

## Notas sobre a insuficiência da teoria geral do direito em uso

Desde que Hans Kelsen demonstrou ser a norma um juízo, até a constituição da moderna lógica deontica, que não é senão a formulação matemática de uma lógica das proposições normativas, só se tem feito fortalecer a concepção anti-imperativista das normas, embora o próprio Hans Kelsen, na polêmica contra Cossio, tenha voltado a uma curiosa forma de imperativismo. Não obstante, a concepção ainda dominante nos meios profissionais jurídicos é a equivocada teoria tradicional, que concebe a norma como uma ordem do legislador, em que pese o fato da existência notória de normas consuetudinárias, onde, por suposto, não há qualquer legislador, e onde, portanto, o imperativismo demonstra o seu caráter primitivo como personificação e antropomorfização do fenômeno consuetudinário, tal como o animismo primitivo era uma antropomorfização personificadora dos fenômenos naturais.

A tese dominante quase que unanimemente no pensamento jurídico do século XX é, ainda, a imperatividade. E não seria de espantar que uma teoria geral que parte dessa concepção primitiva da essência da norma não pudesse fazer muito boa figura em tudo que signifique o rigor lógico que se faz necessário como estrutura fundamental de uma autêntica teoria geral do direito. Alguns pontos capitais servirão para demonstrar a falta de rigor lógico da teoria geral em uso no pensamento

jurídico do século. Servir-nos-ão de exemplos, aqui, a suposta generalidade como caráter essencial das normas, a famosa teoria das lacunas no ordenamento e a concepção correspondente, que admite a existência de conduta extrajurídica como conduta indiferente ao direito, e ainda a famigerada doutrina do sujeito único, que é levada a admitir a relação jurídica **sujeito-coisa**, desafiando, assim, a bilateralidade, a socialidade e a própria humanidade essencial do direito.

Isso poderá mostrar a insuficiência da teoria geral em uso. As razões dessa insuficiência são óbvias e podem ser resumidas em dois grupos. Um decorre do caráter assistemático e, pois, pré-científico da teoria geral constituída por especialistas dos vários ramos do direito, em particular o direito civil. O fato de que tais especialistas já se ponham do ângulo de sua especial perspectiva implica, necessariamente, a perda de uma vocação universal, que há de caracterizar a teoria, por isso mesmo chamada geral. Outra série de fatores decorre de que, exatamente por ser geral, a teoria geral do direito sozinha não resolve qualquer questão forense, não responde ao **quid juris** e, como tal, **não dá camisa a ninguém**. Daí que ela seja antes obra de filósofos de que de juristas, donde o hiato entre uma rigorosa teoria geral e a prática diuturna dos juristas, com evidente prejuízo desta, que perde em rigor lógico e sistematicidade. Se se tratasse de uma ciência natural, uma teoria menos compatível com os fatos logo se refletiria na dominação da natureza, e até a guerra fria contribuiria para demonstrar a supremacia técnica da teoria mais rigorosa e, pois, mais ajustada. Suponha-se que uma das potências em choque na atual guerra fria ainda adotasse Ptolomeu. Certamente já teria perdido a disputa pela conquista do espaço, pois com geocentrismo não se pode chegar à lua. Mas, no plano dessa ciência da conduta que é a ciência jurídica, nem a guerra fria nos vem em socorro, e isso simplesmente porque **direito é conduta**, e, com a melhor teoria geral ou com pensamento primitivo, os processos são substanciados e as questões são resolvidas... talvez até mais expeditamente. Imagine-se que ainda usássemos ordálios. Deixaríamos de ter decisões judiciais por isso? Não, é evidente. E eles seriam talvez mais rápidos, por não envolverem longos e discutidos processos. Por que duvidar que uma teoria geral imperativista, e, pois, tão primitiva como os ordálios, possa estar hoje ainda em função, sendo tranqüilamente ensinada **ex cathedra** e ainda mais tranqüilamente aplicada?

