

TEORIA PURA DO DIREITO

Hans Kelsen

Tradução
JOÃO BAPTISTA MACHADO

Martins Fontes
São Paulo 2003

ÍNDICE

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

I DIREITO E NATUREZA

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

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

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

Preparação do original

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

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

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

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

98-0409

CDD-340.12

Índices para catálogo sistemático:

I. Direito : Filosofia 340.12

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

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

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

vários grupos baseados na comunidade de sangue, isto é, quando ela supera a comunidade familiar.

De um ponto de vista sociológico, a evolução religiosa é caracterizada por três momentos: centralização da instância supra-humana, aumento do seu poder e, ao mesmo tempo, aumento da distância entre ela e o indivíduo. Da pluralidade das almas dos mortos surgem alguns deuses e, finalmente, tudo se reduz a um só, todo-poderoso, colocado no além. Até que ponto o pensamento social retributivo domina esta evolução, mostra-o particularmente o fato de que, quando, na crença dos homens, ao mundo do aquém acresce um mundo do além, este último, em correspondência com o princípio do prêmio e do castigo, divide-se em céu para os bons e inferno para os maus.

Constitui fato digno de nota que, das duas sanções correspondentes à idéia de retribuição, prêmio e castigo, a segunda desempenhe na realidade social um papel muito mais importante do que a primeira. Isto não só resulta do fato de a ordem social de longe mais importante, o Direito, se servir essencialmente desta sanção, mas também é visível com particular nitidez nos casos em que a ordem social tem ainda um caráter puramente religioso, isto é, é garantida através de sanções transcendentes. A conduta em conformidade com a ordem dos primitivos, especialmente a observância das numerosas proibições, dos chamados tabus, é, em primeira linha, determinada pelo medo dos graves malefícios com os quais a instância supra-humana — as almas dos mortos — reage contra a ofensa da ordem tradicional. A expectativa do prêmio apenas tem, relativamente ao medo que domina a vida dos primitivos, uma importância subalterna. E até na crença religiosa dos homens civilizados, segundo a qual a retribuição divina não é executada, ou não é somente executada, no aquém, mas é relegada para o além, tem lugar de primazia o medo da pena que os aguarda depois da morte. A representação do inferno como lugar do castigo é muito mais viva do que a imagem geralmente vaga que as pessoas se fazem de uma vida no céu, que é o prêmio da piedade. Mesmo quando se não ponha qualquer espécie de limites à fantasia impulsada pelo desejo, ela apenas produz, no entanto, uma ordem transcendente que não difere essencialmente da sociedade empírica.

6. A ordem jurídica

a) O Direito: ordem de conduta humana

Uma teoria do Direito deve, antes de tudo, determinar concretamente o seu objeto. Para alcançar uma definição do Direito, é aconselhável primeiramente partir do uso da linguagem, quer dizer, determinar o significado que tem a palavra *Recht* (Direito) na língua alemã e as suas equivalentes nas outras línguas (*law, droit, diritto*, etc.). É lícito verificar se os fenômenos sociais que com esta palavra são designados apresentam características comuns através das quais possam ser distinguidos de outros fenômenos semelhantes, e se estas características são suficientemente significativas para servirem de elementos de um conceito do conhecimento científico sobre a sociedade. Desta indagação poderia perfeitamente resultar que, com a palavra *Recht* (“Direito”) e as suas equivalentes de outras línguas, se designassem objetos tão diferentes que não pudessem ser abrangidos por qualquer conceito comum. Tal não se verifica, no entanto, com o uso desta palavra e das suas equivalentes. Com efeito, quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e em diferentes épocas, são designados como “Direito”, resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana. Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é — como veremos — uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.

As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana. É certo que, aparentemente, isto só se aplica às ordens sociais dos povos civilizados, pois nas sociedades primitivas também o comportamento dos animais, das plantas e mesmo das coisas mortas é regulado da mesma maneira que o dos homens. Assim, lemos na Bíblia²⁰ que um boi que matou um homem deve também ser morto — como castigo, evidentemente. Na antiguidade havia em Atenas um tribunal especial perante o qual corria o processo contra uma pedra, uma lança ou qualquer outro objeto

através do qual um homem, presumivelmente sem intenção, havia sido morto²¹. E ainda na Idade Média era possível pôr uma ação contra um animal — contra um touro, por exemplo, que houvesse provocado a morte de um homem, ou contra os gafanhotos que tivessem aniquilado as colheitas. O animal processado era condenado na forma legal e enforcado, precisamente como se fosse um criminoso humano²². Se as sanções previstas pela ordem jurídica se não dirigem só contra os homens mas também contra os animais, é porque isto significa que não só a conduta dos homens mas também a dos animais é juridicamente fixada. Por outro lado, se o que é juridicamente prescrito deve ser considerado conteúdo de um dever jurídico²³, isto quer dizer que não só os homens mas também os animais são considerados como juridicamente adstritos a uma determinada conduta. Este conteúdo jurídico, absurdo para as nossas atuais concepções, deve ser reconduzido à representação animística segundo a qual não só os homens mas também os animais e os objetos inanimados têm uma “alma” e, por isso, não existe qualquer diferença essencial entre eles e os indivíduos humanos. Conseqüentemente, as normas que estatuem sanções e, portanto, deveres jurídicos, podem ser aplicadas tanto àqueles como a estes. O fato de as modernas ordens jurídicas regularem apenas a conduta dos homens e não a dos animais, das plantas e dos objetos inanimados, enquanto dirigem sanções apenas àqueles e não a estes, não exclui, no entanto, que estas ordens jurídicas prescrevam uma determinada conduta de homens não só em face de outros homens como também em face dos animais, das plantas e dos objetos inanimados. Assim, pode ser proibido, sob cominação de uma pena, matar certos animais — em qualquer tempo ou apenas em certas épocas —, prejudicar certas espécies de plantas ou edifícios de valor histórico. Através de tais normas jurídicas, no entanto, não se regula a conduta dos animais, plantas ou objetos inanimados assim protegidos, mas a conduta do homem contra o qual se dirige a ameaça da pena.

