

## 1. INTRODUÇÃO

Diante de diversos trabalhos jus-filosóficos dentro do ramo da Teoria Geral do Direito que se dedicam a fundo às investigações sobre a natureza da norma e da ordem jurídica, destacam-se indubitavelmente os trabalhos de Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart. Ambos autores se tornaram pilares dos estudos na Filosofia do Direito no século XX, e foram responsáveis por uma importante guinada na discussão jus-filosófica contemporânea.

O trabalho ora apresentado visa ilustrar de modo breve e conciso as ideias basilares de Kelsen e Hart acerca da estrutura dos sistemas jurídicos, realizando – ao final – uma diminuta análise das críticas elaboradas por Hart à obra de Kelsen. Para tanto, será realizada uma investigação acerca de seletas ideias da filosofia de Kelsen encontradas na segunda edição da obra Teoria Pura do Direito. Logo em seguida, realizaremos breves apontamentos sobre as regras primárias e secundárias de Hart – tendo como base seu livro O Conceito de Direito – para que, ao final, seja possível traçar um paralelo entre os dois autores, confrontando suas basilares noções de norma e ordenamento jurídico.

Finalmente, a revisão bibliográfica dos trabalhos acima apontados e a abordagem metodológica da investigação filosófica através do método dedutivo possibilitará a realização de pontuais críticas ao trabalho de Hart e à sua leitura da filosofia de Kelsen.

## 2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A TEORIA PURA DO DIREITO DE KELSEN

Antes de adentrarmos propriamente na apresentação da teoria kelseniana, faz-se necessário a realização *a priori* de rápidas e pontuais considerações acerca do vasto e complexo trabalho de Hans Kelsen.

Em um primeiro momento, cabe ressaltar que a obra Teoria Pura do Direito foi publicada pela primeira vez em 1934. Essa primeira edição, porém, foi modificada pelo autor em dois momentos. Ao escrever a versão francesa da obra, publicada em 1953<sup>1</sup>, Kelsen realizou algumas modificações e inseriu determinados pontos que outrora não se encontravam no texto original publicado em 1934. Já a segunda edição da obra, publicada

---

<sup>1</sup> Vide *Théorie pure du droit*, 1re éd., trad. fr. Henri Thévenaz, Neuchâtel, éd. de La Baconnière.

em 1960 sob o mesmo título, sofreu alterações mais profundas e relevantes, em especial no que diz respeito a conceitos básicos da filosofia kelseniana. Em prefácio à segunda edição, Kelsen explica que essa versão de sua obra “representa uma completa reelaboração dos assuntos versados na primeira edição e um substancial alargamento das matérias tratadas” (KELSEN, 2009, p. XVII)

Dessa forma, cumpre destacarmos aqui que o texto base para as considerações que se seguem é a segunda edição da obra Teoria Pura do Direito – especialmente o primeiro capítulo, intitulado “Direito e Natureza” –, e que são as considerações realizadas nessa obra que servirão como fundamento para a investigação filosófica acerca dos assuntos tratados a seguir. Portanto, iniciaremos o presente estudo destacando aspectos relevantes constantes das investigações inaugurais de Teoria Pura do Direito para, logo após, realizarmos apontamentos sobre a Teoria do Direito de acordo com H. L. A. Hart, utilizando, para tanto, os argumentos apresentados pelo autor no segundo capítulo de sua obra Conceito do Direito.

### **3. NORMAS E ORDEM JURÍDICA NA SEGUNDA EDIÇÃO DE TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN**

Aos buscar elaborar uma Teoria Geral do Direito Positivo, Kelsen construiu – em sua obra Teoria Pura do Direito – um dos esforços mais brilhantes dentro da ciência jurídica, reconstruindo a estrutura de funcionamento do ordenamento jurídico. A partir da perspectiva metodológica da pureza do Direito como ciência e de sua independência em relação a outros conhecimentos, o autor conceitua e explora as mais importantes nuances dos ordenamentos jurídicos, desenvolvendo assim uma “separação completa entre ciência do Direito e quaisquer fatores a ela alheios” (TRIVISONNO, 1996, p. 107). Dentre os mais diversos temas tratados por Kelsen, nos atentaremos a seguir ao conceito de norma e de ordem jurídica, bem como a ideia de Direito como ordem coativa.

