



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

**KELSEN SOBRE O LUGAR DA LÓGICA  
NO ÂMBITO NORMATIVO**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**Juliele Maria Sievers**

**Santa Maria, RS, Brasil  
2009**

**KELSEN SOBRE O LUGAR DA LÓGICA  
NO ÂMBITO NORMATIVO**

**por**

**Juliele Maria Sievers**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Área de Concentração em **Filosofias Continental e Analítica**, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para a obtenção do grau de **Mestre em Filosofia**.

**Orientador: Prof. Dr. Frank Thomas Sautter**

**Santa Maria, RS, Brasil  
2009**

**Universidade Federal de Santa Maria  
Centro de Ciências Sociais e Humanas  
Programa de Pós-Graduação em Filosofia**

A Comissão examinadora, abaixo assinada,  
aprova a Dissertação de Mestrado

**KELSEN SOBRE O LUGAR DA  
LÓGICA NO ÂMBITO NORMATIVO**

Elaborada por  
**JULIELE MARIA SIEVERS**

como requisito parcial para obtenção do grau em  
**Mestre em Filosofia**

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Frank Thomas Sautter (UFSM)**  
(Presidente/Orientador)

---

**Prof. Dr. Noel Struchiner (PUC-Rio)**

---

**Prof. Dr. Abel Lassalle Casanave (UFSM)**

---

**Prof. Dr. Albertinho Luiz Gallina (UFSM)**  
(Suplente)

Santa Maria, 25 de setembro de 2009.

Para minha mãe, Iseli.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Frank, pelos anos de dedicação, paciência e apoio.

Aos professores do curso de Filosofia da UFSM, pelos quais  
terei sempre grande admiração, gratidão e respeito.

Ao meu querido irmão Joel, pelo constante incentivo aos meus  
estudos.

Aos amigos e colegas Kátiuska Marçal, Karin Monique Backes,  
Ronaldo Guerche, Lauren Nunes, Juliana Mezzomo e Débora Fontoura.

Ao querido Kauê, pelo carinho, apoio e incentivo em todos os  
momentos.

À UFSM e a CAPES, pelo estímulo à realização desta pesquisa.

“No pregunto por las glorias ni las nieves,  
quiero saber dónde se van juntando  
las golondrinas muertas,  
adónde van las cajas de fósforos usadas.  
Por grande que sea el mundo  
hay los recortes de uñas, las pelusas,  
los sobres fatigados, las pestañas que caen.  
¿Adonde van las nieblas, la borra del café,  
los almanaques de otro tiempo?  
Pregunto por la nada que nos mueve;  
en esos cementerios conjeturo que crece  
poco a poco el miedo,  
y que allí empolla el Roc.”

(Julio Cortázar, *El interrogador*)

## RESUMO

Dissertação de Mestrado  
Programa de Pós-Graduação em Filosofia  
Universidade Federal de Santa Maria

### **KELSEN SOBRE O LUGAR DA LÓGICA NO ÂMBITO NORMATIVO**

AUTORA: JULIELE MARIA SIEVERS

ORIENTADOR: FRANK THOMAS SAUTTER

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 25 de Setembro de 2009.

O presente trabalho tem por objetivo analisar o problema da aplicabilidade de princípios lógicos ao âmbito normativo segundo a concepção do jusfilósofo austríaco Hans Kelsen. Este problema não é abordado da mesma forma pelo autor em suas diversas obras. Portanto, o problema será investigado nesta dissertação distinguindo-se três fases do seu tratamento por Kelsen. Os argumentos que correspondem às três fases encontram-se, respectivamente, nas obras *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1945), na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* (1960) e na *Teoria Geral das Normas* (1979), os principais objetos de estudo deste trabalho. Cada um dos capítulos da dissertação irá deter-se, deste modo, ao tratamento de uma destas fases, de modo que, ao longo delas, serão analisados não somente as teses e conceitos kelsenianos sobre a relação da Lógica com o Direito, mas também as motivações e propósitos que levaram o autor a abandonar teses antigas em favor de novas teses. Pretende-se que tal abordagem elucidie o já tradicional problema da possibilidade de relação entre os princípios da Lógica – especialmente o princípio da não-contradição e a regra de inferência – às normas do Direito e da Moral. Para isso, através da presente apresentação e análise de cada uma das posições de Kelsen, busca-se uma sistematização dos diferentes argumentos fornecidos para o seu tratamento, que representam uma crescente recusa pela inserção de elementos da Lógica no plano normativo. No entanto, até culminar em uma recusa final, a investigação de Kelsen passa por posições menos extremadas, nas quais se notam as limitações de certos conceitos e teses dentro de sua Teoria, que serão, alguns, modificados ou abandonados, em favor de uma última abordagem rigidamente comprometida com os ideais positivistas e puristas sustentados pelo autor.

Palavras-chave: Kelsen; Lógica; Direito; normas; ser; dever-ser.

## **ABSTRACT**

Master Thesis  
Postgraduate Program in Philosophy  
Federal University of Santa Maria

### **KELSEN ABOUT THE PLACE OF LOGIC IN THE NORMATIVE AMBIT**

**AUTHOR: JULIELE MARIA SIEVERS**

**ADVISOR: FRANK THOMAS SAUTTER**

Date and Place of the Defence: Santa Maria, September 25, 2009.

The attendant work advances as a central goal the analysis of the problem of logical principles' applicability to the normative ambit, according to the conceptions of the Austrian philosopher of Law, Hans Kelsen. This problem doesn't receive the same approach by the author along his several works. Thus, the problem will be in this work inquired by distinguishing three phases in its treatment by Kelsen. The arguments that correspond to the three phases lie, respectively, in the works *General Theory of Law and State* (1945), the second edition of the *Pure Theory of Law* (1960) and the *General Theory of Norms* (1979), the main study objects in this work. Each chapter will hence approach the treatment of one of these phases, in order to, along them, analyse not only the main theses and concepts of Kelsen about the relation between Logic and Law, but also the motivations and purposes that led the author to leave old theses in behalf of new ones. It's intended that such approach will be able to elucidate the already traditional problem about the possibility of a relation between the principles of Logic – mainly the principle of non-contradiction and the rule of inference – and Moral and Legal norms. In order to achieve that, through the presentation and analysis of each one of Kelsen's postures about the problem, is searched a systematic regard of the different arguments given for its treatment, which represent a growing refuse of Kelsen for the logical elements insertion in the normative field. Nevertheless, until end up refusing this application, Kelsen's inquiry crosses over less extreme approaches, in which are noticed the limitations of some concepts and theses inside his theory, that will be, some of them, modified or abandoned, in behalf of one ultimate approach, severely committed to the positivists and purists ideals maintained by the author.

Key-words : Kelsen ; Logic ; Law ; norms ; is ; ought.



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2. A PRIMEIRA FASE DE KELSEN QUANTO À RELAÇÃO ENTRE LÓGICA E DIREITO</b> .....	14
<b>2.1 Elementos da Estática jurídica</b> .....	15
2.1.1 O conceito de “Direito” .....	16
2.1.2 A norma jurídica.....	21
2.1.3 O delito.....	28
2.1.4 O dever.....	29
<b>2.2 Elementos da Dinâmica jurídica</b> .....	31
2.2.1 A justificação da validade normativa: a norma fundamental.....	32
2.2.2 Direito natural <i>versus</i> Direito positivo.....	35
2.2.3 A hierarquia das normas: produção e criação.....	40
2.2.4 Conflitos entre normas de diferentes níveis.....	41
2.2.5 Contradição entre normas de mesmo nível.....	42
<b>3. A SEGUNDA FASE DE KELSEN QUANTO A RELAÇÃO ENTRE LÓGICA E DIREITO</b> .....	45
<b>3.1 O propósito da <i>Teoria Pura do Direito</i></b> .....	45
<b>3.2 Conceitos básicos: algumas modificações</b> .....	48
<b>3.3 O problema da aplicabilidade dos princípios lógicos às normas</b> .....	54
3.3.1 O “processo silogístico”.....	58
3.3.2 Os conflitos de normas.....	62

<b>4. A TERCEIRA FASE DE KELSEN QUANTO A RELAÇÃO ENTRE LÓGICA E DIREITO.....</b>	<b>64</b>
<b>4.1 O dualismo metodológico.....</b>	<b>66</b>
<b>4.2 O “substrato modalmente indiferente”.....</b>	<b>69</b>
<b>4.3 Os conflitos normativos e a derrogação.....</b>	<b>72</b>
<b>4.4 Produção normativa: regra de inferência e silogismo prático.....</b>	<b>80</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>94</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>100</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Hans Kelsen, um dos mais ilustres representantes do positivismo jurídico, é autor de uma vasta bibliografia em Teoria e Filosofia do Direito, tendo como objetivo fundamental a elaboração de uma estrutura na qual o Direito se mostra autônomo em relação a outras disciplinas comumente a ele associadas pelos autores contemporâneos a Kelsen. Assim, o contexto teórico de Kelsen é o da Ciência do Direito, o âmbito de descrições acerca de seu objeto científico: a norma jurídica.

A norma jurídica é válida, segundo Kelsen, quando existe em um ordenamento, ou seja, quando sua criação é fruto de um ato de vontade fundamentado na existência de uma norma anterior àquela criada. Nas relações entre normas de um mesmo sistema, comumente é aceito que tais relações são mediadas por operações lógicas, tanto no caso da criação de novas normas, como no caso de normas em situação de conflito. Quanto a este problema, Kelsen dedica, com crescente ênfase em seus escritos, uma investigação crítica e original, pautada por pressupostos metodológicos condizentes com o positivismo jurídico que propõe como cerne de sua inteira obra.

Este problema, declarado por alguns como “o mais difícil” (HART, 2005, p.177) da teoria do Direito, será tratado nesta dissertação de modo todo particular. Isso porque o presente estudo defende uma divisão quanto à consideração de Kelsen sobre este tema segundo três fases, representadas por três grandes obras do autor.

Além da realização de uma apresentação e análise de cada uma destas fases, pretende-se também uma especulação acerca das motivações que levaram Kelsen a abandonar determinadas concepções acerca do problema em favor de novas abordagens, sendo tal tarefa realizada, naturalmente, com base em seus escritos. O objetivo principal, pode-se dizer, é analisar qual o propósito de Kelsen ao abandonar, por exemplo, sua argumentação referente à segunda fase, em favor de uma nova abordagem que identifica a terceira fase. Cada uma delas é estudada de modo a explicitar os conceitos que demarcam uma fase distinta, e que muitas vezes revelam as limitações não somente terminológicas, mas também metodológicas, da fase anterior.

No entanto, importa notar que Kelsen mantém-se fiel aos seus pressupostos metodológicos mais fundamentais, que perpassam (algumas vezes com menos ênfase, pode-se, no entanto, dizer) todos os escritos aqui analisados. Dentre eles, podemos mencionar o dualismo metodológico que afirma o abismo entre os domínios do ser e do dever-ser, e a

exigência de “pureza” do Direito. Tais pressupostos são considerados sempre sobre o “pano de fundo” da corrente positivista do Direito.

Deste modo, cada um dos capítulos desta dissertação apresentará uma análise de uma das três fases no pensamento de Kelsen quanto ao problema da possibilidade de aplicação dos princípios lógicos às normas.

No segundo capítulo será analisada a primeira fase, baseada na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1945). Nesta obra, Kelsen trata do problema da relação entre Lógica e Direito de maneira muito superficial. O autor não fornece razões que expliquem de maneira suficiente as teses que elabora. Assim, este capítulo cederá espaço a uma breve exposição dos principais conceitos e teses presentes não somente nesta, mas também, em grande parte, nas demais obras de Kelsen que serão, neste estudo, analisadas. Deste modo, serão apresentados os conceitos de *Direito* e de *norma jurídica* – os objetos essenciais da investigação kelseniana –, bem como as noções de *delito* – um elemento fundamental de diferenciação do Direito em relação a outras ordens da conduta humana como, por exemplo, a Moral – e de *dever* – como modo de expressão da norma. Neste capítulo serão também analisadas as relações internas do sistema normativo, regidas pela norma fundamental. Nesse âmbito, da chamada dinâmica do Direito, serão analisados os problemas referentes à criação normativa e aos conflitos entre normas, onde se insere a discussão a respeito da possibilidade de aplicação da Lógica ao Direito.

No terceiro capítulo, que trata da segunda fase, o tema da possibilidade de tratamento lógico das normas é tratado com maior centralidade por Kelsen, na segunda edição de sua obra *Teoria Pura do Direito* (1960). Devido ao fato de já estarem expostos no capítulo precedente os principais conceitos kelsenianos, que permanecem inalterados, em sua maioria, ao longo de seus escritos (neste terceiro capítulo, uma seção é destinada à exposição das modificações em algumas teses), pode-se passar propriamente à abordagem do problema de interesse nesta dissertação. Deste modo, após analisar-se o propósito geral da *Teoria Pura do Direito* como fundamentalmente interessada em delimitar o Direito frente a elementos externos como, por exemplo, a Psicologia, a Sociologia e a Teoria Política, considera-se como tal propósito repercute no tratamento do problema da relação do Direito com a Lógica. Uma nova abordagem é realizada por Kelsen, pautada sobre a noção de *proposição normativa*. Com base nesse novo conceito, são novamente analisados os casos da produção normativa – realizada através do silogismo – e do conflito entre normas.

Já o quarto e último capítulo desta dissertação tem como objeto a consideração da terceira fase de Kelsen quanto ao problema da possibilidade de tratamento lógico das normas,

expressa em sua obra *Teoria Geral das Normas*, publicada postumamente em 1979. Esta obra compõe-se de escritos que, após a morte do autor, foram recolhidos e organizados por Rudolf A. Métall, amigo de Kelsen. Estima-se que tais textos devem datar entre os anos de 1970 e 1973, ou seja, os últimos anos da vida de Kelsen, dado que o próprio Métall afirmara que o autor lhe confessara não estar disposto a publicar o que vinha escrevendo em torno deste período. Como o próprio Métall também falece em meio ao seu trabalho de organização dos manuscritos, a decisão de publicá-los fica a cargo do *Instituto Hans Kelsen*. Tal falta de uma revisão completa é perceptível ao longo da obra, de estilo bem diferenciado em relação às demais obras de Kelsen. É, no entanto, nesta fase que o problema torna-se central para o autor, que o aborda de maneira enfática e muito crítica, tendo elaborado uma série de novos conceitos e abordagens que marcam profundamente o seu tratamento. Dentre estes novos conceitos, pode-se citar o de *substrato modalmente indiferente*, elemento cuja análise repercute na tese fundamental do dualismo metodológico. É realizada ainda uma abordagem diferenciada, por assim dizer, da noção de *derrogação*, inserida dentro do problema do conflito normativo, e é introduzida a noção de ato de vontade *objetivo* como elemento-chave na discussão acerca da produção normativa. Esta última questão é abordada de maneira totalmente singular, na medida em que, através do conceito de ato de vontade objetivo enquanto tendo, como sentido, a norma, Kelsen retoma toda a discussão acerca da produção normativa, elaborando uma série de argumentos analisados sistematicamente no quarto capítulo desta dissertação.

A investigação exposta nesta dissertação justifica-se pela falta de sistematização dos argumentos de Kelsen frente ao problema da relação entre a Lógica e o Direito. Este problema acentua-se quanto à análise da última fase do autor, por razões já mencionadas. Pretende-se realizar não somente tal sistematização, mas inclusive a organização dos argumentos do autor segundo períodos que claramente representam novas abordagens acerca do problema. Assim, mesmo que os argumentos da primeira fase pareçam superados pelos da terceira fase, continua sendo, ainda, apropriada a exposição geral da evolução do tratamento do problema, uma vez que ela representa o próprio desenvolvimento de uma análise crítica rigorosa por parte de Kelsen, ao mesmo tempo que o autor permanece fiel aos pressupostos metodológicos que pautaram seu trabalho desde o início.

## 2. A PRIMEIRA FASE DE KELSEN QUANTO À RELAÇÃO ENTRE LÓGICA E DIREITO

Este capítulo tem o objetivo de analisar a primeira fase relativa às concepções de Hans Kelsen acerca do problema da possibilidade da aplicação da Lógica ao âmbito normativo. Porém, importa notar que, neste período, a questão da aplicabilidade ainda não é tratada com ênfase pelo autor. Devido a este fato, o presente capítulo terá igualmente o propósito de analisar as principais teses kelsenianas a respeito de sua teoria jurídica, uma vez que tais teses virão a repercutir, em sua maioria, no problema da logicalidade do Direito. Esta primeira fase é representada principalmente pela obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, de 1945 – o objeto central de estudo deste capítulo –, mas abrange também a primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, de 1934 – obra indisponível, de edição esgotada. A primeira fase termina, pois, com a segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, de 1960, tema do próximo capítulo desta dissertação.

Na *Teoria Geral do Direito e do Estado* são apresentados e esclarecidos os principais conceitos que marcam o pensamento kelseniano. Neste primeiro capítulo será visada, como já foi mencionado, a apresentação e a análise dos conceitos que marcam o propósito kelseniano de caracterização de uma teoria do Direito positivo, bem como uma tentativa de reconhecer as teses que possam vir a repercutir na questão da logicalidade do Direito e que caracterizariam uma fase distinta dentro do pensamento de Kelsen a respeito deste assunto. Naturalmente, a análise será focada nos tópicos que dizem respeito à temática abordada neste projeto, o que representará uma certa negligência em relação a assuntos puramente jurídicos que atravessam a obra.

Quanto ao problema da possibilidade de aplicação da Lógica às normas, dois pontos merecem destaque nesta primeira fase, referentes à questão do conflito normativo e da produção normativa. Estas questões são abordadas por Kelsen de maneira específica nesta fase, sendo posteriormente revisadas. Neste capítulo, importa perceber o modo como Kelsen diferencia o tratamento do caso do conflito entre normas de diferentes “níveis” dentro do sistema, que é negado pelo autor, do tratamento do caso da contradição entre normas, que Kelsen reconhece, e segundo o qual defende a aplicação do princípio da não-contradição através de princípios jurídicos específicos. Estas posições, juntamente com sua recusa pela aplicabilidade da regra de inferência, são os principais pontos que marcam esta fase. Importa

notar, no entanto, que as normas do sistema estático (dentre as quais constam as normas morais) sofrem um tratamento diferenciado, no qual entram em jogo legitimamente noções de dedução e inferência.

É interessante a abordagem destes temas por parte do autor, dado que ela busca sempre por elementos jurídicos para a solução dos problemas específicos do Direito. Ou seja, ao tratar de temas que envolveriam a aplicação da Lógica às normas, Kelsen aceita somente um tratamento jurídico, mesmo quando reconhece a existência, por exemplo, das chamadas contradições normativas. Neste caso, o princípio de não-contradição atua de uma maneira indireta, pois seriam os princípios próprios do Direito, como o *lex posterior derogat priori*, por exemplo, que aplicariam o princípio lógico, resolvendo a contradição<sup>1</sup>. Do mesmo modo, ao recusar a existência de conflitos normativos entre normas de diferentes escalões, Kelsen apropria-se de meios jurídicos na justificação de sua recusa, como a relação direta entre criação e aplicação de normas, por exemplo. Nesse sentido, pode-se dizer que a primeira fase aqui exposta representa uma recusa apenas parcial por parte de Kelsen da aplicabilidade de princípios lógicos às normas do Direito.

## **2.1 Elementos da Estática jurídica:**

A distinção entre a estática e a dinâmica jurídica é uma caracterização da teoria do Direito kelseniana que será retomada pelo autor em obras posteriores. A estática jurídica tem como foco a norma, levando em conta seu conteúdo e significado, bem como a sua estruturação dentro da ordem jurídica segundo o conteúdo normativo, sendo que o sistema jurídico é encarado apenas como um conjunto de normas válidas. Nesse contexto são fundamentais os conceitos de direito, dever, pessoa, entre outros. Já a dinâmica jurídica diz respeito às relações entre as normas dentro do sistema hierárquico da ordem jurídica, relações como as que envolvem a criação de uma norma por meio da aplicação de outra norma a esta superior. Deste modo, os conceitos centrais da dinâmica jurídica seriam os de criação e aplicação normativas, norma fundamental, entre outros. O âmbito da dinâmica jurídica é o âmbito do Direito por excelência, enquanto que outros sistemas, como a Moral, pertencem ao

---

<sup>1</sup> No capítulo 4, referente à última fase de Kelsen a respeito da consideração deste problema, é realizada uma análise da “atuação” do princípio da não contradição. Entende-se que o princípio, de fato, não resolve a situação contraditória, mas apenas constata a sua existência no discurso.

âmbito da estática jurídica, fundamentalmente ligada à questão do conteúdo normativo. A respeito desta distinção, Bobbio explica:

Kelsen elabora uma teoria dos sistemas normativos, segundo a qual existem duas espécies de sistemas normativos, os sistemas estáticos, constituídos por normas que se deduzem umas das outras tendo por base o seu conteúdo, e os sistemas dinâmicos, constituídos por normas que se produzem umas por meio das outras, mediante uma relação de delegação de um poder superior a outro inferior. Os sistemas jurídicos pertencem, segundo Kelsen, à segunda categoria. Nada mostra o lugar central que a noção de produção jurídica ocupa na teoria kelseniana mais do que a interpretação do ordenamento jurídico como sistema dinâmico. (BOBBIO, 2008, p. 185)

Será, portanto, no contexto da chamada dinâmica jurídica que será analisado o problema da possibilidade de aplicação dos princípios lógicos às normas do Direito, uma vez que tais princípios ganhariam espaço durante a produção normativa ou no caso do conflito entre normas.

### 2.1.1 O conceito de “Direito”

Kelsen propõe um conceito de “Direito” que o defina claramente frente a outros elementos que comumente se confundem ou se introduzem nesta definição. De início, esta posição demonstra o empenho do autor por preservar o campo jurídico de elementos externos, e que prevalecerá ao longo de seus demais escritos. Assim, Kelsen principia por apresentar o conceito de Direito paralelamente ao conceito de Justiça, com o propósito bem definido de diferenciá-los.

Em um primeiro momento, no entanto, Kelsen apresenta o conceito de Direito como sendo meramente uma “ordem da conduta humana” (KELSEN, 2005, p.5) ou a ela relacionada. Por *ordem* o autor entende uma unidade sistemática de regras, indicando a existência, portanto, de um *devido* em frente ao *fático* das condutas.

Vê-se que Kelsen realiza sua análise do conceito de Direito apelando primeiramente para o uso amplo e comum feito no cotidiano desse conceito, qual seja, o de um mero sistema de regras relacionadas à conduta dos homens. Tal ponto de partida, no entanto, apresenta o risco de envolver certos elementos externos que corromperiam sua definição, elementos de viés político ou referentes a ideais de justiça, por exemplo. Porém, o objetivo de Kelsen é uma definição científica, na qual valores morais, sociológicos ou políticos devem ser descartados. Assim, Kelsen realiza por fim o seu propósito cientificista ao limitar o Direito ao Direito positivo, unicamente como uma ordem normativa, independentemente de ser justa ou boa



(dado que a justiça, cabe citar, representa um julgamento subjetivo – e, por isso, relativo – de valor, não submetida à análise científica através da cognição racional). Kelsen afirma:

Caso houvesse uma justiça objetivamente reconhecível, não haveria Direito positivo e, conseqüentemente, Estado; pois não seria necessário coagir as pessoas a serem felizes. A asserção costumeira, contudo, de que realmente existe uma ordem natural, absolutamente boa, mas transcendental e, por conseguinte, não inteligível, de que de fato existe algo como justiça, mas que ela não pode ser definida com clareza é, em si mesma, uma contradição. Trata-se, na verdade, de uma paráfrase eufemística para o doloroso fato de que a justiça é um ideal inacessível à cognição humana. (KELSEN, 2005, p. 19)

Este é um ponto em que a teoria kelseniana sofre severos ataques, em vista da aparente “frieza” com a qual trata do âmbito jurídico. Nesse sentido, pelo fato de Kelsen excluir a justiça do panorama da teoria do Direito que propõe, o autor é obrigado a aceitar, no âmbito do Direito, a possível ocorrência de eventos contrários a determinados padrões de justiça bem aceitos por uma sociedade. Por esta via, um Estado totalitário ou intolerante poderia ser previsto em uma ordem jurídica, contanto que fosse legítimo quanto aos atos jurídicos que envolvem sua criação. Como exemplo, poderia citar-se a polêmica em torno da legalidade do regime nazista, sendo o próprio Kelsen por vezes acusado de ser partidário do nazismo, apesar de ser de fato judeu, defensor da democracia, e de ter sido até mesmo perseguido pelos adeptos do fascismo, refugiando-se nos Estados Unidos devido a esta perseguição. Esta polêmica deve-se ao fato de que, de acordo com as exigências de uma teoria pura, um Estado como o nazista deveria ainda ser considerado legítimo. Isso não significa que ele devesse ser considerado louvável ou benéfico, pois esse não é o tipo de predicação envolvida em uma epistemologia jurídica como a representada pela teoria pura de Kelsen. O que se pretende afirmar é que o Estado nazista foi válido porque obedeceu aos preceitos jurídicos que validam a existência de um Estado. A respeito disso, convém citar a observação de Bobbio:

Do mesmo modo: o fato de que as leis raciais (para repetir o mesmo exemplo ao qual recorrem os moralistas modernos do Direito) sejam iníquas não impediu que, infelizmente, tenham existido, e tenham sido não só válidas, mas também eficazes em vista do modo com que foram postas em ação e encontraram executores entusiastas, e uma massa inerte de coniventes. (BOBBIO, 2008, p.26)

Se a teoria kelseniana for encarada com vistas ao seu propósito último, qual seja, o de ser uma teoria *pura*, realizada por um cientista jurídico com o intuito de *descrever* o Direito, deve-se aceitar que a avaliação do sistema jurídico acerca de aspectos extrínsecos à sua própria natureza jurídica está fora do alcance do cientista. O jurista é, nesse caso, mero observador do Direito, e descreve-o como *é*, e não como *deveria ser*. De acordo com o positivismo jurídico, o ponto de partida da teoria pura é a norma, e nada anterior a ela,

nenhum julgamento de valor ou estado de mundo deve ou precisa ser levado em conta pelo cientista jurídico.

Existem, no entanto, correntes que assentam as bases do Direito no próprio conceito de justiça. Trata-se da corrente do Direito natural, segundo o qual o Direito seria absolutamente válido e justo por emanar da própria natureza, da razão ou ainda da vontade de Deus – o legislador – expressa na natureza. Deste modo, as leis naturais representariam, por exemplo, a vontade de Deus, tendo o caráter de leis jurídicas impostas à natureza e independentes da vontade ou da interferência dos sujeitos. Isso significa que, no Direito natural, as normas não são o produto da vontade humana, mas sim um dado que deve ser deduzido da própria realidade através do aparato racional. Nesse sentido, o Direito seria por si só justo, e já estaria dado no mundo antes mesmo da existência real da norma. Kelsen condena o caráter não científico desta doutrina, dado que as leis do Direito natural não possuem nem mesmo um conteúdo definido que possa ser conhecido ou avaliado objetivamente, assemelhando-se mais a idéias platônicas fora do alcance cognitivo:

Essa reduplicação do mundo, é um elemento não apenas da filosofia de Platão, é um elemento típico de toda interpretação metafísica ou, o que redundo no mesmo, de toda interpretação religiosa do mundo. (...) O propósito dessa metafísica não é – como no caso da ciência – explicar racionalmente a realidade, e sim, ao contrário, aceitá-la ou rejeitá-la emocionalmente. (KELSEN, 2005, p. 18)

Assim, segundo esta analogia, somente conhecendo os protótipos ideais é que o homem poderia adaptar sua realidade ao padrão desejado, sendo a sua conduta, deste modo, immanentemente perfeita, boa e justa, diluindo os limites entre o empírico e o transcendental: “O ideal seria o real. Caso se pudesse ter conhecimento da ordem absolutamente justa, cuja existência é postulada pela doutrina do Direito natural, o Direito positivo seria supérfluo, ou melhor, desprovido de sentido.” (KELSEN, 2005, p. 18)

Porém, apesar da posição firme de Kelsen, é importante notar que ele não nega que a idéia de justiça seja fundamental à condição humana. O que o autor condena é sua inserção no âmbito da Ciência do Direito, dado que, como exposta, a justiça não consta como um elemento passível de conhecimento. Assim, reafirma-se que a função da Ciência do Direito relega-se apenas a descrever como o Direito é, e não como deve ser, de acordo com padrões externos.

Mantendo-se fiel à doutrina do Positivismo, a única noção de justiça aceita por Kelsen é a noção formal de justiça como legalidade, que representa uma coerência entre a manutenção de uma ordem e a sua aplicação (e não simplesmente o seu conteúdo). Deste modo: “Justiça significa legalidade; é ‘justo’ que uma regra geral seja aplicada em todos os

casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. É ‘injusto’ que ela seja aplicada em um caso, mas não em outro caso similar.” (KELSEN, 2005, p.20).

Os valores do Direito indicam avaliações da conduta segundo critérios de “lícito” ou “ilícito”, enquanto que são valores de justiça aqueles que avaliam a conduta enquanto “justa” ou “injusta”. Enquanto que os primeiros são objetivos (pois condicionados pela validade da norma e verificáveis), os segundos são meramente subjetivos, baseados numa possível “norma” avaliada de acordo com o interesse do indivíduo. Assim, fica definida a tese de que somente os valores de Direito são aceitáveis dentro de uma ciência jurídica.

Retomando a definição de Direito como ordem da conduta humana, Kelsen evidencia novamente seu propósito científico buscando um critério que, por sua vez, diferencie claramente o Direito de fenômenos sociais como a moral e a religião. Kelsen entende que os três – Direito, moral e religião – comungam do fato de possuírem elementos motivacionais em relação à conduta humana, ligados ou à recompensa ou à punição, mesmo que, em muitos casos (dentro do campo da moral, por exemplo), a sanção esteja mais fortemente ligada à própria aprovação ou desaprovação realizada pelos demais membros da sociedade do que através de alguma norma específica. Ainda, em outros casos (dentro do campo da religião, por exemplo), a sanção pode ser transferida a um plano transcendente, sendo que a imagem negativa da sanção parece ser mais motivadora em relação à conduta do que a idéia positiva de recompensa, de presença mais notável, segundo Kelsen, apenas nas relações privadas<sup>2</sup>.

A esperança de recompensa tem uma significação apenas secundária. E, mesmo em religiões altamente desenvolvidas, onde a retribuição divina não é mais, ou não apenas, realizada aqui, mas no além, a idéia de uma punição a ser esperada após a morte ocupa o primeiro lugar. Nas crenças efetivas do gênero humano, o medo do inferno é muito mais vivo, e a imagem de um lugar de punição é muito mais concreta que a esperança geralmente vaga de um paraíso futuro onde nossa virtude encontrará sua recompensa. (KELSEN, 2005, p. 26)

É neste contexto que a noção de “sanção” desempenha um papel fundamental, dado que é ela que caracteriza o Direito frente aos demais fenômenos sociais. Kelsen caracteriza o Direito neste ponto através de uma definição mais restrita que a dada anteriormente. O Direito passa a ser, além de ordem social, uma ordem coercitiva. É no âmbito do Direito que é autorizada a decretação de medidas coercitivas na tentativa de efetuação de uma conduta desejada na sociedade. Essa decretação difere da desaprovação moral e do mandamento religioso, uma vez que as medidas coercitivas são determinadas pela própria ordem social,

---

<sup>2</sup> No entanto, atualmente vemos exemplos que contestam esta posição de Kelsen, como no caso dos atentados terroristas. Os chamados homens-bomba são motivados justamente pela recompensa divina que adviria do seu “martírio” neste mundo.

ligando uma sanção a um delito (à conduta contrária à norma), sendo que a própria sanção é igualmente por esta ordem determinada, social e não supra-socialmente.

