

TEORIA GERAL
DO DIREITO E DO ESTADO

Hans Kelsen

Tradução
LUIS CARLOS BORGES

Martins Fontes
São Paulo 2000

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

juridicamente determinada). Ele “viola” seu dever (ou obrigação), ou, o que redundaria no mesmo, ele comete um delito quando se comporta de maneira tal que sua conduta seja a condição de uma sanção; ele cumpre seu dever (obrigação), ou, o que redundaria no mesmo, se abstém de cometer um delito, quando sua conduta é oposta a este. Assim, estar juridicamente obrigado a certa conduta significa que a conduta contrária é um delito e, como tal, é a condição de uma sanção estipulada por uma norma jurídica; assim, estar juridicamente obrigado significa ser o sujeito potencial de um delito, um delinqüente potencial. Contudo, apenas no caso de a sanção ser dirigida contra o delinqüente imediato é que o sujeito do dever, aquele que é passível de uma sanção estipulada por uma norma jurídica, é o objeto potencial da sanção. Quando a sanção é dirigida contra outro indivíduo que não o delinqüente imediato, o sujeito do dever (ou seja, o delinqüente potencial) e o objeto potencial da sanção não coincidem, pelo menos não em realidade, mas apenas segundo uma ficção jurídica. A existência de um dever jurídico nada mais é que a validade de uma norma jurídica que faz a sanção dependente do oposto da conduta que forma o dever jurídico. O dever jurídico não é nada, quando separado da norma jurídica. O dever jurídico é simplesmente a norma jurídica em sua relação com o indivíduo a cuja conduta a sanção é vinculada na norma. A conduta oposta (contrária) à conduta que, como um delito, é a condição da sanção é o conteúdo do dever jurídico. O dever jurídico é o dever de se abster do delito. “Obeder” à norma jurídica é o dever do sujeito.

B. DEVER E “DEVER SER”

Sob esta definição de dever jurídico, a norma jurídica que obriga o sujeito a se abster do delito vinculando a este uma sanção não estipula nenhum dever jurídico de executar a sanção, de “aplicar” a norma em si. O juiz – ou, para se usar uma expressão mais geral, o órgão aplicador da lei – pode estar obrigado juridicamente a executar a sanção – no sentido em que o sujeito está obrigado a se abster do delito, a “obeder” à nor-

ma jurídica – apenas se houver uma norma adicional que vincule uma sanção adicional à não-execução da primeira sanção. Desse modo, deve haver duas normas distintas: uma estipulando que um órgão tem de executar uma sanção contra o sujeito e uma estipulando que outro órgão tem de executar uma sanção contra o primeiro órgão, no caso de a primeira sanção não ser executada. Em relação à segunda norma, o órgão da primeira norma não é um “órgão” “aplicador” da lei, mas um sujeito que obedece ou desobedece à lei. A segunda norma torna dever jurídico do órgão da primeira norma executar a sanção estipulada pela primeira norma. O órgão da segunda norma pode, por sua vez, ser obrigado por uma terceira norma a executar a sanção estipulada pela segunda norma, e assim por diante.

Contudo, essa série de normas jurídicas não pode ser amentada indefinidamente. Deve haver uma última norma da série, uma norma tal que a sanção por ela estipulada não seja um dever jurídico no sentido aqui definido. Se o significado desta última norma for também expresso dizendo-se que, sob certas condições, uma sanção “deve” ser decretada, então o conceito de “dever ser” não coincide com o conceito de dever jurídico. Um órgão que “deve” decretar uma sanção pode, ou não, estar obrigado juridicamente a fazê-lo. Nas ordens jurídicas primitivas e no Direito internacional não existe nenhuma dever jurídico de que o órgão execute a sanção jurídica. Se a norma jurídica for expressada dizendo-se que, quando certas condições forem concretizadas o órgão deve ordenar e executar a sanção, então a palavra “deve” denota apenas o sentido específico em que a sanção é “estipulada”, “estabelecida”, “determinada”, na norma. Com isso não se diz nada sobre a questão do órgão ser ou não “obrigado” a decretar a sanção. No campo da moral, o conceito de dever coincide com o de “dever ser”. A conduta que é o dever moral de alguém é simplesmente a conduta que ele deve observar segundo a norma moral.

O conceito de dever jurídico também implica um “dever ser”. Que alguém seja juridicamente obrigado a certa conduta significa que um “órgão” deve lhe aplicar uma sanção no caso de conduta contrária. Mas o conceito de dever jurídico difere do de dever moral pelo fato de o dever jurídico não ser a condu-

ta que a norma “exige”, que “deve” ser observada. O dever jurídico, pelo contrário, é a conduta por meio de cuja observância o delito é evitado, e assim, o oposto da conduta que forma a condição para a sanção. Apenas a sanção “deve” ser executada.

