

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 Ledo 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>

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 da-quele 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

conduta deste indivíduo pelo fato de ligar à conduta oposta uma sanção. E o indivíduo é juridicamente obrigado à conduta assim prescrita, mesmo que a representação desta norma jurídica não desencadeie nele qualquer espécie de impulso para essa conduta, mesmo quando ele não tenha qualquer representação da norma jurídica que o obriga — na medida em que valha o princípio jurídico-positivo de que o desconhecimento do Direito não isenta da sanção pelo mesmo estatuída.

Com isto fica determinado o conceito de dever jurídico. Este encontra-se numa relação essencial com a sanção. Juridicamente obrigado está o indivíduo que, através da sua conduta, pode cometer o ilícito, isto é, o delito, e, assim, pode provocar a sanção, a consequência do ilícito — o delinqüente potencial; ou o que pode evitar a sanção pela conduta oposta. No primeiro caso, fala-se da violação do dever, no segundo, em cumprimento do dever. O indivíduo que cumpre o dever que lhe é imposto por uma norma jurídica, observa a norma jurídica; o indivíduo que, em caso de violação do Direito, efetiva a sanção estatuída na norma jurídica, aplica a norma. Tanto a observância da norma jurídica como a sua aplicação representam uma conduta conforme à norma. Se, por eficácia de uma ordem jurídica, se entende o fato de os indivíduos — cuja conduta ela regula enquanto liga a uma conduta por ela determinada um ato coercitivo, igualmente por ela determinado, a título de sanção — se conduzirem em conformidade com as suas normas, então essa eficácia manifesta-se tanto na efetiva observância das normas jurídicas, isto é, no cumprimento dos deveres jurídicos por elas estatuídos, como na aplicação das normas jurídicas, isto é, na efetivação das sanções por elas estatuídas.

Conteúdo de um dever jurídico é normalmente a conduta de um indivíduo apenas. Mas também o pode ser a conduta de dois ou mais indivíduos. É este o caso se o dever pode ser cumprido por um ou pelo outro dos indivíduos — alternativamente, portanto —, e é violado quando não é cumprido por qualquer deles; ou ainda se o dever apenas pode ser cumprido através da ação combinada de todos — cooperativamente, portanto — e é violado quando esta cooperação não tenha lugar.

Na teoria tradicional utiliza-se, ao lado do conceito de dever jurídico, o conceito de sujeito do dever, como seu “portador”, assim como ao lado do conceito de direito subjetivo se utiliza o conceito de sujeito do direito como seu portador ou titu-

lar. Ambos são reunidos no conceito de sujeito jurídico, como portador dos deveres e direitos estatuídos pela ordem jurídica. Como sujeito ou portador do dever é designado normalmente o indivíduo cuja conduta forma o conteúdo do dever. Mas este indivíduo não é algo que “porte” o dever como um objeto que dele se distingue. Não é sequer o indivíduo, como tal, que entra em linha de conta na situação fática que representa o dever jurídico, mas tão-somente uma determinada conduta de um indivíduo, apenas o elemento pessoal desta conduta que, inseparavelmente ligada com o elemento material, forma o conteúdo do dever jurídico. Só neste sentido é admissível o conceito de sujeito do dever. Sujeito de um dever jurídico é o indivíduo cuja conduta é o pressuposto a que é ligada a sanção dirigida contra esse indivíduo (ou contra os seus “parentes”) como consequência dessa conduta. É o indivíduo que, através da sua conduta, pode violar os deveres, isto é, provocar a sanção, e que, portanto, pode cumprir o dever, isto é, evitar a sanção.

