

A TEORIA GERAL DO DIREITO E KELSEN

Arthur José Favaret Cavalcanti
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. *A teoria do direito anterior a Kelsen.* 2. *A norma jurídica segundo Kelsen.* 3. *Os conceitos jurídicos fundamentais.* 4. *As relações hierárquicas e a norma fundamental.* 5. *A impossibilidade de definir norma jurídica em função da sanção.* 6. *A estrutura formal da norma jurídica e os conceitos jurídicos fundamentais.* 7. *As relações hierárquicas e a sanção segundo Kelsen.* 8. *A norma de superposição e seu papel na organização hierárquica do direito.* 9. *A impossibilidade de enunciar uma norma fundamental.*

1. Creio que se possa sem exagero afirmar que Kelsen esteja para a ciência do direito, como Galileu está para a física e a astronomia. Antes de Galileu, a Terra era vista como centro, não só do sistema solar, mas de todo o universo. Coube a ele, seguindo os passos de Copérnico e Kepler, demonstrar que o nosso planeta não está parado, e o resto do universo rodando em torno dele, ou, pelo menos, que é muito mais fácil explicar o movimento dos astros afastando tal premissa. Tudo se simplifica se admitimos que a Terra gira em torno de seu eixo e percorre uma órbita em volta do Sol.

A ciência do direito anterior a Kelsen estava em um estágio equivalente ao da astronomia antes de Galileu. Entre parênteses: por ciência do direito anterior a Kelsen queremos significar não apenas a exposta em obras que antecederam às dele, como também em obras posteriores, em que as idéias antigas são reproduzidas. Por exemplo: a obra de muitos dos nossos mais destacados civilistas, mesmo a mais recente, é francamente pré-Kelseniana.

Assim como o universo, antes de Galileu, girava em torno da Terra, a ciência do direito anterior a Kelsen rodopia em torno dos direitos subjetivos. Em função deles ela define todos os demais conceitos jurídicos. Fatos jurídicos, dos quais os atos jurídicos constituem uma espécie, são eventos que criam, modificam ou extinguem direitos **subjetivos**;¹ personalidade é a aptidão para ser sujeito ativo ou passivo de **direitos subjetivos**;² capacidade é a aptidão para o gozo e o exercício de **direitos subjetivos**, e assim por diante. Para uns, os direitos subjetivos antecederiam o direito objetivo, que nada mais teria a fazer senão protegê-los. Para outros eles são criados pelo direito objetivo, que teria nisso a sua função primordial. De qualquer modo, o direito subjetivo era o protagonista da cena jurídi-

ca. As relações entre direito subjetivo e objetivo seriam de tal modo íntimas a ponto de proclamar-se que "direito subjetivo e direito objetivo são aspectos de um conceito único, compreendendo a *facultas* e a *norma*, os dois lados de um mesmo fenômeno, os dois ângulos de visão do jurídico".⁴

E, no entanto, quando se buscava saber em que consistiam afinal os celebrados direitos subjetivos, obtinham-se tantas respostas quantos fossem os interlocutores. Os direitos subjetivos revelaram-se de tal modo fugidios, que a sua conceituação chegou a ser comparada ao problema matemático da quadratura do círculo, ou seja, uma pergunta para a qual não existe resposta.⁵

O mérito de Kelsen foi o de assentar a teoria jurídica em bases mais precisas. Ele parte da noção de norma jurídica. Depois de estabelecer em que, a seu ver, consistem as normas jurídicas, Kelsen se lança aos demais conceitos. Especial relevância é atribuída ao dever jurídico. Curiosamente, esse é um conceito de que a doutrina clássica virtualmente prescindiu, sendo difícil até mesmo encontrá-lo nos índices alfabéticos das matérias tratadas nas obras em que ela é exposta. Não só o conceito de dever jurídico, como também os de ato jurídico, capacidade, personalidade são definidos em função de norma jurídica. O mesmo acontece com o próprio direito subjetivo, que nada mais é senão um tipo especial de relação entre uma pessoa e uma norma jurídica.

Para Kelsen, tudo começa, pois, na conceituação de norma jurídica. Assim, para expor, ainda que resumidamente, o pensamento do grande jurista, é preciso começar explicando em que consiste para ele a norma jurídica.

2. A teoria clássica do direito não revela a menor preocupação em identificar o que deva ser chamado com propriedade de norma jurídica. Que requisitos deve satisfazer um enunciado para que se possa qualificar como norma jurídica? Essas palavras são geralmente usadas para designar as porções em que se divide o texto de uma lei, como seus artigos, parágrafos e incisos. Assim, ouve-se freqüentemente falar em norma do artigo tal ou do parágrafo qual. Evidentemente, essa é uma postura muito pouco científica. Duas leis, com exatamente o mesmo conteúdo, se redigidas por pessoas diferentes, estariam divididas em artigos completamente diversos. E, no entanto, se elas têm o mesmo conteúdo, é porque expressam as mesmas normas. A identificação das normas jurídicas deve, pois, transcender as palavras da lei e ser buscada na realidade subjacente que essas palavras expressam. Foi isso o que Kelsen tratou de fazer.

