

com que se faz referência à realidade jurídica? Que dificuldades aparecem na aplicação de normas jurídicas gerais a casos particulares? Há uma "ciência" específica para conhecer e controlar os fenômenos jurídicos? Qual é a relação entre os princípios morais que consideramos válidos e a ordem jurídica? Como se determina que princípios morais são válidos? Quais são esses princípios? Quais são suas implicações para diferentes instituições jurídicas?

A tarefa de responder a todas essas perguntas, e muitas outras relacionadas a elas, não é fácil; mas a tentativa de realizá-la não pôde deixar de ser proveitosa, porque a compreensão, ainda que inicial, da estrutura, do funcionamento e das possibilidades de aperfeiçoamento do mecanismo jurídico é um modo de começar a vislumbrar a complexa trama do tecido social que envolve a vida humana.

Capítulo Primeiro

A definição de direito

1. A pergunta "o que é o direito?"

Essa pergunta é, talvez, a que causa maior inquietação e desorientação entre os juristas.

Não deixam de ser surpreendentes as dificuldades e discordâncias que parecem surgir entre os estudiosos do direito quando se entregam à tarefa de identificar e classificar os fenômenos a cujo estudo dedicaram toda sua vida e que, por outro lado, não parecem ser nada misteriosos nem requerer técnicas especiais de observação.

Sem dúvida, nem os físicos, nem os químicos, nem os historiadores, entre outros, teriam tantas dificuldades para definir o objeto de seu estudo como têm os juristas; na maior parte dos casos, bastaria que indicassem alguns objetos ou fenômenos ou fornecessem uma breve explicação para transmitir uma ideia mais ou menos precisa do que eles estudam.

Se os juristas não conseguem resolver a questão de modo tão simples, isso não decorre, quase com certeza, de uma incapacidade profissional ou do fato de o direito ser tão extraordinariamente complexo, elusivo e variável que escapa do âmbito de qualquer definição.

Arrisco-me a antecipar a hipótese de que as dificuldades que alguns juristas, e as pessoas em geral encontram para definir o "direito" têm origem na adesão a uma certa concepção sobre a relação entre a linguagem e a realidade, que

PASTA:	16
CÓPIAS:	24
R\$:	3,36
R\$:	3,00
	FR

impede que se tenha uma ideia clara sobre os pressupostos, as técnicas e as consequências que devem ser consideradas quando se define uma expressão linguística, nesse caso o "direito".

No pensamento teórico, e no jurídico mais que em qualquer outro, ainda tem certa vigência a concepção platônica quanto à relação entre a linguagem e a realidade.

Acredita-se que os conceitos refletem uma pretensa essência das coisas e que as palavras são veículos dos conceitos. Isso supõe que a relação entre o significado das expressões linguísticas e a realidade consiste em uma conexão necessária que os homens não podem criar ou alterar, mas apenas reconhecer, detectando os aspectos essenciais da realidade que devem, inevitavelmente, estar armazenados em nossos conceitos.

Essa concepção afirma que há uma única definição válida para uma palavra, que essa definição é obtida mediante intuição intelectual da natureza intrínseca dos fenômenos denotados pela expressão, e que a tarefa de definir um termo é, por isso, descritiva de certos fatos.

Hermann Kantorowicz refere-se deste modo à concepção que estamos comentando, a qual denomina "realismo verbal":

"Muitos sistemas [filosóficos] - o platonismo antigo, o realismo escolástico, o fenomenalismo moderno - basearam-se na crença de que cabe encontrar conceitos com caráter de verdade-essencial ou de 'necessariedade', por um procedimento de intuição intelectual ou mística, já que são eles os únicos conceitos do que possa constituir a essência irrefutável das coisas. Se isso fosse assim, se, por exemplo, existisse algo semelhante à 'essência' do direito, deveria, então, admitir-se que, entre as muitas acepções do termo 'direito', o único significado e a única definição verdadeiros seriam o significado que tal essência indicasse e a definição que encerrasse esse significado. Por isso, quase toda a jurisprudência medieval e oriental, e inclusive a moderna, acreditou que entre o nome de uma 'coisa' (isto é, qualquer objeto do pensamento) e a coisa nomeada existe um nexó metafísico que seria perigoso e

sacrilego desconhecer. Isso mostra que a jurisprudência não se livrou ainda da crença antiga ou, melhor, pré-histórica na magia verbal..." (em *La definición del derecho*, p. 33 e 34)

Opõe-se a esse enfoque uma concepção "convencionalista" sobre a relação entre a linguagem e a realidade, que é defendida pela chamada "filosofia analítica".

Os filósofos analíticos supõem que a relação entre a linguagem - que é um sistema de símbolos - e a realidade foi estabelecida arbitrariamente pelos homens e, embora haja um acordo consuetudinário em denominar certas coisas com determinados símbolos, ninguém é obrigado, nem por razões lógicas, nem por fatores empíricos, a seguir os usos vigentes, podendo escolher qualquer símbolo para se referir a qualquer tipo de coisas e podendo criar as categorias de coisas que lhe forem convenientes.

Para a análise filosófica, as coisas só têm propriedades *essentiaes* na medida em que os homens as tornem condições necessárias para o uso de uma palavra; decisão que, naturalmente, pode variar.

Segundo essa corrente de pensamento, quando nos defrontamos com uma palavra como "direito", por exemplo, temos que lhe atribuir algum significado, caso pretendamos descrever os fenômenos denotados por ela, pois não é possível descrever, por exemplo, o direito argentino, sem saber o que "direito" significa.

Por outro lado, a despeito do fato de que podemos estipular um significado original ou mais preciso para a palavra que temos em vista, é conveniente verificar seu significado na linguagem comum como um meio de descobrir distinções conceituais importantes, que pressupomos sem ter consciência delas e cujo descaso pode provocar pseudoquestões filosóficas.

Desse modo, a caracterização do conceito de direito se deslocará da obscura e inútil busca da natureza ou essência do direito para a verificação dos critérios vigentes no uso comum para o emprego da palavra "direito"; e se, prescin-

dindo dessa análise, ou por meio dela, chegarmos à conclusão de que nosso sistema teórico requer a estipulação de um significado mais preciso que o ordinário para "direito", esta não será orientada por um teste de verdade em relação à captação de essências místicas, mas por critérios de utilidade teórica e de conveniência para a comunicação.

Embora essa concepção tenha cada vez maior vigência no pensamento filosófico, sua adoção pelos juristas não é comum, o que provoca, em grande parte, as dificuldades e disputas para definir "direito".

Há escritores que cogitam que só pode haver um único e verdadeiro conceito de direito e se entredam em graves meditações sobre a sua essência, sem prestar atenção ao uso ordinário da expressão e desprezando o estabelecimento de um significado teoricamente fecundo para a palavra.

Há juristas que não percebem que uma coisa é definir uma palavra e outra é descrever a realidade, e nos falam do conceito de direito como se tivessem descoberto os aspectos mais profundos da realidade.

Tudo isso, sem dúvida, é prejudicial para a identificação dos fenômenos jurídicos e provoca disputas inúteis e dificuldades artificiais.

Porém, o fato de substituir a busca da "verdadeira essência do direito" por uma investigação sobre o uso da palavra "direito" na linguagem corrente e na linguagem dos juristas não garante uma caracterização do conceito de direito com traços claros e definidos, que satisfaça certas exigências de operatividade teórica. Isso ocorre porque o uso comum do termo "direito", como o de muitas outras palavras, apresenta certos inconvenientes que costumam gerar uma série de equívocos nas discussões dos juristas.

A palavra "direito" é *ambigua* e, como se não bastasse, possui a pior espécie de ambiguidade, que não é a mera sinonímia accidental (como a de "banco"), mas aquela constituída pelo fato de ter vários significados profundamente relacionados entre si.

Vejam os estas três frases:

"O direito argentino prevê a pena capital."

"Tenho direito de me vestir como quiser."

"O direito é uma das disciplinas teóricas mais antigas."

Na primeira frase, "direito" designa o que, com mais exatidão, é chamado "direito objetivo", ou seja, um ordenamento ou sistema de normas (por exemplo, um conjunto de leis, decretos, costumes, sentenças etc.).

Na segunda, "direito" é usado como "direito subjetivo", como faculdade, atribuição, permissão, possibilidade etc.

Na terceira frase, a palavra "direito" refere-se à investigação, ao estudo da realidade jurídica que tem como objeto o direito nos dois sentidos anteriores (é lamentável que a mesma palavra se refira tanto ao objeto de estudo quanto ao estudo do objeto!).

Em geral, para evitar confusões, há um consenso de que o "direito", dito isoladamente, denote o ordenamento jurídico e que os demais sentidos sejam mencionados com as expressões: "direito subjetivo" e "ciência do direito". No entanto, muitos juristas são vítimas da confusão entre esses três sentidos.

Além disso, o termo "direito" é *vago*. Considerando o uso ordinário, não é possível enunciar as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que a palavra é empregada.

Como veremos no capítulo III, cogitou-se indicar a coatividade como propriedade exigida em todos os casos do uso de "direito" na linguagem corrente. Entretanto, há segmentos inteiros da realidade jurídica que não apresentam essa característica de forma relevante (por exemplo, a maior parte do Código Civil).

Outros propuseram como atributo necessário do conceito de direito o tratar de diretrizes promulgadas por uma autoridade, mas, para isso, tiveram que deixar de lado os costumes jurídicos, que evidentemente não apresentam essa propriedade.

Há os que escolheram a propriedade de consistir em regras gerais como necessária para o uso de "direito" em todos

os casos, mas rapidamente depararam com as sentenças judiciais que constituem normas particulares.

Não é nem um pouco estranho que uma palavra apresente esse tipo de indeterminação no uso corrente. No entanto, para muitos juristas, imbuídos do espírito essencialista, isso se torna um osso duro de roer; eles acreditam que deve haver necessariamente algo oculto e misterioso que relaciona todos os fenômenos jurídicos entre si, e fazem esforços desesperados para encontrá-lo, formulando conjecturas impressionantes para simular a sua descoberta.

O fato de reconhecermos a imprecisão da palavra direito na linguagem comum não significa que estejamos atrelados a ela e não possamos incorporar o termo "direito" a um sistema teórico sem esse caráter vago. É óbvio que em certos contextos precisamos atribuir à palavra "direito" um significado o menos vago possível, mas isso, sem dúvida, nos obriga a estipular um conjunto de propriedades como necessárias, embora não o sejam estritamente no uso comum, levando-nos a excluir da denotação de "direito" alguns fenômenos que em geral são denominados com essa palavra.

O último inconveniente que "direito" apresenta na linguagem corrente é sua *carga afetiva*.

As palavras não servem apenas para se referir a coisas ou fatos e para designar propriedades, mas às vezes também são usadas para expressar ou provocar emoções. Há palavras que têm somente esta última função (como "ai" e "viva!"); outras possuem tanto o significado descritivo quanto o afetivo (por exemplo, "democracia" e "bastardo"); e outras, ainda, só têm significado cognoscitivo (como "triângulo" e "lapiseira").

"Direito" é uma palavra com significado afetivo favorável. Denominar com essa palavra uma organização social implica condecorá-la com um título honorífico e estimular as atitudes de adesão em torno dela.

A carga afetiva que uma palavra tem prejudica seu significado cognoscitivo. Porque as pessoas estendem ou restringem o uso do termo, abrangendo ou deixando fora de

sua denotação os fenômenos que apreciam ou rejeitam, conforme o significado afetivo favorável ou desfavorável. Isso provoca uma grande imprecisão no campo de referência da expressão, e no caso de "direito" explica muitas das diferenças entre as definições defendidas pelos juristas.