É doutrina corrente, mesmo entre os melhores juristas e jurisfilósofos, a tese que aponta a generalidade como um dos caracteres essenciais da norma jurídica, ao lado da imperatividade. As raízes desse equívoco são a clássica definição latina de lei (e não de norma) como **generale praeceptum** e a identificação exegética de todo direito com a lei. Mesmo depois que esse preconceito exegético foi superado, continuou inercialmente, no espírito dos juristas e teóricos do direito, a idéia de que a norma jurídica é sempre, e fatalmente, norma **geral**. Depois de Kelsen, em cuja obra ficou patentemente assentado o caráter normativo das normas individualizadas, tais as sentenças e os contratos, somente poderia continuar a sustentar a generalidade da norma jurídica quem jamais se tivesse interrogado sobre a natureza da norma. Desde que essa natureza se patenteou como um juízo de **dever ser**, também se patenteou

a evidência de que tal juízo — assim como os juízos de *ser* — pode ser, quanto à quantidade: universal ou geral, particular e individualizado, conforme o âmbito de validade pessoal das normas, que corresponde, na lógica do *dever ser*, à extensão dos conceitos e à quantidade dos juízos na lógica do *ser*. Ademais, como construir a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, se todas as normas jurídicas são gerais? Não é, exatamente, a sua maior ou menor generalidade que as põe acima e abaixo, respectivamente, na estrutura piramidal do ordenamento? Se todas as normas são gerais, terão o mesmo grau na hierarquia, e, por conseguinte, não há tal hierarquia, mas um completo igualitarismo normativo, não se podendo, pois, falar mais de leis inconstitucionais ou de decretos ilegais, etc.

A *vexata quaestio* das lacunas da ordem jurídica tem absorvido o talento de muitos juristas ilustres. Todos eles não perceberam que a incidência da norma sobre a conduta cinde esta última, de modo apodítico, em “um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes”, já que “tudo que não está juridicamente proibido está juridicamente facultado”. E esse último princípio não permite sua conversão no correspondente “tudo que não está juridicamente facultado está juridicamente proibido”, porque este é incompatível com a liberdade em que a conduta consiste. Por isso o Prof. Carlos Cossio rotulou aquele princípio como **princípio ontológico do direito**, já que ele revela o *ser* (*ontos*) do direito como *conduta*, pois, se o direito fossem as normas, nada existe na essência das normas que impedisse a conversão do princípio ontológico, tal como na conduta, a liberdade. E que não se suponha que a máxima aplicável à administração pelo direito administrativo do mundo liberal — **Prohibita intelliguntur quod non permissum** — é a conversão do princípio ontológico e, pois, sua negação. Ao contrário disso, ela é a confirmação daquele princípio, porque somente aplicável a uma pessoa jurídica — a administração — que, como tal, simplesmente **não tem conduta** (não é *Dasein*).

Desse modo, resolve-se o problema de hermética plenitude do ordenamento jurídico — ordenamento que, assim, se exhibe isento de lacunas lógicas —, como também se demonstra que não há conduta humana indiferente ao direito, pois toda conduta há de incidir ou na área restrita do proibido, ou na sempre muito mais extensa do facultado jurídico.

Os que continuam afirmando que há conduta indiferente ao direito e à qual não caiba uma das quatro possíveis qualificações jurídicas como modos de ser do direito: faculdade, prestação, ilícito ou sanção, incluiriam, certamente, nesse universo ajurídico ou da conduta extrajurídica, o fato de eu estar agora escrevendo esta frase. Certamente este seria um fato indiferente ao direito para os que assim pensam, dirigindo seu pensamento jurídico por uma teoria geral anacrônica e alógica. Entretanto, se alguém se dispõe a impedir-me tal conduta, ver-se-á logo que tenho eu um recurso à ordem jurídica para reivindicar o meu direito de escrever aquela frase como exercício de minha liberdade jurídica. Os Kelsenianos diriam que só então, graças ao ilícito — milagrosamente graças ao ilícito, deveriam dizê-lo —, aquela minha conduta passou a interessar à ordem

normativa. O que não explicam os juristas kelsenianos é por que extraordinário milagre impedir uma conduta que era **extrajurídica** pode constituir-se num **ilícito**. Não é óbvio que tal impedimento é ilícito, porque a conduta impedida já era **licita** como autêntica faculdade jurídica, desde que não estava proibida, já que “tudo que não está juridicamente proibido está juridicamente facultado”. E, se era uma faculdade, era um dos modos de ser do direito, e, pois, não constituía conduta indiferente ao direito, coisa que, por suposto, não há, já que direito não é senão **conduta** naquele seu ângulo especial da interferência intersubjetiva, ou seja: naquele ângulo coexistencial em que o meu fazer interfere com o impedir ou não impedir dos outros sujeitos humanos.

É exatamente a falta desses “outros sujeitos\*humanos” o que desqualifica logicamente a teoria do sujeito único. A esse respeito, coexistem, no pensamento jurídico atual, as concepções mais canhestras. Há quem encontre dois sujeitos — ativo ou pretensor e passivo ou obrigado — nas relações de direito subjetivo relativo, tais as obrigacionais e potestativas, mas não consiga divisar senão um único sujeito — o ativo — nas relações do direito subjetivo absoluto, tais os direitos reais, intelectuais e de liberdade ou personalíssimos.

Há quem, como Edmond Picard — mais coerente, embora mais aberrante —, não veja, nem nos direitos obrigacionais, senão a presença de um único sujeito — o ativo ou titular —, tendo de reduzir o sujeito passivo à condição de coisa, numa espécie de escravização teórica de todos nós, desde que entremos como sujeitos passivos numa determinada relação de direito subjetivo relativo, tal um contrato. Não é outra a proposição de Picard no próprio título do item sobre o assunto: “Segundo Objeto possível de Direitos: os outros sujeitos, especialmente os Homens”.

O absurdo fundamental dessa concepção é a admissão de uma relação jurídica entre um sujeito e uma coisa. Com isso, ela anula a socialidade, a bilateralidade e a própria humanidade ou intersubjetividade essencial do direito, já que a relação sujeito-coisa poder-se-ia passar com um Robinson absoluto, que jamais tivesse tido o menor contacto com outros seres humanos. Não percebem tais autores que, se eu tenho direito ao uso e gozo de minha propriedade, é porque os demais, como sujeitos passivos, estão obrigados a respeitar esse meu direito a usar e gozar do que me pertence.

Se a concepção é a dominante, que aceita a dualidade de sujeito nas relações de direito subjetivo relativo, embora admita um só e único sujeito (o ativo) nas relações de direito subjetivo absoluto, temos, então, a mais total incoerência, como um alto preço que se tem de pagar pela mais total ausência de ontologia jurídica. Ou, então, o pensamento jurídico desses senhores atribui ao direito uma curiosa ontologia. Caprichosa ontologia, a de um ente que às vezes ...e só às vezes, é bilateral... Muito mais engraçado é ainda quando os corifeus dessa teoria que nega a socialidade do direito são... sociologistas... Não será agora evidente o caráter ideológico de uma teoria que faz o direito de propriedade não envolver qualquer relação com senhor ninguém?... Como falar, então, a

respeito da exploração do homem pelo homem? Onde se escondeu o explorado?!...

Um dos aspectos em que a teoria geral do direito ao uso revela sua insuficiência da maneira mais patente é no admitir que há conduta indiferente ao direito, e que por isso nos merecerá, aqui, mais amplos comentários do que os já expendidos acima.

Essa visão da teoria tradicional (que se acha surpreendentemente confirmada pela teoria pura de Hans Kelsen), segundo a qual de todo o universo humano da conduta somente aqueles comportamentos referidos pelas normas são atraídos ao mundo jurídico e os demais permanecem fora do universo do direito e alheios a qualquer qualificação jurídica, é um ponto da evidente ilogicidade da teoria geral ao uso em nossos tribunais e faculdades.