b) Dever jurídico e *dever-ser*

À palavra “dever” (“*Pflicht*”) está ligada na língua alemã — especialmente depois da Ética de Kant — a idéia de um valor moral absoluto. O princípio segundo o qual o homem deve cumprir sempre o seu “dever” ou os seus “deveres” pressupõe evidentemente que haja deveres absolutos, inteligíveis para todos. De outro modo, isto é, se se admitisse que não há uma moral absoluta, mas várias e muito diversas ordens morais que prescrevem condutas que se contrariam, o princípio citado, que constitui o princípio fundamental da ética kantiana, reconduzir-se-ia à tautologia de que o homem deve sempre fazer aquilo que, de conformidade com a ordem moral tomada em consideração, é prescrito, ou seja: que ele deve fazer o que deve fazer. O conceito de dever jurídico refere-se exclusivamente a uma ordem jurídica positiva e não tem qualquer espécie de implicação moral. Um dever jurídico pode — embora isso se não verifique necessariamente — ter como conteúdo a mesma conduta que é prescrita em qualquer sistema moral, mas também pode ter por conteúdo a conduta oposta, por forma a existir — como costuma admitir-se em tal hipótese — um conflito entre dever jurídico e dever moral. Para evitar a possibilidade de um tal conflito foi mesmo afir-

mado que o dever em geral não é um conceito jurídico, que apenas a Moral, e não o Direito, obriga, que a função específica do Direito — diferentemente da da Moral — é conferir direitos. Se, contudo, se reconhece que ser obrigado a uma conduta não significa senão que esta conduta é prescrita por uma norma — e não pode negar-se que a ordem jurídica (como toda ordem normativa) prescreve uma determinada conduta humana — então obrigá-lo (constituir na obrigação de) tem de considerar-se uma função essencial do Direito e, como se mostra pela análise que faremos em seguida da função do conferir-direitos, tem mesmo de se reconhecer que tal função ocupa um lugar de primazia em relação a esta última.

Visto que as normas não só prescrevem (ou proíbem) uma determinada conduta como também podem conferir autorização (competência) para uma determinada conduta, não é supérfluo realçar que, quando a um indivíduo é conferida competência para uma determinada conduta, ele não tem de ser, por tal motivo, obrigado a essa conduta. Na medida em que “conferir competência” (“autorizar”), dentro de uma ordem jurídica, significa o mesmo que atribuir um poder jurídico, isto é, atribuir a capacidade de produzir Direito, apenas uma ação positiva, e não uma omissão, pode ser objeto de uma atribuição de competência (autorização), enquanto que uma ordem ou comando se pode referir tanto a uma ação como a uma omissão. Podemos, portanto, ser juridicamente obrigados a fazer ou a omitir algo; mas apenas nos pode ser conferido poder ou competência para fazer algo. O que sucede, porém, é que podemos ser juridicamente obrigados a fazer uso de uma competência: uma ação para a qual a ordem jurídica atribui competência a um indivíduo pode, ao mesmo tempo, ser prescrita ou ordenada, isto é, pode ser tornada conteúdo do seu dever. Ao juiz é conferida competência (isto é, ele tem o poder jurídico, que pelo Direito lhe é atribuído, a ele próprio e a mais ninguém) para aplicar uma pena sob determinadas condições. Ele pode também ser obrigado — embora não tenha necessariamente de o ser — a aplicar esta pena; e é juridicamente obrigado a proceder assim quando a omissão de tal agir é pela ordem jurídica sujeita a uma sanção. O mesmo vale dizer para a hipótese em que uma conduta é positivamente permitida (através de uma norma em que uma proibição geral dessa conduta é restringida): a ordem jurídica pode — se bem que não tenha necessariamente de proceder assim — estatuir um dever de usar essa permissão.