Para Kelsen, o direito é a organização social de coação. Eis, em suas próprias palavras, o que pensa a respeito:

"Se considerarmos jurídicos todos esses ordenamentos sociais, tão extraordinariamente diferentes em seus conteúdos, que prevaleceram em dife-

rentes épocas e entre os povos mais diversos, poder-se-ia supor estaremos empregando uma expressão quase desprovida de sentido. Que pode ter em comum o chamado direito dos antigos babilônicos com o que existe atualmente nos Estados Unidos? Que pode haver em comum entre a Constituição da República Suíça e a ordem social - a que se dá também o nome de direito - de uma tribo negra submetida a um cacique despótico? Há, contudo, um elemento comum que justifica plenamente a aplicação da palavra direito em todos esses casos. Pois tal palavra se refere a esta técnica social, específica de um ordenamento coativo, que, não obstante as diferenças entre o direito da Babilônia antiga e o dos Estados Unidos ou entre o da tribo africana e o da Suíça, é em todos esses casos essencialmente a mesma: a técnica social que consiste em provocar a conduta socialmente desejada mediante a ameaça de medida coercitiva que deve ser aplicada em caso de comportamento contrário".⁶

Se é assim, todas as normas jurídicas precisam estar estritamente relacionadas com o mecanismo através do qual a coação se exerce: a sanção. A vinculação íntima entre sanção e norma jurídica é um dos pilares do pensamento de Kelsen. Note-se, contudo, que a natureza dessa relação se altera quando se passa da *Teoria Pura do Direito* para a *Teoria Geral do Direito e do Estado* as duas mais importantes obras de Kelsen.

Na *Teoria Pura*, ele distingue as normas autônomas das não autônomas. Normas não autônomas são aquelas cuja jurisdição depende de uma outra norma. Por exemplo: uma norma que permite determinado comportamento não é autônoma, já que não teria razão de ser na ausência de outra norma mais abrangente, vedando ou impondo certas condutas, em relação à qual ela abra uma exceção. De fato, qualquer comportamento é permitido, se nenhuma norma o torna obrigatório ou proibido. A norma permissiva não tem, pois, qualquer função, se ela não introduz alguma exceção a outra norma. Assim, uma norma estabelecendo isenção de um imposto, ou seja, a permissão de não pagá-lo, não tem qualquer razão de ser se o imposto de que ela cogita não é exigido por outra norma.

De igual modo, a norma que impõe um determinado comportamento não é autônoma, já que a sua jurisdição depende de outra norma estabelecendo o castigo na hipótese de o comportamento prescrito não ser observado. Isso é uma consequência da premissa de que parte Kelsen, segundo a qual o direito é a organização social da coação. Em linhas gerais, essa é a posição que ele assume na *Teoria Pura*: a jurisdição de uma norma depende de outra norma prescrevendo a sanção para o caso de descumprimento do que nela se estipula.⁷

Na *Teoria Geral do Direito e do Estado* o assunto é tratado de forma diversa, para fugir a uma objeção formulada por Timasheff, a que Kelsen alude expres-

samente.⁸ Segundo Timasheff, se para cada norma jurídica existisse outra norma estabelecendo a sanção para o caso de seu descumprimento, dar-se-ia um *regressus ad infinitum*. Com efeito, se para cada norma de grau N, prescrevendo a sanção em caso de descumprimento da norma de grau N-1, existisse uma norma de grau N+1, estabelecendo a sanção para o descumprimento da norma de grau N, o direito conteria um número infinito de normas. Sabe-se, porém, que o número das normas jurídicas é finito. Logo, nem toda norma jurídica está protegida por uma sanção.

Essa objeção aparentemente calou fundo no espírito de Kelsen. Para contorná-la, sem contudo abrir mão de sua concepção coercitiva do direito, Kelsen passou a sustentar não ser exato que uma norma, para ser jurídica, deva estar protegida por outra norma estipulando a sanção para o caso de seu descumprimento. Ao contrário, uma norma é jurídica quando ela própria imponha alguma sanção. Assim, não haveria uma norma proibindo o furto e outra estabelecendo a sanção para quem praticasse tal delito, mas uma única norma estabelecendo que, na hipótese de ser praticado furto, uma certa sanção deve ser aplicada. O direito teria assim na coerção a sua característica essencial e não conteria um número infinito de normas. Vê-se, pois, que, na *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Kelsen funde em uma única norma a que antes ele considerava uma norma independente, ainda que não autônoma, com a que estabelece a correspondente sanção. A estrutura da norma jurídica poderia, pois, ser assim resumida: se um comportamento do tipo A for praticado (ou deixar de ser praticado) uma certa sanção B será aplicada.

3. Os conceitos jurídicos fundamentais são fixados por Kelsen em função dessa estrutura da norma jurídica. O primeiro de que ele se ocupa é, curiosamente, o de ato ilícito: aquele comportamento que constitui o pressuposto para a aplicação de uma sanção. O ato ilícito está sempre descrito no antecedente do juízo hipotético em que se constitui a norma jurídica, cujo conseqüente é a ordem de aplicação da sanção. Daí a frase de Kelsen de que o ilícito não é a negação, mas o pressuposto do direito.

Kelsen se deteve longamente sobre o conceito de dever jurídico. O dever jurídico tem por objeto o comportamento contrário àquele que constitui o ato ilícito. Se o ato ilícito é uma ação, o dever jurídico tem por objeto uma abstenção e vice-versa. Uma pessoa tem, pois, o dever jurídico de praticar um ato ou de se abster de fazê-lo, quando o comportamento oposto constitui o pressuposto da aplicação de uma sanção. Assim, existe o dever de não furtar, porque o comportamento oposto - o furto - é pressuposto para aplicação de uma sanção. Por outro lado, o comportamento consistente em aplicar uma sanção é também objeto de um dever jurídico, se uma outra norma penalizar a sua não observância. Se isso não ocorre, a aplicação da sanção não constitui um dever jurídico. Como o número de normas jurídicas é finito, existem normas que impõem sanções, sem que outra norma penalize a inobservância dessa imposição. Em tal hipótese, segundo

a conceituação de Kelsen, a imposição de sanção não gera qualquer dever. O dever jurídico não resulta, pois, da ordem expressa na norma, mas de estar o comportamento oposto sujeito a uma sanção.