C. NORMA SECUNDÁRIA

Caso se diga também que o dever jurídico “deve” ser executado, então esse “dever ser” é, por assim dizer, um epifenômeno do “dever ser” da sanção. Tal noção pressupõe que a norma jurídica seja dividida em duas normas separadas, dois enunciados de “dever ser”: um no sentido de que certo indivíduo “deve” observar certa conduta e outro no sentido de que outro indivíduo deve executar uma sanção no caso de a primeira norma ser violada. Um exemplo: não se deve roubar; se alguém roubar, será punido. Caso se admita que a primeira norma, que proíbe o roubo, é válida apenas se a segunda norma vincular uma sanção ao roubo, então, numa exposição jurídica rigorosa, a primeira norma é, com certeza, *supérflua*. A primeira norma, se é que ela existe, está contida na segunda, a única norma jurídica genuína. Contudo, a representação de Direito é grandemente facilitada se nos permitimos admitir também a existência da primeira norma. Fazê-lo é legítimo apenas caso se tenha consciência do fato de que a primeira norma, que exige a omissão do delito, depende da segunda norma, que estipula a sanção. Podemos expressar essa dependência designando a segunda norma como norma primária, e a primeira norma como norma secundária. A norma secundária estipula a conduta que a ordem jurídica procura ocasionar ao estipular a sanção. Caso se faça uso do conceito auxiliar de norma secundária, então o oposto do delito surge como “conduta lícita”, ou conduta em conformidade com a norma secundária, e o delito como “conduta ilícita”, ou conduta em contradição com a norma secundária. Quando o delito é definido simplesmente como conduta ilícita, o Direito é considerado um sistema de normas secundárias. Mas isso não é sustentável se percebemos que o Direito

tem o caráter de uma ordem coercitiva que estipula sanções. A lei é a norma primária que estipula a sanção, e essa norma não é contestada pelo delito do sujeito, o qual, pelo contrário, é a condição específica da sanção. Apenas o órgão pode agir contra a lei em si, contra a norma primária, ao não executar a sanção apesar de suas condições terem sido concretizadas. Mas, quando se fala do delito do sujeito como sendo ilícito, não se tem em mente a conduta ilícita do órgão.

D. OBEDECER E APLICAR A NORMA JURÍDICA

Se com “validade” se quer dizer “dever ser”, então a lei, *i.e.*, a norma primária, é diretamente válida apenas para o órgão que deve executar a sanção. Apenas quando se faz uso do conceito de normas secundárias na noção de lei é que o sujeito “deve” evitar o delito e executar o dever jurídico, e, desse modo, indiretamente a lei adquire validade também para o sujeito. Apenas o órgão pode, estritamente falando, “obedecer” ou “desobedecer” à norma jurídica, ao executar ou deixar de executar a sanção estipulada. Tal como ordinariamente usadas, porém, as expressões “obedecer à norma” e “desobedecer à norma” referem-se à conduta do sujeito. O sujeito pode “obedecer” ou “desobedecer” apenas à norma secundária. Se tentarmos o modo comum de expressão, segundo o qual o sujeito obedece ou desobedece à lei, é (recomendável) dizer que o órgão “aplica” ou “não aplica” a lei. Apenas adotando alguma distinção terminológica de tal tipo seremos capazes de perceber com clareza a diferença entre a relação da lei com o sujeito, o delinqüente potencial, e sua relação com o órgão. Na medida em que compreendemos por lei a norma jurídica primária genuína, a lei é eficaz se for aplicada pelo órgão – se o órgão executar a sanção. E o órgão tem de aplicar a lei precisamente no caso em que o sujeito “desobedece” à lei: esse é o caso para o qual foi estipulada a sanção. Existe, contudo, certa conexão entre obediência efetiva e aplicação efetiva do Direito. Se uma norma jurídica é permanentemente desobedecida por

seus sujeitos, ela provavelmente não é mais aplicada também pelos órgãos. Por conseguinte, apesar de a eficácia da lei ser primariamente sua aplicação pelo órgão apropriado, secundariamente sua eficácia significa sua observância pelos sujeitos.

E. A DISTINÇÃO DE AUSTIN ENTRE DEVERES PRIMÁRIOS E SECUNDÁRIOS

Uma das principais deficiências da teoria de Austin é a falta de um discernimento claro do caráter secundário da norma, o qual estipula a conduta dos sujeitos pretendida pela ordem jurídica. Ele diz: “Uma lei é um comando que obriga uma pessoa ou pessoas.”¹ Ele vê a função característica de um comando jurídico no fato de este criar um dever jurídico (uma obrigação): “Comando e dever são, portanto, termos correlatos.” “Estar obrigado a fazer ou a deixar de fazer” é estar um *dever* ou uma *obrigação* de fazer ou deixar de fazer” é estar sujeito ou exposto a uma sanção, no caso de se desobedecer a um comando.”² Se, como Austin presume, o dever jurídico é uma consequência da sanção, então a conduta que é nosso dever jurídico observar não pode ser idêntica à conduta que a norma jurídica comanda. A única coisa que se pode comandar é a sanção. A norma jurídica não estipula a conduta que forma o dever jurídico. Apenas seu oposto, a conduta que é designada como “errada”, “ilícita”, “dano”, ocorre na norma jurídica como condição da sanção, que é o que a norma jurídica estipula. O fato de a norma jurídica vincular certa sanção a certa conduta faz com que a conduta oposta se torne um dever jurídico. Austin, contudo, apresenta a questão como se a norma jurídica, por ele chamada de “comando”, prescrevesse a conduta que forma o dever jurídico. Ao fazê-lo, ele contradiz sua própria definição de dever jurídico. No comando de Austin não há lugar para a sanção. E, ainda assim, por meio da sanção o coman-

1. 1. Austin, *Jurisprudence*, 96.

