

lógica com a irrelevante noção de vontade-criada-pelo Direito. Em um sistema de precedentes, eles têm de decidir até onde as analogias latentes no Direito lhes permitem estender às corporações normas criadas para indivíduos quando a justiça parece exigí-lo.

Esse *post-mortem* durou muito. Vou apenas acrescentar o seguinte: evidentemente seria o pior dos provincianismos pensar nessa questão das definições dentro da história da jurisprudência como um coleção de erros — ainda que erros esclarecedores. Ao contrário, essa história está cheia de pistas inestimáveis quanto ao que se deve fazer para lidar com as idiossincrasias da linguagem jurídica e com a elucidação de seus conceitos específicos. Além dos preceitos e da prática de Bentham, existe a prática de Austin em sua melhor forma; existe a fecunda observação de Bryce,<sup>28</sup> segundo a qual noções jurídicas fundamentais talvez não pudessem ser definidas, apenas descritas, e muito no pensamento de Pollock e Maitland<sup>29</sup> para mostrar como a interação entre reparação e direito gerou um emprego especial das palavras. Existe muita coisa de valor também em Kocourek e Kelsen. Fico pensando se seria loucura enxergar no título da compilação *De acquirenda vel de amittenda possessione*, que evita a infrutífera pergunta “O que é posse?”, um reconhecimento instintivo do princípio cardeal de que termos jurídicos só podem ser elucidados se forem consideradas as condições em que as declarações em que eles têm seu emprego característico são verdadeiras. Mas, embora o assunto das definições jurídicas tenha sua história, foi apenas a partir da benéfica consideração filosófica da linguagem que as características gerais emergiram de todo aquele estilo de pensamento e discurso humano que se ocupa das normas e de sua aplicação à conduta. Eu, pelo menos, não consegui ver em que medida isso estava visível nas obras de nossos predecessores, até que meus contemporâneos me ensinaram como olhar.

<sup>28</sup> *Studies in History and Jurisprudence* (Oxford, 1901), ii, 181. “Ele (Austin) não percebeu a profundidade de certas dificuldades da teoria do Direito, nem que existem concepções que é mais seguro descrever do que tentar definir”. Mas cf. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 5 edn., ii, 1076: “Na verdade, alguns desses termos não admitem uma definição formal ou regular... E, quanto ao resto, defini-los dessa forma é completamente inútil”.

<sup>29</sup> *History of English Law*, 1890, p. 10.

## O POSITIVISMO E A SEPARAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

Neste artigo, buscarei discutir e defender um entendimento que é sustentado, entre outros, pelo sr. Holmes, Ministro da Suprema Corte norte-americana, e pelo qual tanto ele quanto os outros têm sido muito criticados. Mas gostaria, antes, de explicar o motivo de eu acreditar que Holmes será sempre, para os ingleses, e a despeito de quaisquer vicissitudes de sua reputação entre os norte-americanos, uma figura heróica da teoria do direito (*Jurisprudence*). Ele o será porque combinou, de modo mágico, duas qualidades: uma é o poder imaginativo, algo que falta ao pensamento jurídico inglês; a outra é a clareza, algo que o pensamento jurídico inglês geralmente possui. O advogado inglês que se dedica a ler Holmes é levado a ver que aquilo que considerava fixo e estável está, na verdade, em constante movimento. Fazer esta descoberta com Holmes é ter um guia cujas palavras podem não conseguir convencê-lo, podem às vezes causar-lhe mesmo repulsa, mas jamais o confundirão. Como o nosso próprio Austin, com quem Holmes compartilhava muitos ideais e pensamentos, Holmes esteve, algumas vezes, claramente equivocado; mas novamente, à semelhança de Austin, quando esse era o caso, ele se equivocava com clareza. Esta é, certamente, uma virtude soberana na Teoria do Direito. Sei que dizem que a clareza não é o suficiente; pode ser verdade, mas ainda há questões na Teoria do Direito que são confusas porque discutidas em um estilo cuja falta de clareza Holmes teria desprezado. Talvez isto seja inevitável: a Teoria do Direito vacila tão incerta às margens de muitos temas, que sempre haverá a necessidade de alguém que, na expressão de Bentham, “arranque

a máscara de Mistério" de seu rosto.<sup>1</sup> Isto é verdade, em grau supremo, no que diz respeito ao tema desse artigo. Vozes contemporâneas nos dizem que devemos reconhecer algo que foi obscurecido pelos juristas "positivistas", cujo tempo agora já se foi: que há "um ponto de intersecção entre o Direito e a moral",<sup>2</sup> ou que aquilo que *é* e aquilo que *deveria* ser estão, de alguma forma, indissociavelmente fundidos, que são inseparáveis,<sup>3</sup> embora os positivistas o neguem. O que significam essas expressões? Ou antes, qual das muitas coisas que elas *poderiam* significar significam *de fato*? Qual delas os "positivistas" negam e por que é errado fazê-lo?

## I

Apresentarei o tema como parte da história de uma ideia. Ao final do século dezoito e início do dezenove, os pensadores mais sérios na Inglaterra na área dos problemas jurídicos e sociais, e os arquitetos das grandes reformas, eram os grandes utilitaristas. Dois deles, Bentham e Austin, constantemente insistiam na necessidade de se distinguir, de maneira firme e com o máximo de clareza, entre o direito como ele é e o direito como deveria ser. Esse tema persegue sua obra, e eles condenam os pensadores do direito natural precisamente por haverem obscurecido esta distinção, aparentemente simples, mas vital. Em contrapartida, nesse momento e nesse país e, em menor medida, na Inglaterra, considera-se esta separação entre direito e moral superficial e equivocada. Alguns críticos acreditam que ela impeça os homens de ver a verdadeira natureza do Direito e suas raízes na vida social.<sup>4</sup> Outros acreditam que ela seja não apenas intelectu-

<sup>1</sup> Bentham, *A Fragment on Government*, in I Works 221, 235 (Bowring; edn, 1838-43) (Preface, 41<sup>a</sup> parag.). Todas as referências doravante feitas a *Works* de Bentham se referem a esta edição.

<sup>2</sup> D'Entrèves, *Natural law* 116 (2nd edn. 1952).

<sup>3</sup> Fuller, *The Law in Quest of Itself* 12 (1940); Brech, "The Myth of Is and Ought", 54 *Harv. L. Rev.* 811 (1941), Fuller, "Human Purpose and Natural Law", 53 *J. Philos.* 697 (1953).

<sup>4</sup> Veja Friedman, *Legal Theory* 154, 294-95 (3<sup>a</sup> edn. 1953). Friedman também diz de Austin que "com sua afiada distinção entre ciência da legislação e ciência do direito", ele "inaugurou uma era de positivismo jurídico e autossuficiência que permitiu ao Estado nacional ascendente afirmar sua autoridade sem perturbações por dúvidas jurídicas". *Ibid.* na p. 416. Entretanto, "a existência de um Estado altamente organizado que afirmava (sua) soberania e obediência incondicional do cidadão" é considerada "a condição política que torna o positivismo analítico possível". *Ibid.* na p. 163. Há portanto alguma dificuldade em determinar o que, nesta explicação, há de ser a galinha e o que há de ser o ovo (positivismo analítico ou a condição política). Fora isso, parece haver pouca evidência de que a qualquer Estado nacional ascendente em ou depois de 1932 (quando *Province of Jurisprudence Determined* foi publicada pela primeira vez) foi possível afirmar a sua autoridade pelo trabalho de Austin ou pela "era do positivismo jurídico" que ele "inaugurou".

almente enganosa, mas deletéria na prática; na pior das hipóteses, capaz de diminuir a resistência à tirania estatal ou ao absolutismo,<sup>5</sup> e, na melhor, capaz de gerar desrespeito ao direito. O nome agora pejorativo "Positivismo Jurídico", assim como muitos termos que são utilizados como mísseis nas batalhas intelectuais, passou a significar uma profusão espantosa de pecados diferentes. Um deles é o pecado, real ou alegado, de insistir, como fizeram Austin e Bentham, na separação entre o Direito como é e o Direito como deveria ser.

