

TEORIA GERAL  
DO DIREITO E DO ESTADO

Hans Kelsen

Tradução  
LUIS CARLOS BORGES

**Martins Fontes**  
São Paulo 2000

conflito com a ordem é o de uma sanção da ordem. A partir de uma perspectiva realista, a diferença decisiva não se encontra entre as ordens sociais cuja eficácia repousa em sanções e aquelas cuja eficácia não repousa em sanções. Toda ordem social é, de certo modo, "sancionada" pela reação específica da comunidade à conduta de seus membros, em conformidade ou em conflito com a ordem. Isso também é verdadeiro no caso de sistemas morais altamente desenvolvidos, os quais se aproximam mais intimamente do tipo de motivação direta por normas desprovidas de sanção. A única diferença é que certas ordens sociais estabelecem, elas mesmas, sanções definidas, ao passo que, em outras, as sanções consistem numa reação automática da comunidade não expressamente estabelecida pela ordem.

#### b. Sanções transcendentais e socialmente organizadas

As sanções estabelecidas pela própria ordem social podem ter um caráter transcendental, ou seja, religioso, ou então social-imanente.

Em primeiro lugar, as sanções estabelecidas pela ordem consistem em vantagens ou desvantagens que devem ser aplicadas aos indivíduos por uma autoridade sobre-humana, um ser mais ou menos caracterizado como divino. De acordo com a idéia que os indivíduos têm dos seres sobre-humanos nos primórdios do desenvolvimento religioso, eles existem, não num além-mundo diferente do aqui, mas intimamente ligados aos homens na natureza que os circunda. O dualismo do aqui e do além ainda é desconhecido do homem primitivo<sup>8</sup>. Os seus primeiros deuses são as almas dos mortos, particularmente dos ancestrais, que vivem em árvores, rios, rochas e especialmente em certos animais. São eles que garantem a manutenção da ordem social primitiva, punindo a sua violação com morte, doença, má sorte na caça e, de modo similar, recompensando a sua observância com saúde, vida longa e boa sorte na caça. A retri-

De acordo com a maneira pela qual a conduta socialmente desejável foi motivada, vários tipos de ordens sociais podem ser distinguidos. Esses tipos — trata-se de tipos ideais a serem apresentados aqui — são caracterizados pela motivação específica empregada pela ordem social para induzir os indivíduos a se comportarem conforme o desejado. A motivação pode ser direta ou indireta. A ordem pode vincular certas vantagens à observância de certa conduta e certas desvantagens à não-observância e, por conseguinte, fazer com que o desejo pela vantagem prometida ou o medo da ameaça de desvantagem atue como motivação de conduta. A conduta em conformidade com a ordem estabelecida é alcançada por uma sanção estabelecida na própria ordem. O princípio de recompensa e punição — o princípio da retribuição —, fundamental para a vida social, consiste em associar a conduta de acordo com a ordem estabelecida e a conduta contrária à ordem, respectivamente, com uma promessa de vantagem e uma ameaça de desvantagem como sanções.

A ordem social pode, contudo, mesmo sem a promessa de uma vantagem em caso de obediência e sem a ameaça de uma desvantagem em caso de desobediência, isto é, sem decretar sanções, determinar uma conduta que pareça vantajosa aos indivíduos, de modo que a simples idéia de uma norma que decore esse comportamento seja suficiente como motivação para a conduta em conformidade com a norma. Esse tipo de motivação direta, em sua pureza absoluta, raramente é encontrado na realidade social.

Em primeiro lugar, não há quase nenhuma norma cujo teor seja diretamente atraente aos indivíduos cujo comportamento ela regula, de modo que sua mera idéia seja suficiente como motivação. Além disso, a conduta social dos indivíduos é sempre acompanhada por um julgamento de valor, ou seja, a idéia de que a conduta em consonância com a lei é "boa", ao passo que a contrária à ordem é "má". Por conseguinte, a conformidade à lei é geralmente associada à aprovação dos pares; a não-conformidade, à sua desaprovação. O efeito dessa reação do grupo à conduta dos indivíduos em conformidade ou em

8. Cf. meu trabalho *Society and Nature* (1943), 24 ss.

buição realmente emana da divindade, mas é tornada real no aqui. Pois a natureza é explicada pelo homem primitivo de acordo com o princípio da retribuição. Ele considera os eventos naturais apenas no que diz respeito à vantagem ou à desvantagem a eles associadas e interpreta os eventos vantajosos como recompensa e os desvantajosos como punição a ele infligida pelos seres pessoais e sobre-humanos que imagina existir dentro ou por trás dos fenômenos naturais. A ordem social primordial possui um caráter absolutamente religioso. Originalmente, não conhece outras sanções que as religiosas, ou seja, as que emanam de uma entidade sobre-humana. Apenas mais tarde, pelo menos dentro do grupo mais estreito, aparecem, lado a lado com as sanções transcendentais, as sanções socialmente imanescentes, ou seja, organizadas, sanções a serem executadas por um indivíduo determinado pela ordem social de acordo com as disposições dessa ordem. Nas relações entre diferentes grupos, a vingança de sangue aparece bem cedo como uma reação socialmente organizada contra um dano considerado injustificado e atribuível a um membro de um grupo alienígena.

