

TEORIA PURA DO DIREITO

Hans Kelsen

Tradução

JOÃO BAPTISTA MACHADO

Martins Fontes
São Paulo 2003

ÍNDICE

<i>Prefácio à primeira edição</i>	XI
<i>Prefácio à segunda edição</i>	XVII

I DIREITO E NATUREZA

1. A "pureza"	1
2. O ato e o seu significado jurídico	2
3. O sentido subjetivo e o sentido objetivo do ato. A sua auto-explicação	3
4. A norma	4
a) A norma como esquema de interpretação	4
b) Norma e produção normativa	5
c) Vigência e domínio de vigência da norma	11
d) Regulamentação positiva e negativa: ordenar, conferir poder ou competência, permitir	16
e) Norma e valor	18
5. A ordem social	25
a) Ordens sociais que estatuem sanções	25
b) Haverá ordens sociais desprovidas de sanção?	29
c) Sanções transcendentais e sanções socialmente imanes	30
6. A ordem jurídica	33
a) O Direito: ordem de conduta humana	33
b) O Direito: uma ordem coativa	35
Os atos de coação estatuidos pela ordem jurídica como sanções	37

Título original: REINE RECHTSLEHRE.
Copyright © Hans Kelsen Institute, Viena.
Copyright © Verlag Franz Deuticke, Viena, 1960.
Copyright © Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, 1985, para a presente edição.

1ª edição
abril de 1985
6ª edição
fevereiro de 1998
5ª tiragem
maio de 2003

Preparação do original

Márcio Della Rosa
Revisão gráfica
Marise Simões Leal
Estevam Vieira Lledo Jr.
Produção gráfica
Geraldo Alves

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Kelsen, Hans, 1881-1973.
Teoria pura do direito / Hans Kelsen : [tradução João Baptista Machado]. – 6ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

Título original: Reine Rechtslehre.
ISBN 85-336-0836-5

1. Direito – Bibliografia 2. Direito – Estudo e ensino 3. Direito – Filosofia I. Título. II. Série.

98-0409

CDD-340.12

Índices para catálogo sistemático:

I. Direito : Filosofia 340.12

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.

Rua Conselheiro Ramalho, 330/340 01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3105.6867

e-mail: info@martinsfontes.com.br <http://www.martinsfontes.com.br>

ções que aqui são tomadas em consideração são relações entre normas jurídicas ou relações entre fatos determinados pelas normas jurídicas. Para um conhecimento dirigido ao Direito como um sistema de normas não há quaisquer outras relações jurídicas. Mas também do ponto de vista de uma consideração apenas dirigida à realidade fática tem de conceder-se que, através do Direito — o que aqui significa: através da representação que os indivíduos se fazem de ordem jurídica pressuposta como válida — podem ser criadas entre os indivíduos relações de fato que, sem estas representações — como motivos da conduta — não teriam existido nem existiriam.

7. Sujeito jurídico — Pessoa

a) *Sujeito jurídico*

É sujeito jurídico, segundo a teoria tradicional, quem é sujeito de um dever jurídico ou de uma pretensão ou titularidade jurídica (*Berechtigung*). Se por titularidade jurídica (*Berechtigung*) se entende não o simples direito reflexo — co-implicado num dever jurídico —, mas o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, quer dizer, o poder de intervir na produção da decisão judicial, isto é, da norma individual através da qual é ordenada a execução da sanção como reação contra o não-cumprimento do dever, e se se tem em conta que os sujeitos de um poder jurídico, isto é, do poder (competência) de criar ou aplicar normas jurídicas, não são de modo algum designados sempre como sujeitos-de-direito (*Rechts-Subjekte*), torna-se aconselhável limitar o conceito de sujeito jurídico (*Rechtssubjekt*) ao de sujeito de um dever jurídico e distinguir o conceito de sujeito de um dever jurídico do de sujeito de um poder jurídico. Na medida em que, na linguagem jurídica tradicional, a função de criação ou aplicação das normas jurídicas é atribuída à comunidade jurídica, o conceito de sujeito do poder jurídico coincide com o de órgão jurídico²². Aqui deve ter-se em conta que a afirmação de que um indivíduo é sujeito de um dever jurídico, ou tem um dever jurídico, nada mais se significa senão que uma determinada conduta deste indivíduo é conteúdo de um dever pela ordem jurídica estatuído, quer dizer: que a conduta oposta é tornada pressuposto de uma sanção; e que, com a

afirmação de que um indivíduo é sujeito de um poder jurídico, de uma faculdade (poder) ou competência, ou de que tem um poder jurídico, faculdade ou competência, nada mais significa senão que, de acordo com a ordem jurídica, são produzidas ou aplicadas normas jurídicas através de determinados atos deste indivíduo ou que determinados atos deste indivíduo cooperam na criação ou aplicação de normas jurídicas. Num conhecimento dirigido às normas jurídicas não são tomados em consideração — nunca é demais acentuar isto — os indivíduos como tais, mas apenas as ações e omissões dos mesmos, pela ordem jurídica determinadas, que formam o conteúdo das normas jurídicas. Quando se diz: um indivíduo, como órgão jurídico, cria ou aplica o Direito, um indivíduo, como sujeito jurídico, observa ou viola o Direito, o que com isso se faz é, apenas, dar expressão, numa linguagem personalística, à distinção funcional que existe entre dois tipos diferentes de conduta humana determinados pela ordem jurídica. Os conceitos personalísticos “sujeito jurídico” e “órgão jurídico”²³ não são conceitos necessários para a descrição do Direito. São simplesmente conceitos auxiliares que, como o conceito de direito reflexo, facilitam a exposição. O seu uso somente é admissível quando se tenha consciência deste seu caráter. Revelá-lo é tarefa da Teoria Pura do Direito. Se também ela se serve destes conceitos, fá-lo no sentido aqui estabelecido.

Assim como a ciência jurídica tradicional, no conceito de direito em sentido subjetivo, antepõe a pretensão ou titularidade (*Berechtigung*) ao dever jurídico, assim também considera o sujeito jurídico em primeira linha como sujeito de pretensões jurídicas (*Berechtigungen*), e só em segunda linha como sujeito de deveres jurídicos. O conceito de sujeito jurídico na teoria tradicional está claramente na mais estreita conexão com o seu conceito do direito subjetivo como titularidade de um direito (*Berechtigung*). O conceito de um sujeito de Direito como o portador (suporte) do direito subjetivo (no sentido da titularidade jurídica — *Berechtigung*) é aqui, no fundo, apenas uma outra forma deste conceito de direito subjetivo que, no essencial, foi talhado pela noção de propriedade. Tal como neste conceito de direito subjetivo, também no de sujeito jurídico é decisiva a representação ou idéia de uma essência ou entidade jurídica independente da ordem jurídica, de uma subjetividade jurídica que, por assim dizer, preexiste ao Direito, quer no indivíduo, quer em algo coletivo, e que o mesmo Direito apenas tem de reconhecer e necessariamente

deve reconhecer se não quer perder o seu caráter de “Direito”. A contraposição entre Direito em sentido objetivo e Direito em sentido subjetivo, entre uma objetividade jurídica e uma subjetividade jurídica, é uma contradição lógica da teoria na medida em que afirma ambas como simultaneamente existentes. A contradição ganha a sua expressão mais aparente no fato de o sentido do Direito objetivo ser definido como uma norma heterônoma que é vinculação, coação mesmo, enquanto que se declara como essência da subjetividade jurídica precisamente a negação de todo vínculo, a saber, a liberdade no sentido de autodeterminação ou autonomia. Assim, escreve por exemplo Puchta: “O conceito fundamental do Direito é a liberdade... o conceito abstrato de liberdade é: possibilidade de alguém se determinar para algo... O homem é sujeito de Direito pelo fato de lhe competir aquela possibilidade de se determinar, pelo fato de ter uma vontade”²⁴, quer dizer: pelo fato de ser livre.