Como se deu então esta reviravolta? Quais são os erros teóricos dessa distinção? As consequências práticas de se enfatizar essa distinção, como fizeram Bentham e Austin, foram ruins? Deveríamos rejeitá-la ou mantê-la? Ao considerar essas questões deveríamos nos lembrar da filosofia social que acompanhava a insistência dos Utilitaristas nesta distinção. Ninguém jamais reuniu, com equilíbrio mental tão claro como o dos Utilitaristas, a paixão por reformas com o respeito ao direito, juntamente ao devido reconhecimento da necessidade de controlar o abuso de poder mesmo quando o poder está na mão de reformistas. Um a um, nas obras de Bentham, podem-se identificar os elementos do *Rechtstaat* e todos os princípios para sua defesa que a terminologia do direito natural tem acolhido em nossos dias. Estão aqui a liberdade de expressão, de imprensa, o direito de associação,<sup>6</sup> a necessidade de que as leis sejam publicadas e divulgadas amplamente antes de serem implementadas,<sup>7</sup> a necessidade de se controlarem os entes e órgãos administrativos [agencies],<sup>8</sup> a insistência em que não deveria haver responsabilidade criminal sem culpa,<sup>9</sup> e a importância do princípio da

<sup>5</sup> Veja Radbruch, "Die Erneuerung des Rechts", 2 *Die Wandlung* 8 (Germany 1947); Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht" 1 *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 105 (Germany, 1946) (republicado em Radbruch, *Rechtsphilosophie* 347 (4th edn. 1950)). As visões de Radbruch são discutidas nas p. 72-8, abaixo.

<sup>6</sup> Bentham, *A Fragment on Government*, in I Works 221, 230 (preface, parágrafo 16); Bentham, *Principles of Penal Law*, in I Works 365, 574-5, 576-8 (pt. III, c. XXI, parágrafos 8 e 12).

<sup>7</sup> Bentham, *Of Promulgation of the Laws* in I Works 155; Bentham, *Principles of the Civil Code*, in I Works 297, 323 (pt. I, c. XVII, 2<sup>a</sup> para.); Bentham, *A Fragment on Government*, in I Works, 221, 233, n. [m] (preface, para. 35).

<sup>8</sup> Bentham, *Principles of Penal Laws*, in I Works 365, 576 (pt. III, c. XXI, para. 10, para. 11).

<sup>9</sup> Bentham, *Principles of Morals and Legislation*, in I Works I, 84 (c. XIII).

legalidade, *nulla poena sine legge*.<sup>10</sup> Sei que alguns acreditam que o *insight* político e moral dos Utilitaristas seja muito simples, mas não devemos confundir simplicidade com superficialidade, nem esquecer quão superiores estas simplicidades parecem quando comparadas às profundidades de outros pensadores. Tomemos um exemplo: as ideias de Bentham sobre a escravidão. Ele diz que a questão em pauta não é saber se aqueles que são mantidos como escravos podem raciocinar, mas simplesmente se eles sofrem.<sup>11</sup> Isto não parece superior à discussão dessa questão em termos de saber se há ou não há alguns homens a quem a natureza tenha aparelhado apenas para serem instrumentos vivos de outros? Devemos a Bentham, mais do que a qualquer outro, o fato de termos parado de discutir, nesses termos, essa e outras questões de política social (social policy).

Portanto, Bentham e Austin não eram analistas secos, perdidos em distinções verbais enquanto cidades ardiavam em chamas mas sim a vanguarda de um movimento que trabalhou, com apaixonada intensidade e com muito sucesso, para criar uma sociedade e leis melhores. Por que então eles insistiam na separação entre o direito como ele é e o direito como deveria ser? O que pretendiam dizer? Vejamos, primeiro, o que eles disseram. Austin formulou a doutrina:

A existência do direito (law) é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra. Se ele é ou não é uma questão; se ele se conforma ou não a um suposto padrão é outra, diferente. Uma lei (a law), que realmente existe, é uma lei, ainda que não gostemos dela, ou ainda que ela divirja do texto em que nos baseamos para nortear nossa aprovação ou desaprovação. Essa verdade, quando anunciada formalmente como uma proposição abstrata, é tão simples e evidente que parece ocioso insistir sobre ela. Mas, simples e evidente como é, quando enunciada em expressões abstratas, a enumeração das ocasiões em que foi esquecida daria um livro.

Sir William Blackstone, por exemplo, diz em seus "Comentários", que as leis divinas são superiores, em obrigação, a todas as outras leis; que não se poderia aceitar que qualquer lei humana a elas se opusesse; que as leis humanas carecem de validade se a elas são contrárias; e que todas as leis válidas derivam sua força do original divino.

<sup>10</sup> Bentham, *Anarchical Fallacies*, in 2 Works 489, 511-12 (art. VIII); Bentham, *Principles of Morals and Legislation*, in 1 Works I, 144 (c. XIX, para. 11).

Bem, ele *pode* querer dizer que todas as leis humanas deveriam se conformar à lei divina. Se é este o sentido pretendido, concordo sem hesitação... Talvez, entretanto, ele queira dizer que os legisladores humanos estão, eles mesmos, obrigados pelas leis divinas a elaborar as leis que impõem segundo aquele padrão último, porque, se não o fizerem, Deus os punirá. Com isto, também, concordo inteiramente... Mas o sentido dessa passagem de Blackstone, se é que tem um sentido, parece na verdade ser este: nenhuma lei humana que conflite com a lei divina é obrigatória ou vinculante (binding); em outras palavras, nenhuma lei humana que conflite com a lei divina é uma lei...<sup>12</sup>

O protesto de Austin contra a falta de clareza na distinção entre o que o Direito é e o que deveria ser é bem geral: ela é um erro, independente de nosso padrão do que deveria ser o caso, independente do "texto em que nos baseamos para nortear nossa aprovação ou desaprovação". Seus exemplos, entretanto, apresentam sempre uma confusão entre o Direito como ele é e o Direito como a moral exigiria que fosse. Para ele, é preciso lembrar, os princípios fundamentais da moral eram os mandamentos divinos, dos quais a utilidade era um "*index*": além disso, havia a moral real aceita por um grupo social, ou a moral "positiva".

Bentham insistiu nessa distinção sem caracterizar a moral com referência a Deus, mas apenas, claro, a princípios de utilidade. A principal razão para essa insistência dos dois pensadores era fazer com que os homens pudessem ver consistentemente as questões exatas decorrentes da existência de leis moralmente más, e entender o caráter específico da autoridade de um comando legal. A receita geral de Bentham para a vida sob o governo das leis era simples: "*obedecer pontualmente; censurar livremente*".<sup>13</sup> Mas Bentham estava particularmente consciente, como um espectador ansioso da Revolução francesa, de que isso não era suficiente: poderia haver um tempo, em qualquer sociedade, em que os mandamentos legais fossem tão perversos que a questão da resistência teria que ser enfrentada, e era então essencial que as questões em jogo nesse ponto não fossem nem demasia-

<sup>12</sup> Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* 184-5 (Library of Ideas edn.1954).

damente simplificadas nem obscurecidas.<sup>14</sup> E, no entanto, era exatamente isso que a confusão entre lei e moral havia feito, e Bentham observou que a confusão se expandira simetricamente em duas direções diferentes. Por um lado, Bentham tinha em mente o anarquista que argumentava nos seguintes termos: “Esta não deveria ser a lei, portanto não o é e estou livre não apenas para censurá-la, mas para ignorá-la”. Por outro, ele pensava no reacionário que argumentava assim: “Este é o direito, portanto ele é o que deveria ser”, e, desta forma, matava qualquer crítica no nascedouro. Ambos os erros, pensava Bentham, podiam ser encontrados em Blackstone: havia sua afirmação descuidada de que as leis humanas eram inválidas se contrárias à lei de Deus,<sup>15</sup> e “aquele espírito de um *quietismo* obsequioso que parece constitutivo de nosso autor” que “mal lhe permite reconhecer uma diferença” entre o que é e o que deveria ser.<sup>16</sup> Esta, com efeito, era para Bentham a doença profissional dos advogados: “(Aos) olhos dos advogados – para não dizer daqueles que eles ludibriam (dupes) – vale dizer, ainda hoje, a maioria dos que não são advogados – o é e o *deveria ser* ... constituem um todo único e indivisível”.<sup>17</sup> Há, portanto, dois perigos que a insistência nessa distinção nos ajudará a evitar: o perigo de que o Direito e sua autoridade dissolvam-se nas concepções humanas daquilo que o Direito deveria ser, e o perigo de que o Direito existente possa suplantar a moral como critério último de conduta e que, assim, possa escapar de críticas.

Em vista de críticas posteriores é importante também esclarecer várias coisas que os Utilitaristas não pretenderam dizer ao insistirem na

<sup>14</sup> Veja Bentham, “Principles of Legislation”, in *The Theory of Legislation* I, 65 n. \* (Ogden edn. 1931) (c. XII, 2d para. n. \*). “Aqui tocamos na mais difícil das questões. Se o direito não é o que deve ser; se ele abertamente combate o princípio da utilidade; devemos obedecê-lo? Devemos violá-lo? Devemos nos manter neutros entre o direito que comanda um mal e a moralidade que o proíbe?”. Veja também Bentham, *A Fragment on Government*, in I *Works* 221, 287-8 (c. IV, paras. 20-25).

