

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

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-

⁴⁰ 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 serei julgado e condenado.

irá me provar o caráter inconclusivo de meu argumento enforcando-me de acordo com a lei cuja validade impugnei. Uma exceção, defesa indireta de mérito ou contestação, fundada na lei de Deus nunca foi acolhida em um tribunal (de Justiça), desde a criação do mundo até o presente momento.⁴¹

Essas são palavras fortes, de fato brutais, mas devemos nos lembrar que elas se aliavam – como no caso de Austin e, é claro, no de Bentham – à convicção de que, se as leis atingiam um determinado grau de iniquidade, haveria então uma clara obrigação moral de resistir-lhes e de deixar de lhes prestar obediência. Veremos, quando considerarmos as alternativas, que muito pode ser dito em favor dessa apresentação simples de um dilema humano que pode surgir.

Radbruch, entretanto, concluíra da facilidade com que o regime nazista explorara a subserviência à mera lei – expressa, como ele acreditava, no slogan “positivista” “a lei como lei” (*Gesetz als Gesetz*) – e da ausência de protestos por parte dos profissionais de Direito na Alemanha contra as barbaridades que tinham que perpetrar em nome do Direito, que o “positivismo” (entendido aqui como a insistência na separação entre o direito como é e o Direito como deveria ser) contribuía poderosamente para tais horrores. Suas reflexões ponderadas levaram-no à doutrina de que os princípios fundamentais da moral humanitária eram parte do próprio conceito de *Recht* ou Legalidade e que nenhum ato ou lei positiva, não obstante o quão claramente estivesse expresso e o quão claramente se conformasse aos critérios formais de validade de um dado sistema jurídico, poderia ser válido se fosse contrário a princípios básicos de moral (morality). Essa doutrina pode ser entendida perfeitamente apenas quando se apreendem as nuances contidas na palavra alemã *Recht*. Mas é claro que a doutrina significava que todos os advogados e juízes deveriam denunciar leis que transgredissem os princípios fundamentais não só como meramente imorais ou erradas, mas como desprovidas de caráter jurídico, e atos que, com esse fundamento, carecem da qualidade jurídica não deveriam ser levados em consideração na formulação da posição jurídica de um dado indivíduo em circunstâncias específicas. A extraordinária retratação de sua doutrina

anterior foi, infelizmente, omitida da tradução de suas obras, mas deveria ser lida por todos aqueles que desejam pensar renovadamente sobre a questão da interconexão entre o Direito e a moral.⁴²

É impossível ler sem simpatia o apelo apaixonado de Radbruch para que a consciência jurídica alemã se abrisse às demandas da moral e seu lamento de que, na tradição alemã, este tão raramente tenha sido o caso. Por outro lado, há uma ingenuidade extraordinária em sua leitura de que a falta de sensibilidade às demandas da moral e a subserviência ao poder estatal em um povo como o alemão tenha surgido da crença de que a lei poderia ser lei ainda que não se conformasse aos requisitos mínimos de moral. Pelo contrário, esta história terrível sugere o exame das razões para a ênfase no slogan “lei é lei” e a distinção entre Direito e moral terem assumido um caráter sinistro na Alemanha enquanto, em outros lugares, como no caso dos próprios Utilitaristas, elas tenham sido acompanhadas de atitudes liberais mais esclarecidas. Mas algo mais perturbador do que ingenuidade está latente em toda a apresentação de Radbruch sobre os problemas que surgem da existência de leis moralmente iníquas. Não será, penso, falta de caridade dizer que podemos ver em seu argumento que ele digeriu apenas pela metade a mensagem espiritual de liberalismo que ele busca transmitir à profissão jurídica. Pois tudo o que ele diz depende, de fato, de uma enorme supervalorização da importância do simples fato de que uma norma possa ser considerada uma norma jurídica válida, como se isto, uma vez declarado, fosse conclusivo da questão moral final: “Esta regra jurídica deveria ser obedecida?”. Certamente, a resposta genuinamente liberal a qualquer uso sinistro do slogan “lei é lei” é “Muito bem, mas isto não encerra a questão. A lei não é a moral; não permitamos que ela suplante a moral”.