Um conceito correlato ao dever jurídico é o de responsabilidade. A responsabilidade é a sujeição a uma sanção. Ela não se confunde, contudo, com o dever jurídico, pelo fato de a sanção ser por vezes aplicada a pessoa diferente daquela que tinha o dever. Isso acontece, por exemplo, com o fiador, que está sujeito às sanções resultantes do descumprimento do dever de seu afiançado. Além disso, às vezes o mesmo procedimento constitui o pressuposto de duas sanções, previstas em duas diferentes normas. A extinção da responsabilidade com relação a alguma das sanções não exonera o devedor das demais.

Direito subjetivo, na visão de Kelsen, é o poder de deflagrar a aplicação da sanção. Em regra, a aplicação da sanção não depende da ocorrência do ato ilícito, mas também da iniciativa de alguma pessoa, ou de um órgão do próprio Estado, dando início ao processo que culminará com a execução da sanção. Diz-se que uma pessoa tem um direito subjetivo, quando couber a ela dar início a esse processo. Assim, proprietário e credor são titulares de direitos subjetivos, por haver deveres cujo descumprimento só é penalizado mediante a iniciativa deles. Não se pode, contudo, falar no direito de não ser roubado, porque, se esse delito ocorre, a iniciativa de deflagrar o processo destinado a aplicação de sanção não cabe à vítima, mas a um órgão do Estado.

Também os conceitos de ato jurídico e de capacidade se relacionam com a estrutura da norma jurídica descrita por Kelsen. Muitas vezes a sanção depende de algo mais do que a ocorrência do ato ilícito. Com relação a contratos, por exemplo, a sanção depende de que haja um contrato, como do ato ilícito consistente no seu descumprimento. Mas sem o contrato, não pode haver o descumprimento. O contrato é assim um pressuposto do ato ilícito. Sempre que a norma cogita de um ato jurídico, ele é apresentado como condição sem a qual não pode ocorrer o ilícito. Em conseqüência, ele está para o ato ilícito na mesma relação deste para a sanção: o ato jurídico é um pressuposto do ato ilícito, como este é o pressuposto da sanção. Por outro lado, ao tratar de ato jurídico, a norma descreve em que ele consiste. O ato que não se enquadre na descrição da norma é irrelevante quanto a ela, ou seja, não produz efeitos. Essa descrição envolve um aspecto objetivo, consistente na materialidade do ato, e um aspecto subjetivo, relativo a quem devam ser os seus protagonistas. A capacidade de uma pessoa para a prática do ato consiste, precisamente, em estar ela compreendida entre os protagonistas em potencial do ato, ou seja, em poder praticar um ato capaz de se enquadrar no modelo descrito na norma.

Para Kelsen, a personalidade nada mais é do que um conjunto de direitos e deveres e não algo externo a esses direitos e deveres que lhes sirva de suporte.

Ele lança mão de uma imagem para elucidar o seu pensamento: diz-se que uma árvore tem tronco, galhos, folhas, flores e frutos, quando na realidade o correto seria, segundo Kelsen, dizer que a árvore são os seus troncos, galhos, folhas, flores e frutos. Da mesma forma não é correto, segundo ele, dizer-se que a pessoa tem direitos e deveres. Os direitos e deveres são a pessoa. Ou, nas palavras do próprio Kelsen: "pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo".⁹ A personalidade jurídica é uma técnica especial de que se vale o direito. Os deveres e direitos têm sempre como conteúdo a conduta de determinados indivíduos. A norma descreve em que consiste materialmente a conduta e quais os indivíduos dos quais ela é esperada. Quando uma pessoa jurídica é alcançada pela norma, isso significa apenas que a identificação do indivíduo ao qual a conduta é referida é transferida para o estatuto ou contrato social que regula o funcionamento da pessoa jurídica. Enquanto, ao impor deveres ou conferir direitos a pessoas físicas, a ordem jurídica determina não só o elemento material como o pessoal da conduta, no caso de pessoas jurídicas ele determina apenas o elemento material, deixando para as normas de que depende o funcionamento da pessoa jurídica a determinação do elemento pessoal.

4. A parte mais interessante da teoria do direito de Kelsen é a que trata das relações hierárquicas entre as normas jurídicas. Antes de Kelsen, havia a idéia difusa de que certas normas são mais importantes do que outras e, assim, deveriam prevalecer em caso de conflito. Tratava-se, porém, a prevalência das leis constitucionais sobre as ordinárias mais ou menos do mesmo modo que as das leis sobre os decretos e das leis posteriores sobre as anteriores, sem que ninguém se preocupasse em examinar quais os aspectos comuns e quais as diferenças entre esses fenômenos. E ainda hoje é isso o que acontece. Embora Kelsen não se tenha detido sobre tais questões, deve-se em grande parte a ele o instrumental para a sua abordagem. Vale, pois, a pena voltarmos nossa atenção ao que ele pensou sobre o assunto.

Kelsen distinguia os sistemas normativos estáticos dos dinâmicos. Nos ordenamentos do primeiro tipo, as normas se encaixam hierarquicamente em função do seu conteúdo. Fazem parte do sistema as normas que possam ser deduzidas de outras pertencentes ao mesmo sistema. Por exemplo: as normas que vedam mentir, que obrigam a respeitar os compromissos assumidos e a não prestar falso testemunho, poderiam, segundo Kelsen, ser deduzidas de uma norma mais abrangente que prescrevesse a veracidade. Assim, constituiriam, juntamente com esta, um sistema normativo estático. Obviamente há em tais sistemas, uma primeira norma, que não é deduzida de outras, mas da qual outras podem ser deduzidas.