2. 1. Austin, *Jurisprudence*, 89, 444.

do é obrigatório. O “comando” de Austin é aquele conceito auxiliar que foi designado acima como “norma secundária”. Tendo compreendido que a sanção é um elemento essencial do Direito, ele deveria ter definido a regra genuína de Direito como um “comando” estipulando uma sanção. Não fazê-lo envolveu-o em contradições.

Parece que o próprio Austin teve consciência desse fato, mas, não obstante, não conseguiu chegar a uma noção clara. No capítulo sobre “Direito das coisas” – bem depois de ter definido os conceitos de “comando” e “dever” – ele sente a necessidade de fazer uma distinção entre direitos e deveres “primários” e “secundários”. Uma análise demonstra que essa distinção diz respeito, na verdade, a uma diferença entre comandos primários e secundários. Deveres e direitos – melhor, comandos – primários são aqueles cuja substância é a conduta desejada pelo legislador. Deveres e direitos secundários – melhor, comandos – são aqueles cuja substância é formada pela sanção a ser executada no caso de os comandos primários não serem obedecidos. Desse modo, Austin designa os deveres (e direitos) secundários como “sancionadores”, “porque seu propósito (característico) é prevenir delitos ou infrações”. Eles são as normas estipuladoras da sanção ou, na terminologia de Austin, os comandos estipuladores de sanção. Ele identifica lei e comandos (deveres, direitos) primários quando diz: “Se a obediência à lei fosse absolutamente perfeita, os direitos e deveres primários seriam os únicos a existir.” A lei que cria esses deveres primários consiste em comandos que prescrevem a conduta lícita pretendida dos sujeitos, e eles são comandos que não estipulam qualquer sanção. Desse modo, Austin contradiz diretamente suas próprias definições de “comando” e “dever” transcritas acima: “Estar obrigado é estar sujeito a uma sanção.” Caso não existissem comandos estipulando sanções, tampouco existiriam quaisquer deveres jurídicos. Mas no comando, que prescreve a conduta lícita, não há lugar para a sanção. Esse é o motivo pelo qual Austin é forçado a introduzir comandos

3. 2. Austin, *Jurisprudence*, 760 ss.

secundários ou sancionadores, disfarçados como “direitos e deveres”. Contudo, a distinção entre direitos e deveres primários e secundários (ou sancionadores) é incompatível com sua posição original.

Caso se admita que, por vincular uma sanção ao delito, a norma jurídica cria um dever de evitar o delito, esse delito também pode ser apresentado na forma de uma norma separada proibindo o delito. Como já mencionado, a formulação de uma norma de tal tipo facilita indubitavelmente a explicação de Direito. Mas tal procedimento é justificável apenas caso se mantenha em mente que a única norma jurídica genuína é a norma sancionadora. Por motivos já expostos, essa é a norma primária, e, se queremos fazer uso de uma norma proibindo o delito, tal norma terá o *status* apenas de uma norma secundária. Austin afinal compreende isso quando salienta que apenas a lei sancionadora é indispensável. Primeiro, é verdade, ele diz: “Em alguns casos, a lei que confere ou impõe o direito ou dever primário e que define a natureza do dano está contida por implicação na lei que dá a reparação ou que determina a punição.”⁴ Aqui, diz-se que a lei, não os direitos e os deveres, é sancionadora. Mas, no que se segue, ele não restringe a “alguns casos” a afirmação de que a lei primária está contida por implicação na lei secundária. Ele diz apenas: “É perfeitamente claro que a lei que dá a reparação, ou que determina a punição, é a única absolutamente necessária. Pois a reparação ou punição implica um dano anterior, e um dano anterior implica que um direito ou dever primário foi violado. Além disso, o direito ou dever primário deve sua existência como tal à injunção ou à proibição de certos atos, e à reparação ou punição a ser aplicada no caso de desobediência. A parte essencial de toda lei é a parte imperativa da mesma: *i.e.*, a injunção ou proibição de um dado ato, e a ameaça de um mal no caso de não-obediência.”⁵ Comentando Bentham, que faz distinção entre lei “imperativa” e lei “punitiva”, ele declara: “As duas ramificações (imperativa

4. 2, Austin, *Jurisprudence*, 767.

5. 2, Austin, *Jurisprudence*, 767.

6. 2, Austin, *Jurisprudence*, 767.

7. 2, Austin, *Jurisprudence*, 767.

8. 2, Austin, *Jurisprudence*, 768.

e punitiva) da lei estão *correlacionadas*. Se a ramificação imperativa da lei não importasse em sancionamento, ela não seria *imperativa*, e *converso*.⁶ A distinção interna de lei primária e secundária serve apenas ao propósito de facilitar a apresentação da lei sem dizer nada sobre sua natureza. “O motivo de se descrever o direito e o dever primário separadamente, de se descrever o dano separadamente, de se descrever a reparação ou a punição separadamente, é a clareza e a concisão que resultam da separação.”⁷ Por fim, lemos: “A rigor, meus próprios termos ‘direitos e deveres primários e secundários’, não representam uma distinção lógica. Pois um direito ou dever primário não é, em si, um direito ou dever sem o direito ou dever secundário, pelo qual é sustentado; e *converso*.⁸ Se o dever primário deve sua existência inteiramente ao dever secundário ou sancionador, parece mais correto chamar o primeiro de “secundário” e o segundo de “primário”, e falar de comandos primários e secundários em vez de deveres primários e secundários.

