

I. Questões persistentes

1. Perplexidades da teoria do direito

Poucas indagações sobre a sociedade humana têm sido formuladas com tanta persistência e respondidas por pensadores sérios de maneiras tão diversas, estranhas e até paradoxais quanto a pergunta: “O que é o direito?” Mesmo circunscrevendo nossa atenção à teoria do direito dos últimos 150 anos e deixando de lado as especulações clássicas e medievais sobre a “natureza” do direito, depararemos com uma situação que não tem paralelo com nenhum outro tema estudado sistematicamente como disciplina acadêmica independente. Não há uma vasta literatura dedicada a responder às perguntas “O que é a química?” ou “O que é a medicina?”, como ocorre com a questão “O que é o direito?”. Tudo o que se pede ao estudante dessas ciências é que leia algumas linhas na primeira página de um livro-texto elementar, e as respostas que ele obtém são muito diferentes das que são dadas ao estudante de direito. Nunca se considerou esclarecedor ou importante insistir em que a medicina é “aquilo que os médicos fazem diante da doença” ou “uma previsão do que os médicos farão”, ou declarar que aquilo que é normalmente reconhecido como uma parte característica e essencial da química – o estudo dos ácidos, por exemplo – na verdade não faz parte da química. Entretanto, no caso do direito, coisas aparentemente tão estra-

nhas quanto essas não são apenas ditas, mas frequentemente debatidas com eloquência e paixão, como se fossem revelações de grandes verdades sobre o direito, há muito obscurecidas por grosseiras contrafações de sua natureza essencial.

“O que as autoridades fazem a respeito dos litígios é... o próprio direito”¹; “As previsões sobre o que os Tribunais farão... são o que entendo por direito”²; a legislação é “fonte do direito... e não o próprio direito”³; “o direito constitucional é mera moral positiva”⁴; “É proibido roubar; se alguém roubar, será punido. ... Caso exista de fato, a primeira norma está contida na segunda, que é a única norma genuína... O direito é a norma primária que estipula a sanção.”⁵

Estas são apenas algumas das muitas afirmações e negações sobre a natureza do direito que podem parecer, pelo menos à primeira vista, estranhas e paradoxais. Algumas parecem conflitar com crenças profundamente arraigadas e ser facilmente refutáveis; somos então tentados a responder: “É evidente que a legislação *faz parte* do direito; é pelo menos um ramo do direito, mesmo que existam outros”; “É claro que o direito não pode ser apenas o que as autoridades fazem ou o que os tribunais vão decidir, uma vez que é o direito que cria uma autoridade ou um tribunal.”

No entanto, essas afirmações aparentemente paradoxais não partiram de visionários ou de filósofos profissionalmente ocupados em duvidar das mais mezinhas afirmações do senso comum. São o fruto de profundas reflexões sobre o direito feitas por homens que eram antes de tudo juristas, dedicados por profissão a ensinar ou a praticar o direito, e em alguns casos a aplicá-lo como juízes. Além disso, o que disseram sobre o direito, em seu tempo e lugar,

1. Llewelyn, *The Bramble Bush* (2ª ed., 1951), p. 9.

2. O. W. Holmes, “The Path of the Law”, em *Collected Papers* (1920), p. 173.

3. J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1902), s. 276.

4. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Lecture VI (ed. 1954, p. 259).

5. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1949), p. 61.

QUESTÕES PERSISTENTES

3

efetivamente contribuiu para aumentar nossa compreensão do tema. Isso porque, vistas em seus contextos, essas declarações esclarecem e confundem *ao mesmo tempo*: mais parecem grandes exageros de algumas verdades indevidamente negligenciadas sobre o direito do que frias definições. Lançam uma luz que nos faz ver muito do que jazia oculto no direito; mas essa luz é tão brilhante que nos torna cegos para os outros aspectos, impedindo, assim, uma visão clara do todo.

Em estranha contraposição a essa interminável discussão teórica contida nos livros, percebemos que a maioria das pessoas, quando se lhes pede, consegue, com segurança e facilidade, citar exemplos do que venha a ser o direito. Poucos cidadãos ingleses ignoram a existência de uma lei que proíbe o assassinato, de outra que exige o pagamento do imposto sobre a renda ou daquela que especifica como redigir um testamento válido. Praticamente qualquer pessoa, exceto uma criança ou o estrangeiro que depara pela primeira vez a palavra inglesa “*law*”, poderia facilmente multiplicar esses exemplos, e a maioria poderia fazer mais do que isso. Poderia descrever, pelo menos de modo geral, como proceder para ter certeza de que algo faz parte do direito na Inglaterra; sabem que há especialistas que se podem consultar e tribunais com autoridade decisional sobre todas essas questões. Muito mais que isso é de conhecimento geral. A maioria das pessoas instruídas sabe que as leis na Inglaterra formam um tipo de sistema, e que a França, os Estados Unidos, a Rússia Soviética e, na verdade, quase todas as regiões do mundo que são consideradas “Estados” independentes dispõem de sistemas jurídicos estruturalmente semelhantes, apesar de haver certas diferenças substanciais. Na verdade, uma formação educacional que deixasse as pessoas na ignorância desses fatos seria seriamente deficiente, e não consideraríamos sinal de grande refinamento cultural se aqueles que sabem disso pudessem também dizer quais são as principais semelhanças entre os diferentes sistemas jurídicos. Espera-se que qualquer ho-

