

5

O conceito de sanção em Hans Kelsen

5.1

Introdução

Já foi dito que a tradição analítica do direito inaugurou-se com os trabalhos de Jeremy Bentham no final do séc. XVIII, não obstante a escola só ter recebido tal título a partir da contribuição de John Austin e seus escritos apresentados na primeira metade do séc. XIX. A continuidade entre referidos autores, que nos permite situá-los como adeptos de uma mesma corrente de pensamento jurídico, torna-se perceptível na formulação teórica de Austin. Este reproduziu o método científico iniciado por Bentham — no sentido de construir uma teoria do direito, sem descuidar dos aspectos lingüísticos — filiou-se à tese imperativista do direito, e dedicou-se, em seus escritos, a delimitar os contornos do direito, numa busca pelo sentido particular da teoria jurídica.

As semelhanças e convergências teóricas em ambos foram amplamente desenvolvidas nos capítulos precedentes, possibilitando o alcance de algumas conclusões. Para os precursores do positivismo jurídico não há como pensar o direito antes de se aferir a existência de um estado, que se funda e se corporifica na figura do soberano; este, por sua vez, é representando pela pessoa (ou pelas pessoas) que detém o poder supremo de comandar os demais membros da sociedade política independente e o faz de forma ilimitada e irrestrita, pois não se sujeita a nenhuma ordem. É aquele que comanda a todos, sem ser comandado por ninguém, e adquire o papel de autoridade máxima que legisla para regular e ordenar as condutas sociais. Por exclusão do conceito anterior chega-se aos súditos, aqueles que afirmam a condição do soberano ao obedecerem, por qualquer razão, às ordens que ele dita. Tais ordens — que são as leis que compõem o direito positivo e originam-se, como parece intuitivo neste momento, do próprio soberano — precisam de um respaldo que lhes garanta e assegure a eficácia. O modo encontrado pelos autores de ampará-las foi estabelecer sanções, entendidas como um dano que terá lugar sempre que alguém desobedecer a uma ordem ou transgredir um dever.

A centralidade da sanção na teoria desses autores bem como a importância que lhe é atribuída, é indiscutível; em pelo menos dois momentos se

torna claro o papel de destaque que ocupa: as normas jurídicas só são assim consideradas se possuem cláusulas sancionadoras (o que vale para todas as normas austinianas e para as obrigatórias em Bentham), e, sob a perspectiva funcional, a sanção desempenha relevante papel motivacional, pois crêem que ela é a razão, ou motivo, que necessita o destinatário das normas para cumpri-las. Ainda que Austin distancie-se ligeiramente de Bentham ao desconsiderar as recompensas e os prêmios e determinar que as sanções serão sempre castigos danosos, pode-se afirmar que para ambos o fundamento das sanções é a eficácia das normas, vale dizer, a efetiva observância das mesmas.

A herança intelectual, sumariamente descrita acima, que une esses estudiosos — e tem Jean Bodin e Thomas Hobbes como os precursores — exerceu grande influência em Hans Kelsen, um dos maiores estudiosos da teoria jurídica que o século XX conheceu.

Kelsen se tornou mundialmente conhecido como o autor da *Teoria Pura do Direito*; observe-se, porém, que a teoria pura não é tão somente o título de uma obra e sim de um empreendimento que tencionava livrar o Direito de elementos estranhos à uma leitura jurídica de seu objeto — isto é, visava desconsiderar a influência de outros campos do conhecimento como o político, o social, o econômico, o ético e o psicológico, uma vez que estes em nada contribuía para a descrição das normas jurídicas — possibilitando que o Direito se elevasse à posição de verdadeira ciência jurídica (A. Sgarbi, 2006, p. 1).

Como teoria do direito positivo, a doutrina kelseniana pretendia delimitar o campo exclusivamente jurídico frente aos demais e à doutrina de direito natural. Kelsen sempre sustentou a legalidade própria do direito, ante uma realidade social determinada conforme a natureza, reconhecendo tal legalidade a partir da oposição fundamental entre ser e dever ser.

Desde, pois, a publicação, em 1911, de sua primeira importante obra *Problemas Fundamentais do Direito Público*, até nos últimos meses de sua vida — os quais dedicou a elaboração de uma ampla obra que levaria o nome de *Teoria Geral das Normas*, mas que não foi terminada; tendo sido, todavia, seu primeiro capítulo publicado, postumamente, em alemão em 1965 e inglês em 1979 — Kelsen se ocupou deste projeto: elaborar uma teoria do direito positivo capaz de superar os particularismos regionais.

Em virtude dos êxitos encontrados em seu campo de aplicação, o direito, e também por ser extremamente racional e lógica, a teoria pura se tornou internacionalmente (re) conhecida e forneceu as bases dos novos estudos para teoria do direito. Nada obstante, muitas foram as críticas recebidas, nem sempre

construtivas ou formuladas com boa-fé, ao contrário, como os problemas tratados nos círculos acadêmicos muitas vezes se revestem de interesses políticos, bem como estão cercados de considerações estranhas à academia (por vezes econômicas, sociais e até étnicas), excessivas censuras foram formuladas por ignorância e pedantismo. Pode-se afirmar que hoje muito do conhecimento difundido nas escolas e obras jurídicas são o resultado da aplicação e da utilização das premissas, teses e conclusões kelsenianas; ainda que não aja honestidade intelectual por parte dos que repassam tais idéias e que a referência ao autor, por vezes, seja esquecida ou se perca no dia-a-dia, o certo é que se analisarmos de forma acurada as “novas” teorias, ou revisitarmos as antigas, encontraremos, não raro, algum ensinamento, alguma dedução dele (Sgarbi, 2006, p. 1).

A inserção do autor entre os positivistas da *Analytical School of Jurisprudence* e conseqüente inclusão neste estudo que se pretende uma investigação do conceito de sanção para os autores de referida escola, justifica-se em virtude de a sanção ser, também para Kelsen, um conceito central em sua teoria do direito. Tal posicionamento, partilhado com Austin, faz com que todos os demais elementos da estrutura normativa ganhem definição a partir da idéia que se tenha de sanção, sendo esta, inclusive, o critério adotado para individualizar e identificar o ordenamento jurídico — afinal, para os autores aqui analisados uma norma só é considerada jurídica se prevê uma sanção para seu descumprimento, ou, pelo menos, esteja em relação com uma outra norma que o faça.

O intuito deste capítulo é, pois, investigar o significado do conceito de sanção na teoria jurídica de Kelsen. Para dar conta das principais teses do autor e manter coerência com o padrão até aqui utilizado, será seguido um caminho de argumentação semelhante, no que for possível, àquele empregado para tornar compreensível tanto o pensamento de Jeremy Bentham quanto o de John Austin. Em primeiro lugar, serão feitos breves apontamentos biográficos; depois os aspectos-chave da teoria serão investigados — sempre tendo em mente a necessidade de relacioná-los com o tema principal do presente trabalho, qual seja, as sanções — em seguida analisar-se-á especificamente as sanções na teoria jurídica sob análise, deslindando sua relevância, centralidade, estrutura e função; ao final, tratar-se-á dos principais problemas enfrentados pelo autor através da apresentação de algumas das principais críticas que recaem sobre suas teses.

5.2

Breves apontamentos biográficos

Hans Kelsen nasceu em Praga (Áustria) em 11 de outubro de 1881 e morreu em Berkeley, Califórnia, EUA, em 11 de abril de 1973. Praticamente toda sua formação profissional se deu em Viena, Áustria, onde se doutorou em Direito (no ano de 1906, na Universidade de Viena), e começou a lecionar, primeiro na Academia de Exportação do Real e Imperial Museu de Comércio de Viena em 1909, e, posteriormente, tendo sido aceito como *privatdozent* em direito constitucional e filosofia do direito, na Faculdade de Direito de Viena, em 1911.

A publicação de seu primeiro trabalho deu-se quando ainda era estudante (no ano de 1905) e consistiu num ensaio dedicado à Dante Alighieri, sob o título *A teoria do estado de Dante Alighieri por Hans Kelsen*, que obteve êxito literário na época. Segundo o próprio Kelsen foi “en todo caso el único de mis libros que no experimentó una crítica negativa. Aun en Italia fue bien recibido”. Tempos depois o próprio autor falará dessa obra como um mero trabalho escolar desprovido de qualquer originalidade.

Em 1911, depois de aproximadamente cinco anos de trabalhos preparatórios em difíceis circunstâncias — a adversidade relaciona-se principalmente às dificuldades financeiras que a família do autor suportava na época e que o obrigou a sujeitar-se à empregos pouco atrativos e que nada tinham que ver com seus impulsos para o trabalho científico — Kelsen publica *Problemas Fundamentais de Direito Público*, sua primeira importante obra, apresentada à Faculdade de Direito em Viena como solicitação de habilitação que resultou na sua admissão como professor ordinário.

Sua obra seguinte, publicada em 1913, foi *O ilícito do Estado*, consistente em um amplo tratado sobre o ilícito estatal, no qual se ocupou, simultaneamente, dos atos estatais irregulares e da capacidade das pessoas jurídicas para delinqüir.

Com o início da primeira guerra mundial, Kelsen, na qualidade de primeiro tenente, foi chamado em Agosto de 1914 a prestar o serviço militar. Durante o período em que esteve a serviço do Ministério de Guerra, publicou muito pouco (basicamente um artigo que tratava da plausibilidade de uma reforma constitucional para depois da guerra, publicado no primeiro número de uma revista de direito militar fundada na ocasião); em compensação foram os laços de amizade, a boa relação com seus superiores e os altos postos alcançados no Ministério que o ajudaram a tornar-se, em julho de 1918, professor extraordinário

da Universidade de Viena — preterindo um outro candidato que já havia ministrado a disciplina direito militar como professor ordinário e desejava disputar a cátedra para extraordinário, pleito que acabou por retardar um pouco a nomeação de Kelsen.

A pausa em seus escritos, impostas pela guerra e pelo serviço militar, teve efeitos favoráveis aos seus trabalhos desenvolvidos posteriormente, principalmente porque Kelsen iniciou naquela época alguns estudos relativos à soberania, reunindo pesquisadores em seu seletivo círculo de discussões sobre o direito. Desses encontros participavam, em sua grande maioria, ex-alunos ouvintes das aulas ministradas durante os anos de 1911-14, mas, aos poucos, jovens de outros países, interessados em conhecer um pouco mais a doutrina que surgia, juntavam-se aos primeiros — como foi o caso do dinamarquês Alf Ross. Surgia, assim, a escola de Viena, essencialmente desenvolvida sob a influência direta de Kelsen.

Em 1919 Kelsen contribuiu sobremaneira no projeto de *Redação da Constituição Austríaca* que foi definitivamente aprovada no ano seguinte. Sem dúvida, o capítulo que mais lhe orgulhava versava sobre o controle de constitucionalidade — foi o principal idealizador do controle na via concentrada —, pois o via como a garantia efetiva da Constituição e a marca distintiva da austríaca.

Como peça jurídica central da organização constitucional foi previsto um Tribunal Constitucional e Kelsen, como criador e idealizador deste, foi eleito por todos os partidos da assembléia Nacional como membro vitalício da Suprema Corte Austríaca. Nesse ínterim, publica *O Problema da Soberania e a Teoria Geral do Estado*.

Em 1930 Kelsen vai para Colonia, onde lecionou a disciplina direito internacional até 1933, mudando-se, em seguida, para Genebra. Essa mudança deveu-se à ascensão do partido Nacional Socialista que, numa manobra política, destituiu Kelsen da cátedra que ocupava na Universidade de Colonia. O autor tomou conhecimento de tal fato lendo um jornal matutino que noticiou seu pedido de licença; algo que equivaleria, praticamente, a sua destituição como professor em Colonia. Nada obstante a Universidade ter preparado um documento repudiando a destituição de Kelsen, no qual constava que os membros da faculdade estariam fortemente convencidos de sua valiosa personalidade humana, bem como que seria uma perda imensa para a universidade e para a ciência alemã — e que foi assinado por quase todos os docentes, com a exceção de Carl Schmitt —, não foi possível evitar a saída do professor.

Em Genebra Kelsen publica, em 1934, a primeira versão da *Teoria Pura do Direito* — que ganhará uma versão intermediária francesa em 1953 e uma definitiva em 1960 — e recebe um convite para assumir a cátedra de direito internacional na Universidade alemã de Praga. Ainda que receoso, em razão dos nacionais socialistas estarem acompanhando de perto os acontecimentos acadêmicos da universidade, ele aceita a nomeação e se muda para Praga, sem se desvincular de Genebra (sua esposa e filhos continuam na cidade), principalmente porque impôs a condição de lecionar um semestre em cada Universidade. A ida para Praga possuía, ademais da facilidade óbvia de retornar a ministrar aulas na língua materna, um outro atrativo, de caráter político: com a cátedra na universidade checa se adquirira imediatamente a nacionalidade da Tchecoslováquia, e isso significava, além de perder a nacionalidade austríaca, a obtenção de um passaporte checo. Isso livrava Kelsen de ver-se obrigado a usar um passaporte alemão com a marca distintiva por ser judeu.

Antes mesmo de sua ida para Praga, todavia, turbulentas cenas contra sua nomeação se iniciaram. A estas se seguiram muitas outras que chegaram, inclusive, a impedir que as aulas de Kelsen fossem dadas. Um episódio bastante marcante — e que o levou, pela primeira vez, a ameaçar sair do cargo — ocorreu nos idos de outubro de 1936: chegando ao auditório no qual ministraria sua aula, Kelsen percebeu que a maioria dos estudantes não pôde entrar. Tinham sido impedidos pelos alunos nazistas que, primeiro se negaram a levantar quando o professor ingressou no recinto (o que afrontava os costumes acadêmicos) e, depois, sob o grito de ordem de um deles (“Todos abandonem os salões; que fiquem os judeus e os comunistas!”), saíram da sala, ocuparam o corredor e impediram que outros entrassem no auditório. Kelsen tentou continuar a aula para os alunos que não obedeceram à ordem e permaneceram no salão, mas também estes foram violentamente expulsos pelos alunos nazistas.

Tal episódio desencadeou uma paralisação nas atividades universitárias que durou quatro semanas, e somente terminou com os anúncios do governo de que tomaria medidas enérgicas contra a universidade caso os incidentes permanecessem. Os alunos então adotaram estratégia diversa para esvaziar os cursos de Kelsen: proibiram os nazistas de assistirem as aulas. Somente judeus e socialistas compareciam. Ademais, Kelsen começou a receber ameaças de morte anônimas, cuja seriedade havia sido comprovada com o assassinato de um professor (Theodor Lessing), também judeu.

Com o início da guerra em setembro de 1939, Kelsen decidiu abandonar a Europa e foi para os Estados Unidos, recomeçar, pela quarta vez, sua carreira

acadêmica, mais uma vez num país estrangeiro cuja língua dominava só parcialmente.

Lecionou em Harvard até 1943, quando, então, se muda para Berkeley, onde permanecerá como professor até se aposentar no ano de 1952. Suas atividades acadêmicas, entretanto, não se encerram; o autor continuou a publicar obras, proferir palestras como professor convidado, dedicando-se intensamente àquilo que foi seu projeto de vida: construir uma teoria global do direito.

5.3

Considerações sobre a teoria jurídica de Hans Kelsen: uma abordagem da Teoria Pura

Como dito nas passagens anteriores, o intuito de Kelsen foi tornar o conhecimento jurídico um conhecimento científico; para tanto, dedicou-se a elaborar uma teoria pura do direito que fosse capaz de superar os particularismos de cada país, isto é, que pudesse ser vista como uma teoria jurídica global.

Nesse sentido, dois esclarecimentos precisam ser feitos: em primeiro lugar o que é “pura”, ou em outras palavras, qual o significado de “pura”; secundariamente, é preciso analisar o que receberá tal qualificação, o direito ou a teoria (Sgarbi, 2007, p. 2).

Quanto ao primeiro aspecto, pode-se dizer que “pura” refere-se à tentativa de “viabilizar uma leitura específica da juridicidade” (Sgarbi, 2007, p. 2), isto é, estabelecer uma técnica de leitura capaz de identificar e delimitar precisamente o que é o direito. Todos os aspectos que não contribuem para o reconhecimento de uma norma como jurídica, devem ser afastados — por exemplo, os aspectos sociológicos (referentes ao comportamento dos sujeitos ante à norma); os éticos (quais valores foram determinantes na criação da prescrição); os psicológicos (qual foi a intenção do legislador ao estabelecer a norma); os factuais (referentes ao conteúdo da norma); bem como os políticos (razões políticas que induziram a elaboração da norma, assim como a finalidade a ser por ela perseguida) — para que a mesma possa ser considerada pura, ou em outros termos, livre de quaisquer considerações ideológicas e concepções de direito justo.

Assim, o estudo sociológico da prática do direito e a análise das influências políticas, econômicas ou históricas sobre o desenvolvimento do direito ficam

além dos interesses e das possibilidades da teoria pura. Tais estudos pressupõem uma investigação prévia sobre a natureza do direito; vale dizer, são estudos possíveis e úteis, mas para que sejam perpetrados — para que o direito seja avaliado em sua prática cotidiana e valorado econômica, política ou socialmente — uma análise ao modo da teoria pura tem que ter sido feita, para que o estudioso conheça seu objeto de trabalho.