Veremos essa questão agora com mais detalhes, uma vez que ela se relaciona com a velha polémica entre jusnaturalistas e positivistas sobre o conceito de direito.

2. O jusnaturalismo e o positivismo jurídico

Parece óbvio que as conotações afetivas da palavra "direito" decorrem da profunda relação dos fenômenos jurídicos com valores morais, em especial o de justiça (as pessoas tendem a assumir atitudes emocionais sempre que há questões morais em jogo). Sendo assim, uma ampla corrente de pensamento tem presumido ou defendido que a relação entre o direito e a moral deve necessariamente refletir-se no conceito de direito.

No entanto, a ideia de que há uma relação essencial entre o direito e a moral pode ter muitas variantes e nem todas elas são relevantes para a caracterização do conceito de direito. Convém mencionar algumas das teses mais comuns que sustentam a existência de uma conexão ou associação importante entre o direito e a moral:

1) As normas de todo sistema jurídico refletem de fato os valores e aspirações morais da comunidade em que vigoram ou dos grupos de poder que participam, direta ou indiretamente, da determinação de tais normas.

2) As normas de um sistema jurídico devem adequar-se a certos princípios morais e de justiça válidos em termos universais, independentemente de serem aceitos ou não pela sociedade em que tais normas se aplicam.

3) As normas de um sistema jurídico devem reconhecer e tornar efetivos os padrões morais vigentes na sociedade, seja qual for a validade de tais padrões do ponto de vista de uma moral crítica ou ideal.

- 4) Não é possível formular uma distinção conceitual taxativa entre as normas jurídicas e as normas morais vigentes em uma sociedade.
- 5) Os juízes aplicam de fato em suas decisões não somente normas jurídicas, como também normas e princípios morais.
- 6) Os juízes devem recorrer a normas e princípios morais para solucionar questões que não estão claramente resolvidas pelas normas jurídicas.
- 7) Os juízes devem se negar a aplicar normas jurídicas que contradizem radicalmente princípios morais ou de justiça fundamentais.
- 8) Se uma regra constitui uma norma de um sistema jurídico, ela tem força moral obrigatória, seja qual for sua origem e conteúdo, e deve ser aplicada pelos juízes e obedida pelas pessoas.
- 9) A ciência jurídica deve encarar a tarefa de formular princípios de justiça aplicáveis a diferentes situações juridicamente relevantes e avaliar até que ponto as normas jurídicas vigentes satisfazem tais princípios e podem ser interpretadas de modo que se ajustem a suas exigências.
- 10) Para reconhecer um sistema normativo como uma ordem jurídica ou uma regra como uma norma jurídica, não basta constatar que o sistema ou a regra em questão satisfazem certas condições fácticas, mas deve-se determinar também sua adequação aos princípios morais e de justiça; um sistema ou uma regra que não se ajustem a tais princípios não podem ser classificados como jurídicos.

Essas diversas teses que defendem a existência de uma relação relevante entre direito e moral são, na maioria dos casos, independentes, entre si e nem sempre mutuamente compatíveis. Por outro lado, nem todas elas têm o mesmo caráter lógico. Algumas são de natureza fáctica e pretendem descrever o que ocorre na realidade; outras são de tipo valorativo ou normativo e destinam-se a estabelecer o que deve ou não ser feito; por fim, outras dessas teses são de índole conceitual e versam sobre a caracterização ou defini-

ção de certas noções, como a de sistema jurídico ou norma jurídica.

A velha polémica entre o *jusnaturalismo* e o *positivismo jurídico* gira em torno da relação entre direito e moral. Uma descrição simplista do conteúdo dessa polémica diria que, enquanto o *jusnaturalismo* afirma que há uma conexão intrínseca entre direito e moral, o *positivismo jurídico* nega tal conexão. Porém, acabamos de ver que há muitas maneiras diferentes de defender a existência de um vínculo importante entre direito e moral. Não é possível supor que o *jusnaturalismo* ratifique as dez teses citadas e o *positivismo* se oponha a todas elas. Qual é, então, a tese sobre a relação entre direito e moral que o *jusnaturalismo* defende e que o *positivismo* ataca?

Para tentar responder a essa pergunta, proponho acompanharmos uma dramatização idealizada de uma sentença judicial, inspirada nos processos judiciais organizados pelos Aliados — as nações vencedoras da Segunda Guerra Mundial — contra os comandantes nazistas que participaram de diferentes ações durante o regime de Hitler (tais como o extermínio de grandes grupos humanos, torturas, privação da liberdade de pessoas inocentes, deportações, experiências médicas com seres humanos vivos, agressão injusta contra outras nações etc.). Esses processos apresentaram a particularidade de reacender o debate entre o *positivismo* e o *jusnaturalismo* e de chamar a atenção para o fato de que a posição adotada nesse debate poderia ter consequências práticas muito significativas. Para simplificar o relato, o que se expõe a seguir será apenas uma reconstrução fictícia de uma sentença judicial que poderia ter sido proferida em um desses processos; não se pretende respeitar a verdade histórica sobre os argumentos realmente apresentados pelos juízes em algum dos processos em particular; qualquer semelhança com a realidade será, portanto, quase uma coincidência.

“Na cidade de Nuremberg, aos 25 dias de novembro de 1945, reúne-se o Supremo Tribunal das Forças Aliadas para proferir sentença no processo movido contra os detidos aqui

presentes, pela suposta prática de crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Tendo ouvido os argumentos da acusação e da defesa dos processados e tendo recebido a prova de acusação e de defesa oferecidas, os senhores juizes do tribunal pronunciaram-se nos seguintes termos:

"O senhor juiz Semprônio declarou: Ilustres colegas: Estamos aqui reunidos para julgar um grupo de homens que participaram ativamente da produção do que foi, sem dúvida alguma, o fenômeno social e político mais aberrante da história da humanidade. Temos testemunhas de outros fatos históricos, remotos e não tão remotos (como os "expurgos" em um dos regimes representados neste tribunal), em que certos homens lançaram destruição, morte e sofrimento sobre extensos agrupamentos humanos. Mas dificilmente se poderá citar um antecedente comparável aos fatos que estes homens sentados hoje no banco dos réus contribuíram para desencadear. Dezenas de milhares de seres humanos foram afetados direta ou indiretamente pelos atos criminosos destes indivíduos: Inspirados em um messianismo delirante, movidos por uma crença fanática na superioridade de uma certa raça e no destino de dominação mundial de um determinado povo e de seu líder, estes indivíduos infligiram em seus congêneres danos e sofrimentos que nem sequer foram imaginados pelos escritores que exerceram sua fantasia para construir uma vívida descrição do 'castigo eterno'. Estes homens criaram um verdadeiro inferno na extensa região do mundo em que suas armas se impuseram. Basta lembrar um dos vários fatos que foram comprovados neste longo processo: o pedido feito por um laboratório de 'pesquisa científica' de um número de cadáveres de lactentes para realização de um experimento que contribuiria para o progresso da 'nova ciência ariana', e o conseguinte atendimento do pedido por parte de alguns dos acusados, exterminando filhos de mães judaicas que estavam confinadas em um dos campos de concentração. Esses são os fatos que temos que julgar hoje, decidindo se cabe ou não, tal como pede a acusação, a aplicação de uma pena aos acusados pelos crimes que foram provados perante este tribunal. A defesa de alguns dos acusados não nega os fatos aos quais se refere a acusação, mas impugna a qualificação jurídica que os tornaria puníveis. Em síntese, a defesa propõe a tese de que estes indivíduos cometeram atos

que, independentemente do valor ou desvalor moral, foram perfeitamente legítimos de acordo com a ordem jurídica do tempo e do local em que foram realizados. Os acusados, segundo essa tese, eram funcionários públicos estatais que agiram em plena conformidade com as normas jurídicas vigentes, determinadas por órgãos legítimos do Estado nacional-socialista. Não só estavam autorizados a fazer o que fizeram, como também, em alguns casos, eram legalmente obrigados a fazê-lo. A defesa nos relembra um princípio elementar de justiça, que a civilização que nós representamos aceitou há muito tempo e que o próprio regime nazista ignorou: esse princípio, usualmente enunciado com a expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, proíbe impor uma pena por um ato que não era proibido pelo direito vigente no momento de seu cometimento. A defesa sustenta que se punirmos os acusados, estaremos infringindo esse princípio liberal, visto que os atos que julgamos não eram puníveis segundo o direito que vigorava no tempo e local de sua execução. Nobres colegas: creio que um dos serviços mais importantes que este tribunal pode prestar à humanidade consiste em contribuir para varrer de uma vez por todas a absurda e atroz concepção do direito que encerra a tese da defesa. Essa concepção sustenta que temos um sistema jurídico toda vez que, em determinada sociedade, um grupo humano consegue impor certo conjunto de normas, contando com a força para fazê-las cumprir, seja qual for o valor moral de tais normas. Isso gerou o obsceno lema "A lei é a lei", que serviu para justificar as opressões mais aberrantes. Desde tempos antigos, pensadores extremamente lúcidos demonstraram a falsidade dessa ideia com argumentos contundentes. Acima das normas determinadas pelos homens, há um conjunto de princípios morais universalmente válidos e imutáveis que estabelecem critérios de justiça e direitos fundamentais inerentes à verdadeira natureza humana. Nele se incluem o direito à vida e à integridade física e o direito de expressar opiniões políticas, de praticar cultos religiosos, de não ser discriminado por razões de raça etc. e de não ser coagido sem um devido processo legal. Esse conjunto de princípios configura o que se convencionou chamar 'direito natural'. As normas positivas determinadas pelos homens são direito somente na medida em que se ajustam ao direito natural e não o contradizem.

Diante de um sistema de normas em tão flagrante oposição aos princípios do direito natural quanto a doutrina nazista, classificá-lo de 'direito' implicaria desnaturalizar de modo grotesco esse sagrado conceito. Que diferença há entre as normas desse ordenamento e as de uma organização delitosa como a máfia, senão a de que as primeiras ignoraram, de modo ainda mais radical que as últimas, os princípios de justiça e moralidade fundamentais? A posição da defesa implicaria que os juizes que julgam os membros de uma organização delitosa tenham que fazê-lo de acordo com as regras internas dessa organização e não de acordo com princípios jurídicos válidos. Se aceitássemos a tese que a defesa propõe, teríamos a situação ridícula de, depois de ter vencido o monstrosuoso regime nazista com 'sangue, suor e lágrimas', utilizarmos as normas determinadas por esse mesmo regime para absolver alguns de seus principais comandantes; os vencedores se submeteriam às normas dos vencidos. Os regulamentos do regime nazista, não sendo verdadeiras normas jurídicas, são inoperantes para legitimar os atos executados em concordância com eles mesmos. Ao contrário, tais atos constituem violações grosseiras das normas mais elementares do direito natural, que existia no tempo em que esses atos foram executados, existe agora e existirá eternamente. Assim sendo, é absurda a pretensão da defesa de que condenar os imputados implicaria violar o princípio 'não há pena sem lei prévia: que proíba o ato'; há uma lei eterna que proíbe tais atos e essa é a lei que aplicaremos se submetermos os acusados a seu justo castigo. Portanto, voto a favor de que se condenem os processados'.