Entretanto, não estamos restritos a uma mera discussão acadêmica para podermos avaliar o apelo de Radbruch por uma revisão da distinção

⁴²Veja Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht”, I *Süddeutsch Juristen-Zeitung* 105 (Germany 1946) (republicado in Radbruch, *Rechtsphilosophie* 347 (4th edn. 1950)). Usei a tradução de partes deste ensaio e de Radbruch, “Die Erneuerung des Rechts”, 2 *Die Wandlung* 8 (Germany 1947), preparada pelo professor Lon Fuller da Harvard Law School como um suplemento mimeografado às

entre Direito e moral. Depois da guerra, a concepção de Radbruch de que o Direito continha em si mesmo o princípio moral essencial do humanitarismo foi aplicado, na prática, por tribunais alemães a alguns casos em que foram punidos criminosos de guerra locais, espiões e informantes durante o regime nazista. A importância especial desses casos é que as pessoas acusadas desses crimes alegavam que o que haviam feito não era ilegal sob as leis do regime em vigor à época em que as ações foram realizadas. Essa alegação foi rebatida com a resposta de que as leis em que eles se baseavam eram inválidas uma vez que se contrapunham a princípios fundamentais da moral. Permitam-me relatar, brevemente, um desses casos.⁴³

Em 1944, uma mulher, desejando livrar-se do marido, denunciou-o às autoridades com base nas observações ofensivas que, durante seu período de licença do exército alemão, fizera sobre Hitler. A mulher não tinha qualquer dever legal de relatar os atos do marido, embora os comentários que ele fizera aparentemente violassem leis que tornavam ilegal fazer declarações prejudiciais ao governo do Terceiro Reich ou que dificultassem, de qualquer modo, a defesa militar do povo alemão. O marido foi preso e condenado à morte, aparentemente de acordo com essas leis, embora ele não tenha sido executado, mas enviado para a frente de batalha. Em 1949, sua mulher foi processada em um tribunal da Alemanha Ocidental por um crime que descreveríamos como o de ilegalmente privar uma pessoa de sua liberdade (*rechswidrige Freiheitsberaubung*). Isto era punível como crime de acordo com o Código Penal alemão de 1871, que permanecera

⁴³ Julgamento de 27 de julho de 1949, Oberlandesgericht, Bamberg, 5 *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 207 (Germany 1950), 64 *Harv. L. Rev.* 1005 (1951); veja Friedmann, *Legal Theory* 457 (3rd edn. 1953). O texto foi deixado como escrito originalmente, mas foi mostrado pelo Dr. H. O. Papper da Australian National University em seu artigo "On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era" in 23 *Mod. L. Rev.* (1960), 260, que o relatório do caso em 64 *Harv. L. Rev.* que foi seguido pelo autor está equivocado. Como Dr. Papper mostra, no caso real o tribunal alemão, depois de aceitar a possibilidade teórica de que leis fossem inválidas se em conflito com o direito natural, estabeleceu que as leis nazistas em questão não o violavam; a acusada fora considerada culpada de privar ilegalmente seu marido de sua liberdade, uma vez que ela não tinha o dever de informar contra ele, mas o fez por razões puramente pessoais, e deveria ter percebido que fazê-lo era, nas circunstâncias, "contra a sólida consciência e senso de justiça de todos os seres humanos decentes". Assim, o caso como discutido no texto deve ser considerado hipotético. Análise cuidadosa, feita pelo Dr. Papper, de um caso semelhante na Suprema Corte Alemã, deveria ser estudada. (Op. cit., p. 268 e s.).

em vigor, sem interrupções, desde sua promulgação. A mulher alegou que a prisão de seu marido tinha ocorrido de acordo com as leis nazistas e que, portanto, ela não cometera crime algum. O tribunal de apelação que, em última instância, examinou o caso, decidiu que a mulher era culpada de buscar a privação da liberdade de seu marido ao denunciá-lo aos tribunais alemães, ainda que ele tivesse sido condenado por um tribunal por ter violado uma lei, uma vez que, para citar as palavras do tribunal, a lei "era contrária à boa consciência e ao sentido de justiça de todos os seres humanos decentes". Este raciocínio foi seguido em muitos casos, que têm sido saudados como um triunfo das leis do Direito Natural e como indicativos da derrubada do positivismo. A satisfação irrestrita com esse resultado parece-me histeria. Muitos de nós podem aplaudir o objetivo — o de punir uma mulher por um ato moralmente ultrajante —, mas isto só foi possível ao se declarar que uma lei estabelecida desde 1934 não tinha força de lei, e pelo menos a sabedoria desse procedimento deve ser questionada. Havia, é claro, duas outras opções. Uma era a de deixar a mulher impune; pode-se simpatizar e endossar o entendimento de que fazê-lo seria ruim. Outra seria a de enfrentar o fato de que, se a mulher devesse ser punida, deveria ser de acordo com a introdução de uma lei francamente retrospectiva e com plena consciência daquilo que se sacrificava para garantir sua punição nestes termos. Odiosas como podem ser a legislação e a punição penal retrospectivas, buscá-las abertamente nesse caso teria, pelo menos, o mérito da franqueza. Teria deixado claro que, ao punir a mulher, uma escolha entre dois males precisara ser feita, entre o de deixá-la impune e o de sacrificar um preciosíssimo princípio moral endossado pela maioria dos sistemas jurídicos. Certamente, se aprendemos algo com a história da moral é que o que se deve fazer quando se tem um dilema moral é não o esconder. Assim como com as urtigas, as ocasiões em que a vida nos força a escolher pelo mal menor devem ser agarradas com a consciência de que elas são o que são. O vício desse uso do princípio de que, em certos pontos-limite, o que é absolutamente imoral não pode ser lei ou legal é que ele servirá para encobrir a verdadeira natureza dos problemas que nos desafiam e encorajará o otimismo romântico de que todos os valores