<sup>15</sup> Blackstone, *Commentaries* \*41. Bentham criticou “essa perigosa máxima”, dizendo que “a tendência natural de tal doutrina é de impelir um homem, por força de consciência, a erguer-se em armas contra qualquer direito de que por acaso não goste”. Bentham, *A Fragment on Government*, in I *Works* 221, 287 (c. IV, para. 19). Veja também Bentham, *A Comment on the Commentaries* 49 (1928) (c. III). Para uma expressão de medo de que anarquia resulte desta doutrina, combinada com reconhecimento de que resistência pode ser justificada com base em utilidade, veja Austin, op. cit., n. 12 *supra*, na p. 186.

<sup>16</sup> Bentham, *A Fragment on Government*, in I *Works* 221, 294 (c. V, para. 10).

separação entre o Direito e moral. Eles aceitavam, certamente, muitas das coisas que poderiam ser consideradas como a “intersecção entre o Direito e a moral”. Em primeiro lugar, eles jamais negaram que, como fato histórico, o desenvolvimento de sistemas jurídicos tivesse sido fortemente influenciado pela opinião moral e, inversamente, que os padrões morais tivessem sido profundamente influenciados pelo Direito, de modo que o conteúdo de muitas leis refletisse normas ou princípios morais. Não é, de fato, sempre fácil traçar esta relação causal histórica, mas Bentham estava pronto a admitir sua existência; também Austin falou da “frequente coincidência”<sup>18</sup> do direito positivo e da moral, atribuindo exatamente a esse fato a confusão entre o que o Direito é e o que ele deveria ser.

Em segundo lugar, nem Bentham, nem seus seguidores, negavam que por meio de preceitos legais explícitos princípios morais pudessem ser inseridos, em diferentes pontos, em um sistema jurídico e fazer parte de suas regras, ou que os tribunais pudessem ser legalmente obrigados a decidir segundo o que acreditavam ser justo ou melhor. Bentham reconheceu, de fato, ao contrário de Austin, que mesmo o poder legislativo supremo pode estar sujeito a restrições legais de uma constituição<sup>19</sup> e não teria negado que princípios morais, como os da Quinta Emenda (à Constituição dos EUA), possam formar conteúdo de tais restrições constitucionais. Austin adotava uma perspectiva diferente ao acreditar que as restrições ao poder legislativo supremo não poderiam ter força de lei, mas que permaneceriam como meros controles políticos ou morais;<sup>20</sup> mas ele certamente teria reconhecido que uma lei, por exemplo, pode conferir um poder legislativo delegado e restringir a área de seu exercício com base em princípios morais.

O que tanto Bentham como Austin estavam ansiosos em afirmar eram duas coisas simples: primeiro, que na ausência de um preceito constitucional ou legal expresso, o mero fato de uma norma violar os padrões da moral não implicava que ela deixasse de ser uma regra jurídica; e,

<sup>18</sup> Austin, op. cit., n. 12 *supra*, na p. 162.

<sup>19</sup> Bentham, *A Fragment on Government*, in I *Works* 221, 289-90 (c. IV, paras. 33-34).

inversamente, o mero fato de uma norma ser moralmente desejável não poderia implicar que fosse uma regra jurídica.

A história dessa simples doutrina ao longo do século dezenove é longa e intrincada demais para traçar aqui. Permitam-me resumi-la dizendo que, depois de ter sido proposta ao mundo por Austin, ela dominou a Teoria do Direito inglesa e passou a fazer parte da estrutura de uma dessas realizações curiosamente inglesas e talvez insatisfatórias – a dos levantamentos totalizantes de todos os campos da teoria do direito. Uma série dessas obras foi publicada depois que a edição completa das palestras de Austin finalmente apareceu em 1863. Em todas elas a separação utilitarista entre o Direito e a moral é tratada como algo que permite aos advogados atingirem um novo grau de clareza. Segundo um de seus sucessores ingleses, Amos, Austin havia “libertado o Direito do cadáver da moral que a ele ainda se agarrava”;<sup>21</sup> e até mesmo Maine, um crítico de muitos pontos da doutrina de Austin, não questionou essa parte de sua doutrina. Nos Estados Unidos, homens como N. St. John Green,<sup>22</sup> Gray e Holmes consideraram que a insistência na distinção havia possibilitado um frutífero recomeço ao entendimento do Direito como meio de controle social; eles a saudaram tanto como autoevidente como iluminadora – como uma tautologia reveladora. Essa distinção, claro, é um dos temas principais do mais famoso ensaio de Holmes, “The Path of Law”,<sup>23</sup> mas o lugar que ocupava na estima desses autores norte-americanos surge com mais clareza naquilo que Green escreveu, na virada do século, em *The Nature and Sources of the Law*. Ele disse:

O grande avanço que a teoria do direito alcançou no século passado no que diz respeito a suas concepções fundamentais foi o reconhecimento da verdade que a Lei

<sup>21</sup> Amos, *The Science of Law*, (5<sup>th</sup> edn. 1881). Veja também Markby, *Elements of Laws*, 4-5 (5<sup>th</sup> edn. 1896): “Austin, ao estabelecer a distinção entre direito positivo e moral, não só lançou a fundação da ciência do direito, mas esclareceu a concepção de direito... de algumas consequências perniciosas a que... supunham que ela levaria. Direitos positivos, como Austin mostrou, devem ser legalmente obrigatórios, e ainda assim uma lei pode ser injusta... Ele admitiu que o direito ele mesmo pode ser imoral, caso em que pode ser nosso dever moral desobedecê-lo...”. Cf. Holland, *Jurisprudence* 1-20 (1880).

<sup>22</sup> Veja Green, Book Review, 6 *Am. L. Rev.* 57, 61 (1871) (replicado in Green, *Essays and Notes on the Law of Tort and Crime* 31, 35 (1933)).

do Estado... não é um ideal, mas algo que existe de fato... Não é o que deveria ser, mas o que é. Fixar esta noção definitivamente na Teoria do Direito (jurisprudência) da *Common Law* foi a façanha de Austin.<sup>24</sup>

## II

E isto basta quanto à doutrina no auge de seu sucesso. Voltemos agora para algumas das críticas que lhe foram dirigidas. Sem dúvida, quando Bentham e Austin insistiram na distinção entre o Direito como ele é e como deveria ser, eles tinham em mente leis *específicas*, cujos sentidos estavam claros e, assim, não em disputa, e estavam preocupados em sustentar que tais leis, mesmo se moralmente ultrajantes, ainda eram leis. É necessário, entretanto, ao refletir sobre as críticas que surgiram posteriormente, refletirmos para além das críticas dirigidas a esse ponto específico, se queremos chegar à raiz da insatisfação que se sentia; precisamos também levar em consideração a objeção de que, mesmo se aquilo que os Utilitaristas sustentavam nesse ponto estivesse correto, sua insistência a seu respeito, por meio de uma terminologia que sugeria uma separação geral (general cleavage) entre o que é e o que deveria ser o Direito, obscureceu o fato de que, em outros momentos, há um ponto de contato essencial entre os dois. Assim, traço reflexões, a seguir, não apenas sobre as críticas a esse ponto específico que os Utilitaristas tinham em mente, mas também sobre a afirmação (claim) de que uma conexão (connection) essencial entre o Direito e moral emerge se examinamos a forma como as leis, cujos sentidos estão em disputa, são interpretadas e aplicadas a casos concretos; e de que esta conexão emerge novamente se ampliamos nosso ponto de vista e perguntamos, não se cada norma jurídica particular deve satisfazer um mínimo moral para ser uma lei, mas se um sistema de normas que, como um todo, deixa de fazê-lo, pode ser um sistema jurídico.

Há, entretanto, uma complexidade inicial que tem gerado grande confusão na crítica. Devemos lembrar que os Utilitaristas aliavam à sua insistência na separação entre direito e moral duas outras doutrinas distintas, mas igualmente famosas. Uma era a importante verdade de que um

estudo puramente analítico de conceitos jurídicos, um estudo do sentido (meaning) do vocabulário do direito, era tão vital para nossa compreensão da natureza do direito quanto os estudos históricos ou sociológicos, embora, é claro, não os pudesse suplantar. A outra era a famosa teoria imperativa da lei – de que a lei é, essencialmente, um comando.

