



I

Direito e natureza

1. A “pureza”

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

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.

Isto parece-nos algo de per si evidente. Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não



por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.

2. O ato e o seu significado jurídico

Se se parte da distinção entre ciências da natureza e ciências sociais e, por conseguinte, se distingue entre natureza e sociedade como objetos diferentes destes dois tipos de ciência, põe-se logo a questão de saber se a ciência jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social, se o Direito é um fenômeno natural ou social. Mas esta contraposição de natureza e sociedade não é possível sem mais, pois a sociedade, quando entendida como a real ou efetiva convivência entre homens, pode ser pensada como parte da vida em geral e, portanto, como parte da natureza. Igualmente o Direito — ou aquilo que *primo conspectu* se costuma designar como tal — parece, pelo menos quanto a uma parte do seu ser, situar-se no domínio da natureza, ter uma existência inteiramente natural. Se analisarmos qualquer dos fatos que classificamos de jurídicos ou que têm qualquer conexão com o Direito — por exemplo, uma resolução parlamentar, um ato administrativo, uma sentença judicial, um negócio jurídico, um delito, etc. —, poderemos distinguir dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito. Numa sala encontram-se reunidos vários indivíduos, fazem-se discursos, uns levantam as mãos e outros não — eis o evento exterior. Significado: foi votada uma lei, criou-se Direito. Nisto reside a distinção familiar aos juristas entre o processo legiferante e o seu produto, a lei. Um outro exemplo: um indivíduo, de hábito talar, pronuncia, de cima de um estrado, determinadas palavras em face de outro indivíduo que se encontra de pé à sua frente. O processo exterior significa juridicamente que foi ditada uma sentença judicial. Um comerciante escreve a outro uma carta com determinado conteúdo, à qual este responde com outra carta. Significa isto que, do ponto de vista jurídico, eles fecharam um contrato. Certo indivíduo provoca a morte de outro em consequência de uma determinada atuação. Juridicamente isto significa: homicídio.

3. O sentido subjetivo e o sentido objetivo do ato. A sua auto-explicação

Mas esta significação jurídica não pode ser percebida no ato por meio dos sentidos, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de um objeto, como a cor, a dureza, o peso. Na verdade o indivíduo que, atuando racionalmente, põe o ato, liga a este um determinado sentido que se exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros. Este sentido subjetivo, porém, pode coincidir com o significado objetivo que o ato tem do ponto de vista do Direito, mas não tem necessariamente de ser assim. Se alguém dispõe por escrito do seu patrimônio para depois da morte, o sentido subjetivo deste ato é o de um testamento. Objetivamente, porém, do ponto de vista do Direito, não o é, por deficiência de forma. Se uma organização secreta, com o intuito de libertar a pátria de indivíduos nocivos, condena à morte um deles, considerado um traidor, e manda executar por um filiado aquilo que subjetivamente considera e designa como uma sentença de condenação à morte, objetivamente, em face do Direito, não estamos perante a execução de uma sentença, mas perante um homicídio, se bem que o fato exterior não se distinga em nada da execução de uma sentença de morte.

Um ato, na medida em que se expresse em palavras faladas ou escritas, pode ele próprio até dizer algo sobre a sua significação jurídica. Nisto reside uma particularidade do material oferecido ao conhecimento jurídico. Uma planta nada pode comunicar sobre si própria ao investigador da natureza que a procura classificar cientificamente. Ela não faz qualquer tentativa para cientificamente explicar a si própria. Um ato de conduta humana, porém, pode muito bem levar consigo uma auto-explicação jurídica, isto é, uma declaração sobre aquilo que juridicamente significa. Os indivíduos reunidos num parlamento podem expressamente declarar que votam uma lei. Uma pessoa pode expressamente designar como testamento a sua disposição de última vontade. Duas pessoas podem declarar que concluem um negócio jurídico. Assim, o conhecimento que se ocupa do Direito encontra já, no próprio material, uma auto-explicação jurídica que toma a dianteira sobre a explicação que ao conhecimento jurídico compete.

4. A norma

a) *A norma como esquema de interpretação*

O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico — não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. 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. Que a supramencionada troca de cartas juridicamente signifique a conclusão de um contrato, deve-se única e exclusivamente à circunstância de esta situação fática cair sob a alçada de certos preceitos do código civil. O ser um documento, um testamento válido, não só segundo o seu sentido subjetivo mas também de acordo com o seu sentido objetivo, resulta de ele satisfazer às condi-

ções impostas por este código para que possa valer como testamento. Se uma assembléia de homens constitui um parlamento e se o resultado da sua atividade é juridicamente uma lei vinculante — por outras palavras: se estes fatos têm esta significação —, isso quer dizer apenas que toda aquela situação de fato corresponde às normas constitucionais. Isso quer dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida.

