada indivíduo, a vontade de que se *deve* comportar-se assim. Isso é a base psicológica do direito costumeiro. Como com isso o direito costumeiro também pode ser compreendido como sentido de atos de vontade, pode-se designar o positivismo, em determinado sentido, como “voluntarismo”¹⁵.

A existência de um costume produtor de direito deve ser constatada por um órgão competente, que é principalmente o órgão jurisdicional, para a aplicação do direito costumeiro. Como essa constatação é constitutiva, às vezes se supõe que o direito costumeiro é criado por tribunais. Para a positividade do direito costumeiro, essa questão é de nenhuma importância porque, independentemente da resposta que se dê, trata-se de um direito produzido por atos humanos.

O estabelecimento de normas jurídicas individuais é a função específica dos tribunais. Ao decidirem um caso concreto aplicando uma norma jurídica geral, esta decisão é uma norma jurídica individual: a individualização ou concretização da norma jurídica geral aplicada. Mas também quando eles – para tanto competentes – decidem com plena discricionariedade, sua decisão tem o caráter de uma norma jurídica individual, seja decidindo que – em última instância – um ato de coação deva ser estabelecido ou – quando o réu é absolvido ou quando a acusação é rejeitada – nenhum ato de coação deva suceder. Também a assim chamada sentença declarativa é de natureza normativa quando prescreve que um fato controverso deva ser visto como existente ou como não existente. Os órgãos do governo ou da administração também podem ser competentes para o estabelecimento de normas jurídicas individuais, desde que o não cumprimento de seus comandos tenha sanções como consequência. Por isso, já perdura muito a famosa fórmula do jurista americano e antigo membro da Suprema Corte, Oliver Wendell Holmes: “As profecias do que as cortes farão de fato, e nada mais pretensioso, são o que eu quero dizer por ‘direito’”¹⁶. Isso vale também para a tese de outro teórico do direito americano, John Chipman Gray: “Todo o direito é direito feito por juízes”¹⁷.

Por vezes – no que concerne ao sentido da palavra “positivo” – a essência do positivismo jurídico é vista apenas no fato de que suas normas devem ser “postas”¹⁸. Assim, por exemplo, Johannes Hoffmeister, no seu Dicionário dos Conceitos Filosóficos¹⁹, define “positivismo jurídico” como “identificação do direito com o assim chamado direito positivo, dado nas leis, estatutos etc.”. Assim também detalha Adolf Merkel na sua muito influente Enciclopédia Jurídica²⁰: “É ao primado da vontade no direito que se faz referência quando se trata da ‘positividade’ ou da ‘natureza positiva’ do direito. Expressamos com isso que suas determinações têm pretensão de validade como expressões de uma determinada vontade, independentemente de os juízos nela contidos estarem precisamente em conformidade com nossas convicções; [mas ele acrescenta:] ao mesmo tempo, porém, que não há problema nisso, porque a existência dessa vontade nem pode ser desconsiderada nem pode em todo lugar estar em conformidade

¹⁵ Cf. *Ismail Nihat Erim*, *Le Positivisme Juridique et le Droit International* (N.T.: “O Positivismo Jurídico e o Direito Internacional”), Paris 1939, p. 64.

¹⁶ *Justice Holmes*, “The Path of the Law” (N.T.: “O Caminho do Direito”), *Harvard Law Review*, v. X, 1897, p. 460.

¹⁷ *John Chipman Gray*, *The Nature and Sources of the Law* (N.T.: “A Natureza e as Fontes do Direito”), 2. ed. 1927.

¹⁸ N.T.: cf. nota de rodapé 5.

¹⁹ 2 ed., Hamburg 1955. N.T.: no original: “Wörterbuch der philosophischen Begriffe”.

²⁰ 2 ed., Berlin 1900, p. 31, §59.