Kelsen se debruça inicialmente sobre investigação acerca das características dos atos jurídicos, explanando que o que faz de um ato algo juridicamente relevante é o seu significado objetivo. Nesse sentido, aquilo que se pode verificar empiricamente como a troca de cartas entre pessoas que visam realizar um negócio de compra e venda “só recebe um sentido objetivo por meio do direito, que é um dever ser” (PFORDTEN, 2018, p. 53). Dessa forma, Kelsen inicia seus estudos estabelecendo a diferença entre ser e dever ser e

delimitando assim o conceito de norma jurídica. Aqui, cabe destacar os seguintes apontamentos de Dietmar Von Der Pfordten:

As normas jurídicas, segundo Kelsen, não são fatos ou afirmações sobre fatos, não pertencem ao domínio do ser, mas ao domínio do dever ser. Com isso, surge a questão acerca de como chegamos, partindo dos fatos ou do ser do querer subjetivo de cada um dos legisladores e aplicadores do direito, a esse dever ser das normas jurídicas, considerado por Kelsen como objetivo. Segundo Kelsen, para que isso seja possível, é indispensável um outro dever ser, a saber, uma norma hierarquicamente superior que faça as vezes de esquema de interpretação. [...] Dessa forma, o direito dá lugar necessariamente, segundo Kelsen, a uma hierarquia de atos, os quais recebem um sentido jurídico relevante, objetivo e, assim um caráter de dever ser por meio de outros atos, a saber, por meio de normas. (PFORDTEN, 2018, p. 52-53)

Isto posto, cabe dizer que os atos de vontade que se encontram no âmbito do ser se diferenciam da norma, ou seja, daquilo que se enquadra no dever ser. As normas jurídicas, de acordo com Kelsen, são “o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém” (KELSEN, 2009, p. 6).

E essa própria norma que dá a um ato o significado de um ato jurídico é, por sua vez, produzida de acordo outra norma. Por conseguinte, o direito consiste não apenas em uma única norma, mas em um sistema<sup>2</sup> de normas que se encontram dentro de uma determinada hierarquia, sendo validadas – em última instância – por uma norma fundamental (*Grundnorm*). Essa norma última – fundamental e hipotética – é, portanto, o fundamento objetivo que faz com que as outras normas sejam também objetivamente vinculantes.

Ademais, como bem resume Stephan Kirste “o direito se distingue de outras normas pelo fato de suas normas terem sido postas e pela possibilidade de serem também compulsoriamente aplicadas” (KIRSTE, 2018, p. 163). Dessa forma, ordens sociais como o Direito e a Moral – ora espécie de norma social – se distinguem não pela possibilidade de alguma sanção, mas sim porque as sanções por elas estabelecidas possuem caráter distinto.

---

<sup>2</sup> Fernando Armando Ribeiro elucida que, para Kelsen “o ordenamento jurídico não pode ser cientificamente estudado como se fosse uma simples justaposição de normas que regulam o comportamento humano mas, ao contrário, deve ser vislumbrado como um todo unitário e sistemático, pelo fato de todas elas possuírem o mesmo fundamento de validade” (RIBEIRO, 2012, pp. 80-81).

Assim sendo, Kelsen conceitua o Direito como uma ordem jurídica que prescreve condutas ligando, para tanto, uma conduta oposta à uma sanção. Assim, o Direito para Kelsen é uma ordem coativa.

Explicamos, então, que o Direito é uma ordem social que – através da lógica do princípio retributivo – prescreve “uma determinada conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem, como a privação de bens [...], ou seja, uma pena no sentido mais amplo da palavra” (KELSEN, 2009, p. 26). Isso significa dizer que o Direito regula a conduta humana justamente porque estatui sanções a determinados atos. Logo, uma conduta pode ser regulada de forma positiva ou negativa<sup>3</sup>.

A partir daí torna-se possível extrair que, para Kelsen, o Direito – de modo geral – se dispõe a regular a conduta do indivíduo “em face de um, vários ou todos os outros indivíduos”, bem como a “conduta desse indivíduo face à comunidade jurídica” (KELSEN, 2009, p. 34-35). Para que isso seja possível, uma característica que o autor considera comum a todos os sistemas jurídicos é que esses se constituem invariavelmente de ordens coativas.

Ao destacar o caráter coativo como ponto em comum a todos os sistemas jurídicos, Kelsen passa a se dedicar a explicar qual seriam as diferenças entre sistemas jurídicos antigos e modernos. Nesse viés, o autor elucida que a evolução dos sistemas jurídicos leva ao monopólio do uso da força pelo Estado e à consequente proibição de seu uso pelos indivíduos (KELSEN, 2009, p. 39). Dessa forma, o Estado moderno tem como característica o monopólio do uso da força, com exceção – por exemplo – ao uso de força pelo indivíduo em caso legítima defesa.