A coerção é, assim, um elemento essencial e caracterizador do Direito. Normas morais e religiosas assemelham-se ao Direito somente por envolverem certa compulsão psíquica.

A coerção (...) é, desse modo, uma compulsão psíquica, resultante da idéia que os homens têm da ordem jurídica. Essa idéia é “coercitiva” se fornece uma motivação para a conduta desejada pela ordem jurídica. No tocante a essa compulsão psíquica, o Direito não difere das normas morais ou religiosas. Porque as normas morais e religiosas também são coercitivas na medida em que nossas idéias a seu respeito fazem com que nos comportemos de acordo com elas. (KELSEN, 2005, p.33)

O que permanece problemático quanto a tal aspecto é, no entanto, saber quais motivações, no Direito, impelem à obrigação das regras jurídicas, dentro de um viés científico como o almejado por Kelsen. O autor sugere que alguns teóricos da sociologia do Direito, tais como Eugen Ehrlich, defenderão que tal compulsão psíquica devido à coerção jurídica de fato não existe, pois os homens se conduzem de maneira prevista pelo Direito devido a um sentimento de aprovação ou desaprovação mútuos, o que aparentemente invalidaria a centralidade da noção de coerção jurídica. No entanto, para Kelsen a coerção permanece como elemento central devido à sua equivalência com uma espécie de “técnica específica” na regulação da conduta humana, ao invés da sua identificação com uma simples noção de “compulsão psíquica” em relação a esta conduta. Isso quer dizer que “coerção” não significa uma “compulsão psíquica” dos tribunais como o defende Ehrlich em sua crítica (de caráter um tanto quanto sociológico), pois o Direito trata apenas de uma espécie de previsão de certas sanções que são ligadas a certos casos determinados por regras jurídicas e, nesse sentido, a coerção é apenas um dos elementos do conteúdo normativo. Segundo Kelsen:

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 à 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. (KELSEN, 2005, p. 36)

Para o autor, a função do cientista jurídico será a de, nesse contexto, descrever a natureza da validade do Direito. Devido a tal caráter descritivo, é bem sabido que a ciência do Direito, sendo composta por enunciados que podem ser verdadeiros ou falsos, é passível da aplicação da Lógica tradicional. De fato, este não é o ponto a ser abordado neste projeto: a aplicação da Lógica à ciência do Direito é um procedimento cabível e de modo algum problemático. O ponto central da presente dissertação é o caso da tentativa de aplicação da Lógica ao Direito – ao objeto da ciência normativa –, composto por normas que não podem ser verdadeiras ou falsas.

## 2.1.2 A norma jurídica

Para a consideração deste conceito analisado por Kelsen, o primeiro passo parece ser a diferenciação entre a validade e a eficácia normativas. É aceito o fato de que uma norma pode, em certa medida, ter validade ainda que não seja eficaz. Isso porque devemos levar em conta o fato de que a eficácia relaciona o conteúdo da norma com o seu efetivo cumprimento – e não possui relação direta, portanto, com a própria validade normativa, mas somente com o cumprimento da norma –, e devido também ao fato de que a norma é válida tanto em relação aos sujeitos que devem observar o seu conteúdo quanto em relação ao órgão que deve aplicar a sanção no caso de descumprimento do conteúdo. Nesse sentido, a norma é aplicada pelo órgão quando o seu conteúdo não é observado ou é violado pelos indivíduos. Devido a isso pode-se dizer que a norma é válida sem ser eficaz, ou seja, por ser aplicada pelo órgão quando os indivíduos a violam, o que quer dizer, não observam o seu conteúdo. Ao aplicar a norma, o órgão jurídico é também uma espécie de “destinatário” da norma, assim como o são as condutas dos indivíduos, pois a norma direciona sua validade a ambos estes “sujeitos”<sup>3</sup>. Assim, em um nível ainda primário, as notas que compõem inicialmente o conceito de validade parecem ser referentes a três elementos que, no entanto, convergem e como que se interligam para formar uma noção inicial de validade: em primeiro lugar, validade diz respeito à existência específica de uma norma; em segundo lugar, indica a sua pertinência a um sistema e, em terceiro lugar, representa uma espécie de obrigatoriedade<sup>4</sup> que vincula os seus destinatários (vemos aqui que esta caracterização primária ainda não inclui a noção de *ato de vontade objetivo*, fundamental na definição kelseniana de *norma jurídica*). Neste ponto ainda, Kelsen atesta:

Por “validade” queremos designar a existência específica de normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – o que redundaria no mesmo – pressupomos que ela possui “força de obrigatoriedade” para aqueles cuja conduta regula. As regras jurídicas, quando válidas, são normas. São, mais precisamente, normas que estipulam sanções. (KELSEN, 2005, p.43)

---

<sup>3</sup> A relação da norma com o órgão jurídico, distintamente de sua relação com os indivíduos, dá origem à distinção entre norma primária e norma secundária, que será analisada na subseção 2.1.4, referente ao “Dever”.

<sup>4</sup> O termo “obrigatoriedade” é frequentemente usado por Kelsen na caracterização da norma jurídica, bem como a expressão “força de obrigatoriedade”. Porém, tal termo pode parecer de certa maneira capcioso, quando atentamos ao fato de que a obrigatoriedade da qual trata o autor não diz somente respeito a obrigações em relação à norma, mas também a proibições e permissões. Da mesma maneira o termo “comando” é usado por Kelsen, indicando não apenas a obrigação, mas sim um escopo mais abrangente. Talvez o termo mais conveniente a ser utilizado fosse o de “imperatividade” ao invés de “obrigatoriedade”, que preservaria a maior abrangência requerida neste contexto. Porém, por ser um termo corrente e aparentemente prezado por Kelsen ao longo de sua explanação, será também mantido na presente análise.

No aprofundamento da análise do conceito de validade normativa, entende-se como necessária a consideração da natureza da norma, que Kelsen associará com o conceito de comando, ou seja, com a expressão – geralmente imperativa – de uma vontade.

A norma, para Kelsen, não é apenas um simples comando, dado que o comando não possui, necessariamente, obediência obrigatória. Ele somente a possui se for emitido por um órgão ou pessoa autorizados a proferirem-no (autorização esta não vinculada a questões de superioridade, mas sim conferida por uma ordem normativa), de maneira que os destinatários estejam obrigados a submeter-se. Um comando por si só é apenas a expressão de uma vontade. Já a sua obrigatoriedade só pode ser fornecida através de uma ordem normativa válida, ou seja, um comando só pode ser encarado juridicamente quando está sendo estabelecido e expresso um ato de vontade por uma pessoa “autorizada”, em relação a uma conduta alheia. Deste modo, Kelsen afirma:

Um comando é obrigatório não porque o indivíduo que comanda possui uma superioridade real de poder, mas porque está “autorizado”, porque está “investido de poder” de emitir comandos de natureza obrigatória. E ele está “autorizado” ou “investido de poder” apenas se uma ordem normativa, a qual se pressupõe que seja obrigatória, lhe confere tal capacidade, a competência para emitir comandos obrigatórios. (KELSEN, 2005, p. 44)

Igualmente, a este respeito, Norberto Bobbio (2008, p.139) reforça a noção de uma “relação estreita entre a noção de poder jurídico e a de produção jurídica: alguém está em condições de produzir Direito na medida em que tem o poder ou a força de fazê-lo. O que significa que a produção de normas jurídicas é o efeito do exercício de um poder”.

Já Austin, segundo a leitura de Kelsen, afirma: “Toda lei ou regra... é um comando. Ou melhor, leis ou regras, assim apropriadamente chamadas, são uma espécie de comando.” (AUSTIN *apud* KELSEN, 2005, p. 43). Nesse sentido, o comando representaria a expressão de uma vontade ou desejo frente a uma outra conduta sob a forma de um imperativo. Mas Kelsen defende que tal comando não pode ser equiparado à norma, pois não possui, em todos os casos, validade normativa (que somente lhe será concedida se houver obrigatoriedade ao seu cumprimento). Para isso, para que haja validade e obrigatoriedade, é necessário transcender a mera vontade de um indivíduo com respeito à execução de certa conduta de outrem. Isso se dá pela emanção de um ato de vontade independente de um mero ato particular como, por exemplo, através de um contrato obrigatório. Assim, Kelsen defende que o dever-ser de uma norma compara-se ao comando apenas por analogia. Ele seria análogo ao comando no sentido de que estabelece um dever ou uma obrigação acerca de uma conduta do mesmo modo que o comando submete, em um sentido mais fraco, seus destinatários a uma

prescrição. Enquanto um comando expressa um “querer” frente a uma determinada conduta, a norma expressa um “dever”, uma exigência impessoal destituída de psicologismos e, nesse sentido, “pura”.

Assim, comandos são expressões de atos de vontade. Mas é importante esclarecer que, quando esta expressão possui caráter obrigatório, tal obrigatoriedade subsiste mesmo após o término da efetivação da expressão – verbal, escrita, gestual – deste ato. Isso se torna evidente no caso do testamento, que passa a valer justamente quando o autor do ato não mais existe, ou seja, quando não pode mais “comandar”. Kelsen sustenta:

Então, em linguagem comum, o comando “subsiste” mesmo quando o ato de vontade não mais existe. A chamada “última vontade” de alguém, seu testamento, é um comando que assume força de obrigatoriedade quando essa pessoa está morta, ou seja, quando ela não é mais capaz de ter uma vontade, e um comando, no sentido próprio da palavra, não teria possibilidade de existir. Neste caso, aquilo no qual reside a força de obrigatoriedade deve ser, portanto, algo diverso do ato psíquico de vontade na mente do testador. (KELSEN, 2005, p.45)

Este exemplo demonstra a independência da validade e obrigatoriedade do ato de vontade em relação ao “evento psíquico” representado pela vontade expressa no comando.

Reforçando a tese da dicotomia entre o plano do dever da validade normativa e o plano do ser da expressão do comando, ratifica-se que a existência de uma norma não depende de fatores psicológicos, pois aqueles autorizados a criarem a norma não necessitam querer também o seu conteúdo – eles nem mesmo precisam conhecer tal conteúdo:

O estatuto é “aprovado” se uma maioria dos membros votar a favor do projeto. Os membros que votam contra o projeto não “querem” o conteúdo do estatuto. Apesar do fato de expressarem uma vontade contrária, a expressão de sua vontade é tão essencial para a criação do estatuto quanto a expressão da vontade dos que votaram a favor. (...) Ora é um fato que, muitas vezes, senão sempre, um número considerável dos que votam a favor de um projeto tem, quando muito, um conhecimento bastante superficial de seu conteúdo. Tudo o que a constituição requer é que votem a favor do projeto erguendo a mão ou dizendo “sim”. (KELSEN, 2005, p.47-48)

O ato de vontade é fundamental e imprescindível no momento de criação da norma, mas ele não envolve um processo volitivo no sentido mental ou psicológico, de um querer segundo determinado objeto do querer ou conteúdo normativo.

Esclarecido o contexto do problema, pode-se entender que a analogia com o comando origina-se do fato de que, no âmbito jurídico, a norma prescrever ou ordenar uma conduta é muito semelhante ao fato presente no âmbito, dito factual, em que alguém expressa sua vontade frente à conduta de outrem através de um comando. Mas a prescrição normativa exclui o elemento psicológico do comando, inserindo um “dever” que substitui o que seria um simples “querer”. É neste ponto que Kelsen (2005, p.51) define: “Uma norma que expressa a

idéia de que algo deve ocorrer – apesar da possibilidade de esse algo não ocorrer – é ‘válida’.”

Assim, para compreender a noção de validade normativa, é imprescindível a noção correlata de *dever ser*. Conjuntamente, é de igual importância a distinção entre este domínio, o do devido, e o domínio do fático, do que *é*. É a descrição do Direito segundo a fundamental distinção entre estes dois planos que representa o trabalho do cientista jurídico.

Igualmente importante na ciência do Direito é a distinção entre as regras do Direito e as regras da natureza, distinção esta que repercute na tese kelseniana recém exposta da dicotomia entre os planos do ser e do dever ser. Ao invés do termo “regra” cabe melhor ao Direito o uso do termo “norma”, o que evitaria uma possível e indesejada identificação com regras do tipo das leis da natureza, inseridas num campo descritivo (fático), e não prescritivo (devido). Do mesmo modo, o termo “regra” indica uma generalização, segundo a qual se observa um padrão numa série de fatos que, portanto, recaem sob uma regra. O Direito possui, também, “regras” gerais, identificadas por autores como Austin (AUSTIN *apud* KELSEN, 2005, p. 53) como “leis” frente aos “comandos particulares”. As “regras” gerais do Direito seriam assim identificadas com as normas gerais presentes num ordenamento sob a forma de enunciados hipotéticos. Mas Kelsen defende que as normas individuais, presentes nas decisões judiciais, também são leis, válidas para um caso particular, e que podem ter caráter hipotético ou incondicional. Segundo Kelsen, as normas individuais são criadas por decisão judicial com base nas normas gerais já existentes<sup>5</sup>. Ao defender que a norma individual também é “lei”, Kelsen assume a tese de que normas individuais também são Direito, e que este, portanto, não é composto apenas pelas normas gerais presentes no ordenamento. O autor sustenta que tudo o que é criado no tribunal, ou seja, todo o produto do Direito é norma:

A “força de obrigatoriedade” ou “validade” de Direito está intrinsecamente relacionada, não ao seu caráter possivelmente geral, mas apenas ao seu caráter como norma. Já que, por sua natureza, o Direito é norma, não há razão alguma para que apenas as normas gerais sejam consideradas como Direito. Se, em outros aspectos, as normas individuais apresentam as características essenciais de Direito, elas também devem ser reconhecidas como tal. (KELSEN, 2005, p.53-54)

Temos, portanto, a linha central da argumentação de Kelsen bem definida neste ponto, referente à tese geral de que a definição de validade de uma norma deve ser claramente distinguida de sua eficácia. O autor defende: “A validade é uma qualidade do Direito; a chamada eficácia é uma qualidade da conduta efetiva dos homens e não, como o uso lingüístico parece sugerir, do Direito em si.” (KELSEN, 2005, p. 55). A validade diz respeito a um dever ser, é a existência da norma enquanto tal. Já a eficácia diz respeito ao ser, aos

<sup>5</sup> Esta tese será posteriormente – nas sub-seções 2.2.3 e 2.2.4, bem como nos capítulos seguintes – analisada com maior precisão.



fatos do mundo, ou seja, a eficácia indica se a norma está de fato sendo observada ou não. A prescrição do dever ser da norma de modo algum se refere aos fatos acerca da conduta que é referida por esta norma. Por esta via, a conduta à qual se refere a norma pode ser designada como “boa” apenas no sentido de ser conforme à norma; ou como “má” quando for contrária à norma. A norma funciona aqui apenas como “esquema de interpretação”, como padrão avaliativo, mas não entra, ela mesma, em avaliação. Kelsen afirma:

A norma jurídica pode ser aplicada, não apenas no sentido de ser executada pelo órgão ou obedecida pelo sujeito, mas também no sentido de formar a base de um julgamento específico de valor qualificando a conduta do órgão ou do sujeito como lícita (legal, certa) ou ilícita (ilegal, errada). São os julgamentos de valor especificamente jurídicos. Outros julgamentos de valor dizem respeito à lei em si ou à atividade dos indivíduos que criam a lei. (KELSEN, 2005, p. 66)

Segundo esta concepção, é a conduta que é considerada, *segundo a norma*, lícita ou ilícita, sendo estes os julgamentos de valor cabíveis dentro do âmbito jurídico. Deste modo, ficam excluídos outros tipos de julgamento da conduta como, por exemplo, a conduta “justa” ou “injusta”. Enquanto que os valores ditos jurídicos são objetivos (pois condicionados pela validade da norma e verificáveis), os últimos são meramente subjetivos, pois são baseados numa possível “norma” não jurídica, dependente do interesse ou crença do indivíduo.

Uma vez estabelecida a tese de que é necessário não confundir a validade normativa com a eficácia (e nem com valores subjetivos, como a justiça), resta observar que tipo de relações podem ser ainda estabelecidas entre estes dois termos. Kelsen sustenta que, quando a conduta observada é contrária à conduta prescrita pela norma, tal “contradição” não é uma contradição lógica, pois entre o enunciado que descreve a norma e o que descreve a conduta em relação à norma não há incompatibilidade: um afirma um dever-ser e o outro afirma um ser, e nenhuma relação lógica pode ser aí estabelecida. O que Kelsen neste momento entende por uma contradição lógica poderia apenas constar, segundo ele, na relação entre dois enunciados de dever ser, ou seja, entre duas normas. Esta afirmação representaria um tópico central na discussão acerca da aplicabilidade da Lógica às normas. Ao afirmar que pode existir contradição lógica somente entre duas normas, Kelsen parece aceitar a tese da aplicabilidade direta pois, se este não fosse o caso, o autor poderia ter sustentado, mais simplesmente, que a contradição lógica poderia apenas constar entre dois enunciados de ser, como o afirma a Lógica clássica. Porém, ao transferir o caso da contradição ao plano do dever ser, Kelsen parece comprometer-se com a tese da aplicabilidade da Lógica às normas. No entanto, é preciso, neste ponto, salientar um detalhe importante. Quando Kelsen afirma que “Uma contradição lógica pode ter lugar apenas entre dois enunciados que afirmam um ‘dever

ser’, entre duas normas.” (KELSEN, 2005, p. 58), o que ele parece indicar é que, na relação entre o plano do ser e o do dever ser, é somente neste último que seria viável a existência de uma contradição entre normas. O próprio Kelsen defenderá mais adiante a noção de conflito normativo ao invés da “contradição normativa”, ou seja, o autor não apresenta ainda, no presente momento da discussão, uma solução a respeito da problemática da contradição no âmbito normativo. Ele apenas afirma que, *se houver* uma contradição entre normas, ela unicamente poderia dar-se entre dois enunciados de dever ser, dentro do plano normativo, e não entre um enunciado de dever ser e um enunciado de ser, dado que estes âmbitos são irreduzíveis. Assim, o que Kelsen parece tentar realizar neste ponto é uma mera clarificação terminológica, ao invés de fornecer uma solução à polêmica sobre a chamada “contradição normativa”.

Nesse aspecto, fica afirmado que entre enunciados de ser e de dever ser podemos apenas falar de conformidade ou não-conformidade. Porém, entre a validade e a eficácia existe ainda uma importante relação: a eficácia é a condição de validade normativa.

Uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo, é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade; uma condição, não a razão da validade. Uma norma não é válida *porque* é eficaz; ela é válida *se* a ordem à qual pertence é, como um todo, eficaz. (KELSEN, 2005, p.58)

Assim, a norma é válida, primeiramente, se pertencer a um ordenamento, mas tal ordenamento deve ser ainda, de fato, eficaz como um todo. Importa notar que a eficácia não é razão ou o critério único da validade, ou seja, esta última não depende só da primeira para existir. Mas, diferente disso, é condição necessária, ainda que não suficiente, que a norma seja eficaz para que exista como tal. A validade possui uma relação com o espaço e com o tempo em que se pretende que ela seja eficaz, ou seja, a norma possui uma esfera de validade temporal, territorial, material e, ainda, pessoal, além de possuir também efeito retroativo.

Porém, quanto à relação entre a validade e a eficácia, a respeito desta espécie de dependência da primeira em relação à segunda, uma crítica veemente parece obter espaço. Se a validade representa a existência da norma, encontrando-se completamente inserida no plano do devido, nenhuma influência poderia ser por ela sofrida a partir do âmbito do ser, dado que os dois campos são irreduzíveis. Ora, a dependência da validade em relação à eficácia do ordenamento dissolve o limite tão rigorosamente imposto por Kelsen entre o campo do dever ser e o do ser. Deste modo, fazer com que a validade da norma – noção central e essencial para a fundamentação normativa – dependa de que tal norma seja minimamente observada na realidade, ou seja, dependa de que ocorram certos fatos no âmbito do ser, parece comprometer

a pureza do Direito e, mais ainda, os próprios pressupostos metodológicos da teoria jurídica pretendida por Kelsen. Deste modo, Mário G. Losano observa, na introdução da obra *O problema da justiça*, de autoria do próprio Kelsen:

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, 2003, p. XIX)

Este problema será reconhecido pelo autor<sup>6</sup>, que reconhece nele o ponto mais sensível de sua teoria.

Já quando analisa a estrutura de formulação da norma, Kelsen sugere que nem sempre as normas precisam ser formuladas de maneira rígida segundo enunciados com um dever ser hipotético. Deste modo, ao invés de um imperativo, a norma pode ainda ser formulada como uma espécie de previsão de um evento futuro. Assim, quando, por exemplo, o legislador utiliza a predição como uma espécie de expressão de uma futura punição a uma conduta, não se deve entender que o “... será punido...” presente na enunciação representa uma predição, mas sim um imperativo ou comando no sentido figurado, prescrevendo que, quando as condições forem cumpridas, a sanção deverá ser aplicada. Essa formulação, portanto, não indica que de fato algo no mundo virá a acontecer, mas sim indica uma prescrição, tendo o sentido figurado de um imperativo. Este é um exemplo de formulação diversificada da norma que não será novamente citada pelo autor em obras posteriores. Este exemplo dado por Kelsen remonta ao aspecto distintivo entre a forma e a função dos diferentes tipos de orações, apontado por Copi (1978, p. 53-56). No contexto aqui expresso, a forma de predição não possui uma função informativa, mas sim prescritiva, normativa. Nesse sentido, a predição não pode ser valorada como verdadeira ou falsa, como indicaria sua forma descritiva, mas sim como unicamente válida ou não válida, enquanto essencialmente uma norma.

Outra importante distinção a ser feita na Ciência do Direito é entre os enunciados que descrevem o Direito – as chamadas regras jurídicas, de sentido puramente descritivo – e as próprias normas criadas pela decisão do juiz, as normas individuais. As regras jurídicas possuem o sentido descritivo formulado pela ciência do Direito, ao contrário do sentido prescritivo da norma criada no tribunal. Assim, regras jurídicas, enquanto material ao dispor do cientista jurídico, possuem um caráter descritivo, por vincular certas conseqüências a certas hipóteses num enunciado hipotético. Deste mesmo modo procedem as leis da natureza, expressas comumente pela lei da causalidade. Porém, diferenças devem ser estabelecidas:

---

<sup>6</sup> Cf. capítulo 3, seção 3.2.

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 de Direito diz: se A é, B deve ser. A regra de Direito é uma norma (no sentido descritivo do termo). (KELSEN, 2005, p. 64)

Assim, é importante notar que a regra de direito liga um dever ser a um ser segundo um princípio de imputabilidade, enquanto que a lei da natureza liga um ser a outro ser segundo um princípio de causalidade.

Em resumo, o Direito, enquanto sistema de normas válidas, diz respeito somente ao âmbito normativo. A teoria do Direito, tendo-o por objeto, é composta por enunciados acerca do que deve ser, acerca das normas. Ela descreve o que se encontra no plano do devido, mas não é composta, ela mesma, por normas, pois as normas somente podem ser criadas por atos jurídicos específicos de determinadas autoridades jurídicas. Nesse sentido, a ciência do Direito, ou jurisprudência normativa, difere da ciência natural, composta por enunciados acerca dos fatos observáveis na realidade, e que afirmam, portanto, como é tal realidade. Diferentemente, a ciência do Direito descreve analiticamente o sistema de normas do Direito positivo através de enunciados de dever-ser. Estes enunciados de dever-ser não podem, como já foi dito, ser confundidos com as próprias normas, pois eles meramente as descrevem, afirmando a validade das normas e o modo pelo qual os tribunais devem conduzir-se. Confundir estes termos representa apagar a linha divisória entre uma ciência e o seu objeto.

### 2.1.3 O delito

Seguindo a definição de Direito como ordem da conduta humana, Kelsen evidencia seu propósito científico ao definir a sanção com sendo o critério que diferencia claramente o Direito de outros fenômenos sociais como a moral e a religião, como já havia sido descrito. O Direito, além de ordem social, é uma ordem coercitiva. No âmbito jurídico é autorizada a decretação de medidas coercitivas na tentativa de efetivação de uma conduta desejada na sociedade. Essa decretação difere da desaprovação moral e do mandamento religioso na medida em que é determinada pela ordem social, ligando uma sanção a um delito.

A noção de delito é enunciada por Kelsen, primeiramente, como sendo a conduta nociva que possui, como consequência, a imposição de uma sanção. Esta definição é fornecida por Kelsen apenas em um primeiro momento, no sentido de que representaria uma

concepção comum, ordinária, da noção de conflito. De fato, autor lembra que termos como “nocivo” não cabem a uma teoria “pura” como a que busca propor, dado que poderia ceder espaço a elementos de cunho político ou sociológico. Assim, Kelsen acaba por afirmar que “(...) o delito é a condição à qual a sanção é vinculada pela norma jurídica. Certa conduta humana é um delito porque a ordem jurídica vincula a essa conduta como condição, como consequência, uma sanção.” (KELSEN, 2005, p. 73). De acordo com uma teoria pura do Direito, o conteúdo do delito deve sempre estar expresso na própria ordem jurídica, ou seja, é através de uma norma jurídica que é vinculada a um delito uma determinada sanção como sua consequência.

Deste modo, uma conduta pode ser identificada (cientificamente) como delito sempre que a ela estiver vinculada uma sanção em uma norma válida, o que preserva o caráter puramente jurídico do termo “delito”. Esta identificação permite que a conduta seja considerada “boa” ou “má” somente conforme determinada ordem jurídica, e não apenas por si só. Com tal tese, Kelsen novamente ataca a teoria do Direito natural, que considera determinados tipos de conduta como immanentemente maus, indesejáveis, reprováveis e, por isso, delituosos, sem a existência de um padrão de avaliação fora da própria conduta em si.

Na teoria pura do Direito, a noção de delito deve ser definida de maneira circunscrita ao âmbito jurídico. A conduta passa a ser considerada delito a partir do momento em que é vinculada, pelo poder jurídico, a uma determinada sanção. Somente a partir da efetivação deste ato, através da existência de uma norma que vincule delito e sanção, é que a conduta passa a ser proibida ou obrigatória, conforme o caso. Novamente percebe-se a necessidade da existência de uma norma como ponto de partida para o tratamento de qualquer questão jurídica, bem como fica clara a necessidade do conceito jurídico de “norma” para a possibilidade de existência do próprio delito (dependente também do conceito de “sanção”), esclarecendo o fato de que o delito não é um elemento anterior à sanção no espaço conceitual (pois isso ocorre apenas no plano fático temporal), mas que, pelo contrário, o delito é a condição da sanção, sendo dela dependente.

Na relação entre o delito e a norma, é igualmente importante notar que a existência do delito não representa uma violação da lei ou um atentado contra a sua existência. A validade da lei não se encontra ameaçada pelo delito, dado que ele é a condição à qual a lei vincula uma sanção a ser estabelecida.

#### 2.1.4 O dever

Outro conceito ligado ao de delito, e que Kelsen aborda primeiramente no campo da moral, é o conceito de dever. Esta abordagem parece natural, dado que, normalmente, quando se fala em deveres, a referência parece ser feita aos deveres morais. O dever liga uma conduta a uma norma, afirmando frente a um indivíduo que esta é moralmente obrigatória, que é devida a observância da norma moral. O dever afirma a necessidade da conformidade de uma conduta em relação ao conteúdo de uma norma. Já no âmbito puramente jurídico, a norma possui um caráter mais complexo, pois é direcionada tanto ao indivíduo que comete ou possa vir a cometer o delito (o indivíduo cuja conduta está sendo regulada), quanto ao indivíduo responsável pela efetuação da sanção. Trata-se da divisão da norma em primária e secundária:

(...) 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. (KELSEN, 2005, 87)

No âmbito jurídico, pois, estar obrigado a uma conduta devida significa que a conduta oposta acarretará um delito condicionado por uma sanção. É a norma que estipula tal sanção, e que representa a existência de um dever.

Assim, no campo da moral, o conceito de “dever” corresponde ao de “dever-ser”. A conduta estabelecida como dever moral é exatamente a que deve ser observada na conduta conforme a norma. Já no campo jurídico, a conduta que a norma estabelece não é a mesma que “deve” ser observada. O dever refere-se à sanção (que “deve” ser executada se a conduta for oposta à norma, cedendo-lhe assim a condição de aplicação), e não se iguala à conduta que deve ser observada para evitar-se o delito.

A noção que defende que o dever jurídico “deve” ser executado gera uma divisão na norma jurídica, segundo dois enunciados distintos, mas dependentes entre si: uma primeira norma, que impõe a omissão do delito, e uma segunda norma, que estipula a sanção (caso a primeira seja violada). É deste modo que surgem e distinguem-se a *norma secundária*, que exige a omissão do delito, estabelecendo a conduta desejada com a fixação de uma sanção, e a *norma primária*, que estipula a sanção, e é também chamada *lei*. Assim, Kelsen explica:

Caso se diga também que o dever jurídico “deve” ser executado, então esse “dever ser” é, por assim dizer, um epifenômeno do “dever ser” da sanção. Tal noção pressupõe que a norma jurídica deva ser dividida em duas normas separadas, dois enunciados de “dever ser”: um no sentido de que certo indivíduo “deve” observar certa conduta e outro no sentido de que outro indivíduo deve executar uma sanção no caso de a primeira norma ser violada. Um exemplo: não se deve roubar; se alguém roubar, será punido. (KELSEN, 2005, p.86)

Frente a esta distinção, Kelsen chega a defender que somente o órgão competente pode obedecer ou não à norma jurídica, pois somente a ele cabe a execução ou omissão da sanção. Os indivíduos podem apenas subordinar-se às normas secundárias. É somente o órgão que, portanto, se envolve com a lei, aplicando-a ou omitindo-a, determinando assim a sua eficácia. Porém, uma norma jurídica, progressivamente e permanentemente desobedecida pelos indivíduos, por conseqüência não mais será aplicada pelos órgãos, sendo deste modo secundariamente determinada também pelos indivíduos subordinados ao ordenamento.

Apenas o órgão pode, estritamente falando, “obedecer” ou “desobedecer” à norma jurídica, ao executar ou deixar de executar a sanção estipulada. Tal como ordinariamente usadas, porém, as expressões “obedecer à norma” ou “desobedecer à norma” referem-se à conduta do sujeito. O sujeito pode “obedecer” ou “desobedecer” apenas à norma secundária. (...) 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 delinqüente potencial, e sua relação com o órgão.” (KELSEN, 2005, p. 87)

Como poderá ser visto ao longo desta dissertação, as relações entre normas primárias e secundárias serão alteradas em obras posteriores de Kelsen.

