

SOBRE A LINGUAGEM PERFORMATIVA DA TEORIA PURA DO DIREITO

Pelo Dr. Miguel Teixeira de Sousa

I. A teoria pura do direito de KELSEN constitui, na época contemporânea, a mais completa — e, até certo ponto, a mais conseguida — formulação de uma epistemologia jurídica sintático-formal. A metodologia da teoria kelseniana, explicitamente orientada para a compreensão da generalidade do direito positivo e não de uma concreta ordem jurídica⁽¹⁾, assenta numa sucessiva delimitação apriorística do seu objecto: o objecto da teoria pura do direito é a ciência do direito e o objecto desta ciência é exclusivamente o direito positivo⁽²⁾. Isto é, o método de análise sobre o objecto é limitado por uma restrição *a priori* do objecto investigado, pelo que a teoria pura é uma ciência do direito positivo e, simultaneamente, porque, embora negando qualquer correlatividade entre o ser (*Sein*) e o dever-ser (*Sollen*)⁽³⁾, estuda o dever-ser como ser, uma ciência positiva do direito. Assim, dado que o direito positivo é apenas o direito que é e, concomitantemente, todo o direito

(1) KELSEN, HS (*Hauptprobleme des Staatsrechtslehre*² (Tübingen 1923)), p. V; KELSEN, GT (*General Theory of Law and State* (New York 1973)), p. XIV; KELSEN, RR (*Reine Rechtslehre*² (Wien 1960)), p. 1 (= TPD (*Teoria Pura do Direito*⁴ (Coimbra 1976))), p. 17).

(2) KELSEN, RR, p. 1 (= TPD, p. 17).

(3) Cfr. KELSEN, RR, pp. 5 s. (= TPD, pp. 22 s.).

se exprime numa norma cujo conteúdo é um dever-ser (4), a teoria pura kelseniana pressupõe a compreensão do direito que é para a descrição do conteúdo do *dever-ser* como direito. A teoria pura, que enferma *ab ovo* desta contradição, fundamenta a sua epistemologia numa irreduzível dualidade entre o *ser* e o *dever-ser*, dado que no plano da prescrição a norma vigora como dever-ser ainda que nenhum comportamento a respeito (5) e no plano da proposição, ou seja, do dever-ser descrito, a descrição não implica que o dever-ser descrito seja uma realidade do *ser* (6).

Aquela dicotomia entre o *ser* e o *dever-ser* reivindica-se de inspiração kantiana (7). (KANT, ao analisar a função da experiência, conclui que, enquanto nas ciências naturais a experiência é um meio de aferição da verdade, no campo das leis morais (*sittliche Gesetze*) a experiência é irrelevante, porque o sentido da prescrição não é deduzível de uma qualquer conduta factual (8)). Acertadamente, contudo, acentua KELSEN que o imperativo categórico da ética kantiana, que impõe que o agente actue em conformidade com máximas que podem constituir uma lei universal de acção (9), contraria a irreduzibilidade entre o *ser* e o *dever-ser* (10). Duvidoso é, todavia, o *iter* escolhido, pelo menos implicitamente, por KELSEN para justificação dessa dualidade: a negação da razão prática. KELSEN avalia como mais consequente, comparativamente a KANT, a supressão da razão prática proposta por HUME para

(4) KELSEN, RR, p. 5 (= TPD, p. 22).

(5) KELSEN, GT, p. 37.

(6) KELSEN, RR, p. 83 (= TPD, p. 124).

(7) KELSEN, HS, p. VI; posteriormente, KELSEN, AT (*Allgemeine Theorie der Normen* (Wien 1979)), p. 62.

(8) KANT, *Kritik der reinen Vernunft*² (Riga 1787), p. 375 (= *Kants Werke/Akademie-Textausgabe III* (Berlin 1904/11), p. 249).

(9) KANT, *Grundlegungen zur Metaphysik der Sitten*² (Riga 1786), p. 87.