Tudo isso leva o autor à seguinte reflexão: a ordem jurídica – ao exercer o monopólio do uso da força através da aplicação de uma sanção a uma conduta que seja considerada pela comunidade jurídica como nociva – tem como finalidade, então, “proteger os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos. Quando essa proteção alcança determinado mínimo, fala-se de segurança coletiva” (KELSEN, 2009, p. 40). Dessa forma, à depender do grau de centralização do exercício da força através da regulamentação de condutas por meio de

---

<sup>3</sup> De acordo com Kelsen: “Negativamente regulada por um ordenamento normativo é a conduta humana quando, não sendo proibida por aquele ordenamento, também não é positivamente permitida por uma norma delimitadora do domínio de validade de uma outra norma proibitiva – sendo, assim, permitida num sentido meramente negativo” (KELSEN, 2009, p. 18)

sanção poderá ser possível alcançar um determinado nível de segurança coletiva. Aqui, Kelsen é pontual ao dizer que

A segurança coletiva atinge o seu grau máximo quando a ordem jurídica, para tal fim, estabelece tribunais dotados de competência obrigatória e órgãos executivos centrais tendo à sua disposição meios de coerção de tal ordem que a resistência normalmente não tem quaisquer perspectivas de resultar. É o caso do Estado moderno, que representa uma ordem jurídica centralizada no mais elevado nível. (KELSEN, 2009, p. 41)

É inerente à evolução do Direito, então, a tendência a assegurar a paz, ainda que de forma relativa (haja vista o uso da força não ser totalmente excluído). O uso da força monopolizado pelo Estado é traduzido como consequência de um ilícito, sendo este – para Kelsen – o pressuposto para a aplicação da sanção. Essa sanção, sempre ligada a um determinado ato, é o que regulará a conduta dos indivíduos. Por conseguinte, a inferência óbvia é que poderá o indivíduo praticar toda conduta que não lhe for expressamente proibida mediante a aplicação de uma sanção. Dessa forma, Kelsen estabelece que

Visto que uma ordem jurídica – como toda a ordem social normativa – apenas pode prescrever ações e omissões inteiramente determinadas, nunca o indivíduo pode, na sua existência total, na totalidade da sua conduta externa e interna, do seu agir, do seu querer, do seu pensar e do seu sentir, ver a sua liberdade limitada através de uma ordem jurídica. A ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas. Fica sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, da ausência de vinculações jurídicas, uma existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição. (KELSEN, 2009, p. 48)

Respeitado esse limiar mínimo de liberdade, o Direito assegura, portanto, a segurança coletiva por meio da cominação de sanção à determinadas condutas. Contudo, é importante ressaltar que para que isso acontece é preciso que a ordem jurídica possua um grau de eficácia e validade. Isso quer dizer que as normas que compõem o sistema – como já destacamos anteriormente – devem estar de acordo com uma norma pressuposta (chamada por Kelsen de norma fundamental) que faz com que interpretemos um ato como criador de normas objetivamente válida. Esse é o fundamento de validade final e hipotético de todas as normas que compõe a ordem jurídica. Sob este ângulo, “uma norma particular apenas pode ser considerada como norma jurídica na medida em que pertença a um tal ordenamento” (KELSEN, 2009, p. 52). Para além disso, esse ordenamento deve gozar de eficácia global e duradoura para que seja possível falarmos na existência de uma

ordem jurídica. Aqui, a garantia da segurança coletiva<sup>4</sup> é “condição de eficácia relativamente durável da ordem constitutiva da comunidade” (KELSEN, 2009, p. 53). Dessa forma, como bem assevera Fernando Armando Ribeiro:

A validade global do ordenamento jurídico não é afetada pelo fato de que uma ou mais normas isoladas se demonstrem ineficazes, posto que a eficácia de todo o ordenamento jurídico é aferida em termos globais, isto é, do ordenamento jurídico como um todo. No entanto, a eficácia de todo o ordenamento é também condição de validade de cada uma das normas que dele fazem parte. Isto significa que a validade de uma norma isoladamente considerada está na dependência da validade de todo o ordenamento jurídico e esta, por sua vez, depende essencialmente da validade da norma fundamental (RIBEIRO, 2012, p. 84).

Kelsen conclui as considerações por ele realizadas no capítulo ora estudado estabelecendo a diferença entre normas autônomas e não-autônomas. É de suma importância, nesse momento, destacarmos que uma distinção nesse mesmo sentido já havia sido desenvolvida por Kelsen em trabalhos anteriores. Na primeira edição de Teoria Pura do Direito, Kelsen já distinguia normas primárias e secundárias. Em Teoria Geral do Direito e do Estado, Kelsen também desenvolve sua argumentação em torno da ideia de normas primárias e secundárias.

É apenas na segunda edição de Teoria Pura do Direito – obra ora estudada no presente artigo – que Kelsen passa a usar as nomenclaturas normas autônomas, antes denominadas normas primárias, e normas não autônomas que, de acordo com o filósofo, seriam um gênero de norma ao qual pertence a norma secundária. As normas outrora denominadas secundárias, portanto, seriam um tipo de norma não-autônoma (KELSEN, 2009, p. 61). À vista disso, podemos extrair da segunda edição da Teoria Pura do Direito que, para Kelsen, as normas não-autônomas podem ser de três tipos, quais sejam: a) normas que enunciam um dever (e que são, portanto, supérfluas e didáticas; b) normas permissivas positivas que limitam o domínio de validade de outras normas; c) normas de derrogação; d) normas que conferem poder e competência; e) normas que estabelecem condições para que outras normas sejam aplicadas como é o caso, por exemplo, das normas de interpretação (KELSEN, 2009, p. 61-63).