Esta conduta pode consistir numa ação positiva ou numa omissão. Na medida, porém, em que a ordem jurídica é uma ordem social, ela somente regula, de uma maneira positiva²⁴, a conduta de um indivíduo enquanto esta se refere — imediata e imediatamente — a um outro indivíduo. É a conduta de um indivíduo em face de um, vários ou todos os outros indivíduos, a conduta recíproca dos indivíduos, que constitui o objeto desta regu-

lamentação. A referência da conduta de um a outro ou a vários outros indivíduos pode ser individual, como no caso da norma que vincula toda e qualquer pessoa a não matar outra pessoa, ou da norma que obriga o devedor a pagar ao credor determinada soma de dinheiro, ou da norma que a todos obriga a respeitar a propriedade alheia. Essa referência, porém, também pode ter um caráter coletivo. A conduta que é regulada por uma norma que obriga ao serviço militar não é a conduta de um indivíduo em face de outro indivíduo determinado — como no caso da norma que proíbe o homicídio —, mas a conduta desse indivíduo em face da comunidade jurídica, isto é, em face de todos os subordinados à ordem jurídica, de todas as pessoas pertencentes à comunidade jurídica. O mesmo vale dizer ainda quando se pune a tentativa de suicídio. E, neste sentido, podem ainda ser interpretadas como normas sociais as normas acima referidas destinadas a proteger os animais, as plantas e os objetos inanimados. A autoridade jurídica prescreve uma determinada conduta humana apenas porque — com razão ou sem ela — a considera valiosa para a comunidade jurídica dos indivíduos. Esta referência à comunidade jurídica é também decisiva, em última análise, para a regulamentação jurídica da conduta de uma pessoa que individualmente se refere a outra pessoa determinada. Não é apenas — e talvez não seja tanto — o interesse do credor concreto aquilo que é protegido pela norma jurídica que vincula o devedor ao pagamento: é antes o interesse da comunidade — apreciado pela autoridade jurídica — na manutenção de um determinado sistema econômico.

b) O Direito: uma ordem coativa

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas — particularmente contra condutas humanas indesejáveis — com um ato de coação, isto é, com um mal — como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros —, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física — coativamente, portanto. Dizer-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, sig-

nifica que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal. Pode excepcionalmente suceder, no entanto, que não seja este o caso. Assim acontece, por exemplo, quando alguém que cometeu um crime deseja, por remorso, sofrer a pena estabelecida pela ordem jurídica e sinta esta pena, portanto, como um bem; ou quando alguém comete um delito para sofrer a pena de prisão correspondente, porque a prisão lhe garante teto e alimento. Como observamos, trata-se, no entanto, de exceções. Pode tomar-se como pressuposto que o ato coativo que funciona de sanção é normalmente recebido pelo destinatário como um mal. Neste sentido, as ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana. Exigem uma determinada conduta humana na medida em que ligam à conduta oposta um ato de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz (ou aos seus familiares). Quer isto dizer que elas dão a um determinado indivíduo poder ou competência para aplicar a um outro indivíduo um ato coativo como sanção. As sanções estatuídas por uma ordem jurídica são — diferentemente das sanções transcendentais — sanções socialmente imanentes e — diversamente daquelas, que constituem na simples aprovação ou desaprovação — socialmente organizadas. Mas uma ordem jurídica pode, através dos atos de coerção por ela estatuídos, reagir não só contra uma determinada conduta humana mas ainda, como melhor veremos, contra outros fatos socialmente nocivos. Por outras palavras, enquanto o ato de coerção normado pela ordem jurídica é sempre a conduta de um determinado indivíduo, a condição de que aquele depende não tem de ser necessariamente determinada conduta de um indivíduo, mas pode também sê-lo uma outra situação de fato considerada, por qualquer motivo, como socialmente perniciosa. O ato de coerção normado pela ordem jurídica pode — como veremos mais tarde — ser referido à unidade da ordem jurídica, ser atribuído à comunidade jurídica constituída pela mesma ordem jurídica, ser explicado como reação da comunidade jurídica contra uma situação de fato considerada socialmente nociva e, quando esta situação de fato é uma determinada conduta humana, como sanção. Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coerção atribuíveis à comunidade jurídica. Isto não significa, porém, que em todos os casos da sua efetivação se tenha de empregar a coerção física. Tal apenas terá de suceder quando essa efetivação encontre resistência, o que não é normalmente o caso.

As modernas ordens jurídicas também contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações. Estas, porém, não constituem característica comum a todas as ordens sociais a que chamamos Direito nem nota distintiva da função essencial destas ordens sociais. Desempenham apenas um papel inteiramente subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coerção. De resto, as normas relativas à concessão de títulos e condecorações estão numa conexão essencial com as normas que estatuem sanções. Com efeito, o porte de um título ou de uma condecoração, isto é, de um emblema, cujo sentido subjetivo é uma distinção, ou não é juridicamente proibido, quer dizer, não condiciona a aplicação de uma sanção e é, portanto, negativamente permitido, ou — e este o caso normal — é jurídica e positivamente permitido, quer dizer, é proibido, condicionando a aplicação de uma sanção, quando não for expressamente permitido, por efeito da sua concessão. A situação jurídica só pode, neste caso, ser descrita como delimitação, através de uma norma, da validade de uma norma proibitiva estatuidora de uma sanção e, portanto, apenas o pode ser com referência a essa tal norma coativa.

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento de coerção, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e — em caso de resistência — mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.

α) Os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica como sanções

Na medida em que o ato de coerção estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delicto — quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada como prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção. Dizer que o Direito é uma ordem coativa não significa — como às vezes se afirma — que pertença à essência do Direito “forçar” (obter à

força) a conduta conforme ao Direito, prescrita pela ordem jurídica. Esta conduta não é conseguida à força através da efetivação do ato coativo, pois o ato de coação deve precisamente ser efetivado quando se verificar, não a conduta prescrita, mas a conduta proibida, a conduta que é contrária ao Direito. Precisamente para este caso é que é estatuído o ato coativo, que funciona como sanção.

