

ARTHUR FAVARET E AS CATEGORIAS KELSENIANAS

João Guilherme Sauer

Advogado no Rio de Janeiro.
Procurador do Estado do Rio de Janeiro.
Professor no Curso de Direito Empresarial
da Fundação Getúlio Vargas, RJ.

O livro *A Estrutura Lógica do Direito*, de Arthur José Favaret Cavalcanti (Editora Renovar, Rio, 1996), é um importante acontecimento das letras jurídicas brasileiras.

Nossa literatura especializada vem sofrendo, de uns tempos para cá, de um vício que, de resto, não lhe é exclusivo. Já não falo da insuficiência do conteúdo, pois, apesar da precariedade do ensino, a partir do ensino básico, que limita invencivelmente a capacidade de produção, ainda se podem encontrar obras de apreciável qualidade. Refiro-me ao próprio formato dos textos, ao chamado "estilo acadêmico", que, à semelhança do que ocorre em outras áreas, se destina mais a enriquecer o currículo dos que escrevem, do que a esclarecer o espírito de quem lê.

O livro do meu amigo Arthur foge a esse esquema, o que certamente se explica por ser ele, pura e honrosamente, um advogado militante - a quem foi dada a excelente educação, que pelo menos os filhos da classe média habitualmente tinham, em passado não muito distante -, que foi movido, ao elaborar seu texto, pela preocupação, evidente à primeira vista, de transmitir a outros as sínteses que formulou, ao longo de muitos anos de análise.

A Estrutura Lógica do Direito - na verdade, uma Teoria Geral do Direito elaborada sob forte influência das estruturas lógicas - lembra um outro livro primoroso, escrito sob semelhante inspiração: a *Teoria Geral do Direito Tributário*, única obra de Alfredo Augusto Becker. Tanto na obra de Arthur, como na de Becker, se manifesta essa coisa cada vez mais rara: que o autor não se satisfaz com algumas "verdades" consagradas na doutrina, que sobre elas meditou criticamente e que, a partir disso, procurou encontrar soluções que lhe apascentassem o espírito. Nada mais excepcional, numa atividade em que, até pelo vício a que acima aludi, costuma-se apenas aumentar, pela quantidade, a autoridade de doutrinas estabelecidas.

Um dos autores estudados e criticados por Arthur é o meu amado Hans Kelsen. Trata-se, como se sabe, de um dos autores mais criticados e menos compreendidos da literatura jurídica. Como Arthur o estudou, concebe uma crítica interessantíssima da doutrina de Kelsen, uma das poucas que procuram atacá-la

"por dentro", nas falhas e contradições encontradas no contexto mesmo da *Teoria Pura*, sugerindo a infidelidade do mestre ao seu próprio método.

É por me parecer que, ainda assim, algumas dessas críticas de Arthur não acertam o centro do alvo, que me aventuro a escrever estas linhas.

Afirma o meu amigo, por exemplo, que ao definir o fenômeno da sanção jurídica como a inflição de um *mal* ao sancionado, Kelsen estaria a trair a pureza mesma, que reivindicou para a sua teoria. De fato, quando o jurista austríaco confere ao conteúdo da sanção uma valoração negativa - um *mal* -, ele admite implicitamente, que um aspecto essencial de todo o seu edifício teórico não sobrevive sem o elemento axiológico.

Eis aí uma crítica danada de boa, que a propósito, não passou despercebida a juristas que adotaram o pensamento Kelseniano como alicerce de suas obras.¹ Não creio, no entanto, que Kelsen tenha ido tão longe no seu objetivo de criar uma teoria "pura" do direito. Penso, aliás, que, se ele assim terá pretendido, o fato de não haver realizado plenamente o seu objetivo não infirma a validade do seu argumento.

Na verdade, a "pureza" buscada por Kelsen se prende, essencialmente, à relação do objeto com o método do conhecimento. Kelsen sustentou a possibilidade de serem válidos, isto é, de existirem ordenamentos e normas jurídicas, enquanto tais, independentemente de conflitarem com valores predominantes, ou que se pretende que predominem, no mesmo ou em outros meios sociais. Admitida essa realidade, a necessidade de o método de investigação dela ser igualmente desvinculado de valores é inafastável. Ou seja, não é possível erigir certos juízos de valor em premissas do enunciado de existência de uma ordem jurídica indiferente a valores, sem sacrificar a verdade do próprio enunciado.

