

## NOTAS PARA UM ENSAIO SOBRE AS FUNÇÕES NORMATIVAS

EDMUR C. GONCALVES DE OLIVEIRA,  
exprofessor de la Universidade de Brasília,  
Brasil.

### I

#### O DEVER SER EXISTENCIAL E O DEVER SER AXIOLÓGICO

A vida humana é uma experiência de liberdade situada, entendida esta como possibilidade de ser e necessidade de eleger entre possibilidades dadas.<sup>1</sup>

Ser a caminho, o homem, a cada passo, pode optar, mas não pode deixar de optar ante o leque de possibilidades que se lhe apresentam em todos os instantes de seu devir.

Onticamente comprometido com a existência, o homem é escravo de sua liberdade. É livre na opção, mas não está livre da opção.

Este compromisso originário, radical, explica o axiotropismo humano.<sup>2</sup>

Porque não pode ser, ao mesmo tempo, todas as possibilidades que é e sem que possa deixar de ser alguma ou algumas delas, o homem dá sentido à sua liberdade, orientando-a por sistemas de valores que constituem categorias axiológicas do agir.

O dever ser existencial e o dever ser axiológica não se confundem embora este se origine daquele e ambos sejam modos de ser da mesma liberdade que é o homem.

O dever ser existencial é a necessidade de ser elegendo entre possibilidades dadas, e, portanto, liberdade ainda não especificada por nenhum sistema de valores.

O dever ser axiológico é o sentido transcendental da eleição; é a liberdade que se vê como liberdade circunstanciada e se dirige na valoração de todas as possibilidades que é, especificando-as em licitudes e ilicitudes.

Esta possibilidade de criar pólos de referência à própria liberdade, dialealizando-a, faz do homem um ser que é um *poder ser* que *deve ser* sempre algo mais do que já é.

Por isto o homem sempre é mais do que se sabe dele (Jaspers), e sua essência consiste em ser mais que o puro homem (Heidegger).

Claro que o dever ser existencial, ôntico, não diz do *conteúdo* do dever ser da liberdade, posto que é apenas necessidade de eleger e não o *sentido* da eleição mesma — este já é o dever ser axiológico.

<sup>1</sup> Vide, a propósito, Recaséns Siches, in *Tratado general de filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1965, especialmente capítulos II e III.

<sup>2</sup> Vide, a propósito, Agustín Basave Fernández del Valle, in *Filosofía del hombre*, ed. Espasa-Calpe Mexicana, México, 1963, especialmente capítulos III, IV, V e VII.

Por esta razão, tem-se dito, com desusada freqüência, que o dever ser existencial nada nos diz do dever ser axiológico e vice-versa, não se podendo passar do que é para o que deve ser, nem do que deve ser para o que é.

A afirmação é correta se por “passar” se entende um processo de inferência.

Neste sentido, realmente não se pode dizer que algo deve ser porque é ou que algo será porque deve ser.

Entretanto, é preciso analisar mais acuradamente as relações entre o dever ser entitativo e o dever ser ético.

Sendo *com-ciência* de sua liberdade e, conseqüentemente, consciência de ser *dever-ser-existencial*, o homem se sabe como um vir-a-ser que tem de se fazer; isto é, o homem tem de ser projeto de si mesmo.

Para projetar-se (eleger o vir-a-ser) o homem não tem outro recurso senão olhar-se como experiência, como vida vivida e vida vivente, como o que foi e o que é, como passado e presente, como o que já projetou e o que já realizou, como sucessos e fracassos, em suma: como ser.

É transcendendo como visão de si mesmo que o homem programa, elege, o seu dever ser axiológico.

Fundamentado em seu próprio ser é que o homem se projeta para o futuro. O seu ser como liberdade e consciência é a base da qual o homem parte para a construção do mundo dos valores.

Construção por *fundamentação dialética* e não por inferência.

A experiência de liberdade como dever ser entitativo não possibilita a conclusão silogística do dever ser axiológico, mas lança uma réstia de luz sobre o mesmo, ou melhor, ilumina o futuro para que nele penetre a consciência na intuição dos valores da existência humana.

Neste mesmo sentido, diz Cossio: “En cambio el ser que es un deber ser existencial puede decirnos sobre lo que debe ser, con solo poner a la luz lo que ya está en su ser.”<sup>3</sup>

O que está em seu ser, de modo originário, é a liberdade como dever ser existencial, *fato* ou realidade fundamental que se *converte em valor* básico da pessoa humana, fundante de todo o edifício ético.

Porém, o que está em seu ser não é só a liberdade e a consciência desta liberdade, mas, também, a experiência axiológica acumulada através do tempo.<sup>4</sup>

Na reflexão da consciência estimativa sobre si mesma, esta não se apreende como dever ser existencial puro, mas como dever axiológico que de certa forma já é experiência.

Dessa maneira, nova iluminação se projeta sobre os valores e, assim, sucessivamente, a cada reflexão, algo axiologicamente novo emerge, num pro-

<sup>3</sup> Cossio, Carlos: *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1964, p. 311.

<sup>4</sup> Vide, a propósito, Miguel Reale, in *O direito como Experiência*, edição Saraiva, São Paulo, 1968, especialmente os capítulos I e II.

cesso em que passado, presente e futuro se co-implicam no eterno devir do homem.

Com isto se estabelece a ponte entre ser e dever ser; o dever ser não é senão o modo de ser do homem como liberdade e como consciência. Na lição de Miguel Reale, no homem, ser e dever ser são momentos inseparáveis e, ao mesmo tempo, irredutíveis; isto é, no homem opera-se a polaridade entre ser e dever ser.

## II

### A NORMA COMO ESPECIFICAÇÃO AXIOLÓGICA DA LIBERDADE

O ser-no-mundo não é apenas estar co-implicado como mundo, mas também (e essencialmente) co-implicado consigo mesmo como unidade de mundo-liberdade-consciência em processo de autodialetização permanente. Com razão já se disse que o homem é um ser dialético sem síntese.

Como a reflexão da consciência sobre si mesma não se processa sobre um dever ser existencial puro, mas sobre uma experiência axiológica ínsita no próprio ser da consciência, é que a conduta não se apreende como puro fato (embora seja fato no mundo) mas como ser que tem em si mesmo um sentido, um significado, um valor.

Porque se sabe que toda conduta é axiológica é que não se a estima da mesma maneira que se valoram os outros seres. A estes se estimam atribuindo-se-lhes valor; à conduta valora-se o seu próprio valor —a estimativa, aqui, é a do próprio sentido da conduta como liberdade axiológica.