## **2.2. Elementos da Dinâmica jurídica:**

Como já foi anteriormente comentado, o sistema dinâmico de normas difere substancialmente do sistema estático. Segundo uma análise do ponto de vista do sistema estático, as normas têm validade em função de seu conteúdo, ou seja, eles possuem uma característica inerente que torna evidente sua validade, sendo este conteúdo derivável logicamente da norma fundamental específica do seu ordenamento. A busca por uma norma mais geral que fundamente a validade da norma a ela inferior avança até o alcance de uma norma tão geral a ponto de seu conteúdo parecer auto-evidente, sendo sua obrigatoriedade como que óbvia, e a busca por sua fundamentação, desnecessária:

Caso se pergunte por que alguém deve amar seu semelhante, talvez a resposta seja encontrada em alguma norma mais geral ainda, digamos que no postulado de que é preciso viver “em harmonia com o universo”. Se essa for a norma mais geral dentre aquelas cuja validade estamos convencidos, considerá-la-emos como a norma última. Sua natureza obrigatória pode parecer tão óbvia a ponto de não ser sentida qualquer necessidade de se indagar pelo fundamento de sua validade. (KELSEN, 2005, p.164)

Este parece ser o funcionamento dos sistemas morais, que colocam uma norma específica como postulado, sustentando as demais, que delas são dedutíveis por mera operação intelectual, racional, pela inferência do particular a partir do geral.

Já de acordo com uma análise que leva em conta o ordenamento segundo o ponto de vista do sistema dinâmico de normas, a validade não é dedutível por inferência. É a norma fundamental que aqui possui um caráter de autoridade estabelecida, conferindo poderes a outras autoridades para a criação de normas. “As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior” (KELSEN, 2005, p. 165). A autoridade, o poder para criar normas, é assim delegado de uma autoridade superior para outra a esta inferior. Vê-se, deste modo, que a norma fundamental em vigor no sistema dinâmico é diferente daquela do sistema estático. Enquanto a norma fundamental do sistema estático possui um conteúdo definido, a partir do qual se deduzem os conteúdos das normas inferiores, a norma fundamental do sistema dinâmico é uma simples regra prescrevendo o modo de criação das demais normas da ordem. A norma faz parte deste sistema dinâmico se sua *criação* – este sendo o termo de importância na diferenciação entre os sistemas – for conveniente à determinação da norma fundamental.

Essa é a norma fundamental que provê o fundamento para um sistema de caráter dinâmico. Suas várias normas não podem ser obtidas por meio de qualquer operação intelectual. A norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades. As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior. (KELSEN, 2005, p.165)

Já a norma fundamental do sistema estático não possui o mesmo caráter, sendo que possui um conteúdo material – genérico e abrangente – a partir do qual derivam-se os conteúdos das demais normas do sistema.

Deste modo, nesta seção referente à dinâmica jurídica, serão analisados conceitos como o de norma fundamental, produção e aplicação normativa, conflitos entre normas, enfim, aqueles que levam em conta não apenas o conteúdo normativo, mas sim as relações envolvidas no sistema, especialmente quanto à sua justificação e legitimação.

### 2.2.1 A justificação da validade normativa: a norma fundamental



Uma vez que Kelsen parece ter como um objetivo constante a tentativa de fundamentação da ordem jurídica enquanto sistema de normas, sua investigação aponta também para a questão da natureza desta ordem, de sua justificação. Estas questões convergem novamente para a noção de validade normativa, que Kelsen esclarece realizando uma analogia entre a norma e o enunciado. Para o autor, um enunciado sobre a realidade é verdadeiro quando é confirmado pela experiência, ou seja, quando verificado na realidade. Assim, “quando admitimos a verdade de um enunciado sobre a realidade é porque o enunciado corresponde à realidade, é porque nossa experiência o confirma” (KELSEN, 2005, p.161). Já a norma, não sendo um enunciado sobre a realidade, não pode ser verdadeira ou falsa, mas somente válida ou não-válida. Kelsen (2005, p.161) explica: “O fundamento para a validade de uma norma não é, como o teste de veracidade de um enunciado de “ser”, a sua conformidade à realidade. Como já dissemos, uma norma não é válida por ser eficaz.”. E, em seguida, o autor reforça: “O fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. A procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas a outra norma da qual a primeira é derivável.” (KELSEN, 2005, p.162). Por estas passagens, novamente identifica-se a tese kelseniana segundo a qual os dois âmbitos, do ser e do dever ser, são irreduzíveis.

Esta parece ser uma primeira diferenciação abordada por Kelsen, de modo a distinguir a norma do enunciado. Este tema será amplamente abordado nos seus escritos posteriores, de modo que o autor enunciará diversos argumentos em defesa da dicotomia entre os elementos do reino do ser e os do reino do dever ser.

Por ora, Kelsen (2005, p.161) levanta ainda uma intrigante questão: “Dos dois enunciados: ‘Assistirás o semelhante que estiver necessitado’ e ‘mentirás sempre que o julgares proveitoso’, considera-se que apenas o primeiro, e não o segundo, expressa uma norma válida. Qual é a razão?”.

Na analogia entre norma e enunciado, sustentou-se que a norma não se relaciona com a realidade numa relação de conformidade. Assim, ela não é válida por ser eficaz, e o âmbito do dever-ser não invade o do ser, e vice-versa. Portanto, não é no âmbito do ser, da realidade, que devemos buscar a justificação da validade de uma norma. Tal busca deve sempre apontar para uma norma anterior, pressuposta, chamada “fundamental”. No exemplo dado por Kelsen, o enunciado “mentirás sempre que o julgares proveitoso” não se deriva<sup>7</sup> de uma norma válida, e não possui uma validade em si mesma evidente de modo que conste como norma geral.

---

<sup>7</sup> O termo “derivação” é central na discussão kelseniana acerca da aplicabilidade da Lógica às normas, e será abordado na sub-seção 2.2.4, referente aos “Conflitos entre normas”.

Neste ponto da discussão surge portanto a noção de “norma fundamental”, aquela cuja validade não advém de nenhuma outra norma, geral ou superior. Com a noção de norma fundamental, justifica-se a noção de sistema normativo, já que “Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem.” (KELSEN, 2005, p. 163). É a norma fundamental que interliga as demais normas do sistema, que têm, assim, sua validade derivada da norma fundamental pressuposta como válida. Por esta via, o *regressus ad infinitum* é evitado na busca pela fundamentação da validade normativa dentro de um sistema, dado que culmina na norma fundamental.

Neste ponto da discussão joga um papel importante a distinção já mencionada entre os sistemas dinâmico e estático de normas. Enquanto o sistema da moral pode ser entendido como estático, o Direito, por sua vez – a respeito da fundamentação normativa –, é um sistema dinâmico de normas. O conteúdo de suas normas é indiferente, pode ser o mais variado, e não precisa obedecer a padrões morais ou políticos. O único critério a ser observado deve ser o das condições de criação da norma. “Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso.” (KELSEN, 2005, p. 166). Enquanto positivo, o Direito pode ser, assim como criado, também anulado por determinado tipos de atos humanos. Já o Direito Natural, assim como a Moral, constitui um sistema estático de normas, e deduz a validade de suas normas a partir de uma norma fundamental de conteúdo tido como auto-evidente, considerado a expressão da “vontade da natureza”, o que impede a interferência humana. Neste ponto, é importante notar a posição firme de Kelsen quanto à natureza do sistema jurídico:

A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva nada mais é que a regra básica de acordo com a qual as várias normas da ordem devem ser criadas. Ela qualifica certo evento como o evento inicial na criação das várias normas jurídicas. É o ponto de partida de um processo criador de normas e, desse modo, possui um caráter inteiramente dinâmico. As normas particulares da ordem jurídica não podem ser logicamente deduzidas a partir dessa norma fundamental, como pode a norma “ajude o 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. (KELSEN, 2005, p.167)

Assim, no sistema dinâmico, as normas gerais são criadas através do costume ou pela legislação, enquanto que as normas individuais são criadas por atos judiciais e administrativos ou por transações jurídicas.

No âmbito jurídico, em que consta o sistema dinâmico de normas, o tipo de “dedução” – ou melhor, de fundamentação – que é realizada a partir da norma fundamental diz respeito ao modo pelo qual foram criadas as normas particulares, a ela inferiores. A validade existe se

tais normas foram sendo criadas conforme a norma fundamental. Normalmente confunde-se a norma fundamental com a Constituição de um Estado. Porém, a constituição, por mais antiga que seja, mesmo sendo a primeira, terá sua validade dependente da pressuposição do postulado segundo o qual “devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram” (KELSEN, 2005, p.168). Esta é a possível enunciação da norma fundamental da qual depende a validade de todas as demais normas de um determinado ordenamento jurídico. É sob a sua pressuposição que o conteúdo da constituição surge como válido e obrigatório. Este é, portanto, um domínio de pressuposições: a primeira constituição é posta como uma norma válida e obrigatória, e sua validade repousa na pressuposição de uma norma fundamental última, também válida e obrigatória.

Poderia ser levantada a questão acerca do por quê de o regresso não cessar na própria constituição. O fato é que a norma fundamental é o que permite que a própria constituição seja válida, pois sua validade não é evidente como o é a da norma fundamental. A validade da constituição é pressuposta através da norma fundamental, pois a constituição é já um documento que não pode ser válido por si mesmo, mas apenas com apelo à norma fundamental que é pressuposta como a condição de existência da validade da constituição. A função da norma fundamental é, portanto, a de conferir poderes para a criação de Direito. Acerca da natureza da norma fundamental, Kelsen esclarece:

A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador de Direito. Ela não é – como é a norma jurídica positiva – válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta como válida; e ela é pressuposta como válida porque sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como um ato criador de Direito. (KELSEN, 2005, p. 170)

Assim, é por causa da norma fundamental que a diversidade do material que se apresenta como norma pode ser tratada como sendo Direito, podendo ser analisados os atos envolvidos na criação e aplicação normativas. Tal material pode ser, assim, encarado como objeto da interpretação positivista.

### 2.2.2 Direito natural *versus* Direito positivo

No apêndice da obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Kelsen realiza uma discussão acerca do Direito natural, sempre em contraste com o Direito positivo por ele defendido. O autor caracteriza cada uma dessas correntes segundo o seu respectivo objeto de estudo e sua função: o objeto do Direito positivo é o “jurídico”, e a sua função a de tratar do problema da interpretação do Direito positivo, enquanto que o objeto do Direito natural seria o “justo”, e a sua função a de tratar do problema da justiça. O Direito natural prescinde do predicado “positivo” porque, nele, as leis já estão dadas, seja por emanção por parte do legislador universal, Deus, ou por parte da própria natureza ou, ainda, da razão. De qualquer modo, a tese é a de que, por serem anteriores aos atos jurídicos, as normas, como dadas, são já plenamente justas ou boas. Acerca do jusnaturalismo, Kelsen levanta uma dura crítica contra o jusfilósofo Erich Kaufmann, defensor desta corrente:

O jusnaturalismo é metafísica jurídica. E a invocação de metafísica ecoa agora – depois de um período de positivismo e de empirismo – em toda parte e em todos os âmbitos cognoscitivos. Mas aonde nos leva este apelo à metafísica e ao direito natural no campo da jurisprudência? Acima de tudo, leva-nos a um *subjetivismo* radical. (KAUFMANN, 1992, p.103, grifo do texto, minha tradução)<sup>8</sup>

O termo “subjetivismo” é destacado por Kelsen pelo fato de que toda a corrente jusnaturalista assenta-se sobre a noção de justiça, um conceito que, apesar de não chegar a ser propriamente arbitrário, é subjetivo na medida em que, mesmo que haja uma certa “idéia geral” do que seja a justiça, não existe um consenso a respeito da sua correta aplicação aos casos concretos. Já o caráter metafísico desta teoria advém da noção de que a norma é algo já dado, que deve ser aceito em seu valor absoluto, a partir da qual o sistema jurídico deriva as demais normas por dedução, ou seja, através de um ato racional.

Já o Direito positivo assenta as bases no próprio conceito de norma, como algo que é criado segundo atos humanos, sendo que nada existe de anterior em relação à norma além deste ato que a coloca. Justamente por não serem dadas, as normas colocam frente à conduta humana a noção de *coerção*, pois o que a norma prevê nem sempre coincide com o modo como as pessoas “normalmente” dirigem sua conduta. Este é, portanto, um aspecto próprio do Direito positivo, e que não consta no âmbito do Direito natural, qual seja, o de centrar na noção de coerção um elemento essencial ao campo normativo.

Outro aspecto essencial e próprio do Direito positivo é a *norma fundamental*. É ela que permite a interpretação de um determinado ato realizado por um ou mais indivíduos como

---

<sup>8</sup> No italiano: “Il giusnaturalismo è metafisica giuridica. E l’invocazione di metafisica risuona ora – dopo un periodo di positivismo e di empirismo – dappertutto e in tutti gli àmbiti conoscitivi. Ma dove porta questo appello alla metafisica e al diritto naturale nel campo della giurisprudenza? Innanzi tutto, ad um radicale *soggettivismo*.”

sendo um ato jurídico, objetivado. A este respeito, Kelsen (2005, p. 563) justifica que determinado ato pode ser considerado jurídico “porque esse indivíduo age baseado em uma norma, uma regra geral, um estatuto, porque o estatuto prescreve que se deve agir como as partes combinaram na transação jurídica, ou como o juiz ordenou na sua decisão.” O próprio estatuto, por sua vez, obtém legitimidade ou objetividade por estar em conformidade com a constituição, e a constituição original de um país deve se conformar – pelo fim deste regresso – à norma fundamental. Como já foi citado na subseção anterior, ela já não é mais um fato, não possui um conteúdo, mas é pressuposta, dando origem a todos os demais atos ditos jurídicos, justificando-os. Assim, Kelsen defende que:

A norma fundamental é um pressuposto indispensável, porque, sem ela, o caráter normativo do evento histórico fundamental não poderia ser estabelecido. Este ato último, ao qual recorre o jurista positivamente e além do qual ele não prossegue, é interpretado como um ato de legiferação, já que é expressado na norma fundamental, a qual, por sua vez, não é justificada por uma norma superior e, portanto, transmite apenas validade hipotética. (KELSEN, 2005, p. 564)

Porém, frente a esta dualidade fundamental entre os dois tipos de sistema normativo, surge um aspecto que parece aproximar os dois âmbitos. O Direito natural, por mais dogmático e absoluto, precisa ser concretizado quando as normas abstratas que o compõem ajustam-se aos casos individuais que se apresentam na realidade. O fato é que não há maneira pela qual tal concretização ocorra que não seja através de atos humanos de individualização das normas gerais. Ora, tal aplicação representa, justamente, uma positivação, uma criação de uma norma individual que corresponda à norma geral presente no ordenamento. E, como afirma Kelsen (2005, p.567), “Essa norma individual, mesmo quando em plena concordância com a norma geral, só pode ser, pelo menos formalmente, uma norma positiva, porque foi produzida por um ato humano.” Assim, fica evidente o caráter idealizado do sistema do Direito natural, porque, mesmo pertencendo a um plano repleto de pressuposições de valores absolutos e perfeição, alheio à interferência dos homens e da realidade, haverá o ponto em que terá de existir uma influência dos atos humanos, e até mesmo uma dependência em relação a eles, o que acaba por revelar os limites do projeto utópico do Direito natural.

Apesar do fato de alguns aspectos serem comuns a ambos os sistemas normativos, como o fato de que ambos dirigem-se à conduta humana (sendo que, porém, somente o Direito positivo pode ser caracterizado como uma ordem coercitiva), o que pode ser apontado como um ponto característico da distinção entre os sistemas são os diferentes fundamentos que lhes conferem validade. Isso significa que, por serem sistemas distintos, sua “fonte” ou

“fundamento” são também distintos, ou seja, ambos os sistemas têm diferentes normas fundamentais:

Sempre que a investigação sobre o fundamento de validade de duas normas diferentes nos reconduz a duas normas fundamentais distintas, mutuamente independentes e exclusivas, isso significa que elas não pertencem ao mesmo sistema, mas a duas ordens diferentes individualizadas pelas características específicas das suas duas normas fundamentais. (KELSEN, 2005, p.570)

Um sistema pode ser caracterizado segundo o método pelo qual as normas a ele pertencentes estabelecem a sua unidade a partir da norma fundamental. Nesse sentido, o sistema do Direito natural caracteriza-se como um sistema estático de normas, enquanto que o Direito positivo é essencialmente um sistema dinâmico. Esta distinção já foi estudada, mas é possível realizar agora uma análise restrita a estes dois tipos de ordens. Esta análise revelará aspectos importantes acerca da possibilidade de aplicação de princípios lógicos a normas.

O direito natural caracteriza-se como sistema estático porque as normas derivam-se diretamente da norma fundamental, obtendo assim a sua validade: “a norma fundamental revela-se em normas de conteúdo variável, exatamente como um conceito geral origina conceitos especiais que lhes são subordinados.” (KELSEN, 2005, p. 570). Nesse sentido, a norma fundamental da honestidade produz a norma geral “Manterás a tua promessa”, e desta norma geral resultará a norma específica segundo a qual, por exemplo, o vendedor deve manter o preço prometido em uma oferta anunciada. Esta espécie de derivação ocorre sem que exista a interferência de atos humanos na sua elaboração, e a validade das normas derivadas depende apenas de uma simples operação intelectual.

Já o Direito positivo não procede desta maneira, pois se caracteriza como um sistema dinâmico. Neste tipo de sistema, o papel da norma fundamental não é o de dar origem a uma série de derivações, mas sim o de conferir a competência ou o poder para a criação de demais normas através de um ato especial. O exemplo de norma fundamental dado por Kelsen, “Obedece a teus pais” não permite a derivação de outras normas como “Vai para a escola”, pois, para que haja tal norma específica, é necessário o ato de vontade do pai com este conteúdo específico. Em outras palavras, a norma individual citada no exemplo não é válida porque seu conteúdo é compatível com o da norma fundamental, mas sim porque foi proferida por alguém capacitado, de acordo com a norma fundamental. Deste modo, “A unidade do sistema dinâmico é a unidade de um sistema de delegação.” (KELSEN, 2005, p. 571)

Segundo esta perspectiva, fica expressa a tese segundo a qual o âmbito do Direito positivo não cede espaço à aplicação direta da Lógica, segundo a regra de inferência. A

dedução só opera nos sistemas estáticos, em que os conteúdos são levados em conta durante o processo de individuação da norma. No âmbito dinâmico do Direito positivo entram em jogo as relações de autoridade e poder para a criação das normas individuais. Conforme Kelsen afirma, “Dentro do sistema do Direito positivo, nenhuma norma positiva, nem mesmo a material, é válida, a menos que tenha sido criada de uma maneira, em última análise, prescrita pela norma fundamental.” (KELSEN, 2005, 572). Assim, pelo menos no processo de criação normativa do Direito, fica descartada a possibilidade de aplicação da regra de inferência, do mesmo modo que o princípio da não-contradição será descartado<sup>9</sup> no caso do conflito normativo entre normas de diferentes níveis.

Nesta discussão acerca dos diferentes sistemas, é interessante notar que o próprio Kelsen encontra limitações no Direito positivo. A problematização diz respeito às origens da norma fundamental. Por não ser positivada, ou seja, devido a seu caráter hipotético, a norma fundamental diferencia-se das demais normas do sistema positivo e aproxima-se ao caráter das normas do sistema natural. Ou seja, a norma fundamental não faz parte do sistema positivo: ela é a condição deste sistema, e sua validade não é legitimada do mesmo modo que o são as das demais normas, sendo pressuposta devido ao seu conteúdo. Devido a este fato, Kelsen é forçado a admitir que o próprio fundamento do Direito positivo repousa sobre uma norma que atende ao princípio estático, ou seja, a norma fundamental é válida segundo o modo pelo qual são válidas as normas do Direito natural. Assim, Kelsen declara que:

A norma fundamental não é válida por ter sido criada de certo modo, mas a sua validade é pressuposta em virtude do seu conteúdo. Ela é válida, então, como uma norma do Direito natural, separada da sua validade meramente hipotética. A idéia de um Direito positivo puro, assim como a do Direito natural, tem a sua limitação. (KELSEN, 2005, p. 573)

Esta declaração nos demonstra que o próprio Kelsen estava já ciente das limitações do seu projeto para o Direito positivo. Esta crítica quanto à natureza da norma fundamental é corrente em comentadores, como o demonstra Mário G. Losano:

(...) se a norma fundamental não é uma norma jurídica positiva, é alguma coisa que o jurista aceita com base em sua avaliação de justiça ou de oportunidade, ou seja, com base numa escolha que, para Kelsen, é não-científica porquanto irracional (ou melhor, subjetiva). (KELSEN, 2003, p. XX)

Ora, o próprio Kelsen reconhece os limites de seu projeto, e antecipa as críticas. O objeto de sua teoria é um sistema jurídico regido por atos humanos, que rejeita verdades ou valores absolutos. Mesmo permanecendo em um âmbito formal, em que se discute apenas a

---

<sup>9</sup> Cf. sub-seção 2.2.4.

estrutura do ordenamento, Kelsen não prescinde da discussão de fatores que poderiam de certa maneira prejudicar a cognição acerca de um sistema normativo como o positivo, fatores como os conflitos normativos, a devida dependência da validade em relação à eficácia do sistema ou, ainda, a questão das lacunas do Direito. Kelsen não ignora os problemas envolvidos em sua teoria. Ele os torna expressos justamente pelo fato de que o que pretende não é uma avaliação ou uma defesa do Direito positivo, mas sim a sua descrição enquanto objeto de estudo do cientista jurídico.

### 2.2.3 A hierarquia das normas: produção e criação

O Direito, enquanto sistema dinâmico, é auto-regulador, ou seja, ele mesmo determina a criação normativa, sendo que uma norma é criada de modo determinado por outra norma já existente no ordenamento e que é, deste modo, aquela que fundamenta a validade da norma posterior. Pode-se assim dizer que a norma que fundamenta a criação é superior à norma criada, que é, portanto, a norma inferior. Assim, o sistema das normas é uma hierarquia em que umas normas se encontram acima de outras, em diferentes níveis. O regresso na fundamentação entre as normas, até a norma fundamental, demonstra a unidade do sistema. Num sentido material, no entanto, o regresso culmina na constituição, dado que a norma fundamental é apenas pressuposta.

Dentro da hierarquia normativa as normas superiores e inferiores relacionam-se entre si quanto à criação e a aplicação do Direito. Assim, uma norma pode ser dita *criada* na medida em que sua produção obedeceu às estipulações da norma superior. Nesse sentido, a norma superior foi *aplicada* na produção da norma inferior que é criada<sup>10</sup>. “A criação de Direito é sempre aplicação de Direito” (KELSEN, 2005, p. 193). Quando, numa decisão judicial, uma norma individual é criada, isso significa que uma norma geral e superior a ela está sendo aplicada.

*Por isso, no sistema dinâmico, quanto à produção normativa, nenhum espaço é cedido à Lógica.* Já no sistema estático, a aplicação da regra de inferência parece dar-se legitimamente, segundo Kelsen. Isso porque o autor defende a aplicação de operações racionais sobre normas, no sentido de serem derivadas normas individuais a partir de normas

---

<sup>10</sup> No entanto, pode-se dizer que, no caso da norma fundamental, apesar de ela permitir a criação da constituição, ainda assim não indica uma aplicação do Direito, por não depender de nenhuma norma superior em sua pressuposição.



gerais. Esta aplicação seria realizada de maneira direta, sendo que Kelsen parece não atentar para o fato de que normas, não podendo ser verdadeiras ou falsas, não submetem-se a tratamento lógico. No entanto, o autor sustenta a criação normativa a partir de operações intelectuais, mesmo de uma maneira infundada teoricamente, como o atesta a seguinte passagem:

A norma fundamental da veracidade ou honestidade produz as normas: “não enganarás”, “manterás a tua promessa”, etc.; a norma fundamental do amor: “não ferirás ninguém”, “ajudarás os necessitados”, etc. destas normas particulares resultam normas mais específicas, por exemplo: a de que o comerciante não deve ocultar defeitos de que tenha conhecimento dos seus produtos; de que o comprador deve pagar o preço prometido no tempo combinado; de que não se deve conspurcar a reputação de ninguém ou infligir dano físico a ninguém, etc. todas essas normas resultam da norma fundamental sem que seja necessário um ato especial de elaboração de normas, um ato de vontade humana. Todas estão contidas desde o princípio na norma fundamental e dela derivam por meio de uma simples operação intelectual. (KELSEN, 2005, p.570-571)

#### 2.2.4 Conflitos entre normas de diferentes níveis

Anteriormente, foi expressa a posição inicial de Kelsen acerca da questão do conflito normativo. O autor defende a posição segundo a qual, se o conflito existir, ele deve ocorrer entre dois enunciados no âmbito do ser, ou então entre duas normas do âmbito do dever ser. Isso quer dizer que, no caso de uma norma que “contradiz” um enunciado, esta relação não representa uma contradição lógica, pois nenhuma relação lógica pode ser estabelecida entre estes planos autônomos e irreduzíveis.

Ao retomar a questão do conflito normativo, Kelsen trata neste ponto da discordância entre a norma individual criada na decisão judicial e a norma geral aplicada nesta criação. Sobre a relação entre as duas normas, Kelsen afirma:

A norma superior, o estatuto ou uma norma do Direito consuetudinário determinam, em maior ou menor âmbito, a criação e o conteúdo da norma inferior da decisão judicial. A norma inferior pertence, junto com a norma superior, à mesma ordem jurídica apenas na medida em que a segunda corresponde à primeira. (KELSEN, 2005, p. 222-223)

Mas no caso da correspondência da norma inferior à superior, a primeira deve ser dada pelo tribunal mediante a própria aplicação da norma superior, que pode, no entanto, ser questionada pelo réu se este não concordar com a correspondência entre a decisão judicial e a norma geral aplicada, apelando assim a um tribunal superior. Tal processo, no entanto, observa um certo limite, de modo à obter um fim no momento em que se alcança um tribunal

de última instância. Note-se que a possibilidade de contestação por parte do réu demonstra a falta de rigidez ou garantia de uma correspondência entre as normas envolvidas. Somente no tribunal de última instância é que a decisão torna-se incontestável e definitiva.

*Kelsen, ao tratar do conflito normativo em diferentes níveis, ou seja, segundo a hierarquia normativa, não aceita a contradição normativa: “A partir de um ponto de vista jurídico, não pode ocorrer qualquer contradição entre uma decisão judicial com força de Direito e o Direito estatutário ou consuetudinário a ser aplicado na decisão.” (KELSEN, 2005, p.224).* O autor realiza uma discussão na qual estão em pauta as relações de poder, ou autoridade, e competência presentes nos casos de decisão judicial e a sua conformidade às normas gerais correspondentes. Nesse âmbito, entram em cena aspectos puramente jurídicos, e não lógicos. Em outros níveis – além do que envolve a decisão judicial e seu amparo na norma geral – como o que envolve a relação entre a constituição e um estatuto, quando este é dito “inconstitucional”, Kelsen não o entende como não-válido, pois por esta perspectiva não haveria sequer estatuto a ser tratado. Ele é um estatuto apenas se for válido, ou seja, se estiver de acordo com a constituição. Quando tal fato não se dá, ele deve ser então anulado por procedimentos conformes aos que dita a constituição. Assim, Kelsen (2005, p.227) esclarece que “Na medida em que um estatuto não foi anulado, ele é ‘constitucional’, e não ‘inconstitucional’, no sentido de contrário à constituição.” Deste modo, Kelsen nega a existência de conflito normativo, devido à relação necessária entre a norma superior aplicada e a norma inferior criada nesta aplicação. Esta concepção é expressa por Kelsen do seguinte modo: “Não pode ocorrer qualquer contradição entre duas normas de diferentes níveis da ordem jurídica. A unidade da ordem jurídica nunca pode ser ameaçada por qualquer contradição entre uma norma superior e uma inferior na hierarquia do Direito.” (KELSEN, 2005, p. 233)

Esta análise realizada por Kelsen considera, por enquanto, apenas a questão do aparente conflito envolvendo normas de diferentes níveis. Ao final da *Teoria Geral do Direito e do Estado*, o autor abordará novamente a questão da contradição normativa, desta vez entre normas de mesmo nível, oferecendo um tratamento diferenciado deste problema, como poderá ser visto na próxima subseção.

#### 2.2.5 Contradição entre normas de mesmo nível

Foi já abordada a recusa kelseniana da aplicação do princípio de inferência no sistema dinâmico do Direito positivo. Esta recusa se repetiu em relação a aplicação do princípio da não-contradição no conflito entre normas de diferentes níveis, dado que a criação de uma norma inferior obriga a conformidade desta em relação à norma superior aplicada. Deste modo, a validade da norma inferior depende justamente desta conformidade, o que impede o conflito.

Porém, ao tratar de uma das funções da norma fundamental, qual seja, a de tornar possível a compreensão do Direito positivo enquanto material cognitivo, Kelsen se depara com o difícil caso da possibilidade de existência de uma norma de conteúdo auto-contraditório ou ainda de duas normas de conteúdos logicamente incompatíveis. Como seria possível a sua justificação dentro do sistema? A norma fundamental autentica a validade de ambas, uma vez que sejam criadas de maneira legítima, mas o caso da contradição abalaria certamente a tentativa de cognição do sistema. Neste ponto, Kelsen afirma algo que é central no contexto do problema da logicalidade do Direito: “O princípio de não-contradição, como veremos mais tarde, aplica-se igualmente à esfera normativa (‘dever ser’) e à esfera concreta (‘ser’). Em ambas, os julgamentos ‘A deve’ e ‘A não deve’ são tão mutuamente exclusivos quanto ‘A é’ e ‘A não é’.”(KELSEN, 2005, p. 574).

*Kelsen, como se pode ver, assume a possibilidade da contradição entre normas de mesmo nível dentro do âmbito normativo.* Ele também assume, no entanto, que tais contradições podem e devem ser solucionadas, e isto se daria através de princípios jurídicos. No caso das normas cujos conteúdos se contradizem, quando uma das normas precede a outra no tempo, a solução da contradição advém da aplicação do princípio jurídico *lex posterior derogat priori*. Quanto a tal princípio, Kelsen afirma:

De modo geral, ele se aplica onde quer que a ordem jurídica se apresente como um sistema de normas variáveis. Na medida em que tal princípio não foi expressamente estabelecido, ele só pode ser estabelecido pela via da interpretação, isto é, através de uma interpretação dos materiais jurídicos. (KELSEN, 2005, p. 574)

Cabe notar ainda que este princípio é aplicado no caso da contradição entre normas do mesmo nível, o que ratifica a aceitação de Kelsen deste tipo de conflito. Quando a norma inferior é, pelo contrário, posterior no tempo, aplica-se o princípio *lex prior derogat posterior*. Anteriormente, quando tratou do caso do conflito entre normas de diferentes graus, Kelsen nem mesmo chega a mencionar a existência de “contradição”. Porém, neste ponto final de sua obra, ele defende que, em diferentes níveis, a norma inferior dá lugar a superior, sendo assim anulada.