A diferença entre os sistemas normativos estáticos e os dinâmicos está em que nestes últimos a vinculação se faz, não pelo conteúdo, mas por ser uma nor-

ma criada pelo modo estabelecido em outra. Um exemplo do próprio Kelsen é bem ilustrativo. Um pai ordena que o filho vá à escola. Se o filho indagar por que deveria cumprir essa ordem, poderia lhe ser respondido que um filho deve obedecer sempre às ordens do pai. E se o rapaz insistisse e perguntasse por que deveria cumprir as ordens do pai, a resposta poderia ser que Deus assim ordenara. Cada norma encontra assim a sua justificação em ter sido criada como previsto em outra norma. Mas, do mesmo modo que os sistemas estáticos contêm uma norma inicial, que não pode ser obtida por dedução, os sistemas dinâmicos contêm uma primeira norma não justificada por outra que lhe anteceda. Se o filho desejasse saber por que deveria cumprir as ordens de Deus, a única resposta possível seria a de que uma tal norma não poderia ser posta em discussão.

Os sistemas normativos têm assim características análogas às dos sistemas dedutivos da lógica e da matemática. Estes últimos são compostos de teoremas, que são deduzidos de outros teoremas já pertencentes ao sistema. É preciso, porém, que haja um ponto de partida para essa cadeia de deduções. Todo o sistema dedutivo supõe, portanto, um ou mais postulados, que são enunciados que não podem ser deduzidos de outros enunciados pertencentes ao sistema. Um exemplo típico de sistema dedutivo é a geometria euclidiana, toda ela construída a partir de cinco postulados.

Um ordenamento jurídico é para Kelsen um sistema normativo dinâmico. As normas pertencem ao direito, não por seu conteúdo, mas por terem sido criadas de acordo com outras normas jurídicas. Assim, a norma de um contrato integra o ordenamento jurídico por haver sido criada de acordo com uma norma legal. E a norma legal é parte do sistema por ter sido criada segundo uma norma constitucional. A norma básica ou fundamental do sistema é aquela à qual todas as demais possam ser referidas, na hipótese de um processo de indagações sucessivas como as formuladas pelo filho que desejava conhecer a justificação da ordem do pai. A norma fundamental não é, porém, uma norma positiva, mas uma norma pressuposta. Nos ordenamentos modernos, ela ordenaria o cumprimento da Constituição. Assim, enquanto as normas legais teriam na Constituição o fundamento de sua validade, as normas constitucionais seriam válidas porque foram criadas segundo a norma fundamental. A validade desta seria, porém, presumida, de modo similar àquele pelo qual Euclides presumiu a veracidade de seus cinco postulados.

5. A apreciação crítica das idéias de Kelsen deve começar pela estrutura da norma jurídica que ele nos apresenta, segundo a qual toda norma jurídica impõe uma sanção. Como vimos, essa foi a forma que Kelsen encontrou para fugir às objeções de Timasheff, de que se toda norma jurídica estivesse protegida por outra, estipulando a sanção em caso de seu descumprimento, como sustentado pela concepção coercitiva clássica, o direito conteria um número infinito de normas. Como isso não acontece, é forçoso concluir que haja normas cujo cumprimento não esteja assegurado por qualquer sanção.

Não nos parecem corretas as críticas de Timasheff à concepção coercitiva clássica, embora nisso não se deva ver um endosso a tal concepção. Para que o cumprimento de cada norma jurídica esteja assegurado por uma sanção - e isso é tudo o que proclama a concepção coercitiva, segundo a versão anterior a Kelsen - não é indispensável a existência de um número infinito de normas. É possível conceber um ordenamento composto, digamos, de normas primárias, obrigando certas ações ou abstenções, de normas secundárias, prevendo sanções na hipótese de descumprimento das normas primárias, e de uma única norma terciária, prescrevendo a sanção em caso de inobservância de qualquer norma que imponha sanção. Essa norma terciária teria, pois, aplicação inclusive na hipótese de descumprimento dela própria. Um tal ordenamento seria plenamente coercitivo, pois estariam previstas sanções para o caso de descumprimento de qualquer de suas normas, e não conteria um número infinito de normas.

Mas o que pensar da concepção de Kelsen? É certo que do ponto de vista prático não haveria necessidade de uma norma proibindo o furto e de outra determinando que se castigue o infrator. A segunda norma seria suficiente. Mas, se apenas ela existisse, seria possível considerar o castigo prescrito como sendo uma sanção?

Segundo o entendimento tradicional, um determinado comportamento não constitui sanção, a menos que pressuponha a violação de alguma norma. Diante de dois comportamentos idênticos, é possível, portanto, que apenas um deles configure sanção. Assim, a obrigação de pagar multa é uma sanção, mas não a de pagar um imposto. A diferença está em que a multa pressupõe a violação de uma norma, o que não acontece com o imposto. De acordo com o entendimento tradicional, a sanção é, pois, um mal infligido a alguém, em decorrência da violação de uma norma.

Para Kelsen, porém, a sanção independe da violação de qualquer norma. Resta, assim, um único elemento para identificá-la, que é a imposição do mal. Para reconhecer as sanções e, conseqüentemente, as normas jurídicas, haveria, pois, necessidade de uma apreciação valorativa que permitisse concluir se o que está sendo prescrito configura, ou não, um mal. Um determinado enunciado seria um norma jurídica somente se prescrevesse algo de maléfico para alguém. Certamente, isso não se coaduna com a pretensão de Kelsen de haver erigido uma "teoria pura" do direito, por abstrair do conteúdo das normas jurídicas. Pelo contrário, até mesmo a simples qualificação de uma norma como jurídica fica na dependência de seu conteúdo.¹⁰

Observe-se, ademais, que, na concepção de Kelsen, por uma questão de coerência, se a multa é uma sanção, um imposto também é. A prática de um ato de que resultasse obrigatoriedade de pagar um imposto seria, pois, a violação de um dever jurídico. Uma compra e venda e outros atos normalíssimos, mas que

implicassem o pagamento de impostos, juntar-se-iam, assim, ao homicídio e ao furto na categoria dos atos ilícitos.¹¹

Por outro lado, a apreciação valorativa, a que antes nos referimos, necessária ao reconhecimento das sanções, torna a identificação das normas jurídicas uma questão eminentemente subjetiva. O que uma pessoa considera um mal, pode ser visto de modo diferente por outra. Assim, nos mesmos enunciados, nem todos reconheceriam as mesmas normas. Falta, pois, à concepção de Kelsen um critério objetivo capaz de possibilitar a identificação das normas jurídicas.