Essas três doutrinas compõem a tradição utilitarista dentro da teoria do direito; e, no entanto, são doutrinas diferentes. É possível endossar a separação entre o Direito e a moral, dar valor aos estudos analíticos do sentido de conceitos jurídicos e, ainda assim, acreditar que seja errado conceber a lei como sendo essencialmente um comando. Uma fonte de grande confusão (confusion) na crítica à separação entre o direito e a moral é a crença de que a falsidade de qualquer uma dessas três doutrinas na tradição utilitarista provaria que as outras duas eram falsas; pior ainda era a incapacidade de perceber que essas eram três doutrinas bastante distintas dentro desta (this) tradição. O uso indiscriminado do rótulo “positivismo” para designar, de forma ambígua, cada uma dessas três doutrinas distintas (juntamente com outras que os Utilitaristas jamais professaram), gerou talvez mais confusão sobre esse problema do que qualquer outro fator tomado isoladamente.<sup>25</sup> Alguns dos primeiros

<sup>25</sup> Pode ajudar identificar cinco (pode haver mais) significados de “positivismo” referidos na teoria do direito contemporânea:

- (1) a afirmação de que leis são comandos de seres humanos; veja 58-63 (no original, 58-62) *infra*;
  - (2) A afirmação de que não há conexão necessária entre direito e moral ou entre o direito como ele é e como deve ser; veja 51-57 *supra*;
  - (3) A afirmação de que a análise (ou estudo do significado) dos conceitos jurídicos (a) vale a pena perseguir e (b) deve ser distinguida da investigação histórica sobre as causas e origens das leis, das investigações sociológicas sobre a relação do direito com outros fenômenos sociais, e da crítica ou apreciação do direito seja em termos morais, de objetivos sociais, “funções”, ou de outro tipo; veja 64-66 (no original, 65-6) *infra*;
  - (4) A afirmação de que um sistema jurídico é um “sistema lógico fechado” em que decisões jurídicas corretas podem ser deduzidas por meios lógicos a partir de regras jurídicas pré-determinadas sem referência a fins sociais, políticas públicas (*policies*), padrões morais; veja 64-66 *infra*, e
  - (5) A afirmação de que o julgamento moral não pode ser estabelecido ou defendido, como declarações de fato podem, por argumento racional, evidência ou prova (“não cognitivismo” em ética); veja 83-5, 82-3 *infra*.
- Bentham e Austin tinham as visões descritas em (1), (2) e (3), mas não aquelas descritas em (4) e (5). A opinião (4) é comumente atribuída aos juristas analíticos; veja 64-66 *infra*, mas não conheço nenhum

críticos norte-americanos da doutrina de Austin foram, entretanto, extraordinariamente claros exatamente tratando desse assunto. Gray, por exemplo, acrescentou ao final de seu tributo a Austin, que já citei, as seguintes palavras: “Ele pode ter se enganado ao tratar o direito estatal como sendo o comando do soberano”,<sup>26</sup> e tocou, de maneira astuta, em muitos dos pontos falhos na teoria do comando. Mas outros críticos tiveram menos clareza e acreditaram que as inadequações da teoria do comando, que gradualmente vinham à tona, bastavam para demonstrar a falsidade da separação entre o Direito e a moral.

Esse foi um erro, mas um erro natural. Para entendermos como foi natural, precisamos examinar um pouco mais de perto a ideia de comando. A famosa teoria de que a lei é um comando era parte de uma afirmação (claim) mais ampla e mais ambiciosa. Austin dizia que a noção de comando era “a chave para as ciências da teoria do direito e da moral”,<sup>27</sup> e as tentativas contemporâneas de elucidar julgamentos morais em termos de enunciados “imperativos” ou “prescritivos” refletem essa tese ambiciosa. Mas a teoria do comando, entendida como um esforço de identificar a quintessência do Direito, para não dizer a quintessência da moral, parece assombrosa em sua simplicidade e bastante inadequada. Há muito, mesmo no mais simples dos sistemas jurídicos, o que se distorce se o apresentamos como um comando. Apesar disso, os Utilitaristas acreditavam que a essência de um sistema jurídico podia ser descrita se a noção de comando fosse suplementada pela do hábito da obediência. O esquema simples era esse: O que é um comando? É simplesmente a expressão, por alguém, de um desejo de que outra pessoa faça ou se abstenha de fazer uma ação, acompanhada de uma ameaça de punição que provavelmente seguirá a desobediência. Comandos serão leis se duas condições forem satisfeitas: primeira, eles devem ser gerais; segunda, eles devem emanar daquilo (como sustentavam tanto Bentham como Austin) que existe em toda sociedade política, independentemente de sua forma constitucional, a saber, uma pessoa ou grupo de pessoas que recebem, habitualmente, a obediência da

<sup>26</sup> Gray, *The Nature and Sources of the Law* 94-5 (2<sup>nd</sup> edn. 1921).

maior parte da sociedade, mas que não obedecem a outros. Essas pessoas são seus soberanos. Assim, a lei é o comando dos comandantes não comandados da sociedade — uma criação da vontade legalmente irrestrita do soberano que está, por definição, fora da lei.

É fácil perceber que essa explicação para os sistemas jurídicos é frágil. Também é possível perceber por que sua inadequação tenha parecido se dever à omissão de alguma conexão essencial com a moral. A situação que a trilogia simples de comando, sanção e soberano permite descrever, se tomamos essas noções de forma precisa, é semelhante à de um malfeitor, com uma arma na mão, dizendo à vítima: "A bolsa ou a vida". A única diferença é que no caso do sistema jurídico, o assaltante o diz a um grande número de pessoas que já estão acostumadas à extorsão e que, habitualmente, a ela se rendem. O direito certamente não é uma ampliação da situação do malfeitor armado, nem devem, assim, os sistemas jurídicos serem identificados de forma simples com a compulsão.

Esse esquema, a despeito de seus pontos de analogia óbvia entre uma lei e um comando, omite alguns dos elementos mais característicos da lei. Permitam-me citar alguns. É equivocado pensar em um órgão legislativo (e, *a fortiori*, um eleitorado), cujos membros se alteram, como um grupo de pessoas obedecidas habitualmente: essa ideia simples só serviria para um monarca que vivesse o suficiente para que um "hábito" se formasse. Mesmo se deixamos de lado esse ponto, nada que os legisladores façam se torna direito, a menos que eles obedecem regras fundamentais aceitas especificando os procedimentos essenciais para a criação de direito. Isto é verdade mesmo em um sistema como o britânico, com uma constituição unitária simples. Essas regras fundamentais aceitas, especificando o que o órgão legislativo deve fazer para legislar, não são comandos habitualmente obedecidos, nem podem ser expressos como hábitos de obediência a algumas pessoas. Eles estão na raiz do sistema jurídico, e o que faz mais falta ao esquema utilitarista é uma análise do que significa, para um grupo social e seus representantes, (officials) aceitar tais normas. Esta noção, e não aquela do comando, conforme o que sustentava Austin, é "a chave para a ciência da Teoria do Direito", ou, ao menos, uma delas.

Além disso, mais uma vez, Austin, no caso das democracias, olhava para além dos legisladores, para o eleitorado como "o soberano" (ou, na Inglaterra, como parte dele). Ele acreditava que nos Estados Unidos a massa de eleitores dos órgãos legislativos estaduais e federais era o soberano, cujos comandos, dados por seus "agentes" nos órgãos legislativos, eram lei. Mas, nessa base, compromete-se toda a noção de um soberano fora da lei sendo "habitualmente obedecido" pela "massa" da população: pois, nesse caso, a "massa" obedece à massa, quer dizer, obedece a si mesma. É evidente que a aceitação geral da autoridade de um procedimento para a criação de leis, independentemente dos sucessivos indivíduos que o operam de tempos em tempos, só pode ser distorcida por uma análise em termos de obediência habitual da massa a certas pessoas que estão, por definição, fora da lei, assim como o fenômeno cognato, mas muito mais simples, da aceitação geral pela sociedade de uma norma — digamos de se tirar o chapéu quando se entra em uma igreja — seria distorcida se apresentada como uma obediência habitual que a massa dedica a pessoas específicas.