(10) KELSEN, AT, p. 64.

fundamento da distinção entre o ser e o dever-ser⁽¹¹⁾. Para HUME, com efeito, as regras da moral não são conclusões da razão⁽¹²⁾, pois que esta, exclusivamente apta à afirmação da verdade ou da falsidade dos factos reais, é aplicável somente às matérias que aceitam uma concordância ou divergência intersubjectiva determinante da sua verdade ou falsidade e, portanto, é insusceptível de ser aplicada à vontade e à acção, as quais, não comportando tal apreciação, são incapazes de serem consideradas como verdadeiras ou falsas, isto é, conformes ou contrárias à razão⁽¹³⁾. Desta autonomia das regras morais perante a razão extrai HUME, advertindo simultaneamente contra a frequência com que na linguagem coloquial é deduzida uma afirmação de *dever-ser* de uma proposição de *ser*, a não dedutibilidade do *dever-ser* perante o *ser*⁽¹⁴⁾.

Na interpretação de KELSEN, HUME, ao negar a razão prática, exprime a irredutibilidade do dualismo entre o *ser* e o *dever-ser*⁽¹⁵⁾. A análise kelseniana daquela dualidade não o absolve, contudo, de algum kantianismo, nomeadamente quando admite que a referida distinção é um dado imediato da consciência, embora precavendo, em oposição à analítica transcendental kantiana, que o conceito de *dever-ser*, porque é um conceito simples, não é definível nem analisável⁽¹⁶⁾. O pensamento de KELSEN demonstra, neste ponto, uma significativa imutabilidade, dado que, numa adesão, embora parcial, a orientações kantianas, o *dever-ser* é entendido, desde posições iniciais, como uma categoria originária (*ursprungliche*

(11) KELSEN, AT, p. 68.

(12) HUME, *A Treatise of Human Nature* (ed. Selby-Bigge) (Oxford 1888), p. 457.

(13) HUME, *Treatise*, p. 458.

(14) HUME, *Treatise*, p. 469.

(15) KELSEN, AT, p. 68. Interpretando divergentemente a posição de HUME, cfr. MAC INTYRE, *Hume on «is» and «ought»*, in HUDSON (ed.), *The Is/Ought Question* (London 1969), pp. 39 ss.

(16) KELSEN, RR, p. 5 (= TPD, p. 23). Sobre esta posição de KELSEN, cfr. WINKLER, *Sein und Sollen*, RTh-BH 1 (1979), pp. 187 s.

Kategorie), que, tal como o ser, é indefinível (17). O dualismo entre o ser e o dever-ser não reflecte, por isso, qualquer capacidade gnoseológica.

KELSEN apercebe-se, todavia, de que a distinção *a priori* do ser e do dever-ser, aliás dificilmente coadunável com a negação de um conhecimento apriorístico marcada pela lógica transcendental kantiana (18), não pode subjacer ao *distinguo*, primordial na teoria kelseniana, entre a natureza e o direito (19). Por isso KELSEN ressalva que o apriorismo daquela diferenciação, que, na realidade, traduz apenas a correspondente dualidade entre o objecto do ser e o do dever-ser, não se compromete com uma faculdade de conhecimento imediato do conteúdo daquele dever-ser (20). Ou, como desde cedo constituiu uma premissa kelseniana, a distinção entre o dever-ser e o ser reflecte apenas uma oposição lógico-formal (21), mas não impede que o conteúdo de um dever-ser seja também o conteúdo de um específico ser (22). KELSEN sustenta, na realidade, que o dever-ser pode surgir factualmente integrado numa situação do ser (23), quer objectivamente, pois o que é devido também pode ser realizado como acontecimento factuel (24), quer subjectivamente, dado que o que é devido também pode ser manifestado numa declaração de vontade (25). Deste modo, apesar de uma independência lógico-formal, estas relações entre o ser e o dever-ser fundamentam uma epistemologia jurídica ou, na

(17) KELSEN, HS, p. 7; por último, KELSEN, AT, p. 2. Sobre o enquadramento kantiano da teoria pura, cfr. LEIMINGER, *Die Problematik der reinen Rechtslehre* (Wien/New York 1967), pp. 20 ss.

(18) KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, pp. 124 e 126 (= *Akademie-Textausgabe III*, pp. 103 s. e 104 s.).

(19) KELSEN, RR, pp. 1 ss. (= TPD, pp. 17 ss.); KELSEN, GT, pp. 12 s.

(20) KELSEN, RR, p. 5 n.* (= TPD, p. 23, n. 1).

(21) KELSEN, HS, p. 8.