Daí que esta estimativa implica, sempre, em atribuição de responsabilidade e de conseqüências éticas.

Conhecendo-se como liberdade, a consciência gnosiológica sabe-se possibilidades e necessidade de ser; sabe-se *poder e dever ser*. Por isso é capaz de formular juízos particulares das possibilidades reais de ser, mas só pode formular um juízo geral de dever ser indeterminado.

É sobre esta consciência gnosiológica que atua a consciência estimativa, especificando as possibilidades reais da conduta em condutas que *podem* e condutas que *devem ser*.

A este atuar da consciência estimativa, especificando a liberdade ôntica em liberdades axiológicas, chamamos *norma*.

A norma, pois, é a dimensão ou momento transcendental da consciência. Momento porque é a própria consciência atuando; dimensão porque este atuar é uma autocisão, uma deiscência (Merleau-Ponty); transcendental porque o atuar-cindindo-se faz com que a consciência se faça sujeito e objeto de si mesma, numa autovisão em que o invisível vê o visível.<sup>5</sup>

Sem a norma não seria possível à consciência sair de si mesma enquanto

<sup>5</sup> Merleau-Ponty, *O Visível e o Invisível*, Editora Perspectiva, São Paulo, 1971.

dever ser existencial indeterminado (e por isso problemático) para o dever ser axiológico como sistema de soluções concretas para o problema do agir.

Dessa forma, a norma atua como esquema ou categoria axiológica de futuramente do agir, possibilitando a especificação do *poder ser* e do *dever ser* da conduta como liberdade.

Como objeto lógico a norma é expressão da conduta como *poder ser* ou *dever ser*.

No plano jurídico, estas duas formas de especificação axiológica da conduta não são equivalentes.

A especificação de *dever ser* indica a única possibilidade axiológica (não fática) da conduta, ao mesmo tempo que indica a impossibilidade axiológica da conduta oposta.

A especificação de *poder ser* indica tanto a possibilidade axiológica da conduta significada, quanto a possibilidade da conduta oposta.

Como teremos oportunidade de esclarecer mais adiante, no mundo jurídico dá-se a subespecificação do *poder ser* como significações de autonomia e de heteronomia.

Por ora, cumpre demonstrar que todas as tentativas em reduzir as formas de pensar-se normativamente a conduta pela significação do dever ser têm resultado em ambigüidade de sentidos e reducionismo das funções normativas.

### III

#### O REDUCIONISMO KELSENIANO

Na Teoria Pura do Direito, a ambigüidade é confessada e o reducionismo defendido em decorrência do próprio conceito de Direito. Sendo este “uma ordem coativa de conduta”, a norma é um imperativo, um comando, uma imputação teleológica: “Com o termo ‘norma’ quer-se dizer que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”.<sup>6</sup>

A proposição de dever ser expressa, assim, o sentido específico com que a norma jurídica se dirige aos órgãos e sujeitos jurídicos, isto é, “para significar um ato intencional dirigido à conduta de outrem”.<sup>7</sup>

A rigor, na teoria pura, tudo se resume em que a proposição de dever ser apenas expressa que sob determinadas condições deve intervir um ato de coação. Nos termos do próprio Kelsen: “A este respeito recorde-se uma vez mais que, se a proposição jurídica é formulada com o sentido de que, sob determinadas condições ou pressupostos, deve intervir um determinado acto de coação, a palavra ‘deve’ nada diz sobre a questão de saber se a aplicação do acto coercitivo constitui conteúdo de um dever jurídico, de

<sup>6</sup> Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, ed. Arménio Amado, Coimbra, 1962, p. 7.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 8.

uma permissão positiva ou de uma atribuição de competência (autorização), antes, as três hipóteses são igualmente abrangidas. Se se emprega a palavra ‘dever-ser’ para designar qualquer dos sentidos, não só o sentido da norma que prescreve uma determinada conduta mas também o sentido da norma que positivamente permite uma determinada conduta ou a autoriza (para ela confere competência), isto é, se com o dizermos que nos ‘devemos’ conduzir de certa maneira apenas afirmamos que esta conduta está estatuída numa norma, então o dever jurídico é o oposto daquela conduta que constitui o pressuposto de um acto de coerção prescrito, ou seja: é aquela conduta cuja não efectivação, por seu turno, constitui, ela própria, o pressuposto de um acto de coerção, ou para a qual é atribuída uma competência, ou que é positivamente permitida. O dever jurídico, como já notamos numa outra ordem de idéias, não é, ou pelo menos não é imediatamente, a conduta devida. Devido é apenas o acto de coerção que funciona como sanção. Se se diz: quem está juridicamente obrigado a uma determinada conduta ‘deve’, por força do Direito, conduzir-se do modo prescrito, o que com isso se exprime é o ser-devido —ou seja, o ser positivamente permitido, o ser autorizado e o ser prescrito— do acto coercitivo que funciona como sanção e é estatuído como consequência da conduta oposta”.<sup>8</sup>

Verifica-se que, para Kelsen, a norma expressa de modo imediato a relação entre a conduta normante e a conduta normada no sentido unidimensional do imperativo ou comando.

Em decorrência disso é que as três funções e respectivas significações estão abrangidas na cópula do dever ser: “Aquele que ordena ou confere o poder de agir, quer, aquele a quem o comando é dirigido, ou a quem a autorização ou o poder de agir é conferido, deve”.<sup>9</sup>

O paradoxo consistente na afirmação de que aquele a quem a autorização ou poder de agir é conferido deve, aparentemente se desfaz na teoria kelseniana porque o direito subjetivo é posto como “reflexo” do dever jurídico, e este, por sua vez, é “decorrência” da norma que estatui a sanção. O que a norma prescreve de modo imediato é o ato de coerção e o prescreve como um *dever ser*. A faculdade (poder agir), a competência (estar autorizado) e a prestação (dever jurídico) estão significadas de modo *mediato* a partir daquele sentido imediato da norma como significação de um ato intencional (conduta normante) dirigido à conduta de outrem (conduta normada).

Dessa maneira é que a norma pode não só comandar, mas também permitir ou atribuir competência, exercendo três funções lógicas: “O dever ser jurídico, isto é, a cópula que na preposição jurídica liga pressuposto e consequência, abrange as três significações: a de um ser—prescrito, a de um ser—competente (ser autorizado) e a de um ser—(positivamente)—permitido das consequências. Quer isto dizer: com o *dever ser* (“sollen”) que proposição jurídica afirma são designadas as três funções normativas”.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 231/232.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 152.

