

TEORIA GERAL  
DO DIREITO E DO ESTADO

Hans Kelsen

Tradução  
LUIS CARLOS BORGES

**Martins Fontes**  
São Paulo 2000

de: “A solução desta dificuldade deve ser encontrada nos princípios da evidência judicial. A alegação de ignorância da lei como fundamento específico de isenção levaria a intermináveis investigações sobre questões de fato, e, na prática, anularia o Direito, retardando a administração de justiça. Esta regra, portanto, é uma regra que deve ser mantida, apesar de, ocasionalmente, ferir o importante princípio de que a intenção ilícita, ou a desatenção ilícita, é um ingrediente necessário do dano.”<sup>9</sup> Mas isso não é uma “solução” da dificuldade. É apenas uma justificação jurídico-política do princípio de *ignorantia juris nocet*. A dificuldade não pode ser solucionada dentro da teoria de Austin, já que ela é uma consequência da sua definição de lei como “comando”.

## VI. O direito jurídico

### A. DIREITO E DEVER

O conceito de dever é habitualmente contrastado com o conceito de direito. O termo “direito” possui os mais diversos significados. Aqui, estamos interessados apenas naquilo que se compreende por “um direito jurídico”. Este conceito deve ser definido a partir da perspectiva de uma teoria pura do Direito.

A linguagem coloquial parece sugerir a distinção entre dois tipos de “direitos”. Costuma-se dizer: “Eu tenho o direito de fazer ou de me abster de fazer tal e tal coisa.” Também se diz: “Eu tenho o direito de exigir que alguém faça ou se absteinha de fazer tal e tal coisa.” O uso lingüístico faz, desse modo, uma distinção entre um direito que diz respeito à conduta do próprio indivíduo e um direito que diz respeito à conduta de outrem. Ainda fazemos outra distinção na linguagem coloquial. Dizemos não apenas que alguém tem um direito sobre certa conduta — a sua própria conduta ou a conduta de outrem; dizemos também que alguém tem um direito sobre certa coisa. Dizer que possuo certa coisa significa que eu tenho um direito sobre uma coisa. Daí ser feita a distinção entre *ius in rem*, ou seja, um direito sobre uma coisa, e *ius in personam*, ou seja, um direito de exigir que outrem se conduza de certa maneira, o direito sobre a conduta de outrem; por exemplo, o credor tem o direito de exigir que o devedor pague certa quantia de dinheiro. Mas o direito sobre uma coisa (*ius in rem*) parece ser apenas um caso especial do direito que diz respeito à conduta da própria pessoa. Dizer que possuo uma coisa significa que eu tenho o

9. I., Austin, *Jurisprudence*, 489.

direito de usá-la ou de destruí-la, em suma, que posso dispor dela à vontade.

Se o direito for um direito jurídico, ele é necessariamente um direito sobre a conduta de outra pessoa, um direito de obter a conduta à qual o outro está juridicamente obrigado. Um direito jurídico pressupõe um dever de outra pessoa. Isso é auto-evidente caso falemos de um direito sobre a conduta de outra pessoa. O credor tem um direito jurídico de exigir que o devedor pague certa quantia de dinheiro; se o devedor está juridicamente obrigado, ele tem o dever jurídico de pagar essa quantia de dinheiro. Mas também podemos falar de um direito jurídico que diz respeito à própria conduta apenas se um dever correspondente for incumbência de outra pessoa. A afirmação: "Eu tenho o direito jurídico de usar uma estrada que passa pela propriedade de outra pessoa" significa: o proprietário dessas terras está juridicamente obrigado a não me impedir de usar essa estrada. A afirmação de que eu tenho um direito de me conduzir de certa maneira pode ter — é verdade — apenas um significado negativo, a saber, o de que não sou obrigado a me comportar de outro modo. Ao dizer: "Tenho o direito de fazer algo", eu possivelmente pretendo apenas dizer: "Não sou obrigado a me abster de fazê-lo." E ao dizer: "Tenho o direito de me abster de fazer algo", eu possivelmente pretendo apenas dizer: "Não sou obrigado a fazê-lo." Nesse sentido, a afirmação: "Eu tenho um direito", tem apenas um significado negativo: eu sou — no que diz respeito a certa conduta — livre; não há norma alguma que me obrigue a essa conduta ou a uma contrária.

Mas, para ser juridicamente livre no que diz respeito a certa conduta, outro indivíduo, ou outros indivíduos, devem estar obrigados a uma linha de conduta correspondente. Eu não estou juridicamente livre para fazer o que desejo se os outros não estiverem juridicamente obrigados a permitir que eu faça o que desejo. A minha liberdade jurídica é sempre a sujeição jurídica de outra pessoa, o meu direito jurídico é sempre o dever jurídico de outrem. Eu tenho um direito de fazer algo ou de me abster de fazer algo apenas porque, e na medida em que, outra

pessoa tem o dever jurídico de não me impedir de fazê-lo ou de deixar de fazê-lo. Se eu tenho o direito de usar uma estrada que passa pela propriedade de outra pessoa, a implicação jurídica é a de que o dono dessa propriedade e, por esse motivo, todas as outras pessoas, são obrigadas a não me impedir de usar a estrada. Se me impedirem, estarão violando um dever que lhes foi imposto pela ordem jurídica e se expõem a uma sanção. Dizer que possuo uma coisa significa, a partir de um ponto de vista jurídico, que todas as outras pessoas estão obrigadas a não interferir com o uso que faço dessa coisa. Se alguém interferir, estará cometendo um delito que o torna sujeito a uma sanção. E, se digo que tenho o direito jurídico de permanecer em meu apartamento, isso, mais uma vez, significa que, se alguém tentasse me tirar de lá à força, seria culpado de um delito. O dever jurídico de alguém não existe sem um dever jurídico de outra pessoa. O conteúdo de um direito é, em última análise, o cumprimento do dever de outra pessoa.