"O senhor juiz Caio declarou: 'Compartilho das valorações morais que o digníssimo juiz preopinante fez dos atos submetidos à consideração deste supremo tribunal. Eu também considero que tais atos constituem formas extremamente aberrantes de comportamento humano, sem precedentes de igual magnitude no decurso prévio da história. Ao formular este parecer, não estou opinando como juiz, mas sim como ser humano e como cidadão de uma nação civilizada que contribuiu para erradicar o regime que tornou possíveis essas atrocidades. A questão é se, em nossa condição de juizes, temos permissão para fazer valer esses juízos morais na elaboração de uma decisão neste processo. Os juízos

morais, inclusive os que acabo de formular, são relativos e subjetivos. Os historiadores, sociólogos e antropólogos demonstraram como os padrões morais variaram e variam em diferentes sociedades e períodos históricos. O que um povo, em certa época, considera moralmente abominável, outro povo, em épocas ou lugares diferentes, julga perfeitamente razoável e legítimo. Podemos negar que o nazismo gerou uma verdadeira concepção moral na qual acreditavam sinceramente grandes massas da população deste país? Não há um procedimento objetivo para demonstrar a validade de certos juízos morais e a invalidade de outros. A ideia de que existe um direito natural inmutável, universal e acessível à raça humana é uma vã, embora-nobre, ilusão. É o que demonstra o conteúdo divergente que os pensadores jusnaturalistas atribuíram a esse suposto direito natural, no momento de explicitar suas normas. Para alguns, o direito natural consagra a monarquia absoluta; para outros, a democracia popular. Segundo alguns autores, a propriedade privada é uma instituição de direito natural; outros acham que o direito natural legitima somente a propriedade coletiva dos recursos econômicos. Uma das conquistas mais honrosas da humanidade foi a adoção da ideia de que os conflitos sociais devem ser resolvidos, não de acordo com os caprichos das apreciações morais dos que estão encarregados de julgá-los, mas com base nas normas jurídicas estabelecidas; é o que foi denominado 'o estado de direito'. Isso torna possível a ordem, a segurança e a certeza nas relações sociais. O direito de uma comunidade é um sistema cuja abrangência pode ser verificada de modo empírico, de forma objetiva e conclusiva, independentemente de nossas valorações subjetivas. Toda vez que encontramos um conjunto de normas que estabelecem instituições específicas, como tribunais de justiça, e que são determinadas e efetivadas por um grupo de homens que têm o monopólio da força em um território definido, estamos diante de um sistema jurídico, que pode ser de fato identificado como tal, sejam quais forem nossos juízos morais sobre o valor de suas disposições. O direito distingue-se do ordenamento normativo de uma organização delitosa, como a máfia, não pela justiça do conteúdo de suas normas, mas pelo fato de estar respaldado por um aparato coativo que é exercido sobre uma população definida e em um território

delimitado, sem entrar em competição, no mesmo âmbito, com um aparato que conte com um poder superior ou equivalente. Se a máfia conseguisse assumir o controle efetivo e estável sobre uma parte definida de território e população, as normas por ela determinadas constituíam um ordenamento jurídico. Sendo assim, considero que, pelas mesmas razões, o sistema normativo vigente na Alemanha nazista e nos países ocupados por suas tropas era um sistema jurídico, por mais que julgemos repugnante o conteúdo de suas disposições. Quero destacar que esse sistema foi reconhecido internacionalmente, até mesmo por alguns de nossos países, antes de decidirem declarar guerra ao Eixo (contudo, muitas das normas às quais nos opomos estavam vigentes e se efetivavam — ocasionando algumas das atrocidades que hoje julgamos — no tempo em que o sistema era quase universalmente reconhecido). Por certo há uma relação entre direito e moral; ninguém duvida de que um sistema jurídico costumeira refletir de fato os padrões e aspirações morais da comunidade ou de seus grupos dominantes (o sistema nazista não foi uma exceção, pois refletiu a concepção moral predominante na sociedade alemã); e também não há dúvida de que assim deve ser, para que o sistema jurídico alcança certa estabilidade e perdure. Porém, o que questiono é se, para classificar um sistema de jurídico, é conceitualmente necessária a sua concordância com os princípios morais e de justiça que consideramos válidos. Nós somos juízes, não somos políticos ou moralistas, e como tais devemos julgar de acordo com normas jurídicas. São as normas jurídicas, e não as nossas convicções morais, que definem para nós a fronteira entre o legítimo e o ilegítimo, entre o permissível e o punível. A existência de normas jurídicas implica a obrigatoriedade da conduta que elas prescrevem e a legitimidade dos atos praticados em conformidade com elas. É verdade que não somos juízes do sistema jurídico nazista — graças a Deus, derogado para sempre — e, por conseguinte, não estamos submetidos às suas normas. Mas seja qual for a posição que adotemos sobre a origem de nossa competência, e das normas que somos obrigados a aplicar, reconheceremos a validade das nefastas normas do regime nazista no tempo e lugar em que tiveram vigência. Se fosse dito que constituímos um tribunal internacional submetido às normas do direito

da comunidade de nações, deveríamos concluir que esse direito inclui o chamado 'princípio de efetividade', que outorga validade a todo sistema normativo determinado por um poder soberano que exerce de forma estável o monopólio da força em certo território. Se, por outro lado, fosse dito que somos juízes das nações vencedoras que aplicam as normas de seu próprio sistema jurídico, estendido de modo transitório a esse território, deveríamos concluir que nossos respectivos ordenamentos jurídicos incluem entre seus princípios fundamentais o de *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, que nos obriga a julgar os atos de acordo com as normas que vigoravam no tempo e lugar em que foram praticados, e não de acordo com normas estabelecidas posteriormente ou para um âmbito territorial diferente. Por qualquer caminho, na condição de juízes de direito, chegamos ao reconhecimento da validade das normas do direito nazista no momento e no âmbito territorial em que os atos em questão foram praticados. Isso não implica submetemo-nos às normas dos vencidos, é apenas a conclusão natural da aplicação das *nostras próprias* normas jurídicas. Devemos, então, aceitar a tese da defesa de que esses atos moralmente horrendos foram legítimos no aspecto jurídico e não podem ser apenados. Estes indivíduos sentados no banco dos réus já foram julgados de forma categórica pela opinião moral da humanidade civilizada. Não desnaturalizemos nossos princípios jurídicos acrescentando a essa condenação moral uma pena supérflua e perniciosa (devemos nos precaver de estabelecer um precedente suscetível de ser usado no futuro com finalidades diferentes das que buscamos). A barbárie do nazismo e a seu desdão pelo estado de direito, oponhamos nosso profundo respeito pelas instituições jurídicas. Voto, então, a favor de que se absolvam os acusados'.

'O senhor juiz Ticio declarou: 'As opiniões de meus ilustres colegas mergulharam-me em um estado de profunda perplexidade. Tenho consciência de nossa responsabilidade histórica de estabelecer princípios claros e conclusivos que expressem a resposta que o mundo civilizado deve dar a fatos de tamanha barbárie como os que são julgados neste processo. No entanto, não encontrei nos votos dos juízes que me antecederam elementos de juízo que permitam formular tais princípios. Embora haja, nessas opiniões que escuta-

mos, muitos aspectos com os quais estou plenamente de acordo, há também uma série de confusões conceituais e alguns pressupostos valorativos dificilmente justificáveis. Permitam-me começar por um ponto que, apesar de não ser diretamente relevante para o problema que temos que resolver, desempenhou um papel decisivo nas opiniões de meus colegas. O juiz Semprônio asseverou que há certos princípios morais e de justiça que são universais e eternos, acessíveis à razão e que derivam da 'verdadeira natureza humana'. Em contrapartida, o juiz Caio negou a existência de um direito natural e afirmou que os juízos valorativos são necessariamente subjetivos e relativos, sem que existam procedimentos racionais e objetivos para determinar sua validade ou invalidade. Ambas as posturas parecem-me insatisfatórias. A primeira não nos diz como se demonstra a existência dos princípios do direito natural, como são selecionadas as qualidades dos seres humanos que constituem sua verdadeira essência ou natureza ou como ocorre a inferência de princípios normativos a partir de certos pressupostos sobre a condição humana; não estou convencido de que seja possível extrair conclusões sobre o que deve ser ou se deve fazer de premissas que não são em si mesmas normativas, mas que constituem juízos sobre a configuração da realidade (não é fácil invalidar a ideia, sugerida por Hume, de que não é possível derivar o 'dever ser' do 'ser'). Por outro lado, a segunda postura, que defende que os juízos valorativos são subjetivos e relativos, também gera dúvidas difíceis de erradicar. Será verdade que quando dizemos que algo é bom ou justo limitamos-nos a soltar as rédeas de nossas emoções ou queremos dizer, simplesmente, que nós, ou nossa sociedade pensamos que é bom ou justo ou, ainda, que aprovamos o estado de coisas: a que estamos nos referindo? Do fato de as sociedades apresentarem diferentes juízos valorativos infere-se que todos eles são da mesma maneira, razoáveis e válidos? Tem sentido afirmar que não devemos julgar os homens nem as sociedades de acordo com os princípios morais que nós defendemos, mas, sim, de acordo com os que *elas* defendem? Isso não implica a impossibilidade de nenhum juízo moral quanto à conduta alheia (se o agente acreditar que está agindo moralmente)? É possível formular juízos morais e, ao mesmo tempo, afirmar que juízos morais opostos são igualmente válidos?

Confesso que minhas dúvidas quanto às duas posturas colocam-me em uma situação incômoda: embora os métodos até agora propostos pelos filósofos morais para justificar princípios valorativos últimos não me pareçam convincentes, não considero satisfatório o ceticismo ético baseado em uma concepção subjetivista ou relativista dos valores. Mas penso que podemos deixar essa questão para os filósofos — de quem espero um progressivo esclarecimento dos problemas conceituais e epistemológicos que ela envolve —, visto que, no fundo, ela não é relevante para enfrentar a discussão aqui proposta. Ainda que adotemos uma concepção cética em matéria ética, não podemos evitar a formulação de juízos morais; e se formularmos juízos valorativos — como faz o juiz Caio —, adotamos uma postura moral e ficamos comprometidos a agir em consonância com ela. O problema filosófico no qual incursionei estaria posto apenas se alguém nos desafiasse a justificar os princípios morais últimos nos quais tais juízos se baseiam; mas, por sorte, esse problema não está posto aqui, uma vez que todos nós, membros do tribunal, concordamos em nossas convicções morais fundamentais. A questão apresentada neste processo, em contrapartida, é se, como juízes, podemos empregar tais convicções morais para decidir este caso ou se devemos nos ater exclusivamente à aplicação de princípios e normas jurídicas. Para o juiz Semprônio, não existe a disjuntiva que acabo de sugerir. Para ele, o reconhecimento das regras jurídicas implica tê-las passado pela penneira de nossas convicções morais. Um conjunto de regulamentos que contradiz princípios morais e de justiça considerados válidos não constitui um sistema jurídico. Não estou de acordo com essa postura, e nisso concordo com a opinião do juiz Caio. Se não nos deixarmos seduzir pela pretensão de determinar a verdadeira essência do direito e nos preocuparmos, por outro lado, em definir como a expressão 'direito' é usada na linguagem corrente de leigos e juristas, veremos, sem dúvida, que, em muitos contextos, ela é aplicada para denominar sistemas normativos que não satisfazem as mínimas exigências de justiça. Nem todos que falam do 'direito nazista' são adeptos da ideologia nazista, e o próprio juiz Semprônio precisou recorrer a circunlóquios artificiosos para se referir ao conjunto de normas implantadas pelo Terceiro Reich, sem usar a expressão 'direito'. É difícil determinar a

