

O dever de obedecer ao direito na teoria de Hans Kelsen

The duty to obey the law in the theory of Hans Kelsen

Fernando José Armando Ribeiro*

Resumo

A obrigação política é aquela que surge no contexto de Estados de Direito e cujo objeto consiste em estabelecer as relações entre o Estado e seus cidadãos, e o dever de obedecer à lei. Considerando-se o fundamento consensual e dialógico do Direito contemporâneo, estabelecido por um acordo racional sobre valores sociais determinados num dado momento histórico, e consubstanciados em um documento fundamental, o caráter imperativo das leis não pode ser visto senão como um dever *prima facie*. O problema de saber qual o fundamento da obrigação jurídica (obrigação *prima facie*) é um dos temas mais clássicos e debatidos na seara da Filosofia do Direito e da Teoria Política. Não há sequer uma escola de importância no pensamento jurídico-político que sobre ele não se tenha debruçado. O neopositivismo lógico de Hans Kelsen parece ser, antes de tudo, uma tentativa de resposta a esse problema, buscando resgatar, sob o manto de um rigoroso discurso científico, a autonomia do Direito na ordem do saber humano, e sua possível compatibilidade com o paradigma da ciência de seu tempo. Na busca por essa resposta, muitas são as contribuições que ele nos trouxe a reboque. Nosso estudo pretende analisar o fundamento da obrigação política em Hans Kelsen, partindo da análise de seu pensamento a respeito da coerção. Aí se poderá constatar, com cristalina evidência, o rigor e a importância de seu discurso científico, mas também os limites de sua abordagem, quando trazida à luz de outros pressupostos, possíveis e necessários, na compreensão do fenômeno jurídico.

Palavras-chave: Obrigação política. Dever. Lei. Kelsen. Coerção.

* Fernando José Armando Ribeiro: Doutor em Direito (UFMG); Pós-doutor pela Universidade da Califórnia – Berkeley (USA); Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas); Belo Horizonte – Minas Gerais – Brasil. Email: fernandoarmandoribeiro@gmail.com

Abstract

The political obligation is the one that arises in the context of rule of law and whose object is to establish relations between the state and its citizens, and the duty to obey the law. However, considering the consensual and dialogical basis of contemporary law, established by a rational agreement on certain social values in a given historical moment, and embodied in a fundamental document, the imperative character of law cannot be regarded as more than a prima facie duty. The problem about the foundations of legal obligation (prima facie obligation) is one of the most traditional and debated on legal and political philosophy. There's not even one single school in legal and political thought that has not reflected about this subject. The neo-logical positivism of Hans Kelsen seems to be, above all, an attempt to address this issue, seeking to recover, under the cloak of a rigorous scientific discourse, the autonomy of law in the order of human knowledge, in order to make it compatible with the paradigm of science of his time. Our study aims to analyze the basis of political obligation according to Hans Kelsen, based on his analysis about coercion. Then we will see, with sober evidence, the accuracy and importance of his scientific discourse, but in the other way the limits of his approach, when brought to light of different assumptions, possible and necessary in understanding the legal phenomenon.

Keywords: *Political obligation. Duty. Law. Kelsen. Coercion.*

Introdução

O problema da obediência à lei traz em seu bojo a questão da hierarquização e estratificação de condutas impostas à sociedade pelo ordenamento estatal. Às normas estatais deve-se seguir uma atitude que se manifeste em conformidade com o dever e a obrigação imperativamente prescritos. Antes de tudo, é preciso estar ciente da dificuldade conceitual apresentada pela ideia de obrigação, a qual se apresenta sempre destituída de clareza. Isso se deve ao fato de que, tanto na linguagem filosófica quanto na jurídica, é comum a utilização indiscriminada das expressões dever e obrigação.

Dever e obrigação são, de fato, utilizados usualmente para estabelecer quais são as condutas às quais os homens se encontram

vinculados. Ademais, o uso indiscriminado das expressões se faz igualmente favorecido no âmbito jurídico, visto que os Estados Modernos passam a instituir, indiscriminadamente, “deveres” e “obrigações” com o fim de gerar certas condutas, sendo também facultado aos indivíduos, em certas ocasiões, modificá-los, transferi-los e extingui-los.

Todavia, parece-nos que, diante da obra de autores como Herbert Lionel Adolphus Hart (1958;1994), John Rawls (2000) ou Rex Martin (1993), deve-se buscar manejar com mais cuidado os conceitos de dever e obrigação.

As obrigações nascem como consequência de atos voluntários e necessitam, para sua gênese, de especiais ações individuais destinadas à sua criação, fazendo com que, tanto no âmbito da moral como do direito, uma conduta previamente opcional e relativa perca, ao menos em princípio, sua relatividade (como, p. ex., se dá com as promessas). As obrigações são interpessoais, vale dizer, são requisições dirigidas a pessoas determinadas (os obrigados) por pessoas também determinadas (os titulares dos direitos), sendo seu conteúdo perfeitamente individualizado. Ademais, além de se correlacionarem com seu respectivo direito, as obrigações não se originam do caráter ou do conteúdo das ações obrigatórias, mas tão somente da particular forma pela qual as partes se relacionam.

Assim, cabe afirmar que as obrigações nascem como consequência de atos voluntários, e, especialmente, de ações individuais, como uma promessa. As obrigações possuem caráter interpessoal. Vale dizer, são dirigidas a pessoas determinadas por pessoas também determinadas. Trazendo a lição imorredoura dos romanos, há que observar que cada obrigação se correlaciona com seu respectivo direito, como o verso e anverso da mesma moeda.