Para se compreender Kelsen é necessário apreender essa seqüência sucessiva de significações a partir do sentido específico da imperatividade normativa.

De acordo com esta perspectiva, a norma jurídica se reduz à chamada norma primária, em cuja fórmula apofântica —Se não P, deve ser S— a sanção aparece como a conduta devida: “A conduta prescrita não é a conduta devida; devida é a sanção”.<sup>11</sup>

Mas se se admitir este perspectivismo kelseniano, há de admitirse, em coerência com ele mesmo, que a sanção “é conteúdo de um dever jurídico, se a sua omissão é tornada pressuposto de uma sanção”.<sup>12</sup> E assim sucessivamente. “Visto não podermos admitir um *regressum ad infinitum*, a última sanção nesta série apenas pode ser autorizada, e não prescrita”.<sup>13</sup> A conclusão é do próprio Kelsen.

Kelsen, porém, não explica como esta última sanção que é pura competência, não estando prescrita, possa ser expressa como *dever ser*. Não pode; o que é pura competência, faculdade originária, não pode ser pensada como *dever ser*. Só como *poder ser*. Na base de qualquer fundamentação normativa sempre há de estar um juízo de poder ser axiológico.

Claro que a sanção pode ser pensada como “dever ser” quando a conduta que o termo significa é a do funcionário obrigado a aplicá-la ou a executá-la *face à comunidade pretensora*. Mas, nesta hipótese, a conduta pensada e significada como sanção constitui um autêntico *dever jurídico* integrante da norma secundária em termos kelsenianos e da endonorma em termos egológicos. Aqui o termo sanção está até mesmo mal empregado porque o dever do funcionário *face à comunidade pretensora* é conduta objeto de outra norma: a norma que a pensa como *dever jurídico* (prestação), cujo inadimplemento é pressuposto de outra sanção.

Quando, porém, a sanção se relaciona com o ilícito e seu autor, ou melhor, quando é posta como conseqüência imputada à conduta ilícita, não se pode pensar senão como um *poder ser* da conduta sancionadora, em um *ser competente* daquele que a aplica ou executa.

O fato de que uma mesma conduta possa ser *dever jurídico* e sanção por ser pensada por normas distintas não autoriza a redução kelseniana porque cada norma tem sua significação própria: por uma, o funcionário está obrigado *face à comunidade*; por outra, está autorizado *face ao autor do ilícito*. É evidente que a extensão atribuída por Kelsen à cópula do *dever ser* misturou significações distintas e irreduzíveis em um mesmo conceito. Nada impede que um mesmo objeto tenha significações distintas, mas cada significação há de ser expressa por um conceito próprio, específico. Conceito com mais de uma significação é ambíguo.

A conduta que aplica ou executa a sanção pode ser vista em sua interferência com a conduta (a vida) do autor do ilícito ou em sua interfe-

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 50.

rência com o centro de imputação normativa. Em cada uma dessas interferências há um objeto jurídico distinto, com significação distinta.

Acrescente-se que pode haver sanção, ou melhor, conduta sancionadora que jamais pode ser pensada como dever jurídico; por exemplo, a dispensa, sem indenização, de empregado que comete falta grave. A conduta que constitui falta grave é um ilícito trabalhista (contrária ao dever jurídico) que tem como consequência a possibilidade de dispensa sem indenização (sanção). Mas esta possibilidade pende do arbítrio do empregador e, portanto, não pode ser significada como *dever ser*, como conduta devida nem mesmo em relação ao centro de imputação normativa que autorizou a dispensa. A significação de dever ser é inteiramente imprópria para pensar esta sanção.

Assim, na redução kelseniana das três funções lógicas à cópula do dever ser ocorre a ambigüidade de pensar-se com um só conceito objetos e significações distintas.

A ambigüidade torna-se verdadeiro paradoxo quando se intenta significar o direito subjetivo com a cópula do dever ser. Aí, a tentativa de redução resulta em que: “Aquele... a quem o poder de agir é conferido, deve”.<sup>14</sup>

A explicação reducionista é que o direito subjetivo e o dever jurídico são uma só coisa, esgotantemente descrita na significação do dever ser.

Diz Kelsen:

Esta situação, designada como “direito” ou “pretensão” de um indivíduo, não é, porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo de diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se a aparência de duas situações jurídicas relevantes onde só uma existe. A situação em questão é esgotantemente descrita com o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir por determinada maneira em face de um outro indivíduo. Dizer que um indivíduo é obrigado a uma determinada conduta significa que, no caso da conduta oposta, se deve verificar uma sanção; o seu dever é a norma que prescreve esta conduta enquanto liga uma sanção à conduta oposta. Quando um indivíduo é obrigado em face do outro a uma determinada prestação, é a prestação a receber pelo outro que forma o conteúdo do dever; apenas se pode prestar a outrem algo que esse outrem receba. E, quando um indivíduo está obrigado em face de outrem a suportar uma determinada conduta deste, é a tolerância desta mesma conduta que constitui o conteúdo do dever. Quer dizer: a conduta do indivíduo em face do qual o dever existe, correlativa da conduta devida, está já conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Se se designa a relação do indivíduo em face do qual uma determinada conduta é devida com o indivíduo obrigado a essa conduta como “direito”, este direito é apenas reflexo daquele dever.<sup>15</sup>

O argumento de Kelsen é tecido em torno da afirmação nuclear de que o conteúdo ou objeto do direito subjetivo e do dever jurídico é o mesmo e que

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 247.

as respectivas significações são equivalentes. Assim, teríamos um só objeto significado por significações equivalentes.

De acordo com este pensamento, a afirmação de que “o comprador tem o direito de exigir do vendedor a entrega da coisa vendida” expressa a mesma coisa que a afirmação de que “o vendedor está obrigado a entregar a coisa ao comprador”, sendo ambas expressões equivalentes a respeito de um mesmo objeto.