---

<sup>4</sup> Vale lembrar que, nos termos expostos por Kelsen, a verificação da segurança coletiva e, conseqüentemente, da paz dentro de uma determinada comunidade jurídica independe de qualquer juízo de valor. Assim, não há que se falar no valor da Justiça como consequência lógica da paz trazida pelo Direito. Significa dizer que, para Kelsen, um conteúdo jurídico injusto pode ser considerado válido, já que não há qualquer relação de dependência entre um e outro (KELSEN, 2009, p. 55).

Com essa significativa modificação no pensamento de Kelsen, podemos perceber que as normas que enunciam dever – ora análogas às normas secundárias sobre a quais o autor escreveu em suas obras anteriores à segunda edição de Teoria Pura do Direito – continuam sendo supérfluas dentro da lógica da teoria kelseniana. Isso porque, ao dizermos que essas normas são responsáveis por enunciar um dever, estamos afirmando conseqüentemente que existe uma outra norma que liga uma conduta oposta a uma sanção e, dessa forma, prescreve e determina a conduta principal como um dever jurídico.

Nesse sentido, esse tipo de norma não-autônoma depende necessariamente de uma norma autônoma e é desnecessária, assim, a partir do ponto de vista da Ciência do Direito. Um exemplo clássico, usado inclusive por Kelsen, é o crime de homicídio. A norma (não-autônoma) que prescreve o dever dispõe: não matarás. A norma (autônoma), por sua vez, determina que o ato de matar alguém é pressuposto para a aplicação de uma determinada sanção e, dessa forma, cria um dever jurídico – qual seja – não matarás. Assim, a norma por excelência é a norma autônoma, sendo a norma não-autônoma apenas uma descrição didática daquilo que é a norma que gera o dever jurídico.

Explicamos melhor: como já esclarecido alhures, para Kelsen, um ordenamento jurídico apenas é válido se estiver de acordo com uma norma fundamental, cuja relação com a ordem jurídica pode ser entendida como “a coação de um indivíduo por outro deve ser praticada pela forma e sob os pressupostos fixados pela primeira Constituição histórica” (KELSEN, 2009, p. 56). A partir daí, podemos inferir que o Direito, como ordem coercitiva, contém normas que ligam condutas a uma sanção, assim como normas que apesar de não ligarem condutas a sanções, dispõe – por exemplo – sobre as formas e os pressupostos de acordo com os quais isso deverá acontecer. As primeiras normas são intituladas autônomas e as segundas são denominadas não-autônomas.

Cabe aqui a seguinte conclusão: as normas não-autônomas – que constituem construções auxiliares dentro do ordenamento jurídico –, de acordo com Kelsen, são todas aquelas que estão essencialmente ligadas a uma norma autônoma. Ora, se existe, por exemplo, uma norma que delimita a amplitude e alcance de uma norma autônoma, essa é uma norma não-autônoma. Da mesma forma, a conduta prescrita através da vinculação da conduta oposta a uma sanção é também uma norma não-autônoma. Kelsen explica, aqui, que “com efeito, elas [normas não-autônomas] fixam apenas um dos pressupostos aos quais – numa norma autônoma – se liga o ato de coação” (KELSEN, 2009, p. 62). A execução da sanção, por sua vez, está condicionada à existência desses pressupostos

determinados pelas normas não-autônomas. Sob este ângulo, o dever juridicamente considerado se constitui não naquilo que diz a norma autônoma, mas naquela conduta que visa evitar a aplicação da sanção que a norma autônoma determina.

Os pressupostos aos quais se referem as normas não-autônomas ensejam a elaboração de proposições de direito. Essas se diferenciam das normas jurídicas pois constituem o esquema feito pela Ciência do Direito para descrever as normas, bem como a dinâmica dos pressupostos das normas autônomas e não-autônomas<sup>5</sup>. A proposição de direito é, portanto, um enunciado sobre uma norma jurídica, que a descreve, podendo ser verdadeira ou falsa. Já a norma jurídica, como pertencente ao dever ser, não pode ser considerada verdadeira ou falsa. Essas proposições de direito, portanto, descrevem a norma jurídica a partir de uma perspectiva neokantiana de cientificidade que visa um certo caráter objetivo e valorativamente neutro. Sobre as proposições de direito Kelsen concluiu que essas

[...] ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. 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 consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. (KELSEN, 2009, p. 80)

É dessa forma que, em linhas gerais, Kelsen explica a sua Teoria Pura do Direito e estabelece que a ordem jurídica está intimamente vinculada com a aplicação de sanção pelo Estado, que tem o monopólio do uso da força e a utiliza como meio regulador de condutas.