(22) KELSEN, HS, p. 9.

(23) KELSEN, HS, p. 9.

(24) KELSEN, HS, p. 9.

(25) KELSEN, HS, p. 10.

expressão kelseniana, uma ciência do direito. Contudo, dada a reivindicação de uma pureza metodológica, traduzida, nomeadamente, na irrelevância científica do conteúdo do dever-ser⁽²⁶⁾, esse fundamento gnoseológico da ciência do direito — o de um dever-ser que não pode ser compreendido mas somente intuído — esgota-se na transposição do postulado kantiano de que o direito é construído, enquanto objecto epistemológico, pela ciência do direito, porque esta, como qualquer actividade cognitiva, constrói o seu próprio objecto⁽²⁷⁾. Aliás, contrariando a premissa kelseniana da intuição *a priori* do dever-ser, a análise deste dever-ser é uma constante na análise da teoria pura do direito⁽²⁸⁾.

II. As relações sintáticas, reduzidas a um plano lógico-formal, entre o ser e o dever-ser encontram na teoria kelseniana a sua mais completa expressão na estrutura da norma jurídica. KELSEN caracteriza a norma, em geral, como a expressão linguística de um imperativo ou de uma proposição normativa (*Sollsatz*)⁽²⁹⁾; a norma, na análise kelseniana, indica que qualquer coisa é ou deve acontecer⁽³⁰⁾. A norma jurídica é imposta por um acto de vontade (*Willensakt*)⁽³¹⁾ e regula primordialmente um comportamento humano, que é querido como devido por quem exprime aquele acto de vontade⁽³²⁾. O dever-ser é o sentido de um querer (*Wollen*) e, portanto, de um acto de vontade⁽³³⁾, mas, quando a norma é um comando (*Gebot*), é também o sentido de um acto que é dirigido ao

(26) KELSEN, RR, p. 1 (= TPD, p. 17).

(27) KELSEN, RR, p. 74 (= TPD, p. 111); cfr. F. KAUFMANN, *Kant und die reine Rechtslehre*, Kant-St 19 (1924), pp. 234 s.

(28) Assim também LEIMINGER, *Reine Rechtslehre*, p. 62; WIN-KLER, *Sein*, p. 188.

(29) KELSEN, RR, p. 77 (= TPD, p. 116); KELSEN, AT, p. 2.

(30) KELSEN, RR, p. 3 (= TPD, p. 20); KELSEN, AT, p. 2.

(31) KELSEN, RR, p. 7 (= TPD, p. 25); KELSEN, GT, pp. 30 s.; KELSEN, AT, p. 2.

(32) KELSEN, RR, p. 7 (= TPD, p. 25); KELSEN, AT, p. 2.

(33) KELSEN, RR, p. 7 (= TPD, p. 25); KELSEN, AT, pp. 2 e 24.

comportamento de outrem⁽³⁴⁾. Assim, como a norma regula uma conduta, a norma é susceptível não só de ser respeitada ou violada, mas também de ser coactivamente aplicada quando, tendo sido violada, é imputada uma sanção ao comportamento antinormativo⁽³⁵⁾.

Para KELSEN a relação entre o comportamento antijurídico, como condição, e a sanção, como consequência, é distinta da causalidade natural⁽³⁶⁾. A conexão entre o tipo-legal (*Tatbestand*) e a consequência jurídica (*Rechtsfolge*) é referida por KELSEN através do conceito de imputação (*Zurechnung*), a qual exprime uma relação entre uma condição — o comportamento antinormativo — e uma consequência estabelecida por um acto de vontade — a sanção legal —, cujo sentido é uma norma jurídica⁽³⁷⁾. KELSEN demarca estritamente a imputação (*Zurechnung*) normativa da causalidade (*Kausalität*) natural através quer da não violabilidade da relação natural entre causa e efeito, quer da reciprocidade entre a causa e o efeito da causalidade natural⁽³⁸⁾. Diferentemente, na relação de imputação a condição — o comportamento antinormativo — não é necessariamente a consequência de outras anteriores condições, nem a consequência — a sanção jurídica — é necessariamente condição para outras consequências⁽³⁹⁾. Este dualismo entre a causalidade e a imputação é um reflexo da distinção entre o ser e o dever-ser, ou seja, entre um dever-

(34) KELSEN, AT, p. 2.