Isso, no entanto, não quer dizer que não se possa surpreender a presença dos valores informando a elaboração da própria *técnica* de controle social chamada direito. Vejamos o caso da *sanção*. Ela é, na visão de Kelsen, o objeto de um *ato coercitivo* infligido em virtude da não observância, por alguém, da conduta que evita a sua aplicação. Sanção e coerção são indissociáveis.² E a aplicação da sanção implica necessariamente uma mudança na situação do sancionado. É porque a sanção implica essa mudança na situação do sancionado que ela existe, particularizando o direito entre as várias técnicas de controle social, de estímulo e de desestímulo de comportamento dos homens. Se a sanção introduz essa mudança, é impossível não se estabelecer uma comparação entre a nova situação e a anterior, a modificada. E a comparação conduz a um juízo valorativo: ou a nova situação é *melhor* ou é *pior* do que a anterior. Logo, não é simplesmente possível extirpar a valoração, se se quiser estabelecer a essência do conceito de sanção. E, repito, não me parece que Kelsen tenha pretendido isso.

Como Arthur bem aponta, para Kelsen, *somente* é sanção aquela cuja aplicação representa um *mal* para aquele contra quem ela se dirige. Kelsen não aceita as chamadas "sanções premiais". E, na lógica dele, a sanção tem que ser tida como um *mal*, porque o que a caracteriza é ser aplicada contra a vontade do sancionado, e até com o uso da força, se houver resistência. A coercibilidade da sanção supõe o ser ela geralmente *sentida* como um mal pelo sancionado, caso contrário não precisaria ser coercitiva. Claro, haverá quem, masoquistamente, queira sofrer a sanção. Para este, o conteúdo da sanção não será um mal. Mas não são esses casos, verdadeiramente excepcionais, que modificam o conteúdo maléfico da sanção, pois o que se exige é que ele seja geralmente *sentido* - e, portanto, geralmente *visto* - como um mal. A idéia do que é geralmente tido como um mal, não é jurídica; é, como percebeu Marco Aurélio Greco, sociológica.³

Ao contrário deste último autor, todavia, penso que a consideração sociológica do malefício da sanção não polui a "pureza" da teoria Kelseniana, pois o próprio ponto de partida da análise de Kelsen não é essencialmente jurídico. É histórico e sociológico. Foi analisando o fenômeno jurídico na história que Kelsen pretendeu formular a essência dele. Por exemplo, a idéia de que a técnica jurídica opera prescrevendo comportamentos, que é a raiz da negação Kelseniana de uma essência para o fenômeno conhecido como "direito subjetivo", parte de uma constatação histórica. Neste ponto - repito: neste ponto -, há um quê de positivismo metodológico na Teoria Pura. Como positivismo há, de uma certa maneira, em Marx. Marx vaticina a superação do direito como técnica de controle social, na sociedade comunista, exatamente porque vê nele um fenômeno histórico, o instrumento de domínio de uma classe por outra, que se tornará obsoleto quando a história deixar de ser a história da luta de classes. Kelsen não exclui essa possibilidade, embora se abstenha de especular a respeito. Apenas afirma, com toda razão, que quando isso ocorrer, a sociedade humana será absolutamente diferente de todas em que o fenômeno jurídico se manifestou, que são, na verdade, todas aquelas de que temos um registro histórico razoável. A afinidade dos dois pensadores, ao menos neste ponto, é evidente.

Outra observação de Arthur sobre o papel da sanção na identificação da norma jurídica me parece merecer alguns comentários. Diz ele que, para Kelsen, a sanção independe de violação de qualquer norma. Sim, mas esse enunciado não tem as consequências que Arthur dele extrai.