Nos ordenamentos modernos, reunidos determinados requisitos, dentre os quais a ocorrência de uma infração, a aplicação de sanção é, em regra, obrigatória para algum agente do Poder Público. Assim, a fusão, operada por Kelsen, entre a norma primária, que regula como agir, e a secundária, que obriga a aplicação de sanção pelo descumprimento da norma primária, ressalvadas as dificuldades já apontadas na identificação das sanções, seria viável na maioria dos casos. Mas os ordenamentos jurídicos nem sempre foram o que são hoje. No passado, a sanção era um ato de justiça privada. A ocorrência de infração não obrigava quem quer que fosse a aplicar a sanção, como pressuposto por Kelsen, mas simplesmente liberava a vítima e seus familiares para se vingarem do infrator. O talião surgiu como um limite a esse direito de vingança. Considere-se, por exemplo, o procedimento da *manus injectio* do direito romano. O credor não estava obrigado a se apoderar do devedor inadimplente, mas poderia fazê-lo se desejasse. Mas, para sujeitar o devedor, ele dependia exclusivamente dos próprios meios. O comparecimento perante o magistrado tinha por objetivo, não obter a contribuição deste para a sujeição do devedor, mas legitimar o emprego da força. Como conciliar essa sistemática com uma concepção segundo a qual todas as normas jurídicas prescreveriam a aplicação de sanções? Dela resultaria que os ordenamentos primitivos, e mesmo o vigente em Roma do período das XII Tábuas, não seriam jurídicos.

Ainda hoje há sanções facultativas, como, por exemplo, a exceção de contrato não cumprido, pelo qual se permite a um dos contratantes deixar de cumprir a sua obrigação, na hipótese de inadimplemento prévio do outro contratante. Como situar tal sanção na fórmula Kelseniana?

São essas as razões pelas quais essa concepção não nos parece aceitável.

Quanto à concepção coercitiva clássica, segundo a qual haveria a previsão de uma sanção para a hipótese de descumprimento de qualquer norma jurídica, em conseqüência do que seria possível apresentar o dever jurídico e a sanção como noções correlatas, tem o defeito de não reproduzir fielmente a realidade. Qualquer ordenamento jurídico contém inúmeras normas ditas imperfeitas, cujo

descumprimento não acarreta sanções. Summer Maine observa que o antigo direito hindu desconhecia o que fossem sanções. A inobservância de suas normas não tinha outra consequência senão a desaprovação da coletividade. Não há, evidentemente, qualquer justificativa para afastar as normas sem sanção do universo do direito. É preferível simplesmente reconhecer que as normas jurídicas são geralmente acompanhadas de algum tipo de sanção, mas isso nem sempre acontece.

6. Mas qual, então, a estrutura da norma jurídica? Devemos retornar à concepção clássica, que prescinde de encontrar uma resposta para essa indagação e equipara as normas jurídicas às porções em que se dividem os textos da lei? De certo que não. O ordenamento jurídico existe para fazer com que as pessoas se comportem de certa forma. Todas as normas devem assim indicar quais as pessoas de que se exige um determinado comportamento e em que ele consiste. As normas jurídicas, como as normas em geral, compreendem três partes. A primeira delas descreve a classe de destinatários da norma, que são as pessoas que devem observar o que nela é prescrito. Em outra parte se descreve uma conduta. E na terceira parte, a cópula da norma, geralmente expressa entre as duas partes antes mencionadas, indica-se se a conduta descrita é imposta ou vedada aos destinatários da norma. Conforme a natureza da cópula, a norma é prescritiva ou proibitiva. Qualquer norma, seja ela jurídica ou não, tem sempre a seguinte forma: "todos os integrantes da classe Y estão obrigados (ou proibidos de) praticar a conduta Z". Essas três partes da norma podem estar concentradas em um mesmo artigo de lei, ou dispersas em vários artigos, da mesma ou de diferentes leis.¹²

Diante dessa estrutura, é possível definir os conceitos jurídicos fundamentais. O dever jurídico é uma relação entre uma pessoa e uma norma, consistente em estar a pessoa compreendida na classe dos destinatários da norma.

O direito subjetivo pressupõe também uma relação entre uma pessoa, que, por participar dessa relação, é considerada titular do direito, e uma norma jurídica. Essa relação consiste em ser a pessoa o alvo do dever de outrem. Assim, por exemplo, o direito subjetivo de crédito pressupõe uma relação de seu titular com uma norma jurídica que faz dele o alvo da obrigação de pagar do devedor. De igual modo, o direito subjetivo do proprietário pressupõe uma relação entre ele e a norma jurídica de que resultam os deveres de abstenção dos não proprietários. Ao contrário, contudo, do dever jurídico, que pode ser definido, abstração feita do conteúdo da norma, isso não é possível em relação aos direitos subjetivos. Com efeito, o credor é alvo do dever de pagar, como o condenado é alvo do dever do carrasco de executar a condenação. Todavia, diz-se existir direito subjetivo apenas no primeiro caso. O direito subjetivo pressupõe pois uma relação entre o seu titular e a norma jurídica, consistente em ser ele o alvo do dever de outrem, mas também um juízo de valor graças ao qual essa relação seja considerada vantajosa para quem nela se encontre.

A classe dos destinatários das normas jurídicas é muitas vezes descrita em função de determinados eventos. Os destinatários da norma são as pessoas com relação às quais certos eventos tenham, ou não, ocorrido. As relações entre a pessoa e o evento podem ser as mais variadas. Ora ela consiste em ter a pessoa protagonizado o evento, ora em ter sido por ele alcançada de alguma maneira. Assim, por exemplo, a classe dos destinatários da norma que obriga o cumprimento dos contratos pressupõe que um certo evento - o contrato - tenha ocorrido, mas que não tenham ocorrido outros eventos, como a anulação ou a rescisão do contrato. Esses eventos, em função dos quais os deveres nascem ou se extinguem, são os fatos jurídicos. Quando o evento é um ato humano voluntário, como no exemplo do contrato, fala-se em atos jurídicos. Os fatos jurídicos são, pois, eventos dos quais dependem o nascimento e a extinção de deveres jurídicos, sendo os atos jurídicos uma espécie do gênero constituído pelos fatos jurídicos.⁸

Os fatos jurídicos e, portanto, os atos jurídicos produzem efeitos por estarem expressamente previstos em normas jurídicas. A norma jurídica deve pois descrever em que consistem os fatos jurídicos em função dos quais são definidos os seus destinatários. A descrição de um ato jurídico, como observou Kelsen, compreende duas partes, a primeira delas consistente na descrição da materialidade do ato e outra parte consistente na descrição de seus protagonistas. Assim, por exemplo, o Código Civil descreve não só materialmente em que consiste um testamento, mas também subjetivamente, ao indicar quais as pessoas aptas a testar. Para que o ato jurídico se repute ocorrido, é preciso que ele satisfaça a descrição da norma quanto à sua materialidade, mas também quanto a seus protagonistas. Diz-se que uma pessoa tem capacidade para a prática de um ato jurídico, quando ela se enquadra na descrição dos protagonistas daquele ato jurídico previsto na norma. Assim, por exemplo, o menor de 16 anos não tem capacidade jurídica para testar porque isso não acontece em relação a ele, em vista do disposto no artigo 1629 do Código Civil.

Como vimos, os sujeitos de deveres e de direitos têm essa qualidade em decorrência de seu enquadramento em classes descritas em normas. Esse é o ponto de onde devemos partir para estudar a questão da personalidade. A classe das pessoas, formada pelas pessoas físicas e jurídicas, é composta pelos que são suscetíveis de integrar as classes de sujeitos de deveres e direitos, previstas nas normas jurídicas.

O problema da personalidade não seria grave se existissem apenas as chamadas pessoas físicas, classe essa formada pelos seres humanos. As dificuldades residem nas pessoas jurídicas. Vejamos em que elas consistem. O nome do Sr. Antônio da Silva nos traz à lembrança um homem determinado, que podemos ver e tocar. Assim, Antônio da Silva é algo que realmente existe. Mas quando falamos em Empresa Progresso S/A, a que nos estamos referindo? Que porção do mundo real é a Empresa Progresso S/A como aquele homem é o Antônio da

Silva? O problema que as pessoas jurídicas colocam não é senão o de encontrar uma resposta para essa pergunta. De fato, se nenhuma porção do mundo real é a Empresa Progresso S/A, como seria possível que se ela se enquadrasse nas normas jurídicas, de modo a se tornar sujeito de deveres e de direitos?

Acontece que as entidades suscetíveis de serem integrantes de uma classe não são apenas aquelas que existem. Na realidade o atributo da existência forma uma classe como qualquer outra. E a ausência desse atributo - a não existência - é também um atributo, que dá lugar a uma outra classe a que pertencem, por exemplo, os faunos, as sereias, os lobisomens. Portanto, não é preciso existir para ser membro de uma classe, a não ser que o requisito da existência esteja incluído na descrição de classe. Há, assim, classes que congregam indiscriminadamente seres existentes e inexistentes. Consideremos, por exemplo, a classe dos grandes cientistas. Dela faz parte o Sr. Stephen Hawking, que está vivo e, portanto, existe. Mas pertencem também a ela Pasteur, Albert Einstein e muitos outros que, já tendo falecido não mais existem. As classes previstas nas normas jurídicas são desse tipo. Elas são capazes de abranger qualquer dos integrantes da classe das pessoas, quer tenham ele o atributo da existência, quer não. Por esse motivo as pessoas jurídicas, que não existem, não passando de um nome inscrito em um registro, podem ser sujeitos de deveres e de direitos.

Evidentemente, uma entidade que não existe não pode cumprir os deveres nem exercer os direitos que lhe são atribuídos pelas normas jurídicas. Mas a inexistência não é a única causa dessa impossibilidade. As crianças e os loucos também não podem cumprir as normas jurídicas, mas nem por isso deixam de ser por elas alcançados. Um recém-nascido que aufera rendas de um patrimônio de que seja titular está obrigado ao pagamento de imposto de renda como qualquer adulto. A inexistência é pois apenas uma das múltiplas deficiências capazes de impossibilitar a atuação em consonância com as normas jurídicas. E a solução para a dificuldade é também a mesma. Assim como as crianças e os loucos agem através de representantes, o mesmo acontece com as pessoas jurídicas.

7. Está implícita na teoria de Kelsen a idéia de que, ao lado de normas jurídicas que impõem ações e abstenções determinadas, existem normas jurídicas que se limitam a ordenar o cumprimento de outras normas. Essa idéia não foi, porém, explicitada por Kelsen, porque entraria em choque com a sua doutrina de que todas as normas jurídicas impõem alguma sanção. Com efeito, uma norma que se limite a ordenar o cumprimento de normas que satisfaçam certos requisitos não impõe sanção de espécie alguma. Logo, não seria uma norma jurídica.