(35) KELSEN, RR, pp. 34 ss. (= TPD, pp. 60 ss.); KELSEN, GT, pp. 61 s.; KELSEN, AT, p. 3.

(36) KELSEN, RR, pp. 79 ss. (= TPD, pp. 118 ss.); KELSEN, GT, pp. 45 s.; KELSEN, AT, pp. 19 s.; identicamente, cfr. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft* (Halle 1911), pp. 324 s.; em geral, cfr. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*³ (Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1983), pp. 35 ss.

(37) KELSEN, RR, p. 85 (= TPD, p. 127).

(38) KELSEN, RR, pp. 79 ss. (= TPD, pp. 119 ss.); KELSEN, AT, p. 20.

(39) KELSEN, AT, p. 20; em crítica directa, cfr. SCHREIBER, *Die Geltung von Rechtsnormen* (Berlin/Heidelberg/New York 1966), pp. 15 s.

-ser normativo (*Sollen*) e um ser (*Sein*) ou um dever-ser natural (*Müssen*)⁽⁴⁰⁾. A análise kelseniana incide essencialmente, sobre a formulação da estrutura da norma jurídica como uma relação entre o ser e o dever-ser: o dever-ser é um operador deôntico-normativo para um certo estado de coisas⁽⁴¹⁾; não, portanto, um dever-ser finalístico, isto é, um dever-ser orientado para um certo fim e inserido numa norma técnica (por exemplo: «Se F. pretende não chegar atrasado, deve sair imediatamente de casa») ⁽⁴²⁾.

O nível pragmático de aplicação da norma é analisado por KELSEN através da mediação epistemológica da proposição jurídica (*Rechtssatz*), que é conceptualizada como a descrição de uma norma jurídica na forma de um juízo hipotético de atribuição de certas consequências imputadas pela ordem normativa a certas condições previstas nessa ordem legal⁽⁴³⁾. Assim, a proposição jurídica pode ser reduzida à forma lógica

(40) KELSEN, AT, pp. 8 e 20; contra, na defesa clássica do naturalismo causal entre *Tatbestand* e *Rechtsfolge*, cfr. ZITTELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft* (Leipzig 1879), pp. 214 ss.; VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II 1* (München/Leipzig 1914), pp. 5 s.

(41) Existem diferentes formulações para estes elementos da norma: assim, por exemplo, WEINBERGER/WEINBERGER, *Logik, Semantik, Hermeneutik* (München 1979), p. 87 distingue entre o *Operator* e a *Sachverhaltsbeschreibung*; HARE, *The Language of Morals* (Oxford 1952), p. 18 diferencia entre um elemento *neustic* e *phrastic*; mais antigamente, BENTHAM, *Of Laws in General* (ed. HART) (London 1970), p. 94 distingue entre o acto, que é a descrição de um ser, e um aspecto, que é a atitude do legislador relativamente ao acto.

(42) Cfr. VON WRIGHT, *Norm and Action* (London 1963), pp. 9 ss.; KLAMI, *General Norms and Legal Reasoning*, RTh-BH 2 (1981), pp. 207 ss.

(43) KELSEN, RR, p. 73 (= TPD, p. 111); KELSEN, GT, pp. 45 s. e 163 s.; identicamente, STAMMLER, *Rechtswissenschaft*, p. 311; ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung* (Berlin 1929), p. 11; em geral cfr. HENLE, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I* (Berlin 1926), pp. 29 ss.; ENGISCH, *Einführung*, p. 21. Sobre a evolução da construção kelseniana, cfr. KELSEN, *Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis*, OZöR 18 (1968), pp. 5 s.

«Se *a*, então deve-ser *b*» (44) (simbolicamente, $a \rightarrow O(b)$ ou $O(b/a)$); quando *a* é uma conduta antinormativa, *b* é a correspondente sanção (45); quando *a* não é um comportamento humano mas uma qualidade ou um estado (a perigosidade social, por exemplo), *b* é um acto de coacção que não é sanção (o internamento compulsivo, por exemplo) (46).