E patente o que de fictício há nesta determinação do conceito da subjetividade jurídica. Com efeito, na medida em que é lícito falar de autodeterminação dos indivíduos — como sujeitos jurídicos — no domínio do Direito, designadamente, no domínio do chamado Direito privado e com relação ao fato produtor de Direito que é o negócio jurídico contrato, a autonomia só existe num sentido muito limitado e impróprio. Na verdade, ninguém pode conceder-se direitos a si próprio, pois o direito de um apenas existe sob o pressuposto do dever de outro, e uma tal conexão jurídica, de acordo com a ordem jurídica objetiva, apenas pode constituir-se, no domínio do direito privado, em regra, através da manifestação concordante da vontade de dois indivíduos. E isto também somente na medida em que o contrato é assumido pelo Direito objetivo como fator criador de Direito, de tal forma que a regulamentação jurídica, em última análise, resulta precisamente deste Direito objetivo e não do sujeito jurídico que lhe está subordinado. Sendo assim, também no direito privado não existe qualquer autonomia plena.

A função ideológica desta conceituação do sujeito jurídico como portador (suporte) do direito subjetivo, completamente contraditória em si mesma, é fácil de penetrar: serve para manter a idéia de que a existência do sujeito jurídico como portador do direito subjetivo, quer dizer, da propriedade privada, é uma categoria transcendente em confronto do Direito objetivo positivo, de criação humana e mutável, é uma instituição na qual a ela-

boração de conteúdo da ordem jurídica encontra um limite insuperável. O conceito de um sujeito jurídico independente do Direito objetivo, como portador do Direito subjetivo, redobra de importância quando a ordem jurídica que garante a instituição da propriedade privada é reconhecida como uma ordem mutável e sempre em transformação, criada pelo arbítrio humano e não fundada sobre a vontade eterna de Deus, sobre a razão ou sobre a natureza, e, particularmente, quando a criação desta ordem é operada através de um processo democrático. A idéia de sujeito jurídico independente, na sua existência, de um Direito objetivo, como portador de um Direito subjetivo que não é menos “Direito”, mas até mais, do que o Direito objetivo, tem por fim defender a instituição da propriedade privada da sua destruição pela ordem jurídica. Não é difícil compreender por que a ideologia da subjetividade jurídica se liga com o valor ético da liberdade individual, da personalidade autônoma, quando nesta liberdade está também incluída sempre a propriedade²⁵. Um ordenamento que não reconheça o homem como personalidade livre neste sentido, ou seja, portanto, um ordenamento que não garanta o direito subjetivo da propriedade — um tal ordenamento nem tampouco deve ser considerado como ordem jurídica.

b) Pessoa: pessoa física

A teoria tradicional identifica o conceito de sujeito jurídico com o de pessoa. Eis a sua definição: pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres. Dado que, porém, não só o homem mas também outras entidades, tais como certas comunidades como as associações, as sociedades por ações, os municípios, os Estados, são apresentados como pessoas, define-se o conceito de pessoa como “portador” de direitos e deveres jurídicos, podendo funcionar como portador de tais direitos e deveres não só o indivíduo mas também estas outras entidades. O conceito de um “portador” de direitos e deveres jurídicos desempenha na teoria tradicional da pessoa jurídica um papel decisivo. Se é o indivíduo o portador dos direitos e deveres jurídicos considerados, fala-se de uma pessoa física; se são estas outras entidades as portadoras dos direitos e deveres jurídicos em questão, fala-se de pessoas jurídicas. Ao mesmo tempo contrapõe-se a pessoa física, como pessoa “natural”, à pessoa jurídica, como pessoa “artificial”,

quer dizer, como pessoa não “real” mas construída pela ciência jurídica. Na verdade, têm-se feito tentativas para demonstrar que também a pessoa jurídica é uma pessoa “real”. Mas estas tentativas são tanto mais baldadas quanto é certo que uma análise mais profunda revela que também a chamada pessoa física é uma construção artificial da ciência jurídica, que também ela apenas é uma pessoa “jurídica”.

Se, no caso da pessoa jurídica, os direitos e deveres jurídicos podem “ter por suporte” algo que não seja o indivíduo, também no caso da chamada pessoa física o que “serve de suporte” aos direitos e deveres jurídicos e que essa pessoa física tem de ter em comum com a pessoa jurídica, já que, na verdade, ambas são pessoas enquanto “portadoras” de direitos e deveres jurídicos, pode não ser o indivíduo, pode não ser este o portador em questão, mas algo que o indivíduo possui e que as comunidades a que nos referimos como pessoas jurídicas igualmente possuem. Também se diz que o homem tem personalidade, que a ordem jurídica empresta ao homem personalidade, e não necessariamente a todos os homens. Os escravos não são pessoas, não têm qualquer personalidade jurídica. A teoria tradicional não nega que pessoa e homem são dois conceitos distintos, se bem que pense também poder afirmar que, segundo o Direito moderno, diferentemente do que sucedia com o Direito antigo, todos os homens são pessoas ou têm personalidade jurídica.

Em que consiste então o fato de que a teoria tradicional caracteriza com a afirmação de que a ordem jurídica empresta ao indivíduo ou a certos indivíduos a personalidade jurídica, a qualidade de ser pessoa? Nada mais nada menos que na circunstância de a ordem jurídica impor deveres e conferir direitos aos indivíduos, quer dizer: no fato de fazer a conduta dos indivíduos consistir em de deveres e direitos. “Ser pessoa” ou “ter personalidade jurídica” é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos. A pessoa, como “suporte” de deveres jurídicos e direitos subjetivos, não é algo diferente dos deveres jurídicos e dos direitos subjetivos dos quais ela se apresenta como portadora — da mesma forma que uma árvore da qual dizemos, numa linguagem substantivista, expressão de um pensamento substancializador, que tem um tronco, braços, ramos, folhas e flores não é uma substância diferente deste tronco, destes braços, ramos, folhas e flores mas apenas o todo, a unidades destes elementos. A pessoa física ou jurídica que “tem” — como sua portadora — deveres jurídicos

e direitos subjetivos é estes deveres e direitos subjetivos, é um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão-somente a personificação desta unidade.

Se se analisa especialmente a situação que na teoria tradicional é descrita como “direitos e deveres de uma pessoa jurídica”, e se se entende por “direito” um direito subjetivo no sentido do técnico específico da palavra e, portanto, um poder jurídico ou competência a exercer através da ação judicial, então conclui-se que estes direitos e deveres, precisamente como os de uma pessoa física, têm por conteúdo a conduta humana e, neste sentido, mas neste sentido apenas, são direitos e deveres de homens. Somente através da conduta humana pode um direito ser exercido e um dever ser cumprido ou violado. Por isso, não pode a referência ao homem (a conexão com o homem) ser o momento através do qual a pessoa física ou natural se distingue da pessoa jurídica ou artificial. Por isso, também não pode a chamada pessoa física ser definida — em contraposição à pessoa jurídica — como um indivíduo de certo modo qualificado — qualificado, a saber, através do fato de possuir direitos e deveres. Uma tal definição é tanto de rejeitar quanto a definição do direito subjetivo como interesse juridicamente protegido. Assim como o direito subjetivo não é um interesse — protegido pelo Direito —, mas a proteção jurídica de um interesse, assim também a pessoa física não é o indivíduo que tem direitos e deveres mas uma unidade de deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de um indivíduo. Esta unidade é também expressa no conceito de sujeito jurídico que a teoria tradicional identifica com o de pessoa jurídica (pessoa em sentido jurídico — *Rechtsperson*). Dizer que o homem é sujeito jurídico, isto é, sujeito de direitos e deveres, não significa — como foi expressamente acentuado acima — senão que a conduta humana é conteúdo de deveres jurídicos e direitos subjetivos, e, portanto, o mesmo que dizer que um homem é pessoa ou tem personalidade. O que em ambos os casos — tanto o da pessoa física como o da pessoa jurídica — realmente existe são deveres jurídicos e direitos subjetivos tendo por conteúdo a conduta humana e que formam uma unidade. Pessoa jurídica (pessoa em sentido jurídico) é a unidade de um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos. Como estes deveres jurídicos e direitos subjetivos são estatuídos por normas jurídicas — melhor: são normas jurídicas —, o problema da pessoa é,

em última análise, o problema da unidade de um complexo de normas. A questão é a de saber qual é, num caso e no outro, o fator que produz esta unidade.

