

# 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](mailto:info@martinsfontes.com.br) <http://www.martinsfontes.com.br>

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

é obrigado em face dele. Na hipótese de um dever de prestação, ele pode receber a prestação da coisa ou do serviço. Na hipótese de um dever de tolerância, a conduta que corresponde à conduta devida consiste na conduta a tolerar ou a suportar: se se trata de suportar uma conduta em face de uma coisa determinada, a outra conduta consiste no uso da coisa; se se trata de alimentá-la, no consumo dos mesmos. Pode até consistir no aniquilamento da coisa.

A conduta do outro correlativa da conduta devida do indivíduo obrigado é designada, num uso de linguagem mais ou menos conseqüente, como conteúdo de um "direito", como objeto de uma "pretensão" correspondente ao dever. Essa conduta do outro correlativa da conduta devida do primeiro indivíduo, particularmente enquanto se traduz na exigência da conduta devida, é considerada como exercício de um direito. No entanto, no caso de um dever de omissão de uma determinada ação, por exemplo, no caso do dever de omitir o homicídio, o furto, etc., não se costuma falar de um direito ou pretensão a não ser morto, a não ser roubado, etc. No caso de um dever de tolerância, essa conduta do segundo correlativa da conduta devida do primeiro é designada como "gozo" de um direito. Fala-se especialmente de gozo de um direito quando se trata de tolerar, por parte do outro, o uso, o consumo ou a aniquilação de uma determinada coisa.

Esta situação, designada como "direito" ou "pretensão" de um indivíduo, não é porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo de diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe. A situação em questão é esgotantemente descrita com o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir por determinada maneira em face de um outro indivíduo. Dizer que um indivíduo é obrigado a uma determinada conduta significa que, no caso da conduta oposta, se deve verificar uma sanção; o seu dever é a norma que prescreve esta conduta enquanto liga uma sanção à conduta oposta. Quando um indivíduo é obrigado em face de outro a uma determinada prestação, é a prestação a receber pelo outro que forma o conteúdo do dever; apenas se pode prestar a outrem algo que esse outrem receba. E, quando um indivíduo está obrigado em face de outrem a suportar uma determinada conduta deste, é a tolerância desta

mesma conduta que constitui o conteúdo do dever. Quer dizer: a conduta do indivíduo em face do qual o dever existe, correlativa da conduta devida, está já conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como "direito", este direito é apenas um reflexo daquele dever.

A propósito, importa notar que "sujeito" nesta relação é apenas o obrigado, isto é, aquele indivíduo que pela sua conduta pode violar ou cumprir o dever. O indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há de ter lugar, é apenas objeto da conduta que, como correspondente à conduta devida, está já conotada nesta. Este conceito de um direito subjetivo que apenas é o simples reflexo de um dever jurídico, isto é, o conceito de um direito reflexo, pode, como conceito auxiliar, facilitar a representação da situação jurídica. É, no entanto, supérfluo do ponto de vista de uma descrição cientificamente exata da situação jurídica. Isto revela-se até no fato de não pressupormos um direito subjetivo reflexo em todos os casos de um dever jurídico. Quando a conduta devida de um indivíduo se não refere a um outro indivíduo concretamente determinado, quer dizer, não deve ter lugar em face de um indivíduo concretamente determinado<sup>5</sup>, mas apenas é prescrita para ter lugar em face da comunidade enquanto tal, fala-se por vezes, na verdade, de um direito da comunidade, especialmente do Estado, a esta conduta do indivíduo obrigado. É o que sucede, por exemplo, na hipótese do dever militar. Em outros casos, porém, contentamo-nos com admitir um dever jurídico sem um direito reflexo que lhe corresponda. Tal acontece, por exemplo, no caso das normas jurídicas que prescrevem uma determinada conduta dos indivíduos em face de certos animais, plantas ou objetos inanimados, sob cominação de uma pena, como sucede quando é juridicamente proibido matar certos animais — em determinadas épocas ou em qualquer época — ou colher certas flores, abater certas árvores ou destruir certos edifícios ou monumentos historicamente significativos. São deveres que — mediadamente — subsistem perante a comunidade jurídica, interessada nestes objetos. Mas nem por isso são admitidos direitos reflexos dos animais, das plantas e dos objetos inanimados em face dos quais estes deveres imediatamente subsistem. O argumento de que os animais, plantas e objetos inanimados dessa forma protegidos não são sujeitos de direitos