abrangeância do termo 'direito' (ou 'sistema jurídico') na linguagem corrente; ela é por certo uma expressão nitidamente vaga. No entanto, o juiz Caio não se equivocou ao pressupor que a palavra se aplica a um conjunto de normas reconhecidas e praticadas pelos que controlam o monopólio da coação em um certo território. Essas são, mais ou menos, as condições que consideramos para identificar um fenômeno como 'o direito babilônio' ou como 'o direito chinês'; são condições puramente fácticas, e não incluem propriedades valorativas. Se nos perguntarmos agora, não como se usa de fato o termo 'direito', mas como seria conveniente defini-lo e empregá-lo em certo contexto, não vejo, em primeiro lugar, outro tipo de motivos para preferir uma definição a outra além da clareza conceitual e da conveniência para uma comunicação fluente, resultantes do emprego da expressão de acordo com a definição escolhida; em segundo lugar, não creio que haja razões dessa natureza que justifiquem afastar-se do uso comum predominante. Isso me leva a concluir que não podemos nos negar a classificar de 'jurídico' o sistema nazista. Porém, o juiz Semprônio poderia dizer que não se trata meramente de uma questão de palavras; como evidencia o voto do juiz Caio, o fato de identificar um sistema como direito teria consequências práticas extremamente importantes, pois implicaria concluir que suas normas têm ou tiveram validade ou força obrigatória, que os atos realizados em conformidade com elas foram legítimos, e que nós, juizes, somos obrigados a reconhecer essas normas em nossas decisões. É nesse ponto que estou em completo desacordo com o juiz Caio. Ele nos diz que as normas de um sistema jurídico são válidas ou têm força obrigatória no tempo e lugar em que vigoram; mas o que quer dizer isso? Se significa que as normas jurídicas estipulam a obrigação de realizar determinados atos, isso é indubitavelmente correto, mas não implica que devemos, de fato, realizar tais atos. A ordem de um assaltante também estipula a obrigação de realizar um ato, mas isso não quer dizer que devemos realizá-lo, embora nós nos reste outra alternativa. Por outro lado, se o que se pretende é defender a obrigatoriedade de obedecer às normas jurídicas — e não às ordens de um assaltante —, cabe indagar de onde surge essa obrigação. Não basta responder que surge de outra norma jurídica, visto que, se fosse assim, teria-

mos que perguntar se somos obrigados a obedecer a essa outra norma jurídica; em algum momento, esgotar-se-ão as normas jurídicas que estipulam a obrigação de obedecer a outras normas jurídicas. A única resposta possível é que a obrigação de obedecer às normas jurídicas surge de outro tipo de norma, de normas que são consideradas 'intrinsecamente obrigatórias'. No entanto, as únicas normas que podem ser consideradas intrinsecamente obrigatórias são as normas de uma moral crítica ou ideal (essas normas, ao contrário das normas jurídicas, só existem enquanto são válidas ou obrigatórias). Em suma, quando o juiz Caio afirma que as normas jurídicas são obrigatórias, está pressupondo uma norma ou princípio *moral* que prescreve obediência às disposições de todo sistema jurídico. Ele não é coerente com sua tese de que se deve julgar considerando apenas as normas jurídicas e não as convicções morais. O juiz Caio introduz, disfarçadamente, suas convicções morais ao postular que toda norma jurídica é obrigatória e deve ser reconhecida pelos juizes. A obrigatoriedade a que se refere é uma obrigatoriedade moral. O fato de introduzir suas convicções morais não é em si criticável — embora fazê-lo de modo dissimulado seja —, uma vez que toda decisão em um assunto moralmente relevante implica adotar uma postura moral; em contrapartida, o que é preciso determinar é se as convicções morais do juiz Caio são aceitáveis. O princípio moral de que as normas jurídicas vigentes devem ser obedecidas e aplicadas é um princípio plausível, visto que está vinculado a valores como segurança, ordem, coordenação de atividades sociais etc. Mas é absurdo pretender que ele seja o único princípio moral válido. Há outros princípios igualmente válidos, como os que consagram o direito à vida, à integridade física, à liberdade etc. Em certas circunstâncias excepcionais, a violação desses últimos princípios, em que se incorreria se fossem respeitadas as regras jurídicas, seria tão drástica e grosseira que justificaria a desobediência ao princípio moral que prescreve ater-se ao direito vigente. Essas circunstâncias aconteceram durante o regime nazista, e não se pode duvidar que os funcionários desse regime não podiam justificar em termos morais as atrocidades que cometeram com base no fato de estarem elas autorizadas ou prescritas pelo direito vigente. E mais, se um juiz alemão da época tivesse sido temerário o bastante para conde-

nar um funcionário por algum desses atos, desobedecendo às normas jurídicas vigentes, seu comportamento teria sido plenamente justificado e teria tido enorme mérito moral. Poder-se-ia dizer o contrário de uma decisão análoga que esse tribunal adotasse? Certamente não. Tanto o princípio de efetividade do direito internacional, quanto o princípio *nulla poena sine lege praevia* do direito interno de nossos países são princípios muito respeitáveis que refletem valores morais primordiais, tais como a soberania dos Estados e a segurança individual. Esses princípios devem ser considerados es- crupulosamente em todas as atuações que não envolvem uma catástrofe concreta para a sociedade. Mas nenhum va- lor moral, por mais importante que seja, é absoluto e preva- lece sobre todos os demais valores. Este tribunal tem a im- periosa necessidade de ratificar categoricamente o valor da vida, da integridade física, da intrínseca igualdade de todos os seres humanos etc. Para isso, não pode deixar impunes os mandatários de um regime que desdenhou de modo brutal desses valores, como nunca antes havia ocorrido. Isso impli- ca deixar de lado princípios jurídicos em geral valiosos, como os alegados pela defesa. Devemos assumir plenamente essa consequência lamentável como um mal menor. A solução do juiz Semprônio não evita tal consequência, mas, a implica de maneira dissimulada. Para condenar alguém, o princípio *nulla poena sine lege* exige a existência de uma lei jurídica *positi- va* que proíba o ato; esse princípio está orientado, de modo preciso, contra a pretensão de fundamentar uma pena na vio- lação de normas morais (que é o que, tanto o juiz Semprônio quanto eu, estamos propugnando). O caminho escolhido por meu preclaro colega é sumamente perigoso, pois se não se reconhece de maneira aberta a violação de um princípio valioso, não se estabelece com clareza em que circunstâncias extremas essa violação é permissível, abrindo-se a porta para outras violações disfarçadas menos justificáveis. Por conse- guinte, voto a favor de que se condenem os processados.”

Nesse veredicto hipotético debatem-se apenas algumas das teses sobre a relação entre direito e moral, menciona- das anteriormente. Os juízes do exemplo não discutiram a tese fáctica de que o direito reflete as valorações sociais rei-

antes, nem a que sugere que o direito se adapta a princí- pios morais e de justiça válidos para se justificar em termos morais – o que é, na realidade, uma proposição comunem- te verdadeira –, e tampouco a tese valorativa discutível de que o direito deve reconhecer e efetivar os juízos morais da comunidade. Os juízes participantes não questionaram, no veredicto transcrito, a possibilidade de distinguir concei- tualmente as normas jurídicas positivas e as normas morais positivas; nem se pronunciaram sobre a tese de que os juí- zes efetivamente costumam aplicar normas morais em suas decisões. Em contrapartida, os juízes do exemplo parecem adotar diferentes posturas em relação à tese de que os juí- zes devem recorrer, em certos casos, a princípios morais para justificar suas decisões; de que os juízes devem se negar a aplicar normas jurídicas que contradizem princípios mo- rais; de que toda norma jurídica, independente de sua ori- gem e conteúdo, é imperativa e deve ser obedecida, e, fi- nalmente, de que a identificação de um sistema jurídico re- quer a formulação de juízos de valor sobre a justiça e a mo- ralidade de suas disposições.

Essas teses, debatidas no veredicto transcrito – junta- mente com a tese de que a ciência jurídica deve se dedicar a formular valorações sobre o direito –, de um modo ou de outro, estão envolvidas nas discussões entre jusnaturalistas e positivistas. Porém, essa é apenas uma primeira seleção dos aspectos da relação entre direito e moral que podem ser relevantes para a controvérsia entre o positivismo jurí- dico e o jusnaturalismo. Ainda não conhecemos bem como os defensores de uma e de outra concepção se situam em relação a cada uma dessas teses, incluindo as teses relevan- tes para a controvérsia – a afirmação de que os jusnaturalis- tas apoiam todas elas, enquanto os positivistas as rejeitam continua sendo falsa e ingênua. Então, o que o jusnatura- lismo e o positivismo defendem?

O jusnaturalismo está mais ou menos fielmente re- presentado pela posição do juiz Semprônio. A concepção jusnaturalista pode ser caracterizada pela defesa conjunta destas duas teses:

- a) Uma tese de filosofia ética, que afirma a existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana.
- b) Uma tese relativa à definição do conceito de direito, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma não podem ser classificados como "jurídicos" se estão em desacordo com aqueles princípios morais ou de justiça.

Em geral, se alguém rejeitar uma dessas teses, mesmo que aceite a outra (supondo que isso seja possível), não será considerado um jusnaturalista.

Embora todos os jusnaturalistas concordem, substancialmente, em defender essas duas teses, divergem quanto à origem ou fundamento dos princípios morais e de justiça que constituem o chamado "direito natural" e quanto à determinação de quais são esses princípios.

O jusnaturalismo *teológico*, cujo representante mais notável foi Santo Tomás de Aquino, afirma que o direito natural é a parte da ordem eterna do universo originado em Deus e acessível à razão humana. Nenhuma ordem positiva tem força obrigatória se não concordar com os princípios de direito natural.

Segundo Victor Cathrein, ilustre filósofo tomista, o direito natural encontra seu fundamento primário em sua absoluta necessidade para a sociedade humana. "Para todo aquele que crê em Deus, é evidente que o Criador não poderia deixar os homens na terra sem lhes dar o que é universalmente necessário para a sua conservação e o seu desenvolvimento." Esse direito natural não é somente um direito que deve ser, mas um direito verdadeiro, válido e existente. Além disso, o direito natural é universal, aplicável a todos os homens e em todas as épocas, e necessário, visto que é imutável.

De acordo com esse filósofo católico, a ordem positiva que não se adequar ao direito natural não terá força obrigatória de direito. "Imaginemos um tirano como o príncipe de Daomé, que erige em norma sua crueldade e sua lascívia, promovendo verdadeiros massacres de vítimas humanas a

seu bel-prazer. Devemos dar a essas sanguinárias ordens de um despota o santo nome de direito?"

Segundo essa concepção, as leis positivas devem ser o "corolário do direito natural" (como as leis que proíbem matar) ou devem ter a função de "determinação aproximativa", prescrevendo os postulados gerais do direito natural (por exemplo, estabelecendo a idade em que se adquire a capacidade de contratar). As leis positivas devem ter também a função de tornar efetivos, mediante a coação, os mandados do direito natural. (Ver também, Cap. VII, pp. 451 ss.)

O jusnaturalismo *racionalista* teve origem no chamado movimento iluminista, que se estendeu pela Europa nos séculos XVII e XVIII e foi apresentado por filósofos como Espinosa, Pufendorf, Wolff e, finalmente, Kant. Segundo essa concepção, o direito natural não deriva dos mandados de Deus, mas da natureza ou estrutura da razão humana.

Os juristas racionalistas tentaram formular detalhados sistemas de direito natural, cujas normas básicas — das quais se inferiam, logicamente, as restantes — constituíam supostos axiomas, evidentes por si mesmos à razão humana e comparáveis aos axiomas dos sistemas matemáticos. Os pressupostos e métodos do racionalismo influenciaram a composição da chamada "dogmática jurídica", que é a modalidade da ciência do direito predominante nos países de tradição continental europeia.

Após esse último movimento, surgiram outras correntes jusnaturalistas, em geral dissimuladas (uma vez que, em geral, resistiram a atribuir a si mesmas esse qualificativo). A concepção *historicista*, de autores como Savigny e Puchta, pretende inferir normas universalmente válidas a partir do desenvolvimento da história humana. Supõe-se que a história é movida por uma necessidade interna que a conduz para algum destino. A direção da história constitui o critério para determinar o bom e o mau. Essa concepção pretende, então, mostrar que certas normas ou valorações derivam de determinadas descrições ou previsões sobre a realidade; isto é, o que deveria ser se deduz do que é ou será.

A mesma pretensão está por trás de outra corrente jusnaturalista difundida no século XX, sobretudo na Alemanha: a que se fundamenta na "*natureza das coisas*". Essa concepção, defendida por autores como Dietze, Maihofer e Welzel, afirma, em geral, que certos aspectos da realidade possuem força normativa e constituem uma fonte de direito à qual o direito positivo deve se adequar.

Por exemplo, Hans Welzel afirma que, na realidade, existem certas estruturas ontológicas — as quais denominaria "estruturas lógico-objetivas" —, que, segundo ele, impõem limites à vontade do legislador. Em especial, Welzel salienta que essas estruturas determinam um conceito "finalista" de ação humana, que não pode ser desvirtuado pelo legislador, do qual resultaria uma série de soluções relevantes para o direito penal.

Apesar da diversidade quanto à origem e quanto ao conteúdo dos princípios do direito natural, o jusnaturalismo pode ser caracterizado pela adesão às duas teses anteriormente mencionadas. Muito mais difícil, por sua vez, é caracterizar a concepção positivista do direito. Isso porque o termo "positivismo" é acentualmente ambíguo: ele faz referência a posturas diferentes que nem sempre têm relação entre si; ou que, em muitos casos, foram rejeitadas explicitamente por alguns autores considerados positivistas, e apoiadas por outros juristas positivistas, mas não como parte essencial do positivismo por eles defendido. A ambiguidade do rótulo de "positivista" torna-se evidente se perguntarmos, dentre os juizes que opinaram no veredicto transcrito, qual expressa melhor a concepção positivista do direito. Alguns dirão confiantes que é o juiz Caio, enquanto outros, com igual firmeza, garantirão que o juiz Lício reflete a postura positivista, e haverá até os que afirmem que nenhum dos dois é de-fato positivista.

Algumas das principais posturas atribuídas ao positivismo, por seus próprios adeptos ou por seus oponentes, são as seguintes:

a) O ceticismo ético

Muitos juristas identificam o positivismo com a tese de que não existem princípios morais e de justiça universalmente válidos e cognoscíveis por meios racionais e objetivos.

Essa tese se opõe diretamente à primeira tese do jusnaturalismo; como vimos, essa postura foi adotada pelo juiz Caio, no veredicto imaginário que propusemos.

Se considerarmos a obra de alguns célebres pensadores positivistas, como Hans Kelsen e Alf Ross, perceberemos facilmente que em geral eles defendem decididamente essa tese. Sob a influência das concepções filosóficas empiristas e dos postulados do chamado "positivismo lógico", originado no Círculo de Viena, esses autores defendem que os únicos juízos cuja verdade ou falsidade pode ser decidida de maneira racional são (excetuando-se os juízos analíticos, cuja verdade é determinada por sua estrutura lógica) os juízos que possuem conteúdo empírico. Segundo esses e outros autores, os enunciados morais não satisfazem essa condição e não expressam, portanto, proposições genuínas, que possam ser classificadas como verdadeiras ou falsas. Para eles, os enunciados valorativos são subjetivos e relativos e se limitam a expressar os estados emocionais de quem os formula. Kelsen, por exemplo, afirma que as definições propostas para o conceito de justiça são vazias, e que não poderia ser de outro modo, pois o conceito carece de conteúdo cognoscitivo; a justiça é um mero "ideal irracional". Segundo esse autor, as tentativas de justificar racionalmente certos princípios de justiça costumam incorrer no vício lógico de pretender derivar juízos de "dever ser" — ou normativos — de juízos do "ser" — ou descritivos.

No entanto, nem todos os positivistas compartilham essa tese de filosofia ética. Longe disso, pensadores como Bentham e Austin, que podem ser considerados fundadores do positivismo jurídico moderno, acreditavam na possibilidade de justificar racionalmente um princípio moral universalmente válido, do qual derivam todos os juízos valora-

tivos: é o chamado "princípio de utilidade", que afirma, em síntese, que uma conduta é moralmente correta quando contribui para aumentar a felicidade do maior número de pessoas. E mais, esses autores asseveraram que esse princípio está em consonância com a natureza humana. Austin, em particular, afirmava que tal princípio deriva, em última instância, da vontade divina. Mesmo um positivista contemporâneo, como H. L. A. Hart, que não é, de modo algum, um cético em matéria ética, incursionou com lucidez na discussão de problemas valorativos, como o da justificação da pena, evidenciando que não considera que tal tipo de discussão seja irracional e envolva um mero choque de atitudes emocionais.

Desse modo, não é correto identificar o positivismo jurídico com o ceticismo ético. Se existe algo em comum no pensamento dos mais importantes representantes da concepção positivista do direito, não é a crença de que os juízos valorativos são subjetivos e relativos. Mesmo no caso de Kelsen e Ross, pode-se afirmar que, embora se apoiem no ceticismo ético — como veremos depois — para defender sua postura positivista, eles não *identificam* essa postura com o ceticismo ético.

Portanto, devemos concluir que, para a postura positivista, a rejeição da primeira tese do jusnaturalismo não é essencial: A crença na existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e justificáveis de modo racional é perfeitamente compatível com a concepção positivista do direito (ainda que os positivistas se recusem a classificar esses princípios como "direito natural", a fim de evitar que sua postura se confunda com a dos jusnaturalistas).

b) O positivismo ideológico

Foi atribuída também ao positivismo a tese de que o direito positivo tem validade ou força obrigatória e suas disposições devem ser necessariamente obedecidas pela po-

pulação e aplicadas pelos juízes, prescindindo de escrúpulos morais, qualquer que seja o conteúdo de suas normas.

Essa tese é, em síntese, a que foi apresentada anteriormente como tese 8, sobre a relação entre direito e moral, implicando a negação da tese 7. Foi defendida também pelo juiz Caio no veredicto transcrito.

Entretanto, é muito difícil encontrar algum filósofo positivista importante que seja plenamente adepto dessa tese. Se considerarmos a obra de autores como Bentham, Austin, Hart, Ross e Bobbio, não encontraremos nenhum elemento de juízo que apoie essa tese, havendo até mesmo afirmações explicitamente contrárias a ela. O caso de Kelsen, como veremos em seguida, é mais complicado, porque sua teoria inclui certas postulações que parecem conter a tese considerada, embora eu acredite que seja injusto atribuir isso a ela de modo definitivo. Não obstante, essa é a postura mais frequentemente imputada ao positivismo pelos autores jusnaturalistas; a crença de que os positivistas são adeptos dessa ideia está por trás da habitual acusação de que sua doutrina se presta a justificar qualquer regime de força, tendo contribuído, conseqüentemente, como marco teórico para legitimar um sistema como o nazista ou o soviético.

Norberto Bobbio denomina "positivismo ideológico" a tese que estamos comentando e a caracteriza como a concepção que defende estas proposições:

"1) O direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, isto é, de ser a emanção da vontade dominante, é justo; ou seja, o critério para julgar a justiça ou injustiça das leis coincide perfeitamente com o adotado para julgar sua validade ou invalidade. 2) O direito como conjunto de regras impostas pelo poder que exerce o monopólio da força de determinada sociedade serve, com sua própria existência, independentemente do valor moral de suas regras, para a obtenção de certos fins desejáveis como a ordem, a paz, a certeza e, em geral, a justiça legal". (em *O problema do positivismo jurídico*)

Alf Ross, por sua vez, a denomina "pseudopositivismo" e, em *O conceito de validade e outros ensaios*, afirma o seguinte:

"É verdade, no entanto, e seria preciso insistir nisso para explicar o mal-entendido, que certo número de autores, comumente considerados 'positivistas', têm defendido o ponto de vista descrito por Verdross, de que a ordem estabelecida é, como tal, merecedora de obediência... Esse tipo de filosofia moral tem, até onde posso perceber, várias fontes. Uma, acho, remonta aos ensinamentos de Martinho Lutero, que deu um novo significado às palavras de São Paulo, de que toda autoridade estatal provém de Deus. Outra pode ser encontrada na filosofia de Hegel, condensada no famoso *slogan* 'o que é real é válido, e o que é válido é real'. Também concorda com a ideologia do conservadorismo: o que tem êxito está justificado, porque Deus permitiu que o tenha... Essa é a atitude revelada no *slogan Gesetz ist Gesetz* [a lei é a lei], que significa que qualquer *ordem jurídica* é direito e, como tal, seja qual for seu espírito e suas tendências, deve ser obedecida.

Como revelam essas citações, a tese que estamos considerando não é de natureza conceitual, envolvendo, sim, uma postura ideológica ou moral. Ela combina, hipoteticamente, uma definição de direito em termos puramente fácticos — como a que os positivistas propugnam (por exemplo, "o direito é o conjunto de normas impostas pelos que têm o monopólio da força em uma sociedade") —, com a ideia jusnaturalista de que toda norma jurídica tem força obrigatória moral — (ideia coerente com a postura jusnaturalista de que uma regra não é jurídica se não satisfizer exigências morais ou de justiça).

O positivismo ideológico pretende que os juízes assumam uma postura moralmente neutra e que se limitem a decidir conforme o direito vigente. Porém, essa pretensão é ilusória.

Se o direito for definido em termos puramente fácticos, as proposições sobre as quais o direito vigente dispõe são redutíveis a proposições sobre fatos. Todavia, é um princípio da lógica do raciocínio prático (o raciocínio que leva à justificação de uma ação ou decisão) que as proposições que descrevem meros fatos não expressam razões operativas para justificar ações ou decisões. Não se pode justificar uma

ação ou decisão partindo do princípio de que algo ocorreu ou ocorrerá na realidade. Além disso, deve-se recorrer a desejos, interesses ou a valorações. Quando se trata de uma ação moralmente relevante, as razões morais excluem as razões prudenciais constituídas por desejos ou interesses, que se tornam insuficientes para justificar a ação ou decisão. (Por exemplo, para justificar minha decisão de passar um tempo em Oxford, não basta que eu mencione o *fato* de que é um lugar ideal para estudar filosofia; tenho que apelar, além disso, para meu *desejo* ou *interesse* de estudar filosofia — o que em geral está implícito quando se faz o primeiro tipo de menção. Mas se, por outro lado, tenho o *dever* de cuidar de um parente doente e o fato de ir a Oxford me impede de cumprir esse dever, a referência a um desejo ou interesse já não é suficiente para justificar minha decisão de passar um tempo lá.)

Isso significa que, quando um juiz tenta justificar sua decisão dizendo: "o direito vigente dispõe a solução que escolhi adotando", considerando, como os positivistas, que essa proposição é meramente descritiva de certos fatos e não implica valoração, devemos concluir que o juiz não conseguiu justificar sua decisão, a menos que se pressuponha, de modo implícito — como em geral ocorre —, um princípio moral como o que diz "deve-se observar o que o direito positivo dispõe". Os juízes, como todos nós, não podem evitar a adoção de posturas morais em matérias moralmente relevantes.

Em suma, o positivismo ideológico é uma postura valorativa que defende que os juízes devem considerar, em suas decisões, um *único* princípio moral: o que prescreve observar tudo o que o direito vigente dispõe. Porém, feita essa constatação, constata-se também a fragilidade radical do positivismo ideológico. Como disse o juiz Tício no veredito imaginário, em geral, embora esse princípio moral aparentemente se justifique (há razões de ordem, segurança e certeza que o apoiam), ele não é o único princípio moral válido, nem o único a ser considerado pelos juízes em suas decisões.

Dissemos que os principais representantes do positivismo estão longe de ser positivistas no sentido ideológico. Kelsen é um caso especial. Ele afirma que as normas jurídicas existem desde que e enquanto forem válidas ou tiverem força obrigatória; as normas acontecem, não no mundo dos fatos, do que "é", mas no mundo do que "deve ser". (Em-bora sejam necessários certos fatos para que elas existam, como a sua determinação e aplicação.). Nisso Kelsen concorda com o jusnaturalismo, porém, como esse autor pretende fundar uma ciência jurídica neutra em termos valorativos, rejeita o pressuposto jusnaturalista de que a validade ou força obrigatória das normas jurídicas deriva da concordância com princípios morais ou de justiça. Para Kelsen, essa validade ou força obrigatória deriva, em contrapartida, de uma norma não positiva; sua famosa norma básica, que afirma que o que uma ordem coativa eficaz estabelece, "deve ser". Para ele, essa não é uma norma moral; ela é um mero pressuposto epistemológico, uma espécie de hipótese de trabalho da ciência jurídica. Esse pressuposto epistemológico permite aos juristas acessar, sem assumir um compromisso moral ou ideológico, a verdadeira realidade jurídica, que, como dissemos, para Kelsen, é composta, não de fatos, mas de entidades: as normas jurídicas - que pertencem ao mundo do "dever ser". Se um estudioso do direito não pressupõe que uma ordem estabelecida por quem exerce o poder deve ser cumprida, não estará em condições de descrever essa ordem como uma norma jurídica. Descreveria um simples fato, tal como fazem, por exemplo, os sociólogos.

Porém, em nenhum momento Kelsen diz que, em suas decisões, os juízes precisam aceitar a norma básica que determina que deve ser cumprido o disposto por um sistema coativo eficaz. Ele fala apenas da aceitação *hipotética* da norma básica por parte dos juristas teóricos, para descrever - não para aplicar - o direito. Kelsen não nega que os juízes podem deixar de aplicar normas jurídicas em suas decisões por razões morais. Isso permite afirmar que, apesar das aparências, Kelsen também não é "um positivista ideológico".

lógico". Kelsen não afirma que existe uma obrigação moral de obedecer ou aplicar toda norma jurídica.

c) O formalismo jurídico

Costuma-se também atribuir ao positivismo certa concepção sobre a estrutura de toda ordem jurídica. Segundo essa concepção, o direito é composto exclusiva ou predominantemente por preceitos legislativos, ou seja, por normas promulgadas de modo explícito e deliberado, por órgãos centralizados, e não, por exemplo, por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais. Essa concepção afirma ainda que a ordem jurídica é sempre completa - isto é, sem lacunas -, consistente - livre de contradições - e precisa - suas normas não são vagas ou ambíguas. Em suma, a ordem jurídica é um sistema autossuficiente para fornecer uma solução unívoca para qualquer caso concebível. Bobbio denominou essa concepção "positivismo teórico", porque implica certa teoria sobre a estrutura de toda ordem jurídica. Também é comum denominá-la "formalismo jurídico".

Esse tipo de positivismo, geralmente, está ligado ao positivismo ideológico que acabamos de examinar. Isso porque, por um lado, o positivismo ideológico defende, em geral, a absoluta submissão dos juízes aos mandados legislativos - o que pressupõe que o direito é composto unicamente de leis - e, por outro lado, porque o postulado do positivismo ideológico, segundo o qual os juízes sempre devem decidir conforme normas jurídicas - e não de acordo com outro tipo de princípios -, pressupõe que tais normas sempre oferecem uma solução unívoca e precisa para qualquer caso concebível; do contrário, os juízes teriam que recorrer, às vezes, a outro tipo de critérios não jurídicos para justificar sua decisão.

Como veremos em outro trecho desta obra, essa concepção do direito teve considerável influência na formação do modelo de ciência jurídica desenvolvida nos países da

tradição continental europeia — a chamada "dogmática jurídica" —, e muitos dos partidários dessa ciência são, implicitamente, adeptos dessa concepção, inclusive nos casos em que tais juristas se apresentam como jusnaturalistas.

Como no caso das teses examinadas anteriormente, não se pode afirmar que os principais representantes do positivismo sejam adeptos dessa concepção do direito. Pelo contrário, tanto Kelsen quanto Ross e Hart declararam, claramente, que uma ordem jurídica pode ser integrada por normas consuetudinárias e jurisprudenciais, além das normas legisladas, e não se pronunciam sobre quais normas têm prioridade.

Por outro lado, tanto Ross quanto Hart (e, na Argentina, autores como Carrió, Alchourrón e Bulygin) contribuíram, de modo significativo, para esclarecer o tipo de indeterminações que uma ordem jurídica pode apresentar, tais como lacunas e contradições lógicas, e imprecisão e ambiguidade lingüísticas. Eles mostraram que o direito não é um sistema autossuficiente de soluções, o que muitas vezes deixa os juízes sem outra alternativa, senão a de recorrer a princípios ou critérios não jurídicos para justificar suas decisões.

Nesse aspecto, Kelsen também é um caso especial. Em suas obras mais importantes, defendeu a tese de que o direito não apresenta lacunas ou contradições lógicas, embora tenha admitido, em contrapartida, a existência de indeterminações lingüísticas que fazem com que o direito, segundo ele, apresente aos juízes várias alternativas, em vez de uma única solução. No entanto, no que se refere à tese de que o direito é necessariamente completo e consistente, Kelsen não sugere, de modo algum, que essa tese seja relevante para sua postura positivista.

d) O positivismo metodológico ou conceitual

Se nenhuma das teses anteriores caracteriza de modo essencial o positivismo defendido por autores como Bentham,

Austin, Hart, Ross, Kelsen, Bobbio etc., qual é, então, a tese com que todos esses autores concordam? Ela consiste na negação da tese 10, mencionada no começo desta seção, ou seja, é a tese que afirma que o conceito de direito *não* deve ser caracterizado de acordo com propriedades valorativas, mas apenas de acordo com propriedades descritivas. Segundo essa tese, as proposições sobre as quais o direito dispõe não implicam juízos de valor, sendo verificáveis em relação a certos fatos observáveis empiricamente.

A ideia de que se deve caracterizar o conceito de direito em termos não valorativos, fazendo-se referência a propriedades fácticas, é uma tese meramente conceitual. Ela não implica uma postura valorativa sobre como devem ser as normas jurídicas e qual é a atitude a ser adotada diante delas. Segundo essa postura, é perfeitamente coerente dizer que certo sistema é uma ordem jurídica ou que certa regra é uma norma jurídica, mas que ambas são demasiadamente injustas para serem obedecidas ou aplicadas. Um positivista dessa linha de pensamento pode dizer, sem contrair-se, que em determinados casos os juízes são moralmente obrigados a desconhecer certas normas jurídicas — tal como afirmou o juiz Tizio no veredicto que imaginamos. Essa posição não será aceita nem pelos jusnaturalistas nem pelos positivistas ideológicos; um jusnaturalista dirá que, se os juízes forem moralmente obrigados a desconhecer uma norma, ela não será uma norma jurídica; um positivista ideológico, por sua vez, dirá que se uma norma for uma norma jurídica, os juízes serão necessariamente obrigados a aplicá-la.

Para distinguir esse tipo de positivismo do positivismo ideológico e do teórico, costuma-se denominá-lo "positivismo metodológico". Talvez fosse melhor chamá-lo "positivismo conceitual", para evidenciar que sua tese distintiva é uma tese sobre a definição do conceito de direito. Essa proposição conceitual se opõe à segunda tese do jusnaturalismo, segundo a qual a identificação de uma ordem ou norma jurídica pressupõe juízos valorativos sobre sua ade-

quação a certos princípios morais ou de justiça. Em contrapartida, o positivismo metodológico ou conceitual, como tal, não se opõe à primeira tese do jusnaturalismo, que defende a existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e justificáveis de modo racional. Essa linha de positivismo não envolve uma tese de filosofia ética e não implica necessariamente a adesão a uma postura cética em relação à justificação dos juízos de valor.

Em suma, a controvérsia entre o jusnaturalismo e o positivismo, que estamos considerando, reduz-se a mera questão de definição de "direito". Como, então, deve ser decidida essa controvérsia?

Para os que aceitam uma concepção "essencialista" da linguagem, trata-se de captar a verdadeira essência do direito. Porém, os adeptos dessa concepção não oferecem um procedimento intersubjetivo para a apreensão da essência de uma coisa, recomendando, sim, em última instância, a confiança em certa intuição intelectual, que não é objetivamente controlável. Desse modo, torna-se difícil vislumbrar a resolução para essa controvérsia no âmbito de uma concepção essencialista.

Por outro lado, segundo a concepção "convencionalista" da linguagem, o significado de uma palavra é determinado pelas regras convencionais que indicam as condições do seu uso. Assim sendo, a controvérsia sobre o significado de uma expressão linguística, como "direito", pode ser encarada a partir de dois ângulos diferentes.

O primeiro consiste em averiguar como se usa de fato a palavra em questão na linguagem ordinária. Não há dúvida de que, em muitos contextos, a palavra "direito" é empregada sem nenhuma conotação valorativa (mesmo que a palavra conserve, como já vimos, certa carga afetiva favorável). A frase "o direito é injusto demais" não parece conotativa; tal como, por exemplo, a frase "esse ouro não é metálico". No entanto, é possível que, em outros contextos, o termo "direito" ou o qualificativo "jurídico" sejam empregados para se referir apenas a regras que *devem ser* — do

ponto de vista moral — observadas e aplicadas. Afinal de contas, seria irracional supor que o jusnaturalismo não teve influência na linguagem ordinária e que a palavra "direito" nunca foi empregada como essa concepção propugna. É possível que tanto o positivismo quanto o jusnaturalismo tenham conseguido certo grau de autoconfirmação, incidindo na geração de usos diferentes da palavra "direito" correspondentes às propostas de ambas as concepções, propiciando, assim, a ambiguidade que essa palavra possui na linguagem ordinária. Enquanto no contexto de estudos sociológicos, históricos, antropológicos e de direito comparado não há dúvida de que a expressão "direito" é empregada com o significado proposto pelos positivistas, é provável que, algumas vezes, no discurso dos juízes e advogados em exercício, a expressão seja usada de acordo com a concepção jusnaturalista, isto é, aludindo a normas que *devem* ser reconhecidas e cumpridas, que têm necessariamente força obrigatória moral.