Se, com a afirmação em questão, se pretende significar que o Direito, pela estatuição de sanções, motiva os indivíduos a realizarem a conduta prescrita, na medida em que o desejo de evitar a sanção intervem como motivo na produção desta conduta, deve responder-se que esta motivação constitui apenas uma função possível e não uma função necessária do Direito, que a conduta conforme ao Direito, que é a conduta prescrita, também pode ser provocada por outros motivos e, de fato, é muito frequentemente, provocada também por outros motivos, como sejam as idéias religiosas ou morais. A coação que reside na motivação é uma coação psíquica. E esta coação, que a representação do Direito e, particularmente, das sanções por ele estatuídas exerce sobre os súditos da ordem jurídica, enquanto se transforma em motivo da conduta prescrita ou conduta conforme ao Direito, não deve ser confundida com a estatuição do ato coativo. Coação psíquica exercem-na todas as ordens sociais com certo grau de eficácia, e muitas — como, porventura, a religiosa — exercem-na numa medida ainda mais ampla do que a ordem jurídica. Esta coação psíquica, não é, pois, uma característica que distinga o Direito das outras ordens sociais. O Direito é uma ordem coativa, não no sentido de que ele — ou, mais rigorosamente, a sua representação — produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos. Pressuposto deste gênero é em primeira linha — mas não exclusivamente, como já observamos e mais tarde melhor veremos —, uma determinada conduta humana que, pelo fato de ser tornada pressuposto de um ato coercitivo que é dirigido contra a pessoa que assim se conduz (ou contra os seus familiares), se transforma em conduta proibida, contrária ao Direito e que, por isso, deve ser impedida, devendo a conduta oposta — socialmente útil, desejada, conforme ao Direito — ser fomentada.

β) O monopólio de coação da comunidade jurídica

Enquanto as diferentes ordens jurídicas coincidem globalmente quanto aos atos de coação por elas estatuídos e atribuíveis à comunidade jurídica — estes consistem sempre, com efeito, na privação forçada dos bens mencionados —, divergem consideravelmente pelo que respeita aos pressupostos a que esses atos de coação estão ligados, particularmente quanto à conduta humana cuja contrária deve ser obtida através da estatuição de sanções, isto é, quanto à situação garantida pela ordem jurídica e socialmente desejada, consistente na conduta conforme ao Direito, ou seja ainda, quanto ao *valor jurídico* que é constituído através das normas. Se considerarmos a evolução por que o Direito passou desde os seus primeiros começos até ao estágio representado pelo Direito estadual moderno, podemos observar, com referência ao valor jurídico a realizar, uma certa tendência que é comum às ordens jurídicas que se encontram nos níveis mais altos da evolução. É a tendência para proibir — numa medida que aumenta com o decorrer da evolução — o emprego da coação física, o uso da força por um indivíduo contra o outro. Como esta proibição se opera por forma a que um tal uso da força passe a constituir pressuposto de uma sanção, e a sanção, por seu turno, é ela própria um ato de coação, isto é, uso da força, a proibição do emprego da força só pode ser uma proibição limitada, e, por isso, haverá sempre que distinguir entre o uso proibido e o uso autorizado da força — autorizado, este último, como reação contra uma situação de fato socialmente indesejável, particularmente como reação contra uma conduta humana socialmente perniciosa, quer dizer, autorizado como sanção e atribuível à comunidade jurídica. A distinção não significa, porém, que um emprego da força que não seja positivamente autorizado pela ordem jurídica como reação, atribuível à comunidade jurídica, contra uma situação de fato considerada socialmente nociva, tenha de ser proibido pela mesma ordem jurídica e, por isso, seja contrário ao Direito, por forma a constituir um ato antijurídico ou delito. Nas ordens jurídicas primitivas ainda não se proíbe, de modo algum, todo o emprego da força que não tenha o caráter de uma reação, impunitável à comunidade jurídica, contra uma situação fática considerada como socialmente nociva. Até mesmo a morte da pessoa humana só é restritivamente proibida, pois que apenas a morte dos membros livres da comunidade, e não a morte dos estrangeiros

e dos escravos, constitui ato ilícito. A morte dos estrangeiros e dos escravos é, na medida em que não seja proibida, permitida no sentido negativo — mas sem ser positivamente autorizada como sanção. Gradualmente, porém, estabelece-se o princípio de que todo o emprego da força física é proibido quando não seja — e temos aqui uma limitação ao princípio — especialmente autorizado como reação, da competência da comunidade jurídica, contra uma situação de fato considerada socialmente perniciosa. Então é a ordem jurídica que, taxativamente, determina as condições sob as quais a coação física deverá ser aplicada e os indivíduos que a devem aplicar. Dado que o indivíduo a quem a ordem jurídica atribui poder para aplicar a coação pode ser considerado como órgão da ordem jurídica, ou — o que é o mesmo — da comunidade constituída pela ordem jurídica, pode a execução de atos de coação, realizada por este indivíduo, ser imputada à comunidade constituída pela ordem jurídica²⁵. Neste sentido, pois, estamos perante um monopólio da coação por parte da comunidade jurídica. Este monopólio da coação está descentralizado quando os indivíduos que têm competência para a execução dos atos coativos estatuídos pela ordem jurídica não têm o caráter de órgãos especiais, funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho, mas é aos indivíduos que se consideram lesados por uma conduta antijurídica de outros indivíduos que a ordem jurídica atribui o poder de utilizar a força contra os violadores do Direito — ou seja, quando ainda perdura o princípio da autodefesa.

γ) *Ordem jurídica e segurança coletiva*²⁶

Quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser exercida, e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, protege os indivíduos que estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos. Quando esta proteção alcança um determinado mínimo, fala-se de segurança coletiva — no sentido de que é garantida pela ordem jurídica enquanto ordem social. Pode dar-se já como alcançado esse mínimo quando a ordem jurídica institui um monopólio coercitivo da comunidade, ainda que não seja se não um monopólio de coação descentralizado — e, portanto, mesmo que subsista ainda o princípio da autodefesa. Em um tal

estado de evolução podemos ver o grau mínimo da segurança coletiva. Mas também podemos conceber uma noção mais restrita de segurança coletiva, falando de segurança coletiva somente quando o monopólio da coação por parte da comunidade jurídica atingir um mínimo de centralização, por forma a que a autodefesa seja, pelo menos em princípio, excluída. É o que acontece quando se subtrai aos indivíduos diretamente implicados no conflito pelo menos a decisão da questão de saber se, num caso concreto, houve uma ofensa do Direito e quem é por ela responsável, para a deferir a um órgão que funcione segundo o princípio da divisão do trabalho, a um tribunal independente; quando a questão de saber se um certo emprego da força constitui um ilícito ou uma ação imputável à comunidade — especialmente, se constitui uma sanção — pode ser decidida de uma maneira objetiva. A segurança coletiva pode, assim, ter vários graus que, em primeira linha, dependem da medida em que é centralizado o processo através do qual se determina, nos casos concretos, a existência dos pressupostos a que é ligado o ato coercitivo da sanção e se executa este ato coercitivo. A segurança coletiva atinge o seu grau máximo quando a ordem jurídica, para tal fim, estabelece tribunais dotados de competência obrigatória e órgãos executivos centrais tendo à sua disposição meios de coação de tal ordem que a resistência normalmente não tem quaisquer perspectivas de resultar. É o caso do Estado moderno, que representa uma ordem jurídica centralizada no mais elevado grau.