reflexos porque estes objetos não são “pessoas”, não colhe. Com efeito, “pessoa” significa, como veremos, sujeito jurídico; e se sujeito de um direito reflexo é o homem em face do qual deve ter lugar a conduta do indivíduo a tal obrigado, então os animais, plantas e objetos inanimados em face dos quais os indivíduos são obrigados a conduzirem-se de determinada maneira são “sujeitos” de um direito a esta conduta no mesmo sentido em que o credor é sujeito do direito que consiste na obrigação (dever) que o devedor tem em face dele. Mas, como já foi notado, quando um homem é obrigado a conduzir-se de determinada maneira em face de outro homem, apenas aquele, e não este, é “sujeito”, a saber, sujeito de uma obrigação (dever). Visto que o direito reflexo se identifica com o dever jurídico, o indivíduo em face do qual existe este dever não é tomado juridicamente em consideração como “sujeito”, pois ele não é sujeito deste dever. O homem em face do qual deve ter lugar a conduta conforme ao dever é apenas objeto desta conduta, tal como o animal, a planta ou o objeto inanimado em face do qual os indivíduos estão obrigados a conduzirem-se por determinada maneira. Também falha o argumento de que os animais, as plantas ou os objetos inanimados não podem sustentar ou fazer valer uma “pretensão” correspondente ao dever, pois, para a existência de um direito reflexo, não é essencial que se sustente uma pretensão à conduta devida. O fato de se não sustentar ou de não se poder sustentar, por qualquer motivo, uma pretensão, em nada modifica a situação jurídica.

Uma “pretensão” a ser sustentada num ato jurídico apenas existe quando o não-cumprimento do dever se possa fazer valer através de uma ação judicial. Mas, então, encontramos-nos perante uma situação completamente diferente da de um simples direito reflexo. Dela falaremos mais tarde. Em todo caso, um direito reflexo não pode existir sem o correspondente dever jurídico. Apenas quando um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta em face de um outro tem este, perante aquele, um “direito” a esta conduta. Sim, o direito reflexo de um consiste apenas no dever do outro.

A concepção tradicional de que o direito é um objeto do conhecimento jurídico diferente do dever, de que àquele caberia mesmo a prioridade em relação a este, é sem dúvida devida à doutrina do Direito natural. Esta parte da suposição de direitos naturais, de direitos inatos ao homem, que existem antes de toda e

qualquer ordem jurídica positiva. Entre eles desempenha um papel principal o direito subjetivo da propriedade individual. A função de uma ordem jurídica positiva (do Estado), que põe termo ao estado de natureza, é, de acordo com esta concepção, garantir os direitos naturais através da estatuição dos correspondentes deveres. Esta concepção, porém, também influenciou os representantes da escola histórica do Direito, os quais não só inauguraram o positivismo jurídico do século XIX como também influíram, de um modo inteiramente decisivo, na elaboração conceitual da teoria geral do Direito. Assim, lemos, por exemplo, em Dernburg: “Os direitos em sentido subjetivo existiam historicamente já muito antes de uma ordem estadual autoconsciente ter sido elaborada. Eles fundavam-se na personalidade dos indivíduos e no respeito que eles conseguiram obter e impor pela sua pessoa e pelos seus bens. Somente através da abstração é que mais tarde se deveria extrair gradualmente da concepção de direitos subjetivos preexistentes o conceito de ordem jurídica. É, portanto, uma concepção a-histórica e incorreta aquela segundo a qual os direitos em sentido subjetivo mais não são do que projeções do Direito em sentido objetivo”<sup>6</sup>. Se se afasta a hipótese dos direitos naturais e se reconhecem apenas os direitos estatuidos por uma ordem jurídica positiva, então verifica-se que um direito subjetivo, no sentido aqui considerado, pressupõe um correspondente dever jurídico, é mesmo este dever jurídico.