com a verdade e a justiça ou com as opiniões existentes sobre aquilo que deve acontecer.”. Ainda assim, ele não vai tão longe a ponto de reconhecer a eficácia como uma condição da validade. Também W. Friedmann, que faz a distinção na sua obra “Teoria do Direito”²¹ entre “positivismo analítico” e “funcional”, diz de cada: “O primeiro toma as normas jurídicas básicas – conforme postas pelo legislador – como dadas e concentra-se na análise de conceitos jurídicos e relações baseando-se numa estrita divisão entre ‘ser’ e ‘dever-ser’”. Mas o mais importante representante do positivismo analítico, John Austin, diz, nas suas famosas “Conferências sobre Jurisprudência ou Filosofia do Direito Positivo”²²: “Todo direito positivo, ou todo direito, simplesmente e estritamente assim chamado, é posto por uma pessoa soberana ou um corpo soberano de pessoas, para um número de membros da sociedade política independente em que essa pessoa ou esse corpo de pessoas é soberano ou supremo”. Mas ele caracteriza o conceito de “soberania”: “as noções de soberania e sociedade política independente podem ser expressas concisamente assim – Se um superior humano *determinado* ... recebe obediência *habitual* da *maioria* de uma dada sociedade, esse determinado superior é soberano nessa sociedade e a sociedade (incluindo o superior) é uma sociedade politicamente independente”. E num adendo posterior diz ele: “todo direito propriamente dito é posto por um superior para um inferior ou inferiores: ele é posto por um grupo armado com poder para um grupo ou a grupos que esse poder pode alcançar. Se o grupo para quem é posto não puder ser atingido pelo poder de seu autor, esse autor significaria para o grupo um desejo ou uma aspiração, mas não importaria no grupo um direito próprio e imperativo”²³. A “obediência habitual” é a eficácia do direito.

Na amplamente difundida teoria do *reconhecimento*, especialmente representada por Bierling²⁴ – essa é a teoria de que a validade do direito repousaria no seu reconhecimento por parte dos sujeitos de direito –, o postulado da eficácia do direito está implicado, porque o reconhecimento do direito é expresso, essencialmente, por ser cumprido ou aplicado. Mas deve ser citado sobretudo o alemão filósofo do direito Gustav Radbruch, que escreve em sua “Introdução à Ciência do Direito”²⁵: “Hoje, é comumente reconhecido que não existe algo diferente do direito ‘estatuído’, ‘positivo’. Porém, se é suficiente a determinação do direito estatuído para resolver o conflito de visões jurídicas contrapostas por meio de uma decisão de poder autoritativa, então o estabelecimento do direito deve conter uma vontade cuja execução seja possível impor em face de cada visão jurídica conflitante: a vontade da sociedade, expressa no direito costumeiro; a do Estado, expressa na lei. Também cada comando jurídico individual da sociedade ou do Estado só pode ser visto como direito ‘válido’ caso ele não ‘fique só no papel’, mas tenha se tornado regra da vida, ainda que excepcionalmente quebrada por atos contrários. Somente isso, mas também tudo que a vontade atuante determina e executa para estabelecer o direito, é direito válido.”.

Um dos principais teóricos do direito francês, Gaston Jèze, chega até mesmo a ver na eficácia do direito nacional seu critério essencial. Ele define: “O Direito de um país é um conjunto de regras – que se julgam boas ou más, úteis ou nefastas – que, num dado momento, num dado país, são *efetivamente* aplicadas pelos *praticantes* e pelos *tribunais*”²⁶.

Eficácia do direito é uma *condição* de sua validade, mas não – como, por exemplo, está implicado na teoria do reconhecimento de Bierling – o *fundamento* de sua validade²⁷. *Fundamento* de validade de uma norma não pode ser sua eficácia, um fato do ser, mas só pode ser novamente uma norma do dever-ser. Porque do ser não pode se seguir nenhum dever-ser, assim como do dever-ser, nenhum ser. A norma, que é o fundamento de validade de outra norma, porque regula sua produção ou predetermina seu conteúdo ao proibir ou prescrever o estabelecimento

²¹ Toronto 1960, p. 34. N.T.: no original: “Legal Theory”.

²² ed., London 1869, v. I, p. 225, 226. N.T.: no original: “Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law”.

²³ Op. cit., p. 340.

²⁴ *Ernst Rudolf Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe (N.T.: “Para a Crítica dos Conceitos Jurídicos Fundamentais”), parte 1, Gotha 1877, p. 7, 8, 20, 28/29, 47, 82.

²⁵ Wissenschaft und Bildung, 79/79a, Leipzig 1925, p. 33 e seg. N.T.: no original: “Einführung in die Rechtswissenschaft”.

²⁶ *Gaston Jèze*, Les principes Généraux du Droit Administratif (N.T.: “Os Princípios Gerais do Direito Administrativo”), 3 ed., Paris 1925, p. VIII. *Rudolf Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft (N.T.: “Teoria da Ciência do Direito”), Halle a. d. S., 1911, diz na p. 117: “Quanto à validade do direito, é a categoria da *realidade* que convém para a representação de um conteúdo jurídico específico.” “A validade de um direito é a possibilidade de sua execução”. Ai ele acentua que “a *validade* de uma determinada vontade estabelecida não é a realização fática dessa vontade, mas a *capacidade* de também executá-la realmente em dada situação”. Mas essa “capacidade” ou “possibilidade” exprime somente que o direito é faticamente executado. A questão de se uma das normas jurídicas estabelecidas pelo legislador tem a capacidade ou a possibilidade de ser executada só pode ser respondida quando se constatou que ela foi faticamente executada.