A unidade de deveres e direitos subjetivos, quer dizer, a unidade das normas jurídicas em questão, que forma uma pessoa física resulta do fato de ser a conduta de um e o mesmo indivíduo que constitui o conteúdo desses deveres e direitos, do fato de ser a conduta de um e o mesmo indivíduo a que é determinada através destas normas jurídicas. A chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo. Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes. Neste sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica (*juristische Person*).

c) *Pessoa jurídica (corporação)*

A essência da pessoa jurídica, pela jurisprudência tradicional contraposta à chamada pessoa física, deixa-se melhor revelar através de uma análise do caso típico de uma tal pessoa jurídica: a corporação dotada de personalidade jurídica. Uma tal corporação é, em regra, definida como uma comunidade de indivíduos a que a ordem jurídica impõe deveres e confere direitos subjetivos que não podem ser vistos como deveres ou direitos dos indivíduos que formam esta corporação como seus membros, mas competem a esta mesma corporação. Precisamente porque estes deveres e direitos por qualquer forma afetam os interesses dos indivíduos que formam a corporação, sem que, no entanto, sejam direitos e deveres destes — como presume a teoria tradicional —, são considerados como deveres e direitos da corporação e, conseqüentemente, esta é concebida como pessoa.

As relações jurídicas de uma pessoa jurídica são descritas mais ou menos da forma seguinte: Diz-se, por exemplo, que uma corporação aluga uma casa ou compra um imóvel. O direito de utilizar a casa, quer dizer, de excluir todos os outros que não sejam membros da corporação do uso da casa, a propriedade do imóvel, quer dizer, o direito de dispor do imóvel e de excluir todos os que não sejam membros da corporação desse poder de disposição sobre o imóvel, é um direito da corporação, não um di-

reito dos seus membros. Quando este direito é lesado, é a corporação, não um membro individual, que tem de instaurar a ação perante o tribunal competente; e a soma pecuniária obtida pela via da execução civil e destinada à reparação do prejuízo causado pela violação do direito entra no patrimônio da corporação, não no patrimônio de cada membro. O dever de pagar a renda ao senhorio do prédio, o preço da compra ao vendedor do imóvel ou a contribuição industrial ao fisco é dever da corporação e não dever dos seus membros; pois, no caso de este dever não ser cumprido, quer dizer, no caso de a corporação cometer um delito (ilícito), a ação do senhorio ou do vendedor e o processo penal da autoridade fiscal não se dirigem contra os membros mas contra a corporação como tal; e a execução forçada não incide sobre o patrimônio dos membros mas sobre o patrimônio da corporação. Há, na verdade, casos em que, quando o patrimônio da corporação não seja suficiente, a execução forçada pode também ser dirigida contra o patrimônio dos seus membros, quer dizer, casos nos quais a responsabilidade pelo delito (ilícito) não é limitada ao patrimônio da corporação, pois também os seus membros respondem pelo delito com os respectivos patrimônios. Mas o caso da responsabilidade limitada da corporação é precisamente aquele que mais particularmente parece implicar a idéia de uma personalidade jurídica da corporação.

Na descrição da relação jurídica de uma corporação como uma pessoa jurídica surgem dois diferentes tipos de afirmações: a afirmação de que a corporação, como pessoa agente, põe certos atos, especialmente atos jurídicos, de que realiza negócios jurídicos, conclui, por exemplo, um contrato, instaura uma ação, cumpre um dever jurídico ou, pela sua conduta, viola um dever jurídico, quer dizer, comete um delito (ilícito); e a afirmação de que ela é sujeito de deveres jurídicos e direitos subjetivos porque a ordem jurídica lhe impõe deveres ou confere direitos subjetivos. Com uma afirmação do primeiro tipo, que se refere à corporação como uma pessoa atuante, descreve-se sempre a conduta de um determinado indivíduo através do qual a pessoa jurídica atua. É sempre a ação ou omissão de um determinado indivíduo que é interpretada como ação ou omissão da corporação, que é referida à pessoa jurídica, que lhe é atribuída. O indivíduo através do qual a corporação, como pessoa jurídica, atua e cuja conduta é atribuída à corporação é designado como órgão da corporação. O problema da corporação como uma pessoa atuante é o

problema — aqui já versado — do órgão da comunidade, isto é, o problema da atribuição à comunidade da função realizada por um determinado indivíduo. Ajustado à pessoa jurídica da corporação, tal problema é o de saber sob que condições pode a conduta de um indivíduo ser interpretada como sendo de uma corporação enquanto pessoa jurídica, pode ser referida ou atribuída²⁶ à pessoa jurídica, sob que pressupostos ou condições um indivíduo realiza ou omite uma determinada ação na sua qualidade de órgão de uma corporação. Muito estreitamente ligado com este problema está o problema da corporação como sujeito de deveres e direitos subjetivos. Como os deveres e os direitos subjetivos apenas podem ter por conteúdo a conduta humana, a ordem jurídica pode impor deveres ou conferir direitos somente a indivíduos. Com a afirmação de que uma corporação como pessoa jurídica é sujeito de deveres e direitos de determinados indivíduos humanos na medida precisamente em que a conduta destes indivíduos forma o conteúdo desses mesmos deveres ou direitos que, não obstante, são interpretados como deveres ou direitos da pessoa jurídica, a ela são referidos e atribuídos. Por isso, parece já de antemão decidido — o que a teoria tradicional da corporação como pessoa jurídica seguramente admite — que os deveres e direitos da pessoa jurídica não são — ou não são ao mesmo tempo — deveres e direitos de indivíduos, quer dizer — no sentido da teoria tradicional — não são deveres e direitos de pessoas físicas.

d) *A pessoa jurídica como sujeito agente*

Quando dois ou mais indivíduos querem perseguir em comum, por qualquer motivo, certos fins econômicos, políticos, religiosos, humanitários ou outros, dentro do domínio de validade de uma ordem jurídica estadual, formam uma comunidade na medida em que subordinam a sua conduta cooperante endereçada à realização destes fins, em conformidade com a ordem estadual, a uma ordem normativa particular que regula esta conduta, e, assim, constitui a comunidade. A corporação dos indivíduos que formam a comunidade dirigida à realização do fim comunitário pode exprimir-se numa organização funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho. Então a comunidade representa uma corporação. Com efeito, designa-se por corporação uma comunidade organizada, quer dizer, uma comunidade que é constituída

através de uma ordem normativa que estabelece que certas funções devem ser desempenhadas por indivíduos que forem chamados a essas funções por uma forma indicada no estatuto, quer dizer, é constituída por uma norma normativa que institui órgãos desta espécie funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho²⁷. A ordem normativa constituinte da corporação é o seu estatuto, o qual é posto em vigor através de um ato jurídico-negocial regulado na ordem jurídica estadual. Se apenas se toma em conta o Direito estadual, e não Direito internacional, o estatuto de uma corporação representa uma ordem jurídica parcial em confronto com a ordem jurídica estadual como ordem jurídica global.