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 ato de coação, a palavra “deve” nada diz sobre a questão de saber se a aplicação do ato coercitivo constitui conteúdo de um dever jurídico, de 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 ato de coerção prescrito, ou seja: é aquela conduta cuja não-efetivação, por seu turno, constitui, ela própria, o pressuposto de um ato 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 idéias³, não é, ou pelo menos não é imediatamente, a conduta devida. Devido é apenas o ato de coerção que funciona como sanção. Se se diz que 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 ato coercitivo que funciona como sanção e é estatuído como consequência da conduta oposta⁴.

c) Responsabilidade

Conceito essencialmente ligado com o conceito de dever jurídico, mas que dele deve ser distinguido, é o conceito de responsabilidade. Um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposta conduta sua é tornada presuposta de uma ato coercitivo (como sanção). Mas este ato coercitivo, isto é, a sanção como consequência do ilícito, não tem de ser necessariamente dirigida — como já se fez notar — contra o indivíduo obrigado, quer dizer, contra o indivíduo cuja conduta é o pressuposto do ato coercitivo, contra o delinquente, mas

pode também ser dirigido contra um outro indivíduo que se encontre com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica. O indivíduo contra quem é dirigida a consequência do ilícito responde pelo ilícito, é juridicamente *responsável* por ele. No primeiro caso, responde pelo ilícito próprio. Aqui o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável são uma e a mesma pessoa. Responsável é o delinqüente potencial. No segundo caso, responde um indivíduo pelo delito cometido por um outro: o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável não são idênticos. É-se obrigado a uma conduta conforme ao Direito e responde-se por uma conduta antijurídica. O indivíduo obrigado pode, pela sua conduta, provocar ou evitar a sanção. O indivíduo que apenas responde pelo não-cumprimento do dever de um outro (pelo ilícito cometido por um outro) não pode, pela sua conduta, provocar ou impedir a sanção. Isto é patente no caso de responsabilidade penal pelo delito de outrem, ou seja, no caso em que a sanção tem o caráter de uma pena. Mas vale dizer o mesmo também para o caso da responsabilidade civil pelo delito de outrem quando a sanção tem o caráter de uma execução civil. A está obrigado a prestar 1.000 a B quando a ordem jurídica determina que, se A não presta 1.000 a B, se deve fazer execução no patrimônio de A ou no patrimônio de C. No último caso, C responde pelo não-cumprimento do dever de A de prestar 1.000 a B. C não pode, pela sua conduta, provocar a sanção, pois pressuposto da sanção é a conduta de A, não a de C. C, porém, também não pode, pela sua conduta, impedir a sanção se apenas responde pelo delito civil de A. Seria esse o caso se a ordem jurídica determinasse que a sanção deve ser dirigida contra C quando A omite prestar 1.000 a B, mesmo que C preste os 1.000 a B; quer dizer: se a ordem jurídica não confere validade ao cumprimento do dever de A por C (como seu representante). Mas C pode não só responder pelo fato de A não cumprir o seu dever de prestar 1.000 a B como também pode ser obrigado a prestar 1.000 a B quando A não cumpre o seu dever. Isto é assim quando a ordem jurídica — como normalmente sucede — determina que deve ser feita execução no patrimônio de C se tanto A como C omitem prestar 1.000 a B. Então C pode — como sujeito do dever de prestar 1.000 a B — provocar ou evitar a sanção através da sua conduta. Se estamos perante uma hipótese de responsabilidade pelo não-cumprimento de um dever jurídico que é constituído pela execução forçada de um patrimônio, tem de distinguir-se o caso em que o patrimônio

sobre o qual deve incidir a execução forçada é patrimônio próprio do indivíduo contra o qual se dirige o ato de coerção do caso em que tal patrimônio é o patrimônio de outrem sobre o qual esse indivíduo tem o poder de disposição. No primeiro caso, o indivíduo responde com a sua pessoa e com o seu patrimônio. No segundo caso, para efeitos de responsabilidade, são tomados em consideração dois indivíduos: aquele que tem o poder de disposição sobre o patrimônio e aquele que é o sujeito dos direitos que formam o patrimônio. Um responde só com a sua pessoa, o outro com o seu patrimônio.