que prezamos irão, em última instância, se fundir em um sistema único, que nenhum deles terá que ser sacrificado ou comprometido para que possamos acomodar outro.

Toda Discórdia, Harmonia que se entende mal

Todo Mal Particular, Bem universal

[Item 52, *Essay on Man*, Alexander Pope]

Isto certamente não é verdade, e há insinceridade em qualquer formulação de nosso problema que nos permita descrever o tratamento desse dilema como se fosse a decisão de um caso comum.

Pode parecer, talvez, dar peso demasiado às formas, até mesmo às palavras, enfatizar um modo de resolver esse caso difícil em relação a outro que poderia ter levado, no que diz respeito à mulher, a exatamente o mesmo resultado. Por que dramatizar a diferença entre eles? Poderíamos ter punido a mulher sob uma lei retrospectiva e declarar abertamente que estávamos fazendo algo que era inconsistente com nossos princípios, mas que era o menor de dois males; ou poderíamos permitir que o caso se passasse como um daqueles em que não indicamos, precisamente, onde sacrificamos tal princípio. Mas a franqueza não é apenas uma entre as muitas virtudes menores da administração do Direito, assim como não é apenas uma das virtudes menores da moral. Pois, se adotarmos o entendimento de Radbruch, e, com ele e com os tribunais alemães, fizermos nosso protesto contra leis más na forma de uma assertiva de que certas normas não podem ser leis devido à sua iniquidade moral, confundimos uma das formas mais poderosas, porque a mais simples, de crítica moral. Se, com os Utilitaristas, falamos claramente, diremos que as leis podem ser direito, mas que são perversas demais para serem obedecidas. Esta é uma condenação moral que todos podem entender e que solicita, de forma clara e imediata, atenção moral. Se, por outro lado, formulamos nossa objeção como uma afirmação de que essas coisas perversas não são lei, há aqui uma afirmação em que a maioria das pessoas não acredita e, mesmo que elas estejam dispostas a considerá-la, irá levantar toda uma série de questões filosóficas antes de poder ser aceita. Assim, talvez a lição mais importante a ser aprendida dessa forma de negação da distinção utilitarista

seja aquela que os Utilitaristas mais desejam ensinar; quando temos ampla possibilidade de um discurso simples não devemos apresentar a crítica moral às instituições como proposições de uma filosofia questionável.

V

Tenho buscado mostrar que, a despeito de tudo que se aprendeu e experimentou desde que os Utilitaristas escreveram, e a despeito dos defeitos em outros pontos de sua doutrina, seu protesto contra a confusão entre o que é e o que deveria ser o Direito tem valor tanto moral quanto intelectual. Entretanto, poder-se-ia perfeitamente dizer que, embora esta distinção seja válida e importante se aplicada a qualquer lei particular dentro de um sistema, ela é pelo menos enganosa quando tentamos aplicá-la a "Direito", isto é, à noção de sistema jurídico e que, se insistirmos, como tenho feito, na verdade (ou truísmo) mais restrita, obscurecemos uma verdade mais ampla (ou mais profunda). Afinal de contas, pode-se dizer, já aprendemos que há muitas coisas que são falsas quanto às leis tomadas separadamente, mas que são verdadeiras e importantes quando se considera o sistema jurídico como um todo. Por exemplo, o vínculo entre lei e sanções ou entre a existência da lei e sua "eficácia" precisa ser entendido segundo esta forma mais geral. Certamente, não se argumenta (sem algum tipo de extensão desesperada da palavra "sanção" ou alguma redução artificial do termo "lei") que todas as leis em um sistema jurídico interno [específico] devem ser acompanhadas de uma sanção, contudo é ao menos plausível sustentar que um sistema jurídico, para ser um sistema jurídico, deva prever sanções para algumas de suas normas. Da mesma forma, pode-se dizer que uma norma jurídica existe ainda que aplicada e obedecida em apenas uma minoria de casos, mas o mesmo não poderia ser dito do sistema jurídico como um todo. Talvez as diferenças concernentes às leis tomadas separadamente e o sistema jurídico como um todo sejam também verdadeiras para a conexão entre concepções morais (ou outras) do que o Direito deveria ser e o Direito nesse sentido mais amplo.

Esta linha de argumentação, encontrada (ao menos de forma embrionária) em Austin, quando ele chama a atenção para o fato de que todo

sistema jurídico desenvolvido contém algumas noções fundamentais que são “necessárias” e “fundadas na natureza comum dos homens”,⁴⁴ merece ser perseguida – até certo ponto – e direi brevemente o porquê e até que ponto devemos fazê-lo.

Devemos evitar, se pudermos, os áridos desperdícios de definições inadequadas, pois, em relação a um conceito tão multifacetado e vago como o de sistema jurídico, de discussões sobre o caráter “essencial”, ou a necessidade, para o todo, de qualquer elemento individual, logo começam a se assemelhar a discussões sobre se o xadrez poderia ainda ser “xadrez” se jogado sem os peões. Há um desejo, que pode ser compreensível, de passar-se direto pela questão de se um sistema jurídico, para ser um sistema jurídico, deve atender algum padrão moral, ou de outro tipo, apenas com a declaração de fatos: por exemplo, que nenhum sistema jurídico que tenha falhado completamente nesse ponto jamais existiu, nem poderia se perpetuar; que a suposição, normalmente confirmada, de que um sistema jurídico busca algum tipo de justiça matiza completamente o modo pelo qual interpretamos normas específicas em casos particulares, e que se esta suposição, normalmente confirmada, não se confirmasse, ninguém teria qualquer razão para obedecer a não ser o medo (e, provavelmente, nem essa) e, menos ainda, é claro, qualquer obrigação moral de obedecer. O vínculo entre os padrões jurídicos e morais e os princípios de justiça é, assim, tão pouco arbitrário e tão “necessário” como o vínculo entre lei e sanções, e o exame da questão de ser essa necessidade lógica (parte do “significado” do Direito) ou meramente factual ou causal pode ser tranquilamente deixado como passatempo inocente para os filósofos.

Entretanto, gostaria de avançar um pouco mais em dois aspectos (ainda que isto implique lançar mão de uma fantasia filosófica) e mostrar o que, de maneira inteligível, poder-se-ia querer dizer com a tese de que algumas provisões em um sistema jurídico são “necessárias”. O mundo em que vivemos, e nós, que nele vivemos, podemos mudar, qualquer dia, de modos muito diferentes; e se essa mudança fosse radical o suficiente, não

⁴⁴Austin, “Uses of the Study of Jurisprudence”, in *The Province of Jurisprudence Determined* 365, 373, 367-9 (Library of Ideas, edn. 1954).

apenas certas declarações de fato, ora verdadeiras, se tornariam falsas, e vice-versa, mas modos inteiros de pensar ou de falar, que constituem nosso atual aparato conceitual, por meio do qual vemos o mundo e os outros, desapareceriam. Só precisamos considerar quanto toda nossa vida social, moral e jurídica, como as entendemos hoje, dependem do fato contingente de que, embora nossos corpos mudem em sua forma, tamanho e em outras de suas propriedades físicas, isto não se dá de forma tão drástica, nem com uma rapidez e irregularidade tão instantâneas que não possamos nos identificar uns aos outros como o mesmo persistente indivíduo ao longo do tempo. Embora este não seja mais que um fato contingente que pode um dia ser diferente, nele, neste momento, repousam enormes estruturas de nosso pensamento e princípios de ação e de vida social. De forma semelhante, considere a seguinte possibilidade (não porque seja mais do que uma possibilidade, mas porque revela o porquê de acreditarmos que certas coisas são necessárias em um sistema jurídico e o que queremos dizer com isso): suponha que os homens se tornassem invulneráveis a ataques de uns pelos outros, revestidos talvez, como imensos caranguejos, de uma carapaça impenetrável, e que pudessem retirar o alimento que necessitassem do ar por meio de algum processo químico interno. Em tais circunstâncias (cujos detalhes podem ser deixados para a ficção científica), regras que proibissem o livre uso da violência e regras que constituíssem a forma mínima de propriedade – com direitos e deveres suficientes para permitir que alimento seja cultivado e mantido até ser consumido – não teriam o necessário *status* não arbitrário que têm hoje para nós, constituídos como somos em um mundo como o nosso. Atualmente, e até que ocorram tais mudanças radicais, tais regras são tão fundamentais que, se um sistema jurídico não as contém, haveria muito pouco sentido em que contivesse quaisquer outras regras que fossem. Tais regras superpõem-se a princípios morais básicos que proíbem o assassinato, a violência e o roubo; e assim podemos acrescentar à declaração factual de que todos os sistemas jurídicos coincidem, de fato, com a moral em pontos tão vitais, a declaração de que, neste ponto, isto é necessariamente assim. E por que não a chamar de necessidade “natural”?