#### b) *Direitos pessoais e direitos reais*

Sob a influência da antiga jurisprudência romana costuma distinguir-se entre o direito sobre uma coisa (*ius in rem*) e o direito em face de uma pessoa (*ius in personam*). Esta distinção induz em erro. Também o direito sobre uma coisa é um direito em face de pessoas. Quando, para manter a distinção entre direito real e direito pessoal, se define aquele como o direito de um indivíduo a dispor por qualquer forma de uma coisa determinada, perde-se de vista que aquele direito apenas consiste em que os outros indivíduos são juridicamente obrigados a suportar esta disposição, quer dizer: a não a impedir ou por qualquer forma dificultar; que, portanto, o *ius in rem* é também um *ius in personam*. De primária importância é a relação entre indivíduos, a qual também no caso dos chamados direitos reais consiste no dever de

uma determinada conduta em face de um indivíduo determinado. A relação com a coisa é de secundária importância, pois apenas serve para determinar com mais rigor a relação primária. Trata-se da conduta de um indivíduo em relação a uma determinada coisa, conduta que todos os outros indivíduos são obrigados, em face do primeiro, a suportar.

O direito real subjetivo por excelência, sobre o qual é talhada toda a distinção, é a propriedade. É definida pela jurisprudence tradicional como domínio exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa e, por isso mesmo, distinguida dos direitos de crédito que apenas fundamentam relações jurídicas pessoais. Esta distinção, importante para a sistemática do direito civil, tem um pronunciado caráter ideológico.

Visto que o Direito, como ordem social, regula a conduta de indivíduos nas suas relações — imediatas ou mediatas — com outros indivíduos<sup>7</sup>, também a propriedade só pode juridicamente consistir numa determinada relação de um indivíduo com outros indivíduos, a saber, no dever destes de não impedir aquele no exercício do seu poder de disposição sobre uma determinada coisa e não dificultar também de forma nenhuma o exercício desse poder de disposição. Aquilo que se designa como exclusivo domínio de uma pessoa sobre uma coisa é a exclusão de todos os outros, estatuida pela ordem jurídica, do poder de disposição sobre a coisa. O “domínio” de um, juridicamente, é apenas o reflexo da exclusão dos outros. É uma relação entre os outros e o primeiro, ou seja, na terminologia usual, uma relação entre pessoas; e apenas secundariamente é uma relação com uma coisa — a saber, uma relação desses outros com a coisa que mediatiza a sua relação com o primeiro (o titular). Se, apesar disso, se mantém a definição tradicional de propriedade como domínio exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa e, assim fazendo, se ignora a relação juridicamente essencial, isso sucede, como é patente, porque a definição da propriedade como relação entre uma pessoa e uma coisa encobre a sua função econômico-socialmente decisiva: uma função que — na medida em que se trata de propriedade dos meios de produção — é designada pela doutrina socialista — se com razão ou sem ela é coisa que não importa aqui decidir — como “exploração”, uma função que, em qualquer dos casos, consiste precisamente na relação do proprietário com todos os outros sujeitos que são excluídos da ingerência na sua coisa, que são obrigados, pelo Direito objetivo, a respeitar o exclusivo

poder de disposição do proprietário. Mas, contrariamente, a teoria jurídica tradicional defende-se com a maior pertinácia da idéia de que o direito subjetivo (ou seja, a titularidade do direito — *Berechtigung*) de um é apenas o reflexo do dever jurídico dos outros, pois que ela — também por razões meramente ideológicas — crê dever acentuar o caráter primário do direito subjetivo.