Kelsen já havia defendido a anulação de uma das normas em conflito quando tratou deste tema anteriormente, mas o caso de conflito surgia do fato de o réu não concordar com a decisão judicial, contestando-a. Porém, ao tratar novamente este problema no final de sua obra, Kelsen chega a defender que “uma decisão judiciária pode contradizer a lei.” (KELSEN, 2005, p. 575). Neste caso, no entanto, a decisão poderia ser ainda válida, mesmo que não se conforme à lei, dado a força jurídica da decisão. Uma série de determinações surgem para evitar o caso de contradição entre o estatuto e a decisão judicial, sendo algumas delas a interpretação do estatuto e a anulação da sentença. Se a contradição encontrar-se internamente ao próprio estatuto, a resolução é por meio da interpretação (permitindo ao tribunal o uso do arbítrio), ou por meio da anulação mútua das estipulações contraditórias, tornando o determinado conteúdo irrelevante. Contudo, Kelsen atesta: “Estas interpretações são também reinterpretações sem fundamentação no Direito positivo. Elas se chocam com a redação e o significado pretendido, isto é, subjetivo, do material jurídico.” (KELSEN, 2005, p. 577)

Esta discussão expressa a aceitação, por parte de Kelsen, da existência de um tipo de situação de contradição no âmbito normativo. Parece ainda dúbio, no entanto, se de fato a aplicação do princípio lógico em questão ocorre diretamente, uma vez que os princípios citados por Kelsen são todos próprios do âmbito jurídico, e a própria interpretação não é também um elemento lógico. Porém, a seguinte citação parece demarcar bem a posição de Kelsen a este respeito:

Os princípios de interpretação discutidos acima, o princípio de *lex posterior derogat priori*, o princípio de que a norma inferior deve ceder lugar à superior, a reinterpretação de cláusulas constitucionais à decretação de estatutos, a regra referente a duas cláusulas contraditórias no mesmo estatuto, a declaração de que parte do conteúdo de um estatuto pode ser juridicamente irrelevante, etc. – todos eles não têm outro propósito, que não o de dar uma interpretação significativa ao material do Direito positivo. *Todos o fazem aplicando o princípio de não-contradição na esfera normativa*. Na maior parte, não são regras de Direito positivo, não são normas estabelecidas, mas pressupostos de cognição jurídica. (KELSEN, 2005, p. 580, grifo meu)

O que Kelsen parece defender é que o princípio de não-contradição é uma espécie de aparato metodológico utilizado na tentativa de cognição do material jurídico – as normas –, assim como o indica a natureza da própria norma fundamental. Nesse sentido, tanto os princípios supracitados como a norma fundamental é que garantem a unidade do sistema enquanto passível de investigação e conhecimento.

### **3. A SEGUNDA FASE DE KELSEN QUANTO A RELAÇÃO ENTRE LÓGICA E DIREITO**

Nesta segunda fase, serão analisados os argumentos de Hans Kelsen quanto ao problema da aplicabilidade da Lógica ao Direito relativos à segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, do ano de 1960. Neste estudo, o enfoque será sobre os pontos diretamente relacionados a este problema, uma vez que as principais teses e conceitos do autor que já foram analisados no primeiro capítulo desta dissertação são retomados nesta obra, a maioria sem modificações. A diferenciação entre os sistemas segundo a perspectiva que os difere entre estático e dinâmico é mantida nesta fase. Igualmente, as questões relativas, por exemplo, às distinções entre o Positivismo e as demais correntes jurídicas, ao abismo metodológico existente entre os reinos do ser e do dever-ser, entre outras concepções kelsenianas, não serão novamente explicadas neste segundo capítulo, bem como os conceitos originários de Direito, validade, eficácia, etc., dado que permanecem invariáveis ao longo do pensamento do autor. O conhecimento destas teses e dos conceitos abordados no primeiro capítulo da dissertação será aqui, portanto, pressuposto.

Assim, a atenção será voltada justamente aos pontos que marcam esta segunda fase quanto ao problema da aplicação da Lógica ao Direito, bem como a noções secundárias que sofram alguma modificação quanto à sua definição por parte de Kelsen. O foco de interesse neste capítulo será voltado a duas questões de interesse central nesta dissertação: o caso do conflito normativo e sua possível relação com o princípio da não-contradição, e o caso da produção normativa, em que entra em jogo a questão da aplicabilidade da regra de inferência.

#### **3.1 O propósito da *Teoria Pura do Direito***

Kelsen principia sua argumentação nesta obra que marca o que é aqui chamado de “segunda fase”, de modo a justificar a escolha do termo “pura” para caracterizar a sua teoria jurídica. O autor reforça seu propósito de uma teoria epistemológica, que toma o Direito por objeto de estudo, com o objetivo de descrevê-lo. De princípio, Kelsen adverte:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a

ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2003, p.1)

Ao determinar a “pureza” de sua teoria, Kelsen retoma a necessidade da delimitação do objeto de estudo e da função do cientista jurídico: a análise descritiva do material do Direito, ou seja, das normas. O trabalho do jurista prescinde de avaliações ou julgamentos de valor, ou seja, daquilo que interfere na objetividade de uma ciência.

Acerca do pressuposto metodológico de “pureza” exigido por Kelsen, a filósofa do Direito, Simone Goyard-Fabre, elabora uma analogia com os propósitos metodológicos da filosofia kantiana:

Na pura linha de pensamento kantiana, o método é, para Kelsen, uma pesquisa das condições de possibilidade – que são, além disso, as condições de validade – de uma ciência do direito. Agora, se lembra-se, como disse de maneira esplêndida A. Philonenko, que “a possibilidade significa a essência”, a problemática assim posta conduz à interrogação das fontes originárias puras, ou se prefere-se, do princípio transcendental do “direito positivo em geral, sem outra especificação”.

(...) Se compreende, portanto, por que a exigência de “pureza” que Kelsen reclamava à sua teoria como “postulado metodológico” cardinal se insere, em um espírito perfeitamente kantiano, em uma “filosofia dos limites”, cuja chave mestra é o *princípio de especificação*. Esta regra de pureza assume para Kelsen uma dupla importância metodológica: ela indica acima de tudo que a visão da essência do direito não pode ser obtida a não ser renunciando, em uma perspectiva quase fenomenológica, às confusões geradas pelo antropologismo e pelo historicismo empiricista. Com efeito, o método transcendental de Kelsen, como antes dele aquele de Kant, é anti-psicologista e, embora não negue nunca o conteúdo do direito, ele se questiona essencialmente sobre suas leis formais de produção: a regra de pureza indica, em segundo lugar, que, porque ela não exprime uma gênese de fato, a “ciência objetiva do direito” deverá recorrer, na sua originalidade, aos esquemas de pensamento dos quais é importante colher as estruturas *sui generis*. (GOYARD-FABRE, 1993, p. 12-13, grifos do texto, minha tradução)<sup>11</sup>

Porém, a função do cientista jurídico, de atuação passiva e imparcial, e o método da teoria pura, puramente descritivo e ausente de valorações, podem parecer de certo modo deslocados da realidade jurídica. Isso porque a descrição que se pretende tem como objeto o

<sup>11</sup> No italiano: “Nella pura linea kantiana, il metodo è per Kelsen una ricerca delle condizioni di possibilità – che sono anche le condizioni di validità - di una scienza del diritto: ora, se si ricorda, come dice in modo eccellente A. Philonenko, che “la possibilità significa l’essenza”, la problematica così posta conduce a interrogarsi sulla fonte originaria pura, o, se si preferisce, sul principio transcendente del “diritto positivo in generale, senza altra specificazione.”

(...) Si comprende dunque perché l’esigenza di “purezza” che Kelsen ascrive alla sua teoria come “postulato metodologico” cardinale s’inserisce, in uno spirito perfettamente kantiano, in una “filosofia dei limiti”, la cui chiave di volta è il *principio di specificazione*. Questa regola di purezza assume per Kelsen una doppia portata metodologica: essa indica innanzi tutto che la visione di essenza del diritto non potrà essere ottenuta che rinunciando, in una prospettiva quasi fenomenologica, alle confusioni ingenerate dall’antropologismo e dallo storicismo empiristici. In effetti, il metodo transcendente di Kelsen, come già quello di Kant, è anti-psicologista e, sebbene non neghi mai il contenuto del diritto, esso s’interroga essenzialmente sulla sua legge formale di produzione; la regola di purezza indica in secondo luogo che, poiché essa non esprime una genesi di fatto, la “scienza oggettiva del diritto” dovrà ricorrere, nella sua originalità, a degli schemi di pensiero di cui è importante cogliere le strutture *sui generis*.”

âmbito do devido, das prescrições, ou seja, se trata de um âmbito híbrido, em que um ser – a descrição normativa – é estabelecido frente ao material normativo, as normas do dever-ser. O próprio Kelsen atenta para este fato:

As proposições jurídicas a serem formuladas pela ciência do Direito apenas podem ser proposições normativas (*Soll-sätze*). Mas – e é esta a dificuldade lógica que se nos depara na representação desta realidade –, com o emprego da palavra “dever-ser”, a proposição jurídica formulada pela ciência do Direito não assume a significação autoritária da norma jurídica por ela descrita: o “dever-ser” tem, na proposição jurídica, um caráter simplesmente descritivo. Porém, do fato de a proposição jurídica descrever algo, não se segue que este algo descrito seja um fato da ordem do ser, pois não só os fatos da ordem do ser mas também as normas de dever-ser (*Soll-normen*) podem ser descritos. Particularmente, a proposição jurídica não é um imperativo: é um juízo, a afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento. (KELSEN, 2003, P. 89)

É importante notar o uso do termo “juízo” por parte do autor. A concepção tradicional de “juízo” é de que seja um portador de valor de verdade. Kelsen aqui caracteriza a proposição normativa como sendo um juízo, algo que pode ser conhecido e valorado, ao contrário do imperativo, privado do conhecimento e de valoração segundo a verdade ou a falsidade. A proposição jurídica que Kelsen classifica como proposição normativa tem sentido de dever-ser, mas pode ser valorada. A proposição jurídica aqui mencionada não é a expressão da norma, mas sim uma descrição da norma, que pertence, portanto, ao âmbito descritivo. No entanto, esta terminologia – juízo – não será utilizada novamente pelo autor.

Na passagem acima, Kelsen ainda afirma que o objeto descrito pela proposição jurídica é “dado ao conhecimento”. Ora, tal objeto é a própria norma, que não pode ser conhecida, pois não é verdadeira ou falsa<sup>12</sup>. É possível dizer outras coisas da norma, por exemplo, que ela é válida, que é legítima, mas nada disso implica um conhecimento da norma. Esta abordagem de Kelsen também foi criticada por H. Hart, que afirma que:

(...) algumas passagens no trabalho de Kelsen podem sugerir que, para por em prática sua tarefa, o jurista deve exercitar uma misteriosa faculdade de ‘conhecimento da norma’, em vez de uma habilidade ordinária de dizer o que as leis de algum sistema jurídico são e o que elas significam. (HART, 2005, p.159)

Quanto à noção kelseniana de *ciência normativa*, também Norberto Bobbio realiza uma crítica, que contesta o nível de “pureza” que pode ser alcançado na descrição do jurista quando toma por objeto prescrições jurídicas. Assim, cria-se uma dicotomia frente ao propósito da jurisprudência: ela é de fato uma ciência descritiva, na medida em que não realiza prescrições; mas, ao mesmo tempo, aquilo que ela descreve não são enunciados, mas

<sup>12</sup> Neste ponto trata-se do “conhecimento” proposicional apenas, segundo a valoração bivalente verdadeiro/falso.

prescrições. Deste modo, a ciência normativa realiza descrições acerca de prescrições. Acerca disso, Bobbio explica:

“Normativo” se contrapõe (já nos *Hauptprobleme*) não a “descritivo”, mas a “explicativo”; e, paralelamente, “descritivo” contrapõe-se (sobretudo nas últimas obras) não a “normativo”, mas, sim, a “prescritivo”. Dado que as duplas “normativo-explicativo” e “prescritivo-descritivo” não se sobrepõem, não há nada de contraditório em afirmar, como faz Kelsen, que a ciência jurídica é ao mesmo tempo descritiva e normativa: descritiva no sentido de que não prescreve, normativa no sentido de que aquilo que descreve não são fatos, mas normas, ou seja, é descritiva não do que existe, mas do que deve ser. Enquanto *Sollsätze*, as proposições que caracterizam a ciência jurídica distinguem-se por um lado dos *Seinsätze* próprios das ciências sociais (causais), e, por outro, das *Sollnormen* de qualquer sistema normativo. (BOBBIO, 2008, p. 58)

O que Bobbio parece tentar esclarecer é o fato de a ciência normativa, apesar do fato de tratar de normas – por isso o termo “normativo” – ela não se vale de um discurso prescritivo, ou seja, suas descrições não têm por função a modificação de um comportamento alheio. Assim, apesar de descrever as normas, a ciência não as explica: ela atua como uma espécie de descrição de um certo comando. Pode-se exemplificar: se, quando a mãe manda o filho tomar seu banho e este não a obedece de pronto, quando, mais tarde tal ordem é “relembada” e mencionada ao filho por, diga-se, sua irmã, é ainda a ordem da mãe que deve ser obedecida, e não a sua enunciação por parte de outrem.

Outro aspecto lembrado pelo comentador é que a descrição do Direito, realizada de maneira neutra e objetiva, é justamente uma meta, uma mera idealização à qual o jurista deve almejar. Bobbio (2008, p.65) esclarece que “A função meramente teórica e não política do jurista não pertence necessariamente à jurisprudência real, mas, sim, necessariamente ao ideal da jurisprudência que Kelsen quer alcançar.” Isso porque Kelsen de fato defende que a *tarefa* do jurista é a descrição neutra do material jurídico, ou seja, que sua função não é a prescrição, mas sim a pura descrição. Isso pode realmente ser entendido como uma afirmação sobre um ideal acerca da função do jurista: a superação das tentativas de envolvimento de elementos externos à ciência (como a avaliação) em favor da pureza de uma descrição científica.

### **3.2 Conceitos básicos: algumas modificações**

A partir da caracterização de seu projeto para o Direito, Kelsen realiza a análise de um dos conceitos centrais de sua teoria, o conceito de *ato de vontade*. O autor realiza uma divisão



(inexistente na primeira fase) fundamental dos atos de vontade em geral: entre os atos de vontade de sentido subjetivo e os de sentido objetivo.

O ato de vontade de sentido subjetivo é o fato que ocorre no mundo, de existência natural, perceptível no tempo e no espaço. Diferentemente, o ato de sentido objetivo obtém-se quando o sentido subjetivo ganha uma qualificação jurídica. O ato de vontade de sentido objetivo não é perceptível pelos sentidos, ele é posto conscientemente, ou seja, é dotado de um sentido reconhecível pelos demais sujeitos envolvidos<sup>13</sup>. Deste modo, um fato ocorrido no mundo ganha uma significação jurídica que pode ser, portanto, encarada pelo Direito, e o que possibilita esta interpretação é, segundo Kelsen, a própria norma. A interpretação de um ato como jurídico pressupõe a existência de uma norma cujo conteúdo corresponda ao fato ocorrido. Segundo Kelsen:

O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade – que não pode ser captada pelos sentidos – somente surge através desta operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal. (KELSEN, 2003, p.4)

A norma jurídica é o objeto de estudo da teoria pura do Direito; ou melhor, o objeto desta ciência é um sistema de normas, de “deveres”. Kelsen esclarece que o termo “dever” não abrange somente obrigações, mas também uma série de outras prescrições que envolvem a conduta humana. Segundo o autor, o “dever” é o sentido dos diversos tipos de atos de vontade que alguém põe frente à conduta de outrem. Kelsen, neste momento, abarca o escopo dos tipos de atos cujo sentido é um “dever”, ao afirmar que, deles, “dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar.”(KELSEN, 2003, p.5). Estes são os diversos tipos de atos de vontade objetivos, e o sentido fundamental destes diversos atos é uma norma. É importante, neste caso, evidenciar que a norma não se confunde com o ato do qual é o sentido: a norma é sempre um dever-ser, uma prescrição, enquanto que o ato é sempre um ser, um fato no mundo. O âmbito do ato é o de um indivíduo que *quer* que outro se conduza de certa maneira, o âmbito da norma é o de um indivíduo que *deve* conduzir-se de certa maneira. Reduzir a norma ao ato é dissipar os limites entre o ser e o dever-ser, transformando o dever em querer. Quanto a esta recorrente dicotomia observada ao longo de todo o pensamento de

---

<sup>13</sup> Na primeira fase de Kelsen, tratada no capítulo anterior, ainda não existe a diferenciação entre os atos de vontade subjetivos e objetivos. No entanto, pode-se dizer que, o que naquela fase corresponde ao ato de vontade subjetivo é a noção de “comando”. O ato de vontade mencionado na primeira fase é o que Kelsen nesta segunda fase denomina ato de vontade objetivo.

Kelsen, qual seja, a da fundamental distinção entre os âmbitos do ser e do dever-ser, o próprio autor salienta:

A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não [sic] segue que algo seja. (KELSEN, 2003, p. 6)

Quando tenta estabelecer uma espécie de relação entre o ser e o dever-ser, Kelsen antecipa o que, na sua obra *Teoria Geral das Normas*<sup>14</sup>, tratará como o “substrato modalmente indiferente”, e que constituirá um importante ponto na análise da relação entre as normas e a Lógica. Porém, neste ponto, Kelsen é ainda sucinto e aborda a questão superficialmente, de acordo com o que se segue.

O autor defende que, quando se afirma que um ser corresponde a um dever-ser, o que na verdade está sendo dito é que o conteúdo de um ser corresponde ao conteúdo de um dever-ser. Assim, um fato, uma situação ou uma conduta, tem a possibilidade de ser o conteúdo de um ser e de um dever-ser, ou seja, pode existir uma conduta que *é* e, ainda, pode existir uma conduta que *deve ser*. Kelsen exemplifica:

Nestas duas proposições: a porta será fechada e a porta deve ser fechada, o “fechar a porta” é, no primeiro caso, enunciado como algo que é e, no segundo caso, como algo que deve ser. A conduta que é e a conduta que deve ser não são idênticas. A conduta que deve ser, porém, equivale à conduta que é em toda a medida, exceto no que respeita à circunstância (*modus*) de que uma é e a outra deve ser. (KELSEN, 2003, p.7)

É interessante notar que o exemplo envolvendo a proposição “fechar a porta”, dado por Kelsen, é de fato analisado, sob o mesmo aspecto e de maneira insistente, na obra *A Linguagem da Moral*, de Richard M. Hare:

Notamos que as duas sentenças “Você vai fechar a porta” e “Feche a porta” são ambas sobre a mesma coisa, a saber, você fechar a porta no futuro imediato, mas que são utilizadas para dizer coisas diferentes sobre isso. É puramente um acidente gramatical que as partes da sentença falada ou escrita, que, em cada um dos casos, referem-se a essa coisa sobre a qual falam, não sejam idênticas. (HARE, 1996, p.19)

O fato de Kelsen analisar o mesmo exemplo segundo concepções próprias frente às de Hare indica, já nesta fase<sup>15</sup>, a leitura por parte de Kelsen da obra do outro autor, que é anterior

<sup>14</sup> Objeto de estudo do próximo capítulo desta dissertação.

<sup>15</sup> Na *Teoria Geral das Normas*, obra que pertence à terceira fase do pensamento de Kelsen acerca do problema do logicismo do Direito, o autor analisa expressamente a proposta de R. M. Hare. Cf. KELSEN, 1986, p.449-450 e p. 471-472.

à segunda edição de sua obra *Teoria Pura do Direito* (1960). Kelsen parece dar uma resposta a Hare, um defensor da aplicação da Lógica às normas<sup>16</sup>.

Assim, quando comumente se afirma que uma conduta é “conforme a norma”, querendo dizer que ela *é como deve ser*, isso significa que a conduta fática corresponde ao conteúdo da norma em questão, ou seja, está-se verdadeiramente falando do “conteúdo do ser que equivale ao conteúdo do dever-ser, a conduta em ser que equivale à conduta posta na norma como devida (devendo ser) – mas que se não identifica com ela, por força da diversidade do *modus*: ser, num caso, dever-ser, no outro.” (KELSEN, 2003, p.7)

Frente a isso, Kelsen aborda as diferentes formas pelas quais pode se expressar uma norma: por gestos, símbolos, fala ou escrita – geralmente sob a forma do imperativo. O ponto central nesta abordagem da forma de expressão da norma é que Kelsen defende a proposição como legítima na expressão normativa. Porém, o autor deixa claro: “O sentido dessas proposições, porém, não é o de um enunciado sobre um fato da ordem do ser, mas uma norma da ordem do dever-ser, quer dizer, uma ordem, uma permissão, uma atribuição de competência.” (KELSEN, 2003, p.8). Todos os atos jurídicos (inclusive as decisões judiciais) devem ter o sentido de normas. Porém, os atos de vontade de sentido subjetivo expressam somente um querer frente à conduta de outrem, um dever que não é reconhecido objetivamente. Por isso, além de subjetivo, o sentido do ato deve ser também objetivo, para que o dever-ser seja reconhecido como norma, tornando a conduta que é objeto do ato obrigatória do ponto de vista jurídico.

É deste modo que surge a noção de obrigatoriedade na segunda fase do pensamento de Kelsen. Anteriormente, a obrigatoriedade era vista como uma “força” derivada da validade normativa. Já neste momento, Kelsen realiza uma gênese pautada sob o conceito de ato de vontade objetivo, cujo sentido é a norma válida. Assim, se antes a norma era válida por ser pertencente a um sistema regido por uma norma fundamental, sendo legitimamente criada segundo ela, agora a noção de validade dependerá também da natureza do ato de vontade. Kelsen ainda afirma que, mesmo o ato de vontade de sentido objetivo tendo sido extinguido (ou seja, mesmo depois da vontade haver cessado), o seu sentido, o dever-ser, é ainda obrigatório, é considerado objetivo e, mais ainda, é considerado uma norma válida. A norma dá o sentido objetivo ao dever-ser subjetivo, ela atribui ao sujeito a competência para o ato. Kelsen novamente exemplifica:

---

<sup>16</sup> A análise de Hare é pautada pela distinção entre “frástica” e “nêustica”, em uma análise que se aproxima da abordagem kelseniana acerca do “substrato modalmente indiferente” (apesar de conduzirem a teses opostas). Esta relação entre os dois autores será analisada no próximo capítulo desta dissertação, por situar-se na terceira fase do pensamento de Kelsen, segundo o problema da aplicação dos princípios lógicos às normas.

A ordem de um gângster para que lhe seja entregue uma determinada soma de dinheiro tem o mesmo sentido subjetivo que a ordem de um funcionário de finanças, a saber, que o indivíduo a quem a ordem é dirigida deve entregar uma determinada soma de dinheiro. No entanto, só a ordem do funcionário de finanças, e não a ordem do gângster, tem o sentido de uma norma válida, vinculante para o destinatário; apenas o ato do primeiro, e não o do segundo, é um ato produtor de uma norma, pois o ato do funcionário de finanças é fundamentado numa lei fiscal, enquanto que o ato do gângster não se apóia em qualquer norma que para tal lhe atribua competência. (KELSEN, 2003, p. 9)

Para obter sentido objetivo, portanto, é sempre necessário o apoio em uma norma válida que, por sua vez, tem sua validade obtida por outra norma superior, até que se alcance a norma fundamental, pressuposta como garantia da validade objetiva.

Ao término desta discussão, Kelsen ainda aponta para o fato de uma norma ser o conteúdo do sentido de um *ato de vontade* objetivo, mas também, o conteúdo de um *ato de pensamento*. Nesse último aspecto, a norma é somente pensada, e não querida, desejada. A norma que é conteúdo de um ato de pensamento não é uma norma válida, pois não foi positivada. Ela é, assim, uma norma enquanto somente pressuposta.

Ainda na *Teoria Pura do Direito*, Kelsen retoma a discussão acerca das possíveis relações entre validade e eficácia. Para o autor, a existência da norma é caracterizada como sua validade, ou ainda, como sua vigência. Vigência é aqui um sinônimo de validade, e importa perceber que esta vigência independe do ato de vontade que a origina, no sentido de um “querer” do conteúdo desta norma. O que Kelsen faz é reforçar a idéia de recusa do ato de vontade como sendo um desejo em sentido psicológico: o ato de vontade é sim essencial no ato de posição da norma, mas o “querer” envolvido não interessa ao âmbito jurídico, ele é prescindível, supérfluo.

Assim, quanto à relação entre a validade e a eficácia, Kelsen segue fiel à sua primeira fase. A posição de Kelsen é analisada por Luis Fernando Barzotto como uma resposta às correntes idealistas e realistas:

Dentro do quadro da *Teoria Pura do Direito*, a relação entre validade e eficácia é uma instância do problema mais geral das relações entre *Sein* e *Sollen*, ou entre realidade natural e direito. Kelsen afirma procurar uma “via intermédia” entre as posições equivocadas do idealismo e do realismo. O idealismo sustenta a independência absoluta entre validade (*Sollen*) e eficácia (*Sein*); o realismo identifica os dois conceitos. (BARZOTTO, 2001, p.54)

Assim, o autor segue admitindo a necessidade de um mínimo de eficácia ao sistema para a validade da norma, mesmo apesar do fato de que os conceitos de vigência e eficácia pertencerem, respectivamente, ao âmbito do dever-ser e do ser, que nunca podem ser

reduzidos. A importante tese que segue sendo assumida é a de que a eficácia é uma condição da validade normativa, mas não o seu fundamento – que é a norma fundamental:

Tal eficácia é condição no sentido de uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade. (...) Assim, um homem, para viver, tem de nascer: mas, para permanecer com vida, outras condições têm ainda de ser preenchidas, v. g., tem de receber alimento. Se esta condição não é satisfeita, perde a vida. A vida, porém, não se identifica nem com o fato de nascer nem com o fato de receber alimento. (KELSEN, 2003, p.236)

Esta analogia parece ilustrar de maneira plena a relação entre a validade e a eficácia. Tal como o homem que, para viver, deve nascer, a norma, para ser eficaz, deve primeiro existir como norma, ou seja, ser válida. É a validade que identifica a norma, que lhe garante a existência como norma. Porém, do mesmo modo que é preciso outras coisas para que o homem sobreviva em seu estado, é necessário também à norma outros elementos para que subsista como tal, ou seja, a eficácia é uma condição de existência – de manutenção da existência – da norma do mesmo modo como o alimento é uma condição da manutenção da vida. A eficácia não faz da norma uma norma, ou seja, não é por ser eficaz que a norma é uma norma – é a validade que lhe dá tal *status* – mas, sem eficácia, a norma perde sua validade do mesmo modo que o homem perde a sua vida sem o alimento.

Já foi mencionada, no capítulo anterior<sup>17</sup>, o fato de que esta estreita ligação entre a validade e a eficácia revela uma limitação da teoria kelseniana, prevista pelo próprio Kelsen, segundo a qual a própria condição da validade – um termo essencialmente pertencente ao âmbito do dever-ser – consta em um elemento próprio do âmbito do ser, a eficácia. Este tipo de situação já existe no caso do ato de vontade, originário no âmbito da realidade natural, mas que possui como sentido – quando objetivo – uma norma, uma prescrição. Segundo o autor, este fato seria o ponto mais sensível de sua teoria, e será novamente tratado na terceira fase<sup>18</sup>.

Já a concepção segundo a qual toda conduta é regulada juridicamente, seja de forma positiva ou negativa, surge somente nesta segunda fase do pensamento de Kelsen. Esta tese afirma que nenhuma conduta é ausente de regulamentação, até mesmo quando não existe norma prescrevendo a obrigatoriedade ou a proibição de determinada conduta. Nesses casos, afirma-se que, se a conduta não está sendo proibida, ela está sendo, na verdade, negativamente permitida:

Negativamente regulada por um ordenamento normativo é a conduta humana quando, não sendo proibida por aquele ordenamento, também não é positivamente

---

<sup>17</sup> Cf. capítulo 2, sub-seção 2.1.2.

<sup>18</sup> Cf. capítulo 4, seção 4.3.

permitida por uma norma delimitadora do domínio de validade de uma outra norma proibitiva – sendo, assim, permitida num sentido meramente negativo. Essa função meramente negativa da permissão deve ser distinguida da função positiva, pois esta consiste num ato positivo. (KELSEN, 2003, p.18)

Como dá a entender a própria citação, este tema pode tornar-se problemático na teoria kelseniana se for observado o fato de que, por a conduta não estar sendo positivamente proibida, a permissão negativa foge ao preceito fundamental da positividade normativa. Ou seja, a regulamentação negativa não se baseia numa norma positivada, mas sim na ausência de uma norma que impeça a realização de determinada conduta, o que parece ir de encontro aos próprios preceitos positivistas.

### **3.3 O problema da aplicabilidade dos princípios lógicos às normas**

Kelsen começa a fornecer indicativos de sua posição quanto ao problema da aplicabilidade quando trata da questão da avaliação de uma determinada conduta. A comparação que serve de base a esta avaliação é feita entre a conduta de um indivíduo e a norma correspondente, classificando-se a conduta como sendo “boa” quando conforme à norma e “má” quando “contrária” à norma. Importa notar que tal avaliação não deixa de constituir um juízo de valor, positivo ou negativo. Ora, algumas considerações devem ser feitas a respeito deste processo avaliativo: primeiramente, a conduta aqui levada em conta encontra-se como um fato real no âmbito do ser, enquanto que a norma encontra-se no plano do dever-ser. Com isto, apenas a conduta é avaliada, ou seja, o fato da realidade é que é julgado, e jamais a norma, que funciona apenas, como já foi dito, como um padrão de avaliação. Isso porque as normas não apresentam valores absolutos a respeito de condutas desejadas – o que pode ser obrigatório em uma ordem normativa pode ser proibido em outra ordem – mas apenas valores relativos, arbitrários. Esta posição vai ao encontro da concepção de justiça “formal” expressa por Kelsen, que admite apenas padrões propriamente jurídicos na avaliação do Direito.

Frente a tais concepções, Kelsen infere que seria perfeitamente possível a existência de uma norma prescrevendo uma conduta de valor oposto ao da conduta expressa em outra norma anteriormente vigente, ou vigente simultaneamente, mas pertencendo a outra ordem

normativa. Nesse caso, a validade de cada uma delas é perfeitamente legítima; porém, conjuntamente, ambas não poderiam ser válidas ao mesmo tempo:

Assim, a norma que proíbe o suicídio ou a mentira em todas e quaisquer circunstâncias pode valer o mesmo que a norma que, em certas circunstâncias, permita ou até prescreva o suicídio ou a mentira, sem que seja possível demonstrar, por via racional, que apenas uma pode ser considerada como válida e não a outra. Podemos considerar como válida quer uma quer outra – mas não as duas ao mesmo tempo. (KELSEN, 2003, p. 20)

Não fica claro se Kelsen está referindo-se a duas normas que não poderiam coexistir de maneira “contraditória” em duas ordens normativas diferentes ou se isto poderia ser também possível em uma mesma ordem, apesar de ser conhecida a sua tese de recusa por elementos contraditórios dentro do mesmo sistema, que deve justamente consistir numa “ordem”. Porém, fica observado que Kelsen recusa a possibilidade de coexistência no tempo de duas normas de conteúdo contraditório, o que igualmente indica sua recusa à aplicação do princípio da não-contradição, devido à própria impossibilidade de existência da relação de “contradição”.

Kelsen também discute, igualmente a respeito da conduta humana, a sua qualificação não mais como “boa” ou “má”, mas agora como “proibida” ou “prescrita”. Porém, é preciso antes esclarecer que, quando se afirma que uma conduta é “prescrita”, não é de fato a conduta que é devida, mas sim a sanção a ela ligada, no caso de uma conduta oposta. Kelsen (2005, p.27) diz: “O ser-devida da sanção inclui em si o ser-proibida da conduta que é o seu pressuposto específico e o ser-prescrita da conduta oposta.”. E, na mesma página, afirma: “A conduta prescrita não é a conduta devida, devida é a sanção”. Com isso, pode-se observar com clareza a análise que Kelsen faz a respeito das relações entre uma conduta neste sentido “prescrita” e outra conduta “proibida”.

Ao tratar propriamente do caso do conflito entre normas, o autor primeiramente reforça a idéia de que proposições normativas como “A deve ser” e “A não deve ser” representam uma “contradição normativa”, e que as normas por elas descritas não podem ser simultaneamente válidas ou aplicadas ou, mesmo, observadas. Porém, Kelsen afirma: “Mas as duas proposições: se A é, X deve ser e, se não-A é, X deve ser, não se excluem mutuamente e ambas as normas por elas descritas podem ser simultaneamente válidas.” (KELSEN, 2003, p. 27). Trata-se do caso de uma conduta e, igualmente, a sua conduta oposta, tendo ambas uma mesma sanção. Segundo Kelsen, ambas as normas podem ser válidas e coexistir em um

ordenamento jurídico sem que exista uma situação de contradição normativa<sup>19</sup> (o que não seria permitido no ordenamento), pois o que está de fato envolvido na sua relação é um conflito teleológico, igualmente indesejável dentro do ordenamento, mas solucionável através da anulação de uma das normas<sup>20</sup>. Esta tese condiz com a noção de que não é, de fato, a conduta que é devida no Direito, mas sim, a sanção ligada a ela. Kelsen explica:

No domínio de uma ordem jurídica pode surgir uma situação – e de fato surgem tais situações, como veremos – em que uma determinada conduta humana e, ao mesmo tempo, a conduta oposta, têm uma sanção como consequência. Ambas as normas – as normas que estatuem as sanções – podem valer uma ao lado da outra e ser efetivamente aplicadas porque se não contradizem, isto é, porque podem ser descritas sem contradição lógica. (KELSEN, 2003, p.27)

Porém, a abordagem que revela a posição central de Kelsen acerca do problema da aplicabilidade da Lógica às normas, e que marca a sua posição referente a uma segunda fase dentro de seu pensamento é puramente a sua referência à noção de *proposição normativa*. Segundo Kelsen, o cientista jurídico, tendo como *objeto* as normas, tem como *função* a descrição destas normas, o que é realizado por meio, justamente, da proposição normativa ou proposição jurídica. A principal preocupação de Kelsen a este respeito é a necessidade de diferenciação da norma com esta proposição que a descreve:

Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. (KELSEN, 2005, p. 80-81)

Assim, mesmo pertencendo a âmbitos distintos, a *norma* pode ser descrita através de uma *proposição*. Mas o sentido desta norma permanece prescritivo – ela não perde o sentido de norma. A grande distinção entre a norma (mesmo a norma que se expressa por uma proposição) e o enunciado da ciência normativa é o fato de que este último pode ser caracterizado como verdadeiro ou falso, como verídico ou inverídico<sup>21</sup>, ao passo que a norma pode apenas constar como válida. Kelsen lembra que os próprios fatos do ser não podem ser

<sup>19</sup> Inclusive, a descrição dessas normas não incorreria em uma contradição lógica. O que Kelsen trata neste ponto é a relação entre “ $p \rightarrow q$ ” e “ $\neg p \rightarrow q$ ”, que não se trata de um conflito entre normas, pois a negação atua somente sobre o antecedente da segunda norma. Um conflito normativo somente poderia existir quando se afirma simultaneamente a validade de “ $p \rightarrow q$ ” e de “ $\neg (p \rightarrow q)$ ”.

<sup>20</sup> Quanto a este assunto, Kelsen não fornece um critério que norteie o processo de anulação normativa.

<sup>21</sup> Cf. KELSEN, 2003, p. 82. Kelsen, ao negar que as normas são passíveis de valoração segundo verdade ou falsidade (mas somente segundo a validade), pela primeira vez utiliza-se do termo “verídico” como um sinônimo da “verdade” e “inverídico” como “falsidade”. Esta abordagem incomum não será retomada pelo autor nas obras subsequentes estudadas nesta dissertação.



caracterizados como verdadeiros ou falsos, mas somente como existentes ou inexistentes, pois verdadeiros ou falsos são apenas os enunciados acerca destes fatos. Assim, é importante destacar o escopo dos próprios predicados de verdade ou falsidade: eles são características dos enunciados do ser, da descrição dos fatos que é realizada, por exemplo, por uma ciência. Eles não são características do objeto desta ciência, qual seja, a própria natureza. Já a norma é justamente o objeto que está sendo descrito pela ciência jurídica, e pode, igualmente, apenas ser existente ou não existente, ou, o que é o mesmo dizer, válida ou não-válida.

Depois de exposto este panorama, Kelsen apresenta o problema da tentativa de aplicação dos princípios lógicos da não-contradição e da regra de inferência às normas jurídicas. O primeiro ponto observado é que tais princípios são aplicáveis a proposições com a capacidade de serem ou verdadeiras ou falsas, e que, como foi visto, normas jurídicas não preenchem tal requisito. Porém, Kelsen observa que tal aplicação lógica às normas foi e é comum no trabalho dos juristas, e o que fica indicado pela argumentação do autor é que ele busca uma justificativa para esta prática tão usual, mesmo estando consciente da sua impossibilidade. Ora, a resposta encontrada por Kelsen é a marca essencial desta fase de seu pensamento quanto ao problema central desta dissertação: Kelsen aceita a aplicabilidade dos princípios lógicos acima referidos de maneira indireta, ou seja, ele aceita a aplicação dos princípios aos enunciados que descrevem as normas jurídicas. Esta tese é assumida pelo autor como se segue:

*A resposta a esta questão é a seguinte: os princípios lógicos podem ser, se não direta, indiretamente, aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas. Duas normas jurídicas contradizem-se e não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem; e uma norma jurídica pode ser deduzida de uma outra quando as proposições jurídicas que as descrevem podem entrar num silogismo lógico. (KELSEN, 2003, p. 84, grifo meu)*

Kelsen assume que as proposições envolvidas nesta aplicação indireta são sempre normativas, ou seja, elas descrevem normas que, por sua natureza, são prescritivas. As proposições normativas, assim, podem ser verdadeiras ou falsas, mas não dizem respeito à ordem do ser, e sim à ordem normativa do dever-ser. Assim, fica distinguida a ciência normativa do Direito da ciência causal da natureza, sendo a primeira regida por um princípio de imputação (quando A é, B deve ser), e a segunda pelo princípio da causalidade (quando A é, B é).

### 3.3.1 O “processo silogístico”

O cenário que serve de contexto à argumentação kelseniana aqui analisada é exposto por Manuel Atienza da seguinte maneira:

Outro dos possíveis motivos de insatisfação provém do fato de a definição de argumento válido dedutivamente (aquela que é encontrada nos livros de lógica) se referir a proposições (premissas e conclusões) que podem ser verdadeiras ou falsas. Mas no Direito, na moral etc. os argumentos que se articulam partem muitas vezes de, e chegam a, normas; isto é, empregam um tipo de enunciados em relação aos quais não parece que tenha sentido falar de verdade ou falsidade. Em consequência, surge o problema de se a lógica se aplica ou não às normas. (ATIENZA, 2003, p.29)

Este problema enunciado por Atienza, e que é o objeto central desta dissertação, remete a uma questão que permanece central nos escritos kelsenianos – por ser central ao propósito da teoria de Kelsen –, referente à fundamentação do sistema jurídico. É a partir da questão da fundamentação de um sistema (jurídico, por um lado, moral, por outro) que Kelsen irá elaborar suas teses em relação ao problema da aplicabilidade.

A questão referente à fundamentação do sistema jurídico bifurca-se em diversas outras questões secundárias, referentes, por exemplo, à justificação da pertinência<sup>22</sup> de uma norma a um determinado ordenamento, ou à própria justificação da validade de uma determinada norma. Este tipo de justificação aponta para o modo pelo qual a norma foi criada, ou seja, não se deve buscar o fundamento da validade normativa no âmbito fático do ser, mas sim no próprio campo jurídico, pela verificação do processo criador da norma em questão. Esta verificação revelará também se a norma pertence a um sistema estático ou dinâmico.

Kelsen defende que a criação de uma norma depende sempre da aplicação de outra norma à primeira superior, em um regresso que culmina na norma fundamental. É nesse sentido que se expressa a tese central de Kelsen quanto ao problema da aplicação dos princípios lógicos às normas, qual seja, o de que a norma superior é o *fundamento* de validade da norma inferior. Observe-se o seguinte exemplo que Kelsen fornece ao analisar o fundamento da validade dos Dez Mandamentos, e o modo como o autor enfatiza a dicotomia entre os planos do ser e do dever-ser que se envolvem neste processo de fundamentação realizado através de um silogismo:

---

<sup>22</sup> A justificação quanto à pertinência da norma ao sistema diz respeito aos casos em que se questiona o porquê de uma norma ser considerada obrigatória – pertencente ao sistema – frente à outra “norma” que não possui a chamada força de obrigatoriedade, a própria validade. Um exemplo corrente é a indagação acerca do comando de um salteador, de que lhe seja entregue uma determinada soma de dinheiro, e o por quê de a vítima não possuir obrigatoriedade de ceder-lhe a quantia. Essa discussão remete à ausência de uma norma fundamental que legitime a ordem do salteador, que, portanto, não se qualifica como norma.

Em todo caso, no silogismo cuja premissa maior é a proposição de dever-ser que enuncia a norma superior: devemos obedecer aos mandamentos de Deus (ou aos mandamentos de Seu Filho), e cuja conclusão é a proposição de dever-ser que enuncia a norma inferior: devemos obedecer aos Dez Mandamentos (ou ao mandamento que nos ordena que amemos os inimigos), a proposição que verifica (afirma) um fato da ordem do ser: Deus estabeleceu os Dez Mandamentos (ou o Filho de Deus ordenou que amássemos os inimigos), constitui, como premissa menor, um elo essencial. Premissa maior e premissa menor, ambas são pressupostos da conclusão. Porém apenas a premissa maior, que é uma proposição de dever-ser, é *conditio per quam* relativamente à conclusão, que também é uma proposição de dever-ser. Quer dizer, a norma afirmada na premissa maior é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. A proposição de ser que funciona como premissa menor é apenas *conditio sine qua non* relativamente à conclusão. Quer dizer: o fato da ordem do ser verificado (afirmado) na premissa menor não é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. (KELSEN, 2003, p.216)

Esta longa passagem revela uma série de argumentos centrais ao problema analisado nesta dissertação. O que Kelsen torna expresso é o processo pelo qual é criada uma norma moral, através de um silogismo que envolve, como o autor afirma, descrições (afirmações) de normas e um enunciado do ser. O silogismo pode ser mais claramente analisado como se segue:

*Devemos obedecer aos mandamentos de Deus.* (1)

*Deus estabeleceu os Dez Mandamentos.* (2)

---

*Devemos obedecer aos Dez Mandamentos.* (3)

Em que (1) é a premissa maior, representada por uma proposição de dever-ser que enuncia a norma superior que está sendo aplicada; (2) é a premissa menor, representada por uma proposição do ser que enuncia um fato do mundo; e (3) é a conclusão, uma proposição de dever-ser que enuncia a norma inferior que está sendo criada. O que Kelsen pretende é identificar a função de cada tipo de proposição envolvida. Para o autor, o fundamento da validade da norma expressa pela proposição da conclusão é a norma descrita pela proposição de dever-ser da premissa maior, e não o fato expresso na premissa menor. Fundamento de validade de uma norma é somente outra norma, sendo que o fato expresso na premissa menor é apenas o chamado “elo” que permite que haja a criação, e que é o marco da positividade da norma. Assim, é necessário o conteúdo tanto da premissa maior quanto da premissa menor para que seja estabelecido o conteúdo da conclusão, mas a norma expressa na conclusão somente ganha *status* devido à existência da norma superior expressa na premissa maior, porque é dali que deriva o elemento da *validade*, apenas confirmado no âmbito do ser envolvido na premissa menor.

Este silogismo demonstra, portanto, a fundamentação da validade normativa. É interessante notar o fato de que o exemplo de norma utilizado por Kelsen nesta passagem advém da Moral, que constitui, para o autor, um sistema estático de normas. O ponto a ser levado em conta é o fato de que Kelsen, ao se utilizar do silogismo para expressar o processo de fundamentação normativa, trata de um exemplo da Moral, que constitui um sistema estático, onde a dedução racional é permitida e, mais do que isso, é o próprio modo de obtenção de normas individuais no ordenamento. O que permanece obscuro é o porquê de o autor não utilizar-se de um exemplo do Direito para explicar a noção de fundamentação normativa, já que o autor aceita que a fundamentação normativa das normas do Direito pode igualmente dar-se através de um silogismo. Aliás, Kelsen entende que qualquer norma positiva pode ter sua fundamentação expressa em um silogismo. Veremos mais abaixo como o autor trata a fundamentação dentro do sistema jurídico, de caráter dinâmico.

Quando trata do segundo tipo de fundamentação ao qual se propõe analisar, referente à pertinência da norma a um determinado sistema, Kelsen indica que é necessário um avanço no processo de fundamentação, de modo que este alcance a própria norma fundamental, dado que é ela que garante a unidade do sistema. Assim, quando o último fundamento da validade de uma norma for a própria norma fundamental de uma ordem, esta norma pertence a tal ordem. Isso porque, como já foi dito alhures: “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa.” (KELSEN, 2003, p.217).

É importante deter-se ainda ao exemplo do silogismo para esclarecer mais alguns aspectos. O silogismo apresentado por Kelsen não é o chamado silogismo prático, que envolve elementos que não poderiam ser qualificados como verdadeiros ou falsos<sup>23</sup>.

O silogismo apresentado acima não envolve normas, mas apenas descrições de normas. Isso porque Kelsen nega a idéia de uma razão prática dentro do Direito, ou seja, da capacidade de positivação da norma através de procedimentos puramente racionais:

Normas do chamado Direito da Razão não podem ser fixadas pela razão, porque a razão humana é uma faculdade de conhecimento, a saber: uma faculdade de pensamento.

Por meio da razão podem-se conhecer as normas estabelecidas por uma autoridade através de atos de vontade, podem-se produzir conceitos, mas não se podem produzir normas. (KELSEN, 1986, p.10)

---

<sup>23</sup> Porém, mais adiante (p.237), Kelsen o chama de “silogismo normativo que fundamenta a validade de uma ordem jurídica”. Ora, não parece apropriada tal caracterização, pelo fato de que o silogismo envolve apenas proposições, mesmo sendo algumas delas proposições de dever-ser.

Para Kelsen, dentro do âmbito normativo, a razão possui função cognoscitiva, e não legisladora, dado que, neste âmbito, o estabelecimento da norma depende de um ato de vontade por parte do juiz. Isso porque a norma fundamental do Direito não possui um conteúdo geral como aquela da Moral. Ela apenas delega autoridade para a criação das demais normas a uma autoridade competente que emitirá os atos de vontade imprescindíveis à existência das normas do sistema: “Com efeito, a norma fundamental limita-se a delegar numa autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema.” (KELSEN, 2003, p.219). Assim, o principal elemento distintivo entre os tipos de sistema é a natureza da norma fundamental.

Deste modo fica estabelecida a função do silogismo dentro da Teoria Pura como sendo uma forma de expressão do *processo de fundamentação da validade normativa*. Mais adiante em sua obra, Kelsen reforça esta tese, afirmando que:

A fundamentação da validade de uma norma positiva (isto é, estabelecida através de um ato de vontade) que prescreve uma determinada conduta realiza-se através de um processo silogístico. Nesse silogismo a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com o sentido subjetivos destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira. A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legítima, assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo. Por exemplo: devemos obedecer às ordens de Deus. Deus ordenou que obedecemos às ordens dos nossos pais. Logo, devemos obedecer às ordens de nossos pais.” (KELSEN, 2003, p.226)

Observe-se que Kelsen parece preferir sempre os exemplos da Moral, e não do Direito, para ilustrar sua explicação acerca do silogismo, o que é curioso frente sua própria afirmação de que o processo silogístico atua na fundamentação de todas as normas positivas, dentre as quais estão as normas jurídicas.

Assim, o que se pode concluir acerca desta discussão a respeito do silogismo é o fato de que Kelsen, ao aceitar a figura do silogismo para a fundamentação da validade normativa, não está defendendo a aplicação direta da Lógica ao Direito, e nem mesmo à Moral. Isso porque a regra de inferência atua sobre descrições acerca de normas, as chamadas proposições de dever-ser, e não sobre as normas em si. O que Kelsen defende é, portanto, a aplicação *indireta* do princípio lógico – a regra de inferência – às normas, sendo que ele atua somente nos silogismos envolvendo as descrições acerca de normas e o próprio enunciado representado pela premissa menor.

### 3.3.2 Os conflitos de normas

A existência de uma norma fundamental que garante a unidade entre as normas de um mesmo ordenamento implica que tal ordem não apresente conflitos internos entre suas normas. Se tais normas forem descritas em proposições de dever-ser, têm-se a negação da possibilidade de contradição entre estas proposições. Porém, quando são os órgãos jurídicos que emitem atos de vontade que, quando se objetivam, resultam em normas conflitantes, ou seja, normas em uma situação em que uma norma prescreve uma conduta e outra norma prescreve uma conduta que torna impossível o cumprimento da primeira, o caso do conflito existe e deve ser solucionado. Porém, também no caso do conflito Kelsen preocupa-se em deixar clara a sua posição quanto ao papel da Lógica no meio jurídico: o autor nega a aplicação do princípio da não-contradição por entender que este somente se aplica a proposições que podem ser verdadeiras ou falsas, e não às normas, que somente podem ser válidas ou não válidas. Deste modo:

Esse conflito não é (...) uma contradição lógica no sentido estrito da palavra, se bem que se costume dizer que as normas se “contradizem”. Com efeito, os princípios lógicos, e particularmente o princípio da não-contradição, são aplicáveis a afirmações que podem ser verdadeiras ou falsas; e uma contradição lógica entre duas afirmações consiste em que apenas uma ou a outra pode ser verdadeira; em que se uma é verdadeira, a outra tem de ser falsa. Uma norma, porém, não é verdadeira nem falsa, mas válida ou não válida. (KELSEN, 2003, p.229)

Porém, novamente o autor cede espaço a uma aplicação *indireta* do princípio lógico da não-contradição às normas, ao permitir a sua aplicação às proposições normativas, ou seja, às proposições que descrevem as normas em conflito. Assim, ao descrever as normas conflitantes segundo proposições de dever-ser, torna-se possível a aplicação do princípio da não-contradição às duas proposições contraditórias, resolvendo assim também o caso do conflito normativo. O que importa notar é o fato de que Kelsen não mais parece aceitar a utilização de termos como “contradição normativa”: o autor está ciente e inclusive corrobora a necessidade de divisão clara entre os âmbitos do ser – da proposição que descreve a norma – e do dever-ser – no qual se encontra a norma. De forma alguma o princípio é aplicável à norma, mas somente à proposição que descreve o seu conteúdo.

Por isso, os princípios lógicos em geral e o princípio da não-contradição em especial podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem as normas de Direito e, assim, indiretamente, também podem ser aplicados às normas jurídicas. Não é, portanto, inteiramente descabido dizer-se que duas normas jurídicas se “contradizem” uma à outra. E, por isso mesmo, somente uma delas pode ser tida

como objetivamente válida. Dizer que A deve ser e que não deve ser ao mesmo tempo é tão sem sentido como dizer que A é e não é ao mesmo tempo. Um conflito de normas representa, tal como uma contradição lógica, algo de sem sentido. (KELSEN, 2003, p.229)

Porém, para a resolução do conflito, Kelsen aceita ainda – além da aplicação indireta dos princípios lógicos – um outro meio, específico ao campo jurídico e, deste modo, no sentido da teoria kelseniana, *puro*: a interpretação. Deste modo, o conflito pode ser juridicamente analisado conforme os modos pelos quais poderia vir a surgir no ordenamento, entre normas do mesmo nível, segundo o sistema escalonado da ordem jurídica. Entre normas do mesmo nível, vale o princípio jurídico *lex posterior derogat priori*, segundo o qual a norma cuja validade foi estabelecida mais recentemente no tempo mantém sua validade, extinguindo-se a validade da norma mais antiga. Derrogação e anulação (no caso das decisões judiciais) são procedimentos jurídicos, próprios do Direito. Já no caso das normas em diferentes níveis, fica excluída a possibilidade de existência de conflito<sup>24</sup>, dado que para a criação de uma norma é necessária a aplicação de uma norma superior a ela. A norma inferior é fundamentada pela norma superior, e tal dependência impede o conflito.

Nota-se, portanto, a centralidade da noção de proposição normativa como sendo o foco da aplicação lógica. Assim, Kelsen, de certo modo, mantém salvaguardada a usual idéia que afirma a possibilidade de aplicação dos princípios lógicos ao Direito, mas salienta a necessidade do estabelecimento de limites: a aplicação da Lógica somente pode dar-se a objetos passíveis de valoração. Como as normas não cumprem tal exigência, a saída de Kelsen é a aplicação indireta, ou seja, sobre as proposições que descrevem as normas, ainda apesar do fato de tais proposições não serem “puramente” descritivas. Kelsen elabora assim uma analogia entre a norma e a proposição normativa – a proposição de dever-ser –, e parece ignorar o fato fundamental de que está mesclando dois âmbitos que, segundo seu tão prezado pressuposto metodológico, são irreduzíveis. Ao que parece, Kelsen acaba por sacrificar seu propósito de “pureza” através da ambivalente noção de proposição de dever-ser, que permitiria a realização de operações lógicas flutuantes entre os dois domínios, o fático e o devido.

---

<sup>24</sup> Kelsen chega a mencionar o caso das chamadas normas “inconstitucionais”, quando haveria uma espécie de conflito ou desarmonia entre a norma criada e a norma aplicada na criação. Porém, o autor nega a possibilidade deste tipo de conflito, que atentaria contra a própria noção de ordem jurídica: “uma ‘norma contrária às normas’ é uma contradição nos termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside à sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida – seria nula, o que quer dizer, que nem sequer seria uma norma jurídica.”(KELSEN, 2003, p.296)

#### 4. A TERCEIRA FASE DE KELSEN QUANTO A RELAÇÃO ENTRE LÓGICA E DIREITO

O objetivo deste terceiro capítulo é a análise dos argumentos finais de Kelsen quanto à questão da possibilidade da aplicação da Lógica às normas. O objeto de estudo será principalmente a sua obra póstuma, a *Teoria Geral das Normas*, publicada em 1979, seis anos após a morte do autor. Serão também analisados outros materiais de autoria de Kelsen, pertencentes a esta mesma época, todos focados no tema central da relação entre os princípios da Lógica e as normas, como os textos *Law and Logic*, *Law and Logic Again*, *On the practical syllogism* e *Derogation*, publicados na obra *Essays in Legal and Moral Philosophy*, também postumamente, em 1973. Será ainda analisada a correspondência entre Kelsen e o jurista alemão Ulrich Klug, realizada entre os anos de 1959 e 1965, e publicada em 1984 sob o título de *Rechtsnormen und logische Analyse (Normas Jurídicas e Análise Lógica)*.

As obras acima citadas apresentam, diversamente dos escritos anteriormente analisados nesta dissertação, o problema da relação entre a Lógica e o Direito como sendo central. Este fato demonstra a crescente preocupação de Kelsen com o tema ao passar do tempo, e seu interesse em apresentar uma teoria definitiva acerca dele. Tal fato não pôde se dar, no entanto, devido ao falecimento do jurista, ficando em aberto a conclusão de alguns de seus escritos, publicados postumamente, sem uma revisão por parte do autor.

O fator que permite encarar-se este período como constituindo uma fase distinta dentro do pensamento do autor é sua abordagem totalmente distinta da questão central ao presente trabalho. Kelsen realiza uma mudança radical de seu foco: sua metodologia ao elaborar a *Teoria Geral das Normas* parece convergir sempre ao propósito de distinguir o âmbito prescritivo – dos atos de vontade – do Direito, do âmbito descritivo – dos atos de pensamento – de atuação da Lógica. Este é o principal fator que impede a aplicação da Lógica às normas. Ora, esta distinção já havia sido anteriormente defendida por Kelsen, mas é neste período que ela torna-se a base dos argumentos definitivos em recusa à aplicação da Lógica ao Direito.

Os argumentos que explicam tal recusa encontram-se apresentados de maneira pouco metódica. Porém, a tese central de Kelsen nesta fase final claramente diz respeito a uma *recusa completa da possibilidade de aplicação dos princípios lógicos às normas*, por entender o autor que nenhuma relação, mesmo que indireta, pode ser estabelecida entre os dois âmbitos, do ser e do dever-ser. É neste terceiro capítulo que fica justificado, em sua maior parte, o propósito da elaboração desta dissertação, ou seja,



é esta fase que caracteriza a obra de Kelsen como preocupada de modo específico com o papel da Lógica no âmbito normativo. Diferentemente das fases anteriores, nesta está presente uma vasta discussão entre Kelsen e seus contemporâneos, uma vez que o autor encontra-se num contexto acadêmico no qual a aplicação não parece problemática, e sua argumentação, por sua vez, destina-se justamente a condená-la:

É uma posição amplamente defendida entre os juristas de que há uma relação particularmente próxima entre o Direito e a Lógica (no senso tradicional, bivalorativo, de verdadeiro ou falso) – de que é uma propriedade específica do Direito a de ser “lógico”; o que significa dizer, que em suas mútuas relações, as normas do Direito correspondem aos princípios da Lógica. Isso pressupõe que estes princípios – particularmente a lei de não-contradição e a regra de inferência – são aplicáveis a normas em geral e a normas legais em particular. Isto é assumido pelos juristas como sendo auto-evidente. (KELSEN, 1973, p. 228, minha tradução)<sup>25</sup>

Sua argumentação na *Teoria Geral das Normas*, bem como nos escritos acima mencionados, segue uma linha diferenciada na medida em que oferece uma abordagem original do problema em relação aos escritos anteriores, não só por apresentar uma tese própria, mas por não mais observar a anterior perspectiva segundo os tipos de sistemas aos quais pertenceriam as normas analisadas, que repercutiriam na maneira como elas seriam colocadas frente à possibilidade de aplicação da Lógica: normas morais seriam passíveis de aplicação da Lógica segundo a perspectiva de sua pertinência ao sistema estático, enquanto as normas jurídicas não se sujeitariam ao tratamento lógico de acordo com sua pertinência a um sistema dinâmico. A própria relação entre o Direito e a Moral é aqui repensada por Kelsen (o que sugere o próprio título da obra *Essays in Legal and Moral Philosophy*), que passa a tratar dos dois campos de maneira indistinta em relação ao problema da aplicabilidade dos princípios da Lógica às normas.

Neste capítulo será abordada a questão do *substrato modalmente indiferente* (como uma resposta à tentativa de aplicação indireta da Lógica às normas), a questão da *derrogação* no caso do conflito entre normas e o problema do *silogismo prático* na produção normativa. Estes três principais pontos tornam conclusivas as teses desta terceira fase, em que Kelsen oferece um tratamento ao problema da aplicabilidade da Lógica às normas de maneira inovadora e definitiva. Inicialmente, porém, serão analisadas algumas noções periféricas caras à abordagem kelseniana – a diferenciação entre Ciência e objeto científico e a questão da

---

<sup>25</sup> No inglês: “it is a widely-held view among jurists that there is a particularly close relation between law and logic (in the traditional, two-valued, true-or-false sense) – that it is a specific property of law to be ‘logical’ ; which is to say, that in their mutual relations the norms of law correspond to the principles of logic. This presupposes that these principles – notably the law of non-contradiction and the rule of inference – are applicable to norm in general and to legal norms in particular. This is assumed by jurists to be self-evident”

falácia naturalista e sua repercussão na tese do dualismo metodológico –, que o autor utiliza como um reforço às teses de recusa ao logicismo do Direito.

#### 4.1 O dualismo metodológico

No início da *Teoria Geral das Normas*, Kelsen retoma a discussão acerca da significação do termo “norma” de modo a deixar claro que não é somente mandatória a função normativa, mas também derogatória, de permissão e de conferência de poderes<sup>26</sup>. Outro aspecto que é lembrado pelo autor é a necessária diferenciação entre uma ciência e o seu objeto. A Ciência do Direito, que é constituída por descrições acerca do Direito em si, tem este como o seu objeto, constituído por normas; a Ética, constituída por descrições acerca das normas da Moral, tem esta última como seu objeto. Nesta discussão, Kelsen considera também o campo da Lógica, ao caracterizar hipoteticamente as normas da Lógica frente a uma Ciência da Lógica. O autor contesta a tese de que o princípio da não-contradição e a regra de inferência – os dois princípios analisados quanto ao problema da relação entre Lógica e Direito – sejam *normas da Lógica*, a serem descritos pela *Ciência da Lógica*. Assim, Kelsen parece negar que a Lógica tenha normas como objeto (do mesmo modo que a Jurisprudência as têm em relação ao Direito ou a Ética em relação à Moral), e que seja uma Ciência no sentido descritivo. A tese de Kelsen quanto a isso é a de que o campo da Lógica não possui uma indicação rígida que demarque a ciência por um lado e o seu objeto por outro, ou seja, a Lógica é uma área híbrida, no sentido de haver interpretações variadas quanto à natureza de sua função e seus objetivos. Assim, pelo autor, é feita uma suposição de que a Lógica indique, ao mesmo tempo, uma ciência e o seu objeto – quando são assumidos os princípios da Lógica como sendo normas –, e, ainda, é feita igualmente a suposição de que a Lógica seria uma ciência que não descreve, mas prescreve, atentando ao próprio sentido clássico do termo “ciência”.

Supõe-se que há normas do pensamento, normas da Lógica, assim como normas da Moral e do Direito, e indica-se por meio do termo “Lógica” tanto uma Ciência quanto o seu objeto; ou – e isto, na maioria das vezes, é o caso – supõe-se mesmo que a Ciência da Lógica não descreve as normas do pensamento – como a Ética descreve as da Moral, a Ciência do Direito, as normas jurídicas – e sim estabelece, por conseguinte faz prescrições que ordenam uma determinada espécie do

---

<sup>26</sup> Esta observação ganha importância quando for tratada a questão da derrogação nos conflitos normativos. Cf. seção 4.3.

pensamento, o que é dificilmente compatível com a natureza de uma Ciência, como do conhecimento de um dado objeto seu. (KELSEN, 1986, p.2)

Kelsen parece não querer tomar partido quanto à questão do lugar da Lógica, se ela se encontra no plano descritivo ou prescritivo. Por um lado, o autor pode estar defendendo a idéia de que, ao lado da noção de ciência normativa que é a Ciência do Direito, que envolve uma descrição acerca de prescrições, existe também outro tipo de Ciência, como a Lógica, que também possui um caráter híbrido, envolvendo dois âmbitos (ou aspectos pertencentes a dois âmbitos) distintos. Ou seja, tal característica dualista não seria uma marca apenas da ciência normativa, mas também de outros campos, como o da Lógica. Por outro lado, porém, o autor pode ainda estar apresentando uma concepção de Lógica que venha a repercutir posteriormente em sua tese contrária à aplicação desta ao Direito. Ou seja, a abordagem feita por Kelsen a respeito da natureza da Lógica pode estar maculada por sua perspectiva quanto à possibilidade de sua aplicação às normas. Assim, Kelsen parece defender que a Lógica não se relaciona com normas (do pensamento) do mesmo modo como a Ética (com as normas morais) ou a Jurisprudência (com as normas jurídicas), estando já ela mesma envolvida com prescrições, internamente, o que impossibilita o tratamento lógico das normas segundo uma abordagem clássica.