Outros críticos sentiram vagamente que havia um outro e mais importante defeito na teoria do comando, e, no entanto, enfraqueceram uma crítica importante ao supor que essa falha se devia à falha de não insistir em alguma conexão importante entre direito e moral. Esse defeito mais radical é descrito a seguir. A imagem que a teoria do comando faz da vida sob a lei é essencialmente a de uma relação simples do comandante ao comandado, do superior ao inferior, de cima para baixo; a relação é vertical entre os comandantes ou autores da lei concebidos como estando essencialmente fora da lei e aqueles que são comandados e estão sujeitos à lei. Não há, nesse quadro, qualquer lugar, ou apenas um lugar accidental e subordinado, para uma distinção entre tipos de regras jurídicas que são, na verdade, radicalmente diferentes. Algumas leis requerem que os homens ajam, ou se abstenham de agir, de determinado modo, independentemente de eles o quererem ou não. O direito penal consiste, em larga medida, de regras desse tipo: à semelhança dos comandos, elas são simplesmente "obedecidas" ou "desobedecidas". Mas outras regras jurídicas são apresentadas à sociedade de forma bem diferente e têm funções bem

diferentes. Eles oferecem condições mais ou menos complexas para que os indivíduos criem estruturas de direitos e deveres para a condução da vida dentro da estrutura coativa da lei. Assim são as normas que permitem aos indivíduos celebrar contratos, fazer testamentos, negócios fiduciários (trust) e, de forma geral, moldar suas relações jurídicas com os outros. Tais regras, à diferença do direito penal, não são elementos destinados a obstruir desejos e escolhas de um tipo antissocial. Pelo contrário, essas regras oferecem condições para a realização desses desejos e escolhas. Elas não dizem (como os comandos) “faça isso quer você queira, quer não”, mas, antes, “se você quiser fazer isso, eis o modo de fazê-lo”. Sob essas regras nós exercemos poderes, ajuizamos ações e afirmamos direitos. Essas expressões marcam as características específicas de leis que conferem direitos e poderes; eles são direitos que estão, digamos assim, à disposição dos indivíduos de uma forma que o direito penal não está. Muito engenho se gastou na tentativa de “reduzir” as leis desse segundo tipo a alguma variante complexa das leis do primeiro tipo. O esforço de mostrar que as leis que conferem direitos são “realmente” apenas estipulações condicionais de sanções a serem impostas a uma pessoa que, em última análise, está sob uma obrigação legal, caracteriza boa parte da obra de Kelsen.<sup>28</sup> Entretanto, sustentá-lo é, de fato, simplesmente exibir a determinação dogmática de suprimir um aspecto do sistema jurídico a fim de manter a teoria de que a estipulação de uma sanção, como o comando em Austin, representa a quintessência do Direito. Poder-se-ia igualmente sustentar que as regras do beisebol são “realmente” apenas instruções condicionais complexas para o árbitro e que isso mostraria sua natureza real ou “essencial”.

Um dos primeiros juristas na Inglaterra a romper com a tradição austiniana, Salmond, reclamou que a análise em termos de comandos não deixava espaço para a noção de um direito.<sup>29</sup> Mas ele confundiu a questão.

<sup>28</sup> Veja, por exemplo, Kelsen, *General Theory of Law and State* 58-61, 143-4 (1945). De acordo com Kelsen, todas as leis, não só aquelas a conferir direitos e poderes, são reduzíveis às “normas primárias” a estipular sanções condicionalmente.

<sup>29</sup> Salmond, *The First Principles of Jurisprudence* 97-8 (1893). Ele protestou contra “o credo daquilo que se denomina de escola inglesa de teoria do direito” porque ela “tentava desprover a ideia do direito de

67

Ele afirmou, primeiramente e de forma correta, que, se as leis são meramente comandos, é inexplicável que falemos de poderes ou direitos jurídicos como se fossem por elas conferidos ou delas se originassem, mas depois, de forma equivocada, concluiu que as normas de um sistema jurídico devem estar necessariamente ligadas a regras ou princípios de justiça e que é apenas a partir desse fundamento que o fenômeno dos direitos jurídicos pode ser explicado. Caso contrário, pensava Salmon, teríamos que dizer que apenas uma “coincidência verbal” conecta os conceitos de direito legal e direito moral. De forma semelhante, no continente, os críticos dos utilitaristas, sempre atentos às complexidades da noção de direito subjetivo, insistiam que a teoria do comando não lhes deixava espaço. Hägerström insistia que, se as leis fossem meramente comandos, a noção de direitos de um indivíduo seria realmente inexplicável, uma vez que os comandos são, como ele dizia, algo a que ou obedecemos ou não obedecemos; eles não conferem direitos.<sup>30</sup> Mas também ele concluiu que a moral ou, como expressou, o senso comum, noções de justiça devem necessariamente estar envolvidas na análise de qualquer estrutura jurídica complexa o suficiente para conferir direitos.<sup>31</sup>

E apesar de tudo, há certamente confusão nestes argumentos. As normas que conferem direitos, embora distintas de comandos, não precisam ser normas morais, nem com elas coincidir. Os direitos, afinal de contas, existem em normas de cerimônias, jogos e em muitas outras esferas reguladas por regras irrelevantes para a questão da justiça ou do que o Direito deve ser. Nem é necessário que regras que conferem direitos sejam justas ou moralmente boas. Os direitos de um senhor sobre seu escravo nos mostram isso. “Seu mérito ou demérito”, como os chamou Austin, depende de como os direitos são distribuídos em uma sociedade e sobre quem ou o quê são exercidos. Esses críticos revelaram, com efeito,

<sup>30</sup> Hägerström, *Inquiries Into the Nature of Law and Morals* 217 (Olivercrona edn. 1953): “(T)oda a teoria de direitos subjetivos de indivíduos privados... é incompatível com a teoria imperativa”. Veja também *ibid.* na p. 221: “A descrição deles (reclames de proteção jurídica) como direitos é totalmente derivada da ideia de que o direito que lhes diz respeito é a verdadeira expressão de direitos e de deveres no sentido em que a noção popular de justiça entende estes termos”.



as inadequações das noções simples de comando e hábito para a análise do direito; em muitas instâncias torna-se claro que a aceitação social de uma regra ou padrão de autoridade (mesmo se motivada apenas pelo medo, pela superstição ou se fundada em inércia) deve ser considerada na análise e não pode ser, ela mesma, reduzida a esses dois termos simples. Entretanto, nada disso mostra que a insistência utilitarista na distinção entre a existência da lei e seus "méritos" está equivocada.

### III

Volto-me agora para uma crítica caracteristicamente norte-americana sobre a separação entre o que o Direito é daquilo que o Direito deveria ser. Ela surgiu do estudo crítico do processo judicial com o qual a teoria do direito (jurisprudence) norte-americana tem estado, de forma geral, ocupada de forma tão benéfica. Os mais cétricos desses críticos – chamados, de maneira vaga, de "Realistas" da década de 1930 – aceitaram, talvez muito ingenuamente, a moldura conceitual das ciências naturais como adequada para a caracterização do Direito e para a análise de ações norteadas por regras de que consiste, ao menos em parte, um sistema jurídico vivo. Mas eles abriram os olhos das pessoas para aquilo que realmente acontece quando os tribunais decidem causas, e o contraste que estabeleceram entre os fatos reais de uma decisão judicial e a terminologia tradicional para descrevê-la como se fosse uma operação absolutamente lógica foi, com frequência, iluminador; pois, a despeito de alguns exageros, os Realistas nos tornaram agudamente conscientes de uma característica cardeal da linguagem e do pensamento humanos, cuja ênfase é vital não apenas para a compreensão do Direito, mas de áreas da Filosofia muito além dos confins da Teoria do Direito. O *insight* dessa escola pode ser apresentado a partir do seguinte exemplo. Uma regra jurídica nos proíbe de levar um veículo a um parque público. Isto claramente proíbe um automóvel, mas o que dizer de bicicletas, patins, carrinhos de brinquedo? E aviões? Todos esses devem ser chamados de "veículos" para os fins dessa regra ou não? Se temos que nos comunicar minimamente uns com os outros e se, na forma mais elementar de direito, temos que expressar nossas intenções

de que um certo tipo de comportamento seja regulado por regras, então as palavras gerais que utilizamos – como "veículo" no caso que estou analisando – devem ter algum caso padrão (standard instance) na qual não há dúvidas quanto à sua aplicação. Deve haver um núcleo de sentidos estabelecidos (core of settled meaning), mas haverá, também, uma zona de penumbra de casos discutíveis nos quais as palavras nem são obviamente aplicáveis, nem obviamente descartadas. Cada um desses casos apresentará algumas características em comum com o caso padrão; e não apresentará outras, ou será acompanhado por outras características não presentes no caso padrão. A invenção humana e os processos naturais continuamente trazem essas variações àquilo que é familiar, e se devemos dizer que essas séries de fatos se enquadram ou não nas normas existentes, então aquele que as classifica deve tomar uma decisão que não lhe é ditada (por outrem), pois os fatos e fenômenos aos quais empregamos nossas palavras e aplicamos nossas normas são como se fossem *mudos*. O automóvel de brinquedo não pode falar e dizer "Eu sou um veículo para os fins dessa regra jurídica", nem podem os patins gritar em coro "Nós não somos um veículo". As situações de fato não se apresentam a nós claramente etiquetadas, passadas e dobradas; nem trazem escrita em si sua classificação jurídica para que o juiz simplesmente a leia. Ao invés disso, ao aplicar normas jurídicas, alguém tem que assumir a responsabilidade de decidir que as palavras englobam ou não englobam o caso em pauta, com todas as consequências práticas que essa decisão envolve.