V. A responsabilidade jurídica

A. CULPABILIDADE E RESPONSABILIDADE ABSOLUTA

Um conceito relacionado ao de dever jurídico é o conceito de responsabilidade jurídica. Dizer que uma pessoa é juridicamente responsável por certa conduta ou que ela arca com a responsabilidade jurídica por essa conduta significa que ela está sujeita a sanção em caso de conduta contrária. Normalmente, ou seja, no caso de a sanção ser dirigida contra o delinqüente imediato, o indivíduo é responsável pela sua própria conduta. Neste caso, o sujeito da responsabilidade jurídica e o sujeito do dever jurídico coincidem.

Na teoria tradicional distinguem-se dois tipos de responsabilidade: a responsabilidade baseada em culpa e a responsabilidade absoluta. Tal como salientado alhures, a ordem jurídica vincula uma sanção à conduta de um indivíduo por causa do efeito dessa conduta sobre outros indivíduos. A técnica do Direito primitivo caracteriza-se pelo fato de que a relação entre a conduta e o seu efeito não possui qualificação psicológica. Saber se o indivíduo atuante previu ou pretendeu o efeito da sua conduta é irrelevante. Basta que sua conduta tenha ocasionado o efeito considerado nocivo pelo legislador, que exista uma conexão externa entre sua conduta e o efeito. Não é necessária nenhuma relação entre o estado mental do delinqüente e o efeito da sua conduta. Esse tipo de responsabilidade é chamado responsabilidade absoluta.

Uma técnica jurídica refinada requer uma distinção entre o caso em que o indivíduo atuante previu ou pretendeu o efeito

da sua conduta e o caso em que a conduta do indivíduo ocasionou um efeito nocivo não previsto ou pretendido pelo indivíduo atuante. Um ideal individualístico de justiça requer que uma sanção deva ser vinculada à conduta de um indivíduo apenas se o efeito nocivo da conduta foi previsto ou pretendido pelo indivíduo atuante e se este pretendeu prejudicar outro indivíduo com sua conduta, tendo sua intenção o caráter de malocasionado intencionalmente por um indivíduo sem a intenção de prejudicar outro indivíduo. Assim, por exemplo, um filho pode matar o próprio pai, doente incurável, a fim de abreviar o sofrimento deste. A intenção do filho de ocasionar a morte do pai não é maliciosa.

O princípio de vincular uma sanção à conduta de um indivíduo apenas se o efeito foi antecipado ou pretendido com maldade pelo indivíduo atuante não é de todo aceito no Direito moderno. Os indivíduos são considerados juridicamente responsáveis não apenas se o efeito objetivamente nocivo foi ocasionado com maldade pela sua conduta, mas também se o efeito foi pretendido sem maldade, ou se o efeito, sem ser pretendido, foi, pelo menos efetivamente, previsto pelo indivíduo e, mesmo assim, ocasionado pela sua ação. Mas as sanções podem ser diferentes nesses diferentes casos. Eles são caracterizados pelo fato de a conduta que constitui o delito ser psicologicamente condicionada. Certo estado mental do delinqüente, a saber, o de que ele prevê ou pretende o efeito prejudicial (a chamada *mens rea*) é um elemento do delito. Esse elemento é designado pelo termo “culpa” (*dolus* ou *culpa* num sentido mais amplo do termo). Quando a sanção é vinculada apenas a um delito psicologicamente qualificado, fala-se de responsabilidade baseada em culpa ou culpabilidade, em contraposição a responsabilidade absoluta.

O Direito moderno, porém, vincula sanções também a uma conduta que ocasionou um efeito prejudicial sem que este fosse previsto ou efetivamente pretendido, sobretudo no caso de o indivíduo não ter tomado as medidas pelas quais um efeito prejudicial pode normalmente ser evitado. Porque o Direito moderno obriga os indivíduos a tomar medidas tais que os efei-

tos prejudiciais da sua conduta sobre os outros possam ser evitados. A omissão do exercício do cuidado prescrito pela lei é chamada negligência; e a negligência é geralmente considerada como outro tipo de “culpa” (*culpa*), embora menos grave do que a culpa que consiste em prever e pretender – com ou sem maldade – o efeito prejudicial. Existe, contudo, uma diferença essencial entre os dois casos. Apenas o último é uma qualificação psicológica do delito; apenas neste caso é que certo estado mental do delinqüente se torna uma condição essencial da sanção. A negligência caracteriza-se por uma ausência completa de antecipação ou intenção. A omissão de certas medidas de precaução, isto é, o não-exercício do grau de cuidado que deve ser exercido segundo a lei, não é a qualificação específica de um delito, é o próprio delito. A negligência é um delito de omissão, e a responsabilidade pela negligência é antes um tipo de responsabilidade absoluta, que um tipo de culpabilidade.