O grupo do qual parte essa reação é uma comunidade baseada numa relação de sangue. A reação é induzida pelo medo da alma da pessoa assassinada. Aparentemente, esta última não pode se vingar de seu assassino, caso ele pertença a um grupo alienígena. Portanto, ela compele seus parentes a executar a vingança. A sanção organizada socialmente desse modo é ela própria garantida por uma sanção transcendental. Os que fracassam em vingar a morte de seu parente na pessoa do assassino estrangeiro e de seu grupo são ameaçados com doença e morte pela alma do homem assassinado. Ao que tudo indica, a vingança de sangue é a mais antiga sanção socialmente organizada. É digno de nota o fato de que, de início, ela possuía um caráter intertribal. Somente quando a comunidade social abarca diversos grupos, baseada na consangüinidade, é que a vingança de sangue se torna de fato uma instituição intratribal.

No curso posterior do desenvolvimento religioso, a divindade é concebida como pertencente a um domínio bastante distante ferente do aqui, como removida para longe dele, e a realização

da retribuição divina é protelada para o além-mundo. Com bastante freqüência, esse além é dividido – em correspondência com o caráter dual da retribuição – num céu e num inferno. Nesse estágio, a ordem social perdeu seu caráter religioso. A ordem religiosa funciona apenas como suplemento e apoio para a ordem social. As sanções da última são exclusivamente atos de indivíduos humanos regulados pela própria ordem social.

### c. Punição e recompensa

É digno de nota o fato de que entre as duas sanções aqui apresentadas como típicas – a ameaça de desvantagem em caso de desobediência (punição, no sentido mais amplo do termo) e a promessa de vantagem no caso de obediência (a recompensa) –, a primeira desempenha um papel muito mais importante que o da segunda na realidade social. Que a técnica da punição seja preferida à da recompensa é percebido com clareza especial onde a ordem social ainda possui um caráter distintamente religioso, *i.e.*, onde é garantida por sanções transcendentais. O comportamento em conformidade com a ordem social por parte dos povos primitivos, sobretudo no tocante à observância de numerosas proibições chamadas de “tabus”, é determinado principalmente pelo medo que domina a vida de tais povos. É o medo do doloroso mal com que a autoridade sobre-humana reage a toda violação dos costumes tradicionais. Se as violações das normas sociais são bem menos freqüentes nas sociedades primitivas do que nas sociedades civilizadas, como dizem alguns etnologistas, o responsável por esse efeito de preservação da ordem social é o medo da vingança dos espíritos, o medo de uma punição que tem origem divina, mas que tem lugar aqui. A esperança de recompensa tem uma significação apenas secundária. E, mesmo em religiões altamente desenvolvidas, onde a retribuição divina não é mais, ou não apenas, realizada aqui, mas no além, a idéia de uma punição a ser esperada após a morte ocupa o primeiro lugar. Nas crenças efetivas do gênero humano, o medo do

inferno é muito mais vivo, e a imagem de um lugar de punição é muito mais concreta que a esperança geralmente vaga de um paraíso futuro onde nossa virtude encontrará sua recompensa. Mesmo quando a fantasia de concretização de desejos dos indivíduos não é limitada por quaisquer restrições, ela imagina uma ordem transcendental, cuja técnica não é de todo diferente da técnica da sociedade empírica.

Isso pode ser atribuído ao fato de que a ideologia religiosa sempre reflete, em maior ou menor grau, a realidade social concreta. E, no que diz respeito à organização do grupo, leva-se em conta essencialmente apenas um método de obtenção do comportamento socialmente desejado: a ameaça de aplicação de um mal no caso de comportamento contrário – a técnica da punição. A técnica da recompensa desempenha um papel significativo apenas nas relações privadas dos indivíduos.