²⁷ Assim diz, por exemplo, *Erwin Riezler*, “Der totgesagte Positivismus” (N.T.: “O Positivismo Declarado Morto”), In: Naturrecht oder Rechtspositivismus (N.T.: “Direito Natural e Positivismo Jurídico”), Werner Maihofer (ed.), 1962, p. 241: “O que caracteriza o positivismo não é sua produção a partir de um determinado tipo de fonte de direito, muito menos uma rígida vinculação às letras da lei, mas a ligação de suas normas com seu *reconhecimento*. Desse reconhecimento e *somente* dele retira o direito positivo sua força de validade fática.”.

de normas com certo conteúdo, é a mais superior em relação a uma norma inferior. Isso conduz à *construção escalonada* do ordenamento jurídico, formulada em minha “Teoria Pura do Direito”, e à teoria da *norma fundamental*²⁸. Também não é supérfluo acentuar com ênfase que a eficácia do direito não é sua validade. Que o direito “valha” significa que ele *deve* ser cumprido ou aplicado; que ele é eficaz significa que ele é cumprido ou aplicado. É que de um ponto de vista filosófico e sociológico, muitas vezes “validade” e “eficácia” são até mesmo identificadas. Assim diz Oswald Külpe em suas “Conferências sobre Lógica”²⁹: “Validade só pode ser atribuída a uma norma enquanto ela for reconhecida ou cumprida [...] Independente de toda realização, só se pode atribuir vinculatividade, vinculatividade geral, não validade.”. Ele acrescenta: “Essa vinculatividade, porém, provém do reconhecimento dos objetivos da consciência que estabelece e que quer”, com o que ele realça de novo a diferença fundamental entre “validade” e “vinculatividade”. O mais significativo sociólogo alemão, Max Weber, diz em seu ensaio “Sobre Algumas Categorias da Sociologia Compreensiva”³⁰: uma validade empírica de uma ordem é “o fato: de que a ação, por meio de uma orientação de sentido, seja orientada para esse sentido (subjetivamente apreendido) e seja por ele influenciado [...] Como expressão normal da ‘validade’ empírica de uma ordem, veremos, todavia, obviamente a possibilidade do seu ‘ser cumprido’”.

Quando eficácia é afirmada como condição da validade do direito, não é para se entender que só direito eficaz é cumprido ou aplicado. Quando um tribunal aplica uma norma jurídica estatuída imediatamente antes numa lei, aplica ele uma norma jurídica válida, mas ainda não tornada eficaz. Eficácia não é, portanto, um elemento do *conceito de direito positivo*. Ela é uma condição, postulada do *princípio do positivismo jurídico*, de sua validade; e até mesmo no sentido de que – desde que se trate de direito estatuído – uma única norma jurídica e uma ordem jurídica como um todo, para permanecer com validade, devem *ser* eficazes, e que elas *perdem* sua validade se perderem sua eficácia. Isso fica especialmente mais nítido quando uma constituição, pela via de uma revolução, portanto não no modo por ela mesma prescrito, perdeu sua validade, ou seja, perdeu sua eficácia e, com isso, sua validade³¹. Também não se tem de entender a exigência da eficácia no sentido de que o direito, para valer, sempre deva ser cumprido e, quando não cumprido, sempre aplicado; tem-se de entender somente que o direito em geral, em regra, deve ser cumprido, e, quando não cumprido, aplicado. Quando se trata de saber a quantidade de casos em que uma norma jurídica não deva ser cumprida ou aplicada para que não seja mais vista como válida, não pode a ciência do direito determinar. Isso é deixado para os órgãos competentes para a aplicação do direito decidirem. Com isso há de se atentar que o segundo fato mencionado, o *ser aplicado*, permanece em primeiro plano. Pode-se até aceitar que uma norma jurídica, mesmo que nunca tenha sido cumprida, mas, por outro lado, tenha sido em regra aplicada pelos tribunais, seja vista como válida. Essa é a consequência do fato de que o direito é compreendido como uma ordem normativa que estatui atos de coação como sanções, e essas sanções são ordenadas e executadas na aplicação do direito.

Que a eficácia do direito é, nesse sentido determinado, uma condição de validade do direito, é o próprio sentido da suposição de que entre *direito e poder* constitui-se uma relação essencial, que, como se costuma expressar, “atrás” do direito deve estar um poder que o impõe. Na maioria das vezes, esse poder é visto como o Estado. Assim diz, por exemplo, Ernst Forsthoff³²: “O positivismo pressupõe que o direito esteja à disposição do Estado. Ele permanece em estreita conexão com a soberania estatal, porque a competência do Estado para estabelecimento do direito é decorrência de sua soberania como poder mais elevado.”. Mas o Estado é ele mesmo uma ordem de conduta humana, e como ordem ele só pode ser a ordem jurídica. Concebido como pessoa, ele é apenas a personificação dessa ordem que constitui uma comunidade. Seu “poder” não é nada mais que a eficácia dessa ordem. Que é necessário um poder imposto pelo direito significa que os atos de coação estatuídos nas normas jurídicas sejam executados, que essas normas jurídicas sejam eficazes. Isso se mostra muito claramente quando o princípio de que o direito não vale sem poder encontra aplicação também no direito internacional positivo, o qual representa uma ordem jurídica ou constitui uma comunidade de Estados que não é designada como “Estado” soberano.

²⁸ Cf. Reine Rechtslehre (N.T.: “Teoria Pura do Direito”), 2 ed., pp. 204, 210, 228 e ss., 283, 287, 324 e seg., assim como pp. 8, 17, 32, 46 e seg., 51, 54, 110, 196 e ss., 202 e ss., 208 e seg. 214-219, 221 e seg., 224 e seg. 228 e seg., 232 e ss., 239, 339, 364, 404, 443.

²⁹ Leipzig 1923, p. 120. N.T.: no original: “Vorlesungen über Logik”.

³⁰ Logos, v. IV, 1913, p. 269. N.T.: no original: “Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie”.

³¹ Cf. minha Reine Rechtslehre (N.T.: “Teoria Pura do Direito”), 2 ed., p. 212 e ss.

³² Ernst Forsthoff, Zum Problem der Rechtserneuerung (N.T.: “Sobre o Problema da Renovação do Direito”), In: Naturrecht oder Rechtspositivismus (N.T.: “Direito Natural e Positivismo Jurídico”), Werner Maihofer (ed.), 1962, p. 74.

A consequência mais essencial do positivismo jurídico é *separar o direito da moral* e por isso também do chamado *direito natural*, parte fundamental da moral, que é visto como metafísica do direito e que não é posto por meio de atos humanos de vontade, mas que pode – segundo a doutrina do direito natural – ser deduzido da natureza; o que todavia seria possível só sob a suposição teológica de que a vontade de deus se manifesta na natureza criada por deus³³. Separar o direito da moral não significa naturalmente – como frequentemente é mal entendido – a recusa da exigência de que o direito corresponda à moral e especialmente à norma moral da *justiça*, de que o direito deva ser justo. Mas quando essa exigência é posta, é preciso estar consciente de que existem vários diferentes sistemas morais que estão em conflito entre si e que, por isso, existem vários diferentes ideais de justiça que estão em conflito entre si – por exemplo, o do liberalismo capitalista e o do socialismo –; que uma ordem jurídica positiva corresponda a uma ideal de justiça pode, todavia, ao mesmo tempo, contrariar um outro ideal de justiça; e que a validade do direito positivo é independente, em geral, da sua relação com a moral e, em especial, do ideal de justiça. Por isso, a variegada visão segundo a qual a essência do direito seria realizar a ideia de justiça é incompatível com o positivismo jurídico; mesmo quando essa exigência é reduzida, no sentido de que seria só um *mínimo* da moral ou da justiça que a autoridade que estabelece o direito teria que respeitar.

Igualmente incompatível com o positivismo jurídico é a visão de que uma norma jurídica só poderia obrigar quando ela for moral³⁴. Essa visão acaba sendo a abolição da cisão entre direito e moral, essencial ao positivismo jurídico. Do ponto de vista do positivismo jurídico, uma determinada conduta é conteúdo de uma obrigação jurídica quando a conduta contrária é condição de uma sanção. Normas jurídicas produzidas pela via da legislação ou costume podem ligar a qualquer conduta uma sanção.

Outra consequência do positivismo jurídico é que um direito positivo, que institui órgãos que funcionam com tarefas repartidas, especialmente órgãos criadores de leis e aplicadores de leis, corresponde mais ou menos à exigência político-jurídica da *previsibilidade* das decisões jurídicas e, com ela ligada, à exigência da *segurança jurídica*. Na medida em que somente as normas jurídicas gerais, estabelecidas via legislação e regulamentação e *publicadas*, podem ser aplicadas em casos concretos, pode o sujeito de direito prever mais ou menos as consequências jurídicas de sua conduta e, assim, moldá-la de tal modo a evitar o ilícito e suas consequências, contidas nas sanções estatuídas nas normas jurídicas gerais. Isso só é possível até certo grau: porque normas jurídicas gerais nunca podem predeterminar completamente o estabelecimento de normas jurídicas individuais pelos órgãos de aplicação do direito; porque sempre deve existir uma discricionariedade mais ou menos ampla desses órgãos; e, principalmente, uma norma geral expressa em linguagem humana quase sempre permite diversas interpretações. Por isso, não é correto que o positivismo jurídico – como Hoffmeister afirma³⁵ – faz do juiz uma “máquina de subsunção”, “cuja atividade esgota-se numa operação lógico-formal – a subsunção de um estado de coisas da vida na hipótese fática, prevista e determinada rigidamente na norma legal”.

É de grande significado que o positivismo jurídico seja ligado à suposição de que uma ordem jurídica positiva pode ser aplicada em cada caso submetido à decisão de um tribunal; de que, *nesse sentido*, não haveria lacunas no direito. Na medida em que o tribunal tem de aplicar normas gerais produzidas por meio de leis ou de costumes, ele deve, segundo o direito positivo válido, caso nenhuma norma retirada da lei ou do costume valha, por meio da qual uma obrigação jurídica seja constituída e que, de acordo com o acusador ou o demandante, tenha sido violada num caso concreto, absolver o acusado ou rejeitar a demanda. Também tal decisão é aplicação do direito, mesmo que não seja aplicação de uma norma jurídica determinada. A falta de uma norma jurídica, que constitui a obrigação jurídica em questão, pode ser tida, de um ponto de vista moral e político-jurídico, por indesejável. Mas ela não exime o tribunal de uma decisão aplicadora do direito. Mas também quando o tribunal, competente por lei ou por costume, pode decidir um caso com plena discricionariedade, como quando ele considera inadequada a aplicação de uma norma geral a esse caso referido – e isso só é admitido com base numa competência legal ou costumeira –,

³³ Cf. meu ensaio “Die Grundlage der Naturrechtslehre” (N.T.: “A Base da Teoria do Direito Natural”), *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, v. XIII, 1963.

³⁴ Essa visão é representada por *Hans Wezel*, “Naturrecht und Rechtspositivismus” (N.T.: “Direito Natural e Positivismo Jurídico”), *In: Festschrift für Hans Niedermeyer*, Göttingen, 1953, p. 293. Wezel afirma que haveria “obrigações jurídicas somente enquanto obrigações morais”. Esse princípio seria um “obstáculo” ao positivismo jurídico, que nenhuma ordem estatal poderia superar “sem se tornar imediatamente inválida e não vinculante”. Esse princípio não é, porém, um obstáculo, mas a abolição do positivismo jurídico. Que uma conduta seja moral ou imoral é um juízo de valor moral, que pode calhar de ser bastante diverso. Se esse juízo de valor cabe a cada sujeito, como Wezel supõe ao afirmar o princípio da “autonomia moral do próximo”, pode cada sujeito de direito abolir a validade do direito para si com o fundamento de que a obrigação jurídica a ele imposta não seria moral.

³⁵ Op. cit. (nota de rodapé 19), p. 479.

existe também nesse caso, porque o tribunal faz uso de uma competência conferida pelo direito positivo, aplicação de direito. Finalmente é de se atentar que, de acordo com um princípio estatuído legal ou costumeiramente, uma decisão judicial transita em julgado e, por isso, não pode mais ser contestada sob o fundamento de que ela não corresponde a uma norma jurídica geral válida ou de que o tribunal não era competente para decidir com plena discricionariedade. A possibilidade de um tribunal não poder aplicar o direito válido a um caso que lhe é submetido é assim excluída.