Isso se torna manifesto quando se compara um delito de omissão que tem o caráter de negligência com um delito de omissão que constitui culpabilidade. Uma criança que brinca às margens de um lago cai na água e se afoga. A mãe, que estava com a criança, não exerceu o cuidado necessário porque desejava se ver livre da criança. Ela anteviu claramente a possibilidade do evento e pretendeu-o com maldade. Esse é o caso de “culpa” ou culpabilidade. Em outro caso, ocorre a mesma coisa, mas a mãe omite o cuidado necessário não porque deseja a morte da criança; pelo contrário, ela ama a criança; mas, no momento crítico, ela está lendo uma passagem emocionante de uma história de mistério e esquece as circunstâncias externas. Este é um caso de negligência. A mãe não previu o acidente porque sua consciência estava completamente tomada pelos eventos imaginários da história de mistério; ela com certeza não pretendeu o acidente. Mas deveria ter previsto a possibilidade do acidente e, portanto, não deveria estar lendo uma história de mistério, esquecendo-se da circunstância externa de ter uma criança brincando às margens de um lago. Seu delito consiste exatamente em não prever a possibilidade do acidente e em não fazer o que era necessário para impedi-lo. Mas esse é o aspecto jurídico ou moral da situação, não o psicológico. A

partir de um ponto de vista psicológico, não há relação alguma entre a morte da criança e a conduta da mãe. Seu estado mental no que diz respeito à morte da criança só pode ser caracterizado de modo negativo. Se a responsabilidade absoluta consiste no fato de uma sanção ser vinculada a uma conduta sem se levar em consideração se o efeito prejudicial foi ou não previsto ou pretendido pelo indivíduo atuante, se o delinqüente está sujeito a uma sanção mesmo que não haja qualquer relação psicológica entre o seu estado mental e o efeito prejudicial da sua conduta, então vincular uma sanção a um delito cometido por negligência constitui um tipo de responsabilidade absoluta.

Contudo, existe uma diferença entre esse tipo de responsabilidade absoluta e a responsabilidade absoluta existente no Direito primitivo. A segunda não obriga os indivíduos a tomar as medidas necessárias pelas quais os efeitos prejudiciais da sua conduta sobre outros indivíduos podem ser evitados, e o Direito primitivo não restringe as sanções aos casos em que o efeito prejudicial foi previsto e pretendido pelo delinqüente, ou em que a obrigação de exercer o cuidado necessário não foi cumprida. De acordo com o Direito primitivo, uma sanção é vinculada à conduta mesmo que o seu efeito prejudicial tenha sido ocasionado com o exercício do cuidado necessário. Apesar de não respeitar completamente o princípio da responsabilidade absoluta, o Direito moderno tem a tendência de restringi-la ao não-cumprimento da obrigação de se tomarem as medidas necessárias pelas quais, normalmente, os efeitos prejudiciais de uma conduta humana podem ser evitados. Quando, com a sua conduta, um indivíduo ocasionou um efeito prejudicial sobre outro indivíduo, ele pode, em princípio, ficar livre de sanção criminal ou civil provando que não previu ou pretendeu o efeito prejudicial da sua conduta e que cumpriu o dever jurídico de tomar as medidas necessárias pelas quais, em circunstâncias normais, o efeito prejudicial poderia ter sido evitado.

B. DEVER E RESPONSABILIDADE – RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL E COLETIVA

A distinção terminológica entre dever jurídico e responsabilidade jurídica é necessária quando a sanção não é, ou não é apenas, dirigida contra o delinqüente imediato, mas contra indivíduos juridicamente ligados a ele, sendo essa relação determinada pela ordem jurídica. A responsabilidade de uma corporação por um delito cometido por um de seus órgãos nos dá um exemplo. Suponhamos que uma corporação deixe de cumprir um contrato de reparar o dano ocasionado por tal atitude. Por meio de uma ação judicial instaurada pela outra parte do contrato, uma sanção civil é executada contra o patrimônio da corporação, que é patrimônio comum dos membros. Ou – para se tomar outro exemplo – por ordem do chefe do Estado A, um regimento de soldados de A ocupa uma ilha que pertence ao Estado B. Em consequência dessa violação dos seus direitos, B vai à guerra contra A; isso significa que o exército de B tenta matar ou capturar o maior número possível de indivíduos pertencentes a A e destruir tanto quanto possível do valor econômico dos indivíduos pertencentes a A. Em ambos os exemplos, a sanção é executada contra indivíduos que não cometeram o delito, mas que se acham em uma determinada relação jurídica com os que cometeram o delito. Aqueles a quem a sanção atinge pertencem à corporação ou ao Estado cujo órgão, ou órgãos, cometeu o delito. Na linguagem jurídica, a corporação e o Estado são personificados: eles são considerados “pessoas jurídicas”, em contraposição a “pessoas físicas”, *i.e.*, seres humanos; eles são considerados sujeitos de deveres e direitos. Na medida em que a situação é descrita em termos de pessoa jurídica, o sujeito do dever jurídico e o objeto da sanção são idênticos. Trata-se, em nosso primeiro exemplo, da corporação que cometeu o delito e contra a qual a sanção é dirigida. E trata-se, em nosso segundo exemplo, do Estado A, que violou o Direito internacional e contra o qual a sanção do Direito internacional, a guerra, é dirigida. Em ambos os casos, uma pessoa jurídica é obrigada a evitar o delito e é responsável por ele; dever e res-

ponsabilidade parecem coincidir. Mas, caso se dissolva a personificação e se descrevam as relações jurídicas entre os indivíduos envolvidos sem o conceito de pessoa jurídica, então torna-se evidente a diferença entre o sujeito imediato do delito e o objeto imediato da sanção. O delito foi cometido por certo indivíduo – o órgão da corporação ou o órgão do Estado; a sanção é dirigida contra todos os membros da corporação e contra todos os sujeitos do Estado.