No que tange aos deveres, faz-se mister assinalar que a palavra “dever” é utilizada como referência a prescrições morais relacionadas a certos papéis e funções que os indivíduos podem chegar a cumprir. Se alguns deveres (como, v.g., os “deveres institucionais”) surgem de um acordo de vontades criador (o que resulta de sua “convenção constitutiva”), cabe assinalar que nem todo dever posicional tem sua

origem em um esquema proposicional de vontades. Tal é o caso de uma mulher que adquire o papel de mãe contra sua vontade (como pela gravidez indesejada etc.), ou o papel de um indivíduo como filho – tendo em vista o fato de que o nascimento não é, definitivamente, obra da sua vontade –, e que se vê abrangido por uma série de deveres para com determinadas pessoas (como seus pais), decorrentes tão somente de seu papel de filho.

A obrigação política é a obrigação que o indivíduo deve ao Estado e que o Estado deve ao indivíduo, a qual pressupõe o compromisso de obediência a toda uma série de obrigações ulteriores derivadas, sem que seja necessariamente requerido um consenso prévio a cada caso. Pelo simples fato de pertencermos a um Estado, adquirimos uma obrigação de obediência a suas leis, sendo que apenas em uma sociedade livre e aberta se pode, rigorosamente, falar de uma obrigação política. Como assevera Passerin D'Entreves (1976, p. 31-33), a liberdade é condição essencial da obrigação política.

Temos, assim, a obrigação política, cujo objeto consiste em estabelecer as relações entre o Estado e seus cidadãos, e o dever de obedecer à lei, cuja essência reside em poder determinar quando e em que circunstâncias deve uma pessoa atuar em conformidade com os comportamentos socialmente regrados.

No que tange ao dever de obediência à lei, decorrente da obrigação jurídica estabelecida no seio de um Estado Constitucional Democrático, pode-se certamente afirmar tratar-se de uma autêntico dever *prima facie*. Vale dizer, considerando-se o fundamento consensual e dialógico do Direito contemporâneo, estabelecido por um acordo racional sobre valores sociais determinados num dado momento histórico e consubstanciados em um documento fundamental, o caráter imperativo das leis não pode ser visto senão como um dever *prima facie*. Isso porque, se por um lado, os vetores da segurança e da ordem sociais exigem tal pressuposição, de outra parte, o vetor do justo (ainda que formal) – em um Estado Constitucional Democrático – impõe a manutenção da perene possibilidade de sua contestação face a outros

valores consagrados, tendo em vista que a concorrência de valores é própria do pluralismo característico de tais Estados.

O consentimento acerca dos valores fundamentais de uma sociedade, formalizados mediante o pacto constitucional, constitui, na verdade, o maior esforço já realizado na tentativa de justificar a moralidade do acatamento à lei, baseando-o, essencialmente, na vontade racional dos indivíduos. Assim, o estar sob o “império do Direito” não pode ser considerado óbice à afirmação da liberdade humana, desde que não se perca de vista que as limitações à sua ação foram estabelecidas com a concorrência de sua própria vontade.

Naturalmente, a justificação jurídica da obrigação jurídica (dever de obedecer à lei) se verifica mediante a simples observância de seu caráter imperativo. Como diz Mata Machado (1995, p. 42), “mandando dar a cada um o que lhe é devido, a regra atribui alguma coisa a alguém: é seu caráter atributivo. A regra de direito tem uma feição imperativo-atributiva”. Entretanto, o dever a que nos referimos e sobre o qual aduzimos nossos questionamentos é aquele de fundamentação ético-normativa, vale dizer, o que estabelece qual o fundamento último a justificar nosso comportamento frente a disposições estatais.

O problema de saber qual o fundamento da obrigação jurídica (obrigação *prima facie*) é um dos temas mais clássicos e debatidos na seara da Filosofia do Direito. Não há sequer uma escola de importância no pensamento jurídico-político que sobre ele não se tenha debruçado. Seria, assim, inútil e além dos limites deste trabalho pretender uma enumeração de todas essas doutrinas, razão pela qual nos limitaremos a assinalar a perspectiva estabelecida, e brilhantemente sustentada – não sem polêmica – por Hans Kelsen, em seu pensamento normativista, o qual, como veremos, termina por ser uma teoria coercitivista do Direito.

1 A obrigação jurídica no pensamento de Hans Kelsen

Para Kelsen (1984, p.57; 277; 310), o ordenamento jurídico não pode ser cientificamente estudado como se fosse uma simples

justaposição de normas que regulam o comportamento humano; ele deve ser vislumbrado como um todo unitário e sistemático, pelo fato de todas elas possuírem o mesmo fundamento de validade.

No “topo” do ordenamento, visto como um sistema dinâmico, encontra-se a Constituição, norma superior a todas as demais normas postas e, na medida em que se vai progressivamente descendo, das normas gerais para as individuais, percorrem-se graus normativos mais inferiores, até alcançar a “base” da pirâmide normativa, no qual será possível encontrar normas individuais (sentenças, regulamentos administrativos e negócios jurídicos).

Imediatamente abaixo das normas individuais, encontram-se os atos de execução, espontânea ou coercitiva e, mais acima da Constituição, inclusive da primeira Constituição histórica, encontra-se, já fora do âmbito da pirâmide normativa, a norma fundamental (*Grundnorm*), norma pressuposta e condição lógico-transcendental (KELSEN, 1984, p. 279) do trabalho científico do jurista (KELSEN, 1984, p. 22; 269 e *passim*).¹

Segundo Paulson (1991, p. 176-177)², a resposta dada por Kelsen à sua própria questão transcendental – situada no âmbito da pretendida distinção entre *sein* e *sollen*, consequência direta de seu dualismo metodológico – está vinculada à sua referência à norma fundamental.