Podemos chamar os problemas que surgem fora do núcleo duro de casos padrão ou dos sentidos estabelecidos como "problemas de penumbra"; eles estão sempre conosco, seja em relação a coisas tão triviais como a regulamentação do uso de um parque público, seja em relação às generalidades multidimensionais de uma Constituição. Se uma zona de penumbra de incerteza deve envolver todas as regras jurídicas, então sua aplicação a casos específicos na área da zona de penumbra não pode ser uma questão de dedução lógica e, assim, o raciocínio dedutivo, que tem sido festejado por gerações como a própria perfeição do raciocínio humano, não pode servir como modelo para aquilo que os juízes ou, na

verdade, qualquer pessoa, deveriam fazer para acomodar casos específicos a normas gerais. Nesta área, os homens não podem viver só da dedução. Decorre daí que se os argumentos jurídicos e as decisões jurídicas sobre questões da zona de penumbra devem ser racionais, sua racionalidade deve se fundar em algo que não a relação lógica com as premissas. Assim, se é racional ou "sensato" argumentar e decidir que, para os fins dessa norma, um aeroplano não é um veículo, este argumento deve ser sensato ou racional sem ser logicamente conclusivo. O que é, então, que faz com que tais decisões sejam corretas ou, pelo menos, melhores que decisões alternativas? Mais uma vez, parece correto dizer que o critério que, nesses casos, torna sensata uma decisão é algum conceito daquilo que o Direito deveria ser; e é fácil, a partir daí, passar a dizer que deve haver um julgamento moral sobre o que o Direito deveria ser. Assim, tocamos aqui um ponto de necessária "intersecção entre o Direito e a moral" que demonstra a incorreção ou, pelo menos, o caráter enganoso da insistência enfática dos Utilitaristas na separação entre o que o Direito é e o que deveria ser. Com certeza, Bentham e Austin só podem ter escrito o que escreveram porque entenderam mal ou desprezaram este aspecto do processo judicial, já que ignoraram os problemas da zona de penumbra.

A concepção equivocada do processo judicial que ignora os problemas da zona penumbra e que considera o processo como consistindo preminentemente de raciocínios dedutivos é frequentemente estigmatizada como o erro do "formalismo" ou do "literalismo". Minha pergunta agora é como e em que medida a demonstração desse erro mostra que a distinção utilitarista é incorreta ou enganosa? Há aqui muitos pontos que foram confundidos, mas só posso destrinchar alguns. A acusação de formalismo tem sido dirigida tanto às teorias jurídicas "positivistas" quanto aos tribunais, mas, é claro, a acusação deve ser bem diferente em cada caso. Dirigida ao teórico do Direito, a acusação significa que ele cometeu um erro teórico a respeito do caráter da decisão jurídica; ele considerou que o raciocínio envolvido consistia na dedução de premissas sobre as quais as escolhas práticas ou decisões dos juízes não tinham qualquer impacto. Seria fácil mostrar que Austin era inocente desse erro; somente uma concepção

completamente equivocada do que é uma teoria analítica do direito e do porquê ele a considerava importante pode levar ao entendimento de que ele, ou qualquer outro analítico, acreditava que o Direito era um sistema lógico fechado nos quais os juízes deduziam de premissas suas decisões.<sup>32</sup> Pelo contrário, ele estava absolutamente atento ao caráter da linguagem, à sua imprecisão e ao seu caráter aberto;<sup>33</sup> ele acreditava que em situações da zona de penumbra, os juízes têm necessariamente que legislar,<sup>34</sup> e, em um tom que lembra por vezes o do juiz Jerome Frank, ele criticou severamente os juízes da *Common Law* por legislarem de maneira tímida e débil e por confiarem cegamente em analogias reais ou imaginadas com casos

<sup>32</sup> Esta má compreensão da teoria analítica do direito se encontra em, entre outros, Stone, *The Province and Function of Law* 141 (1950): "Em poucas palavras, rejeitar a assunção implicada de que todas as proposições de todas as partes do direito devem ser logicamente consistentes com cada uma delas e proceder a um só grupo de definições... ele [Cardozo, J.] negou que o direito de fato seja o que o jurista analítico, para seus propósitos limitados, assume ser." Veja ainda *ibid.* nas p. 49, 52, 138, 140; Friedman, *Legal Theory* 209 (3<sup>rd</sup> edn. 1953). Esta má compreensão parece depender da não examinada e falsa crença de que os estudos analíticos do significado de termos jurídicos seriam impossíveis ou absurdos se, para chegar a decisões sólidas em casos particulares, mais que uma capacidade para raciocínio lógico formal a partir de premissas predeterminadas claras e livres de ambiguidades fosse requerida.

<sup>33</sup> Veja a discussão sobre vagueza e incerteza no direito, in Austin, *op. cit.*, n. 12 *supra*, nas p. 202-5, 207, em que Austin reconhece que, em consequência da vagueza, muitas vezes apenas "testes falíveis" podem ser fornecidos para que se determine se casos particulares caem sob expressões gerais.

<sup>34</sup> Veja Austin, *op. cit.*, n. 12, *supra*, na p. 191: "Não consigo entender como qualquer pessoa que tenha considerado o tema possa supor que a sociedade possivelmente poderia ter continuado (a existir) se juízes não legislassem..." Como uma correção à crença de que o jurista analítico deve tomar uma visão "máquina caça-níqueis" ou "mecânica sobre o processo judicial", vale a pena notar as seguintes observações feitas por Austin:

1) Em qualquer ocasião em que uma lei tenha de ser aplicada, a "competição por analogias opostas entre si" pode surgir, pois o caso "pode lembrar em alguns de seus pontos" casos a que no passado a regra tenha sido aplicada e em outros pontos "casos em que a aplicação da regra foi negada". 2 Austin, *Lecture on Jurisprudence* 633 (5<sup>th</sup> edn. 1885).

2) Juízes comumente decidem casos e assim derivam novas regras por "construção" em uma variedade de fundamentos incluindo, às vezes (na opinião de Austin, muito raramente), suas visões sobre o que o direito deve ser. Mais comumente eles derivam direito de direito preexistente por "consequência fundada em analogia", i.e., eles fizeram uma nova regra "em consequência da existência de uma regra similar aplicada aos sujeitos que são *análogos*..." 2 *ibid.* nas p. 638-9.

3) Se toda regra em um sistema jurídico fosse perfeitamente definida ou precisa, essas dificuldades incidentes à aplicação do direito não ocorreriam. "Mas a completude e correção ideais que agora imaginei não é alcançável de fato... ainda que o sistema tivesse sido construído e ordenado com inigualável solicitude e habilidade". 2 *ibid.* nas p. 997-8. É claro que ele pensava que muito poderia e deveria ser feito por meio de codificação para eliminar as incertezas. Veja 2 *ibid.* nas p. 662-81.

pretéritos, em vez de adaptarem suas decisões às crescentes necessidades da sociedade como revelado pelo padrão moral da utilidade.<sup>35</sup> Os vilões, neste ponto, responsáveis pela concepção do juiz como um autômato, não são os pensadores utilitaristas. A responsabilidade, se deve ser imputada a algum teórico, é a pensadores como Blackstone e, em um estágio anterior, a Montesquieu. A raiz desse mal é a preocupação com a separação de poderes e a “ficção pueril” (como a chamou Austin) de Blackstone de que os juízes apenas “encontram”, jamais criam o direito.

Mas estamos preocupados com o “formalismo” como um vício não de juristas, mas de juízes. O que significa, exatamente, um juiz cometer esse erro, ser “formalista”, “automático”, “máquina”? Curiosamente, a literatura na área, que está repleta de denúncias contra tais vícios, nunca esclarece essa questão em termos concretos; ao invés disso, temos apenas descrições que não podem significar o que aparentam dizer; diz-se que, no erro formalista, os tribunais fazem uso excessivo da lógica, levam as coisas a “um extremo aridamente lógico”,<sup>36</sup> ou fazem uso excessivo de métodos analíticos. Mas de que maneira, ao ser um formalista, um juiz faz uso excessivo da lógica? É claro que a essência desse erro é dar a algum termo geral uma interpretação que é cega aos valores e consequências sociais (ou que é, de algum outro modo, tola ou que talvez apenas não seja apreciada pelos críticos). Mas a lógica não prescreve interpretação de termos; ela não dita nem uma interpretação tola, nem inteligente de qualquer expressão. A lógica apenas lhe diz hipoteticamente que se você der a certo termo uma determinada interpretação, uma determinada conclusão irá decorrer. A lógica é silente quanto ao modo de classificar particulares

<sup>35</sup> 2 *ibid.* na p. 641: “Nada, de fato, pode ser mais natural que legisladores, diretos ou judiciais (especialmente se forem limitados, tímidos ou pouco talentosos) devam basear-se tanto quanto possam nos exemplos estabelecidos por seus predecessores”. Veja também 2 *ibid.* na p. 647: “Mas há muito que lamentar que juízes de capacidade, experiência e peso não tenham aproveitado cada oportunidade de introduzir uma nova regra (uma regra benéfica ao futuro)... Esta é a censura que estou inclinado a fazer a Lord Eldon ... (O)s juízes das Cortes de *Common Law* não fariam o que deveriam ter feito, a saber, moldar as regras de direito e de procedimento às exigências crescentes da sociedade, em vez de, estupidamente e de maneira mau-humorada, aderirem aos velhos e bárbaros usos”.