Anteriormente, porém, foi oferecida uma resposta canônica acerca deste assunto, que não é citada por Kelsen, mas que parece apontar à mesma tese por ele esboçada ao aparentemente comparar a Lógica à Ciência do Direito:

O filósofo alemão Gottlob Frege inicia seu texto *O pensamento* apresentando a Lógica como tendo a função de discernir as leis do ser verdadeiro, tendo, portanto, o verdadeiro como o seu objeto. Nesse sentido, as leis do ser verdadeiro teriam um caráter *descritivo* (leis do ser), pois *enunciam o fato* de algo ser verdadeiro, gerando então, a partir daí, *prescrições* (leis do dever-ser) para se raciocinar de modo válido. Neste último sentido prescritivo adquirido pelo termo, é que se pode genuinamente tratar de *leis* do pensamento. Nas palavras do próprio autor:

Assim como a palavra “belo” assinala o objeto da estética e “bem” assinala o objeto da ética, assim também a palavra “verdadeiro” assinala o objeto da lógica. De fato, todas as ciências têm a verdade como meta, mas a lógica ocupa-se dela de forma bem diferente. Ela está para a verdade aproximadamente como a física está para o peso ou o calor. Descobrir verdades é a tarefa de todas as ciências: cabe a lógica, porém, discernir as leis do ser verdadeiro (*Wahrsein*). Emprega-se a palavra “lei” em dois sentidos. Quando falamos de leis morais e de leis jurídicas, referimo-nos as prescrições que devem ser obedecidas, mas com as quais os acontecimentos nem sempre estão em conformidade. As leis da natureza constituem a generalização dos acontecimentos naturais, com as quais estes sempre estão de acordo. É mais neste segundo sentido que falo de leis do ser verdadeiro. É verdade que aqui se trata não tanto de um acontecer, mas sobretudo de ser. *Das leis do ser verdadeiro decorrem*

*prescrições para asserir (Fürwahrhalten), para pensar, julgar, raciocinar.* E, nesta acepção, pode-se também falar de leis do pensamento. Mas aqui corremos o perigo de misturar coisas distintas. Pois talvez se tome a expressão “lei do pensamento” como “lei da natureza”, entendendo por essa expressão a mera generalização do processo psíquico de pensar. Neste sentido, uma lei do pensamento seria uma lei psicológica. E, assim, poderíamos vir a acreditar que a lógica trata do processo psíquico de pensar e das leis psicológicas a que este se conforma. Isto seria, porém, desconhecer a tarefa da lógica, pois não se dá à verdade o lugar que lhe cabe. O erro, a superstição têm suas causas, assim como as tem o conhecimento correto. Tanto a asserção do falso como verdadeiro, quanto a asserção do verdadeiro como verdadeiro têm lugar segundo leis psicológicas. Uma derivação a partir de tais leis psicológicas e uma explicação de um processo psíquico que resulta em uma asserção, jamais poderão substituir uma demonstração de algo que foi considerado verdadeiro. As leis da lógica não poderiam também estar envolvidas nesse processo psíquico? Não quero entrar nesta discussão, mas quando se trata da verdade, a mera possibilidade não basta, pois é também possível que um componente não-lógico esteja envolvido em tal processo e o tenha desviado da verdade. *Só depois de conhecer as leis do ser verdadeiro, é que podemos nos decidir a esse respeito:* mas sendo assim, poderemos ao que parece prescindir de explicar o processo psíquico, se o que importa é decidir se o asserir como verdadeiro – momento em que o processo termina – se justifica ou não. A fim de evitar qualquer equívoco e impedir que se apaguem as fronteiras entre a psicologia e a lógica, atribuo à lógica a tarefa de descobrir as leis do ser verdadeiro (*Wahrsein*), e não as leis do asserir como verdadeiro (*Fürwahrhalten*) ou as leis do pensar. O significado da palavra “verdadeiro” se explica pelas leis do ser verdadeiro. (FREGE, 2002, p. 13, grifo meu)

Frege importa-se com as fronteiras entre a Lógica e a Psicologia com a mesma consideração com a qual Kelsen dedica às fronteiras entre o ser e o dever-ser. Para Frege, a função da Lógica é, uma vez descritas e conhecidas as chamadas leis do ser verdadeiro, prescrever segundo a maneira de corretamente pensar. Nesse sentido, sua função afasta-se da psicologia porque não descreve o modo como costumeiramente pensamos, mas sim prescreve segundo o modo como devemos pensar, para pensar corretamente. Assim, a Lógica possui a verdade como objeto, mas realiza, ainda, algo com este objeto, que é ordenar o modo pelo qual devemos raciocinar.

Ainda quanto à designação dos campos aos quais pertencem a ciência e o seu objeto, Kelsen identifica problemas também em referência à própria Ciência do Direito e à Ética. Quando se comete o erro quanto à designação dos campos, tem-se como consequência a extinção dos próprios limites entre o âmbito descritivo e prescritivo. Kelsen é enfático quanto à necessidade de se distinguir claramente os dois âmbitos: “Do fato de que alguma coisa realmente em regra acontece, deve seguir-se que também deva acontecer, é um sofisma. De um ser não pode logicamente resultar um dever-ser.” (KELSEN, 1986, p.5). Esta tese será posteriormente um reforço à negação da aplicação da Lógica às normas, um procedimento que implicaria em uma conexão entre os dois âmbitos.

Porém, o erro de não se distinguir corretamente o campo do ser do campo do dever-ser é corrente também no próprio âmbito da Filosofia, tendo sido caracterizado já por vários autores, entre eles o filósofo inglês David Hume. Diz o filósofo, em sua obra *Tratado da Natureza Humana*:

“Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como *é e não é*, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um *deve* ou *não deve*. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse *deve* ou *não deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras, inteiramente diferentes.” (HUME, 2000, p.509 )

Esta é, portanto, uma tese generalizada em vários campos do conhecimento, e não foi por certo elaborada apenas pelo próprio Kelsen, mas sim defendida por uma série de outros autores nos mais variados campos teóricos, o que revela sua ampla aceitação e como que “tradição” no tratamento teórico.

#### 4.2 O “substrato modalmente indiferente”

Quando se considera isoladamente a norma, enquanto imperativo pertencente ao âmbito do dever-ser, é necessário diferenciá-la do ato que a origina, o ato de vontade pertencente ao âmbito dos fatos, que relaciona um querer frente a uma conduta, e que, quando objetivado, adquire, como sentido, a norma em si. A respeito desse assunto, Kelsen (1986, p.3) afirma que: “O ato de vontade, cujo sentido é a norma, constitui o ato do qual se diz figurativamente: que a norma através dele se torna ‘fabricada’; quer dizer, o ato com que a norma é posta, o ato de fixação da norma.”. É a partir deste momento que a norma adquire sua validade, que se caracteriza como norma, que existe. A partir deste momento, adentra-se ao âmbito do dever-ser, em que um “devido” é expresso pela norma<sup>27</sup>.

Do dualismo metodológico entre ser e dever-ser constantemente defendido por Kelsen, resulta o fato de que não pode existir nem a dedução nem a redução de um plano a outro. Ou seja, no âmbito do estabelecimento da norma, o enunciado que descreve o ato que a põe não

<sup>27</sup> Ou, igualmente, um “permitido”. A norma ainda estabelece um “não-dever-ser” quando sua função é derogatória. Kelsen tenta evidenciar a todo o momento a abrangência das funções normativas.

pode reduzir-se (ou deduzir-se) ao (do) enunciado que descreve a norma que é o sentido deste ato: um enunciado expressa um querer, enquanto o outro expressa um dever. Neste ponto, Kelsen introduz um termo que servirá de base à noção de “substrato modalmente indiferente”: o *conteúdo*. Para Kelsen, ser e dever-ser não são mais do que *formas* às quais se acomodam diferentes *conteúdos*: “‘Ser’ e ‘dever-ser’ são puramente conceitos formais, duas formas ou modos que podem tomar todo e qualquer conteúdo, mas precisam ter um conteúdo determinado para serem razoáveis. Um algo que é, um algo que deve ser. Da forma não resulta, porém, nenhum conteúdo determinado.” (KELSEN, 1986, p.70).

Neste momento adentra-se em um campo que é, à primeira vista, intricado dentro da argumentação kelseniana. Isso ocorre devido ao fato de que, após defender exaustivamente a tese do dualismo metodológico entre ser e dever-ser, o autor passa a defender que é preciso haver uma certa correspondência entre elementos pertencentes aos dois âmbitos. Esta tese precisa ser melhor analisada: Kelsen defende que, quando a norma é posta frente a uma determinada conduta, ou seja, quando ocorre a posituação da norma, torna-se necessário que exista uma possibilidade de correspondência entre o que está sendo objeto do dever-ser normativo e o objeto do ser fático ao qual a norma se dirige. Isso se torna menos problemático quando se pensa que, de fato, seria inútil estabelecer uma norma acerca de um fato ou conduta que sempre, necessariamente, se dá na natureza, sendo, do mesmo modo, tão inútil quanto fazer referência a um fato ou conduta que nunca ocorrem, que são impossíveis. Assim, torna-se necessário que haja a possibilidade de que o ser fático corresponda ao dever-ser da norma (no caso, quando a norma está sendo cumprida), da mesma forma que é possível que um ser não corresponda ao dever-ser (ou seja, no caso da norma ter de ser aplicada). Esta discussão diz respeito somente ao âmbito do Direito positivo, e o que está sendo considerado como “correspondente” em cada âmbito é sempre o *conteúdo*, seja de um ser, seja de um dever-ser. Nesse sentido, chega-se à conclusão apontada por Kelsen: “Visto que ser e dever-ser são formas ou *modos* que podem tomar todo e qualquer conteúdo, pode o mesmo conteúdo uma vez aparecer como sendo, outra vez pode aparecer como devido” (KELSEN, 1986, p.72, grifo do autor).

O conteúdo que, por ora, é, e, por ora, *deve ser*, é o chamado “substrato modalmente indiferente”. Assim, no exemplo de proposição, “A paga sua dívida de jogo”, o substrato modalmente indiferente seria “pagar dívida de jogo”, sendo expresso no modo do ser. Já no caso da norma “A deve pagar sua dívida de jogo”, o mesmo substrato (que é o mesmo por ser modalmente indiferente) “pagar dívida de jogo” é expresso agora sob o modo do dever-ser, e é a norma jurídica que lhe fornece tal modo de dever-ser. Quando ocorre a correspondência

entre os substratos modalmente indiferentes, é quando existe o caso de haver uma conduta na realidade que corresponde à conduta tida como devida pela norma. Assim, resolve-se o problema de um aparente desprezo pelo dualismo metodológico entre ser e dever-ser, pois, de fato, não são os dois âmbitos que se correspondem e se confundem, mas sim os conteúdos expressos ora no modo do ser, ora no modo do dever-ser. Portanto, devido ao fato de nunca existir uma correlação entre os modos, mas sim entre os substratos, fica estabelecido como impossível a aplicação da Lógica aos substratos modalmente indiferentes, pois a tese da irredutibilidade entre os planos descritivos e prescritivos permanece intocável. Kelsen afirma, acerca disto:

De mais a mais, é de se considerar que o substrato modalmente indiferente não pode ser como o enunciado que se apresenta verdadeiro ou falso no modo do ser, ou como a norma que aparece no modo do dever-ser pode ser válida ou não-válida que [sic], portanto, os princípios da Lógica nenhuma aplicação encontram em substrato modalmente indiferente.”(KELSEN, 1986, p.74)

Uma discussão semelhante, mas que conduz a uma tese oposta, é realizada pelo filósofo Richard Hare. Este autor defende que o modo imperativo carrega consigo um elemento descritivo a respeito da conduta que está sendo, por exemplo, imposta. Assim, o imperativo “Feche a porta!” possui um análogo no enunciado “Você fechar a porta agora, sim.”. Neste exemplo, poderiam ser identificados, a *frástica*, ou seja, aquilo que, segundo Kelsen, constitui o substrato modalmente indiferente; e a *nêustica*<sup>28</sup>, que é o que é alterado entre as duas formas, ou seja, o que constitui, por um lado, um comando e, por outro, uma afirmação. Hare afirma:

Utilizando os conectivos lógicos comuns, tal como são usados no modo indicativo, nas frásticas de nossas sentenças imperativas remodeladas, poderíamos fazer com o modo imperativo revisado tudo o que agora fazemos com o natural. Isso é claro em vista do fato de que, por meio de um circunlóquio, sempre podemos, em vez de um comando simples (e. g., “Feche a porta ou ponha o calço na porta”, dito a Jones) colocar em seu lugar o comando para tornar verdadeira uma sentença indicativa (e. g., “Torne verdadeira a sentença ‘Jones vai fechar a porta ou colocar o calço na porta’”). Isso, porém, não deve ser interpretado como uma admissão da “primazia” lógica do modo indicativo (seja lá o que isso possa significar); pois poderíamos fazer o mesmo no sentido contrário – e. g., dizendo, em vez de “Jones fechou a porta às 5 da tarde”, “O comando [real ou imaginário] ‘Que Jones feche a porta às 5 da tarde’ foi obedecido”. (HARE, 1996, p. 23-24)

---

<sup>28</sup> A distinção entre *frástica* e *nêustica* consta na obra hareana *A linguagem da Moral*. Porém, em seu escrito anterior, *Imperative Sentences* (1949), esta distinção ocorre, respectivamente, entre *descriptor* e *dictor*: “‘Yes’ and ‘please’ (...) do nothing but indicate the mood of the sentence, whether indicative or imperative or whatever it is. We need a generic name for the function which these words perform; and I shall call it the ‘dictive’ function, because it is they that really do the saying (the commanding, stating, etc.) which a sentence does. The descriptor, on the other hand, describes what it is that is being said. I shall call that part of a sentence which performs the dictive function, the ‘dictor’.” (HARE, 1949, p.28)

Vale lembrar que, segundo Kelsen, o que constitui o substrato modalmente indiferente é sempre uma conduta, ou seja, o conteúdo de um ser ou de um dever-ser. Reforça-se que, quando os substratos modalmente indiferentes correspondem, não é ser e dever-ser que correspondem, nem a norma e o evento real, mas sim o conteúdo do ser e o conteúdo do dever-ser, o próprio substrato, e somente ele entra em comparação. No entanto, o elemento descritivo, passível de aplicação lógica, só pode estar presente no âmbito do ser, única e exclusivamente.

### 4.3 Os conflitos normativos e a derrogação

Quando Kelsen caracteriza as normas, acaba sempre por destacar seu caráter *prescritivo* frente ao caráter *descritivo* dos enunciados:

A função específica de uma norma é a *imposição* de uma conduta fixada. “Imposição” é sinônimo de “prescrição”, para diferenciação de “*descrição*”. *Descrição* é o sentido de um ato de *conhecimento*; *prescrição*, imposição, o sentido de um ato de vontade. *Descreve-se* algo, como ele *é*, *prescreve-se* algo – especialmente uma certa conduta –, ao exprimir-se como a conduta *deve ser*. (KELSEN, 1986, p. 120, grifos do autor)

Esta abordagem facilita a compreensão do dualismo metodológico defendido pelo autor, que impõe um abismo entre o domínio do Direito e o da Ciência do Direito. O primeiro é ocupado pelas normas que, enquanto prescrições, impõem um *dever-ser* frente a uma conduta. Já o segundo domínio é ocupado pelos enunciados, descrições que versam sobre os fatos normativos, ou seja, o *ser*.

Pertencendo assim ao domínio das prescrições, a norma pode ser caracterizada como uma expressão de como a conduta deve dar-se, sendo que o autor entende que as funções específicas da norma são a imposição, a permissão, a autorização e a derrogação. Dentre estas funções, uma é objeto de interesse particular – a derrogação – pois, em relação a ela, o problema da aplicação dos princípios lógicos às normas fica melhor esclarecido, especialmente quanto à questão da aplicação do princípio da não-contradição.

A derrogação, como função normativa, atua abolindo a validade de uma norma. Segundo Kelsen, ela possui espaço não somente no âmbito do Direito positivo, mas também em uma Moral positiva, como a cristã, segundo o exemplo do autor, “quando, segundo Mateus 5. 43,44, Jesus prega: ‘Vós ouvistes que foi dito: Tu deves amar teu próximo e odiar



teu inimigo. Eu, porém, vos digo: Amai vossos inimigos...’. Isto significa: Eu retiro a validade da norma ‘Odiai vossos inimigos’.” (KELSEN, 1986, p.134). O que ocorre é que, na Moral positiva, o mais usual é o fato de a norma perder sua validade não por derrogação, mas pela perda de efetividade – ou eficácia – ao longo do tempo. Um exemplo de perda da validade de uma norma por ineficácia dentro de uma Moral positiva seria o seguinte caso citado por Kelsen:

Uma norma geral, porventura: “Todas as pessoas devem amar os seus inimigos”, pode correntemente permanecer descumprida, todavia pode, porém, valer (se ela normalmente é aplicada quando a conduta de pessoas que odeiam e não amam seus inimigos é universalmente desaprovada, quer dizer, que a norma moral em questão aplica-se a essa conduta).

Aparecesse, porém, uma situação, na qual nenhuma inimizade existisse entre os homens, então a norma moral nem poderia ser cumprida nem aplicada, ela perderia também sua validade. (KELSEN, 1986, p.178)

Porém, de acordo com o presente exemplo do autor, o que parece estar sendo analisado não é o caso da perda de validade por ineficácia, mas sim pela própria inaplicabilidade da norma, que não pode ser nem aplicada nem descumprida. Este exemplo dado pelo autor parece similar ao caso – não mais do âmbito moral, mas sim jurídico – ocorrido em 2005 numa cidade do interior de São Paulo, na qual o prefeito, pela falta de estrutura do único cemitério da cidade, construído em 1910, decreta em um projeto de lei que: "Fica proibido morrer em Biritiba-Mirim" (JB Online, 09.12.2005). Ora, esta lei não é inválida por perda de eficácia, pois nunca pôde de fato ter sido eficaz, devido a sua impossibilidade de cumprimento. O “mínimo de eficácia” exigido por Kelsen para a validade da norma não é respeitado, pois não existe nem mesmo a possibilidade de seu cumprimento.

A perda de validade por ineficácia indica uma inicial aplicação e observância da norma, que vão se dissipando com o passar do tempo. Ambos os exemplos aqui fornecidos apresentam, como objeto da norma, condutas que em momento algum poderiam ser realizadas. Um bom exemplo de perda de validade por eficácia poderia ser o caso da chamada “Lei seca”, instituída recentemente no território brasileiro, proibindo o consumo de quantidade de bebida alcoólica superior a 0,1 mg de álcool por litro de ar expelido no exame do bafômetro por condutores de veículos. A crescente falta de fiscalização acabou repercutindo na observância da norma por parte dos indivíduos, que aos poucos foram deixando de observá-la. Por ter apenas pouco mais de um ano de existência, e por ser ainda aplicada com maior vigor em algumas regiões do país, não se pode ainda afirmar que a lei perdeu a validade por falta de eficácia. Porém, a original “Lei seca” vigente nos Estados Unidos entre 1920 e 1933, proibindo a fabricação, o comércio, o transporte, a importação e a

exportação de bebidas alcoólicas, de fato perdeu totalmente a validade por falta de eficácia, sendo por fim revogada por ato jurídico.

Uma analogia pode ser aqui desenvolvida, pois, da mesma forma que uma norma pode *perder* sua validade através da falta de cumprimento, da maneira explicada por Kelsen, uma norma pode também *obter* validade através de seu constante cumprimento, como no caso das normas criadas através do Costume. Note-se, no entanto, que não é somente o costume por si só o fator criador de normas dentro do Positivismo jurídico: ele deve passar pela legitimação jurídica através da formulação de um ato de vontade de sentido objetivo, adquirindo assim espaço dentro do ordenamento. Este fato exemplifica a necessidade da proposição tida como fundamental em um âmbito jurídico positivo: de que não há imperativo sem um imperador, nenhuma norma sem a existência de um sujeito autorizado que a fixa<sup>29</sup>.

Porém, quando se trata do caso da perda de validade de uma norma não pela perda da eficácia, mas através de um ato jurídico, existe uma dependência da aplicação da norma derogatória, cuja função é, assim, específica dentro do ordenamento. Sobre esta norma, Kelsen (1986, p.134) afirma que: “Ela não diz que sob certas condições deve ocorrer uma determinada conduta; e sim extingue o ser-devido de uma conduta estatuída numa norma até agora válida. Ela não estatui um dever-ser, mas um não-dever-ser.”

Portanto, a norma derogatória não é expressa através de um imperativo, por não ser direcionada a uma determinada conduta. Assim, por não igualar-se em sua formulação<sup>30</sup> às demais normas do sistema, a norma derogatória nunca está em conflito com aquela cuja validade extingue. Por estas razões, a norma derogatória não é expressa através de uma proposição de dever-ser, mas sim através de, como o defende Kelsen, um *enunciado*, como, por exemplo, o que afirma: “A validade da norma: ‘Assassinato é condenado...’ por meio da presente é abolida.” Porém, mesmo possuindo forma descritiva, tal enunciado possui de fato uma função prescritiva, no sentido de derogar a validade de determinada norma positiva.

Porém, é incorreto o uso por parte de Kelsen do termo *enunciado* na caracterização da norma derogatória. Pois, sendo admitida a sua função prescritiva, não seria possível que a norma fosse expressa em um enunciado (que é fundamentalmente verdadeiro ou falso, sendo o sentido de um ato de pensamento), mas apenas em uma *proposição* com sentido prescritivo.

---

<sup>29</sup> Tal proposição se expressa na fórmula fornecida pelo autor Walter Dubislav: “Nenhum imperativo sem *imperator*” (Dubislav *apud* Kelsen, 1986, p.5).

<sup>30</sup> Por “não igualar-se em sua formulação” entenda-se que a norma derogatória não tem a expressão de seu conteúdo formulada do mesmo modo que as demais normas do ordenamento. Enquanto as normas exprimem-se através de uma relação prescritiva entre uma determinada conduta e uma sanção, sob a forma de um imperativo hipotético, a norma derogatória apresenta uma descrição do fato de que deve dar-se a derrogação da norma que é seu objeto.

Vale lembrar que enunciado e proposição encontram-se em níveis diferentes: a proposição pode ser a expressão tanto de um enunciado quanto de uma norma. Quanto a isso, deve-se ter em mente que a *Teoria Geral das Normas* é uma obra póstuma, publicada, portanto, sem revisão por parte do autor. Talvez seja esta a única explicação ao fato de Kelsen confundir o *enunciado*, que é sempre objeto do âmbito do ser, e que de maneira alguma adentra no âmbito prescritivo do Direito, com a *proposição de ser*, que poderia ainda preservar um sentido prescritivo, mesmo sob a forma descritiva.

Um dos casos em que pode atuar a norma derogatória é no conflito normativo. Neste caso, Kelsen explica:

Um conflito entre duas normas existe quando o que uma norma fixa como devido, é incompatível com o que a outra norma estabelece como devido, e a proposição fundamental *lex posterior derogat priori* não é aplicável. Resolve-se o conflito pelo fato de que a validade de uma das duas normas se extingue por uma norma derogante. (KELSEN, 1986, p.136)

O fato que explica o por quê de Kelsen somente abordar a proposição *lex posterior derogat priori* ao tratar do conflito<sup>31</sup>, ignorando, por exemplo, a proposição *lex superior derogat inferiori*, é o de que esta última não joga nenhum papel efetivo dentro do que Kelsen entende por Direito positivo, enquanto formado por um ordenamento regido por auto-produção normativa. Ou seja, a proposição *lex superior derogat inferiori* não encontra campo de aplicação porque, na produção normativa, a criação da norma inferior depende da aplicação da norma superior, e tal dependência impede que haja conflito entre normas de diferentes níveis.

Ademais, um fator decisivo para a recusa do pretense princípio *lex posterior derogat priori* é, segundo Kelsen, a noção de que uma das próprias normas em conflito, que se referem a uma – e mesma – *conduta*, efetuará a derrogação da outra:

A principal objeção à fórmula *lex posterior derogat priori* é a de que ela apresenta a derrogação como função de uma das duas normas conflitantes, e isso de acordo com uma específica lógica imanente, por assim dizer, ao Direito. Mas isto é impossível, visto que as duas normas conflitantes dizem respeito, ambas, a mesma conduta. (KELSEN, 1973, p. 236, minha tradução)<sup>32</sup>

No entanto, a norma derogatória, como já foi aqui mencionado, não se dirige à conduta de indivíduos, mas é elaborada – ou pressuposta – de modo a dirigir-se especialmente à validade de uma norma, de modo a aboli-la.

<sup>31</sup> Para uma discussão mais abrangente sobre as diversas possibilidades de conflito no Direito, cf. Bobbio, 1997, p.203-204.

<sup>32</sup> No inglês: “The main objection to the formula *lex posterior derogat priori* is that it presents derogation as the function of one of the two conflicting norms, and this according to a specific logic immanent, so to say, in law. But that is impossible, since the two conflicting norms both relate to the same behaviour.”

Mantendo em mente o problema central desta dissertação, passa-se agora propriamente à análise da relação entre a norma derogatória e o conflito normativo, com o objetivo de situar o problema da tentativa de aplicação do princípio da não-contradição às normas em conflito e justificar a recusa de Kelsen da aplicação deste componente lógico.

Kelsen assume que uma condição fundamental à própria existência do conflito é o fato de ambas as normas envolvidas serem *válidas*, ou seja, normas positivas constantes do ordenamento (ou criadas pelo juiz através de atos de vontade objetivados, no caso das normas individuais). Isto é óbvio quando se entende que a validade consiste na própria existência da norma. Este ponto de partida fundamental fornece a chave para a compreensão do problema envolvendo as noções de conflito, contradição e derrogação. Para Kelsen, o simples fato de as normas envolvidas no conflito serem ambas válidas já afasta qualquer tentativa de tratamento lógico. Isto porque uma condição igualmente fundamental para a aplicação do princípio da não-contradição é a de que os *enunciados* envolvidos sejam, um deles, falso e, o outro, verdadeiro. Assim, é a norma derogatória que atua no caso do conflito, abolindo a validade de uma das normas envolvidas, ou seja, extinguindo-a. Kelsen é enfático quanto à necessidade de diferenciar claramente a função da derrogação no plano normativo da função do princípio da não-contradição no plano descritivo:

O conflito entre normas pressupõe que ambas as normas são válidas. As asserções a respeito da validade de ambas as normas conflitantes são verdadeiras. Portanto, um conflito entre normas não é uma contradição lógica e nem mesmo pode ser comparado a uma contradição lógica. A derrogação abole a validade de uma das normas válidas. Mas no caso de uma contradição lógica entre duas asserções, uma das duas asserções é falsa desde o começo. Sua verdade não é abolida, pois não existe desde o começo. Uma vez que a validade de uma norma é a sua própria existência específica, um conflito entre normas não pode ser comparado a uma contradição lógica. (KELSEN, 1973, p. 271, minha tradução)<sup>33</sup>

Assim, a própria derrogação não é ela mesma um princípio – nem ao menos um princípio jurídico –, como o é o princípio da não-contradição na Lógica, mas sim uma função normativa, que pode ou não ser utilizada no caso do conflito, como pode também ser utilizada em outros casos que não envolvem conflito.

---

<sup>33</sup> No inglês: “The conflict between norms presupposes that both norms are valid. The assertions concerning the validity of both conflicting norms are true. Therefore, a conflict between norms is not a logical contradiction and cannot even be compared to a logical contradiction. Derogation repeals the validity of one of the valid norms. But in case of a logical contradiction between two assertions, one of the two assertions is untrue from the very beginning. Its truth is not repealed for it does not exist at the outset. Since the validity of a norm is its own specific existence, a conflict between norms cannot be compared to a logical contradiction.”

Uma forma de afastar completamente a idéia de aplicação do princípio da não-contradição às normas em conflito é, portanto, a clara diferenciação entre enunciados e normas.

Um fato essencial a respeito dos enunciados é o de que eles são ou verdadeiros, ou falsos. Nesse sentido, pode-se dizer que a verdade e a falsidade são *qualidades* ou *características* dos enunciados. Na terminologia de Kelsen, eles são sentidos de atos de pensamento<sup>34</sup>. Já as normas, enquanto sentidos de atos de vontade (objetivos) são queridas, desejadas, e, quando se diz que são válidas, tal validade não é uma qualidade da norma, mas a sua própria *existência*. Quanto a este aspecto particular, Kelsen (1986, p.266) afirma: “A validade de uma norma é sua específica existência ideal, e uma norma não-válida, uma norma nula, é uma norma não existente; enquanto um enunciado falso é um enunciado existente”. Igualmente, vale lembrar que nenhuma correspondência pode ser realizada entre a verdade do enunciado e o cumprimento da norma, pelo simples fato de o cumprimento ser uma característica da conduta, ou seja, de um fato real, e não da própria norma. Ademais, convém notar também que a verdade não é a característica de um fato do mundo, mas do próprio enunciado, da expressão do fato. Inclusive, a norma pode ser cumprida e violada em diferentes períodos temporais, enquanto que o enunciado, sendo verdadeiro, nunca poderá ser ou ter sido falso. Mesmo se, acerca de um enunciado que seja tido como falso, descobre-se que é, de fato, verdadeiro, isto de maneira alguma interfere no fato de que o enunciado sempre foi verdadeiro. Esta última tese foi também defendida por Frege, como o prova a seguinte passagem:

Certamente, o pensamento não é algo que se chame habitualmente de real. O mundo real é um mundo em que uma coisa age sobre outra, transformando-a e, por sua vez, experimentando ela própria uma reação que a transforma. Tudo isto ocorre no tempo. Dificilmente reconhecemos como real o que é intemporal e imutável. É, pois, o pensamento mutável ou é intemporal? O pensamento que enunciamos no teorema de Pitágoras é certamente intemporal e, eterno, imutável. Mas não há pensamentos que são verdadeiros hoje, mas falsos decorrido um semestre? Por exemplo, o pensamento de que aquela árvore está coberta de folhas verdes será seguramente falso com o decorrer de um semestre. Não, posto que não se trata do mesmo pensamento. As palavras “Esta árvore está coberta de folhas verdes” não bastam por si mesmas para expressar o pensamento, pois o momento do proferimento também faz parte dele. Sem a indicação temporal, que é dada pelo momento do proferimento, não temos um pensamento completo, vale dizer, não temos absolutamente nenhum

---

<sup>34</sup> O enunciado, enquanto sentido de ato de pensamento, é um produto meramente racional; enquanto que a norma, enquanto sentido de um ato de vontade, é fixada através deste ato, e ganha caráter jurídico quando seu sentido é, além de subjetivo, também objetivo. É necessário distinguir tanto o enunciado quanto a norma jurídica das chamadas normas “meramente pensadas” (cf. KELSEN, 1986, p.9). Tais normas também são o sentido de atos de vontade, mas atos de vontade fictícios. Assim, normas nunca são sentidos de atos de pensamento: somente enunciados são sentidos de atos de pensamento. Se a norma não é positiva, como, por exemplo, as normas da razão, elas são ainda assim sentidos de atos de vontade, mas meramente fictícios, que não existem na realidade dos fatos mas são, apenas, imaginados ou pensados.

pensamento. Só uma sentença complementada por uma indicação temporal, e completa sob todos os aspectos, expressa um pensamento. Mas este pensamento, caso seja verdadeiro, não é verdadeiro somente hoje ou amanhã, porém, intemporalmente verdadeiro. O tempo presente em “é verdadeiro” não indica o momento presente de quem fala, mas, se a expressão me for permitida, um tempo da intemporalidade. Quando empregamos a mera forma da sentença assertiva, evitando a palavra “verdadeiro”, devem-se distinguir duas coisas: a expressão do pensamento e a asserção. A indicação temporal, que pode estar contida na sentença, pertence somente à expressão do pensamento, enquanto que a verdade, cujo reconhecimento reside na forma da sentença assertiva, é intemporal. Contudo, as mesmas palavras podem tomar, por força da mutabilidade da linguagem pelo decorrer do tempo, um outro sentido, expressar um outro pensamento; esta mudança porém só diz respeito ao aspecto lingüístico da questão. (FREGE, 2002, p.36-37)

A série de argumentos a respeito da diferenciação entre normas e enunciados será retomada por Kelsen quando for abordada a questão acerca da tentativa de aplicação da regra de inferência no caso da produção normativa. Isso se dá porque o ponto de partida do autor para a recusa do logicismo do Direito é justamente a explicitação das características essenciais que diferenciam estes dois elementos, a norma e o enunciado, enquanto pertencentes a dois planos irreduzíveis, o do dever-ser e do ser.