E, então, há certas dificuldades para se responder à questão: quem é juridicamente obrigado a evitar o delito? Não podem ser os indivíduos contra os quais é executada a sanção, porque eles não estão em posição de cumprir a obrigação e não podem, por meio de qualquer conduta sua, obstar a sanção. Apenas os órgãos competentes da corporação ou do Estado podem cumprir ou violar o dever. Os indivíduos contra os quais é dirigida a sanção não podem estar propriamente sob a “obrigação” de que certos indivíduos, os órgãos, devam se portar de certa maneira. Uma pessoa só pode estar obrigada a cumprir a sua própria linha de conduta. Obrigado ao comportamento cujo oposto é a condição da sanção está o indivíduo que pode cumprir ou violar o dever, o que, por meio de sua própria conduta, pode acionar ou obstar a sanção. A obrigação é incumbência dos indivíduos que, na condição de órgãos competentes, têm de cumprir o dever da pessoa jurídica. É a sua conduta que forma o conteúdo desse dever. Mas a sanção não é dirigida contra eles. Aqueles contra quem a sanção é dirigida são responsáveis pelo não-cumprimento do dever. A responsabilidade de alguém pode incluir também a conduta de outros. A mesma relação jurídica, aquela entre o delito e a sanção, é expressada nos conceitos de obrigação (dever) e responsabilidade. Mas os dois conceitos referem-se a dois casos diferentes da mesma relação. Trata-se – em outras palavras – da mesma norma jurídica que é descrita como obrigação (dever) e como responsabilidade. A norma jurídica implica um dever em relação ao sujeito potencial do delito; ela implica uma responsabilidade pelo objeto potencial da sanção. É, portanto, aconselhável distinguir entre dever e responsabilidade nos casos em que a sanção não é, ou não é apenas

dirigida contra o delinqüente, mas contra outros indivíduos que possuem certa relação juridicamente determinada com o delinqüente. O delinqüente, o perpetrador ou sujeito do delito, é o indivíduo cuja conduta, determinada pela ordem jurídica, é a condição de uma sanção dirigida contra ele ou contra outro indivíduo (ou, antes, indivíduos) que tem (ou têm) uma relação juridicamente determinada com ele. O sujeito do dever jurídico, obrigado juridicamente, é aquele que é capaz de obedecer ou desobedecer à norma jurídica, ou seja, aquele cuja conduta, em sua qualidade de delito, é a condição da sanção. Responsável pelo delito é o indivíduo, ou os indivíduos, contra os quais a sanção é dirigida, mesmo que não seja a conduta dela, ou deles, mas a sua relação, juridicamente determinada com o delinqüente, a condição para que a sanção seja dirigida contra ele ou eles.

No Direito dos povos civilizados, o indivíduo que é obrigado a certa conduta normalmente também é o responsável por essa conduta. Em geral, alguém é responsável pela sua própria conduta, pelo delito que ele próprio cometeu. Mas existem casos excepcionais em que um indivíduo é tornado responsável por uma conduta que constitui o dever de outra pessoa, por um delito cometido por outrem. A responsabilidade, assim como o dever (obrigação), referem-se ao delito, mas o dever refere-se sempre ao delito cometido pela própria pessoa, enquanto a responsabilidade pode referir-se ao delito cometido por outra.

Não se trata de um caso de responsabilidade pelo delito de outrem quando, dentro do campo do Direito civil, um indivíduo – como se costuma dizer – é responsável pelo dano causado por outrem. Pressupondo que nenhuma sanção seja dirigida contra quem causou o dano, o delito – tal como previamente assinalado – consiste no fato de que o dever de reparar o dano não foi cumprido. Mas esse dever é incumbência daquele contra quem a sanção é executada. Aquele que está sujeito à sanção é, aqui, capaz de obstar a sanção por meio da conduta apropriada, *i.e.*, reparando o dano que outro cometeu. É a sua própria conduta, a não-reparação do dano, e não a sua relação com o indivíduo que causou o dano que é a condição da sanção. Devemos, neste caso, pressupor o dever dessa conduta, e, aqui, portanto, o sujei-

to do dever é, simultaneamente, o sujeito da responsabilidade. Quando os membros de uma corporação são responsáveis por um delito cometido por um órgão dessa corporação, os responsáveis não podem obstar a sanção por meio de qualquer conduta sua. Não é a sua conduta, é a sua relação específica com os indivíduos que cometeram o delito que é a condição da sanção a ser dirigida contra eles. Desse modo, eles não podem ser considerados sujeitos de qualquer dever jurídico.

Quando a sanção é dirigida contra os indivíduos pertencentes à mesma comunidade jurídica do indivíduo que, na condição de órgão dessa comunidade, cometeu o delito, quando a relação entre o delinqüente e os indivíduos responsáveis pelo delito é constituída pelo fato de que o delinqüente e os responsáveis pelo delito pertencem à mesma comunidade jurídica, fala-se de uma responsabilidade coletiva. A responsabilidade individual ocorre quando a sanção é dirigida apenas contra o delinqüente.

Quando a sanção não é dirigida contra o delinqüente, ou seja, contra o indivíduo que, por sua própria conduta, cometeu o delito, mas contra outros indivíduos que se acham em uma determinada relação jurídica com o delinqüente – como no caso da responsabilidade coletiva –, a responsabilidade do indivíduo, ou dos indivíduos, contra os quais a sanção é dirigida tem sempre o caráter de responsabilidade absoluta. A responsabilidade por um delito cometido por outro indivíduo, que não o responsável, nunca pode ser baseada na culpa do indivíduo responsável, ou seja, no fato de ter ele previsto ou pretendido o efeito prejudicial. A responsabilidade coletiva é sempre responsabilidade absoluta.