O estatuto regula a conduta de uma pluralidade de indivíduos que, na medida em que essa conduta é regulada através do estatuto, são os membros da corporação, pertencem à corporação, formam a corporação. Todas estas expressões são expressões figurativas que nada mais dizem senão que uma certa conduta destes indivíduos é regulada por uma ordem jurídica parcial. Como já se acentuou acima, estes indivíduos não pertencem como tais, mas apenas com as suas ações e omissões reguladas pelo estatuto, à comunidade constituída pelo estatuto e designada como corporação. Somente uma ação ou omissão regulada no estatuto pode ser atribuída à corporação. Com efeito, na atribuição de um ato de conduta humana à corporação nada mais se exprime senão a referência deste ato à ordem normativa que o determina e constitui a comunidade que, através desta atribuição, é personificada. Por isso, toda conduta determinada através de uma ordem normativa pode ser atribuída à comunidade constituída por essa ordem, toda ordem normativa reguladora da conduta de uma pluralidade de indivíduos — mesmo aquela ordem que não institui órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho — pode ser personificada, representada como pessoa atuante, e, portanto, todo “membro” de uma comunidade constituída por uma ordem normativa pode ser considerado como seu “órgão”. Porém, como no uso corrente da linguagem apenas são atribuídas à comunidade as funções desempenhadas segundo o princípio da divisão do trabalho, ou seja, desempenhadas pelos indivíduos a tal chamados, e, por essa razão, só são designados como “órgãos” os indivíduos determinados pelo estatuto a realizarem estas funções, pode distinguir-se entre “órgãos” e “membros” de uma corporação. Aqui importa

notar que os órgãos da corporação podem, segundo o estatuto, não só realizar funções jurídicas — como sejam a modificação dos estatutos, a propositura de ações, a interposição de reclamações, a celebração de negócios jurídicos — mas também outras funções — correspondentes ao eventual fim da corporação. Se se atribuem estas funções à corporação, se se representa esta como pessoa atuante, se se diz que a corporação atua, muito embora apenas um indivíduo designado pelo estatuto realize, como órgão, um ato pelo mesmo estatuto determinado, é porque nos servimos — como já foi explicado ao versar o problema geral da organicidade —, nesta metáfora antropomórfica, de uma ficção da mesma espécie da que usamos na atribuição dos atos jurídicos de um representante legal ao indivíduo incapaz por aquele representado. A errônea interpretação da metáfora antropomórfica como entidade real, como uma espécie de super-indivíduo ou organismo, é a inadmissível hipostasiação de um meio auxiliar do pensamento ou conceito de recurso que é construído pela ciência jurídica para simplificar e tornar intuitível a descrição de uma situação jurídica complexa. Tal hipostasiação não só tem por consequência um obscurecimento da situação a descrever como também conduz a falsos problemas por cuja solução a ciência em vão se esforça. Tais falsos problemas desempenham um papel particularmente nefasto quando a pessoa jurídica do Estado é hipostasiada, e aparece então a questão de saber qual a relação em que esta realidade está com o Direito, com o “seu” Direito. Disto se falará mais adiante²⁸.

e) *A pessoa jurídica como sujeito de deveres e direitos*

Não nos servimos, porém, desta metáfora somente quando figuramos a corporação como pessoa atuante (agente), mas também quando a representamos como sujeito de deveres e direitos, entendendo por “direito”, na esteira do uso tradicional da linguagem, não apenas um direito subjetivo no sentido técnico da palavra, no sentido de poder jurídico, portanto, mas também uma permissão positiva. Estes deveres e direitos da corporação são, em parte, aqueles que são estatuídos pela ordem jurídica estadual e, em parte, aqueles que são estatuídos pelo estatuto da corporação com base numa autorização ou competência (*Ermächtigung*) conferida pela ordem jurídica estadual. Os primeiros são deveres

e direitos externos, os segundos, direitos e deveres internos da corporação. Pelo estatuto, porém, podem também ser normados deveres e direitos dos membros que não sejam considerados como deveres e direitos da corporação, que lhe não sejam atribuídos. Externo é, v. g., o dever de uma corporação de pagar um determinado imposto, ou o direito de uma corporação de realizar negócios jurídicos, ou o direito de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de deveres que existam em face dela, ou o direito de uma corporação de participar numa eleição política, ou o direito de uma corporação de exercer um determinado ramo de atividade. Interno é, v. g., o dever da corporação de repartir o lucro entre os seus membros, o direito da corporação de receber dos seus membros uma determinada participação ou entrada. No entanto, o co-respectivo direito de receber uma parte dos lucros e o dever correspondente de realizar a respectiva participação de sócio são descritos, respectivamente, como direito e dever dos membros, não como direito e dever da corporação. Para a questão da natureza da corporação como pessoa jurídica apenas interessam os deveres e direitos da corporação.

Os deveres e os direitos têm sempre — como já acentuamos — a conduta de determinados indivíduos como conteúdo. Quanto a ordem jurídica estadual impõe deveres ou estabelece direitos que são considerados como deveres e direitos de uma corporação, quando se fala de deveres e direitos de uma corporação, apenas se pode tratar de deveres cujo cumprimento ou violação é operada através da conduta de indivíduos, e de direitos cujo exercício se processa igualmente por meio da conduta de indivíduos — indivíduos esses que pertencem à corporação. E, quando estes deveres e direitos são atribuídos à corporação, têm esses indivíduos de cumprir ou violar os deveres ou exercer os direitos em questão na sua qualidade de órgãos da corporação. Por isso, a ordem jurídica, quando — como se diz — impõe deveres ou confere direitos a uma corporação, determina apenas o elemento material da conduta que forma o conteúdo do dever ou do direito e deixa ao estatuto a determinação do elemento pessoal, quer dizer, a determinação do indivíduo que tem de cumprir o dever ou exercer o direito, de forma que a relação entre a ordem jurídica estadual e a pessoa jurídica a que ela impõe deveres ou confere direitos é a relação entre duas ordens jurídicas: uma ordem jurídica total e uma ordem jurídica parcial. Por aí se distingue a maneira como a ordem jurídica estadual — usando a termino-

logia tradicional — impõe deveres ou confere direitos a uma corporação, como pessoa jurídica, do modo como a ordem jurídica estadual impõe deveres e confere direitos a um indivíduo, como pessoa física. No último caso, a ordem jurídica estadual determina imediatamente não só o elemento material como também o elemento pessoal da conduta que forma o conteúdo do dever ou do direito.

No caso dos deveres e direitos internos da corporação, o estatuto determina tanto o elemento material como o elemento pessoal da conduta que forma o conteúdo do dever ou do direito. Os deveres internos podem ser estatuídos por forma a que o estatuto determine uma conduta a cuja conduta oposta a ordem jurídica estadual liga uma sanção. Os direitos internos da corporação podem ser estatuídos de forma tal que o estatuto norme deveres dos membros cujo não-cumprimento, de conformidade com a ordem jurídica estadual, pode ser feito valer através de uma ação que um indivíduo determinado pelo mesmo estatuto tem de propor na sua qualidade de órgão da corporação.

c) Deveres da pessoa jurídica

No acima exposto pressupôs-se que a ordem jurídica estabelece o dever de uma determinada conduta, prescreve uma determinada conduta, sempre que considera o oposto desta conduta, que é conduta de um indivíduo humano, pressuposto de uma sanção; que um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta, que ele é sujeito deste dever, sempre que a conduta contrária desse indivíduo é pressuposto de uma sanção que deve ser dirigida contra ele ou contra outro indivíduo, como consequência de tal conduta. A conduta proibida, que forma o pressuposto da sanção, é o ilícito (delito); a sanção, a consequência do ilícito. O sujeito do dever jurídico é, assim, o indivíduo que, através da sua conduta, pode provocar ou evitar a sanção, quer dizer: o indivíduo que pode cometer ou deixar de cometer o delito, o delinqüente potencial. Se se aceita este conceito de dever jurídico, um indivíduo apenas pode ser considerado como capaz de deveres quando tenha capacidade delitual²⁹.