KELSEN reconduz a norma legal a um dever-ser (47) e afirma que, nas normas que comandam uma conduta, aquele dever-ser é um dever jurídico (48), mas na qualificação de uma conduta como lícita ou ilícita KELSEN inverte a prioridade lógica dessa qualificação perante a sanção, dado que é porque uma conduta é considerada pela ordem jurídica como pressuposto de uma sanção que esse comportamento é ilícito (49). Ou, na incisiva expressão de KELSEN, o que é comandado como comportamento é o que é devido como sanção imputada ao comportamento antinormativo, pelo que o ser-devido (*Gesollt-sein*) da sanção inclui o ser-comandado (*Geboten-sein*) da conduta contrária àquela que é condição de aplicação da sanção (50). Assim, na teoria pura do direito, é o dever-ser da sanção que qualifica o dever-ser da norma. Esta asserção é incompatível, contudo, com a redução da ilicitude da conduta a uma consequência da aplicação de uma sanção que é pressuposto da qualificação dessa conduta como ilícita, pois a condição (a conduta) é qualificada pelo condicionado (a sanção) (51).

(44) Cfr. LEIMINGER, *Reine Rechtslehre*, p. 68; HAUSER, *Norm, Recht und Staat* (Wien/New York 1968), p. 8.

(45) KELSEN, RR, pp. 36 s. (= TPD, pp. 62 s.).

(46) KELSEN, RR, pp. 41 s. (= TPD, pp. 69 s.).

(47) KELSEN, RR, p. 5 (= TPD, p. 22); KELSEN, GT, p. 35.

(48) KELSEN, RR, pp. 121 s. (= TPD, pp. 171 s.).

(49) KELSEN, RR, p. 116 (= TPD, p. 166); KELSEN, GT, p. 50.

(50) KELSEN, RR, p. 26 (= TPD, pp. 49 s.).

(51) Criticando igualmente KELSEN, cfr. RAZ, *The Concept of a Legal System* (Oxford 1980), p. 88.

III. A distinção entre a norma e a proposição reflecte, afirma KELSEN, uma ambivalência do dever-ser, que pode ser prescrito como norma ou descrito como proposição⁽⁵²⁾. Nem sempre, contudo, KELSEN é coerente com esta correspondência entre a norma e a proposição, dado que, se numa primeira posição reduz toda a norma à estrutura do dever-ser de uma sanção aplicada a uma conduta antijurídica⁽⁵³⁾, divide posteriormente a norma legal numa norma primária, que estabelece como devido um comportamento de um sujeito jurídico⁽⁵⁴⁾, e uma norma secundária, que prescreve como devida a imposição de um acto coercivo de um órgão jurídico quando a norma primária é violada⁽⁵⁵⁾. Todavia, com esta repartição KELSEN descure o conteúdo da norma primária categórica na conceptualização da proposição jurídica hipotética⁽⁵⁶⁾.

Com efeito, a norma primária pode ser categórica (por exemplo, «É obrigatório a » — $O(a)$) ou hipotética (por exemplo, «É proibido b na condição c » — $F(b/c)$), mas, se é condicional, a respectiva condição existencial é necessariamente uma facticidade não normativa; apenas a norma secundária, que é exclusivamente hipotética, apresenta como condição existencial a violação de uma norma primária, categórica ou hipotética (por exemplo, $O(d/\text{Viol } F(x/c))$ é a norma secundária que impõe o comando da conduta d na eventualidade da vio-

(52) KELSEN, RR, p. 77 (= TPD, p. 116); KELSEN, AT, pp. 121 ss.; identicamente, VON WRIGHT, *Norm*, pp. 104 ss.

(53) KELSEN, HS, p. 205.

(54) KELSEN, GT, p. 61; KELSEN, AT, p. 43.

(55) KELSEN, GT, p. 61; KELSEN, AT, pp. 43 e 115; cfr. também NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*² (Einsiedeln/Zürich/Köln 1948), pp. 13 s. e 90 ss.; ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*⁴ (München 1985), pp. 7 e 25; L. VILANOVA, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo* (São Paulo 1977), pp. 64 s.