Analisando o exemplo supra, Cossio demonstra que não se tratam de significações equivalentes a respeito de um só objeto, mas de duas normas diferentes sobre objetos distintos:

A nosotros nos resulta claro que las dos significaciones subrayadas son dos normas diferentes que se entrecruzan coordenadas, como son dos las conductas que se cruzan en el dato jurídico por esencia. Tanto es que no son dos expresiones equivalentes, sino dos normas coordenadas, que cada expresión dice o norma algo que no está normado en la otra: en la primera se conceptualiza una facultad de señorío y en la segunda una facultad de inordinación con su correspondiente deber jurídico. Las menciones lo son de las conductas de dos diferentes personas; y siendo dos conductas, una y otra no pueden ser la misma cosa, por más que interfieran. Si fueran simples expresiones equivalentes de lo mismo, la realización de lo que una de ellas indica, implicaría al propio tiempo, con indisoluble unidad, la realización de lo que indica la otra. Y no ocurre así, porque la obligación de entrega del vendedor es independiente del ejercicio de su facultad por parte del comprador y subsiste aunque éste no la ejercitare: así, si se realiza la segunda norma (entrega de la cosa por el vendedor), de ninguna manera puede decirse que se ha realizado la primera norma, como necesariamente tendría que ocurrir si ambas fueran simples expresiones diversas de lo mismo: resulta, sí, innecesaria la realización de la primera norma (la exigencia del acreedor para que se le entregue la cosa vendida), pero esto no es lo mismo que su realización. Y, a la inversa, si ante la negativa del deudor y el ocultamiento de la cosa por su parte, el acreedor remata otros bienes, se ha realizado la primera norma (exigir la entrega de la cosa vendida) encadenándose la vida jurídica en la dirección de la sanción que la integra en forma disyuntiva, pero no se ha realizado la segunda norma.

Cada norma representa siempre una conducta como conducta (esto lo aclararemos más adelante); y la conducta siempre es individual o personal. Sólo que si la norma es jurídica, la conducta del individuo está representada en su interferencia intersubjetiva (con otras personas), lo que no le quita su carácter individual, pero tampoco significa que se la considere aislada con relación únicamente al propio sujeto que la realiza. En razón de esta bilateralidad, o mejor alteridad, de la norma jurídica, no es que pueda encontrar siempre dos expresiones equivalentes para una misma norma, sino que las normas jurídicas no se pueden dar aisladas: ellas se dan en una pluralidad conexionada, es decir, en una estructura lógica de la pluralidad, siendo esta nota lógica, de la que carece la esfera moral, una de las razones que permiten elevar la teoría jurídica al plano cientí-



fico, porque dicha nota, al final de cuentas, coloca al problema jurídico como una finitud lógica o plenitud hermética.<sup>16</sup>

A distinção entre o direito subjetivo e o dever jurídico está em que o primeiro é autodeterminação e o segundo é heterodeterminação da liberdade. Aquele só pode ser significado como *poder ser* e este como *dever ser*.

Para esta distinção é irrelevante indagar se o dever jurídico e o direito subjetivo têm ou não o mesmo conteúdo, porque o princípio de distinção é o *modo* como se determina o conteúdo real da liberdade que ambos são.

Claro que a especificação de um direito subjetivo concreto conota o correlato dever jurídico específico e vice-versa.

Não é só a especificação do dever jurídico —como diz Kelsen— que conota o direito subjetivo. O inverso também se dá. Porém, disso não se pode extrapolar para dizer-se que um deles é reflexo do outro.

O que se questiona é se a autodeterminação e a heterodeterminação, como *modos distintos* de especificação concreta da liberdade, podem ou não ser significados do *mesmo modo*. Para nós, modos distintos de significar a liberdade não podem ser significados do mesmo modo.

A genial intuição de Kelsen captou as três funções lógicas que, como veremos, correspondem aos modos de especificação da liberdade; mas tal vez porque traçara a distinção entre o mundo do ser e o mundo da liberdade pela dicotomia do “sein und sollen” tendeu à redução de todas as formas da liberdade ao dever ser.

#### IV

##### OS DOIS SENTIDOS DO DEVER SER NO EGOLÓGISMO

Na estrutura lógica da norma jurídica formulada pela teoria egológica também só aparece a cópula do dever ser, mas por razões bem diversas da teoria pura.

De acordo com Cossio a norma jurídica assim se estrutura: “Dada una situación coexistencial como el hecho inicial de una totalidad sucesiva (H), debe ser la prestación de alguien (P), como alguien obligado (Ao), ante alguien titular (At); o dado el entuerto como no prestación (no-P) debe ser la sanción del responsable (S) impuesta por un funcionario obligado a ello (Fo) gracias a la pretensión de la Comunidad (pC).”<sup>17</sup>

Não cabe aqui traçar todas as diferenças entre as fórmulas kelseniana e egológica. Para o que nos interessa basta enfocar a questão da duplicidade ou não de significações no conceito de dever ser.

Neste aspecto a diferença fundamental pode ser resumida em poucas palavras do próprio Cossio: “Aquí no está demás recordar otra vez que

<sup>16</sup> Cossio, Carlos, *op. cit.*, pp. 205 e 206.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 686.

la perinorma egológica no es la norma primaria kelseniana, como se ha dicho con alguna ligereza, porque la idea de Kelsen (y de Kaufmann, Schreier y Soler) tematiza la conducta del funcionario; en tanto que la perinorma egológica tematiza la conducta del transgresor...”<sup>18</sup>

A fórmula apofántica da perinorma —senão P deve ser S por Fo face à Cp— pode induzir ao equívoco de se pensar que o *dever ser* é da conduta do funcionário obrigado; equívoco que identificaria a perinorma egológica à norma primária de Kelsen, posto que, para este, como vimos, o *ser devido* é da sanção enquanto conduta do órgão encarregado de executá-la.

Em termos egológicos, o “dado não P, deve ser S” não menciona “a conduta do órgão que impõe a sanção, porque assim estaríamos na endonorma consecutiva de uma seguida norma”.<sup>19</sup> A conduta do órgão ou de alguém que impõe a sanção é, para Cossio, pensável endonormativamente como dever jurídico.<sup>20</sup>

O sentido do dever ser, empregado perinormativamente pelo egologismo, equivale, em termos da linguagem corrente, a “dever sofrer” a sanção. A liberdade especificada em licitude e ilicitude tem como conseqüências respectivas o dever ser da prestação ou o dever ser da sanção.

Obviamente que o conceito egológico do *dever ser* perinormativo, significando a conduta do transgresor e não a conduta daquele que aplica a sanção, é um *conceito passivo*; enquanto que o *dever ser* endonormativo, expressando a conduta do sujeito obrigado (So), é um *conceito ativo*.<sup>21</sup>

Note-se, no esquema egológico, que o sujeito ativo do dever ser endonormativo é o mesmo sujeito passivo do dever ser perinormativo. Equivale isto a dizer que as expressões verbais se referem a condutas do mesmo sujeito: a prestação e a sanção.