No caso de responsabilidade pelo ilícito de outrem a conduta que constitui o pressuposto da sanção não é uma determinada conduta do indivíduo contra o qual se dirige a sanção, mas a conduta de um outro indivíduo. O indivíduo que responde por um ilícito de outrem não é sujeito de uma conduta determinada pela ordem jurídica como pressuposto da consequência do ilícito; ele é apenas objeto de uma conduta determinada pela ordem jurídica como consequência de outra conduta, a saber, é objeto do ato coercitivo da sanção. Sob este aspecto existe uma certa semelhança entre esta situação e aquela que se apresenta quando a ordem jurídica estatui aqueles atos coercitivos acima referidos que não têm o caráter de sanções. Também nestes casos o indivíduo contra o qual se dirige o ato coercitivo não é sujeito de uma conduta determinada pela ordem jurídica como pressuposto do ato coercitivo, mas é apenas objeto de uma conduta determinada pela ordem jurídica como consequência, ou seja, é objeto do ato coercitivo contra ele dirigido. A diferença, porém, reside em que, no caso de responsabilidade pelo ilícito de outrem, aparece entre os pressupostos do ato de coerção uma conduta de um determinado indivíduo especificada pela ordem jurídica, enquanto no caso de atos coercitivos que não têm o caráter de sanções se não encontra, entre os pressupostos do ato coercitivo, uma tal conduta.

d) *Responsabilidade individual e coletiva*

A distinção entre dever (obrigação) e responsabilidade também encontra expressão na linguagem. Somos obrigados a uma determinada conduta, que é sempre e apenas a nossa própria conduta; não podemos ser obrigados à conduta de outrem. Respon- demos *por* uma determinada conduta própria, e respondemos

também pela conduta de outrem. A responsabilização por um delito cometido por outrem, no caso em que a sanção é dirigida contra outro indivíduo que não o delinquente, apenas pode ter eficácia preventiva quando entre os dois indivíduos existe uma relação que permita presumir que o indivíduo obrigado, o delinquentepotencial, também receba como um mal a execução da sanção no caso de ela incidir sobre um outro indivíduo como objeto da responsabilização — quando este é, por exemplo, membro da sua própria família, do seu grupo étnico ou do seu Estado, isto é, quando ele pertence a um grupo cujos membros se identificam mais ou menos uns com os outros, quando o indivíduo obrigado e o indivíduo responsabilizado pertencem à mesma coletividade. É uma tal relação que, em regra, determina a ordem jurídica quando ela estabelece a responsabilização pelo ilícito de outrem. Neste sentido, a responsabilização pelo ilícito de outrem pode ser designada como responsabilidade coletiva. No entanto, também podemos falar de responsabilidade coletiva somente quando as consequências do ilícito se dirijam, não contra um indivíduo em singular, mas contra vários ou todos os membros de um grupo determinado a que o delinquentepertence — como no caso da vingança de sangue, que pode ser executada contra todos os membros da família a que pertence o assassino; ou no caso das sanções do Direito internacional, represálias e guerra, que se dirigem contra os nacionais do Estado cujo órgão cometeu um delito de Direito internacional.

A responsabilidade coletiva é um elemento característico da ordem jurídica primitiva e está em estreita conexão com o pensar e o sentir identificados dos primitivos. À falta de uma consciência do eu suficientemente acusada, o primitivo sente-se de tal modo uno com os membros do seu grupo que interpreta todo o feito, por qualquer forma notável, de um membro do grupo como feito do grupo — como algo que “nós” fizemos —; e, por isso, assim como reclama a recompensa para o grupo, assim aceita, de igual modo, a pena como algo que impende sobre todo o grupo. Inversamente, a responsabilidade individual existe quando a sanção se dirige exclusivamente contra o delinquentepotencial, isto é, contra aquele que, através da sua conduta, cometeu o delito.