Na verdade, a sanção é, ela própria, o objeto de uma norma: a que prescreve a alguém a infligência coercitiva de um mal a outrem. Como toda norma, a sancionadora é condicionada, somente incidindo se um fato previsto no ordenamento ocorrer. Esse fato é precisamente a conduta oposta à preceituada. O que Kelsen nega é justamente que exista algo como uma *violação* da norma, pois aquele que, na visão da doutrina tradicional, viola uma norma, na realidade pratica um ato que é o pressuposto da aplicação da norma.⁴

Arthur, em uma passagem do seu livro, afirma que, levada às últimas consequências, a teoria de Kelsen reconhece a existência de apenas uma norma. Eu não chegaria a tanto. Mas é verdade que, no olhar de Kelsen - como no do próprio Arthur -, há muito menos normas num ordenamento do que a doutrina tradicional, apegada à sua expressão verbal, identifica. E isso se relaciona com o que eu acima escrevi sobre o condicionamento essencial a toda e qualquer norma. De fato, a sanção é a norma por excelência. A aplicação dela é condicionada por uma cadeia de pressupostos que só não é infinita porque tem o seu ponto inicial na norma fundamental. A norma fundamental condiciona a norma constitucional. Esta se cria por ato de aplicação da norma fundamental e, por isso, é *inferior* àquela. A lei ordinária é condicionada pela norma constitucional, e a sua edição é um ato de aplicação da constitucional. E assim por diante, até o último comportamento capaz de deflagrar a aplicação de uma sanção, o qual a deflagra justamente porque é o pressuposto disso, erigido na mesma ou em outra norma.

Daí a classificação fundamental das normas em *autônomas* e *não autônomas*. *Autônoma* é a norma que preceitua a sanção, fixando, ela mesma, o pressuposto a que liga a sanção. *Não autônoma* é a que constitui pressuposto da aplicação da sanção, sem estatuir a sanção, ela mesma. A norma "deve ser aplicada uma sanção a quem praticar um ato ilícito" é uma norma autônoma. As normas que definem atos ilícitos, e que, portanto, preenchem o conteúdo do pressuposto da norma autônoma, segundo a "deve ser aplicada uma sanção a quem praticar um ato ilícito", são normas não autônomas. Por quê? Porque dependem da norma autônoma para se afirmarem como normas jurídicas.

Neste sentido, normas não autônomas são todas as que prescrevem ou autorizam comportamentos (como as que atribuem competência para criar outras normas), sem estabelecerem, elas mesmas, uma sanção. Todas elas entram como pressuposto da aplicação da norma, situada no final da cadeia normativa, que prescreve uma sanção.

Assim, se é verdade que, para Kelsen, a aplicação de uma sanção independe da violação de uma norma, não é certo que independa de qualquer coisa, pois é condicionada pela verificação de um pressuposto previsto na própria norma que a prescreve ou em outra. Esse pressuposto não representa uma *violação* da norma, mas sim, faz com que ela se aplique.

E é a efetiva aplicação, em concreto, das normas não autônomas e autônomas - da fundamental até, num processo dinâmico, a última norma prescritiva de uma sanção, que não seja, ela mesma, sancionada, no caso de "descumprimento", por inexistente outra norma autônoma que preveja sanção para isso - que constrói a validade, ou seja, a existência do direito.⁵

Encaradas as coisas desse ângulo, a sanção independe, efetivamente, da violação de qualquer norma, na medida que a Teoria Pura desconhece a figura da "violação" de normas. Mas reconhece a inobservância da conduta que evita a sanção. E esta é uma conduta prescrita.

Assim sendo, não há, realmente, diferença essencial entre a multa e o tributo. Arthur tem razão. Mas isso não quer dizer que a coerência interna da Teoria Pura fique comprometida. É que, para Kelsen, a multa não é sanção.⁶ A multa é também uma norma não autônoma, que tem por pressuposto a inobservância da conduta prescrita em outra norma não autônoma. O dever de pagar a multa tem, aqui, essência idêntica à da responsabilidade da doutrina tradicional: a de dever jurídico conseqüente à violação de um dever jurídico primário.⁷

Julgo importante observar, neste ponto, que, se a sanção tem sempre por pressuposto *imediato* a inobservância de uma conduta prescrita, a recíproca não é verdadeira, isto é, a inobservância de uma conduta prescrita nem sempre constitui o pressuposto *imediato* de uma sanção, pois esta pode situar-se mais adiante na cadeia de regras componentes do ordenamento. No passado, por exemplo, a inobservância da conduta consistente em pagar uma dívida era o pressuposto imediato da sanção caracterizada pela escravização do devedor. Como, no direito moderno, o devedor não responde pela dívida com a sua pessoa, mas com seu patrimônio, a sanção consiste no desfalque coercitivo do patrimônio dele em benefício do credor. Mas a elaboração jurídica que conduziu a essa forma de sanção carrega consigo a constatação de que o devedor, inadimplente embora quanto ao seu chamado dever primário, pode espontaneamente desfalcar o seu próprio patrimônio para satisfazer o credor. E, se ele assim agir, não precisará ser aplicado o ato coercitivo cujo objeto é a sanção. Quer dizer, com desfalcar espontaneamente o seu próprio patrimônio para satisfazer o credor, o devedor está tendo uma conduta que evita a sanção. Assim, essa conduta, consistente em desfalcar-se o devedor a si mesmo, em benefício do credor, evita a sanção e, portanto, não é, ela própria, a sanção. Tal conduta é o conteúdo daquilo que a doutrina tradicional inclui no conceito de responsabilidade. O conceito Kelseniano de responsabilidade é semelhante, mas não idêntico, ao da doutrina tradicional, na medida em que não abrange a conduta que evita a sanção. Para Kelsen, há responsabilidade de um terceiro, por exemplo, apenas quando contra a sua pessoa ou o seu patrimônio é dirigida a sanção pela inobservância de uma conduta prescrita a outrem, sem que ele, terceiro, possa evitar a sanção. Se o terceiro puder, através de sua conduta, evitar a sanção, será a não adoção dessa conduta o pressuposto imediato da sanção, caracterizando-se ele, então, como responsável pela inobservância de uma conduta a ele próprio prescrita.⁸

Diante disso tudo, o que se verifica é que, embora tanto a multa quanto o tributo não sejam uma sanção - no que a Teoria Pura se distancia da concepção de Arthur -, e conquanto as normas que prescrevem o pagamento de uma e de outro

ao estado sejam essencialmente idênticas - no que a observação de Arthur sobre a Teoria Pura está correta -, nada impede que, em um determinado ordenamento jurídico, se estabeleça que a multa tenha por pressuposto a inobservância de uma conduta prescrita e o tributo, não.⁹ Esta distinção, no entanto, não é objeto da preocupação de Kelsen, pois que a este interessa, apenas, que haja, no ponto final da cadeia normativa, uma sanção que lhe atribua caráter jurídico.¹⁰

Acho interessante aproveitar, agora, a alusão de Arthur à técnica jurídica de estimular comportamentos também através da atribuição de *prêmios*, para abordar especificamente o caso dos incentivos fiscais, que alguns autores - não Arthur - incluem na categoria "sanção premial".¹¹ Como já registrei, acima, Kelsen nega essa categoria, sanção premial. Não desejo debater, ainda, se há, ou não, sanções premiais. Mas me parece que o exemplo dos incentivos fiscais não é bom. Isto porque a conduta que se objetiva estimular através dos incentivos fiscais não é uma conduta prescrita. Ela é desejada e estimulada, mas não prescrita, pois não é obrigatória, nem proibida. Isso fica, a meu ver, mais fácil de compreender se se reconhece que o tributo pode ser utilizado para estimular condutas, não apenas através da sua dispensa (que é um *bem* para o contribuinte), mas também mediante o seu agravamento (que é um *mal* para o contribuinte). Veja-se o caso da tributação fortemente progressiva das importações. Nosso ordenamento jurídico prevê a proibição de se importarem certos bens. Importá-los é, em si, um ato ilícito. Outros bens podem, entretanto, ser importados. Mas a importação de alguns deles é indesejada e, por isso, desestimulada, através de tributação que atinge montantes superiores ao valor do próprio bem. A tributação agravada, nesses casos, não é uma sanção, porque a importação sobre a qual ela recai não é uma conduta proibida, ou - o que dá no mesmo - porque a abstenção de importar não é uma conduta obrigatória. Verifica-se, portanto, que, apesar de a importação desses bens, tributados mais gravosamente, ser uma conduta desestimulada e de o imposto pesado ser um *mal*, para quem tem que pagá-lo, a exigência do pagamento do tributo não caracteriza uma "sanção punitiva". Não vejo, portanto, por que os incentivos fiscais haveriam de ser incluídos na difícil categoria das "sanções premiais".