b) *Norma e produção normativa*

Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. 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, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. Tais atos são — entendidos neste sentido — atos de vontade. Quando um indivíduo, através de qualquer ato, exprime a vontade de que um outro indivíduo se conduza de determinada maneira, quando ordena ou permite esta conduta ou confere o poder de a realizar, o sentido do seu ato não pode enunciar-se ou descrever-se dizendo que o outro se conduzirá dessa maneira, mas somente dizendo que o outro se deverá conduzir dessa maneira. Aquele que ordena ou confere o poder de agir, quer, aquele a quem o comando é dirigido, ou a quem a autorização ou o poder de agir é conferido, *deve*. Desta forma o verbo “dever” é aqui empregado com uma significação mais ampla que a usual. No uso corrente da linguagem apenas ao ordenar-corresponde um “dever”, correspondendo ao autorizar um “estar autorizado a” e ao conferir competência um “poder”.

Aqui, porém, emprega-se o verbo “dever” para significar um ato intencional dirigido à conduta de outrem. Neste “dever” vão incluídos o “ter permissão” e o “poder” (ter competência). Com efeito, uma norma pode não só comandar mas também permitir e, especialmente, conferir a competência ou o poder de agir de certa maneira. Se aquele a quem é ordenada ou permitida uma determinada conduta, ou a quem é conferido o poder de realizar essa conduta, pergunta pelo fundamento dessa ordem, permissão ou poder (e não pela origem do ato através do qual se prescreve, permite ou confere competência), apenas o pode fazer desta forma: por que devo (ou também, no sentido da linguagem corrente: sou autorizado, posso) conduzir-me desta maneira? “Norma” é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato. Por isso não é correto dizer, como muitas vezes se diz, que o dever um indivíduo fazer algo nada mais significa senão que um outro indivíduo quer algo — o que equivaleria a dizer que o enunciado de um dever-ser se deixa reconduzir ao enunciado de um ser.

A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência¹. 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 segue que algo seja².

No entanto, este dualismo de ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação. Diz-se: um ser pode corresponder a um dever-ser, o que significa que algo pode ser da maneira como deve ser. Afir-

ma-se, por outro lado, que o dever-ser é “dirigido” a um “ser”. A expressão: “um ser corresponde a um dever-ser” não é inteiramente correta, pois não é o ser que corresponde ao dever-ser, mas é aquele “algo”, que por um lado “é”, que corresponde àquele “algo”, que, por outro lado, “deve ser” e que, figurativamente, pode ser designado como conteúdo do ser ou como conteúdo do dever-ser. Também podemos exprimir isto por outras palavras dizendo que um determinado *quid*, especialmente uma determinada conduta, pode ter a qualidade de ser ou a qualidade de dever-ser. 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. Portanto a conduta estatuída numa norma como devida (como devendo ser) tem de ser distinguida da correspondente conduta de fato. Porém, a conduta estatuída na norma como devida (como devendo ser), e que constitui o conteúdo da norma, pode ser comparada com a conduta de fato e, portanto, pode ser julgada como correspondendo ou não correspondendo à norma (isto é, ao conteúdo da norma). A conduta devida e que constitui o conteúdo da norma não pode, no entanto, ser a conduta de fato correspondente à norma.

Apesar de tudo também costuma designar-se esta conduta correspondente à norma e, portanto, uma conduta que é (da ordem do ser), como uma conduta devida (que deve ser) — e com isso pretende significar-se que ela é como deve ser. A expressão “conduta devida” é ambígua. Tanto pode designar a conduta que, na norma, enquanto conteúdo da norma, é posta como devida, e que deve ser mesmo quando se não ponha em ser ou realize; como também a conduta que de fato é ou se realiza e corresponde ao conteúdo da norma. Quando se diz que o dever-ser é “dirigido” a um ser, a norma a uma conduta fática (efetiva), quer-se significar a conduta de fato que corresponde ao conteúdo da norma, o 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.

Os atos que têm por sentido uma norma podem ser realizados de diferentes maneiras. Através de um gesto: assim, com um

