

COLEÇÃO TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO
COORDENADA POR RONALDO PORTO MACEDO JR.

H. L. A. Hart

ENSAIOS SOBRE TEORIA DO DIREITO E FILOSOFIA

Tradução

*José Garcez Ghirardi
e Lenita Maria Rimoli Esteves*

Revisão Técnica

*Ronaldo Porto Macedo Junior
e Leonardo Gomes Penteado Rosa*



ELSEVIER



CAMPUS
JURÍDICO

ciência normativa do direito que representam o direito. Ademais, acredito que o quadro geral que Kelsen apresenta da atividade do jurista pode ser mal interpretado se não enfatizarmos os pontos apresentados no último parágrafo. Pois, como assinala o Professor Golding,¹⁵ Kelsen não entende as declarações do jurista como dotadas de correspondência unívoca com as leis do sistema em questão. Sua apresentação final do sistema terá clareza, consistência e ordem não presentes no original: de fato, incluirá, por exemplo, uma norma fundamental “postulada” pelo jurista que pode não ter jamais sido formulada explicitamente dentro do sistema, mas que explicará a validade da inter-relação sistemática entre as normas subordinadas. Poderíamos reproduzir até mesmo este aspecto da “representação” do sistema pelo jurista, e, assim, entendê-lo melhor, com um uso adicional da analogia do intérprete. Suponha que o comandante seja um homem um tanto estúpido e que tenha muito medo de fogo. Sempre que ele vê alguma coisa inflamável no chão, ele manda que os prisioneiros a apanhem. Dia após dia, ele marcha pelo campo gritando em alemão “Apanhe aquela caixa”, “Apanhe aquele papel”, “Apanhe aquele fardo de feno”. O intérprete, por dever, late os equivalentes em inglês até que, um dia, sendo um homem de inteligência superior, adiciona por conta própria “e apanhem todo o material inflamável”. O comandante, ao saber o que ele disse, diz “Muito bom! Era exatamente o que eu queria dizer; apenas não conseguia pensar nas palavras certas. Que ótimo intérprete você é! Na verdade, você faz mais do que interpretar minhas ordens: você faz o que o professor Golding diz que a ciência normativa do direito faz para o direito de um sistema específico, você *reconstrói racionalmente*¹⁶ minhas ordens”.

Parece-me que essa característica da atividade do jurista explica um pouco mais o porquê de Kelsen ser tão relutante em identificar sua representação do direito com meras declarações sobre o sentido das leis ou paráfrases nas quais regras e “deveres” são mencionados, mas não usados. Não acredito que sua terminologia de regra e dever-ser “em um sentido descritivo” seja feliz, mas acredito que ele foi sábio em rejeitar a alternativa

¹⁵ *Ibid.*, na p. 365.

¹⁶ *Ibid.*, na p. 357-9.

que proferi; pois, mais uma vez a exemplo das palavras do intérprete, as palavras do jurista representando o direito são um tipo de uso específico da linguagem e não uma menção a ela.

II. A DEFINIÇÃO DE DELITO

Kelsen oferece em seu livro o que ele chama de uma “definição jurídica” de delito ou, como diriam os juristas ingleses e americanos, de atos ilícitos civis e penais. Em nosso debate, discuti essa definição apenas no que se referia à esfera criminal, e eu estava interessado sobretudo nas citações da Teoria Geral que aparecem abaixo. Elas me parecem importantes porque mostram que a Teoria Pura de Kelsen diverge da concepção usual da teoria analítica do direito em outros aspectos, que vão para além daqueles já discutidos aqui. Elas também me parecem sugerir certas limitações na capacidade de a Teoria Pura avançar o objetivo — que lhe atribui Kelsen — de promover a compreensão de um sistema de direito positivo.

“De um ponto de vista puramente jurídico (juristic), o delito é caracterizado como uma condição da sanção. Mas o delito não é a única condição... Qual é então a característica distintiva daquela condição que é chamada de “delito”? Se não pudermos encontrar outro critério além do suposto fato de que o legislador deseje uma conduta contrária àquela que é caracterizada como “delito”, então o conceito de delito não seria passível de uma definição jurídica. O conceito de delito definido simplesmente como comportamento socialmente indesejável é um conceito moral ou político, em resumo, um conceito não jurídico, mas metajurídico...”¹⁷

Uma definição jurídica de delito deve estar inteiramente baseada na norma jurídica. E esta definição pode de fato ser dada. Normalmente, o delito é o comportamento daquele indivíduo a quem se dirige a sanção como consequência de seu comportamento... O critério do conceito de “delito” é um elemento que constitui o conteúdo da norma jurídica... É um elemento da norma pelo qual o legislador expressa sua intenção de uma forma objetivamente cognoscível; é um elemento que pode ser encontrado por meio de uma análise da norma jurídica...