e) *Responsabilidade pela culpa e pelo resultado*

É usual distinguir duas espécies de responsabilidade: responsabilidade pela culpa e responsabilidade pelo resultado. Quando a ordem jurídica faz pressuposto de uma consequência do ilícito uma determinada ação ou omissão através da qual é produzido ou não é impedido um evento indesejável (por exemplo, a morte de um homem), pode distinguir-se entre a hipótese em que este sucesso é visado ou, pelo menos, previsto pelo indivíduo cuja conduta se considera e a hipótese em que o mesmo evento ou sucesso se verificou sem qualquer intenção ou previsão — “casualmente”, como sói dizer-se. No primeiro caso, fala-se de responsabilidade pela culpa, no segundo, de responsabilidade pelo resultado. Se o evento que, segundo a ordem jurídica, é indesejável, foi pretendido ou intencionalmente visado, pode distinguir-se conforme a intenção do indivíduo cuja conduta se considera é subjetivamente uma intenção “má”, quer dizer, conforme tal evento é produzido ou não é impedido com a intenção de prejudicar, ou, pelo contrário, é produzido ou não é impedido com a intenção de ser útil como, por exemplo, quando o médico provoca a morte de um paciente que sofre de doença incurável para pôr termo ao seus sofrimentos. O momento a que chamamos “culpa” é uma parte integrante específica do fato ilícito: consiste numa determinada relação positiva entre o comportamento (atitude) íntimo, anímico, do delinquente e o evento produzido ou não impedido através da sua conduta externa; consiste na sua previsão ou na sua intenção, àquele evento dirigida. Estamos perante uma responsabilidade pelo resultado onde não exista uma tal relação, onde o evento não é previsto nem intencionalmente visado.

Sob o conceito de responsabilidade pela culpa costuma também abranger-se a hipótese da chamada negligência. Esta surge quando a produção ou o não-impedimento de um evento (resultado), indesejável segundo a ordem jurídica, é proibido, mesmo que não tenha sido efetivamente previsto ou intencionalmente visado pelo indivíduo através de cuja conduta ele foi produzido ou não foi evitado, já que normalmente teria podido e devido prevê-lo e, portanto, teria podido e devido não o provocar ou evitá-lo. Isto significa que a ordem jurídica prescreve a previsão de determinados eventos indesejáveis que podem ser normalmente previstos como consequências de uma determinada conduta e, desse jeito, determina que se omita a sua produção ou se impeça o seu

aparecimento. A negligência consiste na omissão deste dever de previsão prescrito pela ordem jurídica, na falta da prudência prescrita. Ela não é — como a previsão ou a intenção — uma relação positiva entre o íntimo do delinqüente e o resultado (evento) indesejável produzido ou não evitado pela sua conduta exterior. Consiste na ausência de uma tal relação, relação essa que é prescrita pela ordem jurídica. Neste sentido, o delito negligente é um delito de omissão para cuja verificação é estatuída a responsabilidade pelo resultado.

f) O dever de indenização

Muitas vezes o dever jurídico em que se constitui um indivíduo de ressarcir os prejuízos materiais ou morais causados por ele ou por outrem é interpretado como sanção e, por isso, também este dever é designado como responsabilidade. Esta construção confunde os conceitos de dever jurídico, de responsabilidade e de sanção. A sanção não é em si mesma um dever — ela pode ser estatuída como tal, porém, não tem necessariamente o ser —, mas é o ato coercitivo que uma norma liga a uma determinada conduta cuja conduta oposta é, desse modo, juridicamente prescrita, constituindo conteúdo de um dever jurídico. Também pode exprimir-se isto dizendo: a sanção é o ato coercitivo que constitui o dever jurídico. Também a responsabilidade não é — como se mostrou — um dever, mas a relação do indivíduo com o qual o ato coercitivo é dirigido com o delito por ele ou por outrem cometido. O dever é a omissão do delito por parte do indivíduo cuja conduta forma o delito. A ordem jurídica pode constituir os indivíduos no dever de não causarem prejuízos a outrem sem estatuir a obrigação ou o dever de indenizar os prejuízos causados com a infração daquele primeiro dever. Um tal dever de indenização apenas existe quando não somente a produção de um prejuízo mas também a não-indenização do prejuízo antijuridicamente causado é considerada pressuposto de uma sanção. O fato de que a ordem jurídica obriga à indenização de um prejuízo é corretamente descrito na seguinte proposição jurídica: se um indivíduo causa a outrem um prejuízo e este prejuízo não é indenizado, deve ser dirigido contra o patrimônio de um outro indivíduo um ato coercitivo como sanção, quer dizer, deve retirar-se compulsoriamente a outro indivíduo um valor patrimonial e atri-