O que fez então Kelsen para preencher o espaço que tal norma deveria ocupar? Como vimos, já havia ele fundido a norma que prescreve alguma ação ou abstenção, à que estabelece a sanção na hipótese de inobservância da ação ou abstenção prescrita. Não há, pois, segundo Kelsen, uma norma proibindo o homi-

cídio e outra determinando a aplicação de um castigo aos que cometam tal delito, mas uma única norma estabelecendo que, na hipótese de homicídio, uma certa pena seja aplicada. Deste modo, todas as normas jurídicas imporiam sanções. Mas como embutir uma sanção em normas que prescrevem a observância de outras normas? Muito simples: do mesmo modo que as normas primárias e secundárias constituiriam realmente uma única norma, também a norma que regula a criação de outras normas formaria com estas últimas uma só norma. Eis como, nas palavras do próprio Kelsen, seria a norma constitucional que fundamentaria a validade da norma legal prescrevendo a punição em caso de roubo: "se o Parlamento, seguindo um certo processo legislativo, decidir que em caso de roubo se deve aplicar a sanção 'X' e ficar estabelecido que determinado indivíduo cometeu tal delito, então a sanção 'X' lhe deverá ser aplicada."¹³

A síntese operada por Kelsen acaba, porém, por reduzir o sistema jurídico a uma única norma, que seria a sua norma fundamental. Assim, estaríamos diante, não de um conjunto de normas em elegante organização hierárquica, mas de uma única norma. É claro, pois, que a partir do ponto em que Kelsen tenta conciliar a concepção hierárquica do direito com a sua peculiar concepção coercitiva, ficamos sem a primeira.

8. A idéia de que o ordenamento jurídico esteja organizado hierarquicamente não seria concebível sem que se admitisse a existência, no seu bojo, de normas que não impõem ações ou abstenções determinadas, mas ordenam o cumprimento de outras normas. São elas as normas de superposição. As normas a serem obedecidas são aquelas que satisfaçam certos requisitos, indicados na norma de superposição, tais como terem sido elaboradas por certas pessoas, segundo um certo processo, o seu conteúdo restrito a certas matérias, e assim por diante. A norma de superposição descreve, pois, uma classe de normas e ordena a seus destinatários o cumprimento das normas pertencentes a essa classe.¹⁴

As normas a serem obedecidas podem ser posteriores ou anteriores à norma de superposição. O preceito pelo qual uma Constituição manda observar as normas a serem criadas pelo órgão legislativo que ela instituiu é uma norma de superposição. Mas a recepção de um direito preexistente, como foi, no passado, a do direito romano por países europeus, é também feita por uma norma de superposição. Não se trata, pois, de um antecedente cronológico das normas cuja obediência é ordenada, mas de seu antecedente lógico, no sentido de que uma norma só é parte do sistema, ou seja, obrigatória, se a sua observância for determinada por uma norma de superposição a ele pertencente.

O conceito de norma de superposição é necessário à explicação de diversos fenômenos jurídicos, como, por exemplo, a prevalência, que entre nós ocorre, da Constituição sobre as leis ordinárias. As normas constitucionais são mais im-

portantes do que as legais. Mas se isso justifica a sua prevalência, nada nos informa sobre o mecanismo mediante o qual ela se concretiza. As normas legais pertencem ao ordenamento, ou seja, são obrigatórias, porque a sua observância é determinada por uma norma de superposição constitucional. Mas essa norma ordena o cumprimento apenas das normas legais compatíveis com a Constituição. Uma norma legal que conflita com a Constituição não é, pois, obrigatória, consistindo nisso a prevalência da Constituição.

A teoria tradicional do direito distingue normas que regulam comportamentos, daquelas cujo objeto sejam outras normas, regulando-lhes ora a criação, ora a interpretação e aplicação ou a vigência, e assim por diante. Dentre estas últimas estão as chamadas normas de produção jurídica. Enrico Allorio já havia notado que as normas de produção jurídica nada mais fazem do que determinar o cumprimento das normas criadas na conformidade do que elas estabelecem. As normas de produção jurídica da teoria tradicional são, pois, normas de superposição. Mas também o são as demais normas que se ocupam de outras normas.

Com efeito, as normas de superposição podem desempenhar duas funções básicas. A primeira delas consiste em tornar obrigatórias normas que, de outro modo, não o seriam. É essa a função da norma de superposição constitucional que manda observar as normas de legislação ordinária: na sua ausência as normas legais não seriam obrigatórias. Mas a norma de superposição pode desempenhar também uma segunda função, de sentido oposto ao da primeira, consistente em eliminar a obrigatoriedade de normas que, na ausência dela, seriam obrigatórias. As disposições do nosso Código Civil, que definem leis vigentes como sendo aquelas que tenham sido publicadas de um certo modo e não tenham sido revogadas, expressamente ou pela superveniência de lei em sentido contrário, formam também uma norma de superposição. De fato, nada mais fazem do que determinar o cumprimento das normas contidas nas leis que se qualifiquem como vigentes. Observe-se, porém, que, na ausência de tais disposições, também as normas legais não vigentes seriam obrigatórias, pois, ao determinar a observância das normas legais, a Constituição não distingue as que estejam em vigor das que não estejam. Essa norma do Código Civil atua, pois, eliminando a obrigatoriedade de normas que, na sua ausência, seriam obrigatórias. As normas de superposição que desempenham esta segunda função referem-se sempre, ao fazê-lo, a normas a serem criadas pela mesma fonte de onde elas provêm. Elas servem, portanto, para que uma fonte restrinja a obrigatoriedade das próprias normas.