É claro que, para quem haja sanções premiais e as isenções fiscais nelas se incluam, não é apenas quanto à existência desse tipo de sanção que ocorre divergência em relação à Teoria Pura, mas sim quanto ao próprio conteúdo da norma sancionada, que deixa de ser a prescrição de uma conduta obrigatória. Minha discordância, aqui assumidamente ostensiva, não tem inspiração apenas Kelseniana, mas resulta, substancialmente, de que, a se exasperar o conceito de sanção ao nível de *qualquer* estímulo normativo à adoção de *qualquer* conduta, ainda que não obrigatória, chegaríamos à conclusão de que, ao menos na ideologia contemporânea à edição do nosso Código Civil, todas e cada uma das conseqüências jurídicas da realização do ato do casamento - o *debitum conjugalis*, o regime de bens, a legitimidade da prole, incluindo-se a legitimação de prole preexistente - poderiam ser incluídas no conceito de sanção.

Em suma, a sanção, na teoria Kelseniana, não se caracteriza por ser um *mal*, nem por ser o objeto de um *ato coercitivo*, nem por ter por pressuposto imediato a *inobservância de uma conduta prescrita, mas por tudo isso em conjunto*.

Finalizo estas linhas, que já vão longe, com algumas palavras sobre o direito natural. Arthur não admite a existência de um direito natural, quer-me parecer. Mas não lhe repugna admitir que há certas regras sem cuja observância qualquer ordenamento jurídico seria inviável. Seria, por exemplo, inimaginável uma sociedade em que o homicídio fosse uma conduta obrigatória. E, se a presença de uma tal regra no seio de uma sociedade não é concebível, a sua inexistência é condição de viabilidade do direito positivo, nada impedindo, para Arthur, que se chame o conjunto de cânones, de que faz parte a regra proibitiva da outra que prescreve o homicídio generalizado, de direito natural.

Bem, o problema aí é de terminologia. Não é esse tipo de regras, a que alude Arthur, que Kelsen define como direito natural. Kelsen não apenas conceitua diferentemente o direito natural, como também contempla regras, como as mencionadas por Arthur, em outro campo de suas considerações.

Para o líder da Escola de Viena, direito natural é toda norma ou conjunto de normas *pressupostas* (isto é, não *postas* por um ato humano de vontade), que condiciona a *validade* - isto é, a *existência* - do direito positivo, e mais, que condiciona a validade do direito positivo *pelo seu conteúdo*. Para quem existe um direito natural proibindo categoricamente que se mate alguém, em qualquer caso, as normas de direito positivo que efetivamente prescrevam a pena capital ou a morte do inimigo numa guerra, não valem, não existem. Para quem tenha essa concepção, nenhum ordenamento jurídico que existiu até hoje no mundo é inteiramente válido, pois, ao que se saiba, em nenhum se proíbe todo e qualquer tipo de guerra (mesmo porque é impossível) e, portanto, não se veda que o soldado, que luta na guerra, mate o inimigo.

Quanto ao exemplo da regra generalizada prescritiva do homicídio, de que lança mão Arthur, o problema aí não é de se condicionar a validade do ordenamento *pelo seu conteúdo*, mas sim pela inviabilidade do acatamento generalizado da regra - condição de *possibilidade* da norma. Novamente, toda norma é condicionada. Sua obrigatoriedade depende da configuração de certos pressupostos, que a condicionam no tempo e no espaço. É impossível que todas as normas em todos os momentos obriguem, ou que uma norma prescreva um comportamento a todas as pessoas em qualquer circunstância. No exemplo de Arthur - se é que ele assim pretendeu enunciá-lo - , a regra prescritiva do homicídio generalizado, em caráter categórico, não seria passível de observância. Todos os seus destinatários estariam obrigados a assassinar-se mutuamente, de sorte que todos os homens estariam obrigados a matar todas as mulheres, e vice-versa, inviabilizando a reprodução da espécie, até porque o feto que se gerasse em decorrência do supre-

mo delito de se violar a norma em questão deveria, ele também, ser morto. A existência mesma de um agrupamento humano - condição da própria possibilidade do direito - seria eliminada.

Agora, se pensarmos na hipótese de um ordenamento em que o assassinio de grandes contingentes populacionais seja prescrito, devemos aceitar a triste realidade de que um tal ordenamento existiu, e que outros tantos não estiveram longe de existir. Na Alemanha nazista vigoraram normas, gerais e individuais, escritas e não escritas, que prescreveram o homicídio de toda e qualquer pessoa, homens, mulheres e crianças, que fossem consideradas membros de "raças inferiores". Seis milhões de judeus foram assassinados em cumprimento dessas normas, para não falar de ciganos, eslavos, etc. Mais ainda, essas normas foram cumpridas pela máquina estatal: um número enorme de indivíduos foi investido na condição de órgãos estatais incumbidos, profissional e disciplinadamente,¹² de massacrar pessoas, pelo simples fato de pertencerem a determinados grupos. O caráter jurídico dessa atividade macabra foi percebido pela notável cientista política Hannah Arendt, que a chamou, com absoluta propriedade, de *massacre administrativo*. Podemos bem supor a que ponto as coisas chegariam se os alemães tivessem vencido a guerra.

O direito da Alemanha nazista existiu - isto é, foi válido -, ou não? Isso é que foi discutido no Tribunal de Nuremberg, que decidiu que a regra prescritiva do homicídio dos judeus e outros indivíduos não foi válida, não existiu - do ângulo Kelseniano -, não sendo, portanto, obrigatória, mas muito pelo contrário. O que prevaleceu, aí? Foi um direito natural, no conceito Kelseniano - isto é, uma norma *pressuposta*, de cujo *conteúdo* se extraísse a invalidade do direito nazista? Na visão da Teoria Pura, *não*. O que prevaleceu foi a força do direito *posto* por quem venceu a guerra - do direito internacional, se quiserem -, cujo conteúdo, desta vez, era bom, mas que, no futuro, pode não ser.¹³

A Teoria Pura não é, como se sabe, uma Filosofia do Direito. É uma Teoria Geral do Direito, uma maneira de se compreender a específica técnica de controle social chamada Direito. O Kelseniano esclarecido postula que a Teoria Pura é um instrumento poderoso e indispensável para se compreender o fenômeno jurídico, sem repelir não só a existência, mas até a necessidade de outras maneiras de se atingir o mesmo objetivo. Na generalidade dos casos, não há incompatibilidade entre o ponto de vista de Kelsen e outros enfoques. Se estes são diferentes daquele, isso não significa necessariamente que um ou outro esteja errado. Mas a identificação mesma das diferenças entre eles nos convida a fazer, primeiro, a análise de cada um dos pontos de vista com abstração do outro, para, depois, compará-los.

NOTAS

1. Veja-se Marco Aurélio Greco, *Norma Jurídica Tributária*, Saralva, São Paulo, 1974, pp. 48-49, que é, declaradamente, uma visão Kelseniana da norma tributária.

2. "Se o Direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem especificado. *Atos de coerção são atos a executar mesmo contra a vontade de quem por eles é atingido e, em caso de resistência, com o emprego da força física.* Como ressalta da investigação precedente, devem distinguir-se duas espécies de atos de coação:

Sanções, isto é, atos de coerção que são estatuidos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, como, por exemplo, a pena de prisão prevista para o furto; e atos de coação que não têm este caráter, como, por exemplo, o internamento compulsório de indivíduos atacados por uma doença perigosa ou que são considerados perigosos por causa da sua raça, das suas convicções políticas ou do seu credo religioso, ou ainda a aniquilação ou privação compulsória da propriedade no Interesse público" (Teoria Pura do Direito, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1962, vol. 1, pp. 213-214).

3. Marco Aurélio Greco, *ob. cit.*, p. 49.

4. *Teoria Pura ... cit.*, vol. cit., pp. 218-225. É preciso ressaltar que Kelsen não condena que se use o vocabulário da doutrina tradicional, não postula que está errado dizer "o ato ilícito 'viola' ou 'quebra' a norma". Na verdade, ele mesmo por vezes emprega esse vocabulário. Tal como faz em relação ao direito subjetivo, o que ele nega é que o *ser contrário à norma* componha a essência do conceito de ato ilícito, de ato caracterizador de uma inobservância de uma conduta prescrita.