determinado movimento de mão, o sinalizador ordena que paremos, com outro, que avancemos. Através de outros símbolos: assim uma luz vermelha significa para o automobilista a ordem de parar, uma luz verde significa que deve avançar. Através da palavra falada ou escrita: uma ordem pode ser dada no modo gramatical do imperativo, v. g.: Cala-te! Mas também o pode ser sob a forma de uma proposição: Eu ordeno-te que te cales. Sob esta forma podem também ser concedidas autorizações ou conferidos poderes. Há enunciados sobre o ato cujo sentido é o comando, a permissão, a atribuição de um poder ou competência. 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. Uma lei penal pode conter a proposição: o furto será punido com pena de prisão. O sentido desta proposição não é, como o seu teor verbal parece sugerir, a enunciação de um acontecer fático, mas uma norma: uma ordem ou uma atribuição de competência para punir o furto com pena de prisão. O processo legiferante é constituído por uma série de atos, que, na sua totalidade, possuem o sentido de normas. Quando dizemos que, por meio de um dos atos acima referidos ou através dos atos do procedimento legiferante³, se “produz” ou “põe” uma norma, isto é apenas uma expressão figurada para traduzir que o sentido ou o significado do ato ou dos atos que constituem o procedimento legiferante é uma norma. No entanto, é preciso distinguir o sentido subjetivo do sentido objetivo. “Dever-ser” é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como “norma”.

A circunstância de o “dever-ser” constituir também o sentido objetivo do ato exprime que a conduta a que o ato intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória (devida), não apenas do ponto de vista do indivíduo que põe o ato, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado — e isso muito embora o querer, cujo sentido subjetivo é o dever-ser, tenha deixado faticamente de existir, uma vez que, com a vontade, não desaparece também o sentido, o dever-ser; uma vez que o dever-ser “vale” mesmo depois de a vontade ter cessado, sim, uma vez que ele vale ainda que o indivíduo cuja conduta, de acordo com

o sentido subjetivo do ato de vontade, é obrigatória (devida) nada saiba desse ato e do seu sentido, desde que tal indivíduo é havido como tendo o dever ou o direito de se conduzir de conformidade com aquele dever-ser. Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser “objetivo”, é uma “norma válida” (“vigente”), vinculando os destinatários. É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma “superior”, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato. 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 gangster, 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 gangster se não apóia em qualquer norma que para tal lhe atribua competência⁴. Se o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido de dever-ser, tem também objetivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo este sentido objetivo. O ato criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua. Se um homem que se encontra em estado de necessidade exige de um outro que lhe preste auxílio, o sentido subjetivo da sua pretensão é o que o outro lhe deve prestar auxílio. Porém, uma norma objetivamente válida que vincule ou obrigue o outro só existe, nesta hipótese, se vale a norma geral do amor do próximo, eventualmente estabelecida pelo fundador de uma religião. E esta, por seu turno, apenas vale como objetivamente vinculante quando se pressupõe que nos devemos conduzir como o fundador da religião preceituou. Um tal pressuposto, fundante da validade objetiva, será designado aqui por norma fundamental (*Grundnorm*)⁵. Portanto, não é do ser fático de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, mas é ainda e apenas de uma norma de dever-ser que deflui a validade — sem sentido objetivo — da norma segundo a qual esse outrem se deve conduzir em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade.

As normas através das quais uma conduta é determinada como obrigatória (como devendo ser) podem também ser estabelecidas por atos que constituem o fato do costume. Quando os indivíduos que vivem juntamente em sociedade se conduzem durante certo tempo, em iguais condições, de uma maneira igual, surge em cada indivíduo a vontade de se conduzir da mesma maneira por que os membros da comunidade habitualmente se conduzem. O sentido subjetivo dos atos que constituem a situação fática do costume não é logo e desde o início um dever-ser. Somente quando estes atos se repetiram durante um certo tempo surge no indivíduo a idéia de que se deve conduzir como costumam conduzir-se os membros da comunidade e a vontade de que também os outros membros da comunidade se comportem da mesma maneira. Se um membro da comunidade se não conduz pela forma como os outros membros da comunidade se costumam conduzir, a sua conduta é censurada por esses outros porque ele não se conduz como estes querem. Desta forma a situação fática do costume transforma-se numa vontade coletiva cujo sentido subjetivo é um dever-ser. Porém, o sentido subjetivo dos atos constitutivos do costume apenas pode ser interpretado como norma objetivamente válida se o costume é assumido como fato produtor de normas por uma norma superior. Visto o fato do costume ser constituído por atos de conduta humana, também as normas produzidas pelo costume são estabelecidas por atos de conduta humana e, portanto, normas *postas*, isto é, normas *positivas*, tal como as normas que são o sentido subjetivo de atos legislativos. Através do costume tanto podem ser produzidas normas morais como normas jurídicas. As normas jurídicas são normas produzidas pelo costume se a Constituição da comunidade assume o costume — um costume qualificado — como fato criador de Direito.

Finalmente deve notar-se que uma norma pode ser não só o sentido de um ato de vontade mas também — como conteúdo de sentido — o conteúdo de um ato de pensamento. Uma norma pode não só ser querida, como também pode ser simplesmente pensada sem ser querida. Neste caso, ela não é uma norma posta, uma norma positiva. Quer isto dizer que uma norma não tem de ser efetivamente posta — pode estar simplesmente pressuposta no pensamento⁶.