A definição de delito como o comportamento do indivíduo a quem se dirige a sanção, como consequência de seu comportamento, pressupõe — embora não se refira ao fato de — que a sanção seja dirigida ao indivíduo cujo comportamento o legislador considera ser nocivo à sociedade.¹⁸

¹⁷ Kelsen, *General Theory*, 53.

¹⁸ *Ibid.*, na p. 54.

...O conceito jurídico de delito pressupõe, em princípio, que coincidam o indivíduo cujo comportamento apresenta, de um ponto de vista político, caráter nocivo e o indivíduo sobre quem, direta ou indiretamente, se executa a sanção. Apenas sob essa condição está correta a definição jurídica de delito como o comportamento do indivíduo a quem se dirige a sanção como consequência de tal comportamento".¹⁹

O esboço geral dessa definição de delito está bastante claro: um delito, por exemplo, um crime, é simplesmente o comportamento a partir do qual, de acordo com o direito, torna-se aplicável uma sanção ao indivíduo que assim se comporta. O que não está claro é o que Kelsen deseja dizer ao insistir, por um lado, que isso é tudo que uma definição jurídica de delito pode e deve dizer e reconhecer e, por outro, que essa definição pressupõe o caráter socialmente nocivo do delito, embora a ele não se refira, e que só está correta se a condição assim pressuposta for satisfeita.

Fica evidente, é claro, de muitas passagens do livro de Kelsen (e este é um fato importante) que a Teoria Pura impõe condições severamente restritivas às formas permissíveis de definição. Também fica claro que uma ciência do direito que as desconsiderasse não seria, para Kelsen, uma ciência "normativa". Essas restrições constituem, de fato, uma das razões pelas quais não se pode fazer nenhuma identificação simples entre a teoria analítica do direito e Teoria Pura, ou uma ciência "normativa" do direito, em que pesem as semelhanças em espírito e em orientação geral. Pois, embora Austin e seus discípulos façam uma distinção tão severa quanto a de Kelsen entre a análise do direito e suas avaliações morais, políticas ou ideológicas, não há contrapartida, em sua obra, para a insistência especificamente kelseniana de que, ao definir ou analisar, é permitido usar apenas certos elementos restritos. Em geral, a Teoria Pura insiste que a tarefa classificatória de uma ciência normativa do direito seja realizada com elementos tirados do próprio direito, e que se deve tomar cuidado, ao definir ou analisar conceitos jurídicos, para evitar o uso de elementos morais, políticos ou psicológicos que não são, na expressão de Kelsen, "parte do material jurídico".

¹⁹ *Ibid.*, na p. 56.

Não é muito fácil entender exatamente quais elementos essas restrições permitam, mas o livro de Kelsen nos traz exemplos do que elas excluem. Assim, ao criticar a análise ou definição de Austin de obrigação jurídica, Kelsen analisa a definição que diz que ser obrigado é temer a sanção, mas ele não a trata simplesmente, como o jurista analítico moderno poderia fazer, como uma definição equivocada. Portanto, ele não a critica, por exemplo, com base em que uma pessoa possa muito bem estar sujeita a uma obrigação jurídica e, entretanto, não temer a sanção. O que ele diz é que tal definição é "incompatível com os princípios da teoria analítica do direito"²⁰ porque "nenhuma análise dos conteúdos dos comandos pode estabelecer o fato psicológico do medo".²¹ Seu ponto é que é errado, em princípio, trazer para a definição jurídica um conjunto de elementos psicológicos como o medo, ou outros elementos que não façam parte do conteúdo do direito. A definição jurídica de obrigação formulada por Kelsen afirma que o dever jurídico é "o comportamento por cuja observação se evita o delito, portanto o oposto do comportamento que forma a condição para a sanção". Kelsen, sem dúvida, acredita que essa definição esteja correta. Uma vez que atende à condição restritiva de que uma definição jurídica só pode utilizar elementos que fazem parte do conteúdo do direito. A fim de evitar um equívoco comum, vale a pena notar, contudo, que embora Kelsen rejeite a concepção "psicológica" de dever ou obrigação oferecida por Austin, ele não quer dizer que uma definição jurídica não possa nunca utilizar um elemento psicológico. Pois Kelsen diz expressamente que nos casos em que o direito mesmo torna tais elementos relevantes — por exemplo, a *mens rea* é uma condição da responsabilidade penal —, então a sanção se dirige a um delito psicologicamente qualificado. A ideia de responsabilidade baseada na culpa é assim definida por Kelsen, e ele sem dúvida sustentaria que esta é uma definição juridicamente sólida porque, embora utilize termos psicológicos, estes são elementos que se encontram no direito relevante.²²

²⁰ *Ibid.*, na p. 72.