A seguir nos dedicaremos à realização de sucintos comentários acerca da teoria de Hart e de sua crítica à ideia de Kelsen de Direito como ordem coativa.

#### **4. H. L. A. HART E O CONCEITO DE DIREITO**

Herbert L. A. Hart publicou seu mais célebre trabalho – intitulado O Conceito de Direito – em 1961, apenas um ano após a publicação da segunda edição de Teoria Pura do Direito de Kelsen.

---

<sup>5</sup> Importante observarmos que Kelsen mudou seu entendimento. Na primeira edição da Teoria Pura do Direito, o autor determinava que proposições de direito e normas primárias eram sinônimos.

Em suma, Hart utiliza da teoria de John Austin como base para a formulação de seu próprio conceito de direito, e como crítica aos modelos positivistas apresentados até então. A ideia básica da filosofia de Austin – que estabelece ser o direito um emaranhado de regras coercitivas postas por um soberano, regras essas que são seguidas pelos súditos devido a um hábito de obediência<sup>6</sup> – era, de acordo com Hart, insuficiente para explicar a dinâmica dos sistemas jurídicos modernos.

À vista disso, conquanto seja possível pensar em sociedades regidas apenas por normas de caráter sancionatório impostas coercitivamente, na visão de Hart “essa estrutura não satisfaz ordenamentos mais complexos” (KIRSTE, 2018, p. 190). Uma vez que nos ordenamentos jurídicos complexos existiriam não apenas essas normas de caráter sancionatório e coercitivo – ou seja, normas de ação, chamadas por Hart de regras primárias – mas também regras denominadas secundárias que “especificam a maneira como as normas de ação primárias serão estabelecidas, entrarão em vigor ou serão modificadas ou impostas” (KIRSTE, 2018, p. 190). Nesse mesmo sentido, Dietmar Von Der Pfordten conclui que

Hart assume que as ordens jurídicas desenvolvidas se estruturam em um sistema de regras de dois níveis, composto de regras primárias e secundárias. Sociedades em que existem apenas regras primárias, isto é, regras que determinam nosso comportamento de forma imediata, só são concebíveis como pequenas sociedades vivendo em um ambiente estável. (PFORDTEN, 2018, p. 62)

Isso porque os ordenamentos jurídicos modernos não se encontram nos contextos de sociedades pequenas, mas de sociedades complexas e multifacetadas que precisam disciplinar uma gama de condutas e relações igualmente complexas e diversificadas. Além disso, de acordo com Hart, a ideia de Austin de um soberano que é habitualmente obedecido por seus súditos e que apresenta regras coercitivas sem haver qualquer limite para seus poderes “não pôde explicar a continuidade da autoridade legislativa, continuidade essa que é característica dos sistemas jurídicos modernos” (HART, 2009, p. 104).

Dessa forma, Hart visou destacar a necessidade de complementação das regras primárias – que prevêm sanções para ilícitos – por regras secundárias, que seriam todas aquelas que não estão necessariamente vinculadas ao exercício coercitivo da força pelo

---

<sup>6</sup> Aqui se apresenta uma simplificação da teoria de John Austin que, obviamente, é muito mais complexa do que dá à entender essa breve explanação. Para uma investigação mais profunda do trabalho de Austin vide sua obra *The Province of Jurisprudence Determined* de 1832.

Estado. Hart explica que essa completção de regras é necessária pois uma estrutura social composta apenas por regras primárias seria estático, incerto e ineficaz. O autor elucida então que “a solução para cada um desses três defeitos principais dessa forma mais simples de estrutura social consiste em suplementar as normas primárias de obrigação com normas secundárias, que pertencem a uma espécie diferente” (HART, 2009, p. 121)

Logo, essas regras secundárias seriam aquelas que, nos termos hartianos, outorgariam autoridade e validade, dispondo também sobre direitos e liberdades. Nesse sentido, as regras secundárias podem ser identificadas como: regra de reconhecimento<sup>7</sup>, regras de alteração e regras de julgamento (PFORDTEN, 2018). Sobre o papel da regra de reconhecimento, Hart expõe:

A forma mais simples de solução para a incerteza própria do regime de normas primárias é a introdução de algo que chamaremos “norma de reconhecimento”. Essa norma especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce. (HART, 2009, p. 122)

Como um dos tipos de regra secundária, a regra de reconhecimento é, assim, responsável por validar o sistema jurídico como um todo, bem como as regras jurídicas de modo individual<sup>8</sup>. Para além disso, outras regras secundárias hierarquicamente inferiores à regra de reconhecimento – ora regra última e implícita do ordenamento jurídico – servem para identificar normas primárias, procedimentos de promulgação e revogação, formas de julgamento, conceitos jurídicos importantes, e tantos outros pontos salientes da prática jurídica.