bui-lo ao indivíduo prejudicado, para ressarcimento do prejuízo. Um indivíduo poderia — como já foi notado — ser constituído no dever de não causar a outrem um prejuízo, sem ser obrigado a indenizar o prejuízo causado com a infração daquele dever. Tal seria o caso se ele não pudesse evitar a sanção através da indenização do prejuízo. Segundo o Direito positivo, porém, ele pode — normalmente — evitar a sanção pela indenização do prejuízo. Quer dizer: ele não só é obrigado a não causar a outrem qualquer prejuízo com a sua conduta mas ainda, no caso de, com essa sua conduta, ter causado um prejuízo a outrem, a indenizar esse prejuízo. A sanção da execução civil constitui dois deveres: o dever de não causar prejuízos, como dever principal, e o dever de ressarcir os prejuízos lícitamente causados, como dever subsidiário que vem tomar o lugar do dever principal violado. O dever de ressarcir os prejuízos não é uma sanção, mas é esse dever subsidiário. A sanção da execução, isto é, a indenização compulsória do prejuízo através do órgão aplicador do Direito, apenas surge quando este dever não é cumprido. Se esta sanção da execução civil se dirige ao patrimônio do indivíduo que causou o prejuízo através da sua conduta e o não indenizou, este indivíduo responde pelo seu próprio delito, que consiste no não-ressarcimento do prejuízo por ele causado. Mas, por este delito, isto é, pelo não-ressarcimento do prejuízo por ele causado, também pode responder um outro indivíduo. Tal é o caso se a sanção da execução civil deve ser dirigida contra o patrimônio de um outro indivíduo na hipótese de o primeiro não cumprir o seu dever de indenização. O segundo indivíduo, quando não possa impedir a sanção ressarcindo ele próprio o prejuízo causado pelo primeiro indivíduo, apenas é sujeito de uma responsabilidade. Normalmente, porém, segundo o Direito positivo, ele pode por esse meio evitar a sanção. Com efeito, normalmente, ele não responde apenas pelo não-ressarcimento do prejuízo por parte do indivíduo obrigado — em primeira linha — a esse ressarcimento mas está também obrigado — em segunda linha — a indenizar o prejuízo causado por esse indivíduo quando ele o não indenize. Apenas enquanto sujeito deste dever, e não enquanto objeto da responsabilidade, é que ele pode evitar a sanção. Mas, então, responde não só pela não indenização do prejuízo por parte do indivíduo que, com infração do seu dever, não indenizou o prejuízo por ele próprio causado, mas também pelo seu próprio não-ressarcimento desse prejuízo. Este seu dever de indenizar o prejuízo não

é uma sanção, nem tampouco o é a sua responsabilidade pelo cumprimento de tal dever. A sanção apenas surge quando nem um indivíduo, nem o outro, indenize o prejuízo.