Frente aos argumentos kelsenianos apresentados segundo sua recusa de um tratamento lógico do caso do conflito normativo, seria conveniente expor aqui uma investigação acerca de como a derrogação e o princípio da não-contradição relacionam-se com seus objetos (respectivamente, as normas e os enunciados), na medida em que a primeira apresenta uma função específica dentro da realidade da prática jurídica (a abolição da validade de uma norma), enquanto o segundo não possui função prática, tratando apenas da constatação de uma situação de equívoco no discurso, num âmbito puramente teórico.

O ponto de partida para esta investigação é o fato de que, com a aplicação da norma derogatória, efetua-se um procedimento prático no Direito. Assim, tendo-se o caso do conflito, uma alternativa é a aplicação da norma derogatória, que atuará abolindo a validade de uma das normas em conflito. Assim, a norma derogatória apresenta, de fato, uma função específica dentro do âmbito do conflito, de modo a efetivamente resolvê-lo.

O fato é que, no caso da contradição entre enunciados, o princípio da não-contradição não procede do mesmo modo. Ou seja, quando se constata a situação de contradição, o princípio atua como um mero reconhecedor de tal estado “defeituoso” do discurso, mas seu papel pára por aí. O princípio de forma alguma “resolve” a contradição, pois nenhum dos enunciados perde seu valor de verdade – que é, como já foi visto, inalterável – e nenhum enunciado verdadeiro torna-se falso, ou vice-versa, pois o que de fato ocorre é que um enunciado, diga-se, verdadeiro, foi inicialmente tomado como falso, mas em momento algum

deixou de ser verdadeiro. Assim, no caso da contradição entre enunciados, não existe objeto algum a ser derogado, pois o equívoco não se encontra no plano dos fatos, na realidade, mas sim no plano do discurso. Portanto, quando há o caso da contradição, o problema não diz respeito aos fatos na realidade correspondentes ao conteúdo dos enunciados, mas sim a um mero erro discursivo, onde apenas um enunciado verdadeiro está envolvido (e, a respeito do enunciado falso, não existe nada na realidade que deve ser abolido, dado que o discurso falso, ao que parece, não possui referência).

O jusfilósofo alemão Ulrich Klug parece discordar deste tipo de abordagem, como o atesta a sua correspondência com Kelsen do ano de 1959:

Quanto à matéria mesma, gostaria em primeiro lugar de sustentar a tese de que as regras da Lógica de fato, devem aplicar-se a ambos, ou seja, tanto ao Direito, isto é, a normas, como à Ciência do Direito, isto é, ao conhecimento de seu objeto. Isso resulta já de que em ambos os campos se trata de sistemas de proposição para os quais se pressupõe, ademais, que dentro de cada sistema, em princípio as afirmações não devem estar em contradição entre si. Em sua investigação acerca do conceito de ordem jurídica (*Logique et Analyse*, 1958, Caderno 3-4), V. à página 155 se referiu com razão a esta exigência de isenção de contradição. Se porém as proposições se contradizem, só se chegará a uma decisão mediante o emprego das regras da lógica. (KLUG, 1984, p.3)

O que permite afirmar que Klug discorda com a análise feita acima a respeito da falta de “efetividade prática” do princípio da não-contradição é sua defesa justamente da atuação deste princípio como sendo o único capaz de resolver a situação de contradição. Com isso, Klug confere ao princípio uma posição central dentro da realidade jurídica, uma vez que ele teria a função de resolver também os conflitos normativos (os quais Klug toma por contradição normativa). Claramente esta abordagem vai de encontro à posição de Kelsen quanto ao problema, não só por este motivo, como também por várias outras teses expressas na passagem acima.

No entanto, a tese que nega a pretensa “atuação” do princípio da não-contradição na resolução do caso de contradição não foi expressamente apontada por Kelsen. Ela é neste trabalho enunciada por parecer revelar elementos importantes em referência ao problema central desta dissertação. Isso porque, tendo a Lógica e seus elementos um alcance puramente teórico – ela constata problemas no discurso, mas não os resolve, não interfere no conteúdo e nos procedimentos das ciências às quais se aplica –, talvez a sua presença não seja prejudicial aos campos aos quais se aplica, sendo deste modo, inclusive, desejável. Já quando se aceita que a Lógica é de fato uma Ciência – de caráter similar, portanto, a outras Ciências, como a Sociologia, a Psicologia ou a Ética –, então sua presença seria sim condenável, pois, ao

permitir-lhe um papel que ela de fato não se dispõe, como no caso da solução de conflitos ou na produção de normas, estaria sendo comprometida a própria “pureza” do Direito.

A tese assumida, no entanto, é de que a Lógica possui um caráter meramente instrumental, sendo que, para que se aceite a “aplicação” da Lógica, deve-se especificar o fim ao qual esta se propõe; pois, se o papel desempenhado for o de mera justificação de processos como a fundamentação normativa, por exemplo, a Lógica não se mostra nociva à prática jurídica, dado que nela não interfere, justamente por não atuar sobre as normas do Direito (ou ainda, igualmente, às normas morais da Ética). São claros e bem fundamentados os argumentos kelsenianos contra a aplicação de princípios lógicos às normas, e talvez este seja particularmente um uso errado da Lógica no Direito. O seu propósito unicamente metodológico, com funções de justificação e esclarecimento acerca de procedimentos jurídicos, de reconhecimento de medidas tomadas, talvez seja legítimo e até mesmo recomendável. Este propósito será avaliado novamente quando analisarem-se os casos da produção normativa, quando entra em cena a noção (condenada por Kelsen) de *dedução*, frente a uma noção, por assim dizer, alternativa, de *justificação*. No entanto, qualquer aplicação da Lógica às *normas*, independentemente do fim a qual se propõe, fica de qualquer modo impossibilitada pelos pressupostos estabelecidos através do dualismo metodológico kelseniano<sup>35</sup>.

Este problema será melhor analisado quando for tratado, a seguir, o caso da produção normativa. Porém, o que pode ser sustentado até o momento a respeito do conflito normativo é que nenhum espaço existe para o princípio da não-contradição, nem mesmo sob um ponto de vista puramente teórico. Já o caso do conflito é solucionado através de procedimentos puramente jurídicos, dentre os quais se encontra a derrogação.

#### **4.4 Produção normativa: regra de inferência e silogismo prático**

Nesta seção, será tratada a questão da aplicabilidade do segundo princípio lógico considerado por Kelsen – a regra de inferência – às normas. Esta aplicação é considerada no contexto da produção normativa, em que uma norma individual é criada por decisão judicial com base na aplicação de uma norma geral. Esta aplicação do princípio lógico seria efetuada,

---

<sup>35</sup> Na próxima seção veremos qual o espaço fornecido à Lógica por Kelsen no âmbito da justificação normativa, circunscrito ao âmbito dos enunciados, enquanto atos de pensamento.



no Direito, por meio do chamado *silogismo prático*. Mas, antes de examinar este tema, é conveniente observar como funciona a regra de inferência em seu contexto usual, da Lógica tradicional.

Segundo a Lógica aristotélica, a regra de conclusão ou inferência atua sobre um silogismo quando, através da conjunção de duas premissas, infere-se uma conclusão. Neste caso, tanto premissas quanto conclusão são enunciados verdadeiros ou falsos, e a verdade da conclusão é considerada uma consequência lógica da verdade das premissas.

A definição de silogismo é fornecida por Aristóteles nos *Analíticos Anteriores*, e diz:

O silogismo é uma locução em que, dadas certas proposições, algo distinto delas resulta necessariamente, pela simples presença das proposições dadas. Por *simples presença das proposições dadas* entendo que é mediante elas que o efeito se obtém, por sua vez, a expressão *é mediante elas que o efeito se obtém* significa que não se carece de qualquer outro termo a elas estranho, para obter esse necessário efeito. (ARISTÓTELES, 1986, p. 11, grifos do texto)

A respeito desta definição, William e Martha Kneale (1968, p.69) observam que: “Esta fórmula é suficientemente vasta para cobrir quase qualquer argumento no qual uma conclusão seja inferida de duas ou mais premissas”. No entanto, algo que parece ser central quanto ao silogismo é seu caráter *demonstrativo*, ou seja, o caráter de *provada* que é fornecido à conclusão quando sua verdade é obtida – ou melhor, explicitada, elucidada – num processo de preservação da verdade a partir da verdade das premissas. Assim, segundo Kneale (1968, p.3), “As investigações em que se pretende ou procura uma demonstração é que naturalmente dão origem à reflexão lógica, uma vez que demonstrar uma proposição é inferi-la validamente de premissas verdadeiras.”

A *demonstração* através do raciocínio silogístico é facilmente observável em exemplos cotidianos ou literários, como no que segue:

“Como você sabe que está louco?” – perguntou Alice.  
 “Para começar – respondeu o gato – os cães não estão loucos. De acordo?”  
 “Suponho que não” – disse Alice.  
 “Bom, pois então – continuou o gato –, irás observar que os cães rosnam quando não gostam de algo, e movem o rabo quando estão contentes. Por outro lado, eu rosno quando estou contente e movo o rabo quando me irrita; logo, estou louco.”  
 (CARROL, 1976, p. 17)<sup>36</sup>

<sup>36</sup> No espanhol: “¿Cómo sabes que tú estás loco?” – preguntó Alicia.

“Para empezar – repuso el gato –, los perros no están locos. ¿De acuerdo?”

“Supongo que no” – dijo Alicia.

“Bueno, pues entonces – continuó el gato –, observarás que los perros gruñen cuando algo no les gusta, y mueven la cola cuando están contentos. Em cambio yo gruño cuando estoy contento y muevo la cola cuando me enoja; luego, estoy loco.”

O raciocínio desenvolvido acima poderia, de maneira simplificada, formular-se segundo o seguinte silogismo:

Os cães não estão loucos.

Eu não sou um cão.

Logo, eu estou louco.<sup>37</sup>

Por tratar-se ainda de uma exemplificação do método dedutivo, o que ocorre no silogismo é a passagem do universal ao particular, ou ainda, a “individuação” de um enunciado geral. Um exemplo é analisado por Kelsen conforme o seguinte:

1. Se um ser é uma pessoa, este ser é mortal.
2. Sócrates é uma pessoa.
3. Sócrates é mortal.

A proposição 2 é a premissa menor, e constitui a afirmação de que houve *geralmente* a condição *individualmente* determinada na proposição 1, na premissa maior. A verdade da proposição 3, da proposição conclusiva, é implicada na verdade da proposição 1 e 2, da premissa maior e da premissa menor, de ambas as premissas. (...) De mais a mais é de se observar que a Lógica não assevera que todos os homens são mortais, e por conseguinte que o homem Sócrates é mortal, mas sim: *se* é verdadeiro que todos os homens são mortais, *então* é verdadeiro que o homem Sócrates é mortal. (KELSEN, 1986, p.289, grifos do autor)

Os enunciados envolvidos no silogismo, por serem verdadeiros ou falsos, são sempre o sentido de atos de pensamento, sendo que o sentido de tal ato é a verdade ou falsidade. Porém, o fato de tratar-se de um ato de pensamento não indica que é preciso que se “pense” tal enunciado para que seu sentido seja então verdadeiro ou falso. Assim, “que  $2 + 2 = 4$ ” é verdadeiro independentemente de que se pense nisso; do mesmo modo que “a Terra é plana” é falso mesmo quando se pensava que tal enunciado fosse verdadeiro. O enunciado somente *precisa* ser pensado quando a finalidade é a de realizar-se um *juízo* a respeito de tal enunciado. A Lógica, segundo Kelsen, aplica-se aos sentidos de tais atos de pensamento:

Os princípios da Lógica não se referem – como proposições da Psicologia – a *atos* de pensamento, senão ao *sentido* de atos de pensamentos; não ao pensar, senão ao pensado, quer isto dizer: não ao sentido de efetivos atos de pensamento, mas ao sentido de possíveis atos de pensamento, indiferentemente de esses atos de pensamento realizam-se ou não na realidade. (KELSEN, 1986, p.290, grifos do autor)

Quanto a esta discussão acerca do sentido dos atos de pensamento, Kelsen explicita a tese corrente dentro do campo da Lógica, a respeito da conservação da verdade expressa nas premissas. A este respeito, Kelsen afirma:

Visto que a proposição conclusiva apenas é verdadeira se seu sentido é contido no sentido das premissas, a conclusão não é movimento do pensamento que conduza a

---

<sup>37</sup> No entanto, convém observar que, de acordo com a lógica proposicional, não seria aceitável que tal raciocínio fosse, de fato, válido.

uma nova verdade, senão apenas faz explícita uma verdade que já é implicada na verdade das premissas. (KELSEN, 1986, p.291)

Uma vez compreendido o papel do silogismo “teorético” dentro da Lógica, pode-se agora passar à análise do possível papel que o silogismo “prático” poderia desempenhar no Direito. Esta abordagem situa-se, como já foi dito, no âmbito da produção normativa, o que implica o envolvimento de normas gerais e individuais conjuntamente a um enunciado<sup>38</sup>. Kelsen elabora expressamente o problema a ser tomado em consideração neste ponto, acerca da aplicabilidade deste princípio lógico, a regra de inferência:

Especificamente, a indagação é esta: se a relação entre uma norma jurídica geral ou moral e a norma individual, na qual aquela é aplicada num caso concreto, tem o caráter de uma conclusão lógica, quer dizer: se a validade desta norma individual é obtida pela via de uma conclusão lógica. (KELSEN, 1986, p.285)

É preciso ressaltar a relação entre norma geral e individual para reforçar a tese de que, na criação de uma norma estão envolvidos, sempre, dois elementos: a própria *criação* desta norma individual e a *aplicação* de uma norma geral já presente dentro do ordenamento.

Assim, Kelsen oferece uma definição de conclusão normativa ao explicar o processo pelo qual ela supostamente efetua-se, segundo o silogismo pretensamente normativo:

Qualifica-se como uma conclusão *normativa* do geral para o particular uma tal, cuja premissa maior é uma norma geral hipotética que, sob certas, e em verdade *geralmente* determinadas condições, estabelece como devida uma conduta *geralmente* determinada, cuja premissa menor é um enunciado que assevera a existência individual da condição determinada na premissa maior e cuja proposição conclusiva é uma norma individual que estabelece como devida individualmente a conduta determinada geralmente na premissa maior.

Isto significa que a norma individual *corresponde* à norma geral. P. ex.:

- 1) Se uma pessoa fez uma promessa a uma outra, deve cumpri-la.
- 2) O homem Maier prometeu ao homem Schulze pagar-lhe 1.000.
- 3) O homem Maier deve cumprir sua promessa feita ao homem Schulze, i. e., pagar 1.000 ao Schulze. (KELSEN, 1986, p.293, grifos do autor)

A primeira distinção claramente observável em relação ao silogismo teorético é o caráter híbrido das premissas envolvidas no silogismo prático. Enquanto que no silogismo tradicional existiam somente enunciados versando sobre características ou qualidades de indivíduos ou objetos – numa relação básica de sujeito e predicado –, no silogismo teorético, ao contrário, as duas premissas pertencem a âmbitos diferentes: a premissa maior trata de uma norma geral, enquanto que a premissa menor é um enunciado acerca do mundo, dos fatos.

<sup>38</sup> Novamente, é válido salientar a diferença entre o Direito (ou ainda a Moral) e a Ciência do Direito (ou a Ética): Kelsen aceita naturalmente a aplicação da Lógica a estas Ciências, compostas por enunciados verdadeiros ou falsos, onde a conclusão é um elemento a mais no contexto teórico, e tem o mesmo caráter lógico das premissas. O contexto científico, por envolver processos racionais, investigativos, justificatórios, é por assim dizer, inclusive, o domínio da Lógica por excelência.

Assim, fica estabelecida uma primeira diferenciação, diga-se, fundamental entre os dois “tipos” de silogismos:

1 – Enquanto que, no silogismo teórico, ambas as premissas têm o mesmo caráter frente ao tratamento lógico, sendo ambas enunciados; no silogismo prático, elas não podem obter um tratamento lógico, por serem, uma delas, uma norma, e a outra, um enunciado.

Ora, o fundamento básico para a existência de um silogismo repousa justamente na noção de *prova*, de modo que a verdade da conclusão seja provada através da verdade dos enunciados. Segundo o silogismo prático, a função por trás de sua formulação não é a “prova” da validade da norma individual através da validade da norma geral e a verdade do enunciado da premissa menor. O propósito da existência do silogismo prático é a *obtenção da validade* da norma individual da conclusão a partir da validade da norma geral e da verdade do enunciado da premissa menor. De acordo com o Direito Positivo, no entanto, tal procedimento é ilegítimo e condenável, pois somente após o ato de vontade do juiz, ou seja, somente após sua fixação segundo um procedimento autorizado e puramente jurídico, é que a norma passa a existir de fato e, então sim, pode-se buscar a sua fundamentação na validade de uma norma geral. Portanto, pode-se apontar uma segunda diferenciação:

2 – Enquanto que, no silogismo teórico, o propósito repousa sobre uma justificação ou prova da verdade da conclusão através da verdade das premissas; no silogismo prático o que ocorre é a tentativa de obtenção de validade da norma individual criada através da validade da norma geral expressa na premissa maior e a verdade do enunciado da premissa menor.

O que se pode talvez defender neste ponto é que, se o propósito do silogismo prático fosse, igualmente ao do teórico, o de justificação, seria possivelmente aceitável a sua formulação no âmbito normativo. Por esta via, o silogismo teria um papel secundário, ou seja, somente após realizados os procedimentos jurídicos de criação normativa, ou seja, depois de a norma ser efetivamente fixada pelo juiz através do ato de vontade de sentido objetivo, e realizada ainda a fundamentação em relação à norma geral que é aplicada – e de onde realmente a norma criada fundamenta sua validade, obtendo através dela seu caráter especialmente jurídico e normativo – entra em jogo o silogismo prático, de modo a ilustrar tal processo com vistas a uma simples visualização de caráter justificatório. Porém, mesmo a defesa deste tipo de abordagem é ainda enganosa. Isso porque a própria figura do silogismo

prático é inexequível, pois mescla dois âmbito que, segundo Kelsen, e desde o início em seus escritos, são irreduzíveis.

As dificuldades acerca deste ponto parecem surgir devido à relevância prática do silogismo normativo. De fato, todos parecem entender o que ele expressa, assumindo involuntariamente uma analogia entre a validade da norma e a verdade do enunciado. O silogismo prático parece, desta forma, aceitável, mesmo apoiando-se em pressupostos teóricos errados.

O autor dinamarquês Jörgen Jörgensen atentou para este fato, ao elaborar um “quebra-cabeça”<sup>39</sup> a respeito da “validade prática” da inferência envolvendo imperativos<sup>40</sup>:

Segundo uma definição geralmente aceita de inferência lógica, somente frases capazes de ser verdadeiras ou falsas podem funcionar como premissas ou conclusões numa inferência; entretanto, parece ser evidente que uma conclusão no modo imperativo pode ser extraída de duas premissas, sendo que uma delas ou ambas estão no modo imperativo. (JÖRGENSEN, 1938, p.290)

A resposta de Jörgensen a este *puzzle* indica uma análise das proposições no modo imperativo segundo uma diferenciação entre fator *imperativo*, que indica que algo está sendo desejado (ou comandado), e o fator *indicativo*, que indica o que é que de fato está sendo desejado (ou comandado). Assim, Jörgensen indica que o conteúdo da frase imperativa é um ser, e que a situação posta como “devida” no imperativo, faz verdadeiro tal conteúdo da proposição: “E.g., no comando ‘Feche a porta’, é ordenado que a porta seja fechada, quer dizer, uma situação é reivindicada que fará a proposição ‘A porta que antes estava aberta está agora fechada’ uma proposição verdadeira.” (JÖRGENSEN, 1938, p. 291).

Esta tese é atacada por Kelsen através de seu argumento em relação ao substrato modalmente indiferente<sup>41</sup>. Segundo Kelsen, o dever-ser não pode “conter” o ser ou, o que é o mesmo, o ser não pode ser deduzido do dever-ser. O conteúdo do imperativo não é já o ser, mas sim o substrato modalmente indiferente que, ora toma forma de ser, ora de dever ser. Kelsen explica:

Visto que “ser” e “dever-ser” são dois modos essencialmente diferentes, o que é existente pode não ser simultaneamente devido, e o que é devido pode não ser simultaneamente existente. O que *é*, como *deve ser*, significa: o conteúdo de um ser é igual ao conteúdo de um dever-ser; em ambos os casos, é igual o substrato modalmente indiferente. O que existe são dois substratos modalmente indiferentes, porém iguais. (KELSEN, 1986, p.246)

<sup>39</sup> Posteriormente nomeado por Ross como o “Dilema de Jörgensen”.

<sup>40</sup> Cf. ROSS, A. *Imperatives and Logic*. In. *Theoria*, v. VII, 1941, p. 53-71.

<sup>41</sup> Cf. seção 4.2 deste capítulo.

Assim, no exemplo dado por Jörgensen, a sentença verdadeira de que “a porta que antes estava aberta está agora fechada” não indica, segundo Kelsen, que o imperativo teve sucesso e gerou um fato no mundo do ser. Se assim fosse, existiria uma equivalência entre o “feche a porta” e o “a porta está fechada”. Pelo contrário, a equivalência se encontra no substrato modalmente indiferente, e não entre os dois modos – imperativo e indicativo. O ser não é, portanto, imanente ao dever ser, pois não existe relação alguma entre os dois âmbitos, nem de dedução, nem de redução:

O falso uso da linguagem contribui essencialmente para a opinião errônea de que o dever-ser é dirigido para o ser; em consequência disso, o sentido de um ato de comando é descrito com as palavras “algo deve ser” (“*something ought to be*”). Mas o sentido de um ato de comando não é que algo deve “ser”, senão simplesmente que algo “deve-ser”, quer isto dizer, que é devido – e não que é existente – Jörgensen confunde – como isto em geral acontece – o devido no comando com o – na realidade – existente “fechar a porta”; ele não dá pela diferença que há entre o substrato modalmente indiferente que se apresenta no modo do dever-ser, e o que aparece no modo do ser “fechar-porta”. (KELSEN, 1986, p.248)

Outro argumento que Kelsen utiliza para invalidar a tese de Jörgensen é o fato de que a norma expressa pela proposição na forma de imperativo é o sentido de um ato de vontade; enquanto que o enunciado expresso pela proposição de ser é o sentido de um ato de pensamento:

O imperativo ou norma não pode conter tanto um fator imperativo, i. e., prescritivo, e um fator indicativo, i. e., descritivo. Em razão de que prescrição é o sentido de um ato de vontade, enquanto que descrição é o de um ato de pensamento. Querer e pensar são duas funções essencialmente diferentes, e pode, portanto, não existir nenhum pensar imanente ao querer. É suficientemente verdadeiro que aquele que deseja deve saber o que deseja. Mas o ato de pensamento constituindo o saber precede o ato de vontade cujo sentido é a norma, e não é imanente a ele. O ato de pensamento precedendo o ato de vontade não torna o significado da última, a norma, verdadeiro ou falso. Apesar de o ato de pensamento preceder o ato de vontade, não se pode dizer de uma norma que ela é verdadeira ou falsa. (KELSEN, 1973, p. 230, minha tradução)<sup>42</sup>

A próxima diferenciação básica que pode ser traçada entre o silogismo teórico e o pretense silogismo prático é a seguinte:

---

<sup>42</sup> No inglês: “The imperative or norm cannot contain both na imperative, i. e., prescriptive, and na indicative, i. e., descriptive factor. For prescription is the meaning of na act of will, while description is that of na act of thought. Willing and thinking are two essentially different functions, and there can therefore be no thinking immanent in willing. It is true enough that he who wills must know what he is willing. But the act of thought constituting the knowing precedes the act of will whose meaning is the norm, and is not immanent to it. The act of thought preceding the act of will does not make the latter’s meaning, the norm, true or false. In spite of the act of thought preceding the act of will, one cannot say of a norm that it is true or false.”

3 – Um silogismo é composto por enunciados com a qualidade de serem verdadeiros ou falsos, e o processo envolvido diz respeito justamente à preservação da verdade. Porém, normas podem apenas ser válidas, ou seja, a validade não é uma qualidade da norma assim como o é a verdade em relação a um enunciado; ela é a própria existência da norma.

Mesmo que a fundamental diferença entre a verdade do enunciado e a validade da norma já tenha sido tema corrente nesta dissertação, pode-se ainda abordá-la por uma perspectiva diferenciada, ignorada pelo próprio autor. Em primeiro lugar, já foi admitido que a diferença crucial entre o enunciado e a norma reside no fato de que desta – o sentido de um ato de vontade – se predica validade, enquanto que daquele – o sentido de um ato de pensamento – se predica verdade ou falsidade. Assim, somente o enunciado seria passível de uma predicação em termos de verdade ou falsidade, conforme a concepção tradicional de Lógica observada por Kelsen. O ponto a ser aqui notado é o fato de que o papel central da predicação do “ser verdadeiro” indica uma classificação frente a um domínio de objetos, os enunciados. Já o “ser válido” não classifica nada em um domínio de objetos como as normas, pois elas necessitam já serem válidas para constarem como normas. Ou seja, para simplesmente existirem meramente como objetos, as normas necessitam, já, serem válidas. O próprio Kelsen defende que: “Que uma norma é válida significa que ela está presente. Que uma norma não é válida significa que ela está ausente. Uma norma inválida é uma que não existe, e não é, assim, uma norma.”(KELSEN, 1973, p.230, minha tradução)<sup>43</sup>. Nesse sentido, a validade não classifica nada, como o faz a verdade ou a falsidade, pois um domínio de normas necessita ser um domínio de normas válidas, e dizer de uma norma que esta seria “não-válida” significaria incorrer em *contradictio in adjecto*. A verdade e a falsidade, enquanto propriedades de objetos, atuam classificando tais objetos, o que não acontece com a validade, que não pode ser encarada, portanto, como uma propriedade das normas.

A distinção fundamental entre verdade de enunciados e validade normativa desdobra-se em uma série de corolários, alguns deles já enunciados por Kelsen ao negar o caso da aplicação do princípio da não-contradição às normas em situação de conflito. No conflito normativo, a *derrogação* parecia jogar um papel central, constando como um recurso puramente jurídico que, fora sua função específica, servia também como um meio para a justificação da recusa da inserção de elementos lógicos no Direito. No caso da produção normativa, existe um elemento que, igualmente, possui uma “função” específica no meio

---

<sup>43</sup> No inglês: “That a norm is valid means that it is present. That a norm is not valid means that it is absent. An invalid norm is one that does not exist, and is thus not a norm.”

jurídico, mas que, secundariamente, acaba também repercutindo na discussão a respeito do silogismo dito prático: o *ato de vontade*.

Isso se explica pelo simples fato de que, como já foi inúmeras vezes dito, a norma é fundamentalmente o sentido de um ato de vontade. Assim, enquanto que o enunciado é sempre o sentido de um ato de pensamento, a norma é sempre o sentido de um ato de vontade. No silogismo, por existirem ambos, norma e enunciado, como premissas, questiona-se o que poderia ser legitimamente criado a partir da conjunção entre estes elementos. Esta consideração conduz a uma quarta afirmação a respeito da diferenciação entre ambos:

4 – Uma norma individual não pode obter sua validade em decorrência da verdade de um enunciado. Esta validade depende fundamentalmente da existência de um ato de vontade proferido por um órgão ou pessoa competente. A partir do momento de estabelecimento do ato, e pela via de um querer objetivado – e não através de um ato ou processo racional – a norma existe, é positivada. A norma assim criada apenas *fundamenta* sua validade em uma norma geral.

Esta tese é expressa por Kelsen do seguinte modo:

(...) a validade da norma individual não pode ser implicada na validade da norma geral e na verdade do enunciado, porque a validade de uma norma é condicionada pelo ato de vontade cujo sentido é a norma, enquanto no silogismo teórico a verdade do enunciado individual pode ser implicado [sic] na verdade do enunciado geral, porque a verdade de um enunciado não é condicionada pelo ato de pensamento, cujo sentido é o enunciado. (KELSEN, 1986, p.296)

O fato sob o qual deve insistir-se é que a criação da norma não se dá através de um processo racional ou de uma operação do pensamento. Ela depende da realização de um fato, da existência de uma pessoa que efetue um ato, o que expressa Kelsen (1986, p.297) através da fórmula: “Nenhum imperativo sem um mandante, nenhuma norma sem autoridade ponente da mesma, i. e., nenhuma norma sem um ato de vontade, cujo sentido é a norma.”