Contudo, é possível que, de acordo com o Direito positivo, a responsabilidade coletiva ocorra apenas quando o delito foi cometido intencionalmente pelo delinqüente imediato; de modo que não ocorre nenhuma responsabilidade caso o efeito prejudicial tenha sido ocasionado pelo perpetrador imediato sem a sua intenção. Então, a responsabilidade tem o caráter de responsabilidade absoluta no que diz respeito aos indivíduos responsáveis pelo delito, mas caráter de responsabilidade ba-

seada em culpa no que diz respeito ao delinqüente, ou seja, ao indivíduo que, por sua própria conduta, cometeu o delito. Trata-se de uma responsabilidade baseada na culpa do delinqüente; mas, já que o delinqüente não é, ou não é sozinho, o responsável, trata-se, no que diz respeito ao último, de uma responsabilidade absoluta, porque não baseada na sua culpa.

C. O CONCEITO DE DEVER DE AUSTIN

a. Nenhuma distinção entre dever (obrigação) e responsabilidade

O conceito de dever aqui desenvolvido é o conceito que a teoria analítica de Austin almejava, mas que nunca conseguiu alcançar inteiramente. Austin raciocina sobre o pressuposto de que a sanção é sempre dirigida contra o delinqüente. Não tendo consciência dos casos em que a sanção é dirigida, ao contrário, contra indivíduos que têm certa relação jurídica com o delinqüente, ele não percebe a diferença entre estar “obrigado” a certa conduta e ser responsável por ela. Sua definição jurídica de dever, tal como citada acima, diz: “‘Estar obrigado a fazer ou a deixar de fazer’ ou ‘estar sob um *dever* ou uma *obrigação* de fazer ou deixar de fazer’ é estar sujeito ou exposto a uma sanção, no caso de se desobedecer a um comando.”¹¹ Mas o que dizer a respeito do caso em que outra pessoa, que não aquela que desobedece à norma jurídica – o comando, como Austin o chama –, está sujeita à sanção? Segundo a definição de Austin, a norma jurídica não estipularia dever algum em tais casos. Na teoria de Austin, porém, é da essência de uma norma jurídica, de um comando jurídico, estipular um dever. É o comando que obriga os indivíduos.

1. I. Austin, *Jurisprudence*, 444.

b. O dever jurídico não é um vínculo psicológico

As contradições da teoria de Austin devem-se, em última análise, à sua fidelidade à noção de comando, ao seu fracasso em alcançar o conceito de norma pessoal. Essa deficiência tem uma consequência adicional muito mais séria para a sua doutrina de dever jurídico. O conceito de dever jurídico é, a par-tir de uma perspectiva da jurisprudência analítica, um conceito puramente normativo, *i.e.*, ele expressa certa relação pertencente ao conteúdo de uma norma jurídica. O enunciado de que um indivíduo é juridicamente obrigado a certa conduta é uma asserção sobre o conteúdo de uma norma jurídica e não sobre quaisquer eventos concretos, e, especialmente, não sobre o estado mental do indivíduo obrigado. Ao estipular deveres, ao vincular sanções à violação dos deveres, ao delito, a ordem jurídica pode pretender fazer com que os indivíduos cumpram os seus deveres devido ao medo das sanções. Mas, saber se alguém realmente teme a sanção e, movido por tal temor, cumpre o seu dever, é uma questão irrelevante para a teoria jurídica. Se a obrigação jurídica for expressa dizendo-se que um indivíduo está “obrigado” pela ordem jurídica, esse modo de expressão não deve ser compreendido no sentido psicológico de que sua idéia da ordem jurídica motiva sua conduta. Significa apenas que, em uma norma jurídica válida, certa conduta do indivíduo é vinculada a uma sanção. O enunciado jurídico que diz que um indivíduo é juridicamente obrigado a certa conduta é válido mesmo se o indivíduo desconhece completamente o fato de estar obrigado. Que a ignorância da lei não exime de obrigação é um princípio que prevalece em todas as ordens jurídicas e que tem de prevalecer, já que, do contrário, seria quase impossível aplicar a ordem jurídica. Existem casos no Direito positivo em que o indivíduo obrigado por uma norma jurídica não poderia ter conhecimento da norma. São os casos em que se dá às normas jurídicas, em particular aos estatutos, força retroativa. Uma norma jurídica retroativa vincula uma sanção à conduta que ocorreu antes da promulgação da norma, de tal modo que a norma ainda não era válida no mo-

mento em que o delito poderia ter sido cometido ou evitado. Deve-se notar que o dever jurídico torna-se relevante precisamente no caso em que a ordem jurídica não alcança o efeito psíquico pretendido e em que o indivíduo viola o seu dever porque a idéia da ordem jurídica não constitui motivação suficiente para que ele evite o delito.