#### d. O Direito como ordem coercitiva

Quando a sanção é organizada socialmente, o mal aplicado ao violador da ordem consiste numa privação de posses – vida, saúde, liberdade ou propriedade. Como as posses lhe são tomadas contra a sua vontade, essa sanção tem o caráter de uma medida de coerção. Isso não significa que a força física deva ser aplicada na execução da sanção. Onde a autoridade que aplica a sanção possui poder adequado, esse caso é apenas excepcional. Uma ordem social que busca efetuar nos indivíduos a conduta desejada através da decretação de tais medidas de coerção é chamada ordem coercitiva. Ela o é porque ameaça atitudes socialmente danosas com medidas de coerção, porque decreta tais medidas de coerção. Como tal, ela apresenta um contraste com todas as outras ordens possíveis – as que estabelecem recompensas de preferência a punições como sanções e, em especial, as que não decretam absolutamente sanção alguma, valendo-se da técnica da motivação direta. Em contraste com as ordens que decretam medidas coercitivas como sanções, a eficácia das outras repousa não na coerção, mas na obe-

diência voluntária. Ainda assim, esse contraste não é tão distinto como pode parecer à primeira vista. Isso se segue do fato de que a técnica de recompensa, como técnica de motivação indireta, tem o seu lugar entre a técnica de motivação indireta através de punição – como técnica de coerção – e a técnica de motivação direta, a técnica da obediência voluntária. A obediência voluntária é em si mesma uma forma de motivação, ou seja, de coerção, e, por conseguinte, não é liberdade, mas coerção no sentido psicológico. Se as ordens coercitivas são contrastadas com as que não possuem caráter coercitivo, que repousam na obediência voluntária, isso é possível apenas no sentido de que uma estabelece medidas de coerção, ao passo que a outra não o faz. E essas sanções são medidas coercitivas apenas no sentido de que certas posses são tiradas dos indivíduos em questão contra sua vontade, se necessário pelo emprego da força física. Nesse sentido, o Direito é uma ordem coercitiva.

Se as ordens sociais, tão extraordinariamente diferentes em seus teores, que prevaleceram em diferentes épocas e entre diferentes povos, são chamadas ordens jurídicas, poder-se-ia supor que está sendo usada uma expressão quase que destituída de significado. O que o chamado Direito dos babilônios antigos poderia ter em comum com o direito vigente hoje nos Estados Unidos? O que a ordem social de uma tribo negra sob a liderança de um chefe despótico – uma ordem igualmente chamada “Direito” – poderia ter em comum com a constituição da república suíça? No entanto, há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra “Direito” de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos *ashtanti* na África Ocidental e o dos suíços na Europa, é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser

## II. A sanção

O conceito de regra jurídica em seus dois aspectos – a regra jurídica como norma criada pela autoridade jurídica para regular a conduta humana e como instrumento usado pela ciência jurídica para descrever o Direito positivo – é o conceito central da jurisprudência. Outros conceitos fundamentais são os de sanção, delito, dever jurídico, direito jurídico, pessoa jurídica e ordem jurídica.

As sanções são estabelecidas pela ordem jurídica com o fim de ocasionar certa conduta humana que o legislador considera desejável. As sanções do Direito têm o caráter de atos coercitivos no sentido desenvolvido acima. Originalmente, existia apenas um tipo de sanção: a sanção criminal, *i.e.*, punição, no sentido estrito da palavra, punição envolvendo vida, saúde, liberdade ou propriedade. O Direito mais antigo era apenas Direito criminal. Posteriormente, uma diferenciação foi feita na sanção: surgiu, acrescentada à punição, uma sanção civil específica, a execução civil, uma privação forçosa de propriedade com o fim de prover reparação, *i.e.*, compensação por um dano causado ilegalmente. Assim, desenvolveu-se o Direito civil ao lado do Direito criminal. Mas o Direito civil, o Direito que regula a vida econômica, garante a conduta desejada dos homens em seu campo de uma maneira que não difere essencialmente daquela com que o Direito criminal o consegue em seu domínio, a saber, estabelecendo, para o caso de conduta contrária, uma medida coercitiva, sua própria medida coercitiva específica, a sanção civil. A diferença entre Direito civil e Direito criminal é uma diferença no caráter de suas respectivas