²¹ *Ibid.*, na p. 72-3.

²² *Ibid.*, na p. 55, 66.

Embora esses exemplos ajudem a esclarecer a forma restrita de Kelsen de definição jurídica, não é fácil entender por que, dados os objetivos da Teoria Pura, deveríamos observar as restrições que ela impõe; nem compreender precisamente de que modo devemos determinar quais elementos podemos considerar como “encontrados a partir de uma análise do conteúdo da norma jurídica”²³ ou “expressos no conteúdo da norma”²⁴ ou “expressos no material produzido no processo de criação de leis”²⁵ ou “manifestos no conteúdo da ordem jurídica”.²⁶ Kelsen certamente insiste que não devemos trazer para a definição de delito elementos como o suposto desejo do legislador, ou o fato de que a conduta delituosa é socialmente nociva ou contrária aos propósitos do direito: a definição jurídica de delito deve ser “baseada inteiramente na norma jurídica”²⁷ e ele considera que sua própria definição de delito assim o faz. Mas isto deixa muita coisa sem explicação. Suponha que, de fato, as leis de um determinado sistema contivessem sempre (como desejava Bentham) uma declaração explicativa de que as ações às quais a lei associava sanções penais eram consideradas socialmente nocivas e que essa era a razão de serem punidas. Uma definição jurídica de delito poderia então corretamente incluir uma referência a tais fatos sociais? Estou bastante seguro de que a resposta de Kelsen seria “não”, embora eu lamente muito não ter levantado esse ponto durante o debate. Ele teria que dizer, acredito, consistente com sua doutrina geral, que as leis de um sistema real, antes de passarem pelo filtro esclarecedor da ciência normativa do direito, contêm muita coisa irrelevante para essa ciência. Pois a representação ou descrição do direito objeto daquela ciência se ocupa apenas de seus elementos estritamente normativos; é por isso que ela é, a despeito dos protestos do professor Alf Ross, chamada propriamente de “ciência normativa” e não meramente uma ciência de normas. Acredito que isso significa que os elementos permitidos em uma definição jurídica são aqueles contidos na forma canônica de apresentação do direito que

²³ Ibid., na p. 54.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., na p. 51.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid., na p. 54.

Kelsen oferece: declarações de que, se tais e tais condições forem cumpridas, então tal e tal sanção deve se seguir. Essas são as declarações por meios das quais, segundo Kelsen, a ciência do direito descreve ou representa o direito. Elas são “julgamentos hipotéticos que associam determinadas consequências a determinadas condições”;²⁸ se *A* é, *B* deve ser. Assim, a declaração explicativa do propósito da lei que teria agradado a Bentham poderia, mesmo se contida no texto de uma lei, ser absolutamente irrelevante para a ciência normativa.

Nesse passo, pode-se sugerir que a concepção restritiva de Kelsen de definição jurídica tenha pontos de contato com alguns dos temas do Realismo Jurídico Americano. Devemos comparar as restrições sobre as quais insiste Kelsen com a teoria do “homem mau”²⁹ de Holmes, segundo a qual deveríamos incluir em nossa definição de dever, por exemplo, apenas aqueles elementos que o “homem mau” desejaria saber. Claro que os elementos permitidos são bem diferentes nas duas teorias. A realista permite apenas elementos relevantes à *previsão* da sanção; enquanto Kelsen permite apenas elementos que, segundo a regra jurídica, são condições para que a sanção “deva” ser aplicada. Não obstante tais diferenças, a comparação realmente sugere uma crítica à definição de Kelsen de delito e, de fato, a todo o programa de sua definição jurídica severamente restrita.

Sucintamente, a crítica é que tais definições não serviriam a nenhum propósito útil, teórico ou prático, e que poderiam gerar confusão em alguns pontos. Seu potencial para gerar confusão fica talvez evidente a partir de um caso simples. As sanções podem assumir a forma de pagamentos compulsórios em dinheiro, v.g. multas; mas também os impostos podem assumir essa forma. Em ambos os casos, para usar a terminologia de Kelsen, determinado comportamento do sujeito é uma condição a partir da qual um agente ou órgão do sistema deve exigir um pagamento em dinheiro. Assim, se limitamos nossa atenção ao conteúdo do direito conforme apresentado pela forma canônica “Se *A*, então *B* deve ser”, torna-se impossível distinguir uma lei penal que puna um comportamento com

²⁸ Ibid., na p. 45.