As duas espécies de situações caracterizadas pela jurisprudence tradicional como relações jurídicas pessoais e relações jurídicas reais serão classificadas e distinguidas — mais corretamente, porque sem qualquer tendência ideológica — como direitos reflexos absolutos e direitos reflexos relativos. Conduzir-se em face de um determinado indivíduo de uma determinada maneira pode ser o dever de um certo e determinado indivíduo; tal é o caso, por exemplo, na relação entre devedor e credor, pois aqui apenas o devedor está obrigado a fazer ao credor uma determinada prestação, e, por isso, só o credor tem o direito reflexo a esta prestação. Tal como sucede com a obrigação do devedor, também o direito reflexo do credor apenas existe em face de um determinado indivíduo e é, neste sentido, um direito meramente relativo. Quando, porém, a conduta se refere a uma determinada coisa, pode ser dever de todos os outros indivíduos conduzir-se de determinada maneira em face de um determinado indivíduo. Tal é o caso do direito de propriedade, pois aqui todos os outros são obrigados a não impedirem um indivíduo determinado de dispor sobre uma determinada coisa ou a não prejudicarem por qualquer forma este poder de disposição. O direito reflexo, que consiste no dever de todos os outros indivíduos, dirige-se contra todos eles e é, neste sentido, um direito absoluto. Terminologicamente, a distinção entre direitos reflexos relativos e absolutos não é muito feliz, já que também os chamados direitos “absolutos” são meramente relativos, pois apenas consistem na relação de uma pluralidade de indivíduos com um determinado indivíduo. O direito reflexo de propriedade não é propriamente um direito absoluto; é o reflexo de uma pluralidade de deveres de um número indeterminado de indivíduos em face de um e o mesmo indivíduo com referência a uma e a mesma coisa, diferentemente de um direito de crédito que apenas é o reflexo de um dever de um determinado indivíduo em face de um outro indivíduo também determinado. A relação secundária com uma coisa determinada não é, no entanto, de forma alguma limitada aos chamados direitos reais, pois também pode existir nos chamados

direitos pessoais ou direitos de crédito. Assim sucede na hipótese de um devedor ser obrigado a prestar ao credor um objeto individualmente especificado, quando, por exemplo, alguém se obrigou por um contrato de venda a transferir para a propriedade de outrem uma coisa inteiramente determinada, móvel ou imóvel. O direito do credor distingue-se, neste caso, de um direito real pelo fato de, em face dele, como titular do direito, apenas existir o dever de um sujeito determinado.

Nesta análise apenas se tomou em consideração o direito reflexo. Ele desempenha na teoria tradicional um papel decisivo, se bem que este "direito" de um nada mais seja que o dever de um outro ou de todos os outros de se conduzirem, em face daquele, de determinada maneira. Quando, porém, se caracteriza o direito de propriedade como o poder jurídico do proprietário de excluir todos os outros da disposição sobre uma determinada coisa, então já não está em jogo um simples direito reflexo. Este poder apenas o tem o indivíduo quando a ordem jurídica lhe confere a faculdade de fazer valer, através de uma ação judicial, a violação do dever de o não perturbarem no seu poder de disposição sobre uma determinada coisa. Mais tarde se falará sobre o direito subjetivo neste sentido.

### c) O direito subjetivo como interesse juridicamente protegido

Ao direito subjetivo de alguém, que apenas é o reflexo do dever jurídico de outrem, se refere a definição, muitas vezes encontrada na jurisprudência tradicional, segundo a qual o direito subjetivo é determinado como interesse juridicamente protegido. Nesta definição se exprime por forma particularmente clara o dualismo característico da jurisprudência tradicional que contrapõe o direito em sentido subjetivo ao Direito em sentido objetivo. Este dualismo contém em si uma contradição insolúvel. Se o Direito em sentido objetivo é norma, ou um sistema de normas, uma ordem normativa, e o direito subjetivo é, por sua vez, algo de inteiramente diferente, a saber: interesse, o direito subjetivo e o Direito objetivo não podem ser subsumidos a um conceito genérico comum. E esta contradição não pode ser afastada pelo fato de se admitir, entre o Direito objetivo e o direito subjetivo, uma relação que consista em este ser considerado como um interesse protegido por aquele. Do ponto de vista de uma concepção que encare