<sup>36</sup> *Hynes v. New York Cent. R.R.*, 231 N. Y. 229, 235; 131 N.E. 898, 900 (1921); see Pound, *Interpretations of Legal History* 123 (2<sup>nd</sup> edn. 1930); Stone, *op. cit.* p. 22.

— e é este o coração da decisão judicial. Assim, essa referência à lógica e a extremos lógicos é uma designação incorreta para algo diferente, e que deve ser o seguinte. Um juiz tem que aplicar uma norma a um caso concreto — talvez a norma de que não se possa levar um “veículo” roubado para fora das fronteiras do Estado, e, nesse caso, foi levado um avião.<sup>37</sup> Ele ou não percebe, ou finge não perceber, que os termos gerais dessa norma são suscetíveis de diferentes interpretações e que ele tem uma escolha, deixada em aberto, não controlada pelas convenções linguísticas. Ele ignora, ou não consegue ver, o fato de que está numa área da zona obscura e que não está lidando com um caso padrão. Em vez de fazer uma escolha à luz dos objetivos sociais, o juiz determina o sentido de maneira diferente. Ele ou adota o sentido que a palavra mais obviamente sugere em um contexto não jurídico para o homem comum, ou o sentido que a palavra recebeu em algum outro contexto jurídico ou, pior ainda, ele pensa no caso padrão e arbitrariamente identifica nele certas características — por exemplo, no caso de um veículo, (1) normalmente utilizado no solo, (2) capaz de levar um ser humano, (3) capaz de autopropulsão — e trata os três como sendo condições sempre necessárias e sempre suficientes para o uso do palavra “veículo” em todos os contextos em que surja a despeito das consequências sociais de dar-lhe esta interpretação. Esta escolha, não “lógica”, forçaria o juiz a incluir um carrinho de brinquedo a motor (se propelido eletronicamente) e a excluir as bicicletas e o avião. Nisso tudo há, provavelmente, muita tolice, mas nem mais, nem menos “lógica” do que em casos nos quais a interpretação dada a um termo geral e a consequente aplicação de alguma regra geral é conscientemente controlada por algum objetivo social determinado (identified).

Decisões feitas de forma tão cega mal mereceriam o nome de decisões; daria no mesmo jogar uma moeda para decidir como aplicar uma regra jurídica. Mas é no mínimo duvidoso que tenha havido alguma decisão judicial (mesmo na Inglaterra) tomada de forma tão automática. Pelo contrário, ou as interpretações estigmatizadas como automáticas resultaram

da convicção de que é mais justo, numa lei penal, adotar o sentido que viria à mente do homem comum, mesmo à custa de derrotar outros valores, e isto é, em si mesmo, uma política social (embora, possivelmente, ruim); ou, de forma muito mais frequente, o que se estigmatiza como “mecânico” ou “automático” é uma escolha determinada feita, na verdade, à luz de um objetivo social, mas de um objetivo social conservador. Certamente muitas das decisões da Suprema Corte na virada do século, que foram assim estigmatizadas,<sup>38</sup> representavam escolhas claras na zona obscura de levar a efeito uma política de tipo conservador. Isto é particularmente verdadeiro em relação aos votos do Ministro Peckham definindo as esferas de poder da polícia e do devido processo legal.<sup>39</sup>

Mas de que modo o erro de se decidir casos de uma forma automática e mecânica e o acerto de se decidir casos com referência a propósitos sociais mostram que é equivocada a insistência utilitarista na distinção entre o que o Direito é e o que deveria ser? Acredito que ninguém que desejava utilizar os vícios do formalismo como prova de que a distinção entre o que é e o que deveria ser é equivocada negaria que as decisões estigmatizadas como automáticas são (parte do) direito; tampouco negariam que o sistema dentro do qual estas decisões automáticas ocorrem é um sistema jurídico. Certamente ele diria que elas são Direito, mas que são mau Direito; que não deveriam ser Direito. Mas isto seria utilizar a distinção, não refutá-la; e é claro que tanto Bentham como Austin a utilizaram para atacar os juízes por eles deixarem de decidir casos da zona obscura de acordo com as necessidades crescentes da sociedade.

Claramente, se a demonstração dos erros do formalismo busca mostrar que a distinção utilitarista é equivocada, o ponto tem de ser drasticamente reformulado. O ponto deve ser não meramente que uma decisão judicial, para ser racional, deve ser feita à luz de alguma concepção do que o Direito deve ser, mas que os objetivos, as políticas e os propósitos

<sup>38</sup> Veja, por exemplo, Pound, “Mechanical jurisprudence”, 8 *Colum. L. Rev.* 605, 615-16 (1908).

<sup>39</sup> Veja, por exemplo, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). A opinião do Justice Peckham de que não havia fundamento razoável a que se interferisse no direito de livre contrato determinando-se as horas de trabalho no ofício de um padeiro pode de fato ser um perverso exemplo de conservadorismo, mas nele

sociais, a que os juízes deveriam apelar para que suas decisões possam ser racionais, são eles mesmos considerados parte do Direito em algum sentido apropriadamente amplo de “Direito” que se acredita ser mais esclarecedor que aquele utilizado pelos Utilitaristas. Essa reformulação do ponto teria a seguinte consequência: em vez de dizer que a recorrência das questões da zona obscura nos mostra que as regras jurídicas são essencialmente incompletas e que, quando elas deixam de determinar decisões, os juízes têm que legislar e, assim, exercer uma escolha criativa entre alternativas, deveremos dizer que as políticas sociais que norteiam as escolhas dos juízes estão ali, de certa forma, para que eles as descubram; os juízes estão apenas “retirando” da regra, se ela é adequadamente compreendida, aquilo que nela já está “latente”. Chamar isso de legislação judicial é obscurecer uma continuidade essencial entre os casos de aplicação clara da lei e as decisões da zona obscura. Questionarei, adiante, se este modo de falar é salutar, mas nesse momento desejo mencionar algo óbvio, mas que tende, se não explicitado, a complicar as questões. Não decorre que, porque o oposto de uma decisão tomada cegamente na maneira formalista ou literalista é uma decisão inteligentemente tomada tendo por referência alguma concepção do que o Direito deveria ser, que temos uma junção entre o Direito e a moral. Devemos, creio, nos precaver de pensar de um modo muito simplista sobre a palavra “deveria”. E isto não porque não haja distinção a ser feita entre o que o Direito é e o que deveria ser. Longe disso. Mas porque a distinção deveria ser entre o que é e o que, sob diferentes pontos de vista, deveria ser. A palavra “deveria” simplesmente reflete a presença de algum parâmetro para a crítica; um desses parâmetros é o parâmetro moral, mas nem todos os parâmetros são morais. Dizemos a nosso próximo “Você não deveria mentir”, e este pode, certamente, ser um julgamento moral, mas deveríamos nos lembrar que o envenenador perplexo poderia dizer “Eu deveria dar a ela uma segunda dose”. O ponto aqui é que decisões inteligentes que se opõem a decisões mecânicas ou formais não são necessariamente idênticas a decisões defensáveis em bases morais. Podemos dizer de muitas decisões “Sim, está certo; é assim que deveria ser”, e podemos querer dizer apenas

que algum propósito ou política aceita foi por ela promovido; podemos não querer dizer que endossamos o acerto moral da política ou da decisão. Assim, o contraste entre a decisão mecânica e a inteligente pode se reproduzir dentro de um sistema dedicado à busca dos objetivos mais cruéis. Ele não existe como um contraste a ser encontrado apenas em sistemas jurídicos que, como o nosso, reconhecem amplamente princípios de justiça e posições morais dos indivíduos.