O positivismo jurídico não conduz – como Radbruch afirma³⁶ – à substituição da filosofia do direito por uma teoria geral do direito, a uma “eutanasia da filosofia do direito”, mas a uma repartição de tarefas entre as duas. A teoria geral do direito tem de descrever o direito positivo sem qualquer valoração do mesmo, como ele é, não como ele deveria ser; e ela tem de definir os conceitos necessários para essa descrição objetiva. Ela é, como Radbruch – com injustiça – a acusa, “cega a valores”. Mas isso ela deve – como *ciência* – ser. Isso não significa que o *direito* não tenha nada a ver com valor. A norma do direito constitui, como cada norma que descreve uma conduta como *devida*, um valor, o específico valor jurídico. Os juízos de que uma conduta é conforme o direito ou uma conduta é contrária ao direito são juízos de valor. Mas, na medida em que a teoria geral do direito constata a função das normas jurídicas de constituir valor, ela não valora essa função. Uma tal valoração, que é resposta às perguntas de como o direito deve ser, o que o direito correto e justo é, é reservada à filosofia do direito, que com isso desempenha uma função da *política* do direito e que, como existem diferentes ideais de justiça, pode assim chegar aos mais diferentes resultados.

Referências

- AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law**. 3 ed. Londres: John Murray, 1869. v.1.
- AMSELEK, Paul. **Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964.
- BIERLING, Ernst Rudolf. **Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe**. Gotha: F. A. Perthes, 1877. Parte 1.
- CATHREIN SJ, Viktor. **Moralphilosophie**. Freiburg im Breisgau: Herdersche Verlagshandlung, 1901. v.1.
- EISLER, Rudolf. **Wörterbuch der philosophischen Begriffe**. 4 ed. Berlim: Mittler, 1929. v.2.
- ERIM, Ismail Nihat. **Le Positivisme Juridique et le Droit International**. Paris: Recueil Serie, 1939.
- FORSTHOFF, Ernst. Zum Problem der Rechtserneuerung. *In*: MAIHOFER, Werner (org.). **Naturrecht oder rechtspositivismus?** Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962. p. 73-86.
- FRIEDMAN, W. **Legal Theory**. Toronto: Stevens and Sons Limited, 1960.
- GRAY, John Chipman. **The Nature and Sources of the Law**. 2. ed. Nova York: The Macmillan Company, 1927.
- HOFFMEISTER, Johannes. **Wörterbuch der philosophischen Begriffe**. 2 ed. Hamburgo: Felix Meiner, 1955.
- HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, [s. l], v.10, n.8, p.457-478, Mar. 1897.
- JÈZE, Gaston. **Les principes Généraux du Droit Administratif**. 3 ed. Paris: Dalloz, 1925.
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2 ed. Viena: Mohr Siebeck, 1960.
- KÜLPE, Oswald. **Vorlesung über Logik**. Leipzig: S. Hirzel, 1923.
- KUTTNER, Stephan. Sur les origines du terme ‘droit positif’. **Revue Historique de Droit Français et Étranger**, Paris, série 4, ano 15, p. 728-740, 1936.

³⁶ Rechtsphilosophie (N.T.: “Filosofia do Direito”), 3 ed., Leipzig 1932, p. 21.

LAAS, Ernst. **Idealismus und Positivismus**. Berlin: Weidmann, 1899. v.1.

MERKEL, Adolf. **Juristischen Encyclopädie**. 2 ed. Berlin: J. Guttentag, 1900.

RADBRUCH, Gustav. **Wissenschaft und Bildung**: Einzeldarstellungen aus allen Gebieten des Wissens. 79/79a. Leipzig: Quelle & Meyer, 1925.

RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie**. 3. ed. Leipzig: Verlag von Quelle Meyer, 1932.

RIEZLER, Erwin. Der totgesagte Positivismus. *In*: MAIHOFER, Werner (org.). **Naturrecht oder Rechtspositivismus**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962. p.239-256.

STAMMLER, Rudolf. **Theorie der Rechtswissenschaft**. Halle a. d. S.: Buchhandlung des Waisenhauses, 1911.

WEBER, Max. Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie. **Logos – Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur**, [s. l.], v. 4, n. 3, p. 253-294, 1913.

WEZEL, Hans. Naturrecht und Rechtspositivismus. *In*: **FESTSCHRIFT FÜR Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag**, Göttingen: Schwartz, 1953, p. 279-284.

Como citar:

KELSEN, Hans. O que é Positivismo Jurídico? Tradução Cristiano de Aguiar Portela Moita. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 28, n. 4, p. 1-8, out./dez. 2023.

Endereço para correspondência

Cristiano de Aguiar Portela Moita

E-Mail: cristiano.moita@fu-berlin.de; cristiano_apm@hotmail.com



Recebido em: 16.01.2022
Aceito em: 30.06.2023