Mas estas condutas do mesmo sujeito são diferentes; pelo que, são significadas por expressões verbais que têm sentidos diversos: um *dever ser ativo* e um *dever ser passivo*.

A sanção não se confunde, assim, com a prestação, não podendo ser considerada como faculdade de inordinação (dever jurídico), atribuída ao autor do ilícito; o dever ser (sofrer) a sanção não se converte em direito de cumprir a própria obrigação como acontece com a prestação.

É que a sanção é a única conduta das três pensadas normativamente (P, NP, S), que não se pensa como especificação da liberdade daquela que a sofre (daquele que é seu sujeito passivo).<sup>22</sup>

Na teoria egológica, a cópula de dever ser tem dois sentidos (em Kelsen, tem três); um para cada objeto que menciona (em Kelsen, três para cada objeto).

Onde, porém, mais se distinguem a teoria pura e a egológica é na relação entre dever jurídico e direito subjetivo. Para Cossio, ambas são especificações

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 689.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 678.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 668.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 684.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 689.

da liberdade jurídica que se distinguem pelo modo como se determinam os conteúdos reais daquela liberdade: a autonomia ou a heteronomia desta determinação é que a constitui como direito subjetivo ou dever jurídico. Como especificações da liberdade enquanto licitude, ambas estão relacionadas na endonorma.

Es cierto que la endonorma no representa conceptualmente sólo una facultad, sino también —y en primer término— un deber o prestación. Pero en este punto la teoría egológica, haciendo teoría pura del Derecho, rectifica la idea de Kelsen de que el aspecto primordial y necesario del Derecho en sentido subjetivo, sea la noción de deber jurídico, quedando la de facultad jurídica como un aspecto secundario e irrelevante. Son dos nociones absolutamente inseparables porque son relativas, de modo que si una es primordial y necesaria, la otra también lo es. En esta nueva restauración creemos que García Máynez nos ha de acompañar, porque le cabe el honor de haber insistido sobre la existencia de la facultad de cumplir con el propio deber, que se da necesariamente junto con todo deber. Pero la teoría egológica va más lejos. Por ejemplo, si bien los conceptos de padre e hijo son relativos, de manera que nadie es padre sin que simultáneamente alguien sea hijo, y viceversa, ha de verse, no obstante, en el padre el prius lógico de la relación genética porque su existencia precede a la del hijo aunque la calidad de padre aparezca en razón y junto con la calidad de hijo. De la misma manera, frente a los términos relativos de facultad y deber, la teoría egológica concede el prius lógico de la relación al concepto de facultad porque la libertad es lo primero en el Derecho, según mostramos antes, por ser precisamente su dato ontológico.<sup>23</sup>

Verifica-se que, no egologismo, o direito subjetivo ou facultade de senhorio não se expressa como um dever ser. O dever ser endonormativo se refere à conduta do sujeito obrigado (Ao) em sua interferência com a conduta do sujeito titular (At). A conduta deste último não está expressa na fórmula apofântica, ficando, entretanto, subentendida:

Advirtamos que para la noción dogmática de derecho subjetivo, basta que haya un alguien titular (At), siendo una contingencia positiva que este alguien titular se pueda o no identificar con la pretensión de alguien donde la pretensión de At integra H; así, hay derechos subjetivos que dependen de la pretensión de alguien, como en el caso del cobro de un crédito; y hay otros que no dependen de ello, como en la indemnización por accidente de trabajo que es irrenunciable, pero donde no falta jamás el alguien titular del derecho.<sup>24</sup>

Com as hipóteses exemplificativas citadas por Cossio deve entender-se que a diferença entre elas reside na renunciabilidade de um direito subjetivo e na irrenunciabilidade de outro, e não que a existência de um e outro depende da pretensão de alguém (o exercício, sim, a existência, não).

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 694.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 687.

O que, entretanto, fica patente é que, sendo o dever jurídico face a alguém titular, este é titular de “algo” que é exatamente o direito subjetivo desse alguém, o qual fica subentendido na própria presença deste alguém titular.

Portanto, este direito subjetivo não integra o dever ser endonormativo que apenas menciona a conduta do sujeito obrigado: “. . . ha de advertirse que lo que la endonorma menciona o representa directamente es el deber jurídico o prestación . . .”<sup>25</sup>

No egologismo não ocorre o paradoxo de se pensar o direito subjetivo como dever ser. Mas a expressão verbal tem sentidos diversos conforme seja empregada endo ou perinormativamente. Essa diversidade de sentidos (um ativo e outro passivo) precisa ser “explicada”, para que não se veja na sanção um “direito” do autor do ilícito.

Por outro lado, não fica explicitado, mas subentendido, o pensamento que pensa a conduta como direito subjetivo ou faculdade de senhorio.

Não se diga que isto é irrelevante para a ciência dogmática por ser possível inferir o direito subjetivo do dever jurídico; este argumento é kelseniano e reduziria a endonorma a uma inutilidade, posto que também o dever jurídico pode ser “inferido” do ilícito, entendido este como a conduta contrária à conduta que é dever jurídico.

Aliás, o próprio Cossio, na citação supra a respeito da norma que expressa o dever jurídico do vendedor e da norma que expressa o direito subjetivo do comprador, demonstra a não equivalência entre ambas as formas de especificação de condutas. Certo que a não equivalência não impede a correlação e, conseqüentemente, a inferência.

Entretanto, a utilidade de um esquema que nada deixa subentendido é, pelo menos, um postulado de clareza. Neste sentido é conveniente lembrar que o legislador tanto pode formular juízos imputativos quantos juízos atributivos e, via de regra, utiliza ambas as formas e, não raramente, as utiliza concomitantemente para “normar” uma mesma relação intersubjetiva; assim, por exemplo, pode especificar os deveres do marido num dispositivo e especificar os direitos da mulher em outro. Dizer que é pleonasma legislativo não afasta o problema e nem ajuda a solucioná-lo. O que ajuda a solucionar é saber que qualquer alteração em uma das especificações altera a outra. E quem tem de saber isto é o jurista, não o legislador.

## V

### IMPOSSIBILIDADE DO REDUCIONISMO

Mas há um ponto em que a perspectiva meramente imputativa, que reduz toda estrutura lógica do pensamento jurídico à cópula de dever ser, não consegue resolver.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 688.

Procuraremos abordá-lo a partir de um exemplo ou de uma hipótese já formulada anteriormente: a do empregador que *pode* despedir o empregado faltoso sem pagar-lhe indenização.