A segurança coletiva visa a paz, pois a paz é ausência do emprego da força física. Determinando os pressupostos sob os quais deve recorrer-se ao emprego da força e os indivíduos pelos quais tal emprego deve ser efetivado, instituindo um monopólio da coação por parte da comunidade, a ordem jurídica estabelece a paz nessa comunidade por ela mesma constituída. A paz do Direito, porém, é uma paz relativa e não uma paz absoluta, pois o Direito não exclui o uso da força, isto é, a coação física exercida por um indivíduo contra outro. Não constitui uma ordem isenta de coação, tal como exige um anarquismo utópico. O Direito é uma ordem de coação e, como ordem de coação, é — conforme o seu grau de evolução — uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz. Mas, tal como podemos conceber a noção de segurança coletiva num sentido mais estrito e falar dela somente quando exista uma certa centralização do monopólio coercitivo por parte da comunidade, também podemos pressupor que uma

pacificação da comunidade jurídica somente aparece num estágio mais elevado da evolução jurídica, a saber, naquele estágio evolutivo em que a autodefesa passa a ser proibida, pelo menos em princípio, e, por isso, nos encontramos em face de uma segunda coletiva em sentido estrito. De fato, a custo se poderá falar seriamente de pacificação, mesmo relativa, da comunidade, nos estádios primitivos da evolução jurídica. Enquanto não houver tribunais que determinem, de um modo objetivo, quando se está perante um uso proibido da força e, portanto, enquanto todo e qualquer indivíduo que se julgue lesado por outro nos seus direitos for autorizado a empregar a força como sanção, ou seja, como reação contra o ilícito de que foi vítima, ao mesmo tempo que o indivíduo contra quem este uso da força é dirigido também é autorizado a reagir contra este emprego da força com o uso da força, que ele pode justificar como sanção, isto é, como reação contra um ilícito de que está a ser vítima; enquanto a vingança de sangue constituir uma instituição jurídica, enquanto o duelo for juridicamente permitido e até juridicamente regulado, enquanto apenas a morte dos membros livres da comunidade, e não a morte dos escravos e dos estrangeiros, constituir ato ilícito; enquanto, nas relações entre os Estados, a guerra não for proibida pelo Direito internacional, não pode validamente afirmarse que a situação jurídica represente necessariamente uma situação de paz, que assegurar a paz constitua uma função essencial do Direito²⁷. O que pode afirmar-se é que a evolução do Direito tem esta tendência. Mesmo que, portanto, a paz fosse de consíderar como um valor moral absoluto, ou como um valor comum a todas as ordens morais positivas — o que, como mais tarde veremos, não é o caso —, não poderia o asseguramento da paz, a pacificação da comunidade jurídica, ser considerado como valor moral essencial a todas as ordens jurídicas, como o “mínimo ético” comum a todo o Direito.

Na proibição do emprego da força manifesta-se a tendência para alargar o círculo das situações de fato que a ordem jurídica põe como pressupostos de atos coercitivos. E esta tendência, com o decorrer da evolução, passa muito além daquela proibição, enquanto liga atos coercitivos, como consequências jurídicas, não apenas ao emprego da força, mas também a ações que não têm este caráter, bem como a simples omissões. Se o ato coercitivo estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra uma determinada conduta humana tida por socialmente nociva, e o fim

da sua estatuição é impedir essa conduta (prevenção individual e geral), esse ato coercitivo assume o caráter de uma sanção no sentido específico e estrito dessa palavra. E a circunstância de uma determinada conduta humana ser tornada, nestes termos, pressuposto de uma sanção, significa que essa conduta é juridicamente proibida, isto é, constitui um ilícito, um delito. Este conceito de sanção e o conceito de ilícito são correlativos. A sanção é consequência do ilícito; o ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção. Nas ordens jurídicas primitivas a reação da sanção à situação de fato que constitui o ilícito está completamente descentralizada. É deixada aos indivíduos cujos interesses foram lesados pelo ato ilícito. Estes têm poder para determinar, num caso concreto, a verificação do tipo legal do ilícito fixado por via geral pela ordem jurídica e para executar a sanção pela mesma determinada. Domina o princípio de autodefesa. Com o decorrer da evolução, esta reação da sanção ao fato ilícito é centralizada em grau cada vez maior, na medida em que tanto a verificação do fato ilícito como a execução da sanção são reservadas a órgãos que funcionam segundo o princípio da divisão do trabalho: aos tribunais e às autoridades executivas. O princípio da autodefesa é limitado o mais possível. Mas não pode ser completamente excluído. Mesmo no Estado moderno, no qual a centralização da reação coercitiva contra o fato ilícito atinge o grau máximo, subsiste um mínimo de autodefesa. É o caso da legítima defesa. No entanto, nas ordens jurídicas modernas, altamente centralizadas, há ainda outros casos que têm passado quase completamente desapercebidos à teoria do Direito e nos quais, se bem que em medida reduzida, a utilização da força física não é reservada a órgãos especiais mas é deixada aos indivíduos diretamente interessados. Tal é o caso do direito de correção que também as ordens jurídicas modernas conferem aos pais na educação dos seus filhos. É limitado, porquanto o seu exercício não pode traduzir-se na lesão da saúde do filho, em maus tratos. A decisão, porém, sobre a questão de saber qual a conduta do filho que deve ser considerada como pressuposto de um corretivo corporal, isto é, que deve ser considerada como pedagógica e socialmente indesejável, é deixada fundamentalmente aos pais, que podem transferir este direito para os educadores por dever de cargo ou profissão.

ð) *Atos coercitivos que não têm o caráter de sanções*

Com o decorrer da evolução — especialmente na passagem do Estado-jurisdicção para o Estado-administração²⁸ — amplia-se ainda o círculo dos fatos que são considerados pressupostos de atos coercitivos, na medida em que se classificam como tais não somente atos e omissões humanos socialmente indesejáveis, mas também outros fatos que não têm o caráter de fatos ilícitos. A este propósito importa referir desde logo aquelas normas que dão competência a determinados órgãos da comunidade, qualificados como órgãos de polícia, para privar da liberdade indivíduos suspeitos de terem praticado um delito, a fim de se garantir o processo judicial contra eles dirigido e no qual então se verifica se praticaram o delito de que são suspeitos. O pressuposto da privação da liberdade não é uma determinada conduta do indivíduo que essa medida atinge, mas a suspeita de uma tal conduta. Os órgãos policiais podem ser autorizados pela ordem jurídica a colocar os indivíduos sob prisão protetora, isto é, a retirar-lhes a liberdade a fim de os proteger contra agressões antijurídicas de que estão ameaçados. As ordens jurídicas modernas prescrevem o internamento compulsivo de doentes mentais perigosos em asilos e dos portadores de doenças contagiosas em hospitais. Intereza ainda referir a expropriação forçada quando um interesse público a exige, a aniquilação compulsiva de animais domésticos portadores de doenças contagiosas, a derruição compulsiva de edifícios quando ameaçam ruína, ou para impedir o alastramento de um incêndio. Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados.