Por outro lado, a obrigação de um indivíduo a certa linha de conduta é sempre uma obrigação que diz respeito à conduta desse indivíduo em relação a outro indivíduo. Uma pessoa é obrigada a saldar um empréstimo junto ao seu credor; uma pessoa é obrigada a não matar outra, e assim por diante. A uma conduta *a*, à qual um indivíduo *A* está obrigado para com outro indivíduo *B*, corresponde uma conduta *b* de *B*, no sentido de que *B* tem um direito a *b*, exatamente porque *B* tem um direito a *a* de *A*. À restituição de um empréstimo pelo devedor corresponde o recebimento pelo credor da quantia a ser devolvida. O devedor não pode restituir o empréstimo ao credor se o credor se recusar a receber a quantia a ser devolvida. *A* está obrigado a restituir um empréstimo a *B* (*A* está obrigado no que diz respeito à sua própria conduta para com *B*), *B* tem o direito de receber de volta esse empréstimo de *A* (*B* tem um direito que diz respeito à sua própria conduta), porque *B* tem um direito de que *A* lhe restitua o empréstimo (porque *B* tem um direito sobre a conduta de outrem). Dizer que um indivíduo "exerce" ou "faz uso de seu direito", dizer que ele "usufrui" de seu direito (*Rechts-Genuss*), significa que ele manifesta a conduta que

corresponde à conduta à qual algum outro indivíduo está obrigado. Um indivíduo é livre para fazer ou não uso de seu direito.

## B. PERMISSÃO

O direito de se conduzir de certa maneira é muitas vezes interpretado como uma permissão. Dizer que eu tenho um direito de fazer ou de deixar de fazer algo também pode ser expressado dizendo-se que a lei me permite fazê-lo ou deixar de fazê-lo. Conseqüentemente, uma distinção é traçada, por um lado, entre normas jurídicas que comandam ou proíbem e, por outro, entre normas jurídicas que permitem: "A lei é imperativa ou permissiva." Mas a distinção não é válida. A ordem jurídica dá permissão a alguém, confere um direito a alguém, apenas impondo um dever a outra pessoa. E a lei impõe um direito estipulando uma sanção. Portanto, se a estipulação de uma sanção é denominada "imperativa", é incorreto dizer que a lei é "imperativa ou permissiva". A lei é imperativa para um e, desse modo, permissiva para outro. Ao obrigar um indivíduo a certa conduta para com outro indivíduo, a norma jurídica garante a este a conduta correspondente daquele. Esse é o fato que a distinção, um tanto quanto infeliz, entre lei "imperativa" e "permissiva" pretende descrever.

## C. O DIREITO JURÍDICO EM UM SENTIDO RESTRITO

### a. Um direito é mais do que o correlativo de um dever

Se a ordem jurídica determina uma linha de conduta à qual certo indivíduo é obrigado, ela determina ao mesmo tempo uma conduta correspondente de outro indivíduo à qual — como geralmente se diz — este outro indivíduo tem direito. Neste sentido, a cada obrigação corresponde um direito. Um "direito", neste sentido, nada mais é que o correlativo de um direito. O direito de um indivíduo de se conduzir de certa maneira é o dever de outro indivíduo de se conduzir de certa maneira para com aquele. Austin fala de um "dever relativo". Ele diz: "o

termo 'direito' e o termo 'dever relativo' são expressões correlatas. Elas exprimem as mesmas noções, consideradas a partir de aspectos diferentes."<sup>1</sup> A teoria de Austin parece não reconhecer nenhum conceito de direito diferente do de dever. Um conceito de tal tipo existe, porém, e desempenha uma parte importante, até mesmo decisiva, na jurisprudência. Porque quando se fala do direito jurídico de um indivíduo tem-se em mente um conceito mais restrito do que aquele de algo que coincide com o dever de outro indivíduo. Toda obrigação de uma pessoa não acarreta necessariamente um direito jurídico de outra pessoa, o termo sendo usado em seu sentido técnico, mais restrito. Qual é, então, o critério de existência de um direito jurídico em seu sentido mais restrito? Sob quais condições alguém possui tal direito? O conteúdo da própria norma jurídica deve fornecer a resposta para essa questão, assim como para a anterior, a de se saber sob que condições alguém possui um dever jurídico. O direito jurídico é, como o dever jurídico, a norma jurídica em relação a certo indivíduo determinado pela própria norma. O fato de a norma jurídica obrigar alguém a se conduzir de certa maneira em relação a outra pessoa não implica, em si, que esta última tenha um direito a essa conduta da primeira, que ela tenha um direito jurídico de exigir que a primeira cumpra a sua obrigação. A norma jurídica deve ter um conteúdo específico a fim de constituir um direito jurídico no sentido técnico. O dever jurídico foi definido como a norma jurídica em sua relação com o indivíduo cuja conduta representa o delito. Este é o indivíduo contra quem é dirigida a sanção ou o indivíduo que tem uma relação definida com este. Agora, devemos definir o direito jurídico de modo análogo.

### b. Direito objetivo e direito subjetivo

A definição habitual de direito jurídico não satisfaz as exigências metodológicas da teoria pura do Direito ou da jurisprudência.