Finalmente, para Hart o Direito se constituiria em um ordenamento de regras primárias e secundárias que visam regular as condutas dentro de uma sociedade evidentemente moderna e complexa.

## **5. AS CRÍTICAS DE HART A KELSEN E AS POSSÍVEIS RESPOSTAS**

---

<sup>7</sup> A regra de reconhecimento de Hart cumpre papel análogo ao da norma fundamental de Kelsen, qual seja, o de conferir validade o ordenamento jurídico como um todo. Contudo, ambas são completamente distintas. A norma fundamental de Kelsen é hipotética e pressuposta pelos cientistas jurídicos. Já a regra de reconhecimento de Hart carrega em si um grau de empirismo, haja vista estar alicerçada em fatos sociais, ou seja, naquilo que é acordado entre a comunidade como regra de fundamento para o sistema jurídico.

<sup>8</sup> Uma norma é válida, portanto, se satisfaz todos os critérios da regra de reconhecimento (HART, 2009).

Existem necessários paralelos a serem traçados entre as teorias de Hart e Kelsen já que, além de contemporâneos, ambos se inserem dentro da tradição filosófica do positivismo jurídico. Destacamos aqui, dentre as objeções<sup>9</sup> levantadas por Hart à teoria de Kelsen<sup>10</sup>, aquela que diz que a Teoria Pura do Direito – ao identificar a sanção como elemento essencial da ordem jurídica – acaba por distorcer “as diversas funções sociais desempenhadas por diferentes tipos de normas jurídicas” (HART, 2009, p. 52). Para desenvolver essa ideia, Hart inicia sua crítica a Kelsen da seguinte maneira:

[...] Kelsen adota o argumento: “O direito é a norma primária que estipula a sanção”. Não existe lei que proíba o homicídio: o que existe é apenas uma norma que instrui as autoridades a aplicarem certas sanções, em certas circunstâncias, àqueles que de fato o pratiquem. Segundo esse ponto de vista, aquilo que se considera normalmente como o conteúdo do direito, que se destina a orientar a conduta dos cidadãos comuns, é apenas a cláusula antecedente ou “cláusula condicional” de uma norma que não se dirige aos cidadãos em geral, mas às autoridades, e que lhes ordena que apliquem determinadas sanções caso sejam satisfeitas certas condições. (HART, 2009, p. 28)

---

<sup>9</sup> Na obra *Conceito do Direito*, Hart critica a teoria de Kelsen em dois momentos distintos. No início da obra Hart se atenta para a ideia de sanção e coerção, fazendo considerações acerca do conceito de Direito como ordem coativa apresentado por Kelsen. Em um segundo momento, ao expor seus argumentos acerca da dinâmica das regras no Direito Internacional, Hart se preocupa em refutar a teoria monista de Kelsen. Sobre o tema, Lars Vinx explica que: “Legal monism is the view that there is only one legal system. Hans Kelsen defended a particularly strong version of that view. Kelsen did not simply hold that there is only one legal system, as a matter of fact. He argued, rather, that it is impossible for a legal science to recognize the existence of more than one legal system. Legal scientific cognition, as a form of normative cognition, must assume, according to Kelsen, that no two valid legal norms conflict, ie, that there are no two legal norms that make incompatible demands on the behavior of one and the same agent. And the absence or at least the resolvability of such conflict between legal norms can be assured, Kelsen argued, only if all legal norms that exist are understood as belonging to one and the same legal system. Legal pluralism, in other words, is deemed to be juristically inconceivable. [...] Hart, and other legal pluralists following his lead, would not deny, of course, that it is possible for the whole world to come to be governed by one and only one legal system. This would be a world, according to the Hartian, with only one practice of recognition, carried by one globally integrated system of courts. But Hart forcefully argues, in *The Concept of Law*, that this is not the world we live in. As a matter of fact, there are several practices of recognition, each with its own judicial institutions and ultimate standards of legal validity (Hart 1961: 208–231). According to Hart, monism is not even a remotely plausible description of global legal order as it currently exists. Despite the alleged descriptive inadequacy of monism, Kelsen, in his numerous works on international law, succeeded in giving a fairly detailed and plausible description of existing global legal order as a monist order. 5 If that description can be shown to be coherent and reasonably true to the facts, monism cannot, pace Hart, be brushed off as descriptively inadequate. Rather, it must be regarded—alongside legal pluralism—as one available account of current global legal order. And if monism, as applied to current global legal order, is descriptively viable, we are entitled to ask why a legal-pluralist description of the sort offered by Hart and his followers should be preferred to a monist description.” (VINX, 2016, p. 59-60)

<sup>10</sup> Cabe ressaltar que Hart escolheu Kelsen, em um primeiro momento, como forma de ilustrar da melhor maneira possível alguns aspectos importantes da teoria de John Austin. Nesse sentido, Hart esclarece que: “[...] quando Austin dá apenas pistas sobre como poderia responder às críticas a ele formuladas, desenvolvemos melhor essas respostas (em parte na direção seguida por teóricos mais recentes, como Kelsen) para assegurar que a doutrina que analisaremos e criticaremos seja expressa em sua forma mais sólida.” (HART, 2009, p. 23).