É claro que mesmo isto depende do fato de que, ao perguntar qual conteúdo um sistema jurídico deve ter, consideramos que esta pergunta merece ser feita apenas se nós, que a consideramos, cultivamos o objetivo humilde de sobreviver em estreita proximidade a nossos próximos. A teoria do direito natural, entretanto, com todo o seu aspecto multiforme, tenta avançar bem mais o argumento e afirmar que os seres humanos são igualmente devotados e unidos em sua concepção de objetivos (a busca do conhecimento, justiça para todos os homens) outros além daquele da sobrevivência e que estes ditam um conteúdo necessário adicional ao sistema jurídico (acima e para além de meu humilde mínimo) sem o qual ele seria inútil. Claro que devemos tomar cuidado para não exagerar as diferenças entre os seres humanos, mas parece-me que, acima desse mínimo, os propósitos que os homens têm para viver em sociedade são conflitantes e variados demais para permitir grande extensão do argumento que alguma superposição mais completa entre regras jurídicas e padrões morais seja "necessária" nesse sentido.

Outro aspecto do problema merece atenção. Se atribuímos a um sistema jurídico o sentido mínimo de que deve consistir de regras gerais — gerais tanto no sentido de que devem se referir a cursos de conduta, não a ações individuais e à multiplicidade dos homens, não a indivíduos particulares —, este sentido conota o princípio de tratar igualmente casos iguais (treating like cases alike), embora os critérios para se decidir quando os casos são iguais sejam, por enquanto, apenas os elementos gerais especificados nas regras. É verdade, entretanto, que o elemento essencial ao conceito de justiça é tratar igualmente casos iguais. Esta é a justiça na aplicação do Direito, não a justiça do Direito. Assim, há, na noção mesma de Direito como consistindo de regras gerais, algo que nos impede de tratá-lo como se moralmente ele fosse absolutamente neutro, sem qualquer contato necessário com princípios morais. A justiça procedimental (mais) natural consiste, portanto, naqueles princípios de objetividade e de imparcialidade na administração do Direito que implementam apenas este aspecto do Direito e que são projetados para assegurar que as regras sejam aplicadas

apenas àqueles que são, genuinamente, casos englobados por essa regra ou, pelo menos, para minimizar os riscos de desigualdades nesse sentido.

Estas duas razões (ou desculpas) para falar de uma certa superposição entre padrões jurídicos e morais como necessária e natural, é claro, não deverá satisfazer ninguém que esteja realmente perturbado pela insistência utilitarista ou "positivista" de que o Direito e a moral são distintos. Isto porque um sistema jurídico que satisfizesse estes requisitos mínimos poderia aplicar, com a mais pedante das imparcialidades quanto às pessoas atingidas, leis que fossem odiosamente opressivas, e poderia negar, a uma vasta população escrava sem direitos, os benefícios mínimos da proteção contra violência e roubo. O fedor de tal sociedade ainda está, afinal de contas, em nossas narinas, e alegar que ela não tem (ou não tinha) um sistema jurídico envolveria, simplesmente, a repetição do argumento. Apenas se as normas deixassem de fornecer esses benefícios e proteções a qualquer um — mesmo para um grupo de senhores de escravos — esse mínimo deixaria de ser atendido e o sistema afundaria para o *status* de conjunto de tabus sem sentido. Claro que qualquer um a quem se negassem esses benefícios não teria qualquer razão para obedecer a não ser o medo, e teria todas as razões morais para revoltar-se.

