

Visita a Kelsen¹ (Kelsen visited)

H. L. A. Hart*

RESUMO

Um dos mais eminentes filósofos do direito do século XX relata seu encontro com outro expoente da área, e tece notas críticas sobre a obra do colega. As notas abrangem três problemas: as "regras de direito em sentido descritivo", a definição de delito e a relação entre moral e direito positivo.

Palavras-chave: Ciência do Direito; Delito; Moral e Direito.

ABSTRACT

One of the most important legal philosophers of the twentieth century reports a meeting with another great name of the field, and makes some critical observations on his colleague's work. The observations cover three questions: the "legal rules in a descriptive sense", the definition of criminal offense, and the relation between morality and positive law.

Keywords: The Science of Law; Criminal Offense; Morality and Law.

Em novembro de 1961, tive a instrutiva e agradável experiência de encontrar Hans Kelsen e debater com ele na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, em Berkeley, alguns tópicos de sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*² que selecionei previamente para discussão. O encontro foi organizado pelo professor Albert Ehrenzweig que nos apresentou. Advertimos nosso grande público de que eles poderiam ficar desapontados ou enfadados ou

ainda, ao mesmo tempo, desapontados e enfadados, porque as questões que nos propusemos a discutir poderiam parecer a eles áridas e técnicas e nossas diferenças como sendo disputas sobre detalhes dentro do campo 'positivista' da 'teoria geral do direito', sem grande interesse para aqueles que estivessem fora dele. Expliquei que minha visão era de que o excelente trabalho de Kelsen merecia um exame minucioso e que ele foi muito freqüentemente usado como uma desculpa para o debate de questões vastas e vagamente definidas, tais como a eterna e venerável questão conhecida como 'Direito Natural contra Positivismo Jurídico'. Creio que, apesar da natureza técnica de nossa discussão, nosso auditório - que incluiu, além de juristas, uma quantidade pequena de filósofos, cientistas políticos e estudantes de outras disciplinas - a apreciou. Certamente, ela mostrou-se extremamente instrutiva para mim: me fez entender melhor a finalidade de determinadas doutrinas kelsenianas que me deixaram perplexo por muito tempo, apesar de não ter dissolvido totalmente minhas perplexidades. Sou relutante em acreditar que sou o único a encontrar essas dificuldades no trabalho de Kelsen; desse modo, uma exposição de nossa discussão pode ter utilidade para outras pessoas. No que segue, pretendo explicar tanto porque os pontos que levantei parecem-me importantes, como também delinear nossas respectivas posições.

Os pontos que escolhi para discussão foram estes:

- I. A expressão de Kelsen: 'Regras de Direito num sentido descritivo'.³
 - II. A definição de delito.⁴
 - III. A relação entre Direito Positivo e Moral.⁵
-

Além destas três questões, havia outras que concordamos em discutir, se houvesse tempo. No entanto, não houve tempo para quaisquer outras questões em nossa discussão pública.

Antes de concluir esta breve introdução, gostaria de recordar o fato de que nossa discussão teve seus momentos divertidos. O primeiro foi quando Kelsen observou que a discussão entre nós era de um tipo totalmente novo, porque apesar de ele concordar comigo eu não concordava com ele. O segundo foi no momento em que caminhávamos para o final de nosso debate quando, ao ouvir Kelsen enfatizar em tom estentóreo - tão notável em um octogenário (ou em qualquer um) - que 'Norma era Norma' e nada além disso, fiquei tão surpreso que (literalmente) caí para trás com a minha cadeira.

REGRAS DE DIREITO NUM SENTIDO DESCRITIVO

Nas passagens seguintes, extraídas da *Teoria Geral*, destaquei as expressões particulares que considerei difíceis de entender.

A tarefa da ciência do Direito é a de representar o Direito de uma comunidade, isto é, o material produzido pela autoridade jurídica no processo legislativo na forma de proposições que estabeleçam que, 'se tais e tais condições são preenchidas, então tais e tais sanções devem seguir-se'. Estas proposições, por meio das quais a ciência do Direito representa o

direito, não devem ser confundidos com as normas elaboradas pelas autoridades legislativas. É preferível não chamar essas proposições de normas, mas regras jurídicas. As normas jurídicas promulgadas pelas autoridades legislativas são prescritivas; *as regras do direito* formuladas pela ciência do direito são descritivas. É importante que o termo '*regra legal*' ou '*regra de direito*' seja aqui empregado em um sentido descritivo.⁶

A regra de direito - *o termo usado num sentido descritivo* - é um julgamento hipotético vinculando certas conseqüências a certas condições... A regra de direito diz: Se A é, B deve ser. *A regra de Direito é uma norma (no sentido descritivo deste termo) [...]*⁷

*As proposições acerca do que deve ser por meio das quais o teórico do direito representa as normas têm um alcance meramente descritivo; elas, por assim dizer, reproduzem descritivamente o 'dever ser' das normas [...]*⁸

O sentido geral destas passagens é bastante nítido. Kelsen nos disse em sua introdução à *Teoria Geral* e em outros lugares que a orientação geral da sua Teoria Pura do Direito e da Teoria Analítica do Direito são as mesmas. Nenhuma destas disciplinas ocupa-se da apreciação política ou moral do Direito, nem da descrição ou explicação sociológica do Direito ou do fenômeno legal. Em vez disso, ambas ocupam-se da análise ou elucidação do significado do Direito positivo. Elas diferenciam-se, de acordo com Kelsen, porque a Teoria Pura é mais consistente e, desse modo, evita certos erros cometidos, por exemplo, por Austin na análise dos direitos e deveres e da relação entre Direito e Estado.

Esta caracterização da Teoria Pura do Direito como uma versão mais rigorosa, consistente e sistemática da Teoria Analítica do Direito, ao lado das referências freqüentes de Kelsen à tarefa da teoria jurídica como sendo aquela de 'captar o significado específico das regras jurídicas',⁹ nos conduz naturalmente a esperar que o produto principal dessa forma de teoria do Direito sejam proposições dando ou explicando o significado de expressões tais como 'direito', 'sistema legal', 'regra legal', 'direito', 'dever', 'propriedade' e 'posse'. Austin certamente ocupou-se muito mais destas análises e, sem dúvida, concebeu a tarefa específica da ciência analítica - que ele denominou 'Teoria Geral do Direito'¹⁰ - como sendo a elucidação das noções fundamentais do direito.¹¹ É claro que as idéias de 'análise', 'elucidação' e mesmo 'definição' são vagas e podem assumir muitas formas. Não se deve esperar que o jurista analítico deva sempre, ou mesmo normalmente, fornecer definições *per genus et differentiam* de palavras particulares nas quais a definição fornecida seja um sinônimo para a palavra a ser definida. Se o traço distintivo da teoria analítica do direito é sua preocupação, nas palavras de Kelsen, em captar o 'significado específico das regras jurídicas', existem muitas maneiras diferentes pelas quais isto pode ser feito. O jurista analítico pode fornecer não definições de palavras particulares, mas sinônimos ou 'traduções' de sentenças inteiras ('definições em uso'); ou pode mesmo abster-se completamente de prover sinônimos e, em vez disso, começar a descrever o uso padrão de certas expressões.