O que Hart parece não compreender sobre a dinâmica entre norma autônoma e norma não-autônoma em Kelsen, é que a norma autônoma não apenas prevê a sanção, mas dela também pode se inferir ao menos um dos tipos de normas não-autônomas. Dessa forma, a cominação de uma pena a ser aplicada pelas autoridades no caso de cometimento de algum crime tipificado e punível com sanção (norma autônoma), por exemplo, significa que as pessoas deverão se conduzir de modo a evitar a aplicação da sanção (norma não-autônoma). Isso não exclui necessariamente o papel social a ser cumprido por cada norma.

Para mais, ao que tudo indica, o equívoco de Hart resta no fato de que seu entendimento o levou a concluir que a explicação do Direito como ordem coativa é extremamente simplista. Porém, como já explicamos em momento anterior, as normas não-autônomas não são totalmente supérfluas do ponto de vista epistemológico. Apenas um tipo – qual seja, aquele que enuncia um dever – é considerado pelo cientista do direito como desnecessário. Conquanto não sejam todas as normas não-autônomas supérfluas, é imperativo destacarmos novamente que as normas não-autônomas gravitam necessariamente em torno das normas autônomas.

Assim, apesar de admitir que a teoria de Kelsen é “formidável e interessante” e “que se propõe revelar a natureza verdadeira e uniforme do direito” (HART, 2009, p. 49), Hart parece não ter conhecimento da profundidade e da complexidade da relação entre normas autônomas e não-autônomas em Kelsen. Esse argumento, porém, carece da seguinte ressalva: ao escrever *O Conceito de Direito*, Hart utilizou-se de forma extensiva da obra de Kelsen publicada em 1945 sob o título *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Contudo, não há no livro de Hart ora discutido qualquer menção à segunda edição da obra *Teoria Pura do Direito*, na qual consta a atualização mais completa feita por Kelsen no que diz respeito às normas autônomas e não-autônomas.

Ademais, argumentamos que Hart – ao desenvolver a ideia das regras primárias e secundárias – não se atenta para a importante distinção entre ser e dever ser, distinção essa realizada por Kelsen logo no início de sua obra. Nesse sentido, sobre as diferenças entre as teorias de Hart e Kelsen, Dietmar Von Der Pfordten esclarece que,

A concepção de regras primárias e secundárias de Hart distingue-se da teoria da estrutura escalonada de Kelsen não apenas devido à substituição do conceito de norma pelo de regra. Hart também não diferencia, em sentido epistemológico e, portanto, num nível fundamental, entre ser e dever ser. Não compete às regras secundárias, dessa maneira, a tarefa de conferir normatividade às regras primárias. Elas cumprem apenas as funções

pragmáticas mencionadas acima de reconhecimento, alteração e julgamento. Por conseguinte, também não são necessárias outras regras em um terceiro nível ou demais níveis, a fim de assegurar o dever ser de regras secundárias. Não surge, por isso, o problema do regresso infinito e da necessidade de evitá-lo por meio da norma fundamental. (PFORDTEN, 2018, p. 63)

À essa argumento contra as objeções levantadas por Hart, podemos também adicionar as seguintes considerações: as normas jurídicas para Kelsen, apesar de estarem vinculadas a aplicação de uma sanção, não são apenas direcionadas às autoridades, como alega Hart. Diferente do que acontece com algumas normas sociais – como é o caso da moral – as normas jurídicas tem sempre ao menos dois destinatários: o sujeito que praticou o ilícito e a autoridade que tem competência para aplicar a sanção. Dessa forma, não há que se falar que as normas jurídicas regulam a conduta são unicamente direcionadas à autoridade que tem competência para aplicar a sanção.

Além disso, a existência das normas secundárias de Hart – dentro da lógica da teoria pura defendida por Kelsen – não se justifica. Isso pois, o ato juridicamente relevante (ou seja, ao qual é atribuído sentido objetivo),

Ou não é juridicamente proibido, quer dizer, não condiciona a aplicação de uma sanção e é, portanto, negativamente permitido ou – e é este o caso normal – é jurídica e positivamente permitido, quer dizer, é proibido, condicionando a aplicação de uma sanção, quando não for expressamente permitido, por efeito da sua concessão. (KELSEN, 2009, p. 37)