o Direito como norma ou sistema de normas, porém, o direito subjetivo não pode ser um interesse — protegido pelo Direito —, mas apenas a proteção ou tutela deste interesse, por parte do Direito objetivo. E esta proteção consiste no fato de a ordem jurídica ligar à ofensa desse interesse uma sanção, quer dizer, no fato de ela estatuir o dever de não lesar esse interesse. Tal sucede, por exemplo, com o dever jurídico que tem o devedor de reembolsar ao credor o empréstimo que dele recebeu. O direito do credor é — de acordo com a teoria do interesse — o seu interesse no reembolso do empréstimo, interesse este protegido através do dever jurídico em que é constituído o devedor. Mas o seu direito — como direito reflexo — não é outra coisa senão este dever jurídico do devedor.

Esta aceitação de um direito reflexo não parece ser possível do ponto de vista da teoria dos interesses quando a atuação a que um indivíduo é obrigado em face de outro consiste em causar a esse outro um mal, o que sucede quando tal atuação tem o caráter de uma sanção estatuída pela ordem jurídica e a aplicação da sanção, assim como a sua execução nos casos concretos, é tornada conteúdo do dever funcional dos órgãos aplicadores do Direito. Normalmente, ninguém tem interesse no padecimento de um mal. Quando um interesse é protegido através do dever ora em questão, esse interesse não pode ser o interesse do indivíduo contra o qual a sanção se dirige — ou seja, no exemplo que acabamos de referir, não pode ser o interesse e, conseqüentemente, o direito do devedor. Por seu lado, o interesse e, conseqüentemente, o direito do credor é protegido pelo dever jurídico do devedor de o reembolsar do empréstimo. No caso de uma sanção penal, não pode ser um interesse nem, portanto, um direito do agente aquilo que é protegido pelo dever de o punir que impede sobre o órgão aplicador do Direito. Se, no entanto, se admite — como por vezes acontece — um tal direito, se se diz que o agente tem direito a ser punido, tem uma pretensão à pena juridicamente estatuída, ao cumprimento do dever de o punir, isso fundamenta-se no fato de interpretarmos o interesse que a comunidade tem em que se reaja contra um ilícito com uma sanção como interesse do delinqüente — como o seu interesse "bem compreendido". No entanto, este interesse da comunidade, ou melhor, a proteção deste interesse através do dever funcional dos órgãos aplicadores do Direito, não é em regra designado como direito subjetivo reflexo. Mas importa a este respeito lembrar que, no uso corrente da

linguagem se não fala, em todos os casos em que existe um dever jurídico, de um correspondente direito reflexo.

#### d) O direito subjetivo como poder jurídico

À teoria dos interesses contrapõe-se, na jurisprudência tradicional, a chamada teoria da vontade, segundo a qual o direito subjetivo é um poder de vontade conferido pela ordem jurídica. Com tal doutrina, porém, define-se um objeto diferente daquele a que a teoria dos interesses se refere, a saber, define-se uma autorização ou atribuição de competência, um poder jurídico conferido ao indivíduo pela ordem jurídica. Este existe quando, entre os pressupostos da sanção que constitui um dever jurídico, se conta uma atuação, em forma de ação judicial, normalmente realizada pelo indivíduo em face do qual o dever existe, atuação essa endereçada ao órgão aplicador do Direito e visando a execução daquela sanção. Então este órgão apenas pode aplicar a norma geral que lhe cumpre aplicar, quer dizer, apenas pode estabelecer a norma jurídica individual que liga ao fato ilícito concreto, por ele verificado, uma consequência jurídica concreta, quando seja apresentada para o efeito uma petição do indivíduo que tem poder para tal — do autor —, petição através da qual é posto em movimento o procedimento do órgão aplicador do Direito, designadamente, o procedimento jurisdicional. Nesse caso, o Direito, quer dizer, a norma jurídica geral a aplicar pelo órgão jurídico, está na disposição de um determinado indivíduo, normalmente na disposição daquele indivíduo em face do qual um outro indivíduo é obrigado a determinada conduta. Neste sentido, o Direito (objetivo) é, de fato, o seu direito. Se na representação desta situação nos servimos do conceito auxiliar de direito reflexo, então pode dizer-se que o direito subjetivo (*die Berechtigung*) — que é apenas o reflexo de um dever jurídico — está revestido do poder jurídico, pertencente ao seu titular, de fazer valer esse direito reflexo, quer dizer, o não-cumprimento do dever de que este direito é o reflexo, através de uma ação judicial.