VI

Eu não seria totalmente franco se, na conclusão, não examinasse aquilo que, suspeito, mais perturba àqueles que reagem de maneira violenta ao "positivismo jurídico". Pode-se considerar que ênfase na distinção entre o Direito como ele é e como deveria ser depende e acarreta o que se chamou de teorias "subjetivistas", "relativistas" ou "não cognitivas" sobre a natureza mesma dos julgamentos morais, distinções morais, ou "valores". Claro que os próprios Utilitaristas (distintamente de positivistas posteriores, como Kelsen) não abraçavam nenhuma dessas teorias, a despeito de quão pouco satisfatória sua teoria moral nos pareça hoje. Austin acreditava que os princípios morais últimos eram os mandamentos divinos, que conhecemos ou pela revelação ou por meio do "índice" de utilidade, e Bentham acreditava que eles eram proposições verificáveis

sobre a utilidade. Apesar de tudo, acredito (embora não possa prová-lo) que a insistência na distinção entre o que o Direito é e o que deveria ser tem sido, sob a rubrica geral de "positivismo", confundida com uma teoria moral segundo a qual proposições sobre aquilo que é o caso ("proposições (statements) de fato") pertencem a uma categoria ou tipo radicalmente diferente de declarações sobre o que deveria ser ("proposições (statements) de valor"). Pode, portanto, ser benéfico desfazer esta fonte de confusão.

Há muitas variantes contemporâneas desse tipo de teoria moral: de acordo com algumas, julgamentos sobre o que deveria ser, ou deveria ser feito, ou são ou incluem, como elementos essenciais, expressões de "sentimento", "emoção", "atitudes", ou "preferências subjetivas"; segundo outras, tais julgamentos tanto expressam sentimentos, emoções ou atitudes como exigem de outros que as compartilhem. Em outras variantes, tais julgamentos indicam que um caso particular se insere em um princípio geral ou princípio de ação que o emissor "escolheu" ou com o qual ele está "comprometido" e que é, em si mesmo, não um reconhecimento daquilo que é o caso, mas sim análogo a algum "imperativo" geral ou comando dirigido a todos, incluindo o emissor. Comum a todas essas variantes é a insistência em que julgamentos sobre o que deveria ser feito, porque contêm tais elementos "não cognitivos", não podem ser sustentados nem estabelecidos por meio de métodos racionais da mesma forma como é possível fazer para declarações de fato, e que não é possível demonstrar que derivem de qualquer declaração de fato, mas apenas de outros julgamentos sobre o que deveria ser feito em conjunção com alguma declaração de fato. Não podemos, numa teoria assim, demonstrar, *v.g.*, que uma ação foi errada, não deveria ter sido realizada, meramente mostrando que consistia da deliberada imposição de dor a alguém apenas para a satisfação do agente. Só podemos mostrar que é errada, se acrescentarmos a essas declarações "cognitivas" verificáveis que infligir dor em tais circunstâncias é errado, não deveria ser feito. Juntamente com essa distinção geral entre declarações daquilo que é e do que deveria ser estão, paralelamente, as bem-definidas distinções entre declarações sobre meios e declarações sobre fins morais. Podemos descobrir e discutir racionalmente quais os meios adequados para

determinados fins, mas os fins não são passíveis de descoberta ou debate racional; eles são "*fiats* da vontade", expressões de "emoções", "preferências" ou "atitudes".

Contra tais entendimentos (que são, é claro, muito mais sutis do que pode revelar este panorama cru), outros sugerem que todas estas divisões bem-definidas entre o que é e o que deveria ser fato e valor, meios e fins, cognitivo e não cognitivo estão erradas. Ao reconhecer últimos fins ou valores morais, estamos reconhecendo algo tão imposto sobre nós pela natureza (character) do mundo em que vivemos, quanto pouco dependente de uma questão de escolha, atitude, sentimento ou emoção como a verdade dos juízos factuais sobre o que é o caso. O argumento moral característico não é aquele em que as partes se reduzem a expressar ou emitir sentimentos e emoções, ou a emitir exortações ou comandos umas para as outras, mas aquele no qual as partes acabam por reconhecer, depois de minucioso exame e reflexão, que um caso inicialmente controverso se insere no âmbito de um princípio apreendido vagamente (ele mesmo não mais "subjetivo", não mais "um *fiat* de nossa vontade", do que qualquer outro princípio de classificação), e isto tanto pode ser chamado "cognitivo" ou "racional" quanto qualquer outra classificação de particulares inicialmente controversa.