Indubitavelmente, na Teoria Geral de Kelsen existem *algumas* proposições que parecem ser definições ou análises. Elas são proposições que explicam direta ou indiretamente o significado de certas expressões características do Direito em termos de outras expressões mais familiares ou melhor compreendidas. Um desses exemplos (sobre o qual discorrerei

mais à frente) é o que o próprio Kelsen denomina a 'definição jurídica' do delito como um 'comportamento do indivíduo contra quem a sanção é dirigida, como consequência do seu comportamento'.¹² Um outro exemplo correlato é a proposição de Kelsen de que estar legalmente obrigado a um determinado comportamento 'significa que o comportamento contrário é um delito e, enquanto tal, é a condição de uma sanção estipulada por uma norma legal'.¹³ Mas, apesar deste e outros numerosos exemplos daquilo que poderia ser interpretado como definições ou análises de expressões poderem ser encontrados no livro de Kelsen, é evidente que a principal preocupação da Teoria Pura do Direito não é fornecê-los, mas fazer algo um pouco diferente. Mais frequentemente, Kelsen está preocupado em introduzir novas expressões e com elas novas idéias, em vez de definir as antigas. Tais definições de expressões jurídicas correntes, como as que se encontram em sua obra, são incidentais com relação à tarefa que Kelsen diz, no início, ser a principal tarefa da Teoria Pura do Direito: capacitar o jurista envolvido com um sistema jurídico específico a entender e descrever aquele sistema de Direito Positivo da maneira mais exata possível. Para este propósito, a Teoria Pura 'fornece os conceitos fundamentais por meio dos quais o Direito Positivo de uma comunidade jurídica definida pode ser descrito'.¹⁴

É importante observar que tal descrição de um sistema particular de direito não é tarefa da Teoria Pura do Direito; é a tarefa da 'ciência normativa do direito' ou 'teoria geral do direito normativa'. É muito fácil especialmente para um homem inglês treinado na teoria geral do direito de Austin pensar que todas essas três expressões mencionadas significam a mesma coisa e podem ser simplesmente identificadas com a 'Teoria Analítica do Direito'. É, sem dúvida, verdadeiro que todas essas formas de teoria do Direito têm alguns traços importantes em comum; todas são ciências cuja matéria tem por objeto o Direito Positivo; não estão preocupadas em avaliar ou criticar a matéria que tem uma perspectiva moral, ideológica ou quaisquer outras; não estão preocupadas em fornecer descrições fatuais ou explicações das operações atuais do direito. Elas são, por conseguinte, todas 'puras' ou livres de ideologia e sociologia. Mas, apesar dessas similaridades, é vital distinguir a Teoria Pura do Direito da ciência normativa do Direito ou Teoria Geral do Direito Normativa, à medida que as duas últimas são, para Kelsen, eu creio, sinônimos. A Teoria Pura é uma teoria geral que, com efeito, informa ao jurista preocupado com algum sistema jurídico particular, como 'representar' ou descrever aquele sistema; os tipos de conceito que ele deveria ou não deveria usar; e, genericamente, que forma sua descrição ou 'representação' do sistema legal deve tomar, se ela pretende ocupar o lugar de ciência normativa daquele sistema. Então, é neste ponto que Kelsen introduz as noções que eu e outros achamos tão confusas. Falando do caráter distintivo do teórico puro, Kelsen diz, ao jurista ocupado com a ciência normativa de um sistema jurídico particular, que sua descrição ou representação dele deve tomar a forma de 'regras' ou 'proposições de dever ser', mas 'em um sentido descritivo'. Isto é uma tal surpresa por que o que poderíamos naturalmente esperar de um jurista que nos diz estar ocupado com a descrição ou uma representação do Direito da Inglaterra ou da Califórnia não seria uma série de regras ou 'proposições de dever ser', mas uma série de proposições explicando o que as regras do direito da Inglaterra ou da Califórnia como as encontradas, por exemplo, nas leis, significam. Desse modo, nós esperaríamos que a forma geral das proposições da Ciência Normativa do Direito da Inglaterra ou Califórnia, se sua tarefa é simplesmente aquela de descrever ou representar o Direito daqueles sistemas, fosse do tipo indicado pelos seguintes esquemas incompletos:

A Seção 2 da Lei do Homicídio¹⁵ de 1957 que estabelece... significa que ...

A Seção 18, subseção 2, do Código Penal da Califórnia, significa o mesmo que...

Proposições na forma destes dois esquemas são, é claro, *sobre* as regras do direito inglês ou da Califórnia, no sentido de que elas nos dizem o que essas regras significam, mas elas mesmas não podem ser identificadas com as regras cujo significado elas explicam. Elas são uma proposição do jurista *sobre* o Direito, não pronunciamentos legislativos *do* Direito. Para aumentar o embaraço, o próprio Kelsen, como pode ser visto nas citações expostas acima, adverte contra a identificação dessas duas coisas diversas. Ele ainda insiste em chamar as proposições da ciência normativa do direito de 'regras de direito' ou 'proposições de dever ser' em um 'sentido descritivo'. Por quê?

Dois autores admiráveis de teoria do Direito ocuparam-se desta questão antes de mim e é divertido, mesmo que, em algum sentido, desencorajador, que enquanto um deles condena a preleção de Kelsen sobre regras em um sentido descritivo como, ao mesmo tempo, confusa e geradora de confusão, o outro não vê muita dificuldade nela. Assim, o professor Alf Ross acha que Kelsen, ao usar essa terminologia, está perpetuando uma tradição continental muito má, segundo a qual é possível conduzir uma ciência do Direito ou ciência de 'normas' *em normas*.¹⁶ Isto seria usar a expressão 'ciência normativa' não no sentido inócuo de uma ciência que tem normas ou regras legais como a matéria que tem por objeto, mas num sentido, carregado da teoria do Direito Natural, de uma ciência cujas *conclusões* são direitos. Por outro lado, o professor Martin Golding em seu importante artigo "Kelsen e o Conceito de 'Sistema Legal'",¹⁷ simplesmente acha que um tal ônus não se justifica. Ele admite que a expressão 'Teoria Normativa do Direito' é um nome infeliz para a tarefa do jurista de representar ou descrever o Direito de um determinado sistema nas formas prescritas pela Teoria Pura; e nota que algumas passagens no trabalho de Kelsen podem sugerir que, para por em prática sua tarefa, o jurista deve exercitar uma misteriosa faculdade de 'conhecimento da norma', em vez de uma habilidade ordinária de dizer o que as leis de algum sistema jurídico são e o que elas significam. Mas, manifestamente, a visão do professor Golding é de que tudo que é preciso para dissipar a confusão e fazer justiça com respeito ao que Kelsen quis dizer é tomar, nesse ponto, uma distinção familiar aos lógicos modernos entre o *uso* e a *menção* de palavras.

A força desta distinção pode ser suficientemente transmitida (para os não iniciados e para o meu propósito presente) por meio de um simples exemplo. Considere-se a proposição: "A palavra 'cachorrinho' significa em inglês o mesmo que a expressão 'cachorro jovem'". Nesta proposição, certas palavras são mencionadas ou referidas como palavras e nos é dito que estas palavras são equivalentes em significado. Desse modo, num sentido muito óbvio, a proposição é sobre o significado das palavras que aparecem entre aspas internas. Contraste-se com a proposição 'Fido é um cachorrinho' e 'Fido é um cachorro jovem'. Estas duas últimas proposições não são sobre palavras, mas sobre o animal Fido e nelas as palavras 'Fido' e 'cachorro jovem' são *usadas*, não mencionadas e nem aparecem entre aspas. Nestas últimas proposições, o significado das palavras não é discutido, mas dado como conhecido.