c. O dever como temor da sanção

A definição de Austin, portanto, é inteiramente pertinente: “A parte é *constrangida* ou *obrigada* a fazer ou deixar de fazer porque está exposta ao mal.” Mas Austin prossegue e diz: “E porque ela teme o mal. Fazendo empréstimo das expressões correntes, apesar de não muito acuradas, ela é *compelida* pelo temor do mal a fazer o que é prescrito, ou *impedido* pelo temor do mal de fazer o ato que é proibido.” Isso contradiz a outra definição: “Estar obrigado... é estar sujeito a uma sanção no caso de se desobedecer a um comando.” Se alguém está ou não “sujeito a uma sanção” é algo que não depende, de maneira alguma, do fato de esse alguém temer ou não a sanção. Se fosse verdade que “a parte é *constrangida* ou *obrigada* porque... ela teme a sanção”, então a definição deveria dizer: “Estar obrigado é temer a sanção.” Mas tal definição é incompatível com o princípio da jurisprudência tal como concebida por Austin. O Direito é, na opinião de Austin, um sistema de comandos, e nenhuma análise do conteúdo de comandos pode estabelecer o fato psicológico do temor. Austin diz explicitamente: “Para que uma obrigação possa ser eficiente (ou, em outras palavras, para que a sanção possa operar como uma motivação para o cumprimento), duas condições devem concorrer. 1ª) É necessário que a parte conheça a lei, pela qual a *Obrigação* é imposta, e à qual a sanção é vinculada. 2ª) É necessário que ela efetivamente saiba (ou, por meio do devido cuidado ou atenção, tenha possibilidade concreta de saber) que dado ato, ou dada

2. 1. Austin, *Jurisprudence*, 444.

abstenção ou omissão, *violaria* a lei, ou importaria em um *rompimento* da obrigação. A menos que concorram estas duas condições, é impossível que a sanção opere sobre os seus desejos.³³ Contudo, Austin não nega que “a ignorância da lei não exime ninguém” seja um princípio do Direito positivo. Ele dá um excelente motivo para esse princípio: “O único motivo *suficiente* para esse princípio parece ser este: o de que, se a ignorância da lei fosse admitida como fundamento de isenção, as Cortes seriam envolvidas em questões quase impossíveis de se solucionar e que tornariam a administração da justiça quase impraticável. Se a ignorância da lei fosse admitida como fundamento de isenção, a ignorância da lei seria sempre alegada pela parte, e a Corte, em todos os casos, seria obrigada a decidir a questão.”³⁴ Do Direito inglês, em particular, ele diz: “Não estou a par de um único caso em que a ignorância da lei (considerada *per se*) exima ou absolva a parte, civil ou criminalmente.”³⁵ Austin admite ainda a possibilidade de normas jurídicas retroativas e, desse modo, a possibilidade de casos em que a pessoa obrigada por uma norma não poderia ter conhecimento dela. Austin não afirma que tais normas – as chamadas “leis *ex post facto*” – sejam inválidas. Ele simplesmente levanta certas objeções jurídico-políticas contra elas: “Que a objeção a leis *ex post facto* é deduzível a partir do princípio geral já explicado, a saber, o de que a intenção, ou desatenção, é necessária para constituir um dano. A lei não existia no tempo do ato, da abstenção ou omissão dados: conseqüentemente, a parte não sabia, nem podia saber, que estava violando uma lei. A sanção não podia operar como motivação para a obediência, porquanto não havia nada a ser obedecido.”³⁶ Ele chega mesmo a dizer: “Deve-se observar que uma decisão judicial *prima facie impressionis*, ou um julgamento pelo qual se decide pela primeira vez uma questão de Direito, é sempre uma lei *ex post*

3. 1. Austin, *Jurisprudence*, 480-1.

4. 1. Austin, *Jurisprudence*, 482.

5. 1. Austin, *Jurisprudence*, 485-6.

6. 1. Austin, *Jurisprudence*, 485-6.

facto no que diz respeito ao caso particular em que a questão primeiro surgiu e em que a decisão foi tomada.”³⁷

d. O conceito psicológico de dever e a jurisprudência analítica

A lógica aguçada de Austin faz com que ele perceba a contradição que existe entre o seu conceito psicológico de dever e uma exposição analítica do Direito. “No que diz respeito à ignorância ou ao erro em relação ao estado do Direito, apresenta uma dificuldade que sugere naturalmente a si própria; é a seguinte. Para que a obrigação possa ser eficiente, ou, para que a sanção possa fazer com que a parte se abstenha do mal, é necessário, primeiro, que a parte conheça ou presuma a lei que impõe a obrigação e à qual a sanção está ligada; e, em segundo lugar, que ela saiba, ou possa saber por meio do devido cuidado ou atenção, que o ato, a abstenção ou omissão, entra em conflito com os fins do Direito e do dever. A menos que concorram ambas as condições, a sanção não pode operar como uma motivação, e o ato, a abstenção ou omissão, não é imputável a intenção ilícita, negligência, desatenção ou irreflexão. Mas, apesar de que, para fazer com que a sanção seja eficaz, é necessário que a parte conheça a lei, pressupõe-se, geral ou universalmente, em todo o sistema jurídico, que a ignorância ou opinião errônea sobre o estado do Direito não exime a parte de responsabilidade. Esta máxima inflexível, ou quase inflexível, poderia parecer conflitante com o princípio necessário, que tantas vezes expressei, a respeito dos elementos constituintes do dano ou transgressão. Porque a ignorância da lei é muitas vezes inevitável, e, nas ocasiões em que o dano ou transgressão é a consequência inevitável dessa ignorância, ele não é, nem mesmo remotamente, o efeito de intenção ilícita ou desatenção ilícita.”³⁸ Mas Austin nunca soluçiona a dificuldade

7. 1. Austin, *Jurisprudence*, 487.

8. 1. Austin, *Jurisprudence*, 489.

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.”⁹ 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.