Que a conduta faltosa do empregador é um ilícito (descumprimento de um dever jurídico) e o despedimento é uma sanção (consequência “imputada” ao ilícito) não pode haver dúvidas.

Qual a cópula pertinente para ligar, aqui, antecedente e consequente e para significar o despedimento, a sanção, como conduta do empregador?

O dever ser ativo de Kelsen? Mas, então, o despedimento seria conduta devida, e sua não realização implicaria cum ilícito por parte do empregador.

O dever ser passivo de Cossio? Aqui se pensaria na conduta do empregado que deve sofrer a sanção; a conduta do empregador já figuraria na endonorma de uma norma consecutiva como dever jurídico, cujo não cumprimento constituiria outro ilícito sujeito a outra sanção.

Em qualquer uma das perspectivas, o não despedimento do empregado faltoso constituiria um ilícito do empregador. Porque o que é um dever ser não pode ser facultado.

Dever ser que pende do arbítrio do empregador?

A única cópula que é apropriada para significar o despedimento sem indenização é o *poder ser*, com sentido de *estar autorizado* a aplicar a sanção.

Mas não é só aqui; toda sanção é originariamente um poder ser. Kelsen e Cossio tiveram de chegar a isto na cadeia sucessiva de sanções como dever ser: a última (ou a primeira?) sanção é pura competência, é *poder ser*.

O emprego exclusivo da cópula de dever ser decorreu não só da dicotomia do “sein” e “sollen” mas, também, da idéia do dever moral; como a autonomia na ordem moral não pode admitir a imposição heterônoma da conduta especificada como licitude, a coercividade desta está posta na idéia de seu dever ser. O lícito impõe-se por si mesmo; é um dever ser unilateral.

Na ordem moral, a obrigatoriedade de uma conduta não provém do poder ser da conduta de outro sujeito.

Daí que a imperatividade da conduta moral só pode ser significada pela expressão verbal do dever ser.

Esta idéia foi transposta para o mundo jurídico menos por se pensar que a obrigatoriedade da conduta que é licitude decorre de um dever ser em si mesmo e mais por se pensar que *só* a expressão verbal de dever ser pode significar aquela obrigatoriedade. Pensa-se a obrigatoriedade da conduta num sentido unilateral, esquecendo-se que esta obrigatoriedade decorre do *poder ser* de outra conduta e que a expressão deste *poder ser* é mais coercitiva do que a expressão de um dever ser unilateral.

Quando se “reforça” a *imputação* de uma conduta com a atribuição de um poder exigir esta conduta e de um poder sancionar a conduta oposta, não se está sendo menos, mas, mais coercitivo.

Como vimos em páginas anteriores, a norma é o atuar da consciência estimativa sobre a consciência gnosiológica especificando a liberdade ôntica, enquanto possibilidades dadas, em liberdades axiológicas. Este atuar implica

numa deiscência, numa autovisão para que a consciência fale de si mesma como liberdade que é valor. Sem esse momento de autodialetização não seria possível solucionar o problema da liberdade existencial (multiplicidade de possibilidades e necessidade de opção) mediante a formulação de um sistema objetivo de categorias axiológicas do agir.

Mas só enquanto unidade de liberdade é que a consciência *fala de si mesma* como um duplo; como liberdade coexistente, como liberdade que se ve compartida, a consciência *fala de si e de um outro* como um triplo. Como um triplo porque o “eu” (ego) que se ve e fala de si e de outro, vê e fala ao outro como “alter ego” que também se vê com e fala de si e do ego como um outro. O “tertius” do triplo é o “nós”.

Este “nós” de que o “ego” e o “alter” falam não é um ser “sub-stante” mas um modo de interação dialética entre ambos. Não se trata de síntese de pólos antitéticos mas complementares, pelo que o “nós” não absorve o “ego” e o “alter”, que permanecem irreduzíveis um ao outro.

A unidade polarizada que constitui o “tertius” da consciência do ego e do alter é que possibilita a ambos a formulação de um sistema transcendental de categorias axiológicas do agir.

Assim como a consciência individual opera a deiscência para formular um sistema de auto-especificação axiológica da liberdade subjetiva, as consciências em interação transcendentalizam-se na unidade polarizada do “nós” para estabelecer o sistema de heteroespecificação da liberdade coexistencial.

A instância axiológica heterônoma não pode falar e agir por si, porque o “tertius” não é um “sub-stante”, mas fala e age por intermédio de alguém. Não importa o ente substantivo que fala e age em nome dela; o relevante é que só em seu nome pode falar e agir para que se dê a heteronomia.

A este poder falar hetero-especificando a liberdade coexistencial e a este poder atuar a instância axiológica heterônoma chamamos de *poder jurídico*.

Toda conduta em relação de alteridade não interfere apenas com uma outra conduta mas, também, com o poder jurídico.

Por esta razão é que a norma jurídica, ao especificar as condutas em relação de alteridade, não pode deixar de especificar a conduta do poder jurídico.

Todo pensamento jurídico é *trilateral*, isto é, menciona ou significa as condutas de três sujeitos por três normas distintas. Cada significação não significa apenas algo de algo, mas em correlação com duas outras significações que também se co-implicam. Como diz Miguel Reale, é uma forma “dialógica” de pensar-se a conduta em alteridade.

Qualquer alteração no sentido de uma das significações implica nas demais. Assim, se eu digo que o “vendedor deve entregar a coisa vendida ao comprador”, expresso uma conduta como *dever jurídico*. Em correlação a este dever jurídico está o *direito subjetivo* do comprador consistente em um reivindicar e o *poder jurídico* de alguém competente para executar a sanção da entrega forçada. Agora, se eu mudo o sentido da primeira significação para dizer que o “vendedor, porque deve, tem o direito de entregar (exigir

o recebimento) a coisa vendida”, devo também mudar o sentido das duas outras significações para dizer que “o comprador tem o dever de receber a coisa”, e que “alguém competente tem o poder jurídico de executar o depósito”. Em verdade, com a mudança, formulei novo pensamento normativo; todas as significações se alteraram, e outros são os objetos por eles significados: o reivindicar do comprador não é o dever de receber, nem o de sofrer o depósito, assim como o executar a sanção de retirar a coisa do vendedor para entregar ao comprador não é mesma conduta de executar a sanção do depósito.

Com isto dissemos que a conduta que é “direito”, a conduta que é ou “dever jurídico” ou “ilícito” e a conduta que é “poder jurídico” são irreduzíveis umas às outras, como pólos que se co-implicam “dialogicamente” — dialética complementar de implicação e polaridade.

A “dialogia normativa” correlaciona três normas diferentes que se co-implicam coordenadas, como três são os sujeitos que se correlacionam na realidade jurídica por excelência: a vida humana como liberdade coexistencial.

Poderia parecer que, sendo quatro as condutas significadas (faculdade, prestação, ilícito e sanção), quatro haveriam de ser as normas que se correlacionam.

Sucedem que o “dever jurídico” (prestação) e o “ilícito” (não prestação) são possibilidades da liberdade de um só sujeito especificadas axiológicamente como contrárias. Assim, com a menção de uma como *única* possibilidade axiológica (dever jurídico) já se menciona, por oposição, a impossibilidade axiológica da outra (ilícito ou não prestação); da mesma forma que o não dever ser de uma significa o dever ser da contrária. Aqui é que se poderia dizer que a menção de uma revela a significação da outra.

Entretanto, a questão se esclarece de maneira mais simples e em definitivo se dissermos que o número de normas que se correlacionam não é determinado pela quantidade de condutas significadas, mas pelos *modos* com que se as mencionam. E *modo*, aqui, não é a forma da expressão verbal; é *modo* como função lógica significativa.

Ora, se eu digo que P deve ser e que não-P não deve ser, P e não-P são mencionados pelo mesmo modo, e nada impede que sejam significados em uma só norma. O único inconveniente é que a norma seria pleonástica.

Assim, a prestação (P) e o ilícito (não-P) não necessitam ser mencionados em normas distintas, basta a menção de um para que se dê a significação do outro.

Há três normas correlacionadas porque há três modos, formas ou categorias de pensar-se a conduta em relação de alteridade.

A *forma prescritiva* é modo de heteroespecificação do conteúdo concreto da conduta: menciona-se a conduta como *dever ser* positivo ou negativo.

Prescrever é especificar as condutas que devem ser e as condutas que não devem ser.

Na prescrição positiva menciona-se a conduta como “dever jurídico”, isto é, como única possibilidade axiológica de liberdade.

Na prescrição negativa pensa-se a conduta como “ilícito”, isto é, como impossibilidade axiológica.

Neste sentido estimativo e não fático é que se diz que a conduta positivamente prescrita não pode deixar de ser (está ordenada) e que a conduta negativamente prescrita não pode ser (está proibida).

O *modo atributivo* é a forma pela qual a instância axiológica heterônoma reconhece a auto-especificação do conteúdo concreto da conduta. Pensa-se esta como um “poder ser ou não ser”, cuja alternatividade pertence à instância axiológica individual.

Aqui, o “poder não ser” da conduta não tem sentido negativo como o “não poder ser”; o primeiro é possibilidade entre possibilidades igualmente lícitas, o segundo é impossibilidade axiológica; aquele é direito, este é ilícito (torto).

O “poder ser ou não ser” tem, pois, sentido sempre positivo.

Na linguagem tradicional —e nós a temos empregado— este modo de ser da conduta é designado como “direito subjetivo” por oposição ao chamado “direito objetivo”, identificado este com o sistema axiológico heterônomo.

Ambas as expressões são impróprias e causa de lamentáveis equívocos. Não nos prenderemos à demonstração da impropriedade desta dicotomia e oposição adjetiva —o que nos envolveria na consideração da própria legitimidade dos conceitos de objetividade e subjetividade hoje postos entre parênteses até mesmo pelas ciências da natureza. Sobre o assunto apenas registramos o entendimento de que o único direito que realmente existe é a conduta como *poder ser ou não ser*; a conduta que é “dever jurídico”, a conduta que é “ilícito” são *jurídicas* mas não são “direito” (é preciso distinguir o jurídico e o direito). Se por “subjetivo” quer-se significar a faculdade de autodeterminação do sujeito, significa-se algo extremamente objetivo, real, a liberdade existencial. Se o que se deseja significar é esta mesma liberdade especificada como *licitude*, a adjetivação é pleonástica, posto que a liberdade existencial axiológicamente especificada como lícita, não é outra coisa que direito.

Mas a impropriedade terminológica não seria de lamentar-se, não fossem os equívocos a que ela conduz. O principal deles —e só a este nos ateremos— consiste na difundidíssima idéia de que só há “direito subjetivo” quando o “direito objetivo” o defere expressamente. O equívoco, *nesta extensão*, foi corrigido por Kelsen pelo princípio da plenitude hermética: “tudo o que não está proibido, está permitido”. Mas Kelsen apenas reduziu a extensão do equívoco. Porque, preso à sua perspectiva normativista, Kelsen apenas admite a existência de “direito subjetivo” quando o “direito objetivo” (a norma) o assegura pela proibição da conduta contrária:

A liberdade de uma pessoa que assenta no fato de uma determinada conduta lhe ser permitida, por não ser proibida, é garantida pela ordem



jurídica apenas na medida em que esta prescreve às outras pessoas o respeito desta liberdade e lhes proíbe a ingerência nesta esfera de liberdade, isto é, proíbe a conduta pela qual alguém é impedido de realizar uma conduta que lhe não é interdita, e, neste sentido, lhe é permitida. Somente então pode a conduta não proibida —e, neste sentido negativo, permitida— valer como um direito, isto é, como conteúdo de um direito que é o reflexo de uma obrigação que lhe corresponde.<sup>26</sup>

Este conceito kelseniano de conduta permitida em sentido negativo leva-o a admitir a possibilidade de interferência intersubjetiva de condutas sem solução jurídica: “se não é proibida (e, neste sentido, é permitida) a conduta de um indivíduo que é contrária à conduta de outro indivíduo também não proibida (e, neste sentido, permitida), é possível um conflito face ao qual a ordem jurídica não toma qualquer disposição... A ordem jurídica não pode, de forma alguma, procurar impedir todos os conflitos possíveis”.<sup>27</sup>

Exatamente aqui está o ponto crítico de qualquer espécie de reducionismo normativista: de um lado, é óbvio que a ordem jurídica (reduzida ao chamado “direito objetivo”, “direito positivo”, etc.) não pode impedir todos os conflitos possíveis; de outro, nenhum conflito pode ficar sem solução. O apelo “subsidiário” à equidade, aos princípios gerais, à analogia, à jurisprudência, etc., se faz ouvir.

A invocação revela —para quem souber ouvi-la— que o jurídico já está na vida humana como liberdade em coexistência e que a especificação das condutas que a compõem em conduta que é direito, conduta que é dever, conduta que é ilícito e conduta que é sanção não é senão uma outra conduta; a reflexão da consciência estimativa sobre o ser que é em relação de alteridade.

Quem souber ver que o direito é conduta e não outra coisa, assim como o são o dever jurídico, o ilícito e a sanção, entenderá porque o adjetivo “subjetivo” é pleonástico, e mais, quem entender que a norma (códigos, leis, contratos, sentença, tudo o que se chama de objetivo) não é senão a forma de expressão do jurídico na especificação de seus modos de ser naquelas condutas, saberá romper a plenitude hermética do ordenamento jurídico para transformá-la numa plenitude aberta capaz de ganhar as dimensões da vida humana.

A *significação potestativa* menciona a conduta não como um “poder ser ou não ser” (significação atributiva) nem como um “dever ser ou não dever ser” (significação prescritiva), mas como “poder ser sanção”. A conduta é pensada como possibilidade de intervir faticamente na vida (conduta) de outro.

Para compreender-se este modo de significação é preciso ter presente que a instância axiológica heterônoma não pode atuar por si mesma. É necessário que alguém possa atuar em seu nome; um poder fático que seja poder

<sup>26</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 205 y ss.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

axiológico (poder legítimo). Em outros termos, é preciso que haja alguém competente, com poder jurídico, para realizar o direito, impor o dever e punir o ilícito.

Já dissemos que não importa quem, nem quantos têm poder jurídico; o que releva é que esta especificação permite que as outras sejam realidades concretas.

O “poder jurídico” ou possibilidade de intervir coercitivamente na vida de outrem e que constitui a conduta chamada sanção não se confunde nem com as *possibilidades* da conduta significadas como *direito*, nem com a possibilidade da conduta significadas como *dever*.

O poder jurídico se distingue do direito (a conduta significadas como) em dois pontos. A conduta significadas como direito de alguém é autonomia de possibilidades (condutas possíveis); é auto-especificação das próprias possibilidades. O poder jurídico é personificação da heteronomia, isto é, a conduta significadas como poder jurídico não é um poder eleger entre as possibilidades, mas um poder atuar sobre as possibilidades da liberdade de outrem.

A toda conduta pensada como direito corresponde a conduta de outrem pensada como dever jurídico. O mesmo não se dá com a conduta significadas como poder jurídico, como sanção. Assim é que, na hipótese já mencionada do empregador *poder despedir* o empregado faltoso, não há o *dever jurídico* do empregado em *demitir-se*. A sanção do despedimento é conduta à que não corresponde nenhuma conduta do empregado pensada como dever. No caso, a instância axiológica heteronoma atua por intermédio do empregador. O poder jurídico nem sempre está deferido a um órgão do Estado; o pátrio poder é poder e não direito exatamente pelo poder e não direito de punir. Se o poder punir fosse direito, a este corresponderia o dever de punir-se. Pense-se na fuga do condenado à pena privativa de liberdade.

Certo que o poder jurídico ou competência em relação à instância axiológica heterônoma, ou melhor, em relação à conduta “delegante” pode ser pensada como faculdade ou como dever: o poder de punir do empregador é pensado como faculdade, isto é, como poder cujo exercício lhe é deferido; já a conduta do carcereiro em relação à sentença é dever jurídico. Mas isto não invalida o que foi dito acima, posto que aquilo que se menciona agora é a conduta em outra interferência e também porque a faculdade ou dever desta conduta é mencionadas por outra norma. E tanto isto é correto que, em relação à conduta que *pode ser interferida*, o poder jurídico não se altera quando, por outra norma que o relaciona com a conduta “delegante”, é pensado quer como faculdade, quer como dever. Não há nada de anormal que uma conduta seja poder jurídico por força de um pensamento que o significa como tal e faculdade ou dever em virtude de outra norma. Quando se fala em sanção, em conduta que é poder jurídico, é desta conduta em relação à conduta sobre a qual pode atuar que se fala. Isto é, é a sanção em relação à conduta ilícita que se está mencionando ou significando.

Aquilo que foi dito sobre a distinção entre o poder jurídico e o direito “subjetivo” serve, “mutatis mutandi”, para distinguir aquele do dever jurídico.

À toda conduta pensada como dever corresponde a conduta de outrem significado como direito. O mesmo não se dá com a conduta mencionada como poder jurídico, como sanção. O empregado faltoso não tem o direito de exigir o seu despedimento. Se o poder punir fosse dever, o autor do ilícito teria o direito à punição.

Parece-nos, assim, que a sanção (a conduta especificada como) só pode ser pensada e significada como *poder jurídico*.

Pelo dever ser passivo do egologismo, o que se pensa como objeto gnosiológico e sujeito lógico é a conduta do autor do ilícito: o autor do ilícito tem o dever de sofrer a sanção.

Pelo dever ser ativo de Kelsen, o que se menciona é a conduta que aplica a sanção, mas não se a menciona em relação à conduta que é ilícita e sim em relação à conduta que a prescreve por outra norma.

A sanção, enquanto sanção, só pode ser pensada em relação à conduta ilícita, porque, em outra hipótese, deixaria de ser pensada como sanção. Pensada como conduta que pune o ilícito só pode ser significada pela cópula do poder ser (poder jurídico) e não pela do dever ser (dever jurídico).

Creio que aí estão delineadas as notas para um futuro ensaio sobre as funções normativas. Pensar a conduta como direito, como dever e como poder jurídico, nas recíprocas correlações que a dialeticidade da coexistência trama, é pensar a própria vida humana. E a norma não pode ter outra função que não esta de pensar o humano coexistir. “Coisificá-la” na vã ilusão de que assim positiva-se o Direito é subestimar a natureza da propria norma. Como pensamento que é do ser que se pensa em devir, a norma tem a sua dignidade no fato de ser um auto-modelo do próprio homem. Se, às vezes, dizemos que ela “envelhece” é porque nós a coisificamos e, se contra ela nos revoltamos, é porque, além de coisificá-la, a ela nos escravizamos. É preciso que saibamos ser livres com ela e não apesar dela ou contra ela; importa isto que a vejamos como uma expressão da liberdade e, pois, expressão daquilo que nunca é algo definitivamente feito e acabado: o homem.

Ao associar-me às justas homenagens que a Universidade Autônoma do México presta a seu ilustre colaborador, o professor Luis Recasens Siches —Professor “Honoris Causa” do Centro Universitário de Brasília—, faço-o, com alegria, entregando estas anotações com o mesmo propósito com que o aluno entrega seu trabalho ao mestre: para serem corrigidas.