Foi a teoria egológica do direito, obra de Carlos Cossio e seus discípulos em nosso século (mais precisamente, após 1940), que atinou com a ilogicidade dessa visão lacunosa e absurda do universo jurídico.

Descobrimo que direito é conduta, e não apenas norma (o **apenas** se impõe, porque dizer conduta é dizer também norma como pensamento da conduta, pois, se a vida humana é um **dever ser existencial**, somente pode ser pensada sem abstração da liberdade por um **dever ser lógico** — a norma), a teoria egológica irá sustentar que qualquer interferência de sujeitos humanos (conduta em interferência intersubjetiva é o direito) há de ter uma determinada significação jurídica como **faculdade, prestação, ilícito** ou **sanção** (os quatro — nem mais nem menos — **modos de ser** do direito). No princípio: “tudo que não está juridicamente proibido está juridicamente facultado”, Cossio descobre não apenas o princípio (**lógico**) que preenche a ordem jurídica sem deixar lacunas, como, mais que isso, o próprio princípio **ontológico** do direito, porque revela o **ser (ontos)** do direito como **conduta**. A prova ontológica de que direito é conduta é o fato de que, embora logicamente “o proibido” e “o facultado” sejam conceitos lógicos que têm **in abstracto** a mesma extensão, aquele princípio não pode ser objeto da operação lógica da **conversão** (o que é sujeito passa a predicado e **vice-versa**). Se convertemos aquele princípio em “tudo que não está juridicamente facultado está juridicamente proibido”, o objetivo lógico de plenificar hermeticamente a ordem normativa é alcançado, mas a vida humana (conduta) tornar-se-ia impossível sob tal princípio. Imagine-se que, para eu escrever a letra **p**, da palavra princípio, cada vez que ela me ocorresse nesse artigo deveria haver um facultamento normativo específico... ou então estaria proibido. Esse experimento apodítico (como ocorre sempre com a manipulação fenomenológica) deixa patente as seguintes verdades:

1 **O ser do direito é a conduta**, porque é ela que, se constituindo em liberdade (ontológica), somente pode ser transformada pela menção normativa em “um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes”. A liberdade civil (**freedom**) limita a liberdade ontológica em que o homem consiste (**liberty**), mas essa é sempre um contínuo de faculdades

(**tudo** está permitido...) limitado pelas descontínuas proibições normativas (... **menos** o proibido).

2 **Não há conduta indiferente ao direito.** Ou lícito ou ilícito! Ora, por qualquer dos dois princípios (embora o outro, fruto da conversão, seja incompatível com a vida humana, qualquer conduta humana ou está proibida (ilícito), ou facultada (lícito). Até mesmo pela simples aplicação daquele par conceitual do lícito e do ilícito, uma vez que são conceitos antitéticos, todo o universo da conduta humana está aí compreendido. E, por aplicação do princípio lógico de terceiro excluído, uma qualquer conduta ou é lícita ou ilícita, já que **tertius non datur**... Ou será possível pensar uma determinada conduta que não é lícita nem também é ilícita?! Onde terá ido a lógica de que os juristas de um modo geral e os kelsenianos de modo particular fazem tanto alarde?!

Um ilustre mestre, em nome dessa teoria tradicional, afirmou-me que tanto o fato de eu criar um cavanhaque como o fato de ele tomar banho a tantas horas da manhã eram fatos indiferentes ao direito. Kelsen também sustentou, em conferência pronunciada em 1969, em Buenos Aires, que “a conduta de uma mulher que aleita o seu filho... é, do ponto de vista jurídico, completamente indiferente. Não existe no domínio do Direito”. (Nem o meu ilustre mestre nem o seu lembraram, porém, de dizer que essas eram condutas nem lícitas nem ilícitas, porque aí ficaria patente o ilogismo.)