Segundo o seu ponto de vista (de Kelsen), a validade de uma norma jurídica se estabelece a partir de uma referência à norma de nível superior adequada, cuja própria validade se estabelece, sucessivamente, com relação à correspondente norma de nível superior a ela, e assim sucessivamente, até que se alcance a norma de nível mais alto no sistema jurídico, o nível da constituição. Mais além do nível constitucional, não é possível haver

¹ Comparar com Carrino (1999, p. 31-50; 83-104) e Miranda Afonso (1984, p. 241-242).

² Esse autor ainda observa que essa “ideia intuitiva” da norma fundamental está num argumento claramente circular, haja vista que “se o problema é porque as normas do nível mais alto são válidas e se simplesmente logo se assume que são válidas, estamos de novo diante do mesmo problema”.

mais referências. Todavia, uma referência a um nível mais alto de normas de Direito positivo se exclui *ex hypothesi*. E uma referência a algum tipo de fato está impedida pela forte e firme distinção entre *ser* e *dever-ser*, como reflexo do dualismo metodológico. Uma terceira via de referência, a da moral, está também excluída pela tese da separação. Como se estabelece, então, a validade das normas no nível constitucional? À falta de qualquer outra referência, se assume a sua validade. E a assunção toma a forma da norma fundamental.

Todas e quaisquer normas contidas no esquema piramidal – à exceção da norma fundamental e dos atos materiais de execução – são, ao mesmo tempo, atos de aplicação das normas mais gerais e superiores e atos de produção das normas mais individuais e inferiores. Do ponto de vista da teoria pura, os atos de aplicação constituem um dever jurídico imposto aos “destinatários” primários e secundários e os atos de produção constituem atos de poder, originados do exercício de uma autorização dada pela própria ordem jurídica (KELSEN, 1984, p. 325).

O ponto de ligação de todas essas normas reside, precisamente, no conceito lógico-formal de “fundamento de validade” (KELSEN, 1984, p. 297)³, segundo o qual a validade de uma norma, entendida como sua existência específica, consiste em sua pertinência ao ordenamento jurídico, em face de se ajustar aos seus critérios próprios de produção normativa (princípio de legitimidade) (KELSEN, 1984, p. 266; 269; 289-290).

Cada norma jurídica, para que possa ser considerada como válida, deve ter sido produzida de acordo com os critérios formais e

³ “Fundamento de validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas é a norma fundamental pressuposta, segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes”. Cf., ainda, Kelsen (1986, p. 37-38).

materiais previstos no próprio ordenamento, relativos a) ao sujeito ou órgão competente, b) ao procedimento e – em certa medida – c) ao conteúdo, todos estabelecidos pela norma imediatamente superior; e assim, sucessivamente, percorre-se todo o ordenamento jurídico, de grau em grau, numa escala ascendente, até se alcançar a norma fundamental (KELSEN, 1984, p. 324-326).

É de se ressaltar, no entanto, que a determinação da norma inferior pela norma superior nunca será total, salvo determinadas proibições de natureza material; isto é, nunca será de tal maneira que a norma inferior seja logicamente deduzida por completo a partir do conteúdo da norma superior, uma vez que existe sempre certa discricionariedade por parte do órgão aplicador da norma superior ao criar a inferior (KELSEN, 1984, p. 324-326).

1.1 A validade do sistema jurídico

A nota essencial de um sistema normativo dinâmico é o fato de que a validade de uma norma jurídica se fundamenta na validade de uma norma superior, sem relação com qualquer conteúdo (pois essa relação com determinado conteúdo é a nota que caracteriza os sistemas estáticos), e que essa relação de fundamentação-derivação possa retroagir até a norma fundamental.

A validade de uma norma num sistema dinâmico, portanto, é determinada, especificamente, em função da competência do órgão, por vezes, com relação ao seu conteúdo e, por fim, de sua relação com a *Grundnorm*. No entanto, não bastam apenas esses requisitos formais: um mínimo de eficácia, como afirma Kelsen (1995, p. 63-64), é também condição para a validade de uma norma.

Isto significa que as condições de validade de um ordenamento jurídico como um todo e as de uma norma jurídica isolada são: para o ordenamento jurídico como um todo, os atos mediante os quais são criadas as normas desse ordenamento jurídico em questão; para a norma isolada, o ato pelo qual ela é criada e, ademais, o fato

de que o ordenamento jurídico como um todo e a norma isolada sejam, respectivamente, eficazes [...] A validade está condicionada pela eficácia no sentido de que um ordenamento jurídico como um todo, tal como uma norma isolada, perde a sua validade se não chega a ser, de forma geral, eficaz.

Numa perspectiva cada vez mais sintética, “uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas” (KELSEN, 1984, p.298). Trata-se, aqui, do “princípio de efetividade”, que parte do pressuposto segundo o qual um ordenamento jurídico será válido na medida em que for eficaz em sua totalidade, mesmo que, por vezes, uma de suas normas, em si considerada, não venha a ser observada ou aplicada num caso concreto.

A validade global do ordenamento jurídico não é afetada pelo fato de que uma ou mais normas isoladas se demonstrem ineficazes, posto que a eficácia de todo o ordenamento jurídico é aferida em termos globais, isto é, do ordenamento jurídico como um todo. No entanto, a eficácia de todo o ordenamento é também condição de validade de cada uma das normas que dele fazem parte. Isso significa que a validade de uma norma isoladamente considerada está na dependência da validade de todo o ordenamento jurídico e esta, por sua vez, depende, essencialmente, da validade da norma fundamental (KELSEN, 1984, p. 291-298). Assim posta a questão, Mario Losano (1990, p. XIX), um dos grandes estudiosos da teoria pura, opõe a seguinte crítica:

Uma ordenação jurídica, para Kelsen, é construída por graus hierárquicos, em que a validade do inferior é inferida do superior, num processo de delegação de validade (ou seja, de ‘dever ser’) que desce da constituição à lei e desta à sentença. Depois de construir essa estrutura hierárquica para manter a distinção entre o mundo do ‘ser’ e o do ‘dever ser’, a teoria pura do direito encontra-se diante de uma dificuldade: a coerência com seu pressuposto metodológico de pureza é inconciliável com a realidade jurídica que ela quer descrever. Realmente, para que uma

norma jurídica seja válida, é preciso que ela também seja eficaz: ou seja, não basta o respeito a certas formalidades no estabelecimento da norma, mas é preciso que, de fato, a norma assim estabelecida seja também efetivamente aplicada. Kelsen é obrigado a admitir que 'tanto uma ordenação jurídica como um todo, quanto uma norma jurídica isolada perdem a validade quando deixam de ser eficazes'. Em outras palavras, para responder à questão em torno da qual constrói toda a sua doutrina (ou seja, quais são os pressupostos formais para a validade de uma norma jurídica), Hans Kelsen precisa renunciar à rigorosa separação entre mundo natural e mundo normativo, entre 'ser' e 'dever ser'.

Kelsen (1984, p.299), no entanto, afirma que a eficácia não é uma *conditio sine qua non*, mas uma *conditio per quam*: a eficácia global de um dado ordenamento jurídico é uma condição, mas não a razão da validade das normas que o integram;⁴ a validade, assim, não reside no fato de que o ordenamento, em sua totalidade, seja eficaz, mas na elaboração de uma norma de acordo com o processo lógico-formal de produção, o que significaria, em termos conceituais, que essas normas devem ser obedecidas ou aplicadas. (KELSEN, 1938, p. 13; 1986, p. 37-38)

O problema em torno da eficácia de uma norma jurídica, na teoria pura do Direito, coexiste com a definição de validade, entendida como sua existência específica no âmbito do *Sollen* e no tornar obrigatório um determinado comportamento humano (KELSEN, 1984, p. 29).

As indagações acerca de como conciliar o comportamento humano concreto – no mundo dos fatos –, tornado obrigatório, com a existência deontica da norma – sem comunicação com a realidade – vem respondida por Kelsen através da diferenciação entre as esferas do *ser* (*sein*) e do *dever ser* (*sollen*): não há, necessariamente,

⁴ Comparar com Miranda Afonso (1984, p. 256-257).

qualquer coincidência entre o comportamento prescrito por uma norma e o comportamento efetivo que lhe seja conforme, pois aquele nunca poderá ser teoricamente concebido como algo pertencente ao mundo do ser, mas ao âmbito do dever ser (KELSEN, 1984, p. 48 *et seq.*; 109 *et seq.*; 1987, p. 12-13). Já em 1925, quando elaborou sua *Teoria geral do Estado*, Kelsen (1938, p. 8-9) assim se pronunciava:

Uma regra (e o que dela vamos dizer aplica-se igualmente bem à própria ordem normativa) obriga os indivíduos a adotar certa conduta, a praticar certo ato e a abster-se de outro. Mas mesmo que nos não conformemos com as suas determinações – deixando de fazer o que devíamos ou fazendo aquilo de que devíamos abster-nos –, a regra não deixa, por isso, de subsistir. É certo que, então, diremos que a regra foi *violada*, mas isso, por forma alguma, significa que ela deixa de estar em vigor. A sua validade não foi atingida. Ora, é precisamente nessa validade (*Geltung*) que consiste a existência das regras. E uma ordem normativa pode ser válida mesmo quando a realidade não é perfeitamente conforme com ela.

Essa forma de encarar o comportamento humano concreto, cuja obrigatoriedade indica meramente a presença de um significado normativo, radica na diferença conceitual entre a norma e o ato de vontade do qual ela representa o sentido, mais especificamente entre esse ato e o sentido de vontade que ele representa.⁵

Contudo, se a distinção entre a norma jurídica e o ato de vontade é algo evidente e verificável empiricamente – pois a norma jurídica adquire vigência somente após a conclusão do processo legislativo (conclusão do ato de vontade), e assim permanece, ainda que “o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não exista” (KELSEN,

⁵ Esse é o conceito de “norma” na segunda edição da *Reine Rechtslehre*. “Norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui.” (KELSEN, 1984, p. 22).

1984, p. 29) –, já é mais difícil perceber a pretendida diferença entre o comportamento devido e o comportamento efetivo, em virtude de “certa medida” de conformidade necessariamente existente entre o comportamento indicado na norma e aquele que se realiza no mundo dos fatos (KELSEN, 1984, p. 30).⁶

Um problema essencial enfrentado por Kelsen (1986, p.36-37) acerca da eficácia consiste, dessa forma, na determinação da natureza dessa “certa medida de conformidade”, que permita estabelecer uma relação entre validade e eficácia, sem infringir a distinção fundamental entre *sein* e *sollen*.

Por eficácia, Kelsen (1984, p. 29) entende o fato de que uma norma seja efetivamente observada ou aplicada.⁷ Assim entendida, trata-se de uma condição de validade da norma jurídica – ao lado de sua própria formulação –, de tal maneira que não se pode considerar norma jurídica válida uma norma que não seja aplicada nem observada durante algum tempo, pois, dessa forma, torna-se ineficaz.

No entanto, a eficácia, da maneira como é concebida, não se identifica com a validade⁸, posto que deve subsistir a possibilidade de um comportamento não conforme à norma jurídica para que não se cometa o erro metodológico de se cair numa consideração determinista, ou seja, daquilo que deve necessariamente acontecer segundo uma lei natural (KELSEN, 1984, p. 119; 1987, p.12-13). (COTARELLO, 1982, p.139-

⁶ Já na época de sua *Allgemeine Staatslehre*, Kelsen (1938, p. 15) advertia que “a realidade não pode ser a imagem perfeita da ordem normativa, mas deve, no entanto, ter um mínimo de semelhanças com o seu modelo ideal. A relação entre ambas move-se, portanto, entre dois limites, o que torna o problema muito mais complexo.”