A presente situação não é esgotantemente descrita pela representação do dever de um indivíduo de se conduzir de determinada maneira em face de outro. Com efeito, o momento essencial é o poder jurídico, conferido ao último pela ordem jurídica, de fazer valer, através duma ação, o não-cumprimento do dever

do primeiro. Só que este poder jurídico constitui uma situação diferente do dever jurídico que se faz valer através do seu exercício; só que, no exercício deste poder jurídico, o indivíduo é “sujeito” de um direito, diferente do dever jurídico. Somente quando a ordem jurídica confere um tal poder jurídico é que existe um direito, no sentido subjetivo, diferente do dever jurídico — um direito subjetivo em sentido técnico, que é o poder jurídico conferido para fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico. O exercício deste poder jurídico é exercício de um direito no sentido próprio da palavra. Este exercício do direito é que já não está predeterminado na conduta que forma o conteúdo do dever cujo não-cumprimento se faz valer através do exercício do poder jurídico. No uso tradicional da linguagem — como já se notou — costuma-se, no entanto, designar como exercício de um direito uma outra conduta do indivíduo em face do qual existe o dever jurídico, a saber, a conduta que está em correspondência com a conduta prescrita e que já nesta se encontra predeterminada. É o exercício do direito reflexo.

Segundo a teoria tradicional, em todo o direito subjetivo de um indivíduo está contida uma “pretensão” (*Anspruch*) à conduta de um outro indivíduo, ou seja, uma pretensão à conduta a que o outro indivíduo é obrigado em face do primeiro, quer dizer, à conduta que forma o conteúdo do dever jurídico que se identifica com o direito reflexo. Mas uma “pretensão” em sentido juridicamente relevante apenas é sustentada no exercício do poder jurídico de que um direito reflexo tem de estar provido para ser um direito subjetivo no sentido técnico da palavra. Quando o indivíduo em face do qual um outro está obrigado a uma determinada conduta não tem o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento desse dever, o ato no qual ele exige o cumprimento do mesmo dever não tem qualquer efeito jurídico específico, é — à parte o não ser juridicamente proibido — juridicamente irrelevante. Por isso apenas existe uma “pretensão” como ato juridicamente eficaz quando exista um direito subjetivo em sentido técnico, quer dizer, o poder jurídico de um indivíduo de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico em face dele existente.

Este direito subjetivo tampouco se coloca, como o dever jurídico, face ao Direito (objetivo) como algo dele independente. É, tal como o dever jurídico, uma norma jurídica, a norma jurí-



dica que confere um específico poder jurídico, que atribui um poder ou competência a um determinado indivíduo. Dizer que este indivíduo “tem” um direito subjetivo, isto é, um determinado poder jurídico, significa apenas que uma norma jurídica faz de uma conduta deste indivíduo, por ela determinada, pressuposto de determinadas consequências. Quando a doutrina tradicional caracteriza o direito subjetivo como um poder de vontade conferido pela ordem jurídica, tem em vista o poder jurídico que é exercido na ação judicial. Contudo, por direito subjetivo não se entende somente este poder jurídico, mas este poder jurídico em combinação com o direito reflexo, quer dizer, com o dever cujo não-cumprimento se faz valer através do exercício do poder jurídico — por outras palavras, um direito reflexo provido ou revestido deste poder jurídico. Nesta perspectiva o centro gravitacional reside no direito reflexo. Porém, como já se mostrou, a essência do direito subjetivo, que é mais do que o simples reflexo de um dever jurídico, reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico. É a esta norma jurídica que nós nos referimos quando, nas páginas subsequentes — seguindo a terminologia tradicional — falamos de um direito subjetivo em sentido técnico como de um poder jurídico conferido a um indivíduo.