1. I. Austin, *Jurisprudence*, 395.

dência analítica. Ela pressupõe, mais ou menos conscientemente, que o Direito objetivo (inglês: *law*) e o direito subjetivo (inglês: *right*) são dois fenômenos diferentes que não devem ser agrupados sob um termo geral comum. A língua inglesa sustenta este dualismo pelo próprio fato de possuir duas palavras inteiramente distintas: “*law*” (Direito objetivo) e “*right*” (direito subjetivo), ao passo que a língua alemã e a francesa possuem apenas uma palavra correspondente, “*Recht*” e “*droit*”, sendo o Direito objetivo (*law*) distinguido do direito subjetivo (*right*) pelo uso das expressões “*objektives Recht*”, “*droit objectif*”, e “*subjektives Recht*”, “*droit subjectif*”. Contudo, uma visão dualista prevalece também na teoria alemã e na francesa. O “*objektives Recht*” ou “*droit objectif*” e o “*subjektives Recht*” ou “*droit subjectif*” são considerados entidades de naturezas completamente diferentes. Apenas o “*objektives Recht*”, “*droit objectif*”, o Direito objetivo, é reconhecido como regra ou norma, ao passo que o “*subjektives Recht*”, “*droit subjectif*”, o direito subjetivo, é definido como “interesse” ou “vontade”. É verdade que o direito jurídico não é interpretado como um interesse ou vontade incondicional, mas como um interesse protegido pela ordem jurídica, ou como uma vontade reconhecida e levada a efeito pela ordem jurídica. Desse modo, o direito subjetivo e o Direito objetivo são colocados em certa relação entre si. No entanto, o dualismo ainda é mantido, na medida em que o direito jurídico subjetivo é considerado, lógica e temporalmente, anterior ao Direito objetivo. No começo, existiam apenas direitos subjetivos – em especial o protótipo de todos os direitos, o direito à propriedade (obtida por ocupação) – e apenas num estágio posterior o Direito objetivo como ordem do Estado foi acrescentado com o propósito de sancionar e proteger os direitos que, independentemente dessa ordem, haviam passado a existir. Esta idéia é desenvolvida com mais clareza na teoria da Escola Histórica, que foi decisivamente influenciada, não apenas pelo positivismo jurídico do último século, mas também pela jurisprudência moderna dos países de língua inglesa. Em Dernburg, por exemplo, temos: “Os direitos vieram a existir bem antes que o Estado – com uma ordem jurídica deliberada – houvesse surgido. Eles tiveram sua base na

personalidade do indivíduo e no respeito que ele era capaz de obter e de impor. O conceito de ordem jurídica pode ser extraído da percepção dos direitos existentes apenas por meio de um processo gradual de abstração. É, portanto, histórica e logicamente incorreto supor que os direitos nada mais são que emanações do Direito. A ordem jurídica garante e ajusta os direitos jurídicos, mas não os cria.”<sup>2</sup>

### c. O direito como vontade reconhecida ou interesse protegido

Percebe-se facilmente que essa teoria da precedência dos direitos subjetivos é insustentável, tanto a partir de um ponto de vista lógico, quanto de um psicológico. O caráter jurídico de um fenômeno não é perceptível pelos sentidos. O fato de um indivíduo ter ou não ter um direito de possuir uma coisa não pode ser visto, ouvido ou tocado. A afirmação de que um indivíduo tem um direito ou não tem um direito de possuir uma coisa é um julgamento de valor que é possível lógica e psicologicamente apenas se o indivíduo que faz a afirmação pressupõe a existência, isto é, a validade, de uma norma geral referente à posse. Essa norma não é, nem lógica, nem psicologicamente, o resultado de uma abstração baseada numa soma de percepções similares de direitos; por exemplo, o conceito geral de uma árvore é o resultado de uma abstração baseada em uma soma de percepções similares; porque os direitos não são perceptíveis pelos sentidos como as árvores. O modo como a idéia de uma regra geral vem a existir é uma questão que não temos

2. Heinrich Dernburg, *System des Römischen Rechts* (Der Pandekten achte, ungarbeitete Auflage), Erster Teil (1911), 65. Blackstone, *Commentaries*, Book I, § 167: “Porque o principal objetivo da sociedade é proteger os indivíduos no usufruto daqueles direitos absolutos que lhes foram conferidos pelas leis imutáveis da natureza, mas que não poderiam ser preservados em paz sem assistência e comunicação mútuas, que são conquistados com a instituição de comunidades gregárias e amistosas. Daí se segue que o fim primeiro e primordial das leis humanas é manter e regular estes direitos absolutos dos indivíduos. Direitos tais como os sociais e relativos resultam da formação dos estados e da sociedade, e lhes são posteriores...” Os chamados direitos absolutos são anteriores à formação do Estado.

de responder aqui. Precisamos apenas estabelecer que, sem pressupor uma norma geral regulando a conduta humana, não é possível fazer nenhuma afirmação sobre a existência ou não-existência de direitos. Se existe uma questão de direito jurídico, deve-se pressupor uma regra jurídica. Não podem existir direitos jurídicos antes da existência do Direito. A definição de direito jurídico como um interesse protegido pelo Direito, ou como uma vontade reconhecida pelo Direito, expressa vagamente um discernimento desse fato. Enquanto um direito não foi "garantido" pela ordem jurídica – usando a expressão de Dernburg – ele não é um direito jurídico. Ele é tornado um direito jurídico primeiramente pela garantia da ordem jurídica. Isso significa que o Direito objetivo precede os direitos subjetivos ou é concomitante a eles.

Apesar de logicamente insustentável, a teoria da precedência dos direitos subjetivos é da máxima importância política. O seu propósito é, obviamente, influenciar a formação do Direito, em vez de analisar a natureza do Direito positivo. Se a ordem jurídica não pode criar, mas meramente garantir direitos, ela tampouco pode extinguir direitos. É, então, juridicamente impossível abolir a instituição da propriedade privada, ou, mais ainda, a legislação é, então, incapaz de privar qualquer indivíduo particular de qualquer direito particular de propriedade. Todas essas consequências da doutrina da precedência dos direitos estão em contradição com a realidade jurídica. A doutrina da precedência dos direitos não é uma descrição científica do Direito positivo, mas sim, uma ideologia política.