⁷ “Observância do Direito é a conduta a que corresponde, como conduta oposta, aquela a que é ligado o ato coercitivo da sanção. É antes de tudo a conduta que evita a sanção, o cumprimento do dever jurídico constituído através da sanção” (KELSEN, 1984, p. 327). Por sua vez, “aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma.” (KELSEN, 1984, p. 325).

⁸ Kelsen, aqui, continua fiel aos seus postulados da pureza metodológica, explicados logo no início da teoria pura.

146). Conforme destaca Elza Maria Miranda Afonso (1984, p. 260), “a norma jurídica será válida se eficaz e não porque eficaz. O fundamento de validade não é a eficácia; é a norma fundamental que enuncia que se deve agir em conformidade à Constituição que é, de modo geral, eficaz”. Uma passagem da *Teoria geral das normas*, finalmente, resume a essência das noções de Kelsen (1986, p. 4-5)⁹ acerca das relações entre validade e eficácia:

No fato de que uma norma *deve* ser cumprida e, se não cumprida, *deve* ser aplicada, encontra-se sua *validade*, e esta constitui sua específica *existência*.

Do efetivo cumprimento da norma – ou do seu não cumprimento com a conseqüente aplicação – disto deriva sua eficácia. Validade e eficácia da norma precisam, claramente, não ser confundidas.

Para ser existente – quer dizer, para *valer* – a norma tem de ser estabelecida por um ato de vontade. Nenhuma norma sem um ato de vontade que a estabeleça ou – como na maioria das vezes se formula esta proposição fundamental – nenhum imperativo sem um mandante, nenhuma ordem sem um ordenador.

Em artigo intitulado *Por que a lei deve ser obedecida?* Kelsen (1997, p. 251) propõe a seguinte questão:

Não perguntamos se o Direito positivo é válido – que o seja é pressuposto por uma teoria do Direito positivo; é uma característica essencial do Direito positivo. O

⁹ Para uma visão global, cf.: Miranda Afonso (1984, p. 255-261). Nesse sentido, também a lição de Travessoni Gomes, para quem “Kelsen não negou que a existência de uma ordem coercitiva eficaz (um fato da ordem do ser) é condição para que se pressuponha a norma fundamental. Kelsen (2000, p. 176-177) não pregou, portanto, a disparidade absoluta entre ser e dever ser. Esse fato, a existência dessa ordem eficaz (um ser), não é, entretanto, como demonstrado, o fundamento de validade da norma fundamental. Ele (esse fato) está, no silogismo, abaixo da norma fundamental – que é o fundamento de validade de uma determinada ordem – sendo, portanto, condição para que possamos pressupor o fundamento de validade dessa ordem”.

significado subjetivo dos atos pelos quais são criadas as normas (isto é, prescrições, comandos) do Direito positivo é, necessariamente, que essas prescrições devem ser obedecidas. Mas, novamente, por que seu significado *subjetivo* é considerado também como seu significado *objetivo*? Nem todo ato cujo significado subjetivo é uma norma é, também, objetivamente, uma. Por exemplo, a ordem de um ladrão para que você lhe dê a bolsa não é interpretada como uma norma obrigatória ou válida. Reformulada, então, nossa pergunta é: por que interpretamos os atos pelo quais é criado o Direito positivo como tendo não apenas o significado subjetivo, mas também o significado objetivo de normas obrigatórias?

Após apontar as respostas aduzidas pela teoria do direito natural – segundo a qual o motivo para a validade do Direito é sua concordância com os princípios imanentes à natureza, que são superiores ao direito positivo, feito pelo homem –, bem como pela *teologia cristã* – segundo a qual os homens devem obedecer ao Direito positivo porque sua obediência é ordenada por Deus, sendo que, em última análise, a obediência do homem é devida a Deus e não ao Direito positivo como tal –, Kelsen sustenta que tais posições não são aceitáveis por uma ciência do Direito positivo, posto que, “se a validade desse Direito, sua validade imanente, está em questão, o motivo para ela não deve ser procurado em outra ordem, uma ordem superior”, ao contrário, deve-se sempre supor que o Direito positivo é uma ordem suprema, soberana (KELSEN, 1997, p. 256).

Na teoria pura do Direito, um sistema normativo estático se caracteriza pelo fato de que a validade das normas reside em seu conteúdo, derivado de uma norma superior, da mesma forma que um particular pode ser racionalmente derivado do universal; num sistema dinâmico, por sua vez, as normas que o integram não podem ser criadas mediante uma operação intelectual a partir de uma norma básica e, por isso, devem ser derivadas de um ato de vontade (de um ato de poder e não de um ato de conhecimento) dos indivíduos para tanto autorizados por uma norma de hierarquia mais alta – a ausência dessa “validade

intrínseca” faz com que a norma superior jamais possa determinar inteiramente o conteúdo da norma inferior que a concretiza, mas apenas legitimar e tornar obrigatório (formalmente válido) o conteúdo do ato de vontade que a editou.¹⁰

Kelsen (1984, p. 299), dessa forma, pretende que a justificação do fundamento de validade de uma norma jurídica não necessite submeter-se a uma instância sobre-humana (metafísica), mas se baseie na validade de outra norma pré-existente. Esse é o sentido de suas afirmações segundo, as quais um *dever ser* só pode derivar de outro *dever ser* e que a eficácia global de um ordenamento jurídico é apenas uma condição, mas não a razão da validade das normas que o integram.¹¹

Nesse afã de eliminar as considerações meta ou extrajurídicas para justificar o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, Kelsen recorre à norma fundamental (*Grundnorm*) para consolidar a ideia de que o Direito é obrigatório – portanto, válido – em função dele próprio, tentando preservar, dessa forma, a autonomia do especificamente jurídico em relação à faticidade do *sein*, e afastar o *sollen* de qualquer tipo de considerações éticas, quaisquer outros valores transcendentais ao Direito positivo.