Se aplicarmos esta distinção ao Direito, podemos dizer que o poder legislativo, ao promulgar uma lei, *usa* certas palavras e o jurista que se encarrega de dizer-nos o que o

Direito significa *menciona* tanto as palavras do Direito como as palavras que ele enuncia como paráfrase ou explicação do significado. Desse modo, os esquemas estabelecidos acima serão preenchidos com palavras que são mencionadas, não usadas. A partir dessa base, poderíamos dizer que tudo que Kelsen quis dizer com a afirmação geradora de confusão - de que as proposições da Ciência Normativa do Direito são elas mesmas 'regras' e 'proposições de dever ser', ainda que em um sentido descritivo - é que suas proposições explicando o significado de um ato legislativo mencionarão certas proposições de dever ou regras como o equivalente em significado ao ato. Elas terão a forma seguinte: "A Seção 2^a da Lei de Homicídio de 1957 significa o mesmo que a regra 'Se B... então A... deve ser'."

Deste ponto de vista, portanto, nós poderíamos considerar Kelsen como tendo antecipado, de modo perspicaz, a distinção entre o uso e a menção de palavras, mas tendo expressado esta distinção, de forma infeliz, como uma distinção entre um sentido prescritivo e um sentido descritivo de palavras como 'dever'. Desse modo, em nosso debate, insisti nessa interpretação com Kelsen apesar de, naquele momento, como não tinha lido o artigo do professor Golding, não ter, sem dúvida, apresentado o assunto com sua clareza. Pensei que esse fosse o modo pelo qual Kelsen poderia replicar aos escritos do professor Alf Ross, que também mencionei. Para minha surpresa, Kelsen não teria feito nada disso. Ele insistiu em que as proposições da Ciência Normativa do Direito representando o direito de um determinado sistema *não* eram, de forma alguma, paráfrases: disse que elas não eram proposições de 'segunda ordem' sobre o Direito, nas quais palavras seriam mencionadas, não usadas. Ele sustentou sua terminologia de regras e proposições de dever ser 'num sentido descritivo' e sugeriu que eu lesse os trabalhos do lógico do século XIX Sigwart, que também falou de um sentido descritivo do 'dever ser'. Brinquei um pouco com Kelsen com a sugestão de que talvez, desde Sigwart (que eu não lera nem li) a lógica tivesse feito algum progresso. *Vixere fortes post Agamemnona*. Mas nossa discussão interrompeu-se neste ponto.

Naquele tempo, pensei que Kelsen estava errado em não aceitar a solução em termos da distinção entre o uso e a menção de palavras. Desse nosso debate, contudo, passei a pensar que talvez ele estivesse certo e que essa distinção talvez fosse grosseira para caracterizar, de maneira precisa, a relação entre as proposições da Ciência Normativa do Direito, tal como concebidas por Kelsen, e o direito do sistema que elas representam. Para entender essa relação, deveríamos considerar a relação entre alguém que fala numa língua estrangeira e seu intérprete inglês. Suponha-se que um comandante alemão, em um campo de prisioneiros de guerra, vocifere para seus prisioneiros ingleses ou estadunidenses a ordem: '*Stehen Sie auf!*' O intérprete, fazendo seu dever, berra 'Fiquem em pé!'. Sem dúvida, sem imitar conscientemente o tom, a fisionomia ou gesto do comandante, o intérprete fará o suficiente para tornar claro aos homens que a mensagem original foi uma ordem e não, por exemplo, uma imploração ou um pedido. Como devemos classificar o ato de fala do intérprete que pronuncia a sentença em inglês 'Fiquem em pé', em relação ao original alemão? Será que devemos dizer que foi a emissão de uma ordem? Mas, claramente, o intérprete não tinha autoridade para dar ordens: ele tinha um dever de interpretar as ordens do comandante e se os homens as obedeceram ou as desobedeceram não foi ele, mas o comandante, que foi obedecido ou desobedecido. A distinção entre uso e menção ajusta-se à situação? O intérprete formula uma proposição de segunda ordem ao mencionar as palavras alemãs e dizer que elas significam o mesmo que as palavras inglesas

'Fiquem em pé'? Isto parece estar muito longe de uma descrição literal da situação. Seria como dizer que, quando um homem imita as palavras, gestos, ou conversas de outro, está *falando sobre* elas. É claro que existe uma relação importante entre as palavras do intérprete na situação que imaginei e a proposição explícita de segunda ordem de que as palavras alemãs do comandante significaram o mesmo que as palavras inglesas do intérprete. Se perguntado sobre porque ele disse 'Fiquem em pé' quando disse, ele teria que incluir em qualquer explicação completa sua crença de que a proposição de segunda ordem era verdadeira; assim como o imitador de gestos dos outros teria que incluir em qualquer *explicação* completa de suas atividades sua crença de que seus próprios gestos assemelhassem-se aos de suas vítimas. Mas (para usar a linguagem de Kelsen) o intérprete e o imitador conseguiram representar seus originais sem *mencioná-los*, apesar, é claro, de não fazer ou ser exatamente o mesmo tipo de coisa que as originais. Eles fazem um uso especial da linguagem, não uma menção dela. A partir disto, *deveríamos* ir além, com Kelsen, e dizer do intérprete que ele representou a ordem original 'por uma ordem num sentido descritivo' e que seu uso do modo gramatical imperativo foi 'descritivo', não prescritivo. Ao menos, podemos ver as razões para inventar tais termos, mesmo se também podemos ver o perigo de usá-los.

Tudo isso pode ser transportado de volta ao Direito para justificar a terminologia de Kelsen, na sua caracterização das proposições da ciência normativa que o representam. Além do mais, acho que o quadro completo da atividade do jurista para Kelsen pode ser mal compreendido se não salientarmos os pontos desenvolvidos no último parágrafo. Pois, como chama a atenção o professor Golding,¹⁸ Kelsen não concebe as proposições do jurista como mantendo uma correspondência simples com o Direito do Sistema em questão, de forma que cada elemento do primeiro conjunto tivesse seu correlato no segundo. Sua representação final do sistema terá uma clareza, consistência e uma ordem que não existe no original: sem dúvida, ela incluirá, por exemplo, uma norma fundamental 'postulada' pelo jurista que pode jamais ter sido explicitamente formulada dentro do sistema, mas explicará a validade e a inter-relação sistemática das normas subordinadas. Nós poderíamos reproduzir esse aspecto da 'representação' do sistema pelo jurista e, deste modo, vir a entender um pouco melhor, num uso posterior de um análogo do intérprete. Suponha-se que o comandante seja um homem estúpido e com muito medo de fogo. Sempre que ele vê alguma coisa inflamável estendida ao redor, ordena aos prisioneiros que peguem-na. Dia após dia, pisa forte ao redor do campo gritando em alemão 'Apanhe aquela caixa', 'Apanhe aquele papel', 'Apanhe aquele feixe de palha'. O intérprete zelosamente adverte com os equivalentes em inglês e então um dia, sendo um homem de inteligência superior, acrescenta por conta própria 'e pegue todo material inflamável'. Quando contaram ao comandante o que o intérprete havia dito, ele disse 'Bom: isso é exatamente o que eu teria dito: apenas não consegui encontrar as palavras corretas. Que bom intérprete é você! De fato, você faz mais que interpretar minhas ordens: faz aquilo que o professor Golding diz que a Ciência Normativa do Direito faz para o direito de um sistema jurídico específico: você *reconstrói racionalmente*¹⁹ minhas ordens'.