A estatuição de tais direitos subjetivos não é — como a estatuição de deveres jurídicos — uma função essencial do Direito objetivo. Ela apenas representa uma conformação possível, mas não necessária, do conteúdo do Direito objetivo, uma técnica particular de que o Direito se pode servir, mas de que não tem necessariamente de servir-se. É a técnica específica da ordem jurídica capitalista, na medida em que esta garante a instituição da propriedade privada e, por isso, toma particularmente em consideração o interesse individual. É, de resto, uma técnica que não domina sequer todas as partes da ordem jurídica capitalista e que, plenamente desenvolvida, só aparece no domínio do chamado Direito privado e em certas partes do Direito administrativo. Já o moderno Direito penal não se serve dela ou apenas excepcionalmente se serve dela. Não só no caso de homicídio, em que o indivíduo em face do qual a conduta jurídico-penalmente proibida teve lugar deixou de existir e em que, portanto, este não pode instaurar qualquer ação, mas também na generalidade das outras hipóteses de conduta jurídico-penalmente proibida, surge no lugar

deste indivíduo um órgão estadual que, como parte autora ou acusadora por dever de ofício, põe em movimento o processo que leva a execução da sanção. A essência do direito subjetivo no sentido técnico específico, direito subjetivo esse característico do direito privado, reside, pois, no fato de a ordem jurídica conferir a um indivíduo não qualificado como “órgão” da comunidade, designado na teoria tradicional como “pessoa privada” — normalmente ao indivíduo em face do qual um outro é obrigado a uma determinada conduta — o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento deste dever, quer dizer, de pôr em movimento o processo que leva ao estabelecimento da decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever.

Tal como o sujeito de um dever, também o sujeito de um direito no sentido técnico pode não ser *um* só indivíduo — também dois ou mais indivíduos podem ser os sujeitos de um e o mesmo direito. São sujeitos de um direito em sentido técnico dois ou mais indivíduos quando o dever idêntico ao direito reflexo tem por conteúdo uma conduta em face de dois ou mais indivíduos, e quando o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento deste dever pode ser exercido por um ou por outro destes indivíduos — alternativamente portanto — ou somente através de uma atuação conjunta de todos estes indivíduos — cooperativamente, portanto.

Neste poder jurídico atribuído a um indivíduo está, em regra, incluído o poder de apelar de uma decisão judicial desfavorável, no chamado processo de recurso, com fundamento em que ela não corresponde ao Direito, e, através deste ato, instaurar um processo que pode eventualmente conduzir à anulação da decisão recorrida e à sua substituição por uma outra. Um tal poder jurídico não só é concedido ao indivíduo em face do qual existe o dever afirmado como também ao sujeito desse dever jurídico. Não só o autor, mas também o réu pode, segundo os preceitos dos modernos ordenamentos processuais, recorrer de uma decisão desfavorável. O exercício deste poder jurídico, porém, não se verifica para fazer valer um dever jurídico, mas, inversamente, para contrariar à validade de um dever jurídico cuja existência é afirmada mas que, segundo o ponto de vista do réu, não existe ou não existe na medida afirmada. Como este poder jurídico não está ligado a um direito reflexo, também não existe aqui — segundo o uso corrente da linguagem — qualquer direito subjetivo.

Poder jurídico análogo compete, segundo o moderno Direito administrativo, ao indivíduo a quem se dirige uma ordem administrativa — que, no seu entender, não é juridicamente fundada —, que o mesmo é dizer, a quem vai endereçada uma norma individual estabelecida pela autoridade administrativa que prescreve ao indivíduo uma determinada conduta. O indivíduo por essa ordem atingido tem o poder de interpor uma reclamação, um recurso ou meio de defesa por qualquer outro modo designado contra a ordem da administração e, assim, iniciar um processo que pode levar ao estabelecimento de uma outra norma individual através da qual a primeira é anulada ou modificada. Também neste caso não se costuma falar de um direito subjetivo.