Existem diferenças essenciais entre a doutrina da norma fundamental e a do direito natural, tal como demonstrei no capítulo *Theorie der Grundnorm und Naturrechtslehre* de minha *Reine Rechtslehre*. A diferença fundamental é que o conteúdo do ordenamento jurídico positivo é completamente independente da norma fundamental, da qual pode ser derivada apenas a validade objetiva das normas do ordenamento jurídico positivo e não o conteúdo desse

¹⁰ Uma norma, segundo o Kelsen pós-1960, é o sentido objetivo de um ato de vontade dirigido intencionalmente à conduta de outrem; sendo assim, é algo querido (posto) e não pensado: é o reconhecimento desse ato de vontade por uma norma de hierarquia superior que fornece um sentido objetivo à decisão do órgão autorizado, mediante a interpretação do sentido subjetivo desse ato como seu sentido objetivo.

¹¹ Comparar com Miranda Afonso (1984, p. 241-254[esp. p. 243-244]).

ordenamento; enquanto que, de acordo com a doutrina do direito natural, um ordenamento positivo é válido somente enquanto seu conteúdo corresponde ao do direito natural. (KELSEN, 1995, p. 66)

Ao considerar a norma fundamental um pressuposto “lógico-transcendental” sob o ponto de vista teorético-gnoseológico (KELSEN, 1995, p. 65), busca Kelsen fornecer resposta à questão do fundamento de validade (razão de obrigatoriedade) do ordenamento jurídico como um todo e de suas normas isoladamente consideradas, qualificando-as não como normas postas (queridas), mas como normas pressupostas (pensada), ou Constituição em sentido lógico-jurídico¹²:

Posto que, de acordo com minha teoria, a norma fundamental se refere unicamente a um ordenamento coercitivo geralmente eficaz, e posto que a norma fundamental é adaptada a este ordenamento coercitivo e não o ordenamento coercitivo à norma fundamental, é nesse sentido que, na norma fundamental, a efetiva criação das normas mediante atos reais de vontade e a eficácia destas normas se convertem na condição da validade objetiva do ordenamento coercitivo. Portanto, a norma fundamental não ‘garante’ a eficácia do ordenamento jurídico. Não influi para que este resulte eficaz [...] O ordenamento coercitivo normativo a que se refere a norma fundamental e do qual ela depende não é idêntico a estes fatos. A eficácia de um

¹² É muito controversa a problemática kelseniana acerca da explicação definitiva da norma fundamental através da “Filosofia do *als ob*” (“como se”), de Vaihinger. Em 1933, em carta endereçada a Renato Treves, Kelsen afirmou que, para evitar interpretações errôneas, preferiu renunciar a se inspirar em Mach (princípio da economia do pensamento) e em Vaihinger (teoria da ficção), optando por filiar-se, “com reservas”, à filosofia transcendental neokantiana: “A norma fundamental responde à seguinte questão: qual é o pressuposto que permite se sustentar se não importa qual ato jurídico pode ser qualificado como tal, isto é, definido como um ato servindo de base ao estabelecimento da norma, assim como a sua execução. Esta questão se insere completamente no espírito da lógica transcendental” (KELSEN, 1991, p.72). No entanto, adotaria posteriormente a conduta oposta numa passagem da Teoria geral das normas, afirmando que a “norma fundamental é uma pura ou ‘verdadeira’ ficção, no sentido da vaihingeriana filosofia do como se [...]” (KELSEN, 1986, p. 328-329).

ordenamento normativo é uma condição de validade, não sua validade. (KELSEN, 1995, p. 67-68)

Na qualidade de “norma pressuposta como válida”, ela funciona como o ponto de partida do processo de criação do Direito positivo, de tal sorte que deve haver uma pressuposição tácita, uma causa primeira, da qual depende ou se fundamenta a aceitação do sentido subjetivo de um ato volitivo (no caso, a Constituição em sentido jurídico-positivo) como seu sentido objetivo. (KELSEN, 1984, p. 267-285 e 1995, p. 76)¹³

2 O coercitivismo na teoria de Kelsen

A primeiras manifestações das teorias coercitivistas remontam à obra de Christian Thomasius, assim como a de Rudolf Ihering e, já no século XX, Hans Kelsen e Binder, os quais tomam o Direito enquanto coação, ordem de coação ou coação regulada. Jellinek (1954, *passim*), por sua vez, sustentava a teoria da “força normativa dos fatos”, baseando-se no fato de que a natureza humana tende a reproduzir mais facilmente o já realizado do que o novo, olvidando, pois, o fato de que, ao lado do elemento conservador, há também, imanente na natureza humana, um elemento inovador, um desejo latente de mudança.

Para os coercitivistas, o ordenamento normativo só se coloca como jurídico, isto é, válido – no sentido de validez universal – quando se faz sustentar por uma maior força material: econômica, financeira e, finalmente, policial e militar. E é justamente o Estado o detentor desse *imperium*, como poder de decisão unilateral, o qual só veio a surgir na modernidade, fazendo frente às ordens de coordenação das relações contratuais, tais como as vivenciadas pela sociedade feudal. Esse poder supremo do Estado traduziria o próprio conceito de soberania sob uma ótica interna: poder exercido genericamente sobre a sociedade nacional.

¹³ Comparar com Miranda Afonso (1984, p. 253-254).

Tem-se que o Estado deve primar sobre qualquer outra pessoa jurídica, tanto as subordinadas – da ordem interna – como as superpostas – as autoridades internacionais – posto que, conquanto as instituições internacionais possam ser tidas como superiores na hierarquia jurídica, resultam, todavia, inferiores na hierarquia da força. Isso se explica pelas inúmeras deficiências do Direito internacional, no qual a formação de uma estrutura prévia, que realmente comporte o monopólio da força, de forma similar a exercida pelos Estados, ainda se encontra no plano da elaboração.¹⁴

Como se pode depreender da análise feita acima, Kelsen foi um coercitivista, ou a perspectiva coercitivista se casa perfeitamente ao arquétipo estruturante de sua teoria do Direito.

Na *Teoria pura do Direito*, sustenta que “o Direito é uma ordem de coerção e, como ordem de coerção, é – conforme o seu grau de evolução – uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz” (KELSEN, 1986, p. 66). A importância da coerção no normativismo kelseniano se vincula à afirmação de um dos postulados principais da sua teoria: a separação rígida entre Direito e Moral. É que a coercitividade garante o fundamento da própria antijuridicidade, impedindo que esta busque qualquer referência que extrapole às próprias normas jurídicas. Não são referências a valores ou elementos transcendentais ao direito positivo que determinarão uma conduta ilícita, mas simplesmente a estrutura normativa que prescreve um ato coativo como consequência imputada a essa conduta.

Essa é, inclusive, uma das grandes contribuições do pensamento de Kelsen para a teoria jurídica do século XX, possibilitando uma mudança na compreensão do próprio lugar a ser ocupado no Direito pelo lícito e pelo ilícito. Como bem diz Mata-Machado (1957),

¹⁴ A possibilidade de uma ordem internacional que regulamente os comportamentos na sociedade internacional, mediante a estipulação prévia de condutas e o monopólio da força, é um sonho antigo do pensamento ocidental e que hoje parece ganhar, mais do que nunca, foros de realidade em vias de concretização, tendo em vista a estrutura já existen

antes, considerava-se o antijurídico como negação do direito. É ainda a significação dada pelo senso comum. Para Kelsen, esse é um ponto de vista jurídico-político. Em sua doutrina, o antijurídico é, ao contrário, 'condição específica do Direito'. De uma posição extrassistemática, o conceito de antijurídico recebe posição 'intrassistemática'. (MATA-MACHADO, 1957, p. 214).

Verifica-se, pois, no coercitivismo kelseniano, uma função que transcende, e muito, a simples busca da segurança jurídica. Há, nele, uma superação de um dos elementos mais notáveis a caracterizar a ordem jurídica até o século XIX: a pretensão de ser ela uma *ordo rationis*, imbuída de uma racionalidade que lhe assegurava supremacia axiológica e ponto de referência para a percepção do bem e do mal. Em Kelsen (1986, p. 60), ao contrário, fica clara a pretensão de que o Direito seja, fundamentalmente, “um mecanismo coativo que não corresponde, em si e por si, a nenhum valor político ou ético”. O estatuto puramente normativo de toda coercitividade é abertamente sustentado em sua obra *Teoria geral do Direito e do Estado*, escrita já em sua fase de vida nos Estados Unidos da América, em Berkeley. Ali, ao enfrentar as objeções sobre possíveis dimensões metanormativas da coerção, destaca que:

O elemento coerção, essencial ao Direito, consiste não na chamada compulsão psíquica, mas no fato de que atos específicos de coerção, considerados como sanções, são estabelecidos para casos também específicos pelas regras que formam a ordem jurídica. O elemento de coerção só tem importância quando forma parte do conteúdo da norma jurídica, como ato estipulado por esta e não como um processo na mente do indivíduo submetido à própria norma. (KELSEN, 1995, p. 19-20).

Assim é que Kelsen (1986, p.68-70) inverterá a clássica distinção entre normas primárias ou de conduta, destinadas aos cidadãos, e normas secundárias ou de sanção, dirigidas aos juízes, considerando estas como principais, uma vez que o essencial no Direito é sua coercitividade. A norma jurídica se centra, fundamentalmente, na definição das condições de implementação da sanção, o que leva

a que notáveis estudiosos vejam aí uma autêntica redução do Direito à norma sancionadora. Como diz Arnaldo Vasconcelos (2002, p. 80), “a norma secundária, onde se possibilitam o dever jurídico e a faculdade correlativa passa a importar tão somente na exata medida em que serve de pressuposto da norma primária, essa sim, a autêntica norma jurídica.”

Perceba que a tessitura desse postulado tem relevância, também, para a reafirmação da separação entre os planos do *ser* e do *dever ser*. É que a sustentação da ilicitude como algo externo e contrário à normatividade terminava por criar o risco de comprometimento da validade por fatos externos ao Direito. Essa é a intenção de Kelsen (1986, p. 169-170) quando diz que:

O ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele.

A ilicitude se instaura, pois, como condição fundamental ao Direito, não havendo de ser considerada apenas como sua negação, como se houvesse um antijurídico já fora da juridicidade. Ao fazê-lo, pretende-se, mais uma vez, libertar o âmbito de validade das normas de qualquer comprometimento com o mundo do ser, verificando-se que a validade restará sempre imaculada, mesmo diante de atos que aparentemente importem na sua negação.

Conclusão

Kelsen é um verdadeiro divisor de águas no pensamento jurídico moderno. Suas contribuições, além de pungentes e inovadoras, vieram fortalecidas pelo rigor lógico e pela capacidade analítica herdada de seus grandes mestres do Círculo de Viena. Teve ele também a fortuna de lançar suas contribuições num momento histórico muito favorável, para um mundo que ansiava por rigor, cientificidade e depuração nos discursos de todos os ramos do saber humano. Como homem do seu

tempo, Kelsen teve de encontrar resposta para o verdadeiro dilema que se colocava aos juristas no início do século XX: seria possível oferecer um estatuto de cientificidade ao Direito, ou ficaria ele consagrado como mero arcabouço técnico e instrumental a serviço do poder vigente? Se o Direito, na modernidade, passou a ser, por excelência, o direito positivo, poderíamos encontrar nele autêntico objeto para especulações científicas? Ou seriam estas eternamente reféns de concessões metafísicas – que marcam, por exemplo, a tradição jusnaturalista –, ou do condicionamento insuperável do Direito à particularidade geográfica e temporal de sua produção, carentes, portanto, de legítimo objeto de estudo.

O neopositivismo lógico de Hans Kelsen parece ser, antes de tudo, uma tentativa de resposta a esse dilema. Ele busca resgatar, sob o manto de um rigoroso discurso científico, a autonomia do Direito na ordem do saber humano, e sua possível compatibilidade com o paradigma da ciência de seu tempo. Ao buscar essa resposta, são muitas as contribuições que ele nos trouxe a reboque. Problemas antigos da Teoria do Direito, como a questão da ilicitude, puderam, então, encontrar caminho para uma mais coerente solução e uma melhor fundamentação. Todavia, foi Kelsen refém de um problema que, na história do Direito, a tantos outros também atingiu: a radicalização de seus postulados e a conseqüente limitação dos horizontes de compreensão de um fenômeno intrinsecamente complexo e multifário. A saída cientificista por ele encontrada termina por pecar em um excesso de abstracionismo, apartando o Direito não apenas de outras ordens normativas e ramos do saber, mas da própria realidade da vida. Ao praticamente desconsiderar os importantes momentos da aplicação e legitimação da produção normativa, o positivismo kelseneano termina por olvidar duas importantes e fundamentais dimensões do Direito, abrindo um perigoso caminho para que suas conclusões seguissem, a passos largos, ao encontro de posições teóricas e ideológicas que deveriam ser-lhe refratárias.

Nesse ponto, seu pensamento a respeito da coerção pode apresentar, com cristalina evidência, o rigor e a importância de seu

discurso e os limites de sua abordagem, quando trazida à luz de outros pressupostos, possíveis e necessários, na compreensão do fenômeno jurídico. Assim, diante do pressuposto da legitimidade democrática que hoje permeia o discurso jurídico, agrava-se, sobremaneira, a limitação da abordagem kelseniana – há muito já denunciada – acerca do lugar da coerção na estrutura da norma jurídica, bem como seu papel na edificação do próprio dever de obediência ao Direito.

A vertente crítica às teorias coercitivistas há muito vem apontando como grande fragilidade dessa escola o fato de suas concepções apenas servirem para aclarar por que as normas são válidas, e não por que devem ser obedecidas, contentando-se em demonstrar que as normas devem ser obedecidas justamente por serem válidas. A força poderia produzir, talvez, um ter de obedecer (*müssen*), mas nunca um dever de obedecer (*sollen*).

Tem-se, assim, que não basta a força para se impor uma norma como válida. Já Rousseau, em seu majestoso *O contrato social*, enfaticamente havia advertido: “o mais forte não é jamais suficientemente forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em Direito e a obediência em dever” (ROUSSEAU, 1981, p. 20). Igualmente curiosa é a advertência atribuída a Talleyrand, que, ante a prepotência de Napoleão, lhe teria afirmado: “com as baionetas, senhor, pode-se fazer tudo, menos uma coisa: sentar-se sobre elas”. É a diferença entre o poder-força e o verdadeiro poder, que se traduz em autoridade, investindo-se de superioridade moral e justificativa ética. O primeiro sustenta-se apenas através da ameaça e da violência. A autoridade, ao contrário, baseia-se, primordialmente, no respeito livremente consentido. Essa é a tônica dos nossos dias, que, para além de Kelsen (e, por tantas vezes, contra Kelsen), mas nunca sem Kelsen, cabe a todos os juristas conquistar.

Referências

CARRINO, Agostino. **L'ordine delle norme**: Stato e diritto in Hans Kelsen. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

COTARELO, Juan García. Ideologia y conocimiento: el formalismo jurídico en Hans Kelsen. **Revista de Política Comparada**, Madrid, n. 7, p. 117-146, 1982.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

HART, Herbert L. A. **Conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HART, Herbert L. A. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 71, p. 593-529, 1958.

JELLINECK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatrós, 1954.

KELSEN, Hans. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. Tradução Florencio Acosta. México: Fondo de Cultura Económica, 1986b.

_____. **Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado**. Tradução Wenceslao Roces. México: Porrúa, 1987.

_____. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986a.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Teoria geral do Estado**. Tradução Fernando de Miranda. São Paulo: Acadêmica; Saraiva, 1938.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução J. Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LOSANO, Mario G. **Introdução à obra O problema da justiça, de Hans Kelsen**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

MARTIN, Rex. **A system of rights**. Oxford: Clarendon Press, 1993.

MATA-MACHADO, E. Godói da. **Direito e coerção**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MATA-MACHADO, E. Godói da. **Elementos de teoria geral do direito**. 4. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

MIRANDA AFONSO, Elza Maria. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: FDUFG, 1984.

PASSERIN D'ENTREVES, A. Legitimidad y resistencia. **Sistema**, Barcelona, v. 13, p. 27-34, 1976.

PAULSON, Stanley L. La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica. Tradução José García Añón. **Doxa**, Alicante, n. 9, p. 173-187, 1991.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Hemus, 1981.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Recebido em: 01/03/2012

Aprovado em: 20/04/2012