A possibilidade de terem as normas de superposição essas duas funções obriga-nos a considerar a hierarquia como umnexo, não entre fontes, mas entre normas jurídicas. As normas oriundas da fonte de onde provêm as leis ordinárias são sempre inferiores às normas de fonte constitucional. Mas podem duas normas oriundas da mesma fonte terem hierarquia diversa. A norma legal que regula

a vigência das demais normas legais é hierarquicamente superior a estas, embora provenha da mesma fonte.

9. E o que pensar das idéias de Kelsen sobre a norma fundamental? Como vimos, a posição de nosso autor é a de que a validade de uma norma depende do que seja estabelecido em outra norma. Até aí tudo bem. Chegamos, porém, a um ponto na pirâmide jurídica em que já não há mais qualquer norma acima daquela cuja validade queremos estabelecer, e portanto, nenhuma da qual essa validade se possa ter derivado. A validade das leis ordinárias decorre da Constituição. Mas de onde provém a validade da própria Constituição? É aí que entra a norma fundamental. Ela não é uma norma positiva mas simplesmente pressuposta. Se acima da Constituição não há qualquer norma positiva, é porque ela deve a sua validade à norma fundamental. E segundo Kelsen, o teor da norma fundamental pode ser conhecido. Eis como a questão está colocada na *Teoria Pura*:

“... se renunciamos a reconduzir a validade da Constituição estadual e a validade das normas criadas em conformidade com ela a uma norma posta por uma autoridade jurídica, como Deus ou a natureza pode ser que a validade desta Constituição, a aceitação de que ela constitui uma norma vinculante, tem de ser *pressuposta* para que seja possível interpretar os actos postos em conformidade com ela como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas e os actos postos em aplicação destas normas jurídicas gerais como criação ou aplicação de normas jurídicas individuais válidas. Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos factos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objectivo. Como essa norma é a norma fundamental de uma ordem jurídica, isto é, de uma ordem que estatui actos coercitivos, a proposição que descreve tal norma, a proposição fundamental da ordem jurídica estadual em questão, diz: devem ser postos actos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela. (Em forma abreviada: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve).”

A idéia de uma norma fundamental poderia ter algum sentido se o seu teor pudesse ser determinado a partir do ordenamento positivo cuja validade se estivesse querendo estabelecer. Isso, contudo, é impossível, do mesmo modo que não é possível determinar as premissas de um silogismo a partir de sua conclusão. A conclusão “Sócrates é mortal” pode resultar das premissas “Todos os homens são mortais” e “Sócrates é homem”. Mas também resulta de um número infinito de outras premissas, como, por exemplo, “todos os europeus são mortais” e

“Sócrates é europeu”. Da mesma maneira o número de normas capazes de conferir validade a uma Constituição é infinito. A validade resultaria tanto de uma norma que estabelecesse especificamente o cumprimento da Constituição de que se tratasse, como de uma outra determinando, digamos, o cumprimento das normas escritas, admitindo-se que a Constituição em questão fosse escrita. Por que escolher uma e não a outra como norma fundamental?

Por outro lado, se a validade da própria norma fundamental não pode ser estabelecida, devendo ser aceita sem discussão, por que não descer um degrau e pressupor a validade de norma hierarquicamente mais elevada do ordenamento positivo? Sem dúvida, essa norma hierarquicamente mais elevada não é a Constituição. A Constituição mandada elaborar pelo chefe de uma revolução vitoriosa tem, acima dela, uma norma de superposição, oriunda desse chefe revolucionário, determinando o seu cumprimento. Essa norma de superposição pode não ter sido escrita, mas ela é tão positiva quanto a própria Constituição. E foi no espaço ocupado por essa norma de superposição que se inseriram os atos institucionais que até pouco tempo vigoraram entre nós, e cuja positividade jamais foi posta em dúvida.

NOTAS

1. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 5ª edição, Forense, vol. I, p. 395.
2. Bandry-Lacantinerie, *Precis de Droit Civil*, Paris, 1899, vol. I, p. 57.
3. Bandry-Lacantinerie, *ob. cit.*, vol. I, p. 74.
4. Caio Mário da Silva Pereira, *ob. cit.*, vol. I, p. 25.
5. José Carlos Moreira Alves - *Direito Romano*, Forense, 4ª edição, vol. I, p. 115.
6. *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo Garcia Maynez, México, 1958, p. 22.
7. *Teoría Pura do Direito*, trad. de João Batista Machado, Coimbra, 1984, pp. 88-92.
8. *Teoría General*, pp. 33 e 34.
9. *Teoría Pura*, p. 244.
10. Em artigo muito interessante, publicado neste mesmo número, João Guilherme Sauer, comentando as observações constantes da minha *A Estrutura Lógica do Direito*, sustenta que a “pureza” que Kelsen atribui à sua teoria consiste apenas na desvinculação das normas jurídicas de considerações axiológicas, nada mais tendo ele pretendido além disso. Talvez João Guilherme tenha razão, pois na *Teoría Pura*, p. 17, Kelsen afirma: “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 se não 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 se 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 longo 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 facto de estas ciências se referirem a objectos

que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a *Teoría 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.” Talvez, porém, eu esteja certo, pois na mesma página da mesma obra, Kelsen diz também o seguinte: “A *Teoría 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.” De fato, parece-me que sem prescindir do conteúdo e ficar restrito à forma, a universalidade buscada por Kelsen é inalcançável.

11. Conferir com a posição de João Guilherme Sauer sobre esse ponto no artigo citado na nota anterior.
12. Sobre a forma das normas jurídicas, ver minha *Estrutura Lógica do Direito*, Renovar, 1996, capítulos I e II. A descrição dos conceitos jurídicos fundamentais que se segue está mais detalhadamente exposta nessa obra.
13. *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 170.
14. Sobre o assunto, ver *A Estrutura Lógica do Direito*, pp. 149-179.