Tanto Kelsen como o seu discípulo sustentam, porém, que aquelas condutas que “não existem para o direito” seriam (milagrosamente) atraídas para o mundo jurídico pelo **fiat** (mágico) do ilícito, se acaso alguém as quisesse impedir. Misterioso **fiat** do ilícito, que torna lícito e dá qualidade jurídica ao que tal não tinha! Por que será que tentar impedir que eu crie meu cavanhaque, que o meu prezado e ilustre mestre tome seu banho matinal à hora que bem entenda, ou que a mãe alimente seu filho seriam condutas ilícitas? Como imaginar que impedir o que **não era lícito nem ilícito** seja algo ilícito?! Não será por que todas aquelas condutas eram lícitas?! Não será que a linguagem popular é a acertada, quando afirma que, no caso, cada um de nós estava “**no seu direito**”, ao criar barba, tomar banho ou amamentar o filho?! Essa parece a única solução compatível com o pensamento e os fatos: lógica e ontológica, pois.

O próprio Hans Kelsen — sem perceber o seu caráter ontológico e, portanto, a verdade egológica que ele dá à luz — elogiou o princípio ontológico como um grande achado da teoria egológica:

“É a Teoria Ecológica de Cossio a primeira que mostrou a importância teórica do mencionado princípio; a saber: que tudo que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido, e que, em consequência, toda conduta humana está juridicamente determinada” (1)

É verdade que, na polêmica contra Cossio — e depois de descobrir o que significava a adjetivação de ontológico que qualificava aquele princípio, e as responsabilidades de uma autêntica conversão que aquele

elogio envolvia —, Kelsen volta atrás radicalmente, revelando que não vê diferença alguma (para a vida humana e a possibilidade de viver-se num sistema jurídico) entre o princípio ontológico de Cossio e o resultado de sua conversão: “tudo que não está juridicamente facultado está juridicamente proibido” (o kelseniano de boa cepa deve levantar o dedo, quando se perguntar quem gostaria de viver em tal situação de emparedamento normativo) (2).

E encastelou-se, novamente, na sua tese básica de que o ilícito é a única porta de entrada no mundo do direito, coerente com o seu esquema da norma primária (“dada a não-prestação deve ser a sanção”), que, segundo seu próprio dizer, torna a norma secundária supérflua (3).

Entretanto, não são poucos nem menos graves os problemas teóricos e práticos que tem de enfrentar uma tal teoria. Baste assinalar aqui que, se Kelsen quiser ser inteiramente coerente com ela, terá de admitir que, até que se verifique alguma ilicitude (não-prestação), os fatos de duas pessoas redigirem um contrato, reconhecerem as respectivas firmas e as das testemunhas, registrarem o contrato no registro público competente e passarem a cumprir, por longos anos, as respectivas prestações, tudo isso seriam fatos indiferentes ao direito, porque nenhum ilícito se verificou!...

Será, realmente, a teoria mais lógica e coerente, aquela tradicional do normativismo, que o grande Hans Kelsen incorporou de maneira pré-temática e que faz o universo da conduta ficar inteiramente alheio ao direito, e apenas algumas ilhas espalhadas à toa aparecerem com a qualificação de lícito ou de ilícito? Ou será melhor, para a constituição de uma ciência jurídica como ciência de rigor, a concepção egológica, que vê toda conduta como juridicamente qualificada como facultade, prestação, ilícito ou sanção? Onde o maior rigor? Onde a maior precisão? Onde a confirmação empírica dos fatos? E, agora, uma constatação ética muito cara, com certeza, ao liberalismo arraigado de nossos juristas: onde a maior segurança da pessoa humana? Estará esta mais segura numa concepção que deixa a maior parte da existência humana — como a mãe de São Pedro — num limbo do “nem lícito nem ilícito”, ou na mais moderna, mais lógica — porque a concepção ontológica —, que sustenta que não há conduta indiferente ao direito? Onde estarei eu mais seguro: numa concepção do mundo jurídico em que quase toda a minha vida, por não ser lícita, pode ser objeto de sanção, mas, por também não ser ilícita, não pode ser objeto de tal sanção, ou naquela outra concepção segundo a qual toda e qualquer conduta tem, fatalmente, sua precisa qualificação jurídica, pois ou é proibida (ilícito), ou então é facultada (lícito)?