Se fosse assim, não se poderia dizer que uma das duas concepções em debate — o positivismo ou o jusnaturalismo — é a única que descreve corretamente o uso comum da expressão "direito". Ambas as concepções parecem refletir o uso da expressão em determinados contextos; uso que foi estabelecido, em parte, pela respectiva influência de uma das concepções em tais contextos.

No entanto, poder-se-ia afirmar que não tem sentido reduzir as posturas jusnaturalista e positivista a meras teses lexicográficas sobre o emprego efetivo da palavra "direito" na linguagem espontânea de leigos e teóricos. Talvez essas posturas não versem sobre o emprego efetivo dessa expressão, e sim sobre como ela *deveria ser usada*. Isso nos leva ao segundo ângulo, no qual, segundo a concepção "convencionalista" da linguagem, pode-se enfrentar uma discussão sobre o significado de uma expressão linguística.

Os positivistas formularam vários argumentos a favor da definição da palavra "direito" a partir das propriedades descritivas, excluindo-se as valorativas.

Um desses argumentos, formulado por autores como Kelsen e Ross, aponta a conveniência de definir "direito" ou "sistema jurídico" de tal modo que essas expressões possam ser usadas como componente central da linguagem da *ciência jurídica*, que, como toda ciência, deve ser puramente descritiva e neutra no aspecto valorativo. Uma atividade teórica descritiva precisa recorrer a termos cujo significado seja apenas descritivo; o emprego de expressões com conotações valorativas compromete a neutralidade dos enunciados no aspecto axiológico. Contudo, um jusnaturalista poderia replicar que, em primeiro lugar, o termo "direito" não é empregado apenas no âmbito da ciência jurídica, mas também em atividades essencialmente normativas e não descritivas, como a administração de justiça. Em segundo lugar, poderia dizer que o fato de a atual ciência jurídica ser uma atividade puramente descritiva é questionável, sendo também discutível o fato de que ela deva ser. Isso torna a tese 9, mencionada no início, indiretamente relevante para a discussão entre positivistas e jusnaturalistas. Afinal, esse argumento depende, na verdade, da questão sobre a natureza e alcances da chamada "ciência jurídica" — questão que será tratada no Capítulo VI.

Outro argumento, também implícito em autores como Kelsen e Ross, é que, sendo os juízos de valor subjetivos e relativos, se o conceito de direito fosse definido a partir de propriedades valorativas, ele se transformaria, igualmente, em uma noção subjetiva e relativa, que cada um empregaria de modo divergente, segundo suas preferências e atitudes ativas; isso tornaria impossível uma comunicação eficaz e fluente entre juristas, advogados, juízes etc. O fato de Kelsen e Ross recorrerem a esse argumento nos permitiu dizer que, embora o ceticismo ético defendido por eles não se identifique com sua postura positivista, e.e. serve de apoio para sustentá-la. Porém, como vimos, nem todos os positivistas são céticos em matéria ética, por isso nem todos eles podem recorrer a esse argumento para defender uma definição puramente descritiva, que desconsidere propriedades valorativas da expressão "direito".

Um terceiro argumento, que quase todos os positivistas apresentam, ressalta as vantagens teóricas e práticas de uma definição de "direito" que distinga, de modo cuidadoso, o direito que "é" do direito que "deve ser". Uma definição do tipo que o jusnaturalismo propõe torna impossível essa distinção, visto que, segundo ele, nada "é" direito, senão "deve ser" direito. Essa visão confunde a realidade com nossos ideais, o que dificulta não só a descrição da realidade, como também a própria crítica dessa realidade segundo nossos ideais. Entretanto, um jusnaturalista poderia replicar que sua definição de "direito" permite fazer uma distinção exatamente paralela à que o positivismo propõe, e que satisfaz as mesmas finalidades; a distinção entre o que "é" direito e o que "é considerado" direito (por parte de algumas pessoas). Quando um positivista diz que algo "é" direito, um jusnaturalista diria que isso "é considerado" direito; e quando um positivista afirma que algo "deveria ser" direito, um jusnaturalista (que compartilha suas convicções valorativas) diria que isso "é" direito.

No entanto, essa réplica não é de todo convincente, pois há certos inconvenientes na definição de qualquer conceito mediante propriedades valorativas ou normativas.

Em primeiro lugar, embora haja princípios morais ou de justiça de natureza objetiva, é um fato óbvio que, na prática, as pessoas divergem sobre quais são esses princípios. Portanto, se o conceito de direito fosse definido com base em propriedades valorativas e para identificar uma ordem jurídica, fosse necessário determinar sua correspondência com aqueles princípios morais e de justiça, haveria grandes divergências na identificação dos sistemas jurídicos. Isso traria graves problemas para a comunicação, sobretudo entre os juristas.

Em segundo lugar, há certo tipo de crítica valorativa em relação a um indivíduo, objeto ou instituição que pressupõe uma comparação com outros, pertencentes à mesma categoria; em função de certas propriedades fácticas comuns. Quando alguém diz que um objeto é uma faca ruim ou que

uma pessoa é um mau professor, não diz que se trata de um objeto ruim ou de uma má pessoa, mas que são ruins como fáca ou como professor. Se o simples fato de serem ruins os excluísse da categoria das facas ou dos professores, não poderíamos criticá-los por serem uma *faca* e um *professor* que não satisfazem as condições de excelência de sua categoria. O mesmo acontece com o conceito de direito, se decidirmos que ele só é aplicável a sistemas bons ou justos. Não poderíamos fazer comparações entre um sistema jurídico bom e outro ruim, porque esse último sistema não seria um sistema jurídico. Desse modo, obscureceremos os traços fácticos, comuns que um e outro sistema têm, deixando de perceber, com clareza, qual é o peculiar desvalor que um sistema, com essas propriedades fácticas pode apresentar. Assim como há certas falhas específicas que fazem com que uma pessoa que satisfaz as condições fácticas que nos permitem chamá-la de "professor" seja um mau professor (e não, por exemplo, um homem mau ou um mau marido), há também certas falhas específicas que fazem com que um sistema normativo, que reúne as condições fácticas que nos permitem classificá-lo de "direito", seja um direito injusto. O sistema normativo imposto na Alemanha nazista choca pela injustiça tão radical, precisamente por ter sido um sistema jurídico, ou seja, um sistema que compartilhava certas propriedades fácticas comuns com outros sistemas jurídicos, como o argentino ou o norte-americano. Em contrapartida, se o vissemos, não como um sistema jurídico, mas como a ordem normativa de uma organização delituesa — como a máfia —, continuaríamos considerando-o aberrante, porém deixaríamos de perceber com clareza a horrenda iniquidade envolvida na implantação de um sistema, respaldado pelo monopólio da força, em um certo território, constituído por leis e aplicado por juizes e servidores da justiça; mas que, ao contrário de outros sistemas que reúnem, essas mesmas propriedades, não se destinava a garantir condições de vida razoavelmente seguras e equitativas para toda a população, e, sim, a assegurar o domínio de certa raça, eliminando os "seres inferiores" e os dissidentes.

Por outro lado, os sistemas normativos comumente denominados "direito" em contextos descritivos apresentam traços comuns de natureza fáctica, com tal relevância para qualquer análise social — como as realizadas por sociólogos, antropólogos, historiadores etc. — que se torna necessário agrupá-los conceitualmente em uma única categoria, distinguindo-os de outros fenômenos sociais. Se não pudéssemos utilizar a palavra "direito" para denominar todos os membros dessa categoria, teríamos que inventar outra palavra que cumprisse a mesma função. (O jusnaturalismo não poderia se opor a que chamássemos, por exemplo, "flux" a tudo o que os positivistas chamam "direito". Porém, por que o amplo uso da grafia "flux" seria admissível e não o deveria ser o uso igualmente amplo da grafia "direito"?)

O resultado dessa discussão nos permite concluir que há certas razões importantes que favorecem a postura adotada pelo positivismo metodológico ou conceitual no que se refere à definição de "direito", mas também nos permitem perceber que a escolha entre essa posição e a do jusnaturalismo não implica a tomada de posição numa questão filosófica profunda, e, sim, numa simples questão verbal. Uma controvérsia sobre o significado que se dá ou que deve ser dado a certa palavra — como, em suma, a controvérsia entre o jusnaturalismo e o positivismo conceitual —, uma vez identificada como tal, não representa um obstáculo intrinsecamente novo para o progresso das ideias. Ainda que as partes não concordem (e, afinal, quem de nós pode determinar como certa palavra deve ser usada pelos outros?), elas podem se entender perfeitamente se identificarem cuidadosamente o significado diferente que cada parte atribui à palavra e se traduzirem o que é dito em uma linguagem para uma linguagem alternativa. Como foi sugerido antes, tudo o que é dito na linguagem positivista pode ser traduzido para a linguagem jusnaturalista, e vice-versa (embora a tradução seja, em alguns casos, bastante complicada).

Para seguir, adotaremos a proposta positivista de autores como Bentham, Austin, Ross, Hart e — com certas ressalvas

— Kelsen, de definição de "direito" como um sistema normativo que apresenta traços fácticos diferentes, desconhecendo propriedades de natureza valorativa. Porém, antes de continuar investigando como essa proposta pode ser concretizada em uma definição mais ou menos esclarecedora e operativa, devemos examinar brevemente outra proposta que pretende levar muito mais longe que os autores mencionados o programa positivista de definir "direito" em relação a certos fatos observáveis empiricamente. O movimento denominado "realismo jurídico" questiona a compatibilidade desse programa com a ideia de caracterizar o conceito de direito como um sistema de *normas*.

3. A proposta do realismo jurídico

a) O ceticismo perante as normas

Entre várias outras, há uma importante corrente de pensamento jurídico, desenvolvida dinamicamente nos Estados Unidos e nos países escandinavos por escritores como Holmes, Llewellyn, Frank, Olivecrona, Illum etc., que expressa o que foi chamado de "uma atitude cética perante as normas jurídicas".

Como diz H. L. A. Hart (em *O conceito do direito*), o ceticismo diante das normas é uma espécie de reação extrema, contra uma atitude oposta: o formalismo perante as normas e os conceitos jurídicos.

Nos países do denominado "direito continental europeu", França, Alemanha, Itália, Espanha etc., e na maior parte da América Latina, predomina entre os juristas um acentuado formalismo perante as normas. O fato de esses países contarem com uma ampla codificação do direito, fez com que os juristas atribuissem a esses sistemas, e às normas que os constituem, uma série de propriedades formais que nem sempre eles têm: precisão, univocidade, coerência, completude etc. A atribuição dessas propriedades, em

um grau maior do que a realidade permite, é ocasionada, em parte, por certas hipóteses sobre as supostas qualidades racionais do legislador, implícitas na dogmática continental. Como os juristas supõem que o legislador é racional, não podem admitir, por exemplo, que duas normas por ele criadas estejam em contradição, e, ainda que estejam, consideram-na apenas aparente, pois, ao pesquisar o *verdadeiro* sentido das normas em questão, poder-se-á determinar para cada uma delas um âmbito de aplicação independente, no qual não entrem em conflito uma com a outra.

Os juristas do chamado *common law* não têm diante de si corpos codificados: aos quais prestar tamanha profissão de fé. A maior parte das normas que constituem, por exemplo, o direito norte-americano é originada não no ato deliberado de um legislador, mas nos fundamentos das decisões judiciais, nos precedentes.

Por não serem subjugados por códigos que pretensamente representam a encarnação da "razão", os juristas desse sistema perceberam, com maior clareza que seus colegas dogmáticos (ou seja, os juristas do sistema continental europeu), que as normas jurídicas não têm as propriedades formais que lhes são costumeiramente atribuídas, seja porque tais normas — integrem ou não um código — são determinadas por um legislador ou porque são deduzidas dos fundamentos das decisões judiciais.

Pelo simples fato de que, ao formular as normas jurídicas, é preciso recorrer a uma língua natural como o português, as normas jurídicas adquirem toda a imprecisão da linguagem "ordinária". Por mais que o legislador se esforce, por exemplo, em definir as palavras que emprega nas normas, consegue apenas atenuar o seu caráter vago, sem eliminá-lo totalmente, pois nas definições emprega palavras que inevitavelmente possuem certo grau de imprecisão.

Por outro lado, as normas jurídicas mais importantes são *gerais*. Ao se formular uma norma geral, observam-se certas propriedades relevantes das situações consideradas objeto de regulamentação. Porém, como os legisladores não

são oniscientes, é óbvio que não preveem todas as possíveis combinações de propriedades que os distintos casos podem apresentar no futuro. Desse modo, restam casos não regulamentados e casos aos quais é dada uma solução diferente da que teriam recebido se tivessem sido imaginados.

Essas observações — e outras que não vêm ao caso destacar — enfraqueceram a confiança de muitos juristas na certeza oferecida pelas normas jurídicas. Entretanto, uma coisa é dizer que o direito é constituído por normas jurídicas que, todavia, não possuem as virtudes que o formalismo jurídico lhes atribui; e outra coisa muito diferente é dizer que o direito não consiste, em absoluto, em normas jurídicas.

Uma grande corrente do realismo norte-americano e alguns juristas escandinavos acolheram a segunda opinião.

É famosa a seguinte frase de Llewellyn (*The Bramble Bush*): "As regras são importantes à medida que nos ajudam a prever o que os juízes farão. Essa é toda sua importância, além de serem brinquedos vistosos." Por que ele diz "prever o que os juízes farão"? A resposta é que o realismo, em termos gerais, coloca justamente as previsões sobre a atividade dos juízes no lugar das inconvenientes normas jurídicas.

Talvez haja poucas passagens que sintetizam melhor o enfoque realista que esta, do célebre juiz Holmes (em *A sentença do direito*):

Se vocês querem conhecer o direito e mais nada, observem o problema com os olhos do homem mau, a quem só importam as consequências materiais, que graças a esse conhecimento pode prever, não com os do homem bom, que acha razões para sua conduta, dentro ou fora do direito, nos mandamentos de sua consciência. Tomem, por exemplo, a pergunta fundamental "o que é o direito?". Descobrirão que certos autores dizem a vocês que é algo diferente do que os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra decidem, que é um sistema da razão, que é dedução a partir de princípios de ética ou axiomas universalmente aceitos, ou coisa parecida, que pode ou não coincidir com as sentenças judiciais. Porém, se aceitarmos o ponto de vista de nosso amigo, o homem mau,

veremos que para ele pouco importam os axiomas ou deduções; mas em compensação tem interesse em saber o que de fato resolverão provavelmente os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra. Eu penso de maneira bem parecida. Entendo por 'direito' as previsões sobre o que os tribunais farão concretamente, nem mais nem menos.

Essas palavras, apesar de seu estilo despreocupado, fornecem um material muito valioso para analisar o realismo.

b) *Análise crítica do realismo.*

O papel das normas jurídicas

Em primeiro lugar, aparece nessa corrente uma louvável atitude cautelosa perante as especulações que durante séculos ocuparam os juristas na busca de um sistema de normas e conceitos universais, invariáveis e evidentes por si sós, que encarnem a verdadeira estrutura da razão humana. Segundo os realistas, é preciso trazer o direito para a realidade concreta e construir uma ciência do direito que descreva a realidade jurídica com proposições verificáveis em termos empíricos. Se buscamos fatos, o que mais podemos encontrar constituindo o direito a não ser as decisões judiciais?

Fala-se do ponto de vista do homem mau. De fato, um indivíduo que se preocupe apenas em evitar consequências desagradáveis só estará interessado em saber antecipadamente quais atos poderá realizar impunemente e quais provavelmente serão punidos pelos juízes.

No entanto, com Hart, temos direito de perguntar o que acontece com o homem bom; o homem que quer cumprir o seu dever, independentemente de quais forem as consequências. O realismo dirá que esse homem está interessado apenas em uma questão moral e que, portanto, o direito não pode lhe dar nenhuma resposta; a não ser que deve apelar a sua própria consciência, como diz Holmes. O direito só-lhe permite prever como se comportarão os tribunais, não quais são seus deveres ou possibilidades.

Devemos continuar fazendo perguntas: quando Holmes e Llewellyn afirmam que o direito consiste em um conjunto de previsões sobre a conduta dos tribunais, em qual de seus diferentes sentidos usam a palavra direito? Referem-se à ciência jurídica ou ao seu objeto de estudo?

Parece evidente — embora provavelmente esses autores não tenham clara consciência disso — que estão falando da ciência do direito. Ao que tudo indica, os juristas e os advogados é que fariam previsões sobre a conduta dos juízes, e não os próprios juízes e legisladores. Por outro lado, se o direito consistisse em previsões sobre o que os juízes farão, não ficaria claro em que consiste a ciência jurídica; sem dúvida, não seria em fazer previsões sobre previsões. É evidente que Holmes e Llewellyn estão falando da ciência jurídica e da atividade dos juristas e advogados quando estão empenhados na tarefa de conhecer o direito.

Então, ainda não sabemos o que é o direito, ou seja, o objeto de estudo da ciência jurídica.

A resposta mais simples é que, se a ciência do direito consiste em prever decisões judiciais, então o direito não é mais do que um certo conjunto dessas decisões.

No entanto, nesse ponto, cabe fazer outra pergunta: Como sabemos quem são os juízes? O realismo não fornece uma resposta coerente para essa questão, permanecendo aparentemente válida a observação de Kelsen e Hart, entre outros, de que essa corrente deve pelo menos admitir a existência de normas que dão a certos indivíduos a competência para agirem como juízes, não havendo nenhuma propriedade *natural* que distinga os juízes dos não juízes, dependendo, sim, a diferenciação de que os primeiros estejam autorizados por certas normas e os outros não.

Por outro lado, fala-se das *condutas* ou das *decisões* dos juízes; mas que aspectos dessas condutas ou decisões interessam à ciência jurídica? É evidente que os juízes realizam muitos movimentos corporais, inclusive no cumprimento de suas funções, que são absolutamente irrelevantes para a investigação jurídica. Quando um juiz assina um papel es-

crito à máquina, isso não interessa ao cientista do direito; o que lhe interessa é o que esse papel *diz*. E quando perguntamos o que um juiz disse, supomos naturalmente que ele realizou um determinado ato verbal, mas nosso interesse se concentra em seu significado. Um juiz pronuncia sentenças como "Fulano deve pagar o aluguel", "Beltrano deve ir para a prisão". Saber que o juiz pronunciou tais sons é necessário não porque estamos interessados em sua atividade de pronunciar esses sons, mas porque estamos interessados no que eles significam, e o significado dessas sentenças é o que se costuma chamar de "normas jurídicas". Ou seja, presume-se que os juristas prevejam não os atos verbais que os juízes vão praticar, mas, por meio deles, quais normas jurídicas particulares vão formular para resolver um conflito. Isso leva a admitir a relevância de tais normas particulares.

Além disso, considera-se o fato de que, ao formular suas normas, os juízes não procedem arbitrariamente, e sim seguindo certas diretrizes gerais. Os próprios juízes dizem que, em suas decisões, *aplicam* o direito. Obviamente, se o direito consistisse em previsões sobre a conduta dos juízes — como aparece na primeira interpretação do realismo, que logo rejeitamos —, seria absurdo dizer que os juízes aplicam o direito, pois isso significaria que, para agir, eles levariam em conta as previsões sobre as suas condutas. Como afirmamos, os realistas não pretendem dizer que o direito objetivo consiste em previsões sobre a atividade judicial, e, sim, que consiste em decisões judiciais particulares; porém, quando decidem um conflito, os juízes não consideram outras decisões judiciais, mas sim em todo caso, os critérios, as diretrizes e as normas que outros juízes seguiram para tomar suas decisões. Embora isso não aconteça em todos os sistemas jurídicos, em muitos deles os juízes consideram as diretrizes estabelecidas explicitamente pelo legislador, sem prestar muita atenção às regras que não têm essa origem, sejam elas seguidas ou não por outros juízes.

Então, se é preciso admitir que os juízes seguem certas normas gerais; que tipo de normas são essas? Felix S. Cohen

(em *O método funcional no direito*) responde assim, em nome do realismo:

"A pergunta do tipo 'há acordo?' pode receber um segundo significado, radicalmente diferente do anterior. Quando o juiz formula a si mesmo essa pergunta, ao redigir uma sentença, não está tentando predir seu próprio comportamento; o que está fazendo é propor, a si mesmo, de forma obscura, o problema de se *deve* ou não atribuir responsabilidade a alguém por certos atos. Essa é, inevitavelmente, uma questão ética. O que um juiz deve fazer em um determinado caso é um problema tão moral quanto os problemas de moralidade que são analisados nas 'escolas dominicais'."

Chegando a este ponto, convém perguntar se o realismo não está enfrentando um mero problema de palavras. Por que se reconhece que os juízes seguem certas normas para tomar suas decisões, mas afirma-se que essas normas não são jurídicas, e, sim, morais. Porém, qual inconveniente de se denominar as normas que os juízes consideram em suas decisões como "jurídicas", tal como o fazem, comumente, os juristas? Não é válido chamar a tais normas de "jurídicas", *precisamente* pelo fato de serem usadas pelos juízes como fundamento de suas sentenças?

Esse último critério é seguido por um realista moderado, Alf Ross (em *Sobre o direito e a justiça*). Esse filósofo escandinavo é um realista enquanto caracteriza o direito com base na previsão das decisões judiciais. Mas preocupa-se em esclarecer que essa caracterização cabe à *ciência jurídica*, e não ao seu objeto de estudo. Por outro lado, analisa que aspectos das decisões judiciais constituem o objeto de previsão por parte dos juristas: o que a ciência do direito prevê é quais *normas* ou *instruções* serão usadas pelos juízes como fundamento de suas sentenças.

Por conseguinte, Ross define o direito vigente, no sentido de ordenamento jurídico, como o conjunto de instruções que, provavelmente, serão consideradas pelos juízes na fundamentação de suas decisões.

Desse modo, o realismo de Ross não o obriga a adotar a asserção de Llewellyn, de que as normas não são mais que brinquedos vistosos; pelo contrário, define o direito como um conjunto de normas ou instruções. O que separa Ross das posturas não realistas não é, então, seu ceticismo absoluto perante as normas, mas seu critério para determinar quais são as normas que integram um determinado sistema jurídico. Segundo esse critério, para que uma norma integre o direito vigente de um determinado país, não é preciso constatar sua validade ou força obrigatória — noções que ocupam um lugar central na teoria tradicional e que devem ser tratadas em outra oportunidade —, mas a possibilidade de serem aplicadas pelos juízes. Isto é, as decisões judiciais não constituem o direito, mas determinam quais normas integram o direito de um país.

Desse modo, as correntes realistas mais racionais não eliminam as normas jurídicas da análise jurídica, propondo, em vez disso, critérios verificáveis de forma empírica para determinar quando as normas integram um dado sistema jurídico.

Ou seja, temos novamente as normas jurídicas no centro de nossa análise. Mas o que é uma norma jurídica?