Definir um direito jurídico como um interesse protegido pelo Direito ou uma vontade reconhecida pelo Direito é igualmente incorreto. Analisemos primeiro a teoria do interesse, na qual o erro básico comum a ambas as teorias é mais evidente. Dizer que alguém tem interesse em certa linha de conduta por parte de outra pessoa significa que ele deseja essa conduta por que acha que ela lhe é útil. A palavra "interesse" exprime certa atitude mental. Ora, é obviamente falso que alguém tenha um direito jurídico de exigir certa linha de conduta de outra pessoa

apenas na medida em que tenha um interesse concreto por essa conduta. Mesmo que lhe seja indiferente que um devedor lhe pague ou não um empréstimo ou que, por algum motivo, não deseje que ele lhe pague, você ainda tem o direito de ter de volta o seu dinheiro. Quando o legislador obriga um indivíduo a se comportar de certa maneira para com outro indivíduo, de modo a salvaguardar um direito deste, esse interesse encontra sua expressão específica na conduta pela qual este usa ou exerce o seu direito. Mas alguém pode usar ou não usar os seus próprios direitos à vontade. Alguém tem um direito mesmo que não o use. É possível até mesmo ter um direito sem que se tenha conhecimento disso. Em tal caso, não pode existir qualquer interesse. Por outro lado, alguém pode estar intensamente interessado em que outro indivíduo cumpra o seu dever jurídico, sem que tenha um direito jurídico (no sentido técnico, mais restrito do termo) sobre o outro. Assim, pode-se ter um direito a certa conduta da parte de outro indivíduo sem que se tenha interesse por essa conduta, e pode-se também ter o interesse sem que se tenha o direito.

Sem dúvida, o legislador dá ao credor um direito de receber de volta o seu dinheiro, e, ao proprietário, um direito de dispor da sua propriedade, justamente porque supõe que um credor, via de regra, tem interesse de receber o seu dinheiro e que, via de regra, é interesse do proprietário que os outros não interfiram com o uso de sua propriedade. O legislador supõe que as pessoas possuem certos interesses sob certas condições, e ele pretende proteger alguns desses interesses. Mas um direito existe mesmo nos casos em que – ao contrário da suposição do legislador – não existe nenhum interesse efetivo. O direito, portanto, deve consistir, não em um interesse presumido, mas na proteção jurídica. A proteção que o legislador dá a um tipo de interesse consiste no estabelecimento de regras jurídicas de certo significado. O direito de um credor, por conseguinte, é a norma jurídica segundo a qual o devedor é obrigado a pagar o empréstimo; o direito do proprietário é a norma segundo a qual outros indivíduos são obrigados a não interferir no uso da pro-

priedade por parte deste. O direito jurídico subjetivo é, em resumo, o Direito objetivo.

#### **d. O direito como possibilidade jurídica de colocar a sanção em funcionamento**

Como já foi mencionado, nem toda norma jurídica que obriga um indivíduo a conduzir-se de certa maneira para com outro indivíduo confere a este um direito jurídico sobre o primeiro. Ao obrigar o indivíduo a não matar outro indivíduo, o Direito criminal não confere a todos os que estão protegidos por essa norma um direito jurídico de não ser morto, um direito jurídico no sentido técnico em que o credor tem um direito de receber o seu dinheiro do devedor, e em que o proprietário tem direito ao uso exclusivo de sua propriedade: Por que não é apenas “direito” que o devedor restitua o dinheiro ao credor, mas também por que é “direito do credor”, o meu direito como credor, que o devedor restitua o dinheiro? O “direito” subjetivo em seu sentido original é a mesma coisa que o “Direito” objetivo, assim como, por exemplo, na afirmação: “Ter um direito é ter poder” (*Right is might*). Por que se diz que o Direito, a lei em dada situação – é o meu Direito, a minha lei, ou seja, o meu direito? Qual é a relação específica em que se encontram credor e proprietário para com as normas jurídicas que protegem os seus interesses? Qual é a relação que faz com que essas normas sejam o Direito “deles”, ou seja, o “direito” deles? Qual é o motivo de se considerar o Direito objetivo, o sistema de normas que regulam a conduta humana, ou uma norma desse sistema – sob certas circunstâncias – como o direito de um sujeito, como um Direito subjetivo?

A doutrina segundo a qual um direito jurídico é uma vontade reconhecida pelo Direito, ou um poder concedido pelo Direito, está mais próxima da solução do nosso problema do que a doutrina segundo a qual um direito é um interesse protegido pelo Direito. O poder que, segundo nossa visão, é a essência do direito de um indivíduo consiste no fato de que a ordem

jurídica vincula à expressão da vontade de um indivíduo o efeito para o qual está voltada a vontade. A ordem jurídica realmente dá aos homens tal “poder”, por exemplo, o poder de regular suas relações econômicas por meio de transações jurídicas, especialmente por meio de contratos. Um contrato é um acordo entre dois ou mais indivíduos referente a certa linha mútua de conduta. “Acordo” significa que as vontades que as partes contratantes expressam a respeito da sua conduta mútua estão em concordância. Um contrato tem o efeito jurídico de obrigar as partes contratantes a se comportarem de acordo com o contrato. Toda parte contratante tem o “direito” de que a outra se conduza de acordo com o contrato; o seu direito é, porém, não a sua vontade, a vontade que ela expressou fazendo o contrato. Não é a sua vontade ou a expressão da sua vontade; é o acordo, a expressão de concordância das vontades das partes contratantes que – de acordo com a ordem jurídica – cria as obrigações das partes contratantes. O indivíduo isolado não tem o poder jurídico de obrigar – por meio da expressão da sua vontade – o outro indivíduo. Se o “direito” que uma das partes contratantes tem sobre a outra é uma “vontade”, ela deve ser outra vontade que não a vontade expressada no ato pelo qual foi feito o contrato.