A situação que se apresenta quando uma ordem jurídica estatui um dever que é considerado como dever de uma corporação enquanto pessoa jurídica consiste no fato de essa ordem jurídica determinar uma conduta que é oposta daquela a que liga

uma sanção — deixando, porém, ao estatuto da corporação a determinação do indivíduo que, através desta sua conduta, pode provocar ou impedir a sanção —, e determinar a sanção por forma a que esta possa ser vista, não como dirigida contra este indivíduo, mas contra a corporação, quer dizer: em determiná-la de forma a que a responsabilidade pelo não-cumprimento do dever, o suportar o mal que a sanção representa, possa ser atribuído à corporação. O fundamento desta atribuição será mais tarde indagado. Aqui apenas se pretende por ora verificar que o dever, sem o recurso à ficção de uma atribuição, é dever do indivíduo que, através da sua conduta, o pode cumprir ou violar, mas que pelo cumprimento deste dever respondem, não este indivíduo, mas um outro ou outros indivíduos, com a sua pessoa ou com o seu patrimônio. Enquanto o estatuto determina o indivíduo que através da sua conduta pode cumprir ou violar o dever, enquanto confere capacidade — o que, no sentido amplo da palavra, significa conferir autorização ou competência — para esta conduta a este indivíduo e apenas a ele, determina também — indiretamente — esta conduta. Por isso, esta conduta do indivíduo assim determinado que cumpre o dever ou o viola e, bem assim, o dever por tal conduta cumprido ou violado, podem ser referidos ao estatuto, quer dizer, à ordem normativa parcial constitutiva da corporação. É esta a situação que se apresenta quando o dever é atribuído à corporação enquanto pessoa jurídica; a corporação é considerada como sujeito do dever e o indivíduo que efetivamente cumpre ou viola o dever é considerado como órgão da corporação. Com esta atribuição fictícia a pessoa jurídica é figurada como tendo capacidade obrigacional e capacidade delitual.

O problema da capacidade obrigacional assim como o problema (já muitas vezes referido e com este intimamente ligado) da capacidade delitual da corporação como pessoa jurídica são — isso deve ser acentuado o mais expressamente possível — problemas de atribuição, e a atribuição é — como já pusemos em destaque — uma operação mental que pode ser realizada, mas de forma alguma tem necessariamente de o ser, pois as situações em questão também podem ser descritas sem o recurso a esta operação mental que, em todos os casos, e especialmente no caso da atribuição de um delito a uma corporação, envolve uma ficção. Com efeito, o delito é um ato de conduta humana e, por isso, é sempre cometido por um determinado indivíduo. Efetivamente, a operação da atribuição de uma conduta humana determinada

por uma ordem normativa à comunidade constituída por esta mesma ordem não é realizada, como o mostra o uso linguístico, por forma muito conseqüente, pois não segue sempre os mesmos critérios. Visto que — como já foi realçado — nela apenas se exprime que uma conduta humana é determinada como pressuposto ou conseqüência pela ordem normativa que constitui a corporação, com essa atribuição de uma conduta determinada por esta ordem normativa à comunidade pela mesma constituída pode ir-se mais ou menos longe. Se se considera como “órgão” da comunidade apenas um indivíduo que funciona de forma específica segundo o princípio da divisão do trabalho, na medida em que a esse indivíduo é, no sentido estrito da palavra, conferida autorização ou competência³⁰ para uma determinada conduta pela ordem normativa que constitui a comunidade, se se pressupõe que este indivíduo não age como órgão da comunidade — que a sua conduta não é atribuível à comunidade — quando para essa sua conduta não lhe é conferida uma autorização ou competência neste sentido estrito, e se se admite que o estatuto de uma corporação apenas confere aos órgãos desta competência para o cumprimento e não para a violação dos deveres estatuídos pela ordem jurídica estadual, e que tal estatuto, com base na ordem jurídica estadual, apenas pode conferir competência para o cumprimento e não para a violação desses deveres, então a corporação não tem capacidade delitual. Como, porém, nada impede que atribuamos à corporação o cumprimento do dever para o qual o órgão recebe competência do estatuto, pode aquela ser considerada como sujeito de um dever que ela pode cumprir, mas não violar, pode, neste sentido limitado, ser designada como capaz de obrigações sem que seja considerada como tendo capacidade delitual. A objeção de que isto é inconciliável com o conceito aqui explicitado de dever jurídico e, de acordo com o qual, só tem capacidade obrigacional quem tem capacidade delitual, fica sem objeto, pois, de conformidade com a situação real descrita sem o auxílio da ficção operada de atribuição, não é a corporação mas apenas o indivíduo quem é juridicamente obrigado e é capaz de obrigações, que pode cumprir e violar o dever através da sua conduta. Do fato de o considerarmos, no primeiro caso, como órgão da corporação, quer dizer, de atribuirmos, nesse caso, a sua conduta à corporação, não se segue necessariamente que o tenhamos de considerar também como tal no segundo caso, que tenhamos, também no segundo caso, de atribuir a sua conduta à corporação. Esta atribuição é sempre apenas

possível, não necessária. A corporação, porém, é efetivamente considerada como tendo capacidade delitual, quer dizer: de fato é-lhe atribuído, no uso corrente da linguagem, o não-cumprimento de certos deveres pela ordem jurídica estadual estatuídos. Diz-se que a corporação, como pessoa jurídica, omitiu o pagamento de um imposto por que foi coletada e, assim, cometeu um delito punível; diz-se que a corporação, como pessoa jurídica, omitiu o pagamento da renda de uma casa por ela arrendada ou do preço de venda de uma coisa por ela comprada e, assim, cometeu um delito civil. Quer dizer: atribuem-se à corporação os correspondentes delitos, considera-se a corporação como delinqüente e pode-se, por isso, considerá-la também como sujeito dos deveres através destes delitos violados — ou dos deveres cumpridos; ou seja, podem também ser-lhe atribuídos estes deveres. Se, porém, se atribui à corporação não só o cumprimento mas também a violação do dever, é-se obrigado a aceitar como órgão da corporação o indivíduo a quem o estatuto confere autorização ou competência para o cumprimento destes deveres, mesmo quando ele atua para além dessa autorização ou competência no sentido estrito, quando ele não cumpre o dever imposto à corporação mas o viole com a sua conduta. Isto é perfeitamente possível se se reconhece que na atribuição de uma conduta humana à corporação apenas se exprime que esta conduta está por uma forma qualquer determinada no estatuto constitutivo da comunidade, que na atribuição à corporação apenas se expressa a relação com o estatuto. E a conduta violadora do dever, a quem a ordem jurídica estadual liga uma sanção é, como já acima se mostrou, determinada no estatuto pelo fato de este determinar o indivíduo que, através da sua conduta, pode cumprir ou violar o dever. Quando, v. g., o estatuto estabelece que os impostos exigidos da corporação pela ordem jurídica estadual devem ser pagos por um determinado órgão da corporação à custa do patrimônio desta, apenas este órgão pode violar o dever da corporação de pagar os impostos; e, deste modo, esta conduta violadora do dever da corporação, diretamente determinada pela ordem jurídica estadual, é também — indiretamente — co-determinada pelo estatuto.