(56) Identicamente, embora sem qualquer restrição, HAUSER, *Norm*, pp. 8 e 19; cfr. RAZ, *Legal System*, pp. 48 ss.

lação da proibição condicional da conduta x) (57). Ou seja, enquanto a condição das normas primárias é um estado de coisas factual e define a hipótese legal em que uma conduta é comandada, proibida ou permitida, a condição existencial das normas secundárias é a violação de uma norma primária directiva (comando ou proibição) e determina a hipótese legal em que é imputada uma sanção jurídica a um comportamento antinormativo. Por isso a descrição hipotético-proposicional de uma norma que tem por consequência um acto sancionatório ou coactivo não só não abrange a norma primária categórica, aquela em que a aplicação do operador deontico é autónoma de qualquer condição existencial (por exemplo, $F(d)$) ou é definida para a tautologia de uma condição existencial (por exemplo, $F(a/c\sqrt{c})$), como não coincide totalmente com a norma secundária, dado que a norma que imputa uma consequência legal não sancionatória — um acto de internamento compulsivo por perigosidade social, por exemplo (58) — é uma norma primária hipotética.

KELSEN, embora conclua que a norma e a proposição possuem um diferente carácter lógico (59), nunca enunciou expressamente qualquer critério para tal diversidade. Se aquela diferenciação parece radicar na distinção entre a verdade ou a falsidade da proposição, ou do acto de pensamento (*Denkakt*) que subjaz à proposição, e a validade ou invalidade da norma, ou do acto de vontade (*Willensakt*) que enuncia a norma (60), tal critério é contrariado em alguns dos seus corolários, nomeadamente na correspondência da proposição verdadeira com a

(57) Sobre a distinção entre normas categóricas e hipotéticas cfr., em geral, VON WRIGHT, *Norm*, pp. 74 s.; WEINBERGER/WEINBERGER, *Logik*, pp. 123 s.

(58) Cfr. KELSEN, RR, pp. 41 s. (= TPD, pp. 69 s.).

(59) KELSEN, RR, p. 76 (= TPD, p. 115).

(60) Cfr. KELSEN, RR, p. 77 (= TPD, p. 116); KELSEN, AT, pp. 21 e 216; identicamente, ENGLIS, *Die Norm ist kein Urteil*, ARSP 50 (1964), pp. 305 ss.

norma válida (61). Esta correlatividade é contraditada pela objecção kelseniana de que o carácter de validade da norma não assume qualquer valor lógico (62), pelo que a valoração lógico-gnoseológica da verdade da proposição não é fundamentável no valor normativo de validade da norma. E se a proposição kelseniana descreve aparentemente o dever-ser com autonomia de qualquer eficácia, a pressuposição da eficácia da norma para a sua validade implica que o dever-ser descrito na proposição e equivalente ao dever-ser prescrito na norma é um dever-ser eficaz. Mas, para KELSEN, a compreensão da validade da norma nunca coincide com a compreensão linguística dessa norma enunciada numa proposição, pelo que é admissível a formulação de uma proposição verdadeira sobre uma norma inválida. A proposição kelseniana oscila, assim, na afirmação de HART, entre a descrição de um aspecto interno da norma, relativo a um dever-ser autónomo de qualquer eficácia jurídica, e a expressão de um aspecto externo, referido a um dever-ser dependente da sua eficácia legal (63).

Na estrutura da norma e da proposição o dever-ser é sempre a cópula que relaciona o tipo-legal, como condição, com a sanção jurídica, como consequência (64), o que mais acentua a dificuldade da definição de um critério de distinção entre um dever-ser descrito e um dever-ser prescrito. A repartição do dever-ser por normas e proposições implica, na realidade, uma distribuição de um dever-ser factual, isto é, prescriptivo e, portanto, regulativo de um acto material (por exemplo: «É obrigatório parar ao sinal vermelho»), e de um dever-ser normativo, isto é, descritivo e, portanto, constitutivo de um

(61) KELSEN, RR, p. 75 (= TPD, p. 114); cfr. VON WRIGHT, *Norm*, p. 106.

(62) KELSEN, *Recht, Rechtswissenschaft und Logik*, ARSP 52 (1966), pp. 546 s.

(63) HART, *The Concept of Law* (Oxford 1961), pp. 55 s. e 86 ss.; cfr. RAZ, *The Authority of Law* (Oxford 1979), pp. 154 ss.; PECZENIK, *The Concept «Valid Law»*, *Scandinavian Studies in Law* 16 (1972), pp. 222 ss.