Vamos supor, agora, que aceitamos essa rejeição às teorias "não cognitivas" da moral (morality) e esta negação de uma distinção nítida, em relação ao tipo, entre as declarações do que é e do que deveria ser, e que juízos morais são tão racionalmente defensáveis quanto qualquer outro tipo de juízo. O que decorreria daí quanto à natureza da conexão entre o direito como ele é e o direito (law) como deveria ser? Certamente, com base apenas nisso, nada. As leis (laws), não obstante quão iníquas moralmente, seriam ainda (no que diz respeito a esse ponto) leis (laws). A única diferença que a aceitação desse entendimento da natureza dos juízos morais faria seria a de que a iniquidade moral de tais leis (laws) se tornaria passível de demonstração; decorreria certamente de uma simples declaração daquilo que a regra determinava que a regra era moralmente errada e, assim, não deveria ser lei (law) ou, inversamente, que era moral-

mente desejável e deveria ser lei (law). Mas demonstrá-lo não iria mostrar que a regra não era (ou era) lei (law). A prova de que os princípios pelos quais avaliamos ou condenamos leis são passíveis de serem racionalmente descobertos (discoverable), e não meros "fiats da vontade", não toca o fato de que há leis (laws) que poderiam ter qualquer grau de iniquidade ou estupidez e ainda serem leis (laws). E, inversamente, há normas que têm todas as qualificações morais para serem leis e, contudo, não o são.

Certamente algo mais, ou mais específico, deve ser dito para que provas contrárias às teorias do "não cognitivismo" ou a teorias semelhantes no campo da ética possam ser relevantes para a distinção entre o Direito como ele é e o Direito como deveria ser, e para levar ao abandono, em algum momento, ou a certa suavização dessa distinção. Ninguém tem feito mais do que o Professor Lon Fuller, da Harvard Law School, em seus vários trabalhos, para deixar clara esta linha de argumentação, e encerrarei criticando aquilo que considero ser seu argumento central. É um argumento que emerge novamente quando consideramos não aquelas regras jurídicas ou partes de regras jurídicas cujos sentidos são claros e que não geram debates, mas a interpretação de regras em casos concretos quando há inicialmente dúvidas e quando surgem controvérsias sobre seu sentido. Em nenhum sistema jurídico o escopo das normas jurídicas se vê limitado pelo leque de situações concretas que os legisladores tinham em mente, ou que se acredita que tivessem; esta é, de fato, uma das diferenças importantes entre uma regra jurídica e um comando. Entretanto, quando se reconhece que as regras se aplicam a situações para além daquelas que os legisladores consideraram, ou poderiam ter considerado, sua extensão a esses novos casos frequentemente se apresenta não como uma escolha deliberada ou *fiat* por parte daqueles que assim interpretam a regra. Não surge nem como uma decisão de dar à norma um sentido novo ou mais amplo, nem como uma tentativa de adivinhar o que os legisladores, que morreram, quem sabe, no século 18, teriam dito se estivessem vivos no século 20. Pelo contrário, a inclusão do novo caso sob o âmbito da norma ocorre como uma elaboração natural da norma, como algo que implementa

mesma, e não a qualquer pessoa viva ou morta. A descrição utilitarista de tal extensão interpretativa de normas antigas para casos novos como legislação judicial não faz justiça a esse fenômeno; não dá qualquer indicação das diferenças entre um *fiat* deliberado ou a decisão de tratar o caso novo da mesma forma que os casos passados, e o reconhecimento (em que há pouco que seja deliberado ou mesmo voluntário) de que a inclusão do novo caso sob a norma irá implementar ou articular um propósito contínuo e, de fato, idêntico, até então apreendido de modo menos específico.

Talvez muitos advogados (lawyers) e juízes vejam nessa linguagem algo que se encaixa precisamente em sua experiência; outros podem considerá-la uma interpretação romântica de fatos mais bem apresentados na linguagem utilitarista de "legislação" judicial ou, na moderna terminologia norte-americana, "escolha criativa".

Para esclarecer esse ponto, o Professor Fuller usa um exemplo não jurídico tirado do filósofo Wittgenstein que é, creio eu, iluminador:

Alguém me diz: "Ensine um jogo às crianças". Eu as ensino a jogar dados e o outro me diz: "Eu não quis dizer esse tipo de jogo". A exclusão do jogo de dados deveria ter estado em sua mente quando ele me deu a ordem?⁴⁵