mem instruído seja capaz de identificar essas características marcantes de forma esquemática, como a seguir. Elas compreendem: (i) normas que proíbem ou coíbem certos tipos de comportamento sob pena de sanção; (ii) normas que requerem que se ofereça reparação, de algum modo, àqueles que sofreram certos tipos de dano; (iii) normas que especificam o que fazer para redigir testamentos, contratos ou outros instrumentos jurídicos que outorgam direitos ou criam obrigações; (iv) tribunais que determinam quais são as normas aplicáveis e quando foram infringidas, e estipulam a sanção a ser aplicada ou a indenização a ser paga; (v) um poder legislativo para criar novas normas e abolir as antigas.

Se tudo isso é do conhecimento geral, por que subsiste a pergunta “O que é o direito?”, e por que tem ela recebido tantas respostas diferentes e tão extraordinárias? Será que isso se deve a que, além dos casos-padrão, constituídos pelos sistemas jurídicos dos Estados modernos, a respeito dos quais ninguém em seu juízo perfeito duvidaria de que são sistemas jurídicos, há também casos duvidosos, sobre cuja “juridicidade” não só os homens instruídos mas até os juristas se questionam? O direito primitivo e o direito internacional são os mais destacados entre esses casos duvidosos, e sabe-se que muitos pensam haver razões, embora em geral não sejam conclusivas, para se negar a exatidão do uso já convencional do termo “direito” nesses casos. Com efeito, a existência desses casos questionáveis ou passíveis de objeção deu origem a uma controvérsia prolongada e algo estéril, mas seguramente ela não basta para explicar as perplexidades sobre a natureza geral do direito expressas na pergunta persistente “O que é o direito?”. Por duas razões, parece claro que esses casos não podem ser a raiz da dificuldade.

Em primeiro lugar, é óbvia a razão da hesitação nessas situações. O direito internacional não dispõe de um poder legislativo, os Estados não podem ser levados a juízo perante os tribunais internacionais sem seu consentimento prévio

QUESTÕES PERSISTENTES

5

e não existe na esfera internacional um sistema de sanções eficiente, centralizado e organizado. Certos tipos de direito primitivo, inclusive aqueles a partir dos quais alguns sistemas jurídicos contemporâneos podem ter gradualmente evoluído, também são destituídos dessas características, e está perfeitamente claro para todos que é seu desvio em relação ao caso paradigmático nesses aspectos que faz com que sua classificação pareça questionável. Não há mistério nisso.

Em segundo lugar, o fato de sermos forçados a reconhecer a existência tanto de casos-padrão como de casos limítrofes questionáveis não é uma peculiaridade de termos complexos como “direito” e “sistema jurídico”. Atualmente, é do conhecimento geral (embora não tenha sido suficientemente enfatizado no passado) que essa distinção deve ser feita no caso de praticamente toda palavra genérica usada para classificar os fenômenos da vida humana e do mundo em que vivemos. Às vezes, a diferença entre o caso claro ou paradigmático para o uso de uma expressão e os casos questionáveis é apenas uma questão de grau. Um homem que tem a cabeça lisa e brilhante é evidentemente calvo; outro, que exhibe luxuriantes madeixas, obviamente não o é; mas a questão de saber se é calvo um terceiro homem, que tem alguns cabelos aqui e ali, poderia ser discutida indefinidamente se fosse considerada relevante ou se dela dependesse algum assunto de ordem prática.

Às vezes o desvio em relação ao caso-padrão não é mera questão de grau, mas surge quando aquele constitui de fato um complexo de elementos normalmente concomitantes mas distintos, um ou mais dos quais podem faltar nos casos questionáveis. Será um hidroavião um “navio”? O jogo pode ainda ser chamado de “xadrez” se for disputado sem a rainha? Essas perguntas podem ser instrutivas por nos forçarem a refletir sobre nossa concepção da composição do caso-padrão e a explicitá-la; mas é evidente que o que podemos chamar de aspecto limítrofe das coisas é demasiado corriqueiro para explicar a longa discussão sobre o direito. Além disso, apenas uma parte relativamente pequena e pou-

co importante das teorias mais famosas e controversas do direito trata da propriedade do uso das expressões “direito primitivo” ou “direito internacional” para designar os casos aos quais são convencionalmente aplicadas.

Quando refletimos sobre a capacidade relativamente generalizada das pessoas para reconhecer e citar exemplos de leis e sobre o quanto se sabe em geral a respeito do caso-padrão de um sistema jurídico, parece fácil pôr fim à pergunta persistente, “O que é o direito?”, arrolando apenas uma série de lembranças do que já nos é familiar. Por que não repetir simplesmente a descrição esquemática das características principais de um sistema jurídico nacional, descrição essa que colocamos (na página 3), talvez por otimismo, na voz de um cidadão instruído? Podemos então dizer apenas: “Este é o caso paradigmático do que se quer dizer com as expressões ‘direito’ e ‘sistema jurídico’; lembrem-se de que, além desses casos-padrão, vocês encontrarão também na vida social certos sistemas que carecem de alguns desses elementos, embora partilhem algumas daquelas características marcantes. Esses são casos controvertidos, em que não há argumento conclusivo contra ou a favor de sua inclusão no âmbito do direito.”