5. Um dos patriarcas do Direito Processual, Adolf Wach, disse que, para que o direito não somente exista, mas possa *realizar-se*, é necessário processo. Kelsen torna a "realização" do direito parte do próprio processo de elaboração de sua "existência" ("validade"): "A validade de uma norma geral hipotética começa com seu estabelecimento. Mas essa validade condicional não é nenhuma validade plena. O processo no qual uma norma geral hipotética é posta em vigor não termina com o ato de estabelecimento da norma. Precisa ser continuado logo que a condição determinada *in abstracto* nesta norma geral hipotética existiu *in concreto*; e precisamente com a fixação de uma norma individual categórica correspondente à norma geral. Este é o processo de *individualização* da norma geral. A "validade" de uma norma geral é a específica existência desta norma, não é uma situação estática, e sim um processo dinâmico" (*Teoria Geral das Normas*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986, p. 62).

6. Marco Aurélio Greco inclui a multa na categoria das sanções (*ob. cit.*, p. 126). Não discuto, aqui, se a multa é ou não uma sanção. Ela pode ser considerada como tal, mas não do ângulo da Teoria Pura. Como, na sua obra citada, Marco Aurélio Greco se propõe formular uma teoria do tributo, a partir de Kelsen, ele está, no particular, equivocado, como procurarei sustentar.

7. A responsabilidade, assim conceituada pela doutrina tradicional, é, para esta, uma sanção. Mas, para Kelsen, não (*Teoria Pura ... cit.*, vol. cit., pp. 240-243): "muitas vezes o dever jurídico em que se constitui um indivíduo de ressarcir os prejuízos materiais ou morais causados por ele ou por outrem é interpretado como sanção e, por isso, também esse dever é designado como responsabilidade. A sanção não é em si mesma um dever - ela pode ser estatuída como tal, porém, não tem necessariamente de o ser -, mas é o ato coercitivo que uma norma liga a uma determinada conduta cuja conduta oposta é, desse modo, juridicamente prescrita, constituindo conteúdo de um dever jurídico. (...) A ordem jurídica pode constituir os indivíduos no dever de não causarem prejuízos a outrem sem estatuir a obrigação ou o dever de indenizar os prejuízos causados com a infração daquele primeiro dever. Um tal dever de indenização apenas existe

quando não somente a produção de um prejuízo mas também a não indenização do prejuízo antijuridicamente causado é considerada pressuposto de uma sanção. (...) Um indivíduo poderia - como já foi notado - ser constituído no dever de não causar a outrem prejuízo, sem ser obrigado a indenizar o prejuízo causado com a infração daquele dever. Tal seria o caso se ele não pudesse evitar a sanção através da indenização do prejuízo. Segundo o Direito positivo, porém, ele pode - normalmente - evitar a sanção pela indenização do prejuízo. (...) A sanção da execução civil constitui dois deveres: o dever de não causar prejuízos, como dever principal, e o dever de ressarcir prejuízos ilicitamente causados, como dever subsidiário que vem tomar o lugar do dever principal violado. *O dever de ressarcir os prejuízos não é uma sanção, mas é esse dever subsidiário. A sanção da execução, isso é, a indenização compulsória do prejuízo através do órgão aplicador do Direito, apenas surge quando esse dever não é cumprido.*

8. Além do trecho de Kelsen, a que remete a nota 7, vejam-se, também, as páginas 233 a 236 dos mesmos obra e volume.

9. Doutrinariamente, há quem sustente que o tributo *pode* ser a sanção de um ato ilícito. Marco Aurélio Greco (*ob. cit.*, pp. 51-52) invoca o exemplo ilustre de Antônio Berliú.

10. Kelsen não se debruça sobre a distinção entre os chamados "ramos do direito" e, conseqüentemente, entre as normas que os caracterizam. Toca, muito de leve, na diferença entre pena e outras modalidades de sanção. Nada impede que juristas de inspiração Kelseniana o façam. O livro citado de Marco Aurélio Greco, assim como alguns trabalhos de Geraldo Ataliba, entre outros, são exemplos disso.

11. Tercio Sampaio Ferraz Jr. (*Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Atlas, 1990, p. 116), entre outros.

12. O famoso psicanalista Bruno Bettelheim, hóspede de um campo de concentração na Segunda Guerra, registrou, no seu livro *O Coração Informado*, que nunca viu um funcionário alemão desperdiçar o seu tempo livre para matar ou seviciar prisioneiros quando não estava em serviço, descartando o caráter puramente sádico dessa atividade.

13. Wiston Churchill, um conservador realista, preocupou-se com a jurisprudência que o Tribunal de Nuremberg poderia vir a estabelecer: "precisamos ter muito cuidado para não perder a próxima guerra".