²⁹ Holmes, “The Path of the Law”, in *Collected Legal Papers* 171 (1920).

uma multa de uma lei sobre rendimentos que tribute certas atividades. Tanto nos casos em que o indivíduo é tributado quanto naqueles em que é multado, as determinações do direito, se apresentadas na forma canônica de Kelsen, são idênticas. Ambos os casos são, portanto, casos de delito, a menos que os diferenciemos fazendo referência a algo que escapa à forma canônica pura, i.e. que a multa é uma punição para uma atividade oficialmente condenada, algo que o tributo não é. Pode-se talvez objetar que um tributo, embora, a exemplo de algumas sanções, consista em um pagamento compulsório em dinheiro, não é uma "sanção" e que a definição jurídica de delito de Kelsen se refere a uma "sanção". Mas isto realmente não afasta a dificuldade; apenas a posterga; pois teríamos que sair dos limites da definição jurídica para determinar quando um pagamento compulsório em dinheiro é uma sanção e quando não é. Presumivelmente, trata-se de sanção quando tem a intenção ou se supõe que seja uma punição para desencorajar o "comportamento socialmente indesejável"³⁰ ao qual ela se associa; mas este é exatamente o elemento que Kelsen considera estar excluído da definição jurídica de delito.

O próprio Kelsen está, claramente, ciente dessas dificuldades, porque concede que a definição jurídica apenas se mantém válida com base na pressuposição de que o comportamento, que é a condição da sanção, seja considerado nocivo à sociedade. Mas essa concessão não mostra que a definição jurídica severamente restrita não só é inútil, mas também confusa? É importante enfatizar aqui que muitas das definições iluminadoras da Teoria Pura não são e não poderiam ser definições jurídicas no sentido restrito postulado por Kelsen. Claramente, pelas razões dadas acima, a definição de sanção não o é.³¹ É até mesmo possível duvidar se a definição de uma norma jurídica (afora sua dependência da definição de sanção) se conforma às exigências estritas da definição jurídica. Pois Kelsen nos diz que a norma é "a expressão da ideia de que algo deve ocorrer, especialmente de que um

indivíduo deva se comportar de um determinado modo".³² Mas, embora uma norma possa ser uma expressão de uma ideia, não é claro que "uma expressão" ou "uma ideia" ou "uma expressão de uma ideia" são *contêidos* ou *elementos* da norma ou que cabem em qualquer outra descrição de Kelsen daquilo que pode ser utilizado em uma definição jurídica estrita. Assim, deveríamos talvez distinguir as definições mais fundamentais da Teoria Pura a que o jurista devotado à ciência normativa do direito deverá *conformar-se* ao representar o direito de um sistema jurídico específico como definições "metajurídicas", para marcar a distinção entre elas e as definições jurídicas que o jurista irá realmente *utilizar* ao representar o direito de algum sistema específico. Ele não utilizará, em sua representação do sistema, as definições de "sanção" ou de "norma jurídica" pois as assumirá, mas utilizará definições de delito. Talvez, de fato, alguma distinção desse tipo entre definições que são metajurídicas e as que são jurídicas seja necessária, para qualquer explicação analítica do direito.

Insisti sobre esses pontos em meu debate com Kelsen, mas não posso dizer que ele tenha recuado ou que tenha se sensibilizado com minha afirmação de que ele tinha, de fato, desistido de seu argumento ao dizer que sua definição de delito só se mantinha válida baseada na "pressuposição, em princípio, de que o comportamento ao qual se dirige a sanção teria, ou considera-se que tenha, um caráter socialmente nocivo". Entretanto, a partir de nossa discussão aprendi duas importantes coisas. A primeira é que Kelsen tem uma razão interessante e possivelmente boa para falar não meramente de uma ciência de normas, mas de uma ciência "normativa" do direito, e ela não está sujeita à crítica do professor Ross, embora possa estar sujeita a outras. A segunda é que qualquer um, como eu, que deseja trazer para a definição de crime ou de delito a ideia de que o comportamento ao qual se associam sanções não é igual ao comportamento que é simplesmente tributado, e que dele difere porque o primeiro é, de certa forma, condenado, deve tomar cuidado ao explicar de que maneira, no caso de qualquer lei específica, determina-se a presença desse fator de condenação.

³² Kelsen, *General Theory*, 36.

³⁰ Kelsen, *Teoria Geral*, 53. A dificuldade em diferenciar uma penalidade de um imposto para os fins do art. I, § 8, da Constituição dos Estados Unidos é bem conhecida. Ver, por exemplo, *Steward Mach. Co. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937).

³¹ Ver, para a discussão de coerção e da distinção entre sanções cíveis e penais em Kelsen, *General Theory*, 143-149, 50-1.