Uma parte contratante tem um direito sobre a outra parte contratante apenas se esta tiver um dever jurídico de se conduzir de certa maneira para com aquela; e esta tem um dever jurídico de se conduzir de certa maneira para com aquela apenas se a ordem jurídica estabelecer uma sanção no caso de conduta contrária. Mas isso não é o suficiente para constituir um direito jurídico da outra parte. Uma parte contratante tem um direito jurídico sobre a outra parte contratante porque a ordem jurídica torna a execução da sanção dependente, não apenas do fato de um contrato ter sido feito e uma das partes não o ter cumprido, mas também do fato de a outra parte expressar uma vontade de que a sanção seja executada contra o delinqüente. Uma parte expressa tal vontade movendo uma ação contra a outra parte perante um tribunal. Ao fazê-lo, o queixoso põe em funcionamento o mecanismo coercitivo do Direito. É apenas por meio

de uma ação de tal tipo que pode ser iniciado o processo pelo qual o delito, *i.e.*, a quebra do contrato, é verificada e a sanção, emitida pelo tribunal. Isto é parte da técnica específica do Direito civil. A sanção é tornada dependente, dentre outras condições, do fato de uma das partes ter movido uma ação, isto é, do fato de que uma parte declarou a sua vontade de que fosse mencionado o processo mencionado. À parte está aberta a possibilidade jurídica de ocasionar a aplicação da norma jurídica que estabelece a sanção. Neste sentido, portanto, a norma é o Direito “dele”, ou seja, o seu “direito”. Apenas se um indivíduo se acha em tal relação com a norma jurídica, apenas se a aplicação da norma jurídica, a execução da sanção, depender da expressão da vontade de um indivíduo voltada para esse objetivo, ela poderá ser o Direito “dele”, um Direito subjetivo, ou seja, um “direito”. Apenas então é que a subjetivação do Direito – implicada no conceito de direito subjetivo –, a apresentação de uma norma jurídica objetiva como um direito subjetivo de um indivíduo, é justificada.

Apenas se definido desta maneira, o conceito de “direito” jurídico não coincide com o de dever jurídico, apenas assim o direito de A a certa conduta da parte de B não é idêntico ao dever de B de se comportar dessa maneira para com A. Se estiver aberta para um indivíduo a possibilidade de “impor” por meio de uma ação judicial o dever jurídico de outro indivíduo, a situação jurídica não é completamente descrita apresentando-se o dever de B de se conduzir de certa maneira para com A. Se o conceito de direito jurídico deve ser diferente do conceito de dever jurídico, o primeiro deve ser restrito a este caso.

Um direito é, dessa maneira, uma norma jurídica em sua relação com o indivíduo que, para que a sanção seja executada, deve expressar uma vontade nesse sentido. O sujeito de um direito é o indivíduo cuja manifestação de vontade é voltada para a sanção, *i.e.*, cuja ação judicial é uma condição da sanção. Se denotarmos o indivíduo ao qual a ordem jurídica confere a possibilidade de mover uma ação judicial, um queixoso potencial, então é sempre um queixoso potencial quem é o sujeito de um direito. A ordem jurídica em geral confere essa

possibilidade ao indivíduo que o legislador presume ter certo interesse na sanção. Mas se a ordem jurídica confere tal possibilidade a um indivíduo, este indivíduo possui um direito mesmo que, num caso concreto, ele não tenha um interesse e, desse modo, uma “vontade” de que a sanção seja executada. Um direito não é o interesse ou a vontade do indivíduo ao qual ele pertence, assim como um dever não é o temor da sanção ou a compulsão na mente do indivíduo obrigado. O direito jurídico é, como o dever jurídico, a norma jurídica em sua relação com um indivíduo determinado pela norma, a saber, o queixoso potencial.

#### e. Direito subjetivo e representação

A afirmação de que o sujeito do direito é o queixoso potencial não parece ser válida em todos os casos. Através de certa transação jurídica, um indivíduo pode fazer com que certas declarações de outro indivíduo, seu “agente”, tenham o mesmo efeito que declarações similares emitidas por ele, o constituinte. Se alguém se vale desta instituição jurídica, a chamada “representação consensual”, ele também pode mover uma ação judicial por meio da intervenção de seu agente. Há certos indivíduos que, de acordo com o Direito moderno, devem possuir um representante – por exemplo, menores e deficientes mentais. No caso de tal “representação não-consensual”, o representante, chamado “tutor”, é instituído, não por uma transação jurídica entre ele e o indivíduo que ele representa, o seu “tutelado”, mas diretamente pela ordem jurídica, sem um ato de nomeação, como, por exemplo, no caso do pai, que é o representante jurídico do seu filho, ou, então, por ato de uma autoridade pública, em especial um tribunal, como, por exemplo, o tutor de um indivíduo insano. Também o tutor pode mover uma ação em nome do seu tutelado, da mesma maneira que o agente pode fazê-lo em nome do seu constituinte. Dizer que o agente ou tutor expressa uma vontade “em nome de” seu constituinte ou tutelado significa que sua declaração de vontade tem o mesmo efeito jurídico que teria caso houvesse sido feita pelo constituinte ou



tutelado – contanto que, no segundo caso, o tutelado houvesse atingido a maioridade ou gozasse de saúde mental. Este complicado estado de coisas é descrito de uma maneira bastante simplificada pela fórmula fictícia de que as declarações de vontade emitidas pelo agente ou pelo tutor devem ser consideradas como declarações do constituinte ou do tutelado. Se é direito do constituinte ou do tutelado que o agente ou tutor instaure um processo, então o sujeito do direito não é o queixoso potencial, mas um indivíduo que se acha em uma relação específica, juridicamente determinada, com o queixoso potencial, em uma relação de representação consensual ou não-consensual. O sujeito do direito jurídico é, portanto, o queixoso potencial ou o indivíduo que o representa juridicamente.

#### D. O DIREITO SUBJETIVO COMO TÉCNICA JURÍDICA ESPECÍFICA

Fazer com que a sanção dependa de uma ação judicial de certo indivíduo (o queixoso), conceder “direitos”, no sentido técnico do termo, é – como foi assinalado – típico da técnica do Direito civil. A aplicação efetiva da norma jurídica depende, então, em cada caso particular, do fato de ter o sujeito do direito (ou o representante) interesse efetivo na aplicação da sanção, um interesse suficiente para que ele inicie, por meio da sua “ação judicial”, o processo que leva à execução da sanção. Ao fazer com que a aplicação da norma jurídica dependa da declaração de vontade de um indivíduo definido, o legislador considerou decisivo o interesse desse indivíduo. Frequentemente, porém, a aplicação de uma norma jurídica é do interesse de todos os outros ou da maioria dos outros membros da comunidade jurídica, e não apenas de um indivíduo em particular. Que a sanção instituída pela ordem jurídica seja executada contra o devedor que deixa de cumprir suas obrigações, é do interesse de todos os que possam vir a se tornar credores, mais ainda, de todos os que queiram que a ordem jurídica seja mantida. É – como geralmente se diz – do interesse da comunidade jurídica que todas as normas da ordem jurídica sejam obedeci-

das e aplicadas. Em uma ordem baseada nos princípios do capitalismo privado, a técnica do Direito civil é determinada pelo fato de que o legislador desconsidera o interesse coletivo na aplicação das normas e atribui importância real apenas ao interesse de indivíduos particulares. É por isso que o processo que leva à execução da sanção é iniciado e levado a cabo apenas em consequência de uma declaração de vontade nesse sentido da parte de um indivíduo particular, o queixoso.

Nesse aspecto, o Direito criminal apresenta uma técnica oposta. Um processo criminal não pode, via de regra, ser iniciado pela pessoa cujos direitos foram mais diretamente prejudicados pelo delito. Na maioria das vezes, é alguma autoridade pública, um órgão da comunidade, que tem a competência para mover uma ação judicial que, geralmente, é obrigado a fazê-lo. Como a sanção criminal não depende de uma ação judicial por parte de um indivíduo particular, nenhum indivíduo particular tem um “direito” de não ser roubado ou morto – ou, num sentido mais amplo, de não se tornar vítima de um delito criminal. Mas como a execução da sanção depende de uma ação por parte de um órgão competente do Estado, pode-se falar de um “direito” do Estado de que os membros da comunidade devam se abster de crimes. Neste campo, em que interesses especialmente vitais da comunidade têm de ser protegidos, o legislador coloca o interesse coletivo acima do interesse privado. Contudo, o processo criminal possui a mesma forma, ou, pelo menos, o mesmo aspecto externo, do processo civil; ele exhibe uma disputa entre duas partes: no processo criminal, uma disputa entre a comunidade jurídica, o Estado, representado por um órgão público, e um indivíduo particular, o acusado; no processo civil, uma disputa entre dois indivíduos particulares, o queixoso e o réu.

A técnica do Direito moderno, civil e criminal, segundo a qual o processo que leva à sanção só pode ser iniciado com uma ação judicial da parte de um indivíduo determinado, a técnica jurídica segundo a qual o processo dos órgãos aplicadores da lei, os tribunais, tem o caráter de uma disputa entre duas partes, não é a única técnica concebível. A sanção poderia muito

bem ser aplicada por um órgão público sem qualquer ação prévia da parte de outro órgão público, como no Direito criminal, ou da parte privada, como no caso do Direito civil. Se a ordem jurídica fosse dessa natureza, ela ainda criaria um dever jurídico de se abster do delito, só que não mais daria a ninguém um direito jurídico de que esse dever fosse executado. Não se concede nenhum direito jurídico sem um dever correspondente, mas poderia muito bem existir um dever jurídico sem qualquer direito correspondente (neste sentido mais restrito da palavra).

### E. DIREITOS ABSOLUTOS E RELATIVOS

Na medida em que o direito de um indivíduo é possível apenas em relação ao dever de outro, todos os direitos são direitos relativos. Todos os deveres são relativos, porém, apenas na medida em que alguém seja obrigado a se conduzir de certa maneira em relação a outro indivíduo que pode ser, mas não é necessariamente, o sujeito de um direito correspondente (no sentido técnico, mais restrito, da palavra).

Os termos “absoluto” e “relativo” são, contudo, compreendidos em outro sentido quando se distingue entre deveres e direitos absolutos e relativos. Deveres relativos são os que se têm em relação a um indivíduo determinado, ao passo que deveres absolutos são os que se têm em relação a um número indeterminado de indivíduos ou em relação a todos os outros indivíduos. Não matar, não roubar, não interferir no controle da propriedade de outros indivíduos, são deveres absolutos. O dever de um devedor de restituir um empréstimo ao credor é um dever relativo. Um direito relativo, neste sentido mais restrito, é um direito ao qual corresponde um dever de apenas um determinado indivíduo, ao passo que um direito absoluto acarreta deveres para um número indeterminado de indivíduos. Um direito relativo típico é o direito do credor sobre o devedor; é apenas do devedor que o credor tem direito de exigir a restituição de um empréstimo. A propriedade é um direito absoluto típico: o proprietário tem um direito de exigir de todos a não-interfe-

rência na posse da sua propriedade. A um direito absoluto corresponde um dever absoluto, a um direito relativo, um dever relativo. A distinção entre *jus in personam* e *jus in rem* remonta à distinção entre direitos relativos e absolutos. Mas o termo *jus in rem* induz em erro. O *jus in rem* é, estritamente falando, um *jus in personam*, um direito sobre pessoas e não um direito sobre coisas, como o termo poderia sugerir. A conhecida definição de propriedade como o domínio exclusivo de um indivíduo sobre uma coisa ignora o fato essencial de que todos, menos o proprietário, estão excluídos do controle do objeto. O direito de propriedade é o direito de um indivíduo de que todos os outros indivíduos se conduzam de certa maneira em relação a ele, a saber, de que todos os outros indivíduos se abstenham de qualquer interferência no seu controle sobre certa coisa. Todos os indivíduos, exceto o proprietário, estão juridicamente excluídos de qualquer uso do objeto da propriedade; e eles estão obrigados a se abster de qualquer interferência no controle da coisa em relação a qualquer possível proprietário desta. Assim como o direito, o dever correspondente também é dirigido a um número indeterminado de indivíduos. O direito de A, na condição de dono da propriedade *a*, de usar uma estrada que passa pela propriedade *b* de B, tem o caráter de uma servidão, um *jus in rem*, contanto que, não apenas B, mas todos e, em especial, qualquer dono possível da propriedade *b* estejam juridicamente obrigados a não impedir A ou qualquer dono da propriedade *a* de usar a estrada. Qualquer dono da propriedade *a* tem o direito, qualquer dono da propriedade *b* tem o dever correspondente. A propriedade *a* é chamada propriedade “dominante”, e *b*, propriedade “serviente”, como se o direito estivesse ligado ou enraizado como uma árvore, em uma propriedade, e o dever na outra. Essa é uma descrição figurada e bastante ilustrativa da situação jurídica, mas também enganosa. O direito, ou dever, não é uma coisa que possa ser ligada a outra coisa. Direito e dever são relações específicas de um indivíduo com outros indivíduos. Um *jus in rem* não é um direito sobre uma coisa, mas um direito de que um número indeterminado de indivíduos se conduza de certa maneira em relação a

certo objeto; é um direito absoluto que corresponde a um dever absoluto.

### F. O DIREITO SUBJETIVO COMO PARTICIPAÇÃO NA CRIAÇÃO DO DIREITO OBJETIVO

A ordem jurídica – como foi assinalado – confere um “direito” a um indivíduo dando a ele, ou ao seu representante, a possibilidade de acionar o processo que, ao fim, leva à execução da sanção. A decisão do tribunal – o ato típico que determina a sanção num caso concreto – cria uma norma individual que, condicional ou incondicionalmente, estipula a sanção. A decisão judicial de um tribunal criminal, por exemplo, ordena que certo indivíduo, o qual – segundo a declaração da corte – cometeu roubo, será aprisionado por dois anos. Essa norma individual deve ser executada por outros órgãos públicos.

A decisão de um tribunal civil ordena que certo indivíduo, o réu, o qual – segundo a declaração da corte – não pagou em tempo devido o aluguel da sua casa, deverá pagar certa quantia de dinheiro ao seu senhorio, o queixoso, dentro de dez dias, e que – se a soma de dinheiro não for paga dentro desse prazo – uma execução civil será dirigida contra o réu. Essa é uma norma individual; mas, ao passo que a norma individual, a ordem de sanção, neste caso, tem um caráter condicional – se o réu não pagar dentro de dez dias, uma execução civil será dirigida contra ele –, no caso criminal, a ordem de sanção, a norma individual, é incondicional: o delinqüente será aprisionado. A criação da norma individual pela decisão do tribunal civil é o propósito imediato do processo jurídico iniciado pela ação judicial do queixoso. A partir desta perspectiva dinâmica, o queixoso desempenha, assim, uma parte essencial na criação da norma individual que a sentença da corte representa. Ter um direito é ter a capacidade jurídica de participar da criação de uma norma individual, da norma individual pela qual uma sanção é ordenada contra o indivíduo que – segundo a declaração do tribunal – cometeu o delito, que violou o seu dever. Se um direito jurídico é um fenômeno do Direito, então essa norma indivi-

dual também deve possuir o caráter de Direito. O Direito não pode consistir apenas em normas ou regras gerais.

### G. DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Se, a partir de uma perspectiva dinâmica, a natureza de um direito é a capacidade de participar da criação do Direito, então a diferença entre os direitos do “Direito privado” – os chamados “direitos privados” – e os direitos do Direito público – os chamados “direitos políticos” – não pode ser tão fundamental quanto geralmente se supõe. Por direitos políticos, entendemos as possibilidades abertas ao cidadão de participar do governo, da formação da “vontade” do Estado. Livre da metáfora, isso significa que o cidadão pode participar da criação da ordem jurídica. Com isso, tem-se em mente sobretudo a criação de normas gerais, ou “legislação”, no sentido mais geral do termo. A participação na legislação dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica é característica da democracia, distinguindo-a da autocracia, na qual os sujeitos são excluídos da legislação, não têm direitos políticos. Em uma democracia, o poder legislativo pode ser exercido diretamente pelo povo, em assembléia primária, ou por um parlamento eleito, sozinho ou em cooperação com um chefe de Estado eleito. A democracia pode ser uma democracia direta ou indireta (representativa). Em uma democracia direta, o direito político decisivo é o direito do cidadão de participar das deliberações e decisões da assembléia popular. Em uma democracia indireta, a formação da vontade do Estado, na medida em que é uma criação de normas gerais, ocorre em dois estágios: primeiro, a eleição do parlamento e do chefe de Estado, e, depois, a criação da norma geral, do estatuto, seja pelo parlamento sozinho ou em colaboração com o chefe de Estado. De modo correspondente, o direito político decisivo em uma democracia indireta (representativa) é o direito de voto, *i.e.*, o direito do cidadão de participar da eleição do parlamento, do chefe de Estado e de outros órgãos criadores de Direito (aplicadores de Direito).