sanções. Se considerarmos, porém, apenas a natureza externa das sanções, não poderemos encontrar quaisquer características distintivas. Um exemplo: apesar da sanção civil sempre consistir em uma privação de alguma posse econômica, a multa, que é uma sanção criminal, também é dessa natureza. Mais fundamental é a diferença de propósito: ao passo que o Direito criminal tem como fim a retribuição ou, segundo a visão moderna, a coibição, *i.e.*, a prevenção, o Direito civil tem como fim a reparação. Essa diferença encontra sua expressão no conteúdo da ordem jurídica. Existem disposições referentes ao uso das posses apreendidas. Essas posses, ou o dinheiro obtido com sua venda, têm de ser transferidas: no caso da sanção civil, para o sujeito prejudicado ilegalmente; no caso da sanção criminal, para a comunidade jurídica (o fisco). Contudo, a diferença entre sanção civil e sanção criminal – e, conseqüentemente, entre Direito civil e Direito criminal – tem apenas um caráter relativo. É praticamente impossível questionar que as sanções civis, pelo menos secundariamente, servem ao propósito de prevenção por coibição. Uma diferença adicional pode ser vista no procedimento pelo qual os dois tipos de sanções são levados a efeito, no modo como o procedimento foi efetivamente estabelecido nas várias ordens jurídicas. O procedimento que almeja a execução civil, *i.e.*, o procedimento civil dos tribunais, é iniciado apenas por uma ação de um determinado sujeito interessado na execução, o sujeito do “direito” violado. O procedimento que almeja a sanção criminal, *i.e.*, o processo criminal dos tribunais, é iniciado *ex officio*, ou seja, pelo ato de um órgão, o promotor público. Contudo, essa diferença de procedimento, sobre a qual se falará mais tarde, é de importância menor. Assim, apesar da diferença que existe entre sanção criminal e sanção civil, a técnica social é fundamentalmente a mesma em ambos os casos. É essa diferença bastante relativa entre sanção civil e sanção criminal que constitui a base de diferenciação entre Direito civil e Direito criminal.

### III. O delito

#### A. MALA IN SE E MALA PROHIBITA

A sanção é tornada uma conseqüência da conduta considerada nociva à sociedade e que, de acordo com as intenções da ordem jurídica, tem de ser evitada. Essa conduta é designada pelo termo “delito”, sendo o termo compreendido em seu sentido mais amplo. Se precisamos definir o conceito de delito em conformidade com os princípios de uma teoria pura do Direito, então as “intenções da ordem jurídica” ou os “propósitos do legislador” podem fazer parte da definição apenas enquanto forem expressos no material produzido pelo procedimento legislativo, na medida em que se tornem manifestos no conteúdo da ordem jurídica. Caso contrário, o conceito de delito não será um conceito jurídico.

Considerado a partir deste ponto de vista, o delito é a condição à qual a sanção é vinculada pela norma jurídica. Certa conduta humana é um delito porque a ordem jurídica vincula a essa conduta como condição, como conseqüência, uma sanção. O pressuposto costumeiro, segundo o qual certo tipo de conduta humana acarreta uma sanção por se tratar de um delito, não é correto. É um delito porque acarreta uma sanção. A partir da perspectiva de uma teoria cujo único objeto é o Direito positivo não existe nenhum outro critério de delito que não o fato de ser a conduta a condição de uma sanção. Não existe delito em si. Na teoria tradicional do Direito criminal faz-se uma distinção entre *mala in se* e *mala prohibita*<sup>1</sup>, ou seja, a conduta que é má

1. Cf. Jerome Hall, “Prolegomena to a Science of Criminal Law” (1941), 89 *U. of PA. L. Rev.*, 549-80. A distinção entre *mala in se* e *mala prohibita, i.e.*, entre

em si e a conduta que é má apenas porque foi proibida por uma ordem social positiva. Essa distinção não pode ser mantida em uma teoria de Direito positivo. A distinção é o elemento típico de uma doutrina de Direito natural<sup>2</sup>. Ela se origina em uma pressuposição — que não pode ser provada cientificamente — de que certos padrões de conduta humana são, por sua própria natureza, delitos. As questões, porém, quanto a dizer se certa conduta humana é ou não um delito não podem ser respondidas por uma análise dessa conduta; podem ser respondidas apenas com base em uma ordem jurídica determinada. A mesma conduta pode ser um delito segundo o Direito da comunidade A, e não ser, em absoluto, um delito segundo o Direito da comunidade B. Ordens jurídicas diversas de povos diversos estigmatizam como delitos padrões bem diferentes de condutas em épocas diferentes. É verdade que ordens jurídicas diversas, mas com o mesmo *status* cultural, concordam, em certa medida, em estigmatizar como delitos certos padrões de conduta; e que certos tipos de conduta são reprovados não apenas pelo Direito positivo, mas também pelo sistema de moral a ele relacionado. Esses fatos, porém, não justificam a pressuposição de *mala in se*. Além disso, é necessário separar a questão jurídica: como será definido o conceito de delito dentro de uma teoria do Direito positivo?, da questão moral-política: que conduta o

a conduta que é má em si e a conduta que é má apenas por ser proibida por uma ordem social positiva, é quase idêntica à distinção que Aristóteles fez na sua *Ethica Nichomachea* (1134b) entre o "natural" e o "jurídico". "O natural: aquilo que tem em todo lugar a mesma força e não existe por pensarem as pessoas isto ou aquilo; o jurídico: aquilo que é originalmente indiferente, mas que, quando formulado, não é indiferente."