Um exemplo pode tornar este ponto mais claro. Entre nós, a tarefa de decidir a pena em um caso criminal é aquela que parece mais evidentemente exigir do juiz o exercício de um julgamento moral. Aqui os fatores a serem sopesados parecem, claramente, serem valores morais: a sociedade não deve ficar exposta a ataques injustificados; sofrimento excessivo não deve ser imposto quer à vítima, quer a seus dependentes; esforços devem ser feitos para permitir (que o criminoso) leve uma vida melhor e reconquiste uma posição na sociedade cujas leis ele violou. Para um juiz que busca estabelecer um equilíbrio entre essas posições, sua tarefa parece o exemplo mais claro possível do exercício de julgamento moral; e parece ser o exato oposto de uma aplicação mecânica de uma tabela de penalidades que fixa a pena sem se importar com as posições morais que devem ser sopesadas em nosso sistema. Então, aqui, a decisão inteligente e racional é norteadada, ainda que de maneira incerta, por objetivos morais. Mas só precisamos alterar o exemplo para ver que isso não precisa necessariamente ser assim e, com certeza, se não precisa necessariamente ser assim, permanece inabalado o ponto utilitarista. Sob o regime nazista, homens foram condenados por tribunais por críticas ao regime. Aqui a escolha da sentença poderia ser norteadada exclusivamente pela consideração do que era necessário para se manter eficazmente a tirania do Estado. Que sentença iria tanto aterrorizar o público em geral quanto manter os amigos e a família do prisioneiro em suspense de modo que a esperança e o medo cooperassem como fatores para levar à subserviência? O prisioneiro de tal sistema seria visto unicamente como um objeto a ser usado na busca desses fins. No entanto, em contraste com uma decisão mecânica, decidir nessas bases

seria inteligente e serviria a um propósito e, sob um determinado ponto de vista, a decisão seria como deveria ser. Obviamente, não desconheço toda uma tradição filosófica que tem buscado demonstrar o fato de que não podemos chamar decisões ou comportamentos de verdadeiramente racionais a menos que estejam em conformidade com objetivos e princípios morais. Mas o exemplo que utilizei parece-me servir, pelo menos, como um alerta de que não podemos usar os erros do formalismo como algo que *per se* demonstra a falsidade da insistência utilitarista na distinção entre o Direito como ele é e o Direito como *moralmente* deveria ser.

Podemos agora retornar ao ponto principal. Se é verdade que uma decisão inteligente de questões na zona obscura é aquela feita não mecanicamente, mas à luz de objetivos, propósitos e políticas, embora não necessariamente à luz de qualquer coisa que chamássemos de princípios morais, é sensato expressar esse fato importante dizendo que deveríamos abandonar a firme distinção utilitarista entre o que o Direito é e o que deveria ser? Talvez a alegação de que seja sensato não possa ser refutada teoricamente, porque ela é, com efeito, um *convite* a revisar nossa concepção do que seja uma regra jurídica. Somos convidados a incluir na "regra" os vários objetivos e políticas à luz dos quais os casos da zona obscura são decididos, uma vez que esses objetivos têm, mercê de sua importância, tanta razão para serem chamados Direito como as regras jurídicas centrais cujo sentido está estabelecido. Mas embora um convite não possa ser refutado, ele pode ser recusado, e eu daria duas razões para recusá-lo. Primeiro, tudo o que aprendemos sobre o processo judicial pode ser expresso de formas menos misteriosas. Podemos dizer que as leis são irremediavelmente incompletas e que devemos decidir os casos da zona obscura racionalmente, tendo por referência os objetivos sociais. Penso que Holmes, que tão vivamente compreendia que "proposições gerais não decidem casos concretos", o teria dito desse modo. Segundo, insistir na distinção utilitarista é enfatizar que o núcleo duro de sentido estabelecido é Direito em um sentido centralmente importante e que, mesmo que haja casos fronteiros, é preciso primeiro haver fronteiras. Se não fosse assim, a noção de regras controlando as decisões de tribunais não faria sentido,

como alguns "Realistas" — em seus casos mais extremos e, acredito, com fundamentos ruins — sustentaram.<sup>40</sup>

De forma oposta, suavizar a distinção, asseverar misteriosamente que há algum tipo de fusão de identidade entre o Direito como é e como deveria ser, é sugerir que todas as questões jurídicas são fundamentalmente como aquelas da zona obscura. É afirmar que não há elemento central de Direito real a ser visto no cerne do sentido central que as normas têm, que não há nada na natureza de uma norma jurídica inconsistente com *todas* as questões estarem abertas à reconsideração à luz de políticas sociais. Claro, é bom ocupar-se da zona obscura. Seus problemas são, com razão, o cardápio quotidiano das faculdades de Direito. Mas ocupar-se da zona obscura é uma coisa, preocupar-se com ela é outra. E a preocupação com a zona obscura é, se posso dizer assim, uma fonte tão rica de confusão à tradição jurídica norteamericana quanto o formalismo, à inglesa. É claro que podemos abandonar a noção de que as normas têm autoridade; podemos deixar de atribuir força ou mesmo sentido ao argumento de que um caso enquadra-se perfeitamente a uma norma e está ao alcance de um precedente. Podemos até chamar toda essa argumentação de "automática" ou "mecânica", que já é a invectiva comum contra os tribunais. Mas até que decidamos que isto é o que desejamos, não o deveríamos encorajar obliterando a distinção utilitarista.

#### IV

A terceira crítica à separação entre direito e moral é de caráter bastante diferente; é certamente menos um argumento intelectual contra a distinção utilitarista e mais um apelo apaixonado fundado não em argu-

<sup>40</sup> Vale mencionar, no presente contexto, uma reformulação desta posição extrema. Na primeira edição de *The Bramble Bush*, o professor Llewellyn se comprometeu apaixonadamente com a visão de que "o que esses oficiais fazem quanto a disputas é, em minha opinião, o próprio direito", e que "regras... são importantes na medida em que o ajudam a... prever o que os juízes farão... Esta é toda a sua importância, salvo a de serem belos brinquedos". Llewellyn, *The Bramble Bush* 3, 5, (1ª edn. 1930). Na segunda edição, ele diz que estas foram "infelizes palavras quando não mais desenvolvidas, e elas são claramente, na melhor das hipóteses, afirmação bastante parcial da verdade completa... (U)ma das funções do direito é controlar os oficiais em alguma medida, e guiá-los mesmo... onde nenhum controle completo é possível ou desejável... (A)s palavras falham em conceber corretamente... a função da instituição do direito como

mentação minuciosa, mas em lembranças de uma experiência terrível. Pois ela (a crítica, não o argumento) consiste no testemunho daqueles que desceram aos infernos e, como Ulisses ou Dante, trouxeram de volta uma mensagem para os seres humanos. Apenas que, nesse caso, o inferno não estava sob a terra, ou fora dela, mas nela; foi um inferno criado na terra por homens, para outros homens.

Este apelo vem daqueles pensadores alemães que vivenciaram o regime nazista e refletiram sobre suas manifestações perversas no sistema jurídico. Um desses pensadores, Gustav Radbruch, partilhara ele mesmo da doutrina "positivista" até a tirania nazista, quando foi convertido por sua experiência e, por isso, seu apelo a outros homens para que descartem a doutrina de que a separação entre o Direito e a moral tem a força particular de uma retratação. O que é importante nessa crítica é que ela realmente enfrenta o ponto específico que Bentham e Austin tinham em mente quando postulavam a separação entre o Direito como é e como deveria ser. Esses pensadores alemães colocaram sua ênfase na necessidade de reunir o que os Utilitaristas separavam, exatamente onde essa separação era de maior importância aos olhos dos Utilitaristas; pois eles se ocuparam do problema apresentado pela existência de leis moralmente más.

Antes de sua conversão, Radbruch sustentava que a resistência à lei era um assunto de consciência pessoal, a ser pensado pelo indivíduo como um problema moral, e que a validade de uma lei não poderia ser contestada mostrando-se que suas determinações eram moralmente más, ou mesmo mostrando-se que o efeito de obediência à lei seria mais perverso do que o efeito de desobediência. Austin, pode-se lembrar, foi enfático em condenar como "puro nonsense" aqueles que diziam que se as leis humanas conflitassem com os princípios fundamentais da moral, então elas deixariam de ser leis.

As leis mais perniciosas, e, portanto, aquelas mais contrárias à vontade de Deus, têm sido e são continuamente aplicadas como leis pelos tribunais. Suponha que um ato inócuo ou positivamente benéfico seja proibido pelo soberano sob pena de morte; se eu cometer esse ato, serei julgado e condenado, e seu eu fizer objeções à sentença (sentence) alegando que é contrária à lei de Deus, eu não serei julgado e condenado, e seu eu fizer objeções à