Se uma conduta proibida fixada pela ordem jurídica estadual, um delito, não é atribuído a uma corporação, isso acontece porque um estatuto que, no sentido estrito da palavra, confere autorização ou competência para uma tal conduta, é, em regra, tal como um contrato que obriga uma das partes a uma

conduta juridicamente proibida, nulo ou anulável por força da ordem jurídica estadual. Não é, porém, necessariamente assim. Não é possível que sob uma ordem jurídica estadual seja válido um estatuto que confira autorização ou competência para uma conduta por essa ordem jurídica proibida. Se é ao órgão da corporação que pelo estatuto é conferida a competência ou até imposto o dever da conduta pela ordem jurídica estadual proibida, isso significa, no segundo caso, que o estatuto liga à conduta oposta um dever de reparação dos prejuízos por essa conduta causados, dever esse sancionado pela ordem jurídica estadual. Nesse caso, surge a situação já referida³¹, na qual uma determinada conduta e também a sua contrária são tornadas pressuposto de uma sanção, a saber: a primeira conduta é pressuposto da sanção dirigida contra o órgão e a segunda é pressuposto da sanção dirigida contra a corporação³². A situação pode ser descrita em duas proposições jurídicas que se não contradizem logicamente. Porém, uma situação desta espécie é, do ponto de vista da política legislativa, altamente indesejável. Para a evitar, pode a ordem jurídica estadual estabelecer que a autorização ou atribuição de competência (no sentido estrito) estatutária e, particularmente, a obrigação estatutária de uma conduta proibida pela ordem jurídica estadual sejam consideradas como inválidas, quer dizer: sejam nulas ou anuláveis. Se o não faz, então o delito cometido pelo órgão da corporação em conformidade com o estatuto pode ser atribuído à própria corporação pelo estatuto constituída, desde que a atribuição seja limitada a uma conduta para que o estatuto, no sentido estrito, confira autorização ou competência. Efeetivamente, as normas do estatuto de uma corporação não são sempre de considerar nulas ou anuláveis quando confirmam competência para uma conduta contrária ao Direito. A assembléia geral de uma sociedade por ações pode, com base num parecer do seu consultor jurídico, decidir não pagar um determinado imposto e comunicar ao órgão competente da corporação a respectiva ordem. Se, de acordo com tal decisão, o imposto não é pago e a autoridade fiscal decide, num processo fiscal dirigido contra a sociedade por ações, que o não-pagamento do imposto é um delito, e se aquela sociedade é por isso condenada ao pagamento do imposto e a uma pena pecuniária e, na falta de pagamento por parte da sociedade, é feita uma execução forçada no seu patrimônio, a conduta contrária ao Direito do competente órgão corporativo, para a qual o estatuto ou uma norma estabelecida com

base no estatuto confere autorização ou competência, é atribuída à corporação, sem que se pressuponha que a conduta contrária ao Direito se operou fora da competência conferida pelo estatuto, que os indivíduos que realizaram essa conduta não se comportaram como órgãos da corporação — isto é, por uma forma atribuível à corporação —, que o estatuto que para essa conduta confere competência, especialmente a norma individual que autoriza um órgão a não pagar o imposto ou lhe impõe o dever de não pagar, sejam nulos.

Se a atribuição à comunidade de um delito cometido pelo órgão ou membro dessa comunidade é tornada dependente do fato de o ordenamento que constitui a comunidade conferir autorização ou competência para o delito, importa ter em conta que a resposta à questão de saber se é possível essa atribuição à comunidade depende da interpretação deste ordenamento. A questão pode ter importância atual na apreciação de crimes políticos que sejam cometidos pelos membros ou órgãos de uma organização política. Mesmo que o estatuto desta organização não contenha qualquer determinação expressa que confira autorização ou competência para o delito em apreço, pode no entanto admitir-se que o crime foi cometido em conformidade com o estatuto quando o órgão ou membro da organização, ao cometer o crime, agiu no sentido dos propósitos da organização, não expressamente normados mas implicitamente entendidos como tais.

De resto, a atribuição à corporação de uma conduta contrária ao Direito para a qual o estatuto confere competência também pode operar-se com base num estatuto inválido. Como esta operação mental, perfeitamente descritória, não tem qualquer carácter juridicamente relevante, também um estatuto que, do ponto de vista da ordem jurídica, é inválido, pode servir como esquema interpretativo. Tal é o caso quando se atribuem crimes a organizações políticas que, embora juridicamente proibidas, se encontram em atividade com base em estatutos mantidos secretos que conferem aos seus órgãos ou membros competência para crimes políticos, ao declará-las organizações subversivas criminosas³³.

Se a questão do “sujeito” de um dever que é designado como dever da corporação é respondida sem o recurso a esta atribuição, surge como sujeito do dever — como já verificamos — apenas o indivíduo que, através da sua conduta, o pode cumprir ou violar, quer dizer, o competente órgão da corporação. Se se tem

em conta que os deveres jurídico-patrimoniais (que são os que aqui principalmente consideramos) não são cumpridos à custa do patrimônio próprio do órgão mas à custa de um patrimônio que é interpretado como patrimônio da corporação e que, sem o recurso a esta atribuição, pode ser considerado — como veremos — patrimônio comum (coletivo) dos membros, o dever da corporação pode ser olhado como dever comum (coletivo) dos seus membros. Quer dizer que o dever em questão, assim como pode ser atribuído à pessoa jurídica da corporação, também pode ser atribuído aos membros da corporação. No entanto, deve notar-se que, para a descrição da presente situação, não se torna necessária nem uma atribuição nem outra.

Assim como o dever atribuído à corporação não tem de ser cumprido à custa do patrimônio próprio do órgão da corporação mas à custa de um patrimônio que é interpretado como patrimônio da corporação, assim também, no caso de não-cumprimento deste dever, a sanção estatuída pela ordem jurídica estadual, a execução forçada, não se opera no patrimônio do órgão mas no patrimônio que é atribuído à corporação. Com fundamento nesta atribuição pode falar-se de uma sanção dirigida contra a corporação e, portanto, de uma responsabilidade da corporação pelo não-cumprimento do dever que um indivíduo pelo estatuto determinado tem de cumprir na sua qualidade de órgão da corporação.

β) Responsabilidade da pessoa jurídica

Mesmo que se exclua a capacidade delitual da corporação, nem por isso fica de forma alguma excluída a responsabilidade da mesma. Apenas sucede então que não é uma responsabilidade da corporação por um delito próprio, quer dizer, por um delito atribuível à corporação, mas uma responsabilidade por um delito alheio, ou seja: responsabilidade pelo delito que o indivíduo designado pelo estatuto para cumprir o dever cometeu. Responsável por um delito é o indivíduo contra o qual é dirigido o ato coercitivo, funcionando como sanção, de que o delito é o pressuposto. No caso de a sanção consistir na privação compulsória de valores patrimoniais, respondem, o indivíduo que tem o poder de disposição sobre o patrimônio e contra o qual o ato coercitivo se dirige, com a sua pessoa, e o indivíduo que é sujeito dos direi-