Por estas razões é que o que pode ser adjetivado de “pura” é a teoria e não o direito, afinal Kelsen reconhece que o direito em si não pode ser dissociado da política, uma vez que é um instrumento da mesma: tanto a criação do direito quanto sua aplicação são baseados em valorações. Todavia, a ciência jurídica, se quer ser verdadeiramente uma ciência, deve se manter distante de considerações de cunho político, pois seus objetivos são bem diversos. A teoria do direito quer conhecer a unicidade do fenômeno ao qual se denomina direito, de modo que necessita de um instrumental capaz de ser fiel ao fenômeno. Nos dizeres de Kelsen:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica específica. [...] Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito (Kelsen, 2003, p. 1).

Utilizando como referência as ciências da natureza, que se valem de um modelo de observação e comprovação para enunciar leis gerais que permitem prever os eventos seguintes, Kelsen pretende aplicar esse mesmo método para criar uma teoria jurídica apta a prever, com a devida segurança, as possibilidades normativas que o direito pode oferecer. Da mesma forma que o cientista aquece um metal e assiste como conseqüência a dilatação do mesmo, em qualquer lugar e em qualquer tempo, sem influenciar diretamente no comportamento dos corpos metálicos e sem ter criado a regra de expansão pelo calor, também o jurista pode identificar o direito simplesmente o descrevendo, sem emitir nenhum juízo de valor. Isso possibilita, para além da descrição precisa da ocorrência do fenômeno, tecer prognósticos sobre futuros acontecimentos.

Apesar desta apreensão do modelo das ciências da natureza ser válida para o propósito de explicar, controlar e prever o fenômeno normativo, ela não pode ser implementada *ipsis literis*, afinal, o direito possui algumas diferenças dos fenômenos da natureza. A começar por seu princípio regente. Enquanto os

fenômenos da natureza são dependentes da causalidade (relação de causa e efeito), os sociais resolvem-se com a imputação.

Para diferenciar as situações, Kelsen nos remete, primeiramente, ao Direito dos primitivos. Estes não utilizavam o princípio da causalidade nem mesmo para explicar os fenômenos naturais, pois os interpretavam do mesmo modo que as relações com seus iguais, isto é, davam uma interpretação normativa para a natureza. A explicação para tal proceder é dada pela idéia de animismo, predominante na época. Como acreditavam que todas as coisas têm almas, assim como todas as pessoas, entendiam que os espíritos por trás das coisas é que operavam a natureza. Não existia na mente dos primitivos algo como a separação que hoje percebemos entre a natureza (e seus fenômenos) e a sociedade. Destarte, a ocorrência de qualquer fato (natural ou humano) ensejava a mesma questão: “quem é o responsável?” e jamais, “qual é a causa deste fato?”, já que os infortúnios eram sempre recebidos como uma punição, como também a prosperidade era a recompensa, independente de tipo de acontecimento, ou seja, independente de ser um acontecimento natural ou humano voluntário¹.

O dualismo que permeia o pensamento moderno entre a natureza (como ordem causal, regida por este princípio) e a sociedade (como ordem normativa, regida pela imputação) é conquista da ciência moderna, fruto de uma evolução do pensamento. Não é por outra razão que Kelsen afirma ser o princípio da causalidade “O instrumento dessa emancipação” (Kelsen, 2001, p. 328).

Pará nós, portanto, é usual distinguir as ciências da natureza das ciências sociais, já que ambas possuem objetos distintos e se baseiam em regras diferentes. Quando alguém diz que um corpo metálico necessariamente vai se expandir se for aquecido, está a enunciar um princípio da física regido por uma lei universal (que não falha jamais e pode ser comprovada em qualquer tempo e lugar do mundo) de causa e efeito. Se o objeto da ciência social é diferente do objeto das ciências naturais, certamente que as relações estabelecidas nesta outra ordem não serão regidas pelas mesmas regras, sob pena de afigurar-se como inútil tal distinção.

Nesse sentido, uma análise das sanções, tema deste trabalho, é bastante esclarecedora da diferença que se quer demonstrar. Evidentemente que o delito criminal não se liga à sanção da mesma forma que uma causa se liga ao seu

¹ “Portanto, não existe na mente do homem primitivo algo como natureza no sentido da ciência moderna, isto é, uma ordem de coisas interligadas segundo o princípio da causalidade” (Kelsen, 2001, p. 328).

efeito; este último independe de qualquer ato humano (até mesmo sobre-humano), enquanto a aplicação da sanção depende sempre de um poder criador, que a estabeleça e imponha. Diga-se, ainda, que se a sanção está ligada ao delito com o intuito de responsabilizar alguém, isto é, se existe uma norma que a estabelece com o fim de impor uma punição, não é possível considerar que a sanção seja causada pelo delito, visto que ela existe antes e previamente a ele. Vale dizer, através de critérios de política criminal estabelecem-se quais são os comportamentos indesejáveis e, visando evitá-los, comina-se penas para os que ousarem desobedecer. No momento em que algum cidadão descumpre/viola o conteúdo da norma, a sanção será “imputada” ao agente, não porque a infração a “causou” e sim porque ela já possuía existência normativa e sua condição de aplicabilidade era a ocorrência do delito.

Não se pode olvidar, todavia, que ocorrências meramente causais também permeiam o comportamento dos homens², só que o Direito permanece imune a elas, afinal não pode ordenar ou proibir meros processos causais. Como exemplo, cite-se o quão absurdo seria estabelecer a proibição para uma mulher de sofrer um aborto espontâneo, ou obrigá-la a gerar um bebê perfeito, plenamente desenvolvido e saudável aos 4 meses de gestação. Estes acontecimentos são regidos por leis causais, não há como o ser humano se determinar de acordo tais perspectivas. Porém, todos os atos passíveis de serem orientados finalisticamente (ou seja, os processos que se organizam orientados pelo fim antecipado na mente do agente) podem ser proibidos — por exemplo, a circunstância de o Direito poder ordenar que uma mulher se comporte de maneira a impedir um aborto provocado pela vontade.

Tudo exposto, a conclusão a qual se chega é que as relações humanas não estão ligadas por um nexos causal e sim por um nexos imputativo. Evidentemente há grande diferença entre essas duas expressões, assim como entre os dois princípios. Primeiramente partem ambos de um mesmo julgamento hipotético ligando alguma coisa como condição a outra coisa como consequência, no entanto, o significado da ligação é distinto, pois enquanto na causalidade temos “se A existe, B existe (ou existirá)”, na imputação tem-se “se A existe, B deve existir”. Kelsen utiliza de exemplos bastante esclarecedores: se aqueço um corpo metálico (se A), ele se expande ou expandirá (então ocorre B). Por outro lado, se um homem pratica roubo (se A), ele deve ser punido (então deve ocorrer B). Nos dizeres do professor:

² “Uma vez estabelecido, o princípio de causalidade é aplicável também à conduta humana” (Kelsen, 2001, 329).

A diferença entre causalidade e imputação é que a relação entre a condição, que na lei da natureza é apresentada como causa, e a consequência, que é aqui apresentada como efeito, é independente de um ato humano ou sobre-humano; ao passo que a relação entre condição e consequência afirmada por uma lei moral, religiosa ou jurídica é estabelecida por atos de seres humanos ou sobre-humanos. É justamente este significado específico da ligação entre condição e consequência que é expresso pelo termo 'dever ser' (Kelsen, 2001, p. 331).

Ademais, diga-se que com relação à causalidade a cadeia de causa e efeito é indefinida, visto que a cada causa corresponde um efeito que sempre é considerado causa de outro efeito e assim sucessivamente, de modo que, por definição, pode-se alcançar o infinito. A adoção do critério da imputação soluciona esse problema vez que a condição à qual a consequência é imputada não é necessariamente, ao mesmo tempo, consequência imputável a alguma outra condição. Conforme Kelsen: "A linha de imputação não tem, como a linha de causalidade, um número infinito de vínculos, mas apenas dois" (Kelsen, 2001, p. 332).

Solucionada a questão relativa aos distintos princípios aplicáveis à ciência natural e à ciência jurídica, a delimitação perfeita do objeto do direito, para ser alcançada, ainda depende da solução de um problema estrutural: as normas jurídicas possuem a estrutura de um dever e nesse ponto se assemelham às normas morais e as religiosas, portanto, ainda há a necessidade imperiosa de destacar o dever jurídico, dos morais e religiosos — não que com isso se esteja declarando impossível um dever jurídico que seja ao mesmo tempo condizente com preceitos morais ou religiosos.

A resposta não será dada, certamente, pela finalidade das normas: todas elas (sejam jurídicas, morais ou religiosas) possuem o claro intento de determinar os comportamentos adequados e desejados. À diferença das demais ordens sociais, o Direito é uma ordem coativa, no sentido de que reage às situações indesejáveis (porque contrárias ao que o ordenamento preceituou anteriormente como devido) com um mal que pode ser aplicado ao destinatário até mesmo contra a sua vontade. A possibilidade de aplicação das sanções por parte do Estado dá ao Direito o seu caráter coercitivo, na medida em que todo aquele que descumprir o dever inscrito na norma jurídica terá cometido um ilícito, ou seja, uma conduta considerada pressuposta para a sujeição à sanção. E para os que rejeitam uma definição de Direito que dependa tão visivelmente das sanções? Kelsen responde:

É, por isso, de rejeitar uma definição do Direito que o não determine como ordem de coação, especialmente porque só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra

ordem social, e porque, com o elemento coação, se toma por critério um fator sumamente significativo para o conhecimento das relações sociais e altamente característico das ordens sociais a que chamamos 'Direito'; e mais especialmente ainda porque só então será possível levar em conta a conexão que existe [...] entre o Direito e o Estado, já que este é essencialmente uma ordem de coação e uma ordem de coação centralizadora e limitadora no seu domínio territorial de validade (Kelsen, 2003, p. 60)

Há que se dizer, ainda, que o uso da força para impedir condutas socialmente perniciosas está proibido para os indivíduos em geral. Mas que tal proibição só pode ser relativa, afinal não vigora para alguns (os autorizados) que, quando especialmente permitido, poderão fazer uso da força como reação tendente a punir os comportamentos indevidos. A ordem jurídica deve, taxativamente, especificar quais sanções devem ser aplicadas e por quem; desse modo, o sujeito que as aplicar será considerado como uma extensão (ou órgão) da comunidade jurídica. Estar-se-á, portanto, frente a um monopólio da coação por parte do Estado.

Este monopólio, antes de mais nada, é uma garantia para todos os indivíduos de que não serão atacados impunemente pelos demais. Visa-se, com isso, atingir o máximo de segurança coletiva possível: estabelecendo os pressupostos sob os quais recorrer-se-á ao uso da força, instituindo o monopólio do Estado para se valer dos atos de coação, a ordem jurídica alcança a paz na comunidade por ela criada — óbvio que esta paz é somente relativa, na medida em que depende das sanções³.

Ressalte-se, todavia, que dizer que o Direito depende do uso da força para obter a paz que almeja não quer dizer que pertença à essência do Direito “forçar” a conduta prescrita. Exatamente porque não consegue o comportamento conforme ao preceituado é que o Direito prevê as sanções, isto é, um ato coativo que terá lugar sempre que voluntariamente alguém desviar do juridicamente previsto como correto. A conduta desejada pela ordem jurídica não é obtida à força através da sanção, pois esta só ganha aplicabilidade quando a conduta contrária é praticada.

Em verdade, o estabelecimento de sanções relaciona-se com a conduta prescrita, quando muito, motivando-a. Para Bentham e Austin — conforme visto nos capítulos precedentes —, e, em menor grau, Kelsen, o desejo de evitar a imposição de uma sanção é algo tão forte na mente dos destinatários da norma que quando se deparam com a possibilidade do castigo intervêm contra seus

³ “A paz é uma condição na qual não há o uso da força. Neste sentido o Direito assegura paz apenas relativa, não absoluta, na medida em que priva os indivíduos do direito de empregar a força, mas reserva-o à comunidade” (Kelsen, 2005, p. 31).

impulsos e desejos de agir em oposição ao dever e sucumbem à prescrição para evitar o prejuízo que ela prevê. Kelsen reconhece, porém que tal função não pertence ao Direito: ela é possível, mas não obrigatória, haja vista a obediência poder advir de outros motivos, até mesmo morais ou religiosos⁴. Uma outra razão que demonstra o desinteresse do autor em questão com relação à coação psíquica que a sanção pode desencadear refere-se ao fato dela não ser uma nota distintiva do Direito — outras ordens sociais, como a religiosa, se valem desse caractere com muito mais habilidade e eficácia —; o que o separa das demais ordens são os atos de coação, precisamente a privação coercitiva dos bens mais valiosos como conseqüência de certos pressupostos.

Há, no entanto, uma última informação sobre a motivação que as ordens sociais amplamente consideradas exercem nos indivíduos que parece importante, concernente à circunstância de poder ser direta ou indireta. A ordem pode vincular certas vantagens à observância de determinadas condutas ou desvantagens frente à sua não observância e, conseqüentemente, gerar um desejo no agente em obter a vantagem ou medo de se submeter à desvantagem. Atuarial, desta forma, motivando indiretamente a conduta dos indivíduos. Ao contrário, se a ordem jurídica determina uma conduta que pareça vantajosa aos indivíduos, mesmo sem prometer benesses ou sem ameaçar com desvantagens os atos desobedientes, acreditando que simplesmente a idéia de uma norma em essência boa para a comunidade, estará valendo-se da técnica de motivação direta. Esse tipo de motivação não é utilizada pelo Direito, na medida em que não se concebe uma norma cujo teor seja tão diretamente atraente aos indivíduos, de maneira que a sua simples existência seja suficiente para gerar obediência incontestada à prescrição.

É exatamente pelo fato do Direito utilizar a técnica de motivação indireta, valendo-se das sanções punitivas de maneira a organizar institucionalmente o uso da força para condicionar os comportamentos dos indivíduos — incentivando o que é adequado e desestimulando aquilo que não é —, o que gera a classificação das normas por Kelsen em primárias ou secundárias. As primárias seriam as verdadeiras normas por conterem a sanção, enquanto as secundárias seriam meros reflexos das primeiras, tendo em vista somente prescreverem o comportamento adequado, sem preverem a punição para o caso de

⁴ “É bem provável [...] que as motivações da conduta lícita não sejam, de modo algum, apenas o medo das sanções legais ou mesmo a crença na força de obrigatoriedade das regras jurídicas. Quando as idéias morais e religiosas de um indivíduo são paralelas à ordem jurídica à qual ele está sujeito, seu comportamento em conformidade com a lei é, muitas vezes, devido a essas idéias morais e religiosas” (Kelsen, 2005, p. 34).

descumprimento. Tal afirmação leva à conclusão de que existem normas no conjunto normativo desprovidas de sanção e também à indagação relativa a isso ser possível numa estrutura flagrantemente coercitiva. Mas Kelsen apresenta uma solução: todas as normas secundárias são fragmentos de norma que dependem de uma ligação com uma norma primária para serem identificadas⁵. São, pois, incompletas. No que tange as nulidades, Kelsen se aproveita da construção austiniana que concebe as nulidades como sanções em sentido amplo.

Ademais, como ordem social que imputa sanções, o Direito não só regula as ações humanas de modo positivo, prescrevendo condutas ao ligá-las às sanções, como também de forma negativa, na medida em que não liga determinada conduta a nenhuma sanção, e, assim, não proíbe essa conduta nem prescreve a oposta. Um comportamento que se enquadre na descrição anterior, isto é, não seja juridicamente proibido, é, nesse sentido negativo posto pelo autor, uma conduta juridicamente permitida. A liberdade dessa pessoa que vê sua conduta permitida pelo Direito, exatamente porque ele não a proíbe, é garantida pela ordem jurídica apenas no sentido em que esta prescreve às demais pessoas o respeito dessa liberdade e proíbe a ingerência nessa esfera particular. Só que nem a toda conduta permitida, no sentido negativo de não ser proibida, corresponde uma obrigação correlativa de outra pessoa. Logo, conflitos podem acontecer:

(...) pode, por exemplo, não ser proibido que o proprietário de uma casa faça uma abertura numa parede no limite da sua propriedade e aí instale um ventilador. Mas também pode, ao mesmo tempo, não ser proibido que o proprietário do terreno adjacente construa neste uma casa de que uma das paredes fique colada à parede do vizinho provida da abertura de ventilação, por forma a malograr-se o uso do ventilador. Nesse caso é permitido a um impedir o que ao outro é permitido fazer” (Kelsen, 2003, p. 47).

Em assim sendo, como as ordens jurídicas não têm meios de limitar a totalidade da conduta dos indivíduos, restará, mesmo nos regimes mais totalitários, um mínimo de liberdade, decorrente da limitação operacional e técnica do próprio direito. Nesse sentido, Kelsen diz que:

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, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição (Kelsen, 2003, p. 48).

⁵ “Quando uma norma prescreve uma determinada conduta e uma segunda norma estatui uma sanção para a hipótese da não-observância da primeira, estas duas normas estão essencialmente interligadas” (Kelsen, 2003, p. 60-61).

Tudo exposto, as ordens jurídicas somente são capazes de restringir os comportamentos humanos, e isso será feito em maior ou menor medida, dependendo do número de prescrições que a ordem jurídica editar, tendo em vista a impossibilidade de limitar todas as condutas de todos os indivíduos.

Um último ponto que deve ser abordado para uma plena compreensão do projeto kelseniano de delimitar as normas jurídicas refere-se à necessidade de identificar os simples atos de coação das coações juridicamente reguladas, ou seja, distinguir os acontecimentos externos irrelevantes dos relevantes para o Direito. Valendo-se do conhecido exemplo em que compara as exigências de um gângster que quer dinheiro com as de um coletor de impostos, Kelsen demonstra que ambos os fatos têm exatamente o mesmo significado subjetivo, vale dizer, seriam perceptíveis de idêntica maneira por um observador imparcial que presenciasse a ocorrência, pois em ambos os casos o que se tem é uma ordem para que haja a entrega do dinheiro. Como diferenciá-los? Aqui talvez seja melhor deixar que as palavras de Kelsen falem por si mesmas:

A ordem de um gângster para que lhe seja entregue uma determinada soma de dinheiro tem o mesmo sentido subjetivo que a ordem de um funcionário de finanças, a saber, que o indivíduo a quem a ordem é dirigida deve entregar uma determinada soma de dinheiro. No entanto, só a ordem do funcionário de finanças, e não a ordem do gângster, tem o sentido de uma norma válida, vinculante para o destinatário; apenas o ato do primeiro, e não o do segundo, é um ato produtor de uma norma, pois o ato do funcionário de finanças é fundamentado numa lei fiscal, enquanto que o ato do gângster se não apóia em qualquer norma que para tal lhe atribua competência. Se o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido do dever-ser, tem também objetivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo este sentido objetivo. O ato criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua (Kelsen, 2003, p. 9).

Vê-se que, em conformidade com o pensamento de Kelsen, uma norma somente será obedecida se for um acontecimento jurídico válido, ou seja, se possuir um sentido subjetivo (o manifestado pelo agente) que concorde com seu sentido objetivo (o contido pela norma de acordo com o direito). No caso posto acima, a diferença entre a conduta do salteador de estradas e o funcionário público só ganha expressão quando se descreve, não o sentido subjetivo que é o mesmo para os dois, mas o sentido objetivo, pois atribui-se ao comando do órgão jurídico, mas não do salteador, o sentido objetivo de uma norma vinculadora do destinatário. Vale dizer: interpreta-se o comando de um, mas não o comando de outro, como uma norma objetivamente válida; num dos casos vê-se a ligação entre o não acatamento do comando e um ato de coerção uma

simples ameaça, ou seja, a afirmação de que *será* executado um mal, enquanto no outro caso, a conexão é vista no sentido de que *deve ser* executado um mal.

Tudo isso ainda não responde uma outra questão, que parece decisiva: por que num caso considera-se o sentido subjetivo do ato como sendo também um sentido objetivo e no outro não? Dito de outra forma: por que apenas um dos atos produz objetivamente uma norma válida que vincula os agentes e qual é o fundamento desta norma que se considera como o sentido objetivo de um dos atos?

Em verdade a solução pode ser encontrada na fundamentação do direito. Uma norma será considerada válida se possuir um fundamento jurídico, se for juridicamente obrigatória. Mas obrigatória sob dois pontos de vista: tanto para os sujeitos que devem observá-la, quanto para os órgãos jurisdicionais que devem aplicá-la coativamente toda vez que for desobedecida. Conforme Sgarbi:

Portanto, conforme a teoria kelseniana, dizer que uma norma é válida é o mesmo que dizer que existe no conjunto normativo e que, por existir, deve ser obedecida e aplicada juridicamente (Sgarbi, 2006, p.41).

A questão passa a ser, então, qual será o critério utilizado para determinar a validade das normas. Kelsen afirma a possibilidade de existência de dois tipos de derivações, segundo a natureza do fundamento de validade, a saber, a estática e a dinâmica.

A derivação num sistema de normas estático dá-se pela via de uma operação lógica, na qual o pertencimento é aferido através de sucessivas deduções de preceitos gerais em preceitos particulares, levando-se em conta o conteúdo encerrado nos dispositivos. Caracteriza-se pelo fato das normas derivadas já se encontrarem implícitas na norma de origem, havendo necessidade, tão somente, de inferi-las. Um exemplo de conjunto normativo organizado nesses termos é o moral, pois a partir de uma norma cujo conteúdo considera-se evidente, obtêm-se várias outras normas que dela sejam deduções. Assim, segundo exemplo do autor “as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos, podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade” (Kelsen, 2003, p. 217-218); exatamente utilizando o mesmo processo é possível deduzir da norma de que devemos amar o próximo, várias outras mais particulares, como as normas: não se deve fazer mal ao próximo, não se deve causar-lhe a morte, deve-se ajudá-lo quando ele precise de ajuda, etc.

Num sistema regido pelo princípio estático a norma pressuposta como fundamental fornece não só o fundamento de validade, como também o conteúdo de validade das normas dela deduzidas.

Quando o sistema baseia-se numa norma fundamental incapaz de conferir o conteúdo de validade das normas, mas tão somente o fundamento de validade, estar-se-á frente a um sistema de derivação operado pelo princípio dinâmico. Neste a relação entre as normas não significa nada mais do que sucessivas autorizações, através das quais normas são criadas por outras normas que conferem o poder da produção normativa a alguém, de forma que a validade é aferida a partir do respeito a essa regra, ou em outras palavras, uma norma é válida se foi criada pela autoridade competente, observados os requisitos para o exercício dessa competência. Percebe-se que não tem cabimento, no sistema dinâmico, apoiar a validade de uma norma no fato de ela possuir determinado conteúdo, vez que “A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam esse sistema” (Kelsen, 2003, p. 219-220).

Assim posto, o autor considera que os sistemas de normas que se apresentam como ordens jurídicas têm, essencialmente, um caráter dinâmico: uma norma jurídica não vale porque possui determinado conteúdo, mas porque é criada de uma forma específica, determinada pela norma fundamental pressuposta. Em última análise uma norma jurídica pode ter qualquer conteúdo, desde que tenha sido produzida em conformidade com as diretrizes postas pela norma fundamental. Vê-se, assim, que o ordenamento jurídico precisará, então, além das usuais normas de conduta, de normas de competência, aptas a determinar como as outras normas serão produzidas.

Conseqüência direta das afirmações anteriores é a consideração de que no mundo das normas jurídicas uma norma só pode receber validade de outra norma, de modo que a ordem jurídica sempre se apresenta estruturada em normas superiores fundantes — que regulam a criação das normas inferiores — e normas inferiores fundadas — aquelas que tiveram a criação regulada por uma norma superior. Essa relação de validade gera um escalonamento hierárquico dentro do sistema jurídico, uma vez que as normas não estão lado a lado, ao contrário, apresentam, ademais da comum relação de precedência/posteridade, posicionamento diferenciado em graus inferiores e superiores. Conforme o autor:

As normas de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade comum é esta norma fundamental não são [...] um complexo de normas válidas colocadas umas

ao lado das outras, mas uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras (Kelsen, 2003, p. 224).

Partindo de um fenômeno jurídico individual, como uma sentença, acaso se pergunte por que a mesma é obedecida, Kelsen solucionará a questão remetendo o questionador ao código que autoriza ao juiz decidir o caso através da prolação da decisão — já que o código funciona como norma superior fundante que confere validade jurídica à sentença. Mas a esta pode seguir-se uma outra pergunta, relativa à razão do código ser válido. Por mais uma vez Kelsen nos remeterá a norma superior que dá validade ao código: o legislador está devidamente autorizado pela Constituição a editar as leis; deste modo, ao fazê-lo, está a obedecer à Constituição. Todavia, esta última também compõe o sistema normativo e, como todas as outras normas, precisa que algo lhe confira validade: se uma norma somente adquire tal *status* a partir de uma outra norma, será preciso admitir que existe uma norma fundamentando a Constituição (Sgarbi, 2007, p. 13).

Pode ser que a atual Constituição vigente em determinado Estado tenha sido criada mediante uma lei autorizada pela Constituição anterior, retirando sua validade deste documento. Mas este último também poder ter sua validade questionada e assim sucessivamente, até se chegar à primeira Constituição daquele Estado, provavelmente criada através da emancipação de um Estado frente a outro — revolução ou declaração de independência. Ainda assim, frente a essa primeira Constituição (que não esteja em disputa e seja, portanto, eficaz⁶), a questão da validade permaneceria imperiosa, principalmente porque se não for devidamente resolvida toda a cadeia de fundamentação deixa de fazer sentido: afinal se se perde o fundamento da Constituição, esta não está apta a validar mais nada, os códigos perderiam seu suporte e, por conseguinte, os atos que nele se fundamentam também.

Essa cadeia de validade ou hierarquia do direito deve, contudo, encontrar um ponto final sob pena de se chegar ao infinito, já que toda norma dependerá de uma superior e assim indefinidamente. A busca por esse último alicerce da ordem normativa levou Kelsen a construir a teoria da norma fundamental, que irá justificar a validade objetiva de determinada ordem jurídica positiva. Chega-se a esta norma básica quando não se admite um único passo para trás na cadeia de validade jurídica, pois ela será a norma superior por excelência, única a não

⁶ Para nosso autor a Constituição deixa de ser considerada em disputa e torna-se globalmente eficaz quando as normas estão sendo obedecidas, isto é, servindo de parâmetro para as condutas, ou quando as normas não são devidamente observadas, mas os funcionários estão efetivamente punindo, através da aplicação de sanções, aqueles transgressores.

depende de outra que lhe dê suporte. E esta independência é característica que decorre do próprio sentido que ela possui: não é um documento factual, mas sim algo pressuposto. Kelsen explica melhor:

A norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. [...] Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental. [...] Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum (Kelsen, 2003, p. 217).

Ao se valer, pois, dessa pressuposição — de que há uma norma básica, através da qual todas as outras podem ser identificadas numa seqüência de atribuição de validade — Kelsen demonstra se submeter à influência de Kant no que diz respeito a aceitação de que em todo ramo do conhecimento haverá de se reconhecer alguma pressuposição⁷.

Para finalizar, diga-se que o intuito do presente item, em face da complexidade que o tema encerra, foi modesto: procurou-se, tão somente, fornecer um esboço da teoria pura capaz de sustentar as afirmações que mais adiante serão feitas sobre as sanções na doutrina kelseniana. Essa abordagem, ainda que concisa, possibilitou o alcance das primeiras conclusões sobre a importância do conceito para o autor; expostas logo em seguida.

5.4 Hans Kelsen e as sanções

5.4.1 Introdução

Ante todo o exposto, pode-se concluir que para Kelsen a sanção vem ocupando lugar de destaque desde as suas primeiras publicações, por ser o conceito primário de direito em sua teoria e, conseqüentemente, conectar muitos dos demais conceitos jurídicos básicos. Ademais, o autor revoluciona o pensamento jurídico tradicional ao afirmar a sanção como a atribuição de uma

⁷ “Segundo Kant, o trabalho de se encontrar os elementos universais do conhecimento não se dá sem alguma pressuposição, através da qual todo o resto obtém sentido” (Sgarbi, 2006, p. 48).

conseqüência ante a prática de um ilícito⁸, decorrente de um juízo de *dever ser* formulado em todas as normas jurídicas em respeito ao princípio da imputação.

Este, como visto, desmistifica a idéia recorrente de que o ilícito é um comportamento contrário em si mesmo e a sanção é somente seu efeito⁹. Em verdade, a conduta só é taxada de ilícita em virtude da sanção que lhe é imputada. Tal consideração fez com que Kelsen invertesse a visão das normas até então utilizada pelos positivistas, notadamente Austin, ao chamar de primárias (ou verdadeiras normas) as normas sancionadoras (tratadas na tradição positivista por secundárias) e de secundárias (espectros ou reflexos das primárias) aquelas que prescrevem ou proíbem determinado comportamento e que na tradição vinham sendo chamadas de primárias.

Tal virada de perspectiva, por si só, justificaria um estudo das sanções em Kelsen. Some-se a circunstância do autor ter se valido das sanções para identificar e distinguir o direito dos outros sistemas normativos e, exatamente por esta razão, ter estabelecido uma relação muito estreita entre direito e o exercício da força e ter recebido, pela adoção de referida postura, inúmeras críticas acusando-o de reducionista (pois o direito seria algo mais nobre e elevado do que ameaças e exercício do poder), para a investigação do conceito no autor tornar-se imperiosa.

A fim de compreender, para além da construção e definição do conceito de sanção, a técnica de descrição que Kelsen propõe das normas de uma ordem jurídica relacionada com os eventos que dela decorrem, necessita-se conhecer o instrumental oferecido pela teoria pura para proceder-se à tarefa, e este passa, sem dúvida, pela consideração de que as normas são ferramentas de motivação indireta das condutas e só o são, por contarem com o respaldo das sanções.

A estratégia que será utilizada para realizar tais objetivos consiste em, num primeiro momento, determinar o conceito de sanção — abordando quais são as propriedades necessárias e suficientes para estruturá-lo de acordo com a doutrina kelseniana —; em seguida, analisar-se-á a relação existente entre as sanções e os outros conceitos jurídicos fundamentais, explicitando porque as sanções podem ser tidas no autor como o conceito primário de direito e quais as conseqüências da adoção de tal perspectiva; para, ao final, expor e avaliar as principais críticas decorrentes da definição do direito a partir da sanção e da

⁸ “Certa conduta humana é um delito porque a ordem jurídica vincula a essa conduta como condição, como conseqüência, uma sanção” (Kelsen, 2005, p. 73).

⁹ “O pressuposto costumeiro, segundo o qual certo tipo de conduta humana acarreta uma sanção por se tratar de um delito, não é correto. É um delito porque acarreta uma sanção. Não existe delito em si” (Kelsen, 2005, p. 73).

provável redução do direito à força que a perspectiva imperativista, por valer-se de uma visão estreita do direito, acarreta.

5.4.2

Delimitando o conceito de sanção

Em nenhuma das principais obras de Kelsen encontra-se uma conceituação definitiva do que seja a “sanção”, não obstante frases esparsas — como “As sanções do Direito têm o caráter de atos coercitivos” (Kelsen, 2005, p. 71); “atos específicos de coerção, como sanções, são previstos em casos específicos pelas regras que formam a ordem jurídica” (Kelsen, 2005, p. 42); “A sanção é a reação da ordem jurídica contra o delito” (Kelsen, 2005, p. 29); “A sanção é consequência do ilícito; o ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção” (Kelsen, 2003, p. 43); “sanções consistem na realização compulsória de um mal” (Kelsen, 2003, p. 122); “o sentido da ordem jurídica é que certos males *devem*, sob certos pressupostos, ser aplicados” (Kelsen, 2003, p. 48-9, com grifos no original); “elas [as normas válidas] dão a um determinado indivíduo poder ou competência para aplicar a um outro indivíduo um ato coativo como sanção” (Kelsen, 2003, p. 36); “é a ordem jurídica que, taxativamente, determina as condições sob as quais a coação física deverá ser aplicada e os indivíduos que a devem aplicar” (Kelsen, 2003, p. 40) — nos indicarem as linhas mestras a serem seguidas para a construção do conceito. Na tentativa de identificar os elementos imprescindíveis à definição de sanção, mister será analisar seu caráter de ato coativo, aplicado como consequência da prática de uma conduta desconforme ao ordenamento por um indivíduo, mediante a qual será gerado um mal, que será imposto devidamente por alguém através de uma norma que o autoriza.

5.4.2.1

Ato coativo

Quanto ao caráter coativo de um ato a primeira coisa que deve ser dita é que tal característica não é exclusiva das sanções, pois existem atos que, apesar de coativos, não são sanções¹⁰, ao mesmo tempo em que não é um

¹⁰ Refere-se aqui aos dois possíveis sentidos que a sanção pode ter: o amplo e o amplíssimo, que serão objeto de estudo no item 5.4.3.

caractere suficiente para formar o conceito, haja vista a necessidade de outros serem agregados.

Se um ato é coativo disso resulta que sua aplicabilidade se dará independentemente da vontade do sujeito a quem ele se dirige, uma vez que há a possibilidade, inclusive, de se aplicar a força física em caso de oposição ao cumprimento.

Por sua vez, a sanção reveste-se de coatividade na medida em que sua aplicação não está sujeita à concordância de quem quer que seja — nem mesmo da pessoa a quem se dirige — em razão de seu cumprimento poder se dar contra o desejo do agente, até mesmo através do uso da força. Nos dizeres de Kelsen:

(..) sanções são medidas coercitivas apenas no sentido de que certas posses são tiradas dos indivíduos em questão contra sua vontade, se necessário pelo emprego da força física (Kelsen, 2005, 27).

Na medida em que o mal que funciona como sanção — a pena no sentido mais amplo da palavra — deve ser aplicada contra a vontade do atingido e, em caso de resistência, através do recurso à força física, a sanção tem o caráter de um ato de coação (Kelsen, 2003, p. 28).

Note-se, porém, que existem casos em que o agente acorda voluntária e pacificamente com a imposição de sanção; assim como existem os casos em que o indivíduo não concorda, mas, mesmo assim, a aceita sem que haja necessidade de se fazer uso de força. Em ambas as hipóteses a sanção é aplicada sem se valer de seu caráter coativo, o que não implica na perda do mesmo, mas sim o reafirma enquanto mecanismo ao qual recorrer-se-á, eventualmente, caso seja imprescindível. Conforme preceitua o autor:

Quando a sanção é organizada socialmente, o mal aplicado ao violador da ordem consiste numa privação de posses — vida, saúde, liberdade ou propriedade. Como as posses lhe são tomadas contra a sua vontade, essa sanção tem o caráter de uma medida de coerção. Isso não significa que a força física deva ser aplicada na execução da sanção. Onde a autoridade que aplica a sanção possui poder adequado, esse caso é apenas excepcional (Kelsen, 2005, 26).

5.4.2.2

Sanção como consequência de uma conduta

Como o direito é concebido por Kelsen como uma ordem que estatui atos de coerção, a proposição jurídica útil à descrição do direito pode ser enunciada assim: sob certos pressupostos ou circunstâncias estabelecidas pela ordem jurídica, deve-se executar um ato de coerção, previsto por esta mesma ordem

jurídica. Ou, nos dizeres do autor: “determinados atos de coação *devem*, sob determinadas condições, ser executados” (Kelsen, 2003, 49, com grifo no original).

Conforme visto no item anterior, atos de coerção são aplicados contra a vontade de quem os sofrerá, havendo a possibilidade, inclusive, de empregar a força física em casos de resistência. E esses atos podem ser distinguidos em dois: as sanções e os coativos desprovidos deste caráter. Com relação a estes últimos, não se vislumbra nenhuma ação ou omissão voluntária do sujeito ensejadora da resposta estatal, pois esta se dá independente de anterior previsão acerca da conduta. No que tange aos primeiros, no entanto, pode-se afirmar que apenas pelo fato de serem estatuídos pela ordem jurídica como conseqüência de uma ação ou omissão por ela determinada é que se tornam sanção ou conseqüência de um ilícito.

A sanção é, pois, um ato de coação estipulado por uma ordem jurídica como conseqüência de determinadas condutas voluntárias, “com o fim de ocasionar certa conduta humana que o legislador considera desejável” (Kelsen, 2005, p. 71), ou de punir aquelas que ele considerou socialmente inadequada. Não obstante tal proposição parecer suficientemente clara no que tange à construção kelseniana, restam duas coisas a serem esclarecidas a fim de afastar qualquer dúvida com relação ao conceito que se pretende definir.

A primeira é relativa à inadequação de determinada conduta. Ainda que um jurista considere determinada prática útil socialmente — ou pelo menos não a considere prejudicial —, acaso referida conduta encontre previsão legal no sentido de ser o pressuposto de determinada sanção, diremos que ela é considerada um ilícito. O contrário — um jurista acredita sinceramente que determinado comportamento afeta de forma nociva a sociedade, mas este não é pressuposto de nenhuma sanção, logo não é um ilícito — também é verdadeiro. Isso porque as ações ou omissões não representam, por si só, ilícitos; a concepção de que determinados fatos possuem valor negativo ou trazem em si a qualidade de ilícitos baseiam-se em doutrinas de direito natural, inaceitáveis para nosso autor. É preciso que a uma ação ou omissão se ligue um ato de coação como conseqüência, para se falar em contrariedade à ordem jurídica.

Destarte, a ilicitude dos comportamentos não é uma qualidade intrínseca ou imanente aos mesmos; decorre exclusivamente do fato de tal comportamento ter se tornado, em determinada ordem jurídica, por ser considerado indesejável ou nocivo, o pressuposto de uma sanção. Um e o mesmo fato que é considerado para uma específica ordem jurídica um ilícito ou delito por estar ligado a uma

sanção como consequência, não o é, segundo uma outra ordem jurídica que não estipule, para idêntico comportamento, uma sanção. Segundo Kelsen:

Do ponto de vista de uma teoria do Direito positivo não há qualquer fato que, em si e por si só, isto é, sem ter consideração a respectiva consequência estatuída pela ordem jurídica, seja um ilícito ou delito. Não há *mala in se*, mas apenas *mala prohibita* (Kelsen, 2003, p.125).

Conforme exposto acima, em respeito ao princípio *nullum crime sine lege*, *nulla poena sine lege*, expressão do positivismo no direito penal, um comportamento só pode ser taxado de *malum, se for prohibitum*.

Em segundo lugar, a sanção há de ser, sempre, a consequência de uma conduta voluntária, isto é, a resposta estatal frente a uma ação ou omissão relevantes para o direito porque praticadas de forma livre¹¹. Não afirmar a sanção como a imposição de um dano frente a todas e apenas as condutas humanas voluntárias e contrárias ao direito equivaleria a reunir, sob uma mesma denominação, atos muito diversos, como o confinamento obrigatório de doentes contagiosos e de pessoas portadoras de doenças mentais graves. Já se viu que tais atos, apesar da coercitividade, não são considerados sanções exatamente porque não são condutas voluntárias previstas no ordenamento como pressupostos para imposição de uma sanção.

5.4.2.3

A sanção como um mal

Quando um ato coativo reputado como sanção é imposto, certamente haverá a realização compulsória de um mal, de modo que a reação do direito contra certas condutas importe sempre na privação de um bem. Acaso se estabeleça para uma conduta a pena capital, haveria a privação da vida; no caso de penas corporais, como as outrora utilizadas. Haveria, por exemplo, privação da vista, amputação de uma mão ou de outro membro; no caso de pena de prisão, haveria a privação de liberdade e, finalmente, no caso das penas patrimoniais, haveria a privação de valores patrimoniais.

¹¹ Não avaliaremos novamente o significado da voluntariedade das condutas, devidamente discutido no item 5.3 em que se abordou o princípio da causalidade e o da imputação.

Normalmente a privação de quaisquer dos bens acima listados é recebida pelo destinatário como um mal¹²; daí dizer-se que a sanção é um mal imposto ao transgressor da norma mesmo contra sua vontade.

Todavia, é possível que tal não suceda, na medida em que é plausível que um indivíduo cometa um crime e deseje, por remorso (ou para livrar-se da culpa), sofrer a pena imposta pela ordem jurídica, assimilando tal castigo como um bem necessário para que haja a redenção. Em condições normais, todos os destinatários da sanção perceberiam as possíveis destituições dos bens como um desprazer, só que desconhecer a possibilidade de alguns não se importarem com aquilo que a ordem jurídica lhes toma, por não considerarem que se trata de um bem, é desconhecer a natureza humana, caracterizada pela riqueza na diversidade de seus componentes.

Kelsen soluciona a questão afirmando que são casos extremamente excepcionais:

Dizer-se que o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal. Pode excepcionalmente suceder, no entanto, que não seja o caso. Assim acontece, por exemplo, quando alguém que cometeu um crime deseja, por remorso, sofrer a pena estatuída pela ordem jurídica e sinta esta pena, portanto, como um bem; ou quando alguém comete um delito para sofrer a pena de prisão correspondente, porque a prisão lhe garante teto e alimento. Como observamos, trata-se, no entanto, de exceções. Pode tomar-se como pressuposto que o ato coativo que funciona de sanção é normalmente recebido pelo destinatário como um mal (Kelsen, 2003, p. 35-6).

Vê-se que, para as pessoas em geral, bens são coisas — ou estados de coisas — considerados valiosos e dignos de proteção, de forma que o conteúdo das sanções, exatamente por importarem na privação desses bens desejados, pode ser visto como um mal, não sendo relevante considerar os que, por desespero, desatenção ou masoquismo, vêem tal situação de modo distorcido.

5.4.2.4

A autorização para aplicar a sanção e a validade das normas

Do que foi visto, já se pode dizer que as sanções na doutrina kelseniana são atos coativos, traduzidos na privação de bens, impostos como consequência de específicas condutas voluntárias que o direito deseja evitar.

¹² “O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal — a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos — a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa” (Kelsen, 2003, p. 26).

Para que a proposta de definir as sanções se concretize resta, no entanto, uma última característica a ser analisada, relativa à autorização jurídica, obtida através de uma norma válida, para se aplicar os castigos. Em suma, para identificar claramente o que é imposição de sanção da prática de outros atos que também resultem em malefícios para o destinatário, é imprescindível saber se o sujeito estava ou não autorizado a fazer uso da força. Para tanto, algumas considerações sobre os atos e seus significados jurídicos, bem como a possibilidade destes possuírem sentido objetivo e subjetivo, far-se-ão necessárias.

Quando se analisa qualquer ato que tenha significado para o direito ou, ao menos, conexão com este — como, por exemplo, um contrato celebrado ente duas partes, a prolação de uma sentença judicial, um ato administrativo, um delito etc — pode-se adotar uma dupla perspectiva: num primeiro momento, perceptível é o significado externo do ato, de que ele é a manifestação de uma conduta humana, sensorialmente notada; enquanto, na seqüência, avalia-se a significação jurídica, ou melhor, a representatividade que tenha para o direito. Esta segunda perspectiva do ato não pode ser percebida pelos sentidos do mesmo modo que são visualizadas determinadas propriedades de certos objetos — como suas dimensões, sua cor, o material do qual é feito — pois independe de sua faticidade, sendo produto de uma norma que lhe confere uma especial significação.

A transformação de um ato qualquer do mundo do ser (determinado pelas leis da natureza, pela causalidade) num ato jurídico (lícito ou ilícito) decorre da enunciação normativa de que esse ato possui importância para o direito. Tal conclusão permite diferenciar atos que subjetivamente, isto é, no que tange a seu aspecto interno e perceptível pelos sentidos, são idênticos. Se um indivíduo “A” provoca a morte de outro indivíduo “B”, e “C” provoca a morte de “D”, a princípio, não é possível estabelecer qualquer distinção com relação a estas condutas, afinal o conteúdo subjetivo (significação fática) de ambas é análogo: houve uma morte. Porém, caso se diga que “A” somente matou “B” na condição de agente público, ordenado a executar a sentença de pena capital, enquanto “C”, por seu turno, cometeu um homicídio simples, a distinção entre os comportamentos se torna patente. Do mesmo modo, afirma Kelsen, se:

(...) alguém dispõem por escrito do seu patrimônio para depois da morte, o sentido subjetivo deste ato é o de um testamento. Objetivamente, porém, do ponto de vista do Direito, não o é, por deficiência de forma (Kelsen, 2003, p. 3).

O exemplo do salteador de estradas — já utilizado anteriormente para demonstrar que um dever somente existe se encontra apoio num dever superior, uma vez que todo o ordenamento jurídico é um conjunto de normas hierarquizadas, de modo que cada uma delas se apresenta como norma inferior fundada ou superior fundante, bem como para concluir que uma norma afere sua validade de outra e, conseqüentemente, do mundo do ser jamais advirá um dever — auxilia o entendimento que se quer transmitir acerca da necessidade dos castigos serem aplicados por alguém autorizado para tanto, caso se queira considerá-los como sanção.

De acordo com o autor, subjetivamente o ato de um salteador de estradas será percebido por um observador da mesma maneira que o ato de um funcionário da fazenda, pois a ordem emitida por ambos possui o mesmo significado fático: ambos determinam que o dinheiro seja entregue. O que diferencia os dois atos é a existência de uma norma válida que fornece ao ato do funcionário um sentido objetivo, que o torna uma concretização de uma norma geral. Em que pese os atos serem, do ponto de vista empírico, idênticos, é certo dizer que para o direito se apresentam de maneiras absolutamente diferentes, pois ao passo que a conduta do funcionário possui respaldo legal e é vista como uma execução de uma sanção, o ato do salteador não é jurídico e a realização da ameaça é um delito e não uma sanção. Kelsen afirma que:

A diferença ganha expressão quando se descreve, não o sentido subjetivo, mas o sentido objetivo do comando que um indivíduo endereça a outro. Então, atribuímos ao comando do órgão jurídico, e já não ao do salteador de estradas, o sentido objetivo de uma norma vinculadora do destinatário. Quer dizer: interpretamos o comando de um, mas não o comando do outro, como uma norma objetivamente válida. E, então, num dos casos, vemos na conexão existente entre o não acatamento do comando e um ato de coerção uma simples “ameaça”, isto é, a afirmação de que *será* executado um mal, ao passo que, no outro, interpretamos essa conexão no sentido de que *deve ser* executado um mal (Kelsen, 2003, p. 49-50).

O que afasta o ato do salteador do funcionário nada mais é do que a autorização que este último possui para fazer uso da força, já que todo emprego de força física numa comunidade jurídica deve ser proibido para se manter a segurança jurídica, excetuando-se, evidentemente, os casos nos quais há uma autorização estatal para a reação da comunidade jurídica contra situação de fato avaliada como perniciosa¹³. A ordem jurídica determinará, de maneira taxativa, quais são as ocorrências que ensejarão aplicação de coação física,

¹³ Não é por outra razão que Kelsen considera que o direito só é capaz de gerar uma paz relativa, já que a paz absoluta é a ausência do emprego de força física e a comunidade jurídica não pode excluir os atos de coação já que estes são necessários para manter a paz por ela constituída.

determinando a quais indivíduos competirá tal afazer. Como esses indivíduos aplicadores das sanções só o fazem mediante permissão da ordem jurídica, podem ser considerados um órgão da mesma, de modo que estamos frente a um monopólio do uso da força física por parte da comunidade jurídica.

A chave para distinguir atos semelhantes do ponto de vista subjetivo é analisar se o uso da força foi permitido ou foi proibido, ou seja, se o indivíduo estava ou não, ao tempo da ação, autorizado por uma norma válida. A seguinte passagem da teoria pura é bastante esclarecedora:

Como esta proibição se opera por forma a que um tal uso da força passe a constituir pressuposto de uma sanção, e a sanção, por seu turno, é ela própria um ato de coação, isto é, uso da força, a proibição do emprego da força só pode ser uma proibição limitada, e, por isso, haverá sempre que distinguir entre o uso proibido e o uso autorizado da força — autorizado, este último, como reação contra uma situação de fato socialmente indesejável, particularmente como reação contra uma conduta humana socialmente perniciosa, quer dizer, autorizado como sanção e atribuível à comunidade jurídica (Kelsen, 2003, 39).

5.4.3

Sentido amplo e sentido amplíssimo das sanções

Os itens precedentes foram dedicados à análise de quais são as propriedades necessárias e suficientes para a devida construção do conceito de sanção jurídica na teoria de Hans Kelsen. Nesse sentido, a pretensão erigida ao proceder à investigação das particularidades do conceito não foi a de esgotar o tema e encontrar um conceito definitivo de sanção, capaz de enunciar a totalidade de características que ela possui na visão do autor quando ele próprio não considerou necessário fazê-lo. A idéia foi, tão somente, criar uma proposição válida, que se ajustasse às mais variadas passagens, das mais diversas obras, em que Kelsen se vale do conceito de sanção para construir sua teoria jurídica.

É com este mesmo intuito, de identificar de forma — se não precisa ao menos — coerente quais são os elementos distintivos das sanções, que se deve analisar os outros dois sentidos para o termo que se encontra nas obras de Kelsen. Por um lado, menciona o autor a existência de um sentido amplo das sanções, ao citar os atos coativos afins às sanções, mas que não recebem tal rótulo; por outro, reconhece o sentido amplíssimo, ao referir-se à totalidade dos atos estatais que são coativos, dentre os quais estão incluídas as sanções.

Quanto ao sentido amplo, mister afirmar que Kelsen reconhece que o termo “sanção” pode ser utilizado para designar outros atos coativos estatais

que, apesar de implicarem o uso da força, não podem ser considerados verdadeiras sanções jurídicas, afinal não se apresentam juridicamente como consequência atrelada a uma conduta que, em razão da conexão, será considerada ilícita. Diversos atos estatais se enquadram em tal definição: as prisões preventivas — já que nestes casos ainda não se possui a certeza inafastável de que o sujeito praticou a conduta proibida, logo não há que se falar em vinculação à sanção —, o internamento obrigatório de doentes mentais que representem risco para a sociedade, bem como dos portadores de doenças contagiosas e também a destruição compulsiva de edifícios que ameaçam ruir — casos de situações sociais indesejáveis, mas que nem por isso podem ser consideradas proibidas —, assim como a imposição de morte, tortura ou trabalhos forçados para os que estão cerrados em campos de concentração por ordens estatais decorrentes de razões ideológicas, ou relativas a aspectos religiosos ou raciais — já que, ainda que se condene tais medidas, não se pode desconsiderá-las enquanto atos pertencentes à ordem jurídica.

A diferença entre os atos coativos listados acima e as sanções consiste no reconhecimento de que estas últimas ganham aplicabilidade frente a determinadas ações ou omissões socialmente indesejáveis e juridicamente prefixadas como pressupostos de uma reação, enquanto os primeiros se condicionam por outros fatos que, ademais de indesejados, não foram estipulados como condição de uma sanção. Se o conceito de sanção jurídica for alargado para abarcar todos esses atos “já não coincidirá com o de consequência do ilícito. A sanção, neste sentido amplo, não tem necessariamente de seguir-se ao ato ilícito: pode precedê-lo” (Kelsen, 2003, p. 45).

Finalmente, o conceito de sanção pode ser ampliado de modo a alcançar todos os atos de coerção previstos por determinada ordem jurídica, isto é, tanto as sanções jurídicas, quanto os atos coativos intitulados sanções em sentido amplo. Ressalte-se, entretanto, que tal postura somente será aceitável se a utilização do termo for feita por quem reconhece que o termo “sanção”, *in casu*, nada mais poderá exprimir, se não a circunstância de ser uma reação contra um fato socialmente indesejável. Nas palavras do autor:

Se tomarmos o conceito de sanção neste sentido amplíssimo, então o monopólio da coerção por parte da comunidade jurídica pode ser expresso na seguinte alternativa: a coação exercida por um indivíduo contra outro ou é um delito, ou uma sanção (entendendo, porém, como sanção, não só a reação contra um delito, isto é, contra uma determinada conduta humana, mas também a reação contra outras situações de fato socialmente indesejáveis (Kelsen, 2003, p. 46).

5.4.4

Outras possíveis classificações para as sanções na obra de Kelsen

Já foi dito que para o autor da *Teoria Pura do Direito* o objeto dos atos coativos que podem ser considerados sanções jurídicas é a causação de um mal, vale dizer, a privação de um bem; como consequência disso, todos os diferentes tipos de sanções que o autor admite devem compartilhar essa característica, não obstante se distinguirem através de outros caracteres, que serão assinalados nos próximos itens.

5.4.4.1

Sanções transcendentais e socialmente imanentes

As sanções estabelecidas numa sociedade podem ser de dois tipos: ou transcendentais ou socialmente imanentes, conforme diz Kelsen:

As sanções estatuídas por uma ordem jurídica são — diferentemente das sanções transcendentais — sanções socialmente imanentes e — diversamente daquelas, que consistem na simples aprovação ou desaprovação — socialmente organizadas (Kelsen, 2003, p. 36).

As transcendentais são as provenientes de uma instância supra-humana, na qual a sanção resulta de uma idéia de retribuição divina ou da natureza que se produz fora e independente da sociedade organizada, isto é, numa esfera transcendental. Fruto da mentalidade primitiva, decorre de uma interpretação social da natureza, que faz com que esta pareça uma ordem estatuidora de sanções: sendo os acontecimentos favoráveis — colheita satisfatória, fertilidade das mulheres, saúde dos membros, vitória nos embates etc — os primitivos os interpretam como recompensas; por outro lado, em sendo os acontecimentos desfavoráveis — derrota nas batalhas, chuvas torrenciais ou pragas que aniquilam a colheita, enfermidade ou morte dos membros — são interpretados como castigos e punições, provavelmente ligadas à condutas socialmente reprovadas.

Apesar destas sanções corresponderem ao pensamento primitivo, a interpretação normativa da natureza também se faz presente em religiões altamente desenvolvidas, nas quais seus membros civilizados por vezes se perguntam, frente a uma infelicidade, o que fizeram de mal para receber tal castigo, ou, se obtêm alguma graça ou se recebem um prêmio, sentem-se

inclinados a entender a recompensa como fruto da observância dos preceitos divinos.

Por seu turno, as sanções estatuídas por uma ordem jurídica e aplicadas na sociedade são socialmente organizadas e, portanto, chamadas de socialmente imanentes. São consideradas retribuições produzidas e executadas por homens dentro da sociedade, como resultado de ações específicas que devem ser cumpridas por indivíduos designados pelo próprio sistema social frente a determinadas condutas. Não dependem da inobservância de mandamentos religiosos para se aplicarem, mas sim de condutas que causam aprovação ou reprovação dos demais membros da ordem social.

Do ponto de vista sociológico, tanto as sanções transcendentais quanto as socialmente imanentes podem prever como forma de retribuição castigos ou prêmios, entretanto, os primeiros desempenham um papel social muito mais importante¹⁴; haja vista o comportamento das pessoas se pautar mais pelo medo dos castigos do que pela expectativa da obtenção de algum bônus. Como dado empírico capaz de sustentar tal afirmação, Kelsen faz menção à representação do inferno como o local onde se cumprirá o castigo, que está muito mais viva na mente das pessoas do que a imagem do céu como recompensa pelo comportamento virtuoso, sempre vaga e indefinida, ou em outras palavras, segundo Kelsen “o medo do inferno é muito mais vivo, e a imagem de um lugar de punição é muito mais concreta que a esperança geralmente vaga de um paraíso futuro onde nossa virtude encontrará sua recompensa” (Kelsen, 200, p. 25-26).

Ademais, ao autor não interessa que se reconheçam condutas meritórias através de normas que prevejam sanções positivas, mas que as condutas desejadas sejam alcançadas através da motivação indireta que só as autênticas sanções (que ensejam privação de bens) são capazes de produzir. Afinal, no que tange à organização de grupos sociais, para Kelsen leva-se em conta fundamentalmente um único método para se alcançar os comportamentos socialmente desejáveis: a ameaça de punições para os casos de condutas contrárias, uma vez que a técnica de recompensa, quando muito, tem significado nas relações privadas.

¹⁴ “É digno de nota o fato de que entre as duas sanções aqui apresentadas como típicas — a ameaça de desvantagem em caso de desobediência (punição, no sentido mais amplo do termo) e a promessa de vantagem no caso de obediência (a recompensa) — a primeira desempenha um papel muito mais importante que o da segunda na realidade social” (Kelsen, 2005, p. 25).

5.4.4.2

Sanções civis e penais

Afirma Kelsen que as primeiras ordens jurídicas previam, tão somente, um tipo de sanção, qual seja, a penal, consistente em punição envolvendo bens jurídicos valiosos para o destinatário que os perderia, tais como vida, integridade física, saúde, liberdade ou propriedade. A notícia que se tem do direito mais antigo, portanto, é que ele trabalhava somente com sanções criminais. Posteriormente, reconheceu-se uma sanção específica tendente a reparar um dano causado ilegalmente, que não se adequava às sanções penais, já que consistia, simplesmente, na hipótese de privação forçada da propriedade. Assim, as sanções foram sendo distinguidas em penais e civis, desenvolvendo-se, ao lado do já existente direito penal, o direito civil. Como este último tentava encontrar uma maneira de estabelecer seu domínio regulando a conduta dos homens no que lhe fosse legítimo, nada mais adequado do que prever uma medida coercitiva particular, a sanção civil.

Considerando a natureza externa das sanções, nada há que as torne diferentes, já que a técnica social é essencialmente a mesma nos dois casos: tanto o direito criminal quanto o civil desejam alcançar determinadas condutas conforme aos seus preceitos — porque consideradas úteis e válidas socialmente — e optam, para tanto, por estipular castigos como consequência do descumprimento, isto é, valem-se de atos de coação. De acordo com Kelsen:

O Direito civil, o Direito que regula a vida econômica, garante a conduta desejada dos homens em seu campo de uma maneira que não difere essencialmente daquela com que o Direito criminal consegue em seu domínio, a saber, estabelecendo, para o caso de conduta contrária, uma medida coercitiva, sua própria medida coercitiva específica, a sanção civil (Kelsen, 2005, p. 71).

O afastamento entre elas poderia, contudo, ser detectado em virtude dos propósitos definidos para cada tipo de sanção, pois enquanto as criminais visam a retribuição e a prevenção, as civis pretendem ocasionar a reparação. De fato, sanções penais podem ser traduzidas em afetações diretas contra os bens daquele que é o destinatário das mesmas, dando às sanções um fim socialmente útil, na medida em que através da imposição de um mal, merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpa do autor da transgressão cometida (retribuição). Ademais, elas teriam a função preventiva, já que a sanção aplicada ao autor da infração tende a refletir junto à sociedade, evitando-se que as demais pessoas pratiquem infrações sem antes sopesar a

conseqüente repreensão (prevenção geral); ao mesmo tempo pode-se dizer que ela neutraliza o indivíduo que praticou o mal, através de sua retirada momentânea da sociedade em razão de sua segregação no cárcere, e o inibe a cometer futuros delitos, pois já experimentou a severidade do castigo que se impõe quando da violação de normas jurídicas (prevenção especial). Por outro lado, vislumbra-se na sanção civil uma função eminentemente reparadora do prejuízo gerado, tendente a restabelecer o estado de coisas anterior e conforme ao direito.

Porém, tal diferença tem caráter relativo, na medida em que não se questiona que também as sanções civis atuam de forma a prevenir novos atos violadores — desestimulando condutas civilmente ilícitas através da necessidade de reparação que vai se ligar a estas —, assim como as sanções de direito penal nem sempre visam os propósitos acima listados, já que na aplicação de algumas, em casos preestabelecidos¹⁵, o início da *persecutio criminis* fica a cargo do particular.

O autor aponta, ainda, a semelhança evidente entre as penas patrimoniais e a execução civil, já que ambas representam atos de coação dirigidos contra o patrimônio. Só que tal conformidade esbarra em duas distinções, frisadas pelo autor: uma primeira relativa ao procedimento pelo qual os tipos de sanção são efetivamente aplicados — pois nas de caráter civil o procedimento é iniciado apenas se o sujeito que teve seu direito violado, o ofendido, queira-o; ao passo que o procedimento das sanções criminais, na quase totalidade dos casos, é iniciado *ex officio*, através da prática de um ato do órgão incumbido da tarefa, isto é, do promotor público — e uma outra referente à destinação do valor patrimonial obtido de forma coativa — se a sanção for penal o valor recuperado é enviado ao erário público; se for cível, destina-se ao prejudicado pelo ato ilícito para que o mesmo possa reparar os danos materiais ou morais.

Finalmente, para finalizar a distinção entre essas duas modalidades, convém assinalar que as sanções penais possuem como nota característica — ainda que não mencionada expressamente por Kelsen — o sofrimento que sua aplicação imporá aos transgressores, o que até pode acontecer na imposição das civis como conseqüência colateral, mas não componente das mesmas (Chagoyán, 2004, p.154).

¹⁵ Nos crimes contra a liberdade sexual, em regra, a ação penal é privada, já que, apesar do Estado ser afetado com a prática de uma infração — pois que o seu cometimento viola a ordem jurídica, colocando em risco a paz no convívio social — são situações que interessam muito mais ao particular, que deve decidir se deseja iniciar a ação penal contra o transgressor ou não.

5.4.4.3

As sanções no Direito Internacional

5.4.4.3.1

Considerações introdutórias

Para Kelsen, o Estado é uma ordem jurídica na medida e que possui o poder de conferir validade e eficácia às normas que compõem essa mesma ordem. Sua identificação das demais comunidades estatais se dá através da forma de aplicação das suas regras e execução das sanções que estipula, o que é feito de forma centralizada pelos órgãos do judiciário. Igualmente por meio da centralização o Estado se diferencia das comunidades supra-estatais e internacionais, pois o direito internacional, quando comparado com o nacional, é uma ordem jurídica muito mais descentralizada — podendo-se dizer, inclusive, que no direito positivo é a que apresenta o mais elevado grau de descentralização entre as normas.

Essa distinção entre normas estatais e internacionais, todavia, só faz sentido se estas últimas puderem ser consideradas “direito” da mesma forma que as normas estatais o são, vale dizer, saber se as regras de direito internacional podem ser descritas como “regras de direito”, segundo as proposições kelsenianas.

Em conformidade com o que já foi dito nos itens anteriores, regra para o direito é a denominação que recai sobre um ato coercitivo, ensejador de uma interferência na esfera particular do sujeito, que se realiza através da imposição de sanção. Esta última é a conseqüência de certos atos indesejáveis praticados pelos indivíduos que não se comportam devidamente, significando a reação estatal frente ao atuar ilicitamente.

Acaso o direito internacional queira ser lido como verdadeiro direito, há que se encaixar na descrição feita acima, ou seja, a interferência de um Estado na esfera de interesse de outro, para ser permitida, deverá se submeter aos critérios expostos, de forma que configure sempre uma reação contra um ilícito. Segundo Kelsen:

Se for possível descrever o material que se apresenta como Direito internacional de tal modo que o emprego da força por um Estado contra outro só possa ser interpretado como delito ou sanção, então o Direito internacional é Direito no mesmo sentido que o Direito nacional (Kelsen, 2005, p. 468).

5.4.4.3.2

O ilícito e a sanção no Direito Internacional

Aceita a tese de que o direito internacional é direito, uma outra ordem de questões se impõe, referentes a compreender se de fato existe para o direito internacional algo que possa ser analogamente considerado um delito ou, em outras palavras, se a conduta de algum Estado pode ser interpretada como antijurídica; bem como saber se é aceitável a denominação “sanção” para identificar os atos coercitivos instituídos como conseqüência da prática, por parte de um Estado, de condutas desaprovadas, ou seja, se há autorização para uma interferência violenta na esfera de interesses de um Estado que pratique um ato tido como antijurídico.

Quanto à primeira, informa Kelsen que é pacificamente aceita a existência no Direito internacional de atos que podem ser qualificados como delitos por serem atentatórios ao sistema de normas que este direito prevê; se o direito internacional pode mesmo ser chamado de direito, então pode estabelecer padrões de condutas a serem seguidos e, em caso de violações não justificadas plausivelmente, considerá-las delitos e, portanto, fazer incidir contra os autores uma sanção.

A conclusão a que se chegou acima só será plenamente correta se houver o reconhecimento de que às conseqüências impostas pelo direito internacional podem ser denominadas sanções, sem prejuízo do entendimento que aqui se chegou sobre o conceito.

Kelsen assinala que o direito internacional prevê alguns atos como conseqüências de ilícitos internacionais que poderiam ser chamados de sanção, apesar de a doutrina oferecer pelo menos duas variantes acerca do que se pode entender como sanção. Para um primeiro grupo de autores¹⁶ a sanção seria traduzida na obrigação de reparar um dano, quando causado de maneira ilegal. Para estes, surgiria um dever (obrigação substituta) quando o Estado deixasse de cumprir com sua obrigação originária e principal, isto é, o dever de reparação substituiria a obrigação que foi violada. Não resta claro, aponta Kelsen, se a obrigatoriedade de reparar é criada pelo Direito Internacional como conseqüência automática da prática do ato considerado antijurídico, ou se é apenas o resultado de um tratado firmado entre os dois Estados (o responsável

¹⁶ Roberto Lara Chagoyán lista alguns destes autores e suas respectivas obras: Anzilotti, D., *Teoria generale della responsabilità dello stato nel Diritto internazionale*, Firenze, 1902; Eagleton, C., *The responsibility of State in international Law*, New York, 1928 (Chagoyán, p. 156).

pelo delito e o que foi atingido por ele). De todo modo, tal violação não pode ser considerada sanção para um segundo grupo de autores¹⁷, tendo em vista que pelas regras do direito só à última conseqüência pode ser atribuído o título de verdadeira sanção. Havendo desobediência à obrigação originária, teria cabimento à imposição de uma obrigação substituta e, só no caso de descumprimento desta, poder-se-ia falar em sanção.

Depois de concluir pela possibilidade do Direito internacional estatuir verdadeiras regras amparadas pelas sanções, Kelsen passa a investigar em quais casos haveria interferência de um Estado nos interesses internacionalmente protegidos de outro que resultaria na aplicação de sanções. O grau de interferência é a medida para classificar se a ação é somente um delito internacional, uma represália ou uma guerra.

Se a interferência limitada — não visa à neutralização total do Estado invadido — tanto se pode estar frente a um delito ou uma represália. O primeiro decorre da violação a alguns pressupostos que o Direito internacional previu como intangíveis, de modo que a desobediência suscitará aplicação de uma sanção. Há, porém, a possibilidade do país que se viu ofendido retribuir a interferência na forma que Kelsen chama de represália. Em ambos os casos, os Estados envolvidos farão uso da força, só que no segundo tal utilização encontra respaldo no ordenamento, sendo permitida, sobretudo, quando a resistência se fizer necessária para a manutenção da autonomia e da soberania estatal.

Percebe-se que a represália pode, pois, ser vista como uma sanção de Direito internacional, aplicável para os casos de violação limitada e injustificável de um Estado contra outro.

Existe, também, a possibilidade da interferência ser total e ilimitada, com o intuito de aniquilar o Estado invadido, casos em que se está frente a uma guerra. Esta, para ser bem compreendida, enseja a discussão de duas questões básicas: qual o seu significado para o Direito internacional? A guerra é um delito ou uma reação contra um delito, isto é, uma sanção? Ou, em outras palavras, é possível distinguir as guerras que são conformes o ordenamento jurídico — pois são conseqüência direta da prática de um delito — daquelas que são ilícitos reprováveis — porque não amparadas por nenhuma autorização legal?

Para elucidar tais perguntas Kelsen apresenta duas opiniões diametralmente opostas. De acordo com a primeira a guerra não é nem delito, nem sanção; qualquer Estado que não se encontre obrigado por um tratado a se

¹⁷ Roberto Lara Chagoyán lista um desses autores e sua obra, a saber, Guggenheim, P., *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*.

abster de iniciar uma guerra pode, por conseguinte, guerrear contra qualquer um sem que isso implique em reconhecimento de que tal conduta é ilícita. Guerrear, neste caso, seria uma conduta permitida. Ainda esta opinião propugna que a guerra também não pode ser vista como sanção, na medida em que o Direito internacional não a autoriza expressamente para nada, nem mesmo para reagir contra um delito. Diversamente, há os que sustentam que, em princípio, a guerra é proibida; só haveria inversão desta lógica nos casos em que um Estado seja provocado através de um delito e dirija sua represália contra o causador. Tal teoria, denominada *bellum justum*, considera a guerra possível apenas nas hipóteses em que a mesma se expressar como uma sanção aplicável contra um comportamento ilícito.

Kelsen adverte que seria por demais ingênuo pretender identificar qual dessas duas opiniões é a mais correta, na medida em que ambas estão respaldadas e são patrocinadas por autoridades de peso; não obstante, reconhece que a tarefa da segunda é muito mais complexa e árdua, pois os adeptos possuem o ônus de comprovar o que afirmam, ao passo que os que se limitam a negar a tese do *bellum justum* não estão incumbidos de comprovar nada, apesar de apresentarem objeções bem coerentes contra a teoria.

Antes da análise dos argumentos que pretendem rebater a teoria, mister conhecer um pouco mais sobre ela. Primeiramente, não é a teoria uma conquista do mundo moderno. Trata-se de algo que vem sendo expresso desde os tempos mais remotos, nas mais primitivas relações. As guerras entre tribos ou grupos primitivos era essencialmente uma vingança, isto é, uma reação contra o que era considerado um dano; destarte, o direito inter-tribal tem sido apontado como o princípio da idéia da guerra justa. No direito dos gregos e dos romanos também nenhuma guerra era empreendida sem que os combatentes demonstrassem uma causa justa e válida para o guerrear. Cícero assinalou que as guerras legais só são aquelas promovidas ou para a defesa ou para a vingança. Durante toda a Idade Média, a teoria do *bellum justum* foi dominante, até que no séc.XIX desaparece por completo, retornando no séc. XX, por ocasião da Primeira Guerra Mundial.

Quanto às objeções, a primeira envolve uma pergunta relativa à soberania dos Estados. Se os mesmos são soberanos e independentes, não se pode limitar quaisquer direitos que tenham, nem mesmo o de fazer guerra. Tal argumento foi freqüentemente utilizado durante o séc. XIX e Kelsen o considera, dentre todos, o mais fraco. Isso porque é uma objeção que se dirige não só à teoria, mas, sim, contra todas as regulamentações feitas pelo Direito

internacional; e ao negar todo o direito internacional, porque entendem que atribuir soberania a um Estado é impedir que exista qualquer autoridade superior o regulando, não são capazes de contrariar a teoria da guerra justa.

A segunda é digna de menção, pois apresenta uma séria contrariedade à teoria: todos os argumentos a favor do *bellum justum* são argumentos que comprovam que a guerra é moralmente proibida. No entanto, é um argumento incapaz de invalidar a idéia de que o Direito internacional não fomenta a guerra, ao contrário, a proíbe, somente a permitindo como reação contra um ato violador. Destarte, esse argumento não invalida a tese da guerra justa porque se reduz a qualificar o ato de guerra como imoral, sem ter em conta que pode existir uma situação em que esta seja necessária. É como taxar de imoral o ato de privar um indivíduo de seus bens, sem averiguar antes se tal privação decorre de uma sanção (medida socialmente permitida e juridicamente amparada) ou de um furto (delito).

Ainda mais relevante que o anterior é o argumento de que a guerra entre dois Estados jamais poderia ser concebida como uma sanção, por razões de ordem técnica. Uma guerra nunca garante que o malfeitor, aquele que a iniciou valendo-se de um ato ilícito, seja efetivamente punido e castigado com o dano que se espera de uma sanção, afinal, na guerra não se pode esperar que vença o que está mais certo, ou dito de outro modo, que saia vencedor o que atua em conformidade com o direito, mas o mais forte e bem equipado. Nestes casos, a tese de que a guerra poderia ser uma reação contra o mal automaticamente se perderia, tendo em vista que a parte que o sofreu, em sendo mais fraca, não pode guerrear porque não está aparatada para tanto. Exceto, pois, se houver uma entidade superior mais forte e poderosa do que o Estado malfeitor com capacidade de aplicar-lhe os atos de coação, não haverá que se falar em guerra como reação.

Finalmente, a quarta e mais importante objeção refere-se às incertezas das qualificações relativas ao ato: seria a interferência de um Estado contra outro um ato ilícito ou uma sanção? A solução poderia ser dada por um acordo entre os países, mas isso exigiria um desprendimento que, em regra, não se tem, afinal um Estado teria que reconhecer que violou direitos de outro e que, portanto, dispor-se-ia a acatar as medidas sancionatórias adequadas. Descartada a hipótese de se obter acordo mútuo entre as partes, e em não havendo um tribunal internacional suficientemente forte para impor suas decisões, saber se o direito internacional foi ou não violado é uma questão que a ciência do direito, certamente, não poderá responder.

Pois bem. Não existindo uma resposta uniforme tendente a identificar se a guerra é resposta ao delito ou se é o próprio delito, não há como distinguir a guerra justa da arbitrária, o que torna a questão altamente problemática, assemelhando as duas teorias aqui em discussão. Se não é possível saber se a guerra é justificada, não há diferença entre autorizar todas as guerras e autorizar somente as justas, já que não se sabe quais são estas últimas. Em não conhecendo qual guerra é sanção e qual é delito, o direito internacional deixa de se adequar ao modelo geral de direito — que implica em imposição precisa de uma sanção ante cada um dos comportamentos descritos como delituosos —, não havendo mais porque reconhecer suas normas como autênticas normas jurídicas.

5.4.4.3.3

A teoria do *bellum justum* como critério de reconhecimento do Direito Internacional como Direito

Tentando fazer frente às objeções listadas acima contra a teoria da guerra justa e, conseqüentemente, a juridicidade do Direito internacional, Kelsen afirma que o principal problema que este último enfrenta é relativo a sua insuficiência técnica. Em virtude de sua carência absoluta de um órgão particular encarregado de aplicar as normas jurídicas, acaba o Direito internacional se assemelhando ao Direito primitivo, no qual os sujeitos cujos direitos foram violados teriam autorização jurídica para atuar contra o transgressor, não havendo necessidade do estabelecimento do delito ou da execução da sanção ser feita por uma autoridade distinta das partes envolvidas ou interessadas. Tal ordem social é marcada, pois, pela técnica tosca da iniciativa individual, que precisa evoluir através de uma progressiva organização e centralização do poder de punir, sob pena de deixar muito a desejar, principalmente em virtude da falta de critérios rígidos tendentes a determinar se em determinado caso houve um ilícito ou a imposição de uma sanção.

O Direito internacional é taxado por Kelsen de primitivo, portanto, por se encontrar desaparelhado em termos técnicos e por permanecer descentralizado, sem estipular órgãos para definir os atos a partir da dualidade delito e sanção.

Só que mesmo o Direito dos primitivos, para assim ser chamado, precisa cumprir com um requisito de identificar na comunidade o monopólio¹⁸ de impor sanções. Kelsen se vale do exemplo do sujeito que mata o assassino do pai, para vingar a morte do ascendente e não é considerado um assassino, mas, sim, um órgão da comunidade que aplica o castigo devido. Exatamente porque mata, o indivíduo executa o dever jurídico que a ordem social prevê. Acaso matasse por outra razão que não meramente a vingança, não mais atuaria como um órgão da comunidade e, assim, não poderíamos falar de execução de sanção e sim da prática de um delito. Distinguir um delito de homicídio de um assassinato é de extrema importância para a sociedade primitiva, ainda que nos casos concretos haja dúvidas se o matar constitui um ato reprovável ou um ato conforme a ordem social.

Também no Direito internacional é imprescindível que se cumpra com um requisito elementar para que ele possa ser chamado de Direito: deve-se fazer a diferenciação da guerra como delito e da guerra enquanto sanção, estipulando para a comunidade internacional o monopólio de estabelecer em qual dos dois sentidos um Estado qualquer atuou. Se assim não fosse o Direito internacional perderia sua razão de ser e não mais seria visto como uma ordem jurídica, porque, segundo, Kelsen:

Se a interferência ilimitada na esfera de interesses de outrem chamada 'guerra' não está proibida em princípio pelo Direito internacional, e se cada Estado é livre para recorrer à guerra contra qualquer outro Estado, então o Direito internacional deixa de proteger a esfera de interesses do Estado sujeito à sua ordem. Os Estados não possuem absolutamente qualquer esfera de interesses protegida, e o estado de coisas criado pelo chamado Direito internacional não pode ser um estado jurídico (Kelsen, 2005, p. 484).

Se o Direito internacional pode ou não ser chamado verdadeiramente de Direito é circunstância que depende de saber se é possível interpretar o Direito internacional à luz da teoria do *bellum justum*, ou seja, se é plausível considerar que, de acordo com o Direito internacional, uma guerra é proibida em princípio, sendo permitida apenas secundariamente como uma reação, isto é, quando se expressar como uma sanção contra um ato ilícito. Caso contrário, se não se aceita a tese da guerra justa, os adversários da mesma devem ser mais coerentes e passarem a negar, então, a existência do próprio Direito internacional.

¹⁸ “A descentralização da aplicação do Direito não impede que o ato coercitivo como tal seja estritamente monopolizado” (Kelsen, 2005, p. 482).

5.4.5

A sanção enquanto conceito primário da teoria do direito de Kelsen

5.4.5.1

Introdução

Durante diversas passagens em suas obras Kelsen se refere ao Direito como uma “técnica social específica da ordem coercitiva” (Kelsen, 2001, p.230), que se vale de um método coercitivo, operacionalizado através do uso sistemático das sanções, aplicadas por funcionários (ou outros indivíduos) devidamente autorizados. O Direito, pois, é uma modalidade de controle social tendente a regular o comportamento humano, através da imposição de deveres aos indivíduos e de concessão de poderes às autoridades para que elas utilizem as sanções quando necessário.

Dito de outro modo, a descrição de direito kelseniana poderia muito bem ser estabelecida a partir da reunião de proposições que se encaixem em enunciados do tipo “se um indivíduo faz X, uma autoridade Y deve aplicar uma sanção Z”. E tal axioma vale para todos os povos, ainda que distantes geograficamente, no tempo e com relação à cultura, já que todos se valem de uma mesma técnica social consistente em obter o comportamento adequado mediante a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária: o Direito¹⁹.

Se o Direito para Kelsen é uma estrutura simples de coerção, que só se afirma através da imposição de sanções, é plausível afirmar que a sanção é o conceito primário do Direito — senão como justificar a dependência lógica entre eles? Ademais, se ela é o conceito primário de Direito é possível dizer que a mesma desempenha o papel de critério individualizador das disposições jurídicas e, conseqüentemente, que os outros conceitos se definem a partir dela

¹⁹ “O que o chamado Direito dos babilônicos antigos poderia ter em comum com o direito vigente hoje nos Estados Unidos? O que a ordem social de uma tribo negra sob a liderança de um chefe despótico — uma ordem igualmente chamada ‘Direito’ — poderia ter em comum com a constituição da república suíça? No entanto, há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra ‘Direito’ de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos *ashanti* na África Ocidental e o dos suíços na Europa, é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária” (Kelsen, 2005, p. 27-8).

(como o de ilícito, o de obrigação jurídica, o de direito subjetivo, o de responsabilidade, etc); o que pode implicar (conforme as críticas que serão apresentadas no item 5.4.6) numa redução do Direito à força.

Tais questões serão devidamente deslindadas nos itens a seguir.

5.4.5.2

Individualização das disposições jurídicas através da sanção

Assim como Austin, Kelsen propõe um critério de identificação do direito que parte do modo como o próprio direito é produzido, demonstrando ser herdeiro da tradição que concebe a juridicidade da norma através do seu modo de origem e que confere uma importância à atividade de criar as normas superior àquela que confere à atividade de aplicá-las. Todavia, enquanto Austin aponta como origem de toda e qualquer norma o soberano, isto é, uma pessoa (ou um grupo de pessoas), Kelsen confere juridicidade a todas, e apenas, as normas que se apresentarem como resultado do exercício de uma competência instituída pela norma fundamental. Segundo nosso autor, forma-se um sistema jurídico pela união de uma norma fundamental e por todas as demais normas cuja criação derive, direta ou indiretamente dela.

Há que se dizer, entretanto, que o critério acima apontado é extremamente útil para comprovar o pertencimento de uma norma ao ordenamento que se quer individualizar (o jurídico) não sendo apto a demonstrar a razão de tais normas serem distintas das demais prescrições que permeiam a vida em sociedade, vale dizer, o critério determinante da validade de uma norma autoriza a conclusão de que a mesma existe e foi produzida em conformidade com as formalidades exigidas. Porém, não revela qual a nota característica dessas normas que possibilita que o Direito exerça uma função diferente na vida das pessoas dos outros sistemas de controle (como o moral e o religioso). Em verdade, como o autor crê na idéia de que o direito ordena as condutas humanas através da força, tal postura implica no reconhecimento da sanção como caractere diferenciador da norma jurídica de outros enunciados prescritivos.

Nesse sentido, se o Direito não fosse definido como uma ordem dependente da coação, mas apenas como uma ordem posta em consonância com a norma fundamental, poderiam existir muitas normas desprovidas de sanção, contendo unicamente o sentido segundo o qual as pessoas deveriam se determinar, sem que houvesse para tais disposições a previsão de um castigo,

tal fato implicaria na impossibilidade de se distinguir uma norma moral de uma jurídica, exceto pela origem.

Por esta razão há de se rejeitar uma definição de Direito que não o defina como uma ordem coativa “especialmente porque só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra social” (Kelsen, 2003, p. 60).

Em diversas passagens das obras de Kelsen, portanto, encontra-se menção ao ordenamento como um conjunto de preceitos tendentes a organizar e ordenar as condutas dos homens que se vale dos atos coativos, particularmente as sanções, para obter a conformidade desejada e garantidora da paz relativa que o Direito pode proporcionar aos seus membros.

Desta forma, cada uma das normas que compõem tal ordenamento devem estar ligadas a atos coercitivos (sanções) sob pena de o Direito não poder ser visto como uma ordem de coerção²⁰.

A passagem posta abaixo, extraída da *Teoria Pura do Direito*, é capaz de reunir as quatro teses que resumem a posição do autor com relação à individualização das disposições jurídicas, uma vez que demonstra: 1) que se o Direito é uma ordem de coerção, então toda norma jurídica, para ser parte deste conjunto, deve estatuir um ato de coerção ou, pelo menos, estar relacionada com uma norma que o faça; bem como que 2) se o Direito é um ordenamento normativo, então, toda norma jurídica, para ser parte deste conjunto — isto é, para que possa ser objetivamente interpretada — deve ter o sentido subjetivo de um ato praticado em conformidade com o procedimento estabelecido pela norma fundamental; e que 3) a obrigação jurídica só surge quando uma norma jurídica prevê, como condição de aplicação de uma sanção, uma conduta que seja o contrário da prescrita como obrigatória; mas, no entanto, que 4) o ato de coerção não precisa ser prescrito como obrigatório, podendo ter, somente, sua decretação e execução autorizadas. Vejamos.

Se se concebe o Direito como uma ordem de coerção, a fórmula com a qual traduzimos a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual significa: a coação de um indivíduo por outro deve ser praticada pela forma e sob os pressupostos fixados pela primeira Constituição histórica. A norma fundamental delega na primeira Constituição histórica a determinação do processo pelo qual se devem estabelecer as normas estatuidoras de atos de coação. Uma norma, para ser interpretada objetivamente como norma jurídica, tem de ser o sentido subjetivo de um ato posto por este processo — pelo processo conforme a norma fundamental — e tem de estatuir um ato de coação ou estar em essencial ligação

²⁰ Conforme será visto adiante, muitos dos críticos acusaram Kelsen de incorrer na falácia da distribuição: se o Direito em seu conjunto é uma ordem coativa, tal assertiva não permite, por si só, concluir que todos os elementos que o compõem sejam coativos.

com uma norma que o estatua. Com a norma fundamental, portanto, pressupõe-se a definição nela contida do Direito como norma coercitiva. A definição do Direito pressuposta na norma fundamental tem como consequência que apenas se deve considerar como juridicamente prescrita — ou, o que é o mesmo, como conteúdo de um dever jurídico — uma certa conduta, quando a conduta oposta seja normada como pressuposto de uma to coercitivo que é dirigido contra os indivíduos que por tal forma se conduzam (ou contra seus familiares). Deve-se notar, no entanto, que o próprio ato de coação não precisa ser apenas autorizadas (Kelsen, 2003, p. 56).

Contra tal formulação muitos se insurgiram afirmando que a história nos apresentou várias ordens jurídicas que continham normas que permitem condutas, normas que conferem poderes para se realizar determinada conduta, assim como normas que exigem uma conduta, mas não ligam à conduta oposta, como pressuposto, uma sanção; sendo que a existência dessas poria abaixo a tese de que o Direito é uma ordem de coerção, já que todas são normas sem sanção.

Kelsen rebate as críticas, começando por dizer que o ordenamento jurídico, enquanto ordenamento coercitivo, não se abala pela consideração de que algumas normas estatuem um ato de coação e não estão, elas mesmas, ligadas essencialmente com uma norma que ligue uma sanção à não aplicação da coação no caso concreto. Isso porque conforme o entendimento desse teórico:

(...) a estatuição geral do ato de coação é de interpretar juridicamente, isto é, objetivamente, não como prescrita, mas apenas como autorizada (facultada) ou positivamente permitida (muito embora o sentido subjetivo do ato pelo qual o ato de coação é estatuído em forma geral seja o de uma prescrição) (Kelsen, 2003, p. 56-7).

A definição de Direito como ordem coercitiva se mantém, também, perante as normas que conferem competência, na medida em que tais normas são normas não-autônomas, isto é, são normas que, nada obstante serem destituídas de atos de coação, estão em conexão direta com outra norma que os estatuem. Nos dizeres de Kelsen “quando uma norma prescreve uma determinada conduta e uma segunda norma estatui uma sanção para a hipótese da não-observância da primeira, estas duas normas estão essencialmente interligadas” (Kelsen, 2003, p. 60-1).

Como exemplo típico de tais normas tem-se as de Direito Constitucional que visam regular e ordenar o processo legislativo, uma vez que elas não estatuem quaisquer sanções para as hipóteses de não serem obedecidas, já que se tratam de normas não-autônomas que fixam, tão somente, os pressupostos sob os quais podem ser aplicados os atos de coerção previstos em outras normas. Ressalte-se que, no entanto, a discussão sobre ausência de sanção para estas normas prejudica-se, pois Kelsen considera que se as determinações constitucionais para a feitura de normas não são respeitadas, então com tais

condutas não se produz uma norma jurídica válida, ou são normas nulas ou anuláveis, carecedoras de sentido objetivo conforme à norma fundamental.

Por fim, é bastante esclarecedora a conclusão a que chega o autor explicitada na seguinte passagem:

Do que fica dito resulta que uma ordem jurídica, se bem que nem todas as suas normas estatuem atos de coação, pode, no entanto, ser caracterizada como ordem de coação, na medida em que todas as suas normas que não estatuem elas próprias um ato coercitivo e, por isso, não contenham uma prescrição mas antes confirmam competência para a produção de normas ou contenham uma permissão positiva, são normas não-autônomas, pois apenas têm validade em ligação com uma norma estatuidora de um ato de coação (Kelsen, 2003, p. 64).

Finalmente, quanto às normas permissivas, isto é, o direito de se conduzir de certa maneira ou de praticar determinada atividade, entende Kelsen que estas autorizam a dizer não só que tal conduta não é proibida e que os demais são obrigados a não impedir essa atividade ou comportamento, mas também que o indivíduo com o direito tem o poder jurídico de, no caso de uma violação, instaurar um procedimento que conduza à sanção. Também nas permissões, portanto, há conexão com as sanções.

5.4.5.3

A definição de outros conceitos a partir da sanção

Como conceito primário da teoria de Kelsen, ademais de ser a característica que possibilita a individualização do ordenamento jurídico, também a sanção é utilizada pelo autor para definir os demais conceitos jurídicos da estática jurídica, como o de ilícito, o de obrigação jurídica, o de responsabilidade e, finalmente, o de direito subjetivo.

5.4.5.3.1

O ilícito gera a sanção ou a sanção gera o ilícito?

Como resultado das investigações precedentes pode-se afirmar que o Direito é uma ordem de coação — vale dizer, uma estrutura organizada a partir de atos de coação — de modo que a proposição jurídica apta a descrevê-lo pode ser enunciada nos seguintes termos: sob determinadas condições ou pressupostos, estabelecidos anteriormente pela ordem jurídica, se executam atos de coação, também especificados pela mesma ordem. Destarte, a ação ou a omissão, determinadas pela ordem jurídica como pressupostos de um ato de

coação, afiguram-se como ilícitos ou delitos, ao passo que a reação estatal apresenta-se na forma de uma sanção. Essa natureza da conexão entre sanção e ilícito não é, todavia, pacífica.

Na perspectiva jusnaturalista, segundo a qual ínsito ao conceito de ilícito existe um desvalor moral, uma conduta humana é reputada contrária ao direito por possuir alguma qualidade imanente que a torna indesejável e reprovável, de forma que frente a ela deve o ordenamento prever alguma conseqüência maléfica para o autor. Nesse sentido, o ilícito seria o desencadeador da sanção, que existiria para coibir a prática da conduta que, isoladamente analisada, poderia ser taxada de prejudicial ao corpo social.

Por seu turno, os positivistas, inclusive Kelsen, abominam tal concepção em virtude da mesma incorrer em dois graves erros, sendo o primeiro relativo à crença de que um comportamento por si só possa ser considerado negativo ou perverso e, o segundo, referente à definição de que tal comportamento indesejado viola uma norma jurídica.

Cada um deles foi discutido e, por conseguinte, rechaçado, valendo-se o autor da seguinte linha de argumentação: todos os juízos de valor são relativos e contingenciais, logo não se prestam a enunciar verdades universalmente válidas; em sendo assim, não pode uma ordem jurídica estabelecer quais são os comportamentos reprováveis tendo por base algo tão fluido e incerto como a imoralidade ou a perversão comportamental. Até porque seria insustentável para uma ordem jurídica, que se quer eficaz, conter disposições que alguns círculos de destinatários aprovam e respeitam e outro círculo reprova e desobedeça. Daí a necessidade das disposições jurídicas proibitivas e mandamentais fundarem-se num outro pressuposto, isento de juízos valorativos para determinar as proibições.

Este pressuposto será a previsão de sanções para certos atos, conclusão esta que desencadeia uma inversão da lógica jusnaturalista, vez que o ilícito não mais é visto como o fato que gera a sanção, mas sim como o fato gerado por ela, ou em outras palavras, o ilícito perde sua existência autônoma e passa a depender de uma sanção que o reconheça como tal. Tal raciocínio autoriza dizer que uma ordem jurídica pode considerar que um ato é um delito pelo fato de ligar a ele uma sanção, enquanto uma outra ordem jurídica, diversa da primeira, que não prevê para tal fato nenhuma conseqüência, o considera um indiferente.

Do exposto, vê-se que do ponto de vista do Direito positivo não existe qualquer fato que sozinho, ou seja, sem a respectiva conseqüência estatuída

pela ordem jurídica, seja um ilícito, já que não há que se falar em comportamentos *mala in se*, apenas em comportamentos *mala prohibita*.

Quanto ao pensar o ilícito como uma ação contrária ao Direito, que viola uma de suas prescrições e, por conseguinte, o nega (ou o ameaça, ou o suprime), diga-se que é errônea e que a falha decorre de uma interpretação que pressupõe ser impossível a convivência entre uma norma que prescreve uma conduta específica e uma situação de fato que é o oposto da prescrita, quando na verdade não há nenhuma contradição lógica entre elas. As contradições somente surgem quando num mesmo ordenamento uma proposição diz X, enquanto uma outra diz não-X e ambas se pretendem válidas, mas, por serem opostas, uma delas não pode subsistir já que somente uma será considerada verdadeira. O que acontece com a norma e a conduta fática que lhe é oposta não pode ser considerado contradição, pois ambas podem ser verdadeiras e, conseqüentemente, coexistirem, na medida em que uma diz somente que um indivíduo “deve” se comportar de uma forma, enquanto a outra diz que esse mesmo indivíduo não se comportou “de fato” (e não que ele “não deve” se comportar) dessa forma.

O autor é explícito em afirmar que a prática de um ilícito não “quebra”, não “lesiona” a norma, visto que:

(...) o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um ato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele. Como tudo o mais, também o ilícito (não-Direito) juridicamente apenas pode ser concebido como Direito (Kelsen, 2033, p. 127).

Finalmente, Kelsen descarta a idéia de que a aplicação de uma sanção é uma conseqüência da ilicitude do ato, pois isso suporia que a noção de ilícito é independente da de sanção, quando, em verdade, o ilícito é que é o conceito dependente. E se isto ainda não restou claro, os seguintes trechos podem auxiliar:

(...) somente pelo fato de uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica ser feita pressuposto de um ato de coação estatuído pela mesma ordem jurídica é que ela é qualificada como ilícito ou delito (Kelsen, 2003, p. 124).

Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito — mas única e exclusivamente o fato de ela *ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção* (Kelsen, 2003, p. 125, Grifos nossos).

Em suma, a centralidade do conceito de sanção na doutrina kelseniana se faz sentir logo quando se analisa o conceito de ilícito, afinal este último só surge a partir dela, numa dependência explícita. Apesar de a correlação ser mais evidente entre esses dois conceitos, outros também estão atrelados ao de sanção, conforme se verá a seguir.

5.4.5.3.2

A sanção e as obrigações jurídicas

A conduta a qual um indivíduo está obrigado é aquela prescrita pelo ordenamento. Dito de outro modo, um indivíduo só tem o dever de se conduzir de uma maneira específica se tal conduta é prescrita pelo ordenamento, de forma que a obrigação surge da prescrição. E uma conduta, somente será considerada prescrita nas hipóteses em que o ordenamento vincular-lhe uma sanção.

Assim, parece intuitiva a conclusão de que também para definir o conceito de obrigação jurídica Kelsen recorre à sanção, e isso só acontece porque a conceituação da obrigação tem que passar pelo conceito de ilícito. Nesse sentido, afirma que:

Se o Direito é concebido como ordem coercitiva, uma conduta apenas pode ser considerada como objetivamente prescrita pelo Direito e, portanto, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção (Kelsen, 2003, p. 129).

Como os demais conceitos de sua teoria jurídica, o de dever também não possui qualquer implicação moral; refere-se tão somente a uma ordem jurídica que dita se juridicamente o indivíduo está obrigado a fazer algo ou a omitir a feitura de algo, sendo que se considera obrigado o sujeito que através de sua conduta pode cometer o ilícito e provocar a sanção. De fato o dever “encontra-se numa relação essencial com a sanção” (Kelsen, 2003, p. 130).

De acordo com a estrutura das normas assinalada por Kelsen, o conteúdo do dever jurídico não aparece na norma primária, e sim na secundária. O seguinte exemplo é capaz de elucidar o que foi dito: uma norma primária estipula que “se alguém cometer a violação de um dever deve ser sancionado com uma pena de 1 ano”, ao passo que a norma secundária diz que o agente “deve omitir-se dessa violação”, sendo que essa omissão é o próprio dever jurídico. A norma secundária estabelece a conduta que a ordem jurídica procura ocasionar com a

previsão de sanção feita pela norma primária, logo o dever é o conteúdo daquela.

No que tange aos deveres, uma última colocação merece análise, relativa à diferença que Kelsen cria entre “deveres jurídicos” e “simples deveres”. As normas jurídicas não só prescrevem (ou proíbem) ações, podem também conceder autorização para que alguém pratique determinada conduta, como no caso de se conferir competência para se fazer algo. Isso significa atribuição de um poder para se fazer alguma coisa ou se omitir de fazer, e essa concessão de um poder não pode ser ao mesmo tempo uma obrigação. Entretanto, existem casos em que o próprio ordenamento permite algo ao mesmo tempo em que exige esse algo, transmudando esse poder (ou faculdade) numa espécie de obrigação. Isso ocorreria com os juízes de última instância que têm a faculdade de aplicar a sanção, sem que o não cumprimento dessa permissão os sujeite à qualquer sanção. Partindo dessas considerações, pode-se dizer que é um dever jurídico tanto a conduta oposita ao ilícito que é condição da sanção (para o indivíduo), como o dever de aplicar a sanção (para o órgão ou funcionário competente para tanto). Já os simples deveres são próprios dos órgãos ou funcionários de última instância que não estejam sujeitos e nenhuma outra norma que lhes impute uma sanção para o caso de descumprimento desse dever.

O fato é que essa distinção não foi bem aclarada pelo autor, haja vista ter se valido de opiniões que, não raro, são contraditórias²¹. Conforme dito acima, na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Kelsen disse que é possível aceitar que um comportamento seja devido frente a uma ordem jurídica, ainda que não exista um dever jurídico em sentido estrito capaz de impor uma sanção em caso de conduta oposita, já que seria suficiente, para estes casos, a existência de uma norma genérica que estipule ou determine a imposição de sanção.

²¹ A edição de 1960 da *Teoria Pura do Direito* resolve, de alguma forma, essa inconsistência ao assinalar que esse “dever” dos juízes de última instância nada mais seria do que uma permissão ou uma faculdade, conforme se depreende da seguinte passagem da obra “... o dever jurídico de realizar uma determinada conduta pode ser constituído por uma norma que apenas autorize (confira poder) — e não obrigue — a, no caso de uma conduta oposita, reagir com uma sanção; (...) quando o órgão é constituído no dever de reagir com uma sanção, este dever, em última instância, apenas pode ser instituído por uma norma que confira competência (autorize) a um outro órgão para reagir com uma sanção — não que o obrigue a tal. Também esta norma é descrita por uma proposição jurídica que afirma que, sob determinados pressupostos, deve efetivar-se um ato de coerção, pois ‘dever-ser’ significa não apenas ‘prescrever’, mas também ‘autorizar ou conferir competência’ ou ‘permitir positivamente’, e o conceito de dever jurídico não se identifica com o conceito de dever-ser” (Kelsen, 2003, p.133, nota 4).

Mas, em outras passagens, Hans Kelsen se afasta dessa mesma idéia, quando afirma que não se pode dizer que os deveres dos órgãos de última instância sejam de fato deveres jurídicos, conforme o trecho posto abaixo:

O juiz —, ou, para se usar uma expressão mais geral, o órgão aplicador da lei — pode estar obrigado juridicamente a executar a sanção — no sentido em que o sujeito está obrigado a se abster do delito, a “obedecer” à norma jurídica — apenas se houver uma norma adicional que vincule uma sanção adicional à não execução da primeira sanção. Desse modo, deve haver duas normas distintas: uma estipulando que um órgão tem de executar uma sanção contra o sujeito e uma estipulando que outro órgão tem de executar uma sanção contra o primeiro órgão, no caso de a primeira sanção não ser executada. Em relação à segunda norma, o órgão da primeira norma não é um ‘órgão’ ‘aplicador’ da lei, mas um sujeito que obedece ou desobedece à lei. A segunda norma torna dever jurídico do órgão da primeira norma executar a sanção estipulada pela primeira norma. O órgão da segunda norma pode, por sua vez, ser obrigado por uma terceira norma a executar a sanção estipulada pela segunda norma, e assim por diante. Contudo, essa série de normas jurídicas não pode ser aumentada indefinidamente. Deve haver uma última norma da série, uma norma tal que a sanção por ela estipulada não seja um dever jurídico no sentido aqui definido. Se o significado desta última norma for também expressado dizendo-se que, sob certas condições, uma sanção ‘deve’ ser decretada, então o conceito de ‘dever ser’ não coincide com o de dever jurídico. Um órgão que ‘deve’ decretar uma sanção pode, ou não, estar obrigado juridicamente a fazê-lo (Kelsen, 2005, p. 84-5).

Não obstante as dúvidas que o conceito de obrigação jurídica de Kelsen enseja, em razão da dificuldade em se determinar se de fato haveria obrigações não sancionáveis ou se todas devem ser sancionáveis sob pena de não se reconhecerem como obrigação, este item tinha por propósito confirmar a idéia de que a obrigação é mais um dos conceitos cuja definição passa pela idéia que se tenha de sanção, e, nesse sentido, esperamos haver cumprido com o pretendido.

5.4.5.3.3

A sanção e a responsabilidade

Nem tão estreita quanto as anteriores, mas perceptível e digna de destaque, é a relação entre sanção e responsabilidade: ser responsável é ser sancionável. Em outros termos, dizer que uma pessoa é juridicamente responsável por determinada ação significa que ela está sujeita a uma sanção em caso de não cumprimento de tal conduta.

E esta submissão à sanção — isto é, a consideração de que o sujeito é responsável — independe de ser ele o autor do delito, haja vista tal conduta ilícita poder acarretar a consequência normativa de responsabilizar um terceiro, com quem o agente tenha uma relação específica e reconhecida pelo

ordenamento²². Em sendo assim, a conduta que constitui o pressuposto da sanção não é a conduta praticada pelo responsável, mas a conduta de um outro indivíduo.

Convém ressaltar que esta distinção entre sujeitos — o que pratica o ato pressuposto da sanção e o que suporta a responsabilidade — só é possível porque Kelsen estabelece uma classificação para as responsabilidades. No caso citado acima, tem-se a responsabilidade direta quando a obrigação e a sanção prevista para a conduta contrária recaem sobre a mesma pessoa, ao passo que a indireta caracteriza-se nas hipóteses em que não há identidade entre o sujeito que pratica a ação ilícita (o que estava obrigado) e o sujeito que se submete à sanção em virtude da prática de tal ilícito. As responsabilidades indiretas encontram fundamentação nos casos em que a norma jurídica vincula, por razões afetivas ou como mecanismo social, o sujeito obrigado com um terceiro. No entanto, não há que se falar em tal responsabilidade se a sanção e o ilícito não tiverem previsão numa mesma norma jurídica, de forma que a sanção imposta ao terceiro seja prevista na norma que o ligue ao sujeito obrigado, impondo determinada conduta. Para elucidar o que foi dito pode-se utilizar o exemplo do banhista que morre durante o tempo em que um salva-vidas está na praia e tinha, como dever, a obrigação de vigiar e proteger a integridade física dos demais, quando possível por não gerar riscos pessoais extremos. Nesta hipótese, não há dúvida de que o salva-vidas está juridicamente conectado ao banhista, na medida em que possui o dever de agir para salvaguardar a vida e a integridade deste. Isso enseja uma punição por inobservância de um dever, que não encontrará, porém, fundamento no delito de homicídio, mas no artigo especialmente designado para a violação da vigilância.

Outras classificações são possíveis na obra do autor. As mais importantes referem-se à responsabilidade individual ou coletiva, bem como à responsabilidade intencional ou à responsabilidade por resultado.

Quanto à primeira, a diferenciação é relativa aos sujeitos suscetíveis de serem sancionáveis: ter-se-á uma responsabilidade individual sempre que uma pessoa puder ser sujeitada à sanção, enquanto a coletiva decorre da responsabilização de uma pessoa coletiva. A responsabilidade individual existe quando a sanção se dirige exclusivamente contra o delinqüente, ou seja, contra

²² “O indivíduo contra quem é dirigida a conseqüência do ilícito *responde* pelo ilícito, é juridicamente *responsável* por ele. No primeiro caso, responde pelo ilícito próprio. Aqui o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável são uma e a mesma pessoa. Responsável é o delinqüente em potencial. No segundo caso, responde um indivíduo pelo delito cometido por um outro: o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável não são idênticos” (Kelsen, 2003, 134).

aquele que com sua conduta cometeu o delito (responsabilidade direta) ou foi chamado a responsabilizar-se pelo mesmo (responsabilidade indireta). Já a coletiva é comum entre os primitivos que, pouco conscientes do individualismo e muito ligados ao grupo, percebem os feitos mais notórios como algo que todos fizeram, logo reclamam uma recompensa que se dirija a todos e, de igual modo, aceitam a pena como algo que recai sobre todo o grupo. Conforme Kelsen:

Podemos falar de responsabilidade coletiva somente quando as conseqüências do ilícito se dirijam, não contra um indivíduo em singular, mas contra vários ou todos os membros de um grupo determinado a que o delinqüente pertence — como no caso da vingança de sangue, que pode ser executada contra todos os membros da família a que pertence o assassino; ou no caso das sanções do Direito Internacional, represálias e guerra, que se dirigem contra os nacionais do Estado cujo órgão cometeu um delito de Direito Internacional (Kelsen, 2003, 136).

Por seu turno, a diferença entre a responsabilidade pela culpa e a responsabilidade pelo resultado baseia-se na hipótese do ordenamento jurídico considerar como pressuposto de uma sanção uma ação ou omissão através da qual é produzido um resultado socialmente danoso, mas querido, desejado ou, ao menos, previsto; ou aceitar como suficiente para a imposição da sanção um resultado, ainda que este não tenha sido causado com intenção ou previsão.

A responsabilidade por culpa tem lugar, pois, nas situações em que as normas jurídicas estabelecem como condição para a sanção uma vinculação interna entre o sujeito e o resultado, vale dizer, um querer produzir o resultado, ou no mínimo, ter a possibilidade de prevê-lo. Na responsabilidade pelo resultado, ou não intencional, basta que o comportamento do agente tenha dado causa ao resultado, ainda que não exista qualquer relação ente o querer do agente e o estado de coisas gerado ou modificado por seu comportamento. Para punir o sujeito nestes casos “Basta que sua conduta tenha ocasionado o efeito considerado nocivo pelo legislador, que exista uma conexão externa entre sua conduta e o efeito” (Kelsen, 2005, p. 93).

5.4.5.3.4

A sanção e os direitos subjetivos

Uma das questões mais discutidas em toda a história da teoria do Direito é relativa aos direitos subjetivos, particularmente a sua conceituação. Como quase todas as outras teses de Kelsen, também a que se refere aos direitos subjetivos apresenta-se como uma renovação do que até então era aceito pela cultura jurídica.

Parte o autor da consideração de que a definição habitual empregada de direito jurídico não satisfaz as exigências de cunho metodológico estabelecidas pela *Teoria Pura do Direito*, bem como pela jurisprudência analítica. Isso porque tal conceituação pressupõe que o direito subjetivo (em inglês *right*) e o objetivo (em inglês *law*) são duas coisas distintas que não possuem um denominador comum. Muito provavelmente tal se deve ao fato de alguns ordenamentos (como é o caso do inglês) conterem simultaneamente duas palavras absolutamente distintas para significar “direito” (*law*, significando a própria ordem jurídica e *right* significando o direito subjetivo de determinada pessoa) de modo que o dualismo se sustenta sem que haja razão para tanto — afinal, o direito jurídico não é interpretado como um interesse incondicional, mas sim como um interesse que encontra proteção na ordem jurídica, ou como uma vontade que é reconhecida e satisfeita pelo ordenamento, de modo que o direito objetivo e o subjetivo possuem relação entre si.

Em verdade, a dificuldade em se entender a relação entre ambos advém da concepção de que o direito subjetivo é, lógica e temporalmente, anterior ao objetivo; isto é, existiriam num primeiro momento somente direitos subjetivos que com o passar do tempo foram sendo declarados pelo Estado e tornados parte do direito objetivo. Kelsen argumenta que a existência precedente dos direitos subjetivos é insustentável uma vez que o aspecto jurídico de um fenômeno não pode ser percebido pelos sentidos: a afirmação de que o sujeito possui ou não alguma coisa, ou algum direito, é um julgamento que somente se torna plausível se há a pressuposição de uma norma válida capaz de conferir sentido jurídico a tal declaração. O que Kelsen quer tornar claro é que a ausência de uma norma geral regulando a conduta humana torna impossível fazer qualquer afirmação sobre a existência ou não existência de Direitos. Assim “Se existe uma questão de direito jurídico, deve-se pressupor uma regra jurídica. Não podem existir direitos jurídicos antes da existência do Direito” (Kelsen, 2005, p. 114), pois “Enquanto um direito não foi ‘garantido’ pela ordem jurídica (...) ele não é um direito jurídico” (Kelsen, 2005, p. 114).

Apesar de logicamente absurda, o autor reconhece que a teoria da precedência dos direitos subjetivos é de grande importância política, pois seu propósito incontestado é o de influenciar na formação do Direito, ao invés de meramente descrevê-lo, mantendo ideologicamente alguns direitos, como a propriedade. Isso porque se é aceita a concepção de que os direitos subjetivos precedem o Estado, juridicamente fica impossível extinguir a instituição da propriedade, pois é um direito que pertence aos indivíduos bem antes do Estado

declará-lo — logo este último não tem competência para privar os sujeitos deste direito. Exatamente por ser uma ideologia política e não uma descrição científica do Direito é que Kelsen rechaça tal doutrina, buscando alternativas para construir um conceito neutro, válido enquanto técnica a serviço do Direito positivo.

Outra dificuldade que se coloca na trajetória de quem pretende entender o que é o direito subjetivo tem que ver com o fato desta mesma palavra ser utilizada para designar várias situações, todas distintas. A título de exemplo, pode-se empregar o vocábulo para indicar o reflexo de uma obrigação (“pelo preço que paguei para jantar neste restaurante tenho direito a uma refeição bem servida”); fazer referência a um direito em sentido técnico (“João tem direito a uma indenização pelos danos que Pedro causou em seu carro, o que será obtido através de uma sentença judicial”); ou a uma permissão positiva (“tenho direito de usar sapatos azuis”); um direito político (“como o povo é soberano tem o direito de eleger seus representantes que o governarão”); bem como uma liberdade fundamental (“tenho direito que a sentença ditada incorretamente seja anulada”). Kelsen sintetiza tais possibilidades da seguinte maneira:

Em resumo, pode-se dizer: o direito subjetivo de um indivíduo ou é um simples direito reflexo, isto é, o reflexo de um dever jurídico existente em face deste indivíduo; ou um direito privado subjetivo em sentido técnico, isto é, o poder jurídico conferido a um indivíduo de fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico, em face dele existente, através da ação judicial, o poder jurídico de intervir na produção da norma individual através da qual é imposta a sanção ligada ao não-cumprimento; ou um direito político, isto é, o poder jurídico conferido a um indivíduo de intervir, já diretamente, como membro de uma assembléia popular legislativa, na produção das normas jurídicas gerais a que chamamos leis, já indiretamente, como titular de um direito de eleger para o parlamento ou para a administração, na produção das normas jurídicas gerais que o órgão eleito tem competência para produzir; ou é, como direito ou liberdade fundamental garantida constitucionalmente, o poder de intervir na produção da norma através da qual a validade da lei inconstitucional que viola a igualdade ou liberdade garantidas é anulada, quer por uma forma geral, isto é, somente para o caso concreto. Finalmente, também pode designar-se como direito subjetivo a permissão positiva de uma autoridade (Kelsen, 2003, p. 162).

Relacionar cada um desses sentidos possíveis de direito subjetivo com a sanção, dará a dimensão do entrelaçamento entre os dois conceitos na doutrina kelseniana.

No primeiro caso, em que se tem o direito enquanto o reflexo de uma obrigação, a sanção condiciona a existência do direito, haja vista o fato de a todo direito corresponder uma obrigação e, conseqüentemente — como a obrigação só existe se a sua não observância for sancionável —, uma sanção. Note-se, entretanto, que enquanto todo direito apresenta-se como reflexo da previsão de

uma obrigação, nem toda obrigação tem como corolário um direito. Existem casos em que se prevê uma obrigação geral, e não uma específica perante um indivíduo determinado, que não gera nenhuma pretensão ou direito para os demais; por exemplo, frente à obrigação genérica de não matar dirigida à comunidade em geral, não há que se falar no surgimento de um direito subjetivo de não ser morto.

Quando, por outro lado, diz-se que “João tem a obrigação de pagar a quantia de cem reais a Pedro”, o direito de este receber a quantia resta óbvio, não obstante a obrigação independe da existência desse direito, mas sim da sanção que pode ser aplicada caso haja descumprimento. Desta forma, Kelsen também se afasta do pensamento tradicional ao preceituar que os direitos são anteriores às obrigações.

A ligação entre direito subjetivo e sanções fica ainda mais clara se o primeiro é analisado no sentido técnico anteriormente posto. Entre as condições da sanção existe uma ação dirigida ao órgão de aplicação, em forma de uma demanda, para que disponha sobre a execução desta sanção, de forma que sem a sanção não existiria a obrigação, nem o direito subjetivo; enfim, não se teria sequer a norma jurídica. Dito de outra maneira, o direito subjetivo só existe porque se reconhece que o Direito é um sistema de normas, dentre as quais uma protege tal interesse ao ligar à ofensa desse interesse um dever de não lesá-lo, que se não for obedecido ensejará a aplicação de uma sanção por parte dos órgãos estatuídos para tanto.

Por sua vez, o direito de se conduzir de determinada maneira ou de praticar determinada atividade significa não só que tal conduta não é proibida e que os demais são obrigados a não impedir essa atividade ou comportamento, mas também que o indivíduo com o direito tem o poder jurídico de, no caso de uma violação, instaurar um procedimento que conduza à sanção. Também nas permissões, portanto, as sanções estão conectadas ao que se denomina de “direitos subjetivos”.

Quanto ao direito subjetivo como direito político, a relação com a sanção estaria presente naquelas normas primárias destinadas a sancionar quem impedisse, de qualquer forma, a participação dos cidadãos no processo político.

Que as liberdades fundamentais podem constituir um direito subjetivo está claro, mas não a relação delas com as sanções. Há que distinguir dois casos distintos: quando existir um ato ilícito em sentido estrito, ou seja, quando o próprio ordenamento prevê uma sanção pela sua prática (por exemplo, para o caso em que há prevaricação), o direito subjetivo se confunde com o direito em

sentido técnico, já antes analisado; quando, entretanto, o ato jurídico através do qual se viola um direito fundamental não chega a configurar uma figura jurídica que traga prevista uma sanção, não se pode dizer que exista uma sanção prevista para o caso, a não ser que se considere a nulidade como uma sanção.

5.4.6

Críticas ao modelo kelseniano

5.4.6.1

Introdução

Em conformidade com o que já foi exposto em outras passagens, a coercibilidade é uma característica essencial ao direito, afinal, não há ordem jurídica, considerada como tal, que sobreviva sem as sanções negativas. No entanto, isso não quer dizer que a totalidade das normas jurídicas deva conter sanções para serem consideradas como pertencentes ao ordenamento. Tal falácia, anteriormente denominada falácia da distribuição e imputada à teoria Kelseniana, supõe que se o Direito é em seu conjunto uma ordem coativa, isso nos permitiria concluir, por si só, que todos os elementos que o compõe sejam também coativos. De fato, o que se quer afirmar quando se diz ser o Direito uma ordem social cuja nota distintiva é a sanção, é que a parte imprescindível desse conjunto é composta por sanções, cuja aplicabilidade dependerá da previsão de competência para determinadas autoridades para impô-las.

Isso nos leva a crer que a coercibilidade do Direito não é dependente de normas isoladas, mas sim de que a unidade (o ordenamento) seja uma unidade coativa. Existirão no ordenamento, pois, normas não sancionáveis — ou pelo menos não sancionáveis institucionalmente, vale dizer, normas que não contêm sanções jurídicas, mas que podem ser sancionadas de modos não jurídicos.

Tal consideração afasta a concepção kelseniana de que ou as normas são sancionáveis, ou estão, no mínimo, em relação com outra que estatua sanção. A mesma crítica feita a Austin, pois, aqui encontra lugar: a adoção da concepção homogênea de identificação das normas esbarra em diversos problemas, sendo o principal deles referente à sua impossibilidade em identificar a totalidade das normas que estão presentes nos ordenamentos jurídicos.

Portanto, no que tange às sanções, talvez o maior problema enfrentado por Kelsen tenha sido decorrente da tentativa de singularizar os ordenamentos

jurídicos diante dos demais conjuntos normativos, valendo-se das sanções como elemento diferenciador. Essa postura, quase dependente das sanções, ensejou a seguinte crítica por parte de Hart: a teoria do direito como ordem coercitiva não dá conta da variedade do material normativo que pode ser encontrado em todos os sistemas. Isso porque, em primeiro lugar, mesmo as leis criminais têm âmbito de aplicação diverso da idéia de que são somente ordens dadas a outros, afinal, uma tal lei impõe deveres mesmo àqueles que a fazem. Em segundo lugar, existem leis que não são ordens na medida em que não obrigam as pessoas a fazer coisas; simplesmente conferem poderes para a livre criação de direitos e deveres dentro da ordem coercitiva, vale dizer, não impõem um dever. Finalmente, certas regras de direito não são originadas nas leis e sim nos costumes e não devem, portanto, o seu estatuto a qualquer ato de criação do direito consciente.

Como para Hart o Direito se caracteriza pela fusão de uma variedade de regras, todas as tentativas de uniformizar o material normativo são absurdas, ou, nas suas próprias palavras: “o esforço para reduzir a esta única forma simples a variedade de leis, acaba por lhes impor uma uniformidade espúria” (Hart, 1994, p. 57).

5.4.6.2

A redução do Direito à Força

Como é sabido, um dos temas mais controvertidos e recorrentes para os estudiosos da teoria do direito é a relação entre o direito e a força. Tal relação pode originar dois diferentes tipos de teses: por um lado a que sustenta que o Direito, sem dúvida, tem uma ligação bastante estreita com as ameaças, com o emprego da força e, por conseguinte, com o próprio poder — Kelsen, como tão frisado anteriormente, por reconhecer o ordenamento jurídico como uma ordem coativa certamente é adepto desta primeira —, e uma segunda, que acredita que o Direito não pode se reduzir à força, pois é algo muito mais nobre do que a simples ameaça de utilização de poder.

Em verdade, o Direito parece transitar entre a moralidade e o uso puro da força, de modo a ocupar o espaço deixado entre ambos, afigurando-se, por isso, como um fenômeno bifronte, de duplo rosto: a pergunta sobre o que é o Direito (buscando o sentido de justiça) parece não poder ser resolvida senão através da solução de uma outra pergunta, relativa a quem detém o poder, isto é, referente

a quem tem o poder de ameaçar e exercer de maneira eficaz a força superior (Chagoyán, 2004, p. 203).

A consequência dessa colocação intermediária do Direito (entre moralidade e coação) corre um duplo risco, referente aos extremos, vale dizer, tanto o risco de identificar o direito com o ideal de justiça quanto o risco de identificar o direito com a coação. A teoria de Kelsen é acusada de ser reducionista nesse segundo sentido, por entender “que tudo gira ao entorno das normas que preceituam sanção” (Sgarbi, *Fundações do Pensamento Jurídico*, no prelo, p.151).

Mas o autor contra-argumenta tais críticas, apresentando duas teses anti-reducionistas. A primeira delas baseia-se no fato de que o Direito não é mera força na medida em que se apresenta, tão somente, como um ordenamento que institui, regula e organiza o uso da força. O poder jurídico não é, destarte, um poder baseado na superioridade da força física, é um poder normativo que se baseia em legitimidade e autorização (dada por normas) para exercer atos de coerção que, exatamente pelas razões expostas acima, sujeitar-se-ão às regras, que o limitarão, regularão e controlarão. Além disso, diz Kelsen, um direito que se identificasse completamente com o ideal de justiça, ou que tivesse aspirações nesse sentido, é algo absurdamente irreal. Afinal, na concepção desse autor a justiça é um valor absoluto impossível de ser precisado — quem tentou no máximo logrou encontrar respostas do tipo “dar a cada um o que é seu”, “fazer o bem e evitar o mal”, isto é, fórmulas tautológicas (“bem é o que não for mal”) desprovidas de sentido racional. Em assim sendo, o Direito, enquanto objeto de estudo científico, não é o direito que deve ser, ou melhor, o direito justo, mas sim o direito que é, ou seja, o direito existente na realidade positivada.

Bruno Celano (citado por Chagoyán) desconstrói ambas as teses: a primeira ao afirmar que, segundo Kelsen, o exercício da força física está autorizado pela norma fundamental e que esta somente se faz presente num ordenamento que seja globalmente eficaz, de modo que, em última instância, se vê determinada pela efetividade do poder coercitivo. Assim, ao contrário do que pensa nosso autor, não é o Direito que determina o poder, mas este último que determina o primeiro. Nas palavras de Chagoyán:

El conocimiento científico del Derecho prescribe la obediencia al Derecho existente e identifica ese Derecho existente con la efectividad del poder físico; así, prescribe la obediencia al poder físico efectivo (Chagoyán, 2004, p. 208).

Contra a segunda tese, argumenta Celano que a idéia de formular uma cadeia de validade para o conjunto normativo nada mais é do que a tentativa de justificar a obediência ao Direito existente. O discurso científico em torno do

Direito que “é”, não deixa de ser uma forma de ideologia política, que trata de justificar a observância às prescrições estabelecidas pelo direito, de forma que há alguma tentativa de conformação à justiça — já que se o exercício do poder coativo é válido, quando se ameaça e se impõe com êxito a força física, estar-se-ia tomando uma medida adequada e conforme à justiça.