Agora parece-me que este traço da atividade do jurista também explique por que Kelsen estaria relutante em identificar sua representação do Direito com meras proposições sobre o significado do direito ou paráfrases nas quais regras e 'deveres' são mencionadas, mas não usadas. Não acho sua terminologia de regra e dever ser 'em um sentido descritivo' feliz, mas

acho que ele foi sábio ao rejeitar a alternativa que apresentei; pois, outra vez, as proposições do jurista representado o Direito são, assim como as palavras do intérprete, um tipo específico de uso da linguagem e não uma menção dela.

A DEFINIÇÃO DE DELITO

Kelsen propõe em seu livro aquilo que denomina uma 'definição jurídica' de delito ou, como diriam os juristas ingleses e estadunidenses, de ilícitos²⁰ civis e criminais. Em nosso debate, discuti esta definição somente até onde ela relacionou-se ao crime e estava especialmente interessado nas passagens que seguem da *Teoria Geral*. Elas parecem-me importantes, porque mostram que a Teoria Pura de Kelsen diferencia-se da concepção usual de Teoria Analítica do Direito em certos outros aspectos, além daqueles já discutidos acima. Elas também parecem-me sugerir certas limitações na capacidade da Teoria Pura de promover o objetivo que Kelsen lhe atribui, de organizar a compreensão de um sistema de direito positivo.

De um ponto de vista puramente jurídico, o delito caracteriza-se como uma condição da sanção. Mas o delito não é a condição única... Qual é então a característica distintiva desta condição chamada 'delito'? Se não fosse possível encontrar outro critério além do fato suposto de que o legislador deseja condutas contrárias àquilo que é caracterizado como 'delito', então seria impossível uma definição jurídica do conceito de delito. O conceito de delito definido simplesmente como comportamento socialmente indesejável é um conceito moral ou político, em síntese, metajurídico, mas não jurídico...²¹

Uma definição jurídica de delito deve basear-se inteiramente na norma jurídica. E tal definição pode, de fato, ser dada. Normalmente, o delito é o comportamento de um indivíduo contra quem é dirigida a sanção, como conseqüência de seu comportamento ... O critério do conceito de 'delito' é um elemento que constitui o conteúdo da norma jurídica ... Trata-se de um elemento da norma pelo qual o legislador expressa sua intenção de uma maneira objetivamente perceptível; trata-se de um elemento que pode ser encontrado por meio de uma análise da norma jurídica ...

A definição de delito como o comportamento do indivíduo contra quem é dirigida a sanção, como uma conseqüência de seu comportamento, pressupõe - ainda que não faça referência ao fato - que a sanção é dirigida contra o indivíduo cujo comportamento o legislador considera nocivo à sociedade ...²²

... O conceito jurídico de delito pressupõe, em princípio, que o indivíduo cujo comportamento tem, de um ponto de vista político, um caráter socialmente nocivo e o indivíduo contra quem a sanção é direta ou indiretamente executada coincidam. Somente se satisfeita essa condição, é correta a definição jurídica de delito, como comportamento do indivíduo contra quem é dirigida a sanção, como conseqüência de seu comportamento.²³

O esquema geral desta definição de delito é claro: um delito, por exemplo, um crime, é simplesmente o comportamento ao qual, de acordo com o Direito, uma sanção faz-se

aplicável à pessoa de quem é o comportamento. O que não está claro é o que Kelsen quer dizer ao insistir, por um lado, que isso é tudo que a definição jurídica de um delito pode e deveria dizer e, por outro lado, reconhecer que essa definição pressupõe o caráter socialmente nocivo do delito - ainda que ela não se reporte a ele - e somente é correta, se a condição assim pressuposta for satisfeita.

É nítido, a partir de muitas passagens do livro de Kelsen (e este é um fato importante), que a Teoria Pura impõe certas condições restritivas muito rigorosas com relação às formas de definição admissíveis. Também parece claro que uma Ciência do Direito Positivo que as desconsiderasse não seria, para Kelsen, uma ciência 'normativa'. Estas restrições, sem dúvida, constituem uma razão pela qual não se pode fazer uma identificação simples entre a Teoria Analítica do Direito e a Teoria Pura ou uma 'ciência normativa' do Direito, a despeito de suas similaridades em espírito e orientação geral. Pois apesar de Austin e seus seguidores distinguirem tão nitidamente quanto Kelsen, entre a análise do Direito e avaliações morais, políticas ou ideológicas dele, não existe contrapartida em seus trabalhos para a insistência característica de Kelsen de que, para definir ou analisar, somente certos elementos restritos podem ser usados. Em geral, a Teoria Pura insiste em que a tarefa classificatória de uma Ciência Normativa do Direito seja realizada com elementos extraídos do próprio Direito e em que se deve tomar cuidado ao se definir ou analisar conceitos jurídicos, para evitar o uso de elementos morais, políticos ou ideológicos que não são, nas palavras de Kelsen, 'parte do material jurídico'.

Não é muito fácil decifrar precisamente que elementos essas restrições admitem, mas existem exemplos claros no livro de Kelsen do que elas excluem. Assim, ao criticar a análise ou definição de Austin de obrigação jurídica, Kelsen considera a definição segundo a qual estar obrigado significa temer a sanção, mas não a trata simplesmente - como faria um jurista analítico moderno - como um exemplo de uma definição equivocada. Deste modo, ele não a critica, por exemplo, com base no fato de que uma pessoa pode muito bem estar obrigada juridicamente e, apesar disto, não temer uma sanção. O que ele efetivamente diz é que tal definição é 'incompatível com os princípios da teoria analítica do direito',²⁴ porque 'nenhuma análise dos conteúdos de comandos pode estabelecer o fato psicológico do medo'.²⁵ Seu ponto é que está errado por princípio, trazer para a definição jurídica de um conceito, elementos psicológicos tais como o medo ou outros elementos que não sejam parte do conteúdo do Direito. A própria definição jurídica de obrigação, proposta por Kelsen, determina que dever jurídico é 'o comportamento cuja observância faz com que o delito seja evitado, portanto, o oposto do comportamento que forma a condição da sanção'. Sem dúvida, Kelsen acha que sua definição é correta, estando em conformidade com a condição restritiva de que uma definição jurídica pode usar apenas elementos que formam parte do conteúdo do Direito. Vale a pena notar, contudo, de modo a evitar um mal-entendido comum que, apesar de Kelsen rejeitar a concepção 'psicológica' de Austin de dever ou obrigação, ele não quer dizer que uma definição jurídica não possa nunca usar qualquer elemento psicológico. Pois Kelsen diz expressamente que, em um caso em que o próprio Direito torne tais elementos relevantes, por exemplo, onde *mens rea* é uma condição da responsabilidade criminal, então a sanção é dirigida a um delito qualificado psicologicamente. A idéia de responsabilidade baseada em culpa é definida por Kelsen desta maneira e, sem dúvida, ele sustentaria que é uma definição jurídica verdadeira,

porque, apesar de ela usar termos psicológicos, esses elementos são encontrados no direito relevante.²⁶

Apesar de esses exemplos lançarem alguma luz sobre a forma restrita de definição jurídica proposta por Kelsen, não é fácil entender porque - dados os propósitos da Teoria Pura - deveriam ser observadas as restrições que ela impõe; nem como precisamente podemos determinar que elementos devem contar como 'encontrados por uma análise do conteúdo da norma jurídica'²⁷ ou 'estão expressos no conteúdo da norma'²⁸ ou 'estão expressos no material produzido no processo criador do direito'²⁹ ou são 'manifestados nos conteúdos da ordem jurídica'.³⁰ Kelsen certamente insiste em que devemos trazer para a definição de delito elementos tais como a suposta vontade do legislador ou o fato de que a conduta delituosa seja socialmente nociva ou contrária ao propósito do Direito: a definição jurídica de delito deve estar 'totalmente baseada na norma jurídica'³¹ e ele considera sua própria definição de delito como cumprindo esta exigência. Mas isto deixa muita coisa por explicar. Suponha-se que, de fato, o direito de um dado sistema sempre conteve (como Bentham desejou) uma proposição explicativa segundo a qual as ações para as quais o Direito impôs sanções criminais fossem consideradas como mal social e esta é a razão pela qual foram punidas. A definição jurídica do delito teria então incluído corretamente uma referência a tais fatos sociais? Estou razoavelmente seguro de que a resposta de Kelsen teria sido 'Não', apesar de eu lamentar não ter levantado este ponto no meu debate com ele. Creio que ele - por consistência com sua doutrina geral - teria que dizer que as leis de um sistema atual, antes que tenham passado pelo filtro da Ciência Normativa do Direito, contêm muito que é irrelevante para aquela ciência. Pois a representação ou descrição do Direito, que é o propósito daquela ciência, está ocupada apenas com seus elementos estritamente normativos; esta é sem dúvida a razão pela qual ela é, a despeito dos protestos do professor Alf Ross, propriamente chamada de uma 'ciência normativa' e não meramente de uma ciência *de* normas. Acho que isto significa que os elementos permitidos, que podem ser usados na definição jurídica, são aqueles contidos na forma canônica para a representação do Direito formulada por Kelsen: proposições segundo as quais, se tais e tais condições forem preenchidas, então tais e tais sanções devem seguir-se. Estas são as proposições por meio das quais Kelsen diz que a Ciência Normativa do Direito descreve ou representa o direito. Elas são 'julgamentos hipotéticos ligando certas conseqüências a certas condições':³² se A é, B deve ser. Então a proposição explicativa do propósito do Direito que teria agradado Bentham seria, mesmo que estivesse contida no texto de uma lei, totalmente irrelevante para uma ciência normativa.

Neste ponto, a concepção restritiva de Kelsen de definição jurídica pode ser vista como tendo pontos de contato com alguns temas do Realismo Jurídico estadunidense. Nós podemos comparar as restrições nas quais Kelsen insistiu com a teoria do 'homem mau' de Holmes³³ de que devemos incluir em nossa definição, por exemplo, de dever, apenas aqueles elementos que o 'homem mau' gostaria de conhecer. É claro que os elementos permitidos são totalmente diferentes, em conformidade com as duas teorias. O realista permite somente elementos relevantes para o *prognóstico* da sanção; Kelsen, por sua vez, permite somente elementos que, de acordo com a regra jurídica, são condições sob as quais as sanções 'devem' ser aplicadas. Mas, apesar dessas diferenças, a comparação sugere uma crítica da definição de delito de Kelsen e, sem dúvida, de todo o programa de sua definição jurídica rigorosamente restrita.

Suscintamente, a crítica é de que tais definições não servirão a qualquer propósito proveitoso, teórico ou prático e podem introduzir confusões em alguns pontos. Que tipo de confusão possa ser gerado é talvez evidente a partir do seguinte caso simples. Sanções podem tomar a forma de pagamento compulsório em dinheiro, por exemplo, multas; mas impostos também assumem essa forma. Em ambos os casos, para usar a terminologia de Kelsen, determinado comportamento do sujeito é uma condição sob a qual um agente oficial ou órgão do sistema deveria requerer um pagamento em dinheiro desse sujeito. Deste modo, se restringirmos nossa atenção aos conteúdos do Direito, tais como representados na forma canônica 'Se A, então B deve ser' é impossível distinguir uma lei criminal punindo comportamento com uma multa de uma lei tributária taxando certas atividades. Tanto no caso em que o indivíduo é taxado quanto no caso em que ele é multado, as condições jurídicas, quando transpostas para a forma canônica de Kelsen, são idênticas. Ambos são casos de delito, a menos que distingamos entre eles fazendo referência a alguma coisa que escape à rede da forma canônica, isto é, que a multa é uma punição para uma atividade condenada oficialmente e o imposto não é. Talvez possa ser objetado que o imposto, apesar de consistir num pagamento compulsório de dinheiro, assim como algumas sanções também consistem, não é uma 'sanção' e que a definição jurídica de delito de Kelsen refere-se a uma 'sanção'. Mas isto realmente não evita a dificuldade. Apenas adia. Por que teremos que pisar fora da definição jurídica de delito, de modo a determinar quando um pagamento compulsório em dinheiro é e quando não é uma sanção. Presumivelmente, é uma sanção quando ele é compreendido ou assumido como sendo uma punição para desencorajar 'comportamento socialmente indesejável'³⁴ ao qual ela está ligada; mas esse é precisamente o elemento que Kelsen considera excluído da definição jurídica de delito.

É evidente que o próprio Kelsen tem consciência dessas dificuldades, porque ele admite que a definição jurídica apenas permanece boa na pressuposição de que o comportamento, que é a condição da sanção, seja considerado nocivo à sociedade. Mas esta concessão não mostra que a definição jurídica de delito rigorosamente restrita é tão inútil quanto confusa? Neste ponto, é importante salientar que muitas das definições esclarecedoras da Teoria Pura não são e não poderiam ser definições jurídicas no sentido severamente restrito proposto por Kelsen. Claramente, pelas razões apresentadas acima, a definição de uma sanção não é.³⁵ É possível inclusive duvidar do fato da definição de uma norma jurídica (totalmente à parte de sua dependência da definição de uma sanção) conformar-se às exigências estritas da definição jurídica. Pois Kelsen nos diz que a norma 'é a expressão da idéia de que alguma coisa deve ocorrer, especialmente de que um indivíduo deve se comportar de uma determinada maneira'.³⁶ Mas, apesar da norma poder *ser* a expressão de uma idéia, não está claro se 'uma expressão' ou 'uma idéia' ou 'uma expressão de uma idéia' são *conteúdos* ou *elementos* da norma ou ajustam-se a qualquer outra das descrições, apresentadas por Kelsen, daquilo que pode ser usado numa definição estritamente jurídica. Deste modo, deveríamos talvez distinguir as definições mais fundamentais da Teoria Pura - às quais o jurista conduzindo a Ciência Normativa do Direito irá *conformar-se* na representação do direito de um sistema específico - como definições 'metajurídicas', para marcar a distinção entre elas e as definições jurídicas que o jurista irá realmente *usar* na representação do direito de algum sistema particular. Ele não usará na sua representação do sistema, mas tomará como certas, definições de 'sanção' ou de 'regra jurídica', mas ele usará definições de

delito. Talvez, alguma distinção semelhante entre definições que são metajurídicas e aquelas que são jurídicas, seja necessária para qualquer explicação analítica do direito.