Assim sendo, fica claro que o esquema de normas autônomas e não-autônomas foi melhor sucedido em explicar a dinâmica das normas dentro da ordem jurídica do que a ideia de regras primárias e secundárias de Hart. Ao não se atentar para o caráter coativo comum às ordens jurídicas diversas, Hart deixa de se aperceber daquilo para o que Kelsen desde o início de sua obra se dedicou a investigar. Ora, se o direito é uma ordem coativa, todas as condutas estão – direta ou indiretamente – ligadas à uma sanção. Tanto por prescreverem uma conduta por meio da ligação da conduta oposta a uma sanção, ou por estabelecer regras de competência para que um determinado órgão possa estabelecer uma norma que ligue uma conduta específica a uma sanção, o direito está vinculado à ideia de coação. Sendo assim, Kelsen estabelece que

Como ordem social que estatui sanções, o Direito regula a conduta humana não apenas num sentido positivo – enquanto prescreve uma tal conduta ao ligar um ato de coerção, como sanção, à conduta oposta e, assim, proíbe esta conduta – mas também por uma forma negativa – na medida em que não liga um ato de coerção a determinada conduta, e, assim, não proíbe esta conduta nem

prescreve a conduta oposta. Uma conduta que não é juridicamente proibida é – neste sentido negativo – juridicamente permitida. Visto que uma determinada conduta humana ou é proibida ou não o é, e que, se não é proibida, deve ser considerada como permitida pela ordem jurídica, toda e qualquer conduta de um indivíduo submetido à ordem jurídica pode considerar-se como regulada – num sentido positivo ou negativo – pela mesma ordem jurídica. (KELSEN, 2009, p. 46)

Se podemos concluir, nos termos de Kelsen, que toda conduta é regulada – ora negativa ora positivamente – pelo Direito, há que se concordar que as normas autônomas realmente são as normas jurídicas por excelência e que as normas não-autônomas dependem daquelas. Além disso, como já visto anteriormente, um dos tipos de normas não-autônomas – aquele que antes eram identificado como normas secundárias, e que serve para enunciar um dever – é inclusive considerado por Kelsen como supérfluo do ponto de vista da Ciência do Direito. As regras secundárias de Hart, assim como essas normas não-autônomas de Kelsen, além de serem supérfluas nesse mesmo sentido ainda são suscetíveis à objeção de que nem todos os sistemas jurídicos – de acordo com o próprio Hart – as contém.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos argumentar, em último caso, que a falta de sistematização no estudo do trabalho de Kelsen tenha levado Hart a concluir precipitadamente que a teoria kelseniana fosse insuficiente para tratar de determinados assuntos dentro da Filosofia do Direito. Essa conclusão de Hart, como demonstramos aqui, se mostra equivocada.

Além disso, destacamos que os esforços de Hart foram insuficientes para a construção de uma Teoria Geral do Direito, já que sua conceituação abarca elementos essenciais apenas aos sistemas jurídicos desenvolvidos, modernos e complexos. Dessa forma, a descrição hartiana do Direito deixa de explicar a dinâmica das relações jurídicas de sociedades clássica e medievais, bem como daquelas sociedades tidas como primitivas ou pouco evoluídas.

Em contrapartida, o mesmo não pode ser dito da teoria de Kelsen, que ao se atentar durante todo o seu trabalho para a ideia metodológica da pureza da Ciência do Direito, e ao estabelecer-lo como ordem de coação, acaba por possibilitar a descrição de ordens jurídicas em qualquer de seus momentos evolutivos, estabelecendo tanto elementos essenciais a todas elas, como também demonstrando certas particularidades de sistemas mais complexos e desenvolvidos.

Por fim, concluímos que as críticas de Hart a Austin são cabíveis e bem sucedidas, já que aponta importantes problemas em relação a pontos salientes à Ciência do Direito que foram abordados por Austin de maneira equivocada ou inadequada no que diz respeito ao estudo de ordenamento jurídicos modernos. Todavia, a crítica de Hart a Kelsen deixa de levar em consideração a dinâmica de dependência entre as normas autônomas e não-autônomas e a prevalência da coação como elemento necessário a decretação das ordens jurídicas dentro de uma Teoria Geral do Direito.

## REFERÊNCIAS

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martin Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martin Fontes, 2009.

KIRSTE, Stephan. **Introdução à Filosofia do Direito**. Tradução: Paula Maria Nasser Cury – Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PFORDTEN, Dietmar Von Der. **Filosofia do Direito: uma introdução**. Tradução: Lucas Monteiro – Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

RIBEIRO, Fernando José Armando . **O dever de obedecer o Direito na teoria de Hans Kelsen**. Pensar (UNIFOR) , v. 17, p. 76-99, 2012.

TRIVISONNO, Alexandre T. G. **A Norma Fundamental na Obra de Hans Kelsen**. Revista do CAAP , Belo Horizonte, v. I, p. 103-124, 1996.

VINX, Lars. **The Kelsen-Hart Debate: Hart's Critique of Kelsen's Legal Monism Reconsidered**. IN.: TELEMANN, D. A. Jeremy (Org.). Hans Kelsen in America - Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence, Law and Philosophy. Springer International Publishing Switzerland, 2016. pp. 59-83.