Demonstrada a superioridade lógica e ontológica da concepção egológica sobre a tradicional, urge compreender por que uma teoria tão visivelmente falta da lógica mais elementar pôde ter tão larga vigência e ainda dominar a cátedra e o foro em matéria de teoria jurídica, mesmo em nossos dias.

No caso, a razão sociológica é bem óbvia. O jurista (embora em alguns predomine a figura do *homo theoreticus*) é predominantemente um homem prático. E, como tal, o mundo infinito da licitude simplesmente não lhe interessa. Para ele, simplesmente não consta. Ninguém atravessa a soleira da porta do escritório do seu advogado para indagar se pode dirigir o seu automóvel no sentido da mão, se pode perpetuar um soneto, ouvir uma sinfonia, cofiar os próprios bigodes ou mandar flores à mulher amada. Só muito excepcionalmente alguém será levado às barras dos tribunais por quaisquer desses fatos. Daí que lhe advenha a impressão de que apenas o ilícito lhe diz respeito como profissional da ciência jurídica. E, praticamente, é assim. Daí que o normativismo (tanto melhor se já kelseniano) seja também o lugar natural do jurista prático. De fato, ele apenas parece se ocupar de normas, já que a conduta, mesmo ilícita, é com os particulares que se trata. Não percebe, entretanto, que, se ele sobretudo de normas se ocupa, é para com elas conceituar juridicamente — como faculdade, prestação, ilícito ou sanção — essas mesmas condutas que pragmaticamente ele supõe além de seu interesse teórico e prático, fora do âmbito temático de seu mister científico. Mas, essa já é outra questão...

A. L. MACHADO NETO

1 Kelsen & Cossio. *Problemas escogidos de teoria pura*. Buenos Aires, Kraft, 1952. p. 38.

2 Kelsen. Teoría pura del derecho y teoría egológica. *R. Est. Pol.*, Madrid, (71):9, 1953.

3 Id. *Teoría pura del derecho y teoría egológica*. Neuchatel, Baconnière, 1953 p. 67.

O Normativismo tradicional, pré-kelseniano, adotando a mesma doutrina da existência de condutas indiferentes ao direito, à moral, à técnica e a qualquer outra ordem normativa, fá-lo ainda de maneira mais imprópria, porque menos rigorosa. O normativista tradicional pré-kelseniano fala em incidência da norma sobre suportes fáticos. sem esclarecer, por um lado, se algo diverso da conduta humana pode ser objeto da incidência normativa e por outro lado, como é que se dá essa incidência, se é como em Kelsen, através da realização do ilícito (não-prestação) ou de um facultamento normativo que à luz do princípio ontológico é evidentemente um pleonasmo jurídico.

Aliás, em matéria de relação norma-conduta, os juristas pré-egológicos encobrem com a palavra *aplicação* a mais completa atitude pré-temática. Pois, na verdade, qual é a natureza da aplicação? Uma relação fática, causal, teleológica?

Fala-se, por vezes com muita ênfase, em aplicar a norma abstrata ao fato (conduta) concreto. Kelsen foi quem mais se aproximou da grande descoberta egológica, ao sustentar que a natureza da aplicação é uma derivação (derivar uma norma mais particular de uma outra mais geral). Mas, quando se chega da norma



individualizada (a sentença) à conduta à qual se aplica, Kelsen já não vê mais qualquer norma derivada da norma individualizada e tem de chocar-se com o fato que sua purificação tinha despachado como impureza extrajurídica. Somente a teoria egológica descobriu a natureza *gnosiológica* do que os juristas vêm chamando de *aplicação*. De fato, aplicar é *conhecer* determinada conduta mediante a norma, pois somente através desse conhecimento normativo o juiz (cânone do Conhecimento normativo do Direito, dirá Cossio) poderá concluir (sentença) que determinada conduta é uma faculdade, ou uma prestação, ou um ilícito, ou uma sanção (os quatro modos de ser do direito, isto é, os quatro sentidos possíveis da interferência de condutas).