2. Blackstone, *Commentaries*, Introdução, § 65, distingue entre deveres naturais e positivos. "No que diz respeito aos *deveres naturais*, e ofensas tais que são *mala in se*: neste caso, estamos obrigados por consciência, porque obrigados por leis superiores, antes que essas leis humanas viessem a existir, a executar uma e a evitar a outra. Mas, em relação àquelas leis que prescrevem apenas *deveres positivos* e proíbem apenas coisas tais que não são *mala in se*, mas meramente *mala prohibita*, em qualquer mistura de culpa moral, que anexam uma penalidade e a não-observância, nesse caso, compreendo que a consciência não tem qualquer relação adicional, além de ordenar uma submissão à penalidade, no caso de ruptura dessas leis."

legislador deverá relacionar com intenção ou justiça a uma sanção? Certamente o legislador deve, primeiro, considerar determinado tipo de conduta como prejudicial, como um *malum*, a fim de vincular-lhe uma sanção. Antes de ser estabelecida a sanção, porém, a conduta não é um *malum* no sentido jurídico, um delito. Não existem *mala in se*, existem apenas *mala prohibita*, pois um comportamento é um *malum* apenas se for *prohibitum*. Isso nada mais é que a consequência dos princípios geralmente aceitos na teoria do Direito criminal: *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine lege*<sup>3</sup> — não há sanção sem uma norma jurídica que estabeleça essa sanção, não há delito sem uma norma jurídica que determine esse delito. Esses princípios são a expressão de um positivismo jurídico no campo do Direito criminal, mas eles prevalecem também no campo do Direito civil, pelo menos no que diz respeito ao delito civil e à sanção civil. Eles significam que a conduta humana pode ser considerada um delito apenas se uma ordem jurídica positiva vincula uma sanção, como consequência, como condição, a essa conduta.

## B. O DELITO COMO CONDIÇÃO DA SANÇÃO

A partir de uma perspectiva puramente jurídica, o delito caracteriza-se como uma condição da sanção. Mas o delito não é a única condição. No caso de um delito criminal, isso talvez não seja tão óbvio quanto no caso do delito civil, *i. e.*, o delito que acarreta uma sanção civil, não uma criminal. Tomemos um exemplo de não-cumprimento de um contrato. A regra jurídica pertinente é: se duas partes firmarem um contrato, e se uma das partes não o cumprir, e se a outra parte mover uma ação contra a primeira parte em corte competente, então a corte ordenará uma sanção contra a primeira parte. Mas essa formulação não é, em absoluto, completa. Ela não enumera todas as condições possíveis, mas somente as condições ca-

3. Cf. Jerome Hall, "Nulla poena sine lege" (1937) 47, *Yale L. J.*, 165-93.

racterísticas da sanção nesse caso especial. As condições são as três seguintes: 1) um contrato foi feito; 2) uma das partes não cumpre o compromisso assumido; 3) a outra parte move uma ação, *i.e.*, exige que seja conduzido o procedimento judiciário que leve à execução da sanção. O delito, *i.e.*, o fato de que uma parte não cumpriu o contrato, não é suficientemente caracterizado dizendo-se que ele é “uma condição da sanção”. A elaboração do contrato e a ação judiciária também são condições. Qual é, então, a característica distinta dessa condição chamada “delito”? Se não fosse possível encontrar outro critério que não o suposto fato de que o legislador deseja uma conduta contrária àquela que é caracterizada como “delito”, então seria impossível uma definição jurídica do conceito de delito. O conceito de delito definido simplesmente como uma conduta socialmente indesejável é um conceito moral ou político, em resumo, um conceito metajurídico, mas não jurídico. As definições que caracterizam o delito como uma “violação da lei”, como um ato contrário à lei, “ilegal” ou “ilícito”, como uma “negação da lei” – em alemão, não-lei (*Unrecht*) – são todas desse tipo. Todas as explicações desse tipo sempre redundam em dizer que o delito é contra o propósito da lei. Mas isso é irrelevante para o conceito jurídico de delito. A partir de uma perspectiva puramente jurídica, o delito não é “violação da lei” – o modo específico de existência da norma jurídica, sua validade, não está, de modo algum, ameaçado pelo delito. Nem é o delito, a partir de uma perspectiva jurídica, “contrário à lei” ou “negação da lei”; para o jurista, o delito é uma condição determinada pela lei tanto quanto, como no exemplo acima, a elaboração do contrato e a ação.