tos que formam o patrimônio, com o seu patrimônio, no qual se há de operar a execução forçada. Na hipótese de uma corporação, o poder de disposição sobre o patrimônio considerado pertence a um órgão da mesma corporação. Se tem lugar uma execução forçada deste patrimônio como reação contra o não-cumprimento de um dever imposto à corporação pela ordem jurídica estadual, o ato coercitivo dirige-se contra o órgão que, assim, apenas responde com a sua pessoa pelo não-cumprimento do dever; enquanto que, quando se considera a corporação como sujeito deste patrimônio, se pode dizer que a corporação responde com o seu patrimônio. Efetivamente, a corporação é considerada como sujeito deste patrimônio, quer dizer: são-lhe atribuídos, na linguagem corrente, os direitos que formam este patrimônio. Como veremos, porém, estes direitos podem também ser considerados como direitos comuns ou coletivos dos membros da corporação, quer dizer: podem ser atribuídos, como direitos coletivos, aos membros da corporação. Esta é, em todo o caso, uma interpretação mais realista do que aquela que constrói como suporte dos direitos uma pessoa fictícia. Então poderá dizer-se que os membros da corporação respondem com o seu patrimônio coletivo pelo não-cumprimento, por parte de um órgão da mesma corporação, de um dever imposto a esta pela ordem jurídica estadual. Se se fala de responsabilidade da corporação pelo não-cumprimento dos seus deveres constituídos através da execução civil, significa-se uma situação que consiste em que o órgão, a quem compete o poder de disposição sobre o patrimônio no qual se há de operar a execução forçada, responder com a sua pessoa, e a corporação ou os membros da corporação responderem com aquele patrimônio, que pode ser havido como patrimônio da corporação ou patrimônio coletivo dos membros da corporação. Se se fala de responsabilidade da corporação, atribui-se à corporação o padecimento do mal que consiste na subtração compulsória de valores a um patrimônio que é havido como patrimônio da corporação ou patrimônio coletivo dos seus membros. Se o cumprimento do dever estatuído pela ordem jurídica estadual é tornado, pelo estatuto, conteúdo de um dever do órgão competente na medida em que aquele liga ao não-cumprimento deste dever orgânico uma pena a aplicar ao mesmo órgão, esta responsabilidade penal individual do órgão acresce à responsabilidade da corporação (no sentido que acaba de ser caracterizado).

Se se considera a corporação como sujeito de direitos patrimoniais, a configuração de uma responsabilidade da corporação por delitos que são pressuposto da execução forçada do patrimônio não oferece qualquer dificuldade. Tal dificuldade já surge quando se põe a questão de saber se uma corporação pode ser responsabilizada por delitos que constituem pressuposto de outras sanções, designadamente de penas de prisão ou da pena de morte, e foram cometidos por indivíduos que para tal recebem autorização ou competência (no sentido estrito da palavra) do estatuto — válido ou inválido, mas de fato eficaz —, quer ele seja público ou secreto. Parece de fato uma idéia absurda a de que uma pena de prisão ou de morte possa ser executada sobre uma corporação. Somente aos indivíduos podem a liberdade ou a vida ser compulsoriamente retiradas a título de pena. Parece ser impossível atribuir o padecimento deste mal a uma comunidade. Se, porém, se considera que não surge de forma alguma como absurdo o dizer-se que uma pena pecuniária é aplicada a uma corporação, e que com isso nada mais se exprime senão que a execução forçada se opera sobre o patrimônio da corporação que, realisticamente considerado, é o patrimônio coletivo dos seus membros; se se admite, portanto, que a expressão “a corporação é punida por um delito” apenas significa que os seus membros respondem coletivamente por um delito, então a idéia de uma pena de prisão ou de morte a aplicar a uma sociedade perde o seu caráter paradoxal. Uma ordem jurídica estadual pode, afastando-se do princípio da responsabilidade individual em regra observado no domínio do Direito penal, determinar que, no caso de um indivíduo cometer um crime na sua qualidade de membro ou órgão de uma organização — proibida ou não, secreta ou não —, devem por esse crime ser punidos com a pena de prisão ou com a morte não apenas este indivíduo, mas todos os membros ou certos órgãos especialmente proeminentes dessa organização. Quer dizer: a ordem jurídica pode estatuir uma responsabilidade coletiva que se já efetivada através das penas de prisão ou de morte. Neste caso, não é mais absurdo considerar esta responsabilidade coletiva dos membros de uma organização como pena exequível sobre a organização — quer dizer: atribuir à comunidade o padecimento do mal da pena — do que interpretar a execução forçada dirigida contra o patrimônio de uma corporação, através da qual também se efetiva tão-somente uma responsabilidade coletiva dos membros, como dirigida contra a corporação, e dizer, na hipótese de uma

pena pecuniária, que a pessoa jurídica é punida. Mas é provável que, se uma lei penal estatuisse a responsabilidade coletiva aqui caracterizada, o padecimento da pena de prisão ou de morte pelos indivíduos por ela atingidos não fosse atribuído à organização, que a linguagem se recusasse, neste caso, a dar expressão à operação mental da atribuição³⁴.

γ) Direitos da pessoa jurídica

Quando se atribui a uma corporação um direito subjetivo em sentido técnico, quer dizer, o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever, ou, o que é o mesmo, a ofensa de um direito reflexo, o poder jurídico há de ser exercido por um órgão determinado através do estatuto. Sujeito deste direito é o órgão. Através do fato de o direito ser atribuído à corporação exprime-se que o exercício do poder jurídico é determinado pelo estatuto. Se é um dever de prestação cujo não-cumprimento deve feito valer através deste poder jurídico, a prestação tem de ser feita àquele órgão da corporação que, segundo o estatuto, deve receber a prestação. Se é um dever de tolerância, especialmente, no caso da propriedade, o dever de suportar o poder de disposição de uma determinada coisa, é perante o órgão da corporação a quem compete, de acordo com o estatuto, esse poder de disposição que o dever de tolerância existe. O estatuto pode, porém, determinar que o uso da coisa pertença aos membros; mas, então, tem de regular este uso da coisa pelos seus membros e, nesta hipótese, essa regulamentação deve ser tolerada como exercício do poder de disposição sobre a coisa. Se se fala de um dever em face da corporação ou de um direito reflexo da corporação, nesta atribuição exprime-se que o estatuto determina os indivíduos em face dos quais existe o dever de prestar ou o dever de tolerância. É, como na hipótese de atribuição do poder jurídico à corporação enquanto pessoa jurídica, referência à ordem jurídica parcial constitutiva da corporação, ordem essa que, assim, é personificada.

Tendo em atenção o fato de que o poder jurídico em questão deve ser exercido no interesse dos membros da corporação e o cumprimento dos deveres jurídicos constitutivos dos direitos reflexos deve, em última análise, resultar em proveito dos membros da corporação, pode também fazer-se a atribuição a estes

membros e falar-se em direitos coletivos dos mesmos. E, então, poderá considerar-se o patrimônio constituído por estes direitos, tanto patrimônio da corporação enquanto pessoa jurídica, como patrimônio coletivo dos membros da corporação; e uma execução forçada neste patrimônio, tida como responsabilidade da corporação, poderá ser considerada como responsabilidade coletiva dos membros da corporação.

Os direitos e deveres pela jurisprudência tradicional atribuídos à corporação como pessoa jurídica são, portanto, como aliás todos os deveres e direitos, deveres e direitos de indivíduos, no sentido de que têm por conteúdo a conduta de determinados indivíduos. Eles não têm de ser necessariamente atribuídos à pessoa jurídica da corporação como seu suporte e, especialmente, não têm de ser atribuídos à corporação por não poderem ser olhados como deveres e direitos de indivíduos, isto é, como direitos e deveres dos membros da corporação, pois podem, como vimos, ser atribuídos a esses membros como deveres e direitos coletivos. Subexiste, no entanto, uma diferença entre estes deveres e direitos e aqueles que, segundo a teoria tradicional, não são atribuídos à corporação como pessoa jurídica. Estes últimos não são, como aqueles, deveres e direitos coletivos dos membros, mas são — por contraposição aos deveres e direitos coletivos — deveres e direitos individuais; e a responsabilidade pelo não-cumprimento dos deveres que pela teoria tradicional são atribuídos à corporação é responsabilidade coletiva dos seus membros. Estes respondem com o seu patrimônio coletivo. Se bem que se não tenha necessariamente de assim proceder, pode sem dúvida estatuir-se uma tal responsabilidade coletiva dos membros apenas pelo não-cumprimento dos deveres atribuídos à comunidade. A esta responsabilidade coletiva pode acrescer — como já notamos — a responsabilidade do órgão da corporação ao qual o estatuto constitui na obrigação de cumprir o dever imposto à mesma pela ordem jurídica estadual. E a responsabilidade da corporação não tem de ser necessariamente limitada ao patrimônio coletivo dos membros. Pode antes estatuir-se, para a hipótese em que o patrimônio da corporação ou patrimônio coletivo dos membros não seja suficiente para cobrir os prejuízos causados pelo não-cumprimento do dever atribuído à corporação, a responsabilidade individual dos membros, quer dizer, a responsabilidade dos membros com o seu patrimônio individual. Nisto reside a diferença entre corporações de responsabilidade limitada e corporações de responsabilidade ilimitada.