g) *A responsabilidade coletiva como responsabilidade pelo resultado*

Quando a sanção não é dirigida contra o delinqüente, mas — como no caso da responsabilidade coletiva — contra um outro indivíduo que está, com o delinqüente, numa relação pela ordem jurídica determinada, a responsabilidade tem sempre o caráter de uma responsabilidade pelo resultado. Com efeito, não existe qualquer relação íntima entre o indivíduo que responde pelo ilícito e o evento, segundo a ordem jurídica indesejável, produzido ou não impedido pela conduta de outrem. O sujeito da responsabilidade não precisa ter previsto ou intencionalmente visado esse evento. Mas é perfeitamente possível que a ordem jurídica apenas estatua a responsabilidade por um ilícito praticado por outrem quando o ilícito tenha sido cometido culposamente pelo delinqüente. Então, a responsabilidade tem o caráter de responsabilidade pela culpa, em relação ao delinqüente, e o caráter de responsabilidade pelo resultado, em relação ao objeto da responsabilidade.

3. Direito subjetivo: atribuição de um direito e atribuição de um poder ou competência

a) *Direito e dever*

Usualmente contrapõe-se ao dever jurídico o direito como direito subjetivo, colocando este em primeiro lugar. Fala-se, no domínio do Direito, de direito e dever, não de dever e direito (no sentido subjetivo) como no domínio da Moral onde se acentua mais aquele do que este. Na descrição do Direito, o direito (subjetivo) avulta tanto no primeiro plano, que o dever quase desaparece por detrás dele e aquele — na linguagem jurídica alemã e francesa — é mesmo designado pela própria palavra com que se designa o sistema das normas que forma a ordem jurídica: pela palavra *Recht* (direito), *droit*. Para se distinguir deste, tem o

direito (*Berechtigung*), como direito “subjetivo” (ou seja, pois, o direito de um determinado sujeito), de ser distinguido da ordem jurídica, como Direito “objetivo”. Na linguagem jurídica inglesa dispõe-se da palavra *right* quando se quer designar o direito (subjetivo), o direito de um determinado sujeito, para o distinguir da ordem jurídica, do Direito objetivo, da *law*.

O entendimento da essência do direito subjetivo é dificultado pelo fato de com esta palavra serem designadas várias situações muito diferentes umas das outras. A uma delas se refere a afirmação de que um indivíduo tem o direito de se conduzir de determinada maneira. Com isso pode não se significar mais que o fato negativo de que a tal indivíduo não é proibida juridicamente a conduta em questão, de que, neste sentido negativo, tal conduta lhe é permitida, de que ele é livre de realizar ou omitir uma determinada ação. Com essa afirmação, porém, pode também significar-se que um determinado indivíduo se encontra juridicamente obrigado, ou mesmo, que todos os indivíduos estão juridicamente obrigados a conduzirem-se por determinada maneira diretamente em face de um outro indivíduo, o indivíduo que é titular do direito. A conduta a que um indivíduo é obrigado imediatamente em face de um outro pode ser uma conduta positiva ou negativa, isto é, uma determinada ação ou omissão. A ação consiste numa prestação do indivíduo obrigado ao outro indivíduo. Objeto da prestação é uma determinada coisa ou um serviço determinado (prestação de coisa ou de serviço). A omissão a que um indivíduo é obrigado em face de um outro pode ser a omissão de uma ação determinada do indivíduo obrigado — tal sucede, por exemplo, no caso do dever de não matar um outro indivíduo —, ou a omissão do impedir ou por qualquer forma prejudicar uma determinada conduta de outro indivíduo. Neste último caso, toma-se particularmente em consideração o dever de um indivíduo de não impedir um outro indivíduo na sua conduta em relação a uma determinada coisa ou de não prejudicar por qualquer forma essa conduta. Quando estamos perante o dever de um indivíduo de não impedir ou por qualquer forma dificultar uma determinada conduta de outro indivíduo, fala-se de tolerar ou suportar a conduta de um indivíduo por parte de um outro e contrapõe-se ao dever de prestação o dever de tolerância.

À conduta a que um indivíduo é obrigado em face de outro corresponde uma determinada conduta do outro indivíduo. Este pode exigir ou reclamar a conduta do outro, a conduta a que este