#### e) O direito subjetivo como *permissão positiva (da autoridade)*

Com a afirmação de que um indivíduo tem o direito de se conduzir de determinada maneira, especialmente de exercer uma determinada atividade, pode não só significar-se que a tal indivíduo essa atividade não é juridicamente proibida mas também que os outros são obrigados a não impedir essa atividade, ou que o indivíduo com direito a exercer essa atividade tem o poder jurídico de, no caso de uma violação do correspondente dever, instaurar o procedimento jurídico que conduz à sanção. A situação designada como titularidade de um direito ou direito subjetivo também pode consistir no fato de a ordem jurídica condicionar uma determinada atividade, por exemplo, o exercício de uma determinada indústria ou profissão, a uma autorização, designada como “concessão” ou “licença”, que é concedida, quer sob os pressupostos determinados pela ordem jurídica, quer segundo a livre apreciação do órgão competente. O exercício da atividade em questão sem a autorização da entidade competente é proibido, quer dizer, está sujeito a uma sanção. A autorização não consiste no fato simplesmente negativo do não ser proibido, mas no ato positivo de um órgão da comunidade. Ela desempenha, no moderno Direito administrativo, um papel importante. O direito subjetivo (*Berechtigung*) que se fundamenta numa tal autorização positiva conferida por uma autoridade, quer dizer, por um órgão da comunidade, não é um direito reflexo; não é função de um dever que lhe corresponda. Tal direito co- envolve um poder jurídico na medida em que com ele vai ligado o poder de realizar

certos negócios jurídicos, como, por exemplo, a venda, sujeita a licença ou concessão, de bebidas alcoólicas ou a venda de medicamentos contendo certas substâncias venenosas.

#### f) Os direitos políticos

Categoria especial formam os chamados direitos “políticos”. Costumam ser definidos como a capacidade ou o poder de influir na formação da vontade do Estado, o que quer dizer: de participar — direta ou indiretamente — na produção da ordem jurídica — em que a “vontade do Estado” se exprime. Quando assim se fala pensa-se, no entanto — como na generalidade dos casos em que se trata da ordem jurídica personificada como “vontade do Estado” —, apenas na forma geral de aparição das normas jurídicas que formam esta ordem, nas leis. A participação dos súditos das normas na atividade legislativa, isto é, na produção de normas jurídicas gerais, é a característica essencial da forma democrática de Estado, em contraposição à forma autocrática na qual os súditos são excluídos de toda a participação na formação da vontade estadual, ou seja, na qual eles não têm quaisquer direitos políticos. A legislação democrática pode ser realizada imediatamente pelo “povo”, isto é, pelos súditos das normas; a isto corresponde — na chamada democracia direta — o direito subjetivo de cada indivíduo de participar na assembléa popular legislativa para aí exprimir a sua opinião e emitir o seu voto. Ou então a legislação apenas compete ao povo imediatamente, quer dizer, é exercida por um parlamento escolhido pelo povo. Neste caso, o processo da formação da vontade estadual — isto é, a legislação geral — decompõe-se em dois estádios: escolha do parlamento e aprovação das leis pelos membros eleitos do parlamento. Desta forma, há nesta hipótese um direito subjetivo dos eleitores — que formam um círculo mais ou menos vasto de indivíduos —: o chamado direito de voto; e um direito subjetivo dos eleitos (relativamente poucos): o direito de ser membro no parlamento, o direito de aí exprimir a sua opinião e votar. Todos estes direitos são direitos políticos.

Se caracterizarmos estes direitos pelo fato de eles conferirem ao titular uma participação na formação da vontade do Estado, isto é, na produção de normas jurídicas, então também o direito privado subjetivo é um direito político, pois também este permite