Essa seria uma forma breve e agradável de abordar a questão, mas não há nada além disso que a recomende. Pois, em primeiro lugar, é evidente que aqueles que ficam mais confusos com a pergunta “O que é o direito?” não esqueceram, nem precisam que se lhes recordem, os fatos já conhecidos que essa resposta esquemática lhes oferece. A profunda perplexidade que tem emprestado relevância à pergunta não se deve à ignorância, ao esquecimento ou à incapacidade de reconhecer os fenômenos a que a palavra “direito” comumente se refere. Além disso, se considerarmos os termos de nossa descrição esquemática de um sistema jurídico, fica claro que ela pouco faz além de afirmar que, no caso-padrão normal, leis de vários tipos se aglutinam. A razão para isso é que tanto um tribunal quanto o poder legislativo, que aparecem nessa descrição resumida como elementos típicos de um sistema jurídico padrão, são

eles próprios criaturas do direito. Só quando existem certos tipos de lei que concedem aos homens jurisdição litigiosa e poder para legislar é que se podem constituir um tribunal ou um poder legislativo.

Essa forma breve de responder à pergunta, que pouco faz além de lembrar as convenções existentes que governam o uso das palavras “direito” e “sistema jurídico”, é portanto inútil. O melhor caminho será, evidentemente, postergar toda resposta à pergunta “O que é o direito?” até que possamos descobrir o que realmente vem confundindo aqueles que formularam a indagação ou procuraram respondê-la, mesmo se sua familiaridade com o direito e sua capacidade de reconhecer exemplos significativos esteja acima de qualquer dúvida. Que mais eles querem saber, e por quê? A *esta* pergunta, pode-se dar uma espécie de resposta geral. Pois há certos temas principais e recorrentes que têm sido um foco constante de argumentos e contra-argumentos sobre a natureza do direito e provocado afirmações exageradas e paradoxais a seu respeito, como as que já citamos. A reflexão sobre a natureza do direito tem uma história longa e complicada; em retrospectiva, entretanto, fica evidente que tem versado quase continuamente sobre uns poucos temas principais. Estes não foram escolhidos gratuitamente nem inventados pelo puro prazer da discussão acadêmica; dizem respeito a aspectos do direito que a todo tempo parecem naturalmente dar causa a equívocos, de tal modo que a confusão, e a subsequente necessidade de ulterior elucidação, podem coexistir mesmo nas mentes de homens ponderados que têm domínio seguro e sólido conhecimento do direito.

2. Três questões recorrentes

Examinaremos aqui três dos principais problemas recorrentes e mostraremos em seguida por que eles se articulam na forma da exigência de uma definição do direito ou

uma resposta à pergunta “O que é o direito?”, ou em perguntas formuladas em termos mais obscuros, como “Qual é a natureza (ou essência) do direito?”.

Dois desses temas surgem como explicaremos a seguir. A mais marcante característica geral do direito em todos os tempos e lugares é que sua existência significa que certos tipos de comportamento humano já não são opcionais, mas, em *certo* sentido, obrigatórios. Porém, essa característica aparentemente simples do direito não é tão simples quanto parece, pois podemos distinguir diferentes formas na esfera do comportamento obrigatório não-opcional. O primeiro sentido em que o comportamento já não é opcional, e o mais simples, é o caso em que um homem é obrigado a fazer o que outro lhe diz, não por ser fisicamente compelido – no sentido de que seu corpo é empurrado ou arrastado –, mas porque o outro o ameaça com consequências desagradáveis caso recuse. O assaltante ordena à vítima que lhe entregue a bolsa e ameaça dar-lhe um tiro se ela recusar; se a vítima obedece, referimo-nos à maneira como foi forçada a obedecer dizendo que foi *obrigada* a fazê-lo. Parece claro para muitos que, nessa situação em que uma pessoa dá ordens a outra com o auxílio de ameaças e a compele a obedecer, neste sentido de “obrigar”, temos a essência do direito, ou, pelo menos, “a chave para a ciência do direito”⁶. Este é o ponto de partida da análise de Austin, que influenciou uma parcela importante da ciência jurídica na Inglaterra.

Evidentemente, não há dúvida de que um sistema jurídico muitas vezes apresenta essa característica, entre outras. Uma lei penal que declara que determinada conduta constitui uma infração e especifica a pena à qual o infrator está sujeito pode parecer uma simples ampliação da situação do assaltante; a única diferença, relativamente secundária, é que, no caso da legislação, as ordens se dirigem de modo geral a um grupo que as obedece de forma habitual.

6. Austin, *op. cit.*, Lecture I, p. 13. Ele acrescenta: “e da moral”.

QUESTÕES PERSISTