

HANS KELSEN

TEORIA GERAL DAS NORMAS

(ALLGEMEINE THEORIE DER NORMEN)

Tradução e Revisão de
JOSE FLORENTINO DUARTE
Doutor pela Universidade de Berlim
Professor da Universidade Federal da Paraíba
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre, RS
1986

PROJETO CAPES

Se se crê poder presumir que o órgão aplicador do Direito é autorizado "a preencher esta lacuna", então isto significa que esse órgão está autorizado pelo Direito positivo para decidir o caso concreto segundo o princípio político-moral por ele suposto como válido, pelo que esse princípio político-moral torna-se delegado pelo Direito positivo, quer dizer, numa norma jurídica (cf. minha *Reine Rechtslehre*, 2. ed., 1960, p. 215 e ss.), e que, conseqüentemente, o Direito positivo é aplicável ao caso.

A comprovação de que o ordenamento jurídico positivo contém uma tal autorização, expressamente ou implicitamente, é com certeza imprescindível do ponto de vista de um Positivismo jurídico conseqüente. Sem tal comprovação pode-se fundamentar uma decisão judicial que "supre lacunas" apenas com base no princípio da coisa julgada.

Capítulo 32

DIREITO, DEVER E SANÇÃO

Em íntima conexão com as funções da norma estão os conceitos de dever e Direito (no sentido de conferir poder, ou Direito no sentido subjetivo). Que uma norma impõe uma conduta determinada, é equivalente a que uma norma obriga a uma conduta determinada. Que uma pessoa é "obrigada" ou tem o "dever" de conduzir-se de modo determinado é o mesmo que dizer que uma norma válida impõe esta conduta.

O dever não é algo diferente da norma, o dever é a norma na relação com o sujeito, cuja conduta é imposta. A conduta, mediante a qual se "realiza" o dever, é a conduta, mediante a qual se cumpre a norma, com a qual se obedece à norma, aquela que lhe corresponde. A conduta, mediante a qual se "lesa" o dever — como se expressa em sentido figurativo — é a conduta que não corresponde à norma ou — como se costuma dizer — que "contraria" a norma.

Visto que as normas da Moral, como as normas do Direito, impõem uma conduta determinada, tanto há deveres da Moral como deveres do Direito. É sem fundamento uma limitação do conceito de dever ao âmbito da Moral; sempre se precisam distinguir tanto deveres da Moral e deveres do Direito, assim como Moral e Direito. Distinguem-se não pelas funções e pelo objeto de suas normas, também não — como quase comumente se aceita — por o Direito estatuir sanções, enquanto a Moral nenhuma sanção estatui, mas pelo fato de que o Direito impõe uma conduta determinada (e isto significa nomear o dever jurídico), *de modo que* sob a condição da conduta contrária fixa uma sanção como devida, enquanto a Moral impõe uma certa conduta e assim nomeia o dever moral, e tanto liga uma sanção à conduta conforme à norma como a contrária à norma.

Finalmente também (isto todavia apenas de um ponto de vista técnico) pelo fato de que numa ordem jurídica tecnicamente adiantada, para aplicação das sanções, são instituídos órgãos que funcionam em divisão de trabalho — autoridades judiciais e administrativas —, enquanto uma ordem da Moral positiva autoriza cada membro da sociedade por ele constituída para executar as sanções por ela prescritas.

Costuma-se diferenciar entre normas jurídicas que impõem uma conduta determinada e normas jurídicas que ligam uma sanção à conduta contra essas normas, como para diferenciar entre normas jurídicas primárias e secundárias, como, porventura: Não se deve furtar; se alguém furta, deve ser punido. Mas a formulação da primeira de ambas as normas é supérflua, dado que o não-dever-furtar *juridicamente* só existe no dever-ser-punido ligado à condição do furto. A Moral impõe uma conduta não por ligar uma sanção à conduta contrária à norma. Aqui estão *duas* normas integralmente ao lado uma da outra, como, p. ex.: "Não se deve mentir". "Deve-se desaprovar a mentira, deve-se aprovar a omissão da mentira".

Sob uma *sanção* estatuída numa ordem normativa entende-se uma certa conduta face a um indivíduo, a qual é geralmente vista como um mal, o qual — conforme uma norma da ordem — deve ser causado a um indivíduo, se este — ou também um outro que com ele esteja numa

determinada relação social — não se conduziu de uma forma correspondente à ordem. O infortúnio pode — como no caso das sanções do Direito — consistir na subtração, à força, de valores, como: a vida, a liberdade, bens econômicos e outros.

Além disso — no caso das sanções da Moral — a desaprovação da conduta contrária à norma pode consistir em exteriorização de censura, sinal de desprezo e em atos semelhantes. Sob “sanção” pode-se, outrossim, entender uma conduta face a um indivíduo, a qual geralmente é vista como um bem — conforme uma norma da ordem — que deve ser feito a um indivíduo que se conduziu de uma forma correspondente à ordem. Essa sanção, que não deve acontecer como uma reação a uma conduta contra a norma, mas uma conduta conforme à norma, somente se encontra na Moral, não no Direito. Ela consiste na aprovação da conduta conforme à norma, e exterioriza-se em elogio, sinal de respeito e coisa semelhante.

Quando uma ordem moral positiva prescreve uma certa conduta aos membros da comunidade por eles constituída, ela prescreve também aos membros da comunidade reagirem à conduta correta e à incorreta de outros membros com aprovação ou desaprovação. Essas normas que estatuem sanções são uma parte integrante substancial da ordem moral, pois garantem a eficácia desta ordem normativa, que é uma condição de sua validade.

Normas de um ordenamento jurídico que autorizam determinados órgãos da comunidade jurídica para outorgar certos direitos a pessoas que bem o mereceram da comunidade, permitindo-lhes portar títulos distintivos, ou usar certas insígnias, ou conceder-lhes um prêmio, tais normas não estabelecem — ou nem sempre diretamente — sanções jurídicas nem reações a uma conduta *conforme ao Direito*, imposta por normas jurídicas, mas reações a uma conduta, por outras razões, valiosas para a comunidade.

Em verdade, a conduta, à qual se reage com uma condecoração, pode também ser uma conduta juridicamente imposta (como, acaso, na hipótese do ato de entrega de uma medalha de bravura), mas não é a circunstância de que a conduta imposta pela ordem jurídica

ca seja uma conduta conforme ao Direito e ao dever, a qual é a condição da condecoração. Precisa-se — como se diz — fazer mais que seu Direito-dever para merecer semelhante distinção. É a circunstância de que uma conduta particularmente valiosa, i. e., também para os outros está como a conduta correspondente às normas jurídicas. A concessão de tal condecoração é uma sanção *moral* autorizada pela ordem jurídica; com certeza por ser autorizada pela ordem jurídica, torna-se indiretamente uma sanção do Direito. Mas as normas em questão não são parte integrante de uma ordem jurídica, como o são as normas que, para o caso de uma conduta anti-jurídica, prescrevem atos de coação, como: pena e execução civil.

O estabelecimento de sanções se dá em aplicação do *princípio da retribuição*, decisivo para o convívio social. Pode ser formulado: se um membro da comunidade conduz-se de uma maneira que lesa os interesses da comunidade, deve ser punido, i. e., deve ser-lhe causado um mal. Se se conduz, porém, de uma maneira que fomenta os interesses da comunidade, deve ser recompensado, i. e., deve ser-lhe causado um bem. No princípio retributivo expressa-se o princípio da Justiça da igualdade: igual por igual, bem por bem, mal por mal. Como o princípio de Talião: olho por olho, dente por dente.

Capítulo 33

O CONCEITO DE CONFERIR PODER: DIFERENTES SIGNIFICAÇÕES DESTA PALAVRA — O “DIREITO NO SENTIDO SUBJETIVO”

As palavras “Direito” (em oposição a “dever”), “conferir poder”, “ser autorizado a”, têm significações muito diferentes. Que alguém é autorizado a, tem o Direito de conduzir-se de uma maneira determinada, pode significar que esta conduta é livre, i. e., nem proibida nem imposta, portanto permitida num sentido negativo. Pode também significar que seja permitida num sentido positivo. Se alguém é obrigado a uma