Eu pressionei Kelsen com esse pontos em nosso debate, mas não posso dizer que ele tenha recuado ou sido movido por minha pretensão de que ele, de fato, abandonasse sua posição dizendo que sua definição de delito permaneceria boa dada a 'pressuposição de princípio de que o comportamento contra o qual a sanção é dirigida tem, ou considera-se que tenha, um caráter socialmente nocivo'. Aprendi, contudo, de nossa discussão duas coisas importantes. A primeira é de que Kelsen tinha 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 é suscetível às críticas do professor Ross, ainda que possa ser suscetível às críticas de outros. A segunda é que qualquer um - que, como eu mesmo, desejasse introduzir na definição de crime ou delito a idéia de que o comportamento para o qual sanções são impostas é diverso do comportamento que é simplesmente taxado e diferencia-se dele porque é, de alguma maneira, condenado - deve ser cuidadoso ao estabelecer como, no caso de qualquer lei dada, a presença desse fator de condenação é verificada.

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL³⁷

Consideremos o caso de um conflito entre uma norma de Direito Positivo e uma norma moral. O Direito Positivo pode, por exemplo, estipular a obrigação de prestar serviço militar, que implica o dever de matar na guerra, enquanto a moral, ou uma certa ordem moral, proíbe que se mate de maneira incondicional. Sob tais circunstâncias, o jurista diria que 'do ponto de vista moral pode ser proibido matar, mas isto é irrelevante do ponto de vista jurídico'. Do ponto de vista do Direito positivo como um sistema de normas válidas, a moral não existe enquanto tal; em outras palavras, a moral não é, em absoluto, levada em conta como um sistema de normas válidas, se o Direito Positivo for considerado como sendo tal sistema. A partir desse ponto de vista, existe um dever de prestar serviço militar e nenhum dever contrário. Do mesmo modo, o moralista diria que 'do ponto de vista jurídico, alguém pode estar sob a obrigação de prestar serviço militar e matar na guerra, mas isso é moralmente irrelevante'. Isto quer dizer que o Direito não aparece, de modo algum, como um sistema de normas válidas se basearmos nossas considerações normativas na moral. Deste ponto de vista, existe um dever de recusar a prestação de serviço militar e nenhum dever contrário. Nem o jurista, nem o moralista afirmam que ambos os sistemas normativos são válidos. O jurista ignora a moral como um sistema de normas válidas, assim como o moralista ignora o Direito Positivo como sendo tal sistema. Nem a partir de um nem a partir de outro ponto de vista, existem ao mesmo tempo dois deveres que se contradizem simultaneamente. E não existe nenhum terceiro ponto de vista.³⁸

Contra nossa tese de que duas normas contraditórias não podem ser ambas válidas, alguém poderia argumentar que, afinal, existem coisas tais como colisões de deveres. Nossa resposta é que termos como 'norma' e 'dever' são equívocos. Por um lado, eles têm uma significação que pode ser expressa somente por meio de uma proposição de dever ser (o sentido primário). Por outro lado, eles também são usados para designar um fato que também pode ser descrito por uma proposição de ser (o sentido secundário), o fato

psicológico que um indivíduo tem a idéia de uma norma, de que ele próprio acredita estar obrigado por um dever (no sentido primário) e de que esta idéia ou esta crença (norma ou dever no sentido secundário) o predispõe a seguir determinada linha de conduta. É possível que o mesmo indivíduo tenha, ao mesmo tempo, a idéia de duas normas, que ele acredite estar obrigado por dois deveres que se contradizem e conseqüentemente excluem-se logicamente; por exemplo, a idéia de uma norma de Direito Positivo que o obriga a prestar serviço militar e a idéia de uma norma de moral que o obriga a recusar o serviço militar. A proposição que descreve este fato psicológico, contudo, não é mais contraditória que, por exemplo, a proposição de que duas forças opostas atuam no mesmo ponto. Uma contradição lógica é sempre uma relação entre o significado de julgamentos ou proposições, nunca uma relação entre fatos. O conceito de um assim chamado conflito de normas ou deveres significa o fato psicológico de um indivíduo estar sob a influência de duas idéias que o impelem em direções opostas; isto não significa a validade simultânea de duas normas que se contradizem mutuamente.³⁹

Estas passagens da *Teoria Geral* que dizem respeito à relação entre Direito e Moral estão para mim entre as mais difíceis desse difícil livro. São também, para várias pessoas, muito alarmantes, porque proposições como 'o jurista ignora a Moral como um sistema de normas válidas, assim como o moralista ignora o Direito Positivo como um tal sistema' parecem excluir a possibilidade de uma crítica moral ao Direito e este sempre esteve entre os erros ou mesmo os pecados imputados, um tanto indiscriminadamente, ao 'positivismo' jurídico por seus oponentes.

Implicadas nessas passagens estão algumas questões complexas que derivam de aspectos altamente idiossincráticos de Kelsen com respeito a possíveis relações entre conjuntos de normas válidas e com respeito à noção mesma de validade. Não posso discutir todos estes aspectos neste artigo e, em nosso debate, fiz pouco mais que arranhar a superfície das investidas de Kelsen nesses problemas, que considero instrutivas, mas equivocadas. Procederei no artigo da mesma maneira que procedi no debate, observando que temos nessas passagens duas teses principais. Existe, em primeiro lugar, uma doutrina destrutiva, a saber, que, ao contrário da crença comum, *não* pode existir uma relação entre Direito e Moral, tal que uma regra válida de direito esteja em conflito com ela ou, como diz Kelsen, seja 'contraditada' por uma regra moral válida; em segundo lugar, existe uma explicação construtiva da idéia de 'colisão de deveres' destinada a reconciliá-la com essa doutrina destrutiva. Para facilitar a exposição, tratarei da explicação construtiva em primeiro lugar.

Kelsen observa como uma possível objeção a sua teoria, segundo a qual duas normas contraditórias não podem ser válidas, que existem coisas tais como 'colisões de deveres'. As pessoas, sem dúvida, pensam e falam sobre elas (normalmente chamando-as de 'conflito de deveres'), como uma característica importante da vida. Mas ele não menciona um outro caso, igualmente importante, onde Direito e Moral são pensados como estando em conflito: a saber, o caso da crítica moral ao Direito. Este, tanto quanto o conflito de deveres, requer explicação de qualquer um que afirma, como faz Kelsen, que 'duas normas contraditórias não podem ser ambas válidas'.⁴⁰ A diferença entre estes dois casos apresenta-se da seguinte forma: falamos de uma colisão ou mais usualmente de um conflito de deveres quando uma pessoa reconhece que se exige dela, por meio de uma regra válida do direito de seu país, que faça alguma coisa, por exemplo, matar outro ser humano e também reconhece que se

exige dela que não faça isto por uma regra ou princípio moral que aceita. Mas, no caso da crítica moral ao Direito, o conflito entre Direito e Moral não precisa referir-se a uma pessoa ou suas ações. Assim, um inglês (a quem chamaremos 'o crítico') que não está, ele mesmo, sujeito ao serviço militar pode condenar moralmente, com o fundamento de que ninguém deveria matar, não apenas a lei da Inglaterra a respeito do serviço militar, mas também o direito contemporâneo dos Estados Unidos e o direito da Roma antiga. Em cada caso, ele considera o Direito em questão válido, mas estando em conflito com a Moral.⁴¹ Não existe, contudo, neste caso, qualquer conflito de deveres para o próprio crítico ou para qualquer inglês, estadunidense, ou cidadão da Roma antiga, exceto para aqueles que estavam *tanto* sujeitos ao serviço militar *quanto* tinham objeções morais contra ele. Claramente, os dois casos são tão diferentes que considerações distintas são necessárias do ponto de vista da doutrina destrutiva de Kelsen sobre eles.