De conformidade com os respectivos fatos extrínsecos, todos estes atos representam privação compulsória da vida, da liberdade, da propriedade, tal como as sanções da pena de morte, pena de prisão e execução civil. Distinguem-se destas sanções, como já notamos, apenas na medida em que estes atos de coerção não são ligados, como conseqüências, a uma determinada ação ou omissão de certo indivíduo, ação ou omissão socialmente indesejável e juridicamente fixada, porquanto o seu pressuposto não é um ato ilícito ou um delito juridicamente prefixado e cometido

por um determinado indivíduo. O ato ilícito ou o delito é uma determinada ação ou omissão humana que, por ser socialmente indesejável, é proibida pelo fato de a ela ou, mais corretamente, à sua verificação num processo juridicamente regulado se ligar um ato de coerção, pelo fato de a ordem jurídica a tornar pressuposto de um ato de coerção por ela estatuído. E este ato de coerção apenas pode, como sanção (no sentido de conseqüência de um ato ilícito), distinguir-se de outros atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica na medida em que o fato condicionante ou pressuposto deste ato de coerção é uma determinada ação ou omissão socialmente indesejável e juridicamente prefixada, ao passo que os atos de coerção não qualificados como sanções, no sentido de conseqüências do ilícito, são condicionados por outros fatos²⁹. Certos destes atos de coerção podem ser interpretados como sanções desde que se não limite este conceito à hipótese da reação contra uma determinada conduta humana cuja existência seja juridicamente averiguada, mas se estenda a casos em que o ato de coerção seja executado, na verdade, como reação contra uma determinada conduta humana, contra um delito, mas contra um delito cuja comissão por um determinado indivíduo ainda não foi juridicamente averiguada, como sucede no caso da privação compulsiva da liberdade, pela polícia, do suspeito de ter cometido o delito, e nos casos em que o ato de coerção se processa contra um delito ainda não cometido mas que é de esperar como possível no futuro — como sucede na hipótese do internamento de doentes mentais perigosos em asilos ou de pessoas de feição de espírito, religião ou raça indesejável em campos de concentração, na medida em que este internamento se faça para as impedir de realizarem uma conduta perniciosa de que são consideradas capazes, com razão ou sem ela, pela autoridade judiciária. Este motivo está claramente na base das limitações à liberdade a que são sujeitos, ao eclodir uma guerra, os cidadãos de um dos Estados contendores que vivem no território do outro.

Se o conceito de sanção é alargado nestes termos, já não coincidirá com o de conseqüência do ilícito. A sanção, neste sentido amplo, não tem necessariamente de seguir-se ao ato ilícito: pode precedê-lo.

Finalmente, o conceito de sanção pode ser estendido a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica, desde que com ele outra coisa não se queira exprimir se não que a ordem jurídica, através desses atos, reage contra uma situação de fato

socialmente indesejável e, através desta reação, define a indesejabilidade dessa situação de fato. É esta, na verdade, a característica comum a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica. Se tomarmos o conceito de sanção neste sentido amplíssimo, então o monopólio da coerção por parte da comunidade jurídica pode ser expresso na seguinte alternativa: a coação exercida por um indivíduo contra outro ou é um delito, ou uma sanção (entendendo, porém, como sanção, não só a reação contra um delito, isto é, contra uma determinada conduta humana, mas também a reação contra outras situações de fato socialmente indesejáveis).

e) O mínimo de liberdade

Como ordem social que estatui sanções, o Direito regula a conduta humana não apenas num sentido positivo — enquanto prescreve uma tal conduta ao ligar um ato de coerção, como sanção, à conduta oposita e, assim, proíbe esta conduta — mas também por uma forma negativa — na medida em que não liga um ato de coerção a determinada conduta, e, assim, não proíbe esta conduta nem prescreve a conduta oposita. Uma conduta que não é juridicamente proibida é — neste sentido negativo — juridicamente permitida. Visto que uma determinada conduta humana ou é proibida ou não o é, e que, se não é proibida, deve ser considerada como permitida pela ordem jurídica, toda e qualquer conduta de um indivíduo submetido à ordem jurídica pode considerar-se como regulada — num sentido positivo ou negativo — pela mesma ordem jurídica. Na medida em que a conduta de um indivíduo é permitida — no sentido negativo — pela ordem jurídica, porque esta não a proíbe, o indivíduo é juridicamente livre.

A liberdade que, pela ordem jurídica, é negativamente deixada aos indivíduos pelo simples fato de aquela não lhes proibir uma determinada conduta, deve ser distinguida da liberdade que a ordem jurídica positivamente lhes garante. 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 corresponde³⁰.

Simplesmente, nem toda a conduta permitida — no sentido negativo do não-ser-proibida — é garantia pela proibição da conduta de outrem que impeça aquela ou se lhe oponha; nem a toda a conduta de uma pessoa por este motivo permitida corresponde uma obrigação correlativa de outra pessoa. Uma determinada conduta de um indivíduo pode não ser proibida pela ordem jurídica e ser, neste sentido, permitida, sem que seja interdita pela mesma ordem jurídica a conduta de um outro indivíduo que àquela se opõe, por forma a também esta última conduta ser permitida. Uma determinada conduta de um indivíduo pode não ser proibida pelo fato de não ter qualquer relação com outro indivíduo e por não ter qualquer efeito nocivo em relação a outro indivíduo. Mas também nem toda a conduta de um indivíduo que tenha um efeito nocivo em relação a outro indivíduo é proibida. Assim, por exemplo, não ser proibido que o proprietário de uma casa faça uma abertura numa parede no limite da sua propriedade e aí instale um ventilador. Mas também pode, ao mesmo tempo, não ser proibido que o proprietário do terreno adjacente construa neste uma casa de que uma das paredes fique colada à parede da casa do vizinho provida da abertura de ventilação, por forma a malograr-se o uso do ventilador. Nesse caso é permitido a um impedir o que ao outro é permitido fazer, a saber, introduzir ar num aposento da sua casa por meio de um ventilador.