Pode parecer que o conceito de direito jurídico, que alcançamos por meio de um exame do Direito civil, é inteiramente diferente do conceito de direito político. O problema dos direitos políticos receberá um tratamento mais completo na teoria do Estado e do Direito público. Aqui, tentarei apenas demonstrar como é possível classificar o chamado direito “político” juntamente com o direito “privado” sob o mesmo termo geral de “direito”, e o que o queixoso tem em comum com o votante, o que há de comum entre mover uma ação judicial e votar.

Se o direito político é um “direito” no mesmo sentido em que o direito privado, deve existir um dever correspondente ao direito político. Qual é o dever que corresponde ao direito de voto? É o dever dos órgãos públicos encarregados da eleição de aceitar o voto do votante e de tratá-lo de acordo com os preceitos da lei, e, em particular, o de proclamar como indivíduo eleito aquele que recebeu o número de votos prescrito. O direito de voto de um sujeito é o direito de ter seu voto recebido e contado, de acordo com as leis implicadas, pelos funcionários eleitorais apropriados. Ao direito de votar do cidadão corresponde o dever dos funcionários eleitorais. Este dever é garantido por certas sanções, e, no caso de ser violado, o votante pode exercer uma influência sobre a aplicação dessas sanções análogas à influência que pode ser exercida pelo sujeito de um direito privado sobre a aplicação da sanção dirigida contra o indivíduo responsável pela violação do dever correspondente. Em várias ordens jurídicas, existem órgãos especiais, por exemplo, tribunais eleitorais, cuja tarefa é proteger o interesse que o votante tem no cumprimento do dever correspondente da parte do órgão público. Quando o votante pode apelar a tal tribunal eleitoral, no caso de seu direito ter sido violado, o direito de votar é um direito jurídico exatamente no mesmo sentido técnico em que um direito privado. Mesmo que a função do votante não seja garantida dessa maneira, isto é, pela concessão ao votante de tal “direito” no sentido técnico, a sua função tem um elemento essencial em comum com o exercício de um direito privado. É a participação no processo de criação de Direito. A di-

ferença consiste no fato de que a função chamada “votação” é uma participação indireta no processo criador de Direito. O votante toma parte apenas na criação de um órgão – parlamento, chefe de Estado – cuja função é criar a vontade do Estado, as normas jurídicas; e as normas jurídicas que esse órgão tem de criar são normas gerais, estatutos. O sujeito de um direito privado participa diretamente da criação de uma norma jurídica, e essa norma jurídica – a decisão judicial – é uma norma individual. O exercício de um direito privado também significa participação do sujeito na criação da “vontade do Estado”, pois a vontade do Estado se manifesta também na decisão judicial; o tribunal também é um órgão do Estado.

Órgãos eleitos, como um parlamento ou um chefe de Estado, são, de um modo geral, órgãos para a criação de normas gerais. Contudo, órgãos para a criação de normas individuais às vezes também podem ser eleitos – por exemplo, juízes eleitos por voto popular. Em tal caso, a diferença entre a função chamada direito político de votar e um direito privado fica reduzida ao fato de que o direito de votar significa apenas uma participação indireta na criação de normas jurídicas.

A partir da perspectiva da função dentro do todo do processo criador de Direito, não existe nenhuma diferença essencial entre um direito privado e um direito político. Ambos permitem que o seu detentor participe da criação da ordem jurídica, da “vontade do Estado”. Um direito privado é também, em última análise, um direito político. O caráter político dos direitos privados torna-se ainda mais óbvio tão logo se perceba que a concessão de direitos privados aos indivíduos é a técnica específica do Direito civil, e que o Direito civil é a técnica jurídica específica do capitalismo privado, que é, ao mesmo tempo, um sistema político.

Se o direito jurídico for visto como uma função particular dentro do processo criador de Direito, então o dualismo entre Direito objetivo e direito subjetivo desaparece. Neste caso, também, a precedência jurídica do dever sobre o direito torna-se clara. Ao passo que a obrigaçã jurídica é a função essencial

de toda a norma jurídica dentro da ordem jurídica, o direito jurídico é um mero elemento específico de sistemas jurídicos particulares – o direito privado, a instituição de uma ordem jurídica capitalista, e o direito político, a instituição de uma ordem jurídica democrática.

## VII. Competência (*capacidade jurídica*)

Uma norma jurídica pode determinar a conduta humana não apenas como conteúdo de um dever ou de um direito, mas também de outras maneiras. Um exemplo é a sanção que, por meio de uma norma jurídica, é tornada a consequência de certas condições. Ordenar ou executar a sanção não é, obviamente, um “direito” do órgão aplicador de Direito; o órgão pode, contudo, ser obrigado a ordenar ou executar a sanção; mas isso não é necessariamente assim. Ele é obrigado apenas se outra norma jurídica estipular essa obrigação prevendo uma sanção contra o órgão que não ordenar ou executar a sanção estipulada pela primeira norma. A conduta humana que não é qualificada nem como um dever nem como um direito surge também entre as condições de uma sanção. Consideremos como exemplo a norma jurídica que obriga um devedor a restituir o empréstimo em tempo devido. Esquematicamente, essa norma pode ser formulada da seguinte maneira: quando dois indivíduos fazem um contrato de empréstimo, se o devedor não restituir o empréstimo em tempo devido, e se o credor mover uma ação contra o devedor, então o tribunal tem de ordenar certa sanção contra o devedor. A elaboração de um contrato é um ato que não forma o conteúdo nem de um dever nem de um direito das duas partes. Eles não estão juridicamente obrigados, nem têm um direito jurídico, de fazer o contrato; eles obtêm direitos e deveres jurídicos através do contrato, após o contrato ser feito. Mas eles são juridicamente capazes de fazer um contrato. Tampouco existe um dever ou um direito de cometer um delito. Mas existe uma capacidade jurídica de cometer delitos. O órgão não tem