Este exemplo parece-me tocar algo importante. Talvez haja os pontos seguintes (discerníveis entre si). Primeiro, nós normalmente não interpretamos apenas o que as pessoas estão tentando fazer, mas também o que elas dizem à luz de objetivos humanos comuns supostos, de modo que, a menos que o contrário seja expressamente indicado, não interpretaríamos uma instrução de ensinar um jogo a uma criança pequena como uma ordem para introduzi-la aos jogos de azar, mesmo que, em outros contextos, a palavra "jogo" fosse naturalmente interpretada dessa forma. Segundo, com muita frequência, o falante cujas palavras são assim interpretadas pode dizer: "Sim, foi isto que eu quis dizer (ou 'isto foi o que eu quis dizer desde o começo'), embora nunca tenha pensado sobre isto até você me apresentar esse caso específico". Terceiro, quando assim reconhecemos, talvez depois de um debate ou uma consulta a terceiros,

que um caso específico não previsto especificamente de antemão, como se inserindo no âmbito de alguma instrução vagamente expressa, podemos sentir que essa experiência é falseada se descrita como uma mera decisão de nossa parte de tratar assim o caso específico, e que só a podemos descrever fielmente como o resultado da percepção e da articulação daquilo que nós “realmente” queremos ou de nosso “verdadeiro propósito” — expressões que o Professor Fuller utilizou em passagens posteriores no mesmo artigo.⁴⁶

Tenho certeza de que muitos debates filosóficos sobre a natureza do argumento moral iriam se beneficiar da atenção a casos do tipo apresentado pelo Professor Fuller. Tal atenção ajudaria a fornecer um corretivo para a visão de que há uma separação nítida entre “fins” e “meios” e que, ao debater “fins” só podemos trabalhar uns com os outros de forma não racional, e que o argumento racional fica reservado para a discussão sobre os “meios”. Mas acredito que a relevância desse ponto para a questão de se saber se é correto ou inteligente insistir na distinção entre o Direito como ele é e o Direito como deveria ser é, de fato, muito pequena. Seu efeito total é que, quando na interpretação de regras jurídicas, (concluimos pela existência) de alguns casos que acreditamos, depois de refletirmos, serem uma elaboração ou articulação tão natural da norma, que pensarmos ou referirmo-nos a eles como “legislação”, “criação de lei”, ou um “fiat” seria enganoso. Assim, o argumento deve ser: seria enganoso distinguir em tais casos entre o que a regra é e o que deveria ser — pelo menos em certo sentido de *deveria*. Acreditamos que deveria incluir o novo caso e, depois de refletir, percebemos que ela de fato o inclui. Mas ainda que se admita essa forma de apresentar uma experiência reconhecível como um exemplo da fusão entre o que é e o que deveria ser, deve-se ter em mente dois alertas. O primeiro é que “deveria”, nesse caso, não precisa ter qualquer relação com a moral pelas razões já expostas na seção III: fará tanto sentido que um novo caso implemente e articule o propósito de uma regra ao interpretar as regras de um jogo ou algum código odiosamente imoral de opressão cuja imoralidade é percebida por aqueles chamados a interpretá-

lo. Eles também podem ver o que o “espírito” do jogo que estão jogando requer em casos não previstos anteriormente. E isto é mais importante: no fim das contas, nós devemos nos lembrar quão raro é, no Direito, o fenômeno que se diz justificar esse tipo de discurso, quão excepcional é o sentimento de que uma forma de decidir um caso nos é imposta como a única elaboração natural ou racional de determinada norma. Certamente não se pode duvidar que, para a maioria dos casos de interpretação, falar de escolha entre alternativas, “legislação judicial” ou mesmo “fiat” (ainda que não fiat arbitrário), expressa melhor as realidades da situação.

Dentro do quadro de um Direito relativamente bem estabelecido competem muitas alternativas, muito próximas em seu apelo (attraction) entre as quais juízes e advogados devem escolher, incertos, sua forma de tornar apropriada, aqui, a linguagem que pode bem descrever aquelas experiências que temos ao interpretar nossos próprios princípios de conduta, intenções, desejos, ou os de outros, quando não estamos conscientes de exercer uma escolha deliberada, mas, antes, de reconhecer algo que espera reconhecimento. Utilizar, na descrição da interpretação do Direito, a terminologia sugerida de uma fusão ou incapacidade de separação entre o que é e o que deveria ser servirá apenas (como histórias anteriores de que os juízes só encontram o direito (law), nunca o criam) para encobrir os fatos, que aqui, mais do que em qualquer outro lugar, vivemos em meio a incertezas dentre as quais devemos escolher, e que o Direito existente impõe apenas limites à nossa escolha e não a própria escolha.

PÓS-ESCRITO

Para críticas e comentários, veja:

1. L. Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law: a Reply to Professor Hart', 71 *Harv. L. Rev.* 630 (1958).
2. R. A. Duff, 'Legal Obligation and the Moral Nature of Law', *Juridical Rev.* 61 (1980).
3. R. M. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (2nd impression, 1978), caps. IV, e pp. xii, xii, 105-8, 124-6, 326-7, 332-9, 341-3, 348-9.