(64) KELSEN, RR, p. 81 (= TPD, p. 121).

acto normativo (por exemplo: «Deve-se parar ao sinal vermelho»)⁽⁶⁵⁾. Assim, a prescrição, ou a norma, é a compreensão de um dever-ser como facticidade e a descrição é a percepção de um dever-ser como normatividade. Ou ainda: a prescrição é o dever-ser como eficaz e a descrição é o dever-ser como válido. Todavia, dado que toda a descrição de um dever-ser como normatividade representa uma descrição constitutiva de um dever-ser prescritivo ou regulativo, o dualismo entre a prescrição e a descrição é incompatível com a restrição da pressuposição kelseniana da eficácia para a validade ao âmbito prescritivo⁽⁶⁶⁾ e insustentável no aspecto pragmático de aplicação da norma⁽⁶⁷⁾. Ou também: a expressão verbal da prescrição é um acto ilocucionário directivo, porque é um acto que visa que o destinatário assuma ou deva assumir futuramente uma certa conduta⁽⁶⁸⁾, mas o acto verbal utilizado na descrição não é ilocucionário nem directivo, dado que a descrição abrange apenas o conteúdo do acto ilocucionário⁽⁶⁹⁾. Por isso, é o carácter ilocucionário da norma legal — e, portanto, o seu intrínseco conteúdo de dever-ser — que possibilita a sua transformação numa proposição descritiva sem afectação da sua essencialidade ilocucionária.

A proposição jurídica é, assim, apenas uma diferente forma linguística para uma única realidade performativa, o dever-ser fáctico-normativo; é uma repetição, não é um *aliud*.

(65) Sobre a distinção entre normas regulativas e constitutivas, cfr. SEARLE, *Speech Acts* (Cambridge-Mass. 1969), pp. 33 s.; a diferenciação é equivalente à dicotomia entre os *ordinary imperatives* e as *deontic sentences* referidas por HARE, *Practical Inferences* (London 1971), p. 34.

(66) Cfr. KELSEN, RR, pp. 215 ss. (= TPD, pp. 292 ss.); KELSEN, *Vom Geltungsgrund des Rechts*, FS Alfred Verdross (Wien 1960), pp. 158 s.

(67) Cfr., em posição aproximada, SCHRAMM, *Norm-Folgern ohne Normenlogik*, FG Ota Weinberger (Berlin 1983), p. 445.

(68) Originariamente, cfr. AUSTIN, *How to do things with words* (Oxford/New York/Toronto/Melbourne 1962), pp. 96 s.; cfr. também SEARLE, *Speech Acts*, p. 30; WUNDERLICH, *Studien zur Sprechaktheorie* (Frankfurt a.M. 1976), pp. 26 e 75 ss.

(69) Cfr. SEARLE, *Speech Acts*, p. 30.

Aliás, descrever o dever-ser não é necessariamente enunciá-lo num modo do ser. Como refere AUSTIN, a proposição não é incompatível com o carácter performativo do acto verbal da norma jurídica quando essa proposição não é uma proposição declarativa (*constative*), isto é, descritiva de um certo acontecimento ou estado de coisas e correspondente a um acto verbal locucionário ⁽⁷⁰⁾, mas uma proposição performativa (*performative*), ou seja, referida a um acto verbal — o acto ilocucionário — potencializado para a imposição de uma mudança num determinado estado de coisas ⁽⁷¹⁾. Assim, enquanto o acto locucionário possui um significado (*meaning*) que se esgota numa descrição, o acto ilocucionário atribui a força (*force*) verbal a uma prescrição ⁽⁷²⁾ que também pode ser proposicionalmente descrita. Por exemplo: a frase «Feche a janela!» e a proposição «Ordeno-lhe que feche a janela» apresentam o mesmo carácter performativo, ainda que com diversa força ilocucionária — aquela corresponde a um comando implícito, esta a uma prescrição explícita ⁽⁷³⁾. Não são, por isso, expressões declarativas, mas, porque relativas a um mesmo dever-ser, formulações performativas. Como para KELSEN toda a proposição jurídica descreve um dever-ser ⁽⁷⁴⁾, a insuficiência da construção kelseniana reside na pressuposição de que na descrição da proposição o dever-ser perde o carácter performativo que possui na norma legal. Contudo, o dever-ser

⁽⁷⁰⁾ AUSTIN, *Words*, p. 3.

⁽⁷¹⁾ AUSTIN, *Words*, p. 6. Exemplo de um acto performativo (AUSTIN, *Words*, p. 5); «I name this ship the *Queen Elizabeth*».

⁽⁷²⁾ Cfr. AUSTIN, *Words*, p. 100; SEARLE, *Austin on Locutionary and Illocutionary Acts*, in *Essays on J.L. Austin* (Oxford 1973), pp. 143 e 149, considera que, como a força do acto verbal depende do seu significado, todo o acto locucionário, portador de um significado, é um acto ilocucionário possuidor de uma força verbal.

⁽⁷³⁾ Cfr. AUSTIN, *Words*, pp. 61 e 150; AUSTIN, *Performative Utterances*, in *Philosophical Papers* 2 (Oxford 1970), p. 251, atenua a distinção entre o *performative* e o *statement*, reduzindo a diferenciação a uma expressão da força verbal.

⁽⁷⁴⁾ KELSEN, *RR*, p. 73 (= TPD, p. 111).

mantém sempre a mesma essência performativa, quer seja prescrito na norma, quer seja descrito na proposição.

Assim, o dever-ser também pode ser descrito no modo performativo, o que contraria o entendimento da teoria pura, a qual não pode compatibilizar uma equivalência performativa entre uma prescrição e uma descrição com a irreduzibilidade entre o acto de pensamento da proposição e o acto de vontade da norma ⁽⁷⁹⁾. A estrutura imperativa da norma hipotética é redutível, porém, à formulação descritiva — isto é, não prescritiva mas igualmente performativa — da proposição jurídica. Uma forma de redução lógica da norma à proposição é a descrição da norma hipotética através de uma proposição disjuntiva entre o comportamento antinormativo que é condição de aplicação da sanção legal e a imputação da sanção que é consequência daquele comportamento antijurídico. Assim, toda a norma condicional pode ser descrita através da disjuntividade performativa «Ou comportamento lícito ou imputação da sanção legal» ($a \vee O(b)$). Esta proposição alternativa prescreve uma conduta, embora descrevendo a disjunção entre um comportamento de um agente e a imputação de uma sanção por um órgão aplicador do direito. Quando analisada pela opção de conduta do sujeito, a proposição descreve uma alternativa entre a realização de uma conduta ilícita que implica uma sanção legal e a omissão dessa conduta antinormativa ($a \rightarrow O(b) \vee .a$). Esta correspondência lógico-formal entre a norma e a proposição fundamenta-se na equivalência da implicação entre o comportamento ilícito e a sanção legal com a afirmação da disjunção entre a omissão da conduta antinormativa e a sanção jurídica ($a \rightarrow O(b) \equiv a \vee O(b)$). É, por isso uma correlatividade sintático-formal ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ KELSEN, AT, pp. 25 s.; KELSEN, *Recht und Logik*, in *Kieckhefer/Marcic/Schambeck* (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* (Salzburg/München 1968), p. 1472.

⁽⁸⁰⁾ Sobre a regra lógica de eliminação do condicional, cfr. QUINE, *Mathematical Logic* (Cambridge-Mass./London 1981), pp. 28 s.; ROBISON,

A redução da norma à proposição jurídica também pode ser obtida através de um modo pragmático-normativo concordante com a premissa kelseniana de que a eficácia é condição de validade da norma ⁽⁷⁾, dado que a norma hipotética («Se existe um comportamento ilícito, deve ser aplicada uma sanção jurídica») pode ser transformada numa proposição universal («A todo o comportamento ilícito é imputada uma sanção»), que prescreve uma conduta através da descrição da eficácia da sanção atribuída pela norma hipotética. Esta transcrição corresponde a uma equivalência performativa entre a norma e a proposição, com especial mas não exclusiva incidência no plano pragmático de aplicação da norma.

Logic: Form and Function (Edinburgh 1979), p. 130; críticos perante aquela transformabilidade, cfr. WEINBERGER-WEINBERGER, *Grundzüge der Normenlogik und ihre Semantische Basis*, RTh 10 (1979), pp. 7 ss.

⁽⁷⁾ KELSEN, RR, pp. 215 ss. (= TPD, pp. 292 ss.).