### C. O DELITO COMO CONDUTA DO INDIVÍDUO CONTRA O QUAL É DIRIGIDA A SANÇÃO

Uma definição jurídica de delito deve ser inteiramente baseada na norma jurídica. Em geral, o delito é a conduta do indivíduo contra o qual é dirigida a sanção, como consequência

de sua conduta. Eis a definição jurídica de delito. O critério do conceito de delito é um elemento que constitui o conteúdo da norma jurídica. Não se trata de uma suposta intenção do legislador. Trata-se de um elemento da norma pelo qual o legislador expressa sua intenção de um modo objetivamente cognoscível; trata-se de um elemento que pode ser encontrado através de uma análise do conteúdo da norma jurídica. A partir de um ponto de vista político, o motivo pelo qual e o propósito com o qual o legislador estipula e dirige a sanção contra certo indivíduo são, naturalmente, do maior interesse. Mas, a partir de um ponto de vista jurídico, o motivo e o propósito do legislador são levados em consideração apenas na medida em que sejam expressados no conteúdo da norma; e o legislador normalmente expressa sua intenção dirigindo uma sanção contra o indivíduo cuja conduta é contrária à conduta desejada pelo legislador. Com certa frequência, o delito, sobretudo o delito criminal, é um objeto de reprovação moral e religiosa, considerado como “pecado”, e tal conotação é vinculada às palavras com que em geral se designa o delito: “errado”, “ilegal”, “ilícito”, “violação da lei”. No entanto, o conceito jurídico de delito deve ser mantido livre de tais elementos. Eles não têm relevância alguma para uma teoria analítica do Direito positivo.

A definição de delito como conduta do indivíduo contra o qual é dirigida a sanção, como consequência de sua conduta, pressupõe – apesar de não fazer referência ao fato – que a sanção é dirigida contra o indivíduo cuja conduta o legislador considera nociva à sociedade e que, portanto, ele tem a intenção de obstar através da sanção. Isso é válido em princípio para o Direito dos povos civilizados.

Com relação a isso, deve-se notar que o fato do delito pode consistir, não apenas em certo tipo de conduta, mas também nos efeitos dessa conduta. A ordem jurídica relaciona uma sanção à conduta de um indivíduo por causa do efeito que essa conduta tem sobre outros indivíduos. O delito chamado de “assassinato” consiste na conduta de um indivíduo que tem o intento de ocasionar a morte de outro indivíduo e que efetivamente o faz. A conduta não é necessariamente uma ação, ela

pode ser também uma omissão, o não-desempenho de uma ação. Em tal caso, poder-se-ia às vezes ter a impressão de que a sanção é dirigida contra outro indivíduo que não o perpetrador do delito, o “delinqüente”, como, por exemplo, quando uma criança causa a morte de alguém e, de acordo com o Direito positivo, o pai é, “portanto”, punido. O delito nesse caso não é a ação da criança, mas a conduta do pai que não conseguiu impedir a criança de cometer uma ação socialmente indesejável; é “por causa” dessa omissão que o pai é punido. O pai, não a criança, é o “delinqüente”.

Segundo o Direito criminal dos povos civilizados, a sanção em geral é estipulada apenas para os casos em que o efeito socialmente indesejável foi ocasionado pelo delinqüente de modo intencional ou por negligência. Se a intenção é essencial para a perpetração do crime, uma atitude mental definida da parte do delinqüente é um ingrediente material do delito; nesse caso, o delito é psicologicamente qualificado. Se o efeito socialmente indesejável não foi ocasionado de forma intencional ou por negligência<sup>4</sup>, então nenhuma sanção tem de ser executada contra o indivíduo cuja conduta levou ao resultado. Isso pressupõe o princípio de que a sanção deve ser dirigida apenas contra o delinqüente, ou seja, o indivíduo que, por sua ação ou omissão, direta ou indiretamente, ocasionou o efeito socialmente nocivo. O princípio de que a sanção é dirigida contra o indivíduo cuja conduta é considerada nociva à sociedade, e que podemos, portanto, definir juridicamente como a conduta do indivíduo contra quem é dirigida a sanção, como consequência dessa conduta, resulta do propósito da sanção, seja ele retribuição ou prevenção (por coibição). Apenas se o mal da sanção for infligido ao malfeitor, as exigências de retribuição serão concretizadas e o medo da sanção poderá impedir as pessoas de cometer o delito.