A explicação de Kelsen do conflito de deveres é de que, apesar de podermos ingenuamente pensar que, em tais casos, uma norma jurídica válida está em conflito com uma norma moral válida, as coisas não se passam desta forma e nem poderiam ser assim. Algumas vezes, essas palavras representam o que pode ser expresso por uma proposição de dever, tal como 'Eu devo fazer o serviço militar'. Este é seu sentido normativo primário; mas existe um sentido secundário no qual elas referem-se aos fatos psicológicos, tais como o de que uma pessoa acredita, ela mesma, estar obrigada a fazer alguma coisa e está, por este motivo, disposta a fazê-la. Podemos, portanto (e, de acordo com Kelsen, nós devemos) interpretar a proposição de que uma determinada pessoa tem um conflito de deveres, simplesmente como uma referência ao fato psicológico de que ela está 'sob a influência de duas idéias que a impelem em direções opostas'.⁴² Isto não significa, de acordo com Kelsen, que duas normas válidas sejam simultaneamente válidas;⁴³ isto, em conformidade com sua doutrina destrutiva, é logicamente impossível. Interpretada à maneira de Kelsen, a proposição de que uma pessoa tem um conflito de deveres é uma mera proposição de fato, assim como a proposição de que duas forças opostas trabalham no mesmo ponto e não estabelece uma relação entre o significado de normas ou proposições de dever. Interpretada desta maneira, ela é, portanto, admissível e é, sem dúvida, o tipo de proposição que faz um psicólogo ou um sociólogo. Mas eles não estão preocupados com o aspecto normativo do direito. De acordo com Kelsen, não concebem o Direito ou a Moral como normas válidas. Seu ponto de vista é aquele da 'fatorialidade', não o da 'normatividade'.⁴⁴

Esta explicação parece-me errada pelas seguintes razões entre outras. Se um homem diz que tem um conflito de direitos e deveres morais e lhe pedimos para dizer porque ou como ele se dá, não seria francamente uma resposta adequada se ele replicasse que sentiu-se propenso a fazer e também a não fazer alguma coisa; ou, para usar a frase de Kelsen, que sentiu-se impelido em direções opostas. Deve exigir-se mais se vamos considerá-lo como tendo um conflito de deveres jurídicos e morais. Deve ser o caso de uma regra válida de direito, realmente, exigir dele que faça alguma coisa e de algum princípio ou regra moral exigir dele que se abstenha de fazê-lo; também pode ser o caso de ele acreditar que tudo isso seja o caso e que é impossível, para ele, preencher as exigências das regras tanto jurídicas quanto morais. É muito importante notar que, configurando-se que ele estava errado em acreditar que uma regra de Direito válida exigia dele fazer aquilo que a regra moral proíbe (como poderia ser se ele não soubesse que o direito em questão fora revogado), então ele não teria, de fato, um conflito de deveres. Nós diríamos a ele que,

apesar de ele *acreditar* que seus deveres estivessem em conflito, de fato, eles não estariam, por que ele estava errado quanto ao direito.

Está claro, espero, a partir das considerações precedentes, que é um elemento essencial no que nós chamamos de um conflito de deveres, que as exigências de um direito válido deveriam estar em conflito com aquelas de uma regra ou princípio moral. Para descobrir, portanto, se existe ou não um tal conflito num determinado caso, nós devemos considerar o significado da regra jurídica e da regra moral, tratando-as, para este propósito (para usar a terminologia de Kelsen), como proposições de dever. Somente se elas são inconsistentes no sentido de que não podem ser preenchidas simultaneamente, podemos verdadeiramente dizer que existe um conflito de deveres. Uma asserção segundo a qual uma pessoa tem um conflito de deveres é, ao contrário do ponto de vista de Kelsen, feita 'a partir de um ponto de vista da normatividade'. Não é uma mera proposição de fato psicológico, como 'Ele sente-se disposto a agir de modos contrários' ou 'Ele imagina que tem um conflito de deveres'.

A análise psicológica de Kelsen do conflito de Direito e Moral deve também, e talvez mais obviamente, falhar como uma explicação do caso da crítica moral ao direito. Isso porque um crítico moral que condena o direito do seu próprio ou de algum outro sistema, porque requer comportamento contrário àquele exigido por algum princípio moral, não está envolvido com qualquer proposição de fato psicológico sobre indivíduos estando sob a 'influência de idéias que (os) compelem em direções opostas'. O crítico considera claramente o significado do que Kelsen chama proposições de dever, vendo-as como normas, e nota que elas estão em conflito.

Considere-se agora a doutrina destrutiva de Kelsen. Por que ele insiste que normas válidas *não podem* existir uma ao lado da outra e estar em conflito? Ele tem, eu acho, duas razões principais. A primeira pode ser resumida por suas próprias palavras: 'O jurista ignora a Moral como um sistema de normas válidas, assim como o moralista ignora o Direito Positivo como um tal sistema. Nem de um nem do outro ponto de vista existem dois deveres que se contradigam simultaneamente um ao outro'.⁴⁵ Agora, em um sentido, essas palavras parecem-me realmente verdadeiras, mas irrelevantes para nossa questão de se normas válidas podem estar em conflito. Pois se, por um 'jurista' Kelsen quer dizer, como faz freqüentemente, um estudante de direito começando a descrever ou representar um sistema de direito particular, é realmente verdadeiro que ele desconsideraria normas não-jurídicas, se elas estivessem ou não em conflito com o Direito; porque elas simplesmente estariam fora do alvo de sua tarefa. O mesmo é verdade *mutatis mutandis* do moralista, se for uma pessoa comprometida exclusivamente em descrever um código moral. É, portanto, verdade que nem *moralista* nem *jurista* fariam proposições sobre conflito entre Direito e Moral. Mas isto não mostra que tais proposições não possam tanto ter *sentido*, nem que não possam ser *verdadeiras*. Kelsen nega isso quando acrescenta: 'E não existe terceiro ponto de vista'.⁴⁶ Mas esta parece uma asserção em branco, que não vejo razão para aceitar. Nenhum ser humano é *somente* um jurista ou *somente* um moralista. Ao menos alguém pensa sobre normas tanto jurídicas como morais e considera seus significados como normas e chega à conclusão de que elas estão em conflito. Não há dúvida que Kelsen diria que isto é possível, somente se ele abandona o ponto de vista da 'normatividade' pelo da 'faturalidade'

e considera o Direito não como normas válidas, mas como fatos, como um psicólogo ou um sociólogo faria. Mas isto parece falso pela razão já apresentada.

O segundo argumento destrutivo de Kelsen é o de que uma proposição segundo a qual uma regra legal válida e um princípio moral estão em conflito é, por si mesma, uma impossibilidade lógica. Para ele, isto é equivalente a afirmar tanto 'A deve ser' como 'A não deve ser' (onde A é alguma ação humana); e isto, ele diz, é como afirmar tanto "A é" como 'A não é', uma contradição em termos e, conseqüentemente, logicamente impossível.⁴⁷ Existem muitas objeções a este argumento e eu concluirei delineando, brevemente, as principais. Em primeiro lugar, o argumento assume que a proposição segundo a qual uma regra jurídica é válida simplesmente quer dizer que as ações às quais ela se refere devem ser feitas ('A deve ser'). Mas isto, parece-me, é confundir uma proposição sobre o direito ou com o pronunciamento do Direito pelo legislador ou com a proposição de um jurista sobre seu significado ou, como Kelsen diria, com sua 'representação' do Direito. Pois é uma teoria tolerável (apesar de eu achar não totalmente aceitável) que o Direito tal como enunciado pelo legislador ou 'representado' pelo jurista seja uma proposição de dever ser. Mas a proposição *segundo a qual* o Direito é válido certamente não repete meramente o direito: ela refere-se ao lugar do direito dentro do sistema jurídico. Não vou desenvolver este ponto aqui, em parte por que discuti o significado da validade detalhadamente em outro lugar,⁴⁸ mas também porque mesmo se renunciássemos a esta objeção, as conclusões de Kelsen, ainda assim, não se seguiriam. Pois mesmo na interpretação de Kelsen da validade, a proposição segundo a qual uma regra jurídica válida *entrou em conflito* com uma regra moral válida não seria equivalente à afirmação incoerente de que 'A deve ser' e 'A não deve ser', que ele considera uma contradição; seria equivalente à proposição *sobre* 'A deve ser' e 'A não deve ser' para o efeito de que estejam em conflito. Isto certamente não é uma contradição ou algo logicamente impossível, apesar de que Kelsen teria o direito de argumentar que ela seria falsa.

Vamos renunciar contudo, em benefício da argumentação, a ambos estes pontos e conceder que a proposição de que uma regra de Direito válida está em conflito com uma regra de Moral válida não quer dizer o mesmo que 'A deve ser e A não deve ser'. Isto é uma contradição? Tecnicamente, a proposição que contradiz (1) 'A deve ser' não é (2) 'A deve não ser', mas (3) 'Não é o caso que A seja'; e claramente a afirmação incoerente de (1) e (3) soa realmente como não tendo sentido. Mas se - o que foi posto em dúvida - quaisquer dos termos lógicos usuais for aplicável a proposições de dever ser, 'A deve ser' e 'A não deve ser' são contrários, não contraditórios. Esta contudo não é uma objeção séria, porque Kelsen poderia bem dizer que a afirmação incoerente de contrários é uma impossibilidade lógica. O que é sério é o ponto de que existem muitas interpretações que poderíamos razoavelmente dar às proposições de dever ser, que explicariam tanto por que 'A deve ser feito' como 'A não deve ser feito' expressam um conflito entre Direito e Moral e apesar disso não importam numa tentativa de estabelecer uma impossibilidade lógica. Aqui sugerirei somente uma interpretação possível. Um significado aceitável intuitivamente para 'A deve ser feito' é que 'existem boas razões para fazer A'. Se dermos ao 'dever ser' este significado então 'A deve juridicamente ser feito e A não deve moralmente ser feito' é equivalente a 'Existem boas razões jurídicas para fazer A e boas razões morais para não fazer.' Isso expressa um conflito, porque é logicamente impossível para uma pessoa fazer

tanto A como não A ao mesmo tempo. Mas, até onde posso ver, não afirma qualquer coisa contraditória ou logicamente impossível.

Finalmente, diria que em nosso debate não nos aprofundamos nessas questões bastante complexas envolvendo as relações lógicas entre Direito e Moral. Kelsen disse, contudo, que estava considerando novamente a questão das possíveis relações lógicas entre normas e, particularmente, a possibilidade de que uma norma possa logicamente entrar em conflito com uma outra. Não registro isto para mostrar que Kelsen estava impressionado com meus argumentos, pois penso que ele tenha em mente considerações um tanto diferentes. Mas devemos esperar muito que sobre esse tema que considero o mais difícil, poderemos ouvir mais do mais estimulante autor de Teoria Analítica do Direito de nossos dias.

1 "Kelsen Visited", publicado originalmente na *UCLA Law Review*, vol.10, pp.709-728, 1963, [[Reference links services](#)] e republicado em H. L. A. Hart, *Essays on Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1983). [[Reference links services](#)] Agradecemos a tradução de Leonel Cesarino Pessôa, generosamente cedida a Lua Nova. O tradutor é doutor em Direito pela USP.

2 Kelsen, H. *General Theory of Law and State* (1949). Este trabalho é referido neste ensaio como a *Teoria Geral*.

3 *Ibid.* em 45-6, 50, 163-4.

4 *Ibid.* em 54-6.

5 *Ibid.* em 373-6, 407-10.

6 *Ibid.* em 45. (ênfase adicionada)

7 *Ibid.* em 45-6. (ênfase adicionada)

8 *Ibid.* em 163. (ênfase adicionada)

9 *Ibid.* 164. (ênfase adicionada)

10 No original inglês, 'General Jurisprudence'.

11 Austin, 'The Uses of the Study of Jurisprudence', in *The Province of Jurisprudence Determined* 367 (1954).

12 Kelsen, *Teoria Geral*, 55.

13 *Ibid.* em 59.

14 Kelsen, *Teoria Geral*, 55

15 No original inglês, Homicide Act.

16 Ross, *On Law and Justice* 9-10 n. 4 (1959).

17 Golding. "Kelsen and the Concept of 'Legal System'", 47 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 355, 364 (Alemanha, 1961).

18 *Ibid.* em 365.

19 *Ibid.* em 357-9.

20 No original inglês, wrong.

21 *Ibid.* em 357-9.

22 *Ibid.* em 54.

23 *Ibid.* em 56.

24 *Ibid.* em 72

- 25 *Ibid.* em 72-3.
- 26 *Ibid.* em 55, 56.
- 27 *Ibid.* em 54.
- 28 *Ibid.*
- 29 *Ibid.* em 51.
- 30 *Ibid.*
- 31 *Ibid.* em 54.
- 32 *Ibid.* em 45.
- 33 Holmes, 'The Path of Law', em *Collected Legal Papers* 171 (1920).
- 34 Kelsen, *Teoria Geral*, 53. A dificuldade de distinguir uma penalidade de um imposto para o propósito do artigo i, § 8, da Constituição dos Estados Unidos é bem conhecida. Ver, e.g., *Steward Mach. Co. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937).
- 35 Ver a discussão da coerção e a distinção entre sanções civis e criminais em Kelsen, *Teoria Geral*, 18-19, 50-1.
- 36 Kelsen, *Teoria Geral*, 36.
- 37 No original inglês, *Morality*. Seguindo o tradutor para o português de *O Conceito de Direito*, de Hart, traduzimos o vocábulo da língua inglesa por Moral. (N. T.)
- 38 *Ibid.* em 374.
- 39 *Ibid.* em 375.
- 40 *Ibid.*
- 41 No original inglês, morality.
- 42 *Ibid.*
- 43 *Ibid.* em 376.
- 44 *Ibid.* em 374.
- 45 *Ibid.*
- 46 *Ibid.*
- 47 *Ibid.*
- 48 *The Concept of Law* 100-7, 245-7 (1961).
-

* (1907-1992) Professor de Jurisprudência na Universidade de Oxford (Inglaterra)

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452005000100010&lng=en&nrm=iso

Acesso: 15 de junho de 2007