A atribuição à corporação de deveres que hão de ser cumpridos por um órgão da corporação e de direitos que hão de ser feitos valer através da ação judicial instaurada por um órgão da corporação é uma atribuição da mesma espécie que a atribuição de deveres, que hão de ser cumpridos pelo representante legal, e de direitos, que hão de ser feitos valer através de uma ação proposta pelo representante legal, ao incapaz representado. Apenas existe diferença na medida em que, no caso da organicidade, a atribuição se faz à corporação pensada como pessoa jurídica, e não a indivíduos humanos. O órgão da corporação “substitui” (ou representa) a pessoa jurídica da corporação. Se se reconhece que os deveres e direitos em questão, como deveres e direitos coletivos, podem ser atribuídos aos membros da corporação, então o órgão da corporação pode ser considerado como o representante dos membros da corporação designado pelo estatuto. O estabelecimento do estatuto é o negócio jurídico através do qual é criada esta relação entre órgão da corporação e membros da corporação. A questão muitas vezes posta da distinção entre organicidade e representação é uma questão de atribuição. A representação é, tal como a organicidade, atribuição; um indivíduo é representante na medida em que os seus atos e os deveres cumpridos ou direitos exercidos através desses atos são atribuídos a outro indivíduo, e é um órgão na medida em que os seus atos e os deveres cumpridos e direitos exercidos através desses atos são atribuídos a uma corporação como pessoa jurídica, ou seja, são referidos à unidade de uma ordem normativa que, através desta atribuição, é personificada.

f) *A pessoa jurídica como conceito auxiliar da ciência jurídica*

O resultado da análise precedente da pessoa jurídica é que esta, tal como a pessoa física, é uma construção da ciência jurídica. Como tal, ela é tampouco uma realidade social como o é — conforme, apesar de tudo, por vezes se admite — qualquer criação do Direito. Quando se diz que a ordem jurídica confere a um indivíduo personalidade jurídica, isso apenas significa que a ordem jurídica torna a conduta de um indivíduo conteúdo de deveres e direitos. É a ciência jurídica que exprime a unidade destes deveres e direitos no conceito — diferente do conceito de homem — de pessoa física, conceito do qual nos podemos servir, como conceito auxiliar, na descrição do Direito, mas do qual não temos necessa-

riamente de nos servir, pois a situação criada pela ordem jurídica também pode ser descrita sem recorrer a ele. Quando se diz que a ordem jurídica confere a uma corporação personalidade jurídica, isso significa que a ordem jurídica estatui deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de indivíduos que são órgãos e membros da corporação constituída através de um estatuto, e que esta situação complexa pode ser descrita com vantagem, porque de maneira relativamente mais simples, com o auxílio de uma personificação do estatuto constitutivo da corporação. Porém, esta personificação e o seu resultado, o conceito auxiliar de pessoa jurídica, são um produto da ciência que descreve o Direito, e não um produto do Direito. Isto em nada é alterado pelo fato de também a autoridade de criadora do Direito, o legislador, se poder servir deste conceito, como aliás de qualquer outro criado pela ciência jurídica. Como já acima foi acentuado, toda ordem normativa que regula a conduta de uma pluralidade de indivíduos pode ser personificada; a conduta por ela determinada e os deveres a cumprir ou os direitos a fazer valer através desta conduta podem ser referidos à unidade daquela ordem, podem ser atribuídos à pessoa jurídica assim constituída. Quando, como por vezes sucede, se distingue entre as comunidades (associações) que têm personalidade jurídica e as que não têm uma tal personalidade jurídica, isto fundamenta-se na circunstância de nos servirmos de um conceito mais restrito de pessoa jurídica, falando de pessoa jurídica apenas quando a ordem jurídica estabeleça disposições especiais, v. g., quando os membros respondem apenas ou, pelo menos, em primeira linha, com o seu patrimônio coletivo. Mas também um tal conceito estrito de pessoa jurídica é uma construção da ciência do Direito, um conceito auxiliar do qual nos podemos servir na descrição do Direito, mas em que tenhamos necessariamente de proceder assim. O Direito cria deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta humana, mas não cria pessoas. Assim como não é lícito reconhecer à ciência jurídica uma função própria do Direito, assim também se não pode reconhecer ao Direito uma função própria da ciência jurídica.

g) *A superação do dualismo de Direito no sentido objetivo e Direito no sentido subjetivo*

Na concepção da jurisprudência tradicional o sujeito jurídico — como pessoa física ou jurídica —, com os “seus” deveres e di-

reitos, representa o Direito num sentido subjetivo; a titularidade jurídica (*Berechtigung*) designada como direito subjetivo é apenas um caso especial desta noção compreensiva. E o Direito neste sentido subjetivo mais amplo situa-se em face do Direito objetivo, da ordem jurídica, quer dizer, em face de um sistema de normas, como se formasse um domínio distinto. A Teoria Pura do Direito afasta este dualismo ao analisar o conceito de pessoa como a personificação de um complexo de normas jurídicas, ao reduzir o dever e o direito subjetivo (em sentido técnico) à norma jurídica que liga uma sanção a determinada conduta de um indivíduo e ao tornar a execução de sanção dependente de uma ação judicial a tal fim dirigida; quer dizer: reconduzindo o chamado direito em sentido subjetivo ao Direito objetivo. Desta forma, supera-se aquela posição subjetivista em face do Direito a cujo serviço se encontra o conceito de direito em sentido subjetivo: aquela concepção forense ou advocacial que apenas considera o Direito do ponto de vista dos interesses das partes, isto é, aquela concepção que o visualiza tendo apenas em mira saber o que ele significa para o indivíduo, em que medida lhe aproveita, quer dizer, em que medida serve o seu interesse, ou o prejudica, isto é, o ameaça com um mal. É esta a atitude específica da jurisprudência romana que, saída no essencial da prática consultiva dos juristas que exerciam o *jus respondendi*, foi recebida juntamente com o Direito romano. A atitude da Teoria Pura do Direito é, inversamente, uma atitude inteiramente objetivista-universalista. Ela dirige-se fundamentalmente ao todo do Direito na sua objetiva validade e procura apreender cada fenômeno particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do Direito apreender a função do todo jurídico. Neste sentido, é uma concepção verdadeiramente orgânica do Direito. Mas, se concebe o Direito como organismo, não entende por tal qualquer entidade supra-individual, supra-empírica-metafísica — concepção esta por detrás da qual se escondem quase sempre postulados ético-políticos —, mas única e exclusivamente: que o Direito é uma ordem e que, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser postos e resolvidos como problemas de ordem. A teoria jurídica torna-se, assim, numa análise estrutural do Direito positivo o mais exata possível, liberta de todo juízo de valor ético-político.