No caso de a sanção ser dirigida contra outra pessoa que não o indivíduo cuja conduta é considerada socialmente nociva, então o propósito de retribuição ou prevenção (coibição) só

pode ser alcançado se esse indivíduo e o indivíduo contra quem a sanção é dirigida forem, por um motivo ou outro, identificados, se o mal que a sanção dirige à vítima imediata também for sentido como mal pelo outro indivíduo. Então, a sanção atinge por fim o indivíduo cuja conduta é considerada nociva à sociedade; e então o delito pode — a partir de um ponto de vista jurídico —, mesmo nesse caso, ser definido como a conduta do indivíduo contra quem — indiretamente — é dirigida a sanção, como uma consequência de sua conduta. Ao se matar uma criança, pode-se estar punindo o pai, e de modo muito mais severo do que por qualquer outro mal que pudéssemos infligir contra sua pessoa. É no fato de nos identificarmos, em maior ou menor grau, com os indivíduos pertencentes a nosso grupo — seja ele família, povoado, comunidade política ou religiosa —, que se baseia a cruel, porém eficaz, prática de se fazer reféns. Um refém é um indivíduo mantido como garantia para a execução de alguma exigência. Se a exigência não for satisfeita, o refém será executado. Uma vez que sua morte seria sentida como um mal por seus parentes ou concidadãos, a ameaça de matá-lo funciona como uma sanção indireta contra os potenciais violadores das exigências.

O propósito da sanção civil é, pelo menos primariamente, a reparação de um dano através da privação forçosa de propriedade. Neste caso, quase que sem exceções, a ordem jurídica emprega a técnica de estabelecer como condições não apenas o fato de o dano ter sido feito, mas também o de que o indivíduo de cuja propriedade a reparação deve ser tirada não compensou voluntariamente o dano. A sanção sempre é decretada contra o indivíduo que deve reparar o dano, mas não o fez. O delito civil consiste em não reparar o dano. Desse modo, o sujeito do delito civil e o objeto da sanção civil são sempre idênticos aqui, sem levar em consideração se o dano a ser reparado foi ou não causado pelo indivíduo que tem de repará-lo ou por algum outro indivíduo. O conceito jurídico de delito pressupõe, em princípio, que o indivíduo cuja conduta tem, a partir de uma perspectiva política, um caráter socialmente nocivo, e o indivíduo contra quem é executada a sanção, coincidem. Apenas sob tal condição é cor-

4. A negligência não é uma qualificação psicológica do delito. Cf. *infra*, 70 ss.

reta a definição jurídica do delito como conduta do indivíduo contra quem é dirigida a sanção, como consequência de sua conduta.

#### D. IDENTIFICAÇÃO DO DELINQUENTE COM OS MEMBROS DE SEU GRUPO

Pode parecer que o princípio segundo o qual a sanção é dirigida contra o delinquente tem apenas uma validade restrita. O Direito primitivo, pelo menos, parece apresentar exceções. A sanção transcendental que emana de algum poder sobre-humano é, na crença do homem primitivo, muitas vezes dirigida não apenas contra o delinquente, mas também contra outras pessoas que não tomaram parte no delito nem tinham quaisquer condições de impedi-lo. Se alguém viola uma regra-tabu, e se, mais tarde, sua esposa ou seu filho ficarem doentes, isso é interpretado como uma punição. O mesmo é válido para a sanção socialmente organizada do Direito primitivo. A vingança por um homicídio é dirigida não apenas contra o assassino, mas também contra sua família, contra a totalidade do grupo social do qual ele é membro. Essa técnica jurídica é uma consequência do caráter coletivo do pensamento e do sentimento do homem primitivo<sup>5</sup>. O homem primitivo não se considera um indivíduo independente do grupo social ao qual pertence, mas parte integrante desse grupo. Ele se identifica com seu grupo e identifica todo outro indivíduo com o grupo ao qual esse indivíduo pertence. Aos olhos do homem primitivo, não existe algo como um indivíduo independente. Nas várias tribos primitivas observou-se que, se um homem cai enfermo, o suposto remédio é tomado não apenas por ele, mas também pela esposa e pelos filhos. Toda ação ou omissão socialmente relevante de um indivíduo é considerada ação ou omissão de seu grupo social. Naturalmente, portanto, a sanção é decretada contra todo o grupo ao qual o delinquente pertence. Segundo o Direito primitivo, foi o grupo como um

5. Cf. meu trabalho *Society and Nature*, 6 ss.

todo que cometeu o delito. O grupo, não o indivíduo, é a unidade social. A partir do ponto de vista do homem civilizado moderno, a sanção do Direito primitivo é dirigida contra o delinquente e contra todos os outros membros de seu grupo social, que estão unidos ao delinquente e, portanto, identificados com ele. Nesse caso, o sujeito do delito e o objeto da sanção coincidem. E nesse caso, também, o delito é a conduta do ser contra o qual é dirigida a sanção, como consequência de sua conduta. Mas esse ser não é um indivíduo, é uma coletividade. O conceito jurídico de delito, portanto, vale também para o Direito primitivo. Sua ideologia não é ainda a de prevenção, e sim a de retribuição; e as exigências de retribuição são concretizadas mesmo no caso de a sanção ser dirigida contra outra pessoa que não o delinquente, se, por um motivo ou outro, aquela for identificada com este.

#### E. DELITO DE PESSOAS JURÍDICAS

Encontra-se uma situação semelhante no Direito dos povos civilizados. Em certos casos, uma pessoa jurídica, uma corporação, é considerada perpetradora de um delito cometido diretamente por um único indivíduo que é órgão da corporação. A sanção é dirigida não contra esse indivíduo responsável, mas, em princípio, contra todos os membros da corporação. Tal é por exemplo, o caso no Direito internacional. Se ocorre um delito internacional, uma "violação" do Direito internacional, certo Estado é considerado o sujeito desse delito, apesar do fato de o delito consistir na conduta de um indivíduo definido, por exemplo, o chefe de Estado ou o ministro das Relações Exteriores. Por ser esse indivíduo um órgão do Estado, sua conduta é considerada como um delito cometido pelo Estado. A sanção do Direito internacional, represálias ou guerra, também é dirigida contra o Estado, e isso significa contra todos os seus membros e não apenas contra o delinquente imediato. Na medida em que o Estado é concebido como uma pessoa jurídica, o sujeito do delito e o objeto da sanção são idênticos. O

delito é, nesse caso, também, a conduta do sujeito contra quem é dirigida a sanção, como uma consequência dessa conduta.

O conceito de corporação como pessoa jurídica equivale, em certo sentido, a uma identificação do indivíduo e seu grupo social, semelhante à identificação que ocorre no pensamento primitivo. Se quisermos evitar o uso deste conceito e da identificação que ele implica, devemos nos contentar com a afirmação de que a sanção é dirigida contra os indivíduos que se acham em uma relação juridicamente determinada com o delinqüente. A fim de incluir esse caso em nossa definição, teríamos de definir o delito como a conduta do indivíduo contra o qual a sanção é dirigida ou que tem certa relação juridicamente determinada com os indivíduos contra os quais é dirigida a sanção.

Em consequência disso, a relação entre delito e sanção pode ser de dois tipos diferentes. Em ambos os casos, é verdade, o sujeito do delito e o objeto da sanção são idênticos. Mas, num caso trata-se de uma identificação física real, e no outro caso, de uma identificação jurídica fictícia. Num caso, a sanção é empreendida contra o indivíduo que foi o perpetrador imediato do delito, o delinqüente; no outro caso, contra um indivíduo, ou indivíduos, que tem certa relação juridicamente determinada com o delinqüente.

## IV. O dever jurídico

### A. DEVER E NORMA

Intimamente relacionado com o conceito de delito está o conceito de dever jurídico. O conceito de dever é, em sua origem, um conceito específico da moral e denota a norma moral em sua relação com o indivíduo a quem certa conduta é prescrita ou proibida pela norma. A afirmação: "Um indivíduo tem o dever (moral) — ou está obrigado (moralmente) — de observar tal e tal conduta" significa que existe uma norma (moral) válida ordenando essa conduta, ou que o indivíduo deve se conduzir dessa maneira.

O conceito de dever jurídico nada mais é que uma contraparte do conceito de norma jurídica. Mas a relação aqui é mais complexa, já que a norma jurídica tem uma estrutura mais complicada que a da norma moral. A norma jurídica não se refere, como a norma moral, à conduta de um único indivíduo, mas à conduta de dois indivíduos pelo menos: o indivíduo que comete ou pode cometer o delito e o indivíduo que deve executar a sanção. Se a sanção foi dirigida contra outro indivíduo que não o delinqüente imediato, a norma jurídica se refere a três indivíduos. O conceito de dever jurídico, tal como efetivamente usado na jurisprudência e tal como definido sobretudo por Austin, refere-se apenas ao indivíduo contra o qual é dirigida a sanção no caso de ele cometer o delito. Ele está juridicamente obrigado a se abster do delito: se o delito for certa ação positiva, ele é obrigado a não empreender essa ação. Um indivíduo está juridicamente obrigado à conduta cujo oposto é a sanção dirigida contra ele (ou contra indivíduos que têm com ele certa relação