A relação entre a norma individual criada e a norma geral aplicada é igualmente necessária, mas não suficiente. Esta relação não é lógica, nem a norma criada é uma instanciação da norma geral aplicada<sup>44</sup>. Quanto a esta relação, Carlos Alarcón Cabrera esclarece que:

Para Kelsen (1965, 1979), o ato de vontade que dá sentido a uma norma geral e condicional não implica um ato de vontade que dê sentido a uma norma individual e incondicional, porque entre atos de vontade não pode haver relação de implicação

<sup>44</sup> Cabe ainda dizer que o próprio ato de vontade cujo sentido é a norma individual deve ser diferente do ato de vontade cujo sentido é a norma geral. Tais atos são distintos (inclusive temporalmente) e irreduzíveis.



lógica. A relação entre a norma geral e a norma individual não é direta, mas sim mediada e indireta ao exigir um novo ato de vontade, por exemplo, uma sentença judicial. (CABRERA, 2000, p.41, minha tradução)<sup>45</sup>

Na norma geral, a norma individual fundamenta a validade – e não o conteúdo –, ou seja, através dessa relação o ordenamento preserva o preceito positivista da auto-produção. Acerca dessa relação, Kelsen lembra que:

Entre a norma geral e a individual a ela correspondente não existe de modo nenhum relação direta, mas apenas indireta, conciliada pelo ato de vontade cujo sentido é a norma individual. Já por causa disto, no âmago, de modo nenhum interessa a possibilidade de chegar à validade da norma individual pela via de uma conclusão lógica da validade da norma geral. (KELSEN, 1986, p.297)

Existem autores que, no entanto, condenam esta abordagem aparentemente “mecanicista” da criação normativa, de reconhecimento da norma geral e fixação positiva da norma individual. Entre estes autores, encontra-se o jusfilósofo Alf Ross, que afirma:

Limito-me aqui a assinalar esses fatos elementares – cuja descrição adequada pode ser encontrada em trabalhos de sociologia da cultura – a fim de deixar claro quanto pouco realista é esse tipo de positivismo jurídico que restringe o direito às normas estabelecidas pelas autoridades e crê consistir a atividade do juiz apenas numa aplicação mecânica de tais normas. Podemos comparar essas normas positivas a cristais que se depositaram numa solução saturada que se conservam graças a essa solução, mas que se destruiriam se fossem colocados num líquido diferente; ou podemos compará-las a plantas que morrem quando são arrancadas do solo nutriente no qual cresceram. As normas jurídicas, tal como toda outra manifestação objetiva da cultura são incompreensíveis se as isolarmos do meio cultural que lhes deu origem. O direito está unido à linguagem como veículo de transmissão de significado e o significado atribuído aos termos jurídicos é condicionado de mil maneiras por tácitas pressuposições sob forma de credos e preconceitos, aspirações, padrões e valorações, que existem na tradição cultural que circunda geralmente o legislador e o juiz. (ROSS, 2003, p.126)

Deve-se notar, no entanto, que o que Kelsen pretende é uma teoria “pura”, ou seja, a descrição ideal de como o Direito positivo deve operar, sem a influência de elementos externos ao próprio ambiente jurídico – dentre os quais se encontram as inclinações e pressuposições do juiz e do legislador. O autor afirma que: “quando a Ciência do Direito descreve a validade de uma ordem jurídica, ela não expressa o que normalmente acontece, mas o que deve acontecer segundo uma determinada ordem jurídica.”(KELSEN, 1984, p.13). Nesse sentido, Ross tem razão ao afirmar que a doutrina positiva é afastada da realidade. Porque, para Kelsen, a descrição da realidade jurídica em termos de quais seriam as motivações ou inclinações do juiz ou legislador não é tarefa do cientista do Direito, mas sim

---

<sup>45</sup> No original: “Para Kelsen (1965,1979), el acto de voluntad que da sentido a una norma general y condicional no implica un acto de voluntad que dé sentido a una norma individual e incondicional, porque entre actos de voluntad no puede haber relación de implicación lógica. La relación entre la norma general y la norma individual no es directa, sino mediata e indirecta al requerir un nuevo acto de voluntad, por ejemplo una sentencia judicial.”

da Sociologia jurídica. Kelsen não condena tal atividade, mas simplesmente sustenta que é pautada por outro propósito, alheio ao seu.

Resta, ainda, avaliar mais pormenorizadamente qual é a natureza, enfim, da relação que Kelsen estabelece entre a validade da norma geral e a validade da norma individual.

Kelsen é enfático ao afirmar que nenhuma relação lógica pode ser aí estabelecida: nem de conclusão, nem de implicação, nem de conseqüência, nem de correspondência. O que ocorre nesta relação segue uma receita puramente jurídica, segundo procedimentos que não são “emprestados” de outros âmbitos, disciplinas ou Ciências. Kelsen assume teses e elabora argumentos com uma rigidez que persiste à tentativa logicista de inserção de elementos lógicos no Direito. Assim, frente a cada aspecto da prática jurídica, seja problemático como o caso do conflito, ou mesmo no caso da produção, Kelsen atenta para o fato da existência de elementos internos próprios do Direito a cada caso referente ao ordenamento jurídico, ao conjunto de normas. Assim, também no caso da produção normativa, o autor aborda aspectos que respondem à tentativa logicista com a abordagem “purista” própria do Positivismo que defende.

A resposta acerca da relação que pode ser estabelecida entre norma individual criada e norma geral aplicada diz respeito não somente aos critérios, mas à própria possibilidade de fixação de uma determinada norma individual. Kelsen, a respeito disso, assume que tal norma geral pode somente ser *reconhecida* pelo juiz para que, então, seja fixada a norma individual. Do mesmo modo, no contexto da Moral, uma norma geral é reconhecida por um indivíduo para, a partir daí, dirigir-se um determinado comando (frente à conduta de outrem ou à própria) através de um ato de vontade, ou seja, fixando-se uma norma individual. Mas, ainda, Kelsen lembra que:

Se num caso concreto, por qualquer razão, o reconhecimento da validade de norma geral relacionada com o caso e conseqüentemente a fixação da norma individual a ela correspondente não *se efetua num ato de vontade dos indivíduos indicados*, essa norma individual não entra em validade, e não pode ser posta em validade pela operação lógica de pensamento de uma conclusão. (KELSEN, 1986, p.301-302, grifo meu)

Assim, qualquer tentativa de mediação da criação normativa por procedimentos lógicos – dedução, conseqüência, subsunção – pressupõe sempre que algum valor de verdade está envolvido. Isso é, no entanto, inviável, uma vez que o resultado do processo consta numa norma, e ela não deriva sua validade de elemento algum pertencente inclusive ao âmbito descritivo. A norma ganha validade através do ato de vontade e, como qualquer enunciado

que seja verdadeiro ou falso é sempre o sentido de um ato de pensamento, nenhuma norma pode resultar da relação estabelecida no silogismo prático.

Kelsen reconhece que podem existir outros tipos de qualificação a respeito da relação entre normas geral e individual como, por exemplo, uma relação de tipo causal. Porém, do mesmo modo que é aceito que o metal dilata-se por causa do calor, e que este efeito do aquecimento, ou seja, a dilatação, não resulta do aquecimento por uma via lógica de conclusão; do mesmo modo a validade da norma individual não resulta logicamente da validade da norma geral. A dilatação é um fato do mundo que decorre de outro fato, o aquecimento do metal. Do mesmo modo, a criação da norma individual é um acontecimento que “decorre”, entre outros fatores – a fixação por parte do juiz – da existência de uma norma geral. É de fato permitido que alguém conclua a validade de uma norma individual da validade de uma norma geral, mas somente em um nível de reconhecimento do pensamento. Ou seja, é aceitável – e é o que de fato acontece – que uma pessoa seja consciente de uma norma geral que lhe permite o pensamento a respeito de uma norma individual que daí derive. Mas isso não implica nenhuma existência de nova norma, isso não significa que a norma individual foi criada especificamente. Kelsen defende, quanto a isso, que:

Na conclusão, a validade da norma individual posta pelo tribunal é *justificada* pela validade da norma geral a qual o tribunal tem de aplicar. Esta justificação tem espaço, entretanto, não em um silogismo prático, mas sim em um silogismo teórico, visto que nem a premissa maior nem a conclusão são normas, mas sim sentenças, e *sentenças*, além do mais, *sobre a validade de normas*. (KELSEN, 1973, p.245, minha tradução, grifos do texto)<sup>46</sup>

Isso talvez explique a usual, apesar de errônea, aceitação do silogismo prático, quer dizer, o reconhecimento da sua função prática. Talvez tal aceitação se dê porque ocorre uma confusão acerca do fato de que o reconhecimento da norma geral e elaboração mental de uma norma individual correspondente ocorre num nível racional, elaborando-se uma suposta norma individual segundo o sentido, portanto, de um ato de pensamento. Acerca do processo de justificação envolvido neste reconhecimento das normas envolvidas no processo da criação, o jusfilósofo escocês Neil MacCormick tenta atacar a posição kelseniana do seguinte modo:

Com imenso respeito, é preciso dizer que Kelsen está errado a este respeito. Nós não apenas podemos como até devemos aceitar sua tese sobre o “ato de vontade”. Mas devemos igualmente rejeitar enfaticamente a tese que Kelsen considera, de forma equivocada, ser seu corolário. Por certo, um ato de decisão, como qualquer outro ato, não é e não pode ser deduzido de certas premissas, quaisquer que sejam elas.

---

<sup>46</sup> No inglês: “In the conclusion, the validity of the individual norm posited by the court is *justified* by the validity of the general norm which the court has to apply. This justification takes place, however, not in a normative, but in a theoretical syllogism, since neither the major premiss nor the conclusion are norms, but rather statements, and *statements*, moreover, *about the validity of norms*.”

Mas isso não significa que conclusões relevantes para a questão “qual decisão seria justificável em um dado caso?” não possam ser derivadas de premissas relevantes e apropriadas. As premissas P1 “Toda pessoa condenada por homicídio deve ser sentenciada à prisão perpétua pelo Tribunal de Primeira Instância” e P2 “Smith é uma pessoa condenada por homicídio” *não sustentam a decisão*: “Smith, eu lhe condeno à prisão perpétua” (D1). *Mas elas permitem a conclusão* C1: “Este tribunal deveria sentenciar Smith à prisão perpétua”. A conclusão não é ela mesma uma decisão. É, todavia, uma conclusão jurídica alta e diretamente relevante para a questão relativa àquilo que o tribunal pode, neste caso, razoavelmente decidir. Se o Tribunal de Primeira Instância determinar que Smith se sujeite à prisão perpétua, essa será em princípio uma decisão justificada, e se as razões para justificá-la forem *imaginadas*, alguém as poderia dar repetindo P1 e P2 e declinando que C1 segue dessas premissas. De fato, se o tribunal for proferir, ou se cogitar abertamente proferir, qualquer outra decisão que a imposição de prisão perpétua, nós certamente iríamos querer saber com base em qual filigrana processual ou com base em qual *justificativa* jurídica isso seria possível. (MacCormick, 2008, p.73-74, grifos meus)

Ora, o que MacCormick afirma nesta passagem em nada difere do que o próprio Kelsen aceita no plano da justificação racional do processo jurídico. Como o comentador afirma, o silogismo não cria uma norma, mas pondera acerca de sua criação. Este âmbito não é mais o do Direito, mas sim o de investigações racionais, de justificação acerca do que já foi realizado, ou o que poderia ser realizado, no tribunal. O exemplo de MacCormick não trata de normas sendo deduzidas, mas sim de uma investigação teórica acerca da produção normativa. Deste modo, parece que o ataque de MacCormick não tem êxito, na medida em que, segundo Kelsen tal operação mental é legítima num contexto externo ao Direito. Nesse nível norma alguma é criada, e sua validade não pode ser reconhecida, pois ela depende ainda do ato de vontade. Deve-se assim, antes de tudo, reconhecer claramente o domínio que está sendo abordado. Pois a elaboração do conteúdo de uma norma individual como sentido de um ato de pensamento derivada do reconhecimento da existência de uma norma geral não está no âmbito do Direito, e não é objeto de consideração de Kelsen, dado que, neste âmbito, não existe produção normativa alguma. O próprio autor explica este caso, em resposta a outro crítico:

Castberg refere-se ao fato de “que as pessoas raciocinam, atualmente, desta maneira” – i. e., as pessoas concluem da validade de uma norma geral logicamente a validade de uma norma individual. Pode ser exato que se alguém fez uma promessa a um outro, e se ele é consciente que vale uma norma geral: “Deve-se cumprir sua promessa feita”, ele pense: portanto *eu* devo cumprir minha promessa feita. Mas, enquanto ele não dirige a si mesmo a ordem “Cumpra a promessa por ti feita”, e se nenhum outro sujeito para isso competente dirige-lhe uma tal ordem, essa norma individual não vale. Se ele apenas *pensa*: “Eu devo cumprir minha promessa”, sem dirigir a si a ordem, i. e., sem fixar a norma individual por um ato de vontade, então o sentido de seu ato de pensamento, o qual ele expressa em forma de uma proposição de dever-ser, não é uma norma individual, senão, corretamente formulado, o enunciado: somente se eu cumprir minha promessa, minha conduta corresponde à norma geral válida: “Deve-se cumprir sua promessa feita”, e desse modo minha conduta é boa, certa, quer dizer: então ela é como deve ser. (KELSEN, 1986, p.317, grifos do autor)

Então, o que se conclui desta discussão é que, uma vez estabelecido o objeto como sendo o de *normas positivamente válidas*, os princípios da Lógica nenhuma função possuem quanto a tal objeto. Enquanto meramente pensadas, as normas poderiam talvez ceder espaço à aplicação. Mas, neste caso, seria errôneo até mesmo classificá-las como normas. Normas não podem sob circunstância alguma serem sentido de atos de pensamento, e é no âmbito justamente dos processos de pensar que se encontra a função da Lógica. A norma caracteriza-se essencialmente como sendo o sentido de um ato de vontade. A norma válida, a norma em si, é o sentido de um ato de vontade objetivado, emitido por um órgão ou pessoa competente que, por meio de tal ato, portanto, fixa a norma, torna-a positiva. Tais procedimentos jurídicos são auto-suficientes quanto à produção normativa, e o reconhecimento da norma geral, que preserva a noção positivista da auto-produção normativa, de modo algum ocorre por processos de cunho logicista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho apresentou e analisou as abordagens kelsenianas do problema da aplicabilidade dos princípios lógicos às normas segundo três fases distintas ao longo dos escritos do autor. Para isto, foram discutidas as principais teses referentes a cada fase, bem como motivações e justificativas para as diferentes abordagens do autor. Os objetos de estudo foram três principais obras de Kelsen, referentes a cada uma das fases: a *Teoria Geral do Direito e do Estado*, a 2ª edição da *Teoria Pura do Direito* e a *Teoria Geral das Normas*.

Percebe-se que o tratamento do problema ganhou, com o passar dos anos, destaque dentro das obras de Kelsen. Assim, na primeira fase, Kelsen trata o problema de modo superficial, ou seja, apesar de os principais conceitos kelsenianos necessários ao tratamento do problema estarem já formulados, eles repercutem de maneira ainda insuficiente em seu posicionamento frente ao papel da Lógica no Direito. Esta limitação dificulta uma análise própria do problema, na medida em que Kelsen parece encarar como natural, por exemplo, um procedimento tradicionalmente considerado ilegítimo, como a aplicação do princípio da não-contradição às normas. Sua única exigência é a de que a contradição se dê em um único e mesmo âmbito, ou seja, *ou* entre dois enunciados, *ou* entre duas normas. No último caso, no entanto, a aplicação do princípio lógico é realizada através de elementos próprios do Direito, que se responsabilizam pela tarefa de resolver a situação contraditória.

A abordagem da primeira fase pauta-se, sobretudo, na análise do problema da possibilidade de aplicação dos princípios da Lógica às normas segundo uma perspectiva que difere entre sistemas estático e dinâmico, aos quais pertenceriam, respectivamente, as normas morais e jurídicas. É importante ressaltar, no entanto, que o próprio Kelsen não considera o Direito como fundamentalmente pertencente a um sistema dinâmico: o que está sendo sustentado é que, quanto aos problemas internos envolvendo relações normativas, o Direito deve ser considerado como um sistema dinâmico, em função da auto-produção normativa. Já em um sistema estático, no qual a norma fundamental é de caráter totalmente diferenciado da norma fundamental do Direito, possuindo um conteúdo específico a partir do qual são derivadas as demais normas do sistema, operações lógicas como as aqui consideradas são, segundo o autor, permitidas, mesmo que as justificações da possibilidade desta aplicação não sejam fundamentadas teoricamente de maneira explícita por Kelsen. Ou seja, a aplicação da

Lógica às normas morais, por exemplo, seria realizada, ao que parece, sobre o conteúdo destas, ficando obscuro o método pelo qual se realizaria a transposição entre âmbitos distintos, como o do ser e do dever-ser. O autor apela a termos como “evidência” prática, no sentido de que seria descabido duvidar-se da subsunção de uma norma individual a uma norma geral de mesmo conteúdo. Questões como estas foram, no entanto, duramente criticadas pelo Kelsen da terceira fase, que inclusive desfaz a separação entre Direito e Moral, por entender que ambas demandam inevitavelmente um ato de vontade objetivo que lhes forneça a existência, a validade. Porém, ainda nesta primeira fase, Kelsen defende que as normas morais não dependem de um ato de vontade humano, mas sim estão já contidas, todas, na norma fundamental que rege o sistema.

Portanto, como foi mencionado, na discussão acerca da possibilidade de aplicação do princípio da não-contradição, no caso do conflito normativo, Kelsen reconhece a possibilidade de existência da contradição entre normas, e defende a aplicação do princípio da não-contradição como uma condição para a inteligibilidade do sistema normativo, ou seja, para que este possa ser passível de conhecimento jurídico. Ainda assim, o caso de conflito entre normas superiores e inferiores é negado pelo autor, dado que, na criação normativa jurídica, a produção de uma norma implica na aplicação da norma a ela superior, ou seja, na conformidade entre ambas as normas. Esta dependência impediria o caso de conflito. Porém, no caso, por exemplo, de conflito entre duas decisões judiciais – no mesmo plano da hierarquia normativa – o autor entende que poderia haver contradição, e que o princípio lógico poderia ser aplicado sobre as normas do mesmo modo pelo qual se aplica aos enunciados. No entanto, Kelsen prioriza a aplicação de princípios próprios do Direito nestes casos, como a regra *lex posterior derogat priori*, ou a própria interpretação por parte do juiz, o que indica que tal aplicação representaria uma aplicação indireta do princípio lógico de não-contradição. Novamente, o autor não torna expresso o modo como entende a relação entre tais princípios jurídicos e o próprio princípio de não-contradição.

Assim, esta primeira fase representa uma recusa parcial por parte de Kelsen da aplicabilidade dos princípios lógicos às normas do Direito. Isso porque, enquanto que a regra de inferência é recusada, o princípio da não-contradição é aceito em casos específicos.

É importante perceber que, nesta fase, Kelsen ainda não possui o refinamento metodológico que marca sua última fase, quanto à abordagem do problema do tratamento lógico das normas. O autor está ciente da idéia de que normas não são verdadeiras ou falsas, o que impediria a aplicação da Lógica, mas isto não parece ser um entrave às suas teses, voltadas essencialmente aos problemas da prática jurídica.

Na segunda fase, Kelsen já se preocupa de maneira mais específica com os critérios que limitam o relacionamento entre o plano descritivo no qual atua a Lógica e o plano prescritivo do Direito. O resultado é que a aplicação da Lógica não é feita sobre as normas mesmas, mas somente sobre as proposições que as descrevem, indicando uma aplicação, portanto, indireta, tanto do princípio da não-contradição quanto da regra de inferência.

Assim, enquanto que, na primeira fase, o ponto de partida para a discussão foi a distinção entre os sistemas estático e dinâmico, segundo o modo como atuariam, conforme o sistema, as respectivas normas fundamentais; nesta segunda fase o conceito que parece estar por trás do propósito argumentativo de Kelsen é o conceito de *proposição normativa* (porém, importa lembrar que a interpretação normativa do autor ainda está pautada, nesta segunda fase, pela distinção entre sistemas estático e dinâmico).

No interior do sistema estático, das normas morais, o silogismo envolvendo normas continua sendo aceito por Kelsen, que considera que é o conteúdo das normas que está sendo deduzido. Nesta fase, o silogismo envolve, no entanto, proposições normativas, que se organizam em um silogismo de modo a criar uma norma individual. Na primeira fase, Kelsen envolvia diretamente as normas no silogismo, mas deixava claro que era o seu conteúdo a ser deduzido, mesmo sem fundamentar tal tese teoricamente.

Já no sistema dinâmico, do Direito, esta operação repete-se, com uma única distinção: de que o propósito do silogismo envolvendo proposições normativas do Direito não é o de criar uma nova norma, mas apenas de justificar a sua fundamentação dentro do sistema. Assim, Kelsen assume a necessidade do ato de vontade para a criação da norma jurídica. Porém, ao tratar da fundamentação, e por entender que o fundamento de uma norma pode apenas ser outra norma, o autor vale-se da figura do silogismo para demonstrar a legitimidade da criação jurídica.

Do mesmo modo, no caso do conflito entre normas de mesmo nível, o princípio de não-contradição é aplicado indiretamente, sobre as proposições que descrevem as normas em conflito. Kelsen, nesta segunda fase, já atenta ao fato da impossibilidade de uma “*contradição entre normas*”, devido à pertinência das normas ao âmbito do dever-ser.

Em sua última fase, o autor refina sua argumentação, criando conceitos específicos que justificam sua abordagem de severa recusa pelos elementos da Lógica no âmbito normativo. Kelsen reforça, de maneira muitas vezes repetitiva, os critérios que definem este seu posicionamento, dentre os quais se ressalta a necessidade de expressão do ato de vontade, indispensável na criação da norma, que invalida a tentativa da aplicação da regra de inferência



na produção normativa. Junto a isto, a fundamental diferenciação entre enunciado verdadeiro e norma válida, impede a aplicação do princípio da não-contradição no conflito normativo. Com isso, a *Teoria Geral das Normas*, último trabalho de Kelsen, culmina na recusa da possibilidade de tratamento lógico do Direito, que acaba por ser radical.

Nesse contexto, o que demarca esta fase frente às anteriores é a distinção entre o enunciado como sentido de um ato de pensamento e a norma como sentido de um ato de vontade. Esta distinção é mais um suporte ao dualismo metodológico kelseniano, que separa as esferas do ser e do dever-ser. Outro elemento importante a esta discussão é a noção de substrato modalmente indiferente, pela qual Kelsen preserva o sentido da norma como direcionado à conduta humana, sem desfazer os limites entre os âmbitos descritivo e prescritivo. Segundo o autor, uma norma e uma proposição acerca de tal norma podem apresentar o mesmo conteúdo, que ora “veste-se” de ser, ora de dever-ser. Quando o substrato é o mesmo, é a conduta que é a mesma, e não existe, de modo algum, correspondência entre os dois domínios. Isso conseqüentemente abala uma tentativa de aplicação – mesmo que indireta – da Lógica às normas, dado que o substrato modalmente indiferente não é, de nenhuma maneira, verdadeiro ou falso.

Porém, outra série de argumentos em favor da diferenciação entre normas e enunciados é elaborada por Kelsen, e tais argumentos parecem ser anteriores, no sentido de serem mais fundamentais ou básicos, em comparação à noção de substrato modalmente indiferente, no ataque do autor ao tratamento lógico do Direito e da Moral. Parece que todos estes argumentos menores sobre as diferenças básicas entre normas e enunciados convergem para a tese geral de que a norma é o sentido do ato de vontade, enquanto que o enunciado é o sentido do ato de pensamento.

No contexto da produção normativa, nenhum princípio lógico entra em jogo. O que pode acontecer de fato, segundo o autor, é que, depois de estabelecida a norma individual através do ato de vontade do juiz, e de reconhecida a norma geral que é aplicada nesta produção, possa-se adentrar num domínio de justificação acerca desta criação, de modo a constatar-se a sua legitimidade. No entanto, tal domínio não é mais normativo, não se trata mais do campo do Direito. A justificação é realizada a respeito de enunciados que descrevem a existência de normas, em um silogismo teórico, e não prático. Nesse silogismo, nenhuma norma é criada, e o que é avaliado é somente o processo de criação como um fato consumado, segundo um processo puramente intelectual, que em nada adentra o domínio normativo.

Do mesmo modo, o contexto dos conflitos normativos não cede espaço algum à aplicação da Lógica. Não bastassem os vários argumentos em torno das diferenças fundamentais entre norma e enunciado, que por si só impedem uma comparação do caso do conflito normativo com o caso da contradição entre enunciados, Kelsen ainda confere à noção de derrogação um papel central que determina a recusa pelos elementos lógicos. Sendo um procedimento puramente jurídico, a derrogação atua efetivamente no caso do conflito, solucionando-o. Todas estas abordagens ratificam o postulado que regula o todo da teoria jurídica kelseniana: o dualismo metodológico entre os reinos do ser e do dever-ser.

Ao final desta investigação, parece menos obscura a jornada realizada por Hans Kelsen na análise da relação entre a Lógica e o Direito. Nota-se que, de fato, as concepções do autor não representam rupturas definitivas com as de escritos anteriores, sendo que parecem mais representarem o desenvolvimento crítico de seu compromisso com o propósito do desenvolvimento de uma estrutura formal para a teoria do Direito, à medida em que o problema da sua relação com a Lógica passa a tornar-se central para Kelsen.

Assim, se, na primeira fase, ainda resta espaço à aplicação do princípio da não-contradição, importa mencionar que Kelsen demonstra a necessidade de princípios jurídicos efetuando a “resolução” da contradição. Do mesmo modo, quando aceita a dedução entre normas morais, indica que é o conteúdo destas que está sendo derivado. De fato, estas teses são lançadas sem maiores explicações, mas o contexto puramente logicista da época certamente influenciou nessa primeira abordagem. Isso não pode ser apontado como uma justificativa, mas pode ter sido um fator importante.

Na segunda fase, a aceitação da aplicação indireta revela uma crescente preocupação do autor com este tema. Kelsen apela ao conceito de proposição normativa, de modo a salvaguardar a tese central de separação entre, por um lado, norma válida e, por outro, enunciado verdadeiro ou falso.

Mas é na terceira fase que vemos uma teoria completa a respeito da relação entre Lógica e Direito. Nesta fase, a Moral positiva ganha o mesmo tratamento do Direito, ao contrário das duas fases anteriores. Isto porque Kelsen assume que, tanto no Direito positivo quanto na Moral positiva, toda norma necessita inevitavelmente de um ato de vontade que lhe dê existência. De fato, se analisada mais minuciosamente, esta tese pode revelar, porém, algumas imperfeições.

Ao igualar o tratamento do Direito com o da Moral, Kelsen parece ignorar certos fatores que demonstram diferenças significativas entre os dois domínios. Na positivação da

norma, uma condição fundamental é a de que o ato de vontade seja emitido por um sujeito competente e autorizado: o juiz ou o legislador. Na Moral positiva, como, por exemplo, a cristã, o legislador seria Jesus, mas o juiz, aquele que cria a norma individual, pode ser qualquer um. Importa notar que, nesta última fase, Kelsen não mais admite a derivação normativa a partir do conteúdo da norma fundamental, o que dificulta ainda mais o método de posituação. O fato é que, dado um sistema moral, qualquer um poderia ter a competência de criar normas individuais legitimamente: não é necessária uma figura especial como o juiz, habilitado à tarefa da posituação normativa. Ainda, ao abordar a noção de derrogação, Kelsen não menciona o fato de sua inadequação a um sistema moral no qual o próprio sujeito colocasse as normas individuais fundadas em um sistema positivo. Ademais, como poderia a norma individual “Devo manter esta promessa minha” ser o sentido de um ato de vontade *objetivo*?

Outros aspectos são igualmente atacados por diversos críticos da teoria kelseniana, referentes, por exemplo, à dependência, em certa medida, da validade normativa em relação à eficácia, o que representaria, segundo alguns comentadores, uma redução do plano devido ao plano fático. Kelsen tenta responder a isso ressaltando a diferença entre fundamento e condição de validade. A eficácia sendo a condição de validade não impede que a validade tenha de ser, inclusive, pressuposta temporalmente. A ênfase será sempre sobre a noção de validade, pois é existindo que a norma pode ganhar ou perder eficácia – sendo este um aspecto secundário, mesmo que influencie na validade normativa.

Igualmente é criticada a noção de norma fundamental enquanto apenas pressuposta, dado que ela é o próprio fundamento da validade do ordenamento. Porém, vale lembrar do papel da norma fundamental como pressuposto metodológico, pois a formulação de um conteúdo para si implicaria no prosseguimento pela busca de um fundamento também da sua validade.

A teoria kelseniana há muito vem sido criticada sob vários outros aspectos, e o foi até mesmo pelo próprio Kelsen. Talvez seja este criticismo minucioso que tenha motivado o autor a refazer suas teses, aperfeiçoar seus argumentos, rever seus conceitos. O surgimento das aqui consideradas três fases kelsenianas representam, ao que parece, um posicionamento louvável dentro da pesquisa acadêmica: a busca constante pelo aperfeiçoamento, a postura crítica não apenas em relação aos outros, mas principalmente em relação a si mesmo. Talvez, se a *Teoria Geral das Normas* não fosse já uma obra póstuma, haveria mais fases a serem analisadas quanto a este problema, tratado de maneira incansável ao longo da vida e da obra de Hans Kelsen.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### BIBLIOGRAFIA PRIMÁRIA:

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998 [1960].

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das Normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986 [1979].

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1945].

\_\_\_\_\_. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003 [1960].

\_\_\_\_\_. **Essays in Legal and Moral Philosophy**. D. Reidel Publishing Company: Dordrecht-Holland / Boston-USA, 1973.

KELSEN, H.; KLUG, U. **Normas jurídicas e análise lógica (Correspondência 1959-1965)**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

### BIBLIOGRAFIA SECUNDÁRIA:

ARISTÓTELES. **ORGANON, Analíticos Anteriores**. Tradução e notas de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores LDA, 1986.

ATIENZA, M. **As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Livraria e Distribuidora Ltda., 2003.

BOBBIO, N. **Direito e Poder**. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BOBBIO, N. **Teoría General del Derecho**. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editorial Temis, 1997.

BARZOTTO, L. F. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

CABRERA, C.A. **Lecciones de lógica jurídica**. Espanha: Editorial Mad, S.L., 2000.

CARROLL, L. **Lewis Carroll: El juego de la lógica y otros escritos**. Seleção e prólogo: Alfredo Deaño. Madrid: Alianza Editorial S. A., 1976.

COPI, I. **Introdução à Lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Mestre Jou, 2ª edição, 1978.

HARE, R. W. **A Linguagem da Moral**. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HARE, R. W. Imperative Sentences. In: **Mind**, New Series, v. 58, No. 229. Oxford University Press. January, 1949.

HART, H. Visita a Kelsen. In: **Luanova**, N° 64 – 2005.

FREGE, J. G. O pensamento. Uma investigação lógica. In: ALCOFORADO, P. (Organizador e tradutor). **Investigações Lógicas**. Coleção Filosofia, vol. 141. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

GOYARD-FABRE, S. **Kelsen e Kant. Saggi sulla dottrina pura del diritto**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

HUME, D. **Tratado da Natureza Humana**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP (FEU), 2000.

JÖRGENSEN, J. Imperativos e Lógica. Tradução não publicada de Frank Thomas Sautter. In: **Erkenntnis**, v. 7, 1938, pp. 288-96.

KAUFMANN, E. **Critica della filosofia neokantiana del diritto**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

KNEALE, W. & M. **O desenvolvimento da Lógica**. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

MACCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Editora Campus/ Elsevier, 2008.

ROSS, A. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

ROSS, A. **Imperatives and Logic**. In: *Theoria*, v. 7, 1941, p. 53-71.

TABAK, I.; JERÔNIMO, J. **É proibido morrer em Biritiba-Mirim**. Disponível em <<http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/brasil/2005/12/08/jorbra20051208011.html>>. Acesso em 17 jul. 2009.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.  
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.  
This page will not be added after purchasing Win2PDF.