Se não é proibida (e, neste sentido, é permitida) a conduta de um indivíduo que é contrária à conduta de um outro indivíduo vel um conflito face ao qual a ordem jurídica não toma qualquer disposição. Esta não procura evitá-lo, como o faz relativamente a outros conflitos, proibindo a conduta de um indivíduo que é contrária à do outro — ou, por outras palavras, proibindo a realização do interesse de um que é contrário ao interesse de um outro. A ordem jurídica não pode, de forma alguma, procurar impedir todos os conflitos possíveis. O que pelas modernas ordens jurídicas é — pode afirmar-se — proibido sem exceção é o observar à conduta não proibida de outrem pelo recurso à força física. Na verdade, o emprego da força física, isto é, a realização de um ato coercitivo, é em princípio proibida, exceto quando seja posi-

IV

Estática jurídica

1. A sanção: ilícito e consequência do ilícito

a) *As sanções do Direito nacional e do Direito internacional*

Se o Direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a posição 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 jurídica 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 estatuídos 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. Nestas últimas hipóteses, entre os pressupostos do ato de coerção estatuído pela ordem jurídica não se encontra qualquer ação ou omissão de determinado indivíduo especificada pela mesma ordem jurídica.

As sanções no sentido específico desta palavra aparecem — no domínio das ordens jurídicas estaduais — sob duas formas diferentes: como pena (no sentido estrito da palavra) e como exe-

ção (execução forçada). Ambas as espécies de sanções consistem na realização compulsória de um mal ou — para exprimir o mesmo sob a forma negativa — na privação compulsória de um bem: no caso da pena capital, a privação da vida, no caso das penas corporais, outrora usadas (como a privação da vista, a amputação de uma mão ou da língua), a privação do uso de um membro do corpo, ou o castigo corretivo: a provocação de dores; no caso da pena de prisão, a privação da liberdade; no caso das penas patrimoniais, a privação de valores patrimoniais, especialmente da propriedade. Mas também a privação de outros direitos pode ser cominada como pena: tal a demissão ou a perda dos direitos políticos. Também a execução é a produção compulsória de um mal. Distingue-se, porém, da pena pelo fato de — como costuma dizer-se — ser levada a efeito para compensar (indenizar) o ilícito que consiste na conduta contra a qual esta sanção é dirigida como reação. A chamada indenização do ilícito consiste em pôr termo à situação criada em virtude da conduta contrária ao Direito (situação que, nestes termos, é também contrária ao Direito) e em produzir ou restabelecer um situação conforme ao Direito. Esta situação pode ser a mesma que deveria ter sido produzida através de uma conduta do delinquente conforme ao Direito; mas também pode ser uma outra que funcione como sucedânea dela, quando o restabelecimento de tal situação não seja possível. Exemplos do primeiro caso: A omite o cumprimento do dever de prestar a B uma coisa que se encontra em seu poder. A sanção de execução constitutiva deste dever consiste em a coisa ser compulsoriamente retirada a A e entregue a B. Outro exemplo: A omite cumprir o dever de aparecer perante o tribunal como testemunha. A sanção de execução constitutiva deste dever consiste em A ser conduzido compulsoriamente diante do tribunal, quer dizer: em ser-lhe retirada, para o efeito, a liberdade. Exemplo da segunda hipótese: A omite cumprir o dever de prestar a B uma coisa que não se encontra na sua posse, ou de lhe prestar um determinado trabalho. A sanção de execução constitutiva deste dever consiste em retirar-se compulsoriamente a A um valor patrimonial correspondente à coisa ou ao trabalho devido e em entregar a B a soma pecuniária realizada através da venda forçada. Se a conduta contrária ao Direito consiste — como sucede no primeiro e no último exemplos — no fato de se causar a outrem um prejuízo, a sanção da execução é a indenização do prejuízo ilicitamente causado. Neste caso existe

uma certa semelhança entre pena patrimonial e execução. Ambas são execução forçada de um patrimônio. Distinguem-se uma da outra pelo fato de o valor patrimonial compulsoriamente subtraído ir, no caso da pena patrimonial, que normalmente consiste em dinheiro, para um fundo público (caixa estadual ou municipal), enquanto que, no caso da execução, tal valor é atribuído ao lesado para indenização do prejuízo material ou moral, no que se revela um fim determinado pela ordem jurídica que, no caso da pena, não existe. A custo será possível determinar o conceito de pena pelo seu fim. Com efeito, o fim da pena não resulta — ou não resulta imediatamente — do conteúdo da ordem jurídica. A interpretação segundo a qual esse fim consiste em prevenir, pela intimidação, a ação ou omissão contra a qual a pena é dirigida, é uma interpretação que também é possível em face de ordenamentos jurídico-penais cujo aparecimento não foi determinado pela idéia de prevenção, mas o foi tão simplesmente pelo princípio de que se deve retribuir o mal com o mal. As penas de morte e de prisão permanecem as mesmas, quer se vise ou não, ao estatuir-las, um fim de prevenção. Sob este aspecto não existe qualquer diferença essencial entre pena e execução (civil), pois também esta pode — sendo, como é, sentida como um mal pelo indivíduo que atinge — ter um efeito preventivo, por forma tal que o fim de indenização se pode combinar, aqui, com o fim de prevenção. Ambas as espécies de sanções — pena e execução (civil) — são aplicadas tanto pela autoridade judicial como pela autoridade administrativa, em processo para o efeito previsto. Por isso devem distinguir-se penas judiciais, aplicadas pelos tribunais penais, e penas administrativas, aplicadas pelas autoridades administrativas; execuções judiciais, feitas pelos tribunais civis (execuções civis), e execuções administrativas, feitas pelas autoridades administrativas. Também se deve distinguir o ato pelo qual é ordenada a sanção da pena, ou da execução do ato pelo qual a efetivação da norma posta por aquele ato, a pena ou execução, é levada a efeito — do ato pelo qual é posto o fato coercitivo da sanção. Este ato é sempre posto por uma autoridade administrativa.

As sanções do Direito internacional geral (represálias e guerras) — das quais se falará mais tarde — não são, na verdade, qualificadas quer como penas, quer como execução civil, mas representam, tal como estas, uma privação compulsória de bens ou, o que significa o mesmo, uma lesão, estatuída pela ordem jurídica, de interesse de um Estado (que, aliás, em outras circunstâncias,

são protegidos) por parte de um outro Estado. Se se admite que, segundo o Direito internacional vigente, um Estado apenas pode recorrer às represálias ou à guerra contra um outro quando este se recuse a indenizar os prejuízos que lhe foram ilicitamente causados, e que estes atos de coerção apenas podem ser efetivados com o fim de obter a indenização, então existe um certo parentesco entre as sanções do Direito internacional geral e a execução forçada do Direito civil.

Saber, contudo, se as represálias e a guerra podem sequer ser interpretadas como sanções do Direito internacional e se este, portanto, deve ser considerado como uma ordem jurídica, constitui questão muito debatida!

b) *O ilícito (delito) não é negação, mas pressuposto do Direito*

Como já se depreende do que foi dito, a ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, que forma a condição ou o pressuposto de um ato de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica, representa o fato designado como ilícito ou delito, e o ato de coerção estatuído como sua consequência representa a consequência do ilícito ou sanção. Somente pelo fato de uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica ser feita pressuposto de um ato de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica é que ela é qualificada como ilícito ou delito; apenas pelo fato de um ato de coerção ser estatuído pela ordem jurídica como consequência de uma ação ou omissão por ela determinada é que este ato de coerção tem o caráter de uma sanção ou consequência do ilícito. Como já anteriormente foi acentuado, os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica como consequência de outros fatos (que não ações ou omissões) não são "sanções" no sentido específico de consequência do ilícito; e os fatos que as condicionam, uma vez que não são ações ou omissões de certos indivíduos determinadas pela ordem jurídica, não têm o caráter de um ilícito ou delito.

A relação entre ilícito e consequência do ilícito não consiste, assim — como pressupõe a jurisprudência tradicional —, em uma ação ou omissão, pelo fato de representar um ilícito ou delito, ser ligado um ato de coerção como consequência do ilícito, mas em uma ação ou omissão ser um ilícito ou delito por lhe ser

ligado um ato de coerção como sua consequência. Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito — mas única e exclusivamente o fato de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção².

A teoria dominante na jurisprudência tradicional, segundo a qual um elemento de valor moral vai insito aos conceitos do ilícito e da consequência do ilícito e o ilícito tem necessariamente de significar algo de imoral e a pena algo de infamante, é insustentável — já mesmo pelo caráter altamente relativo dos juízos de valor tomados em conta. Pode ser verdade que as ações e omissões determinadas por uma ordem jurídica como pressupostos de atos de coerção sejam consideradas como imorais pelas concepções de determinados círculos, mas não pode negar-se que já pode não ser este o caso segundo as concepções de outros círculos. Um homem que mata a esposa adúltera ou o seu amante é, segundo a maioria das ordens jurídicas vigentes, um criminoso, mas o seu feito pode por muitos não ser de forma alguma reprovado, sim, pode mesmo ser aprovado como exercício de um direito natural a proteger a sua honra. O duelo, contra o qual é cominada uma pena, é considerado por uma determinada camada social, não apenas como não imoral, mas como dever moral, e a pena de prisão que lhe corresponde não é tida como desonrosa. A doutrina da essencial qualificação moral do ilícito não é, de modo algum, mantida pelo que respeita ao delito civil e à consequência do ilícito a ele ligada, isto é, à execução civil. Do ponto de vista de uma teoria do Direito positivo não há qualquer fato que, em si e por si, isto é, sem ter consideração a respectiva consequência estatuída pela ordem jurídica, seja um ilícito ou delito. Não há *mala in se*, mas apenas *mala prohibita*. Isto é, de resto, apenas a consequência do princípio geral reconhecido no direito penal, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; e este princípio, que vale não só para o direito penal, não só para os delitos criminais, como também para todos os delitos, não só em relação às penas mas também em relação a todas as sanções, é tão-somente a consequência do positivismo jurídico. Um e o mesmo fato é, segundo uma ordem jurídica, um ilícito ou delito, por esta lhe ligar a uma sanção, e não o é segundo uma outra que não prevê tal consequência.

É de per si evidente que uma determinada conduta ou omissão humana é feita pela ordem jurídica pressuposto de um ato de coação porque essa ação ou omissão é considerada, pela autoridade jurídica, como socialmente indesejável ou nociva. Mas, do ponto de vista de uma consideração dirigida ao sentido imamente da ordem jurídica, esta circunstância é irrelevante para o conceito de ilícito. Se uma ação ou omissão especificada pela ordem jurídica é feita pressuposto de um ato de coação, deve ser considerada como um ilícito, mesmo por aquele jurista que a não considere prejudicial ou porventura até a considere útil; e inversamente. A distinção entre um fato que constitui um ilícito por ser punível segundo o direito positivo e um fato que é punível porque é um ilícito baseia-se numa concepção de Direito natural. Ela pressupõe que a qualidade de ilícito, o valor negativo, é imanente a certos fatos e exige a punição por parte do Direito positivo. Com a rejeição do pressuposto fundante do Direito natural de que o valor e o desvalor são imanentes à realidade, cai a distinção pela base.

Na designação de “não”-Direito (ilícito), “contradição”-com-o-Direito, “quebra”-do-Direito, “violação”-do-Direito exprime-se a idéia de uma negação do Direito, a representação de algo que está fora do Direito e contra ele, que ameaça, interrompe ou mesmo suprime a existência do Direito. Esta representação induz em erro. Ela nasce do fato de interpretarmos como contradição lógica a relação entre uma norma que prescreve uma determinada conduta e uma conduta fática que é o oposto da prescrita. Uma contradição lógica, porém, apenas pode existir entre duas proposições das quais uma afirma que A é e a outra que A não é, ou das quais uma afirma que A deve ser e a outra que A não deve ser. As duas proposições não podem subsistir uma ao lado da outra, pois apenas uma delas pode ser verdadeira. Entre a proposição descritiva de uma ordem que diz que um indivíduo se *deve* comportar de determinada maneira e a proposição que diz que ele *de fato* se não comporta dessa maneira, mas realiza a conduta oposta, não existe qualquer contradição lógica. Ambas as proposições podem subsistir, uma em face da outra, ambas podem ser simultaneamente verdadeiras. A existência ou validade (vigência) de uma norma que prescreve uma determinada conduta não é “quebrada” pela conduta oposta como se quebra uma cadeia que prende um indivíduo; pois a cadeia do Direito prende também o indivíduo que “quebra” o Direito. A norma não é

“lesada” como pode ser lesado, isto é, como pode ser prejudicado na sua existência, um indivíduo, pelo ato de coação dirigido contra ele.

Se uma ordem normativa prescreve uma determinada conduta apenas pelo fato de ligar uma sanção à conduta oposta, o essencial da situação de fato é perfeitamente descrito através de um juízo hipotético que afirma que, se existe uma determinada conduta, deve ser efetivado um determinado ato de coação. Nesta proposição, o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele. Como tudo o mais, também o ilícito (não-Direito) juridicamente apenas pode ser concebido como Direito. Quando se fala de conduta “contrária”-ao-Direito, o elemento condicionante é o ato de coação; quando se fala de conduta “conforme”-ao-Direito, significa-se a conduta oposta, a conduta que evita o ato de coação.

Enquanto a ciência jurídica interpreta como um pressuposto (condição) do Direito o delito, representado no pensamento ingênuo pré-científico como negação do Direito, como não-Direito (ilícito), cumpre um processo análogo ao da teologia em face do problema da teodicéia, isto é, em face do problema do mal num mundo criado por um Deus totalmente bom e todo-poderoso. Vis-to que tudo o que é tem de ser concebido como querido por Deus, surge a questão: como pode o mal ser concebido como querido pelo bom Deus? A resposta de uma teologia monoteísta consistente é: interpretando o mal como uma condição (pressuposto) necessária da realização do bem. A suposição de que o mal não é obra de Deus mas é dirigido contra Deus, de que é obra do Diabo, não é conciliável com a hipótese monoteísta, pois implica a idéia de um anti-Deus, de um não-Deus.

O delito, que é uma ação ou omissão humana determinada pela ordem jurídica, não é o único pressuposto a que a mesma ordem jurídica liga a sanção. Com efeito, a hipótese condicionante desta, como veremos, pode ser composta de partes constitutivas muito diversas, entre as quais também avulta outra conduta humana que não pode ser qualificada como delito — tal, por exemplo, o ato legislativo pelo qual é produzida a norma geral que fixa o fato delituoso e o ato jurisdicional através do qual

se verifica a existência do fato delituoso concreto. Sendo assim, surge a questão de saber como pode a conduta a qualificar como delito ser distinguida de outros pressupostos, especialmente de outra conduta humana que apareça como parte constitutiva da hipótese condicionante. O delito é normalmente a conduta daquele indivíduo contra o qual — como consequência dessa conduta — é dirigido o ato coercitivo que funciona de sanção. Esta determinação conceitual do delito, porém, apenas está certa quando a sanção é dirigida contra o delinquent, isto é, contra aquele que, pela sua conduta, cometeu o delito. É este o caso — que mais tarde será analisado — da responsabilidade por conduta própria.

A sanção, porém, não tem de ser dirigida contra o delinquent, ou apenas contra ele, mas pode também ser dirigida contra um outro indivíduo — ou contra outros indivíduos. Nesse caso, a ordem jurídica tem de determinar a relação em que o delinquent está para com o indivíduo ou os indivíduos que respondem pelo seu delito. A ordem jurídica pode responsabilizar o pai do delinquent, o seu cônjuge ou outros membros da sua família, ou ainda os membros de um outro grupo a que o delinquent pertença. Se, por uma questão de simplificação terminológica, designarmos aqueles indivíduos que, estando numa determinada relação com o delinquent — relação essa especificada pela ordem jurídica — respondem pelo seu delito como os seus “parentes” (por laços de família, de etnia, de nacionalidade), pode o delito ser determinado como a conduta daquele indivíduo contra o qual ou contra cujos “parentes” é dirigida a sanção como consequência.

2. Dever jurídico e responsabilidade

a) *Dever jurídico e sanção*

A conduta de um indivíduo prescrita por uma ordem social é aquela a que este indivíduo está obrigado. Por outras palavras: um indivíduo tem o dever de se conduzir de determinada maneira quando esta conduta é prescrita pela ordem social. Dizer que uma conduta é prescrita e que um indivíduo é obrigado a uma conduta, que é seu dever conduzir-se de certa maneira, são expressões sinônimas. Visto a ordem jurídica ser uma ordem social, a conduta a que um indivíduo é juridicamente obrigado é

uma conduta que — imediata ou mediata — tem de ser realizada em face de outro indivíduo. Se o Direito é concebido como ordem coercitiva, uma conduta apenas pode ser considerada como objetivamente prescrita pelo Direito e, portanto, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção. Costuma-se, na verdade, distinguir norma jurídica e dever jurídico e dizer que uma norma jurídica estatui um dever jurídico. Porém, o dever jurídico de realizar uma determinada conduta não é uma situação de fato diversa da norma jurídica que prescreve esta conduta. A afirmação: um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta é idêntica à afirmação: uma norma jurídica prescreve aquela conduta determinada de um indivíduo; e uma ordem jurídica prescreve uma determinada conduta ligando à conduta oposta um ato coercitivo como sanção.

O dever jurídico tem, tal como a norma jurídica que com ele se identifica, um caráter geral ou individual. A norma jurídica que prescreve a indenização de um prejuízo causado a outrem estatui — ou melhor: é — um dever jurídico geral. A decisão judicial, ou seja, a norma individual que, num caso concreto, prescreve que um determinado indivíduo, A, deve indenizar um determinado prejuízo por ele causado a outro indivíduo determinado, B, através da prestação de uma determinada soma pecuniária, estatui — melhor: é — o dever jurídico individual de A. Com isto, no entanto, apenas se diz que a prestação por A de determinada soma de dinheiro a B forma o conteúdo de uma norma jurídica individual. A maior parte das vezes fala-se de dever jurídico somente quando exista uma norma jurídica individual, e, como a teoria tradicional apenas toma em consideração normas jurídicas gerais e ignora a existência de normas jurídicas individuais, perde-se de vista a identidade de norma jurídica e dever jurídico e considera-se o dever jurídico como um objeto do conhecimento jurídico diferente da norma jurídica, se bem que com esta tenha uma qualquer conexão.

A tentativa de determinar por esta forma o dever jurídico induz em erro. Assim sucede com a suposição de que o dever jurídico é um impulso insito ao homem, uma impulsão para uma conduta que ele sente como prescrita, a vinculação por uma norma natural ou divina que lhe é inata e cuja observância a ordem jurídica positiva se limita a garantir, estatuinto uma sanção. Ele não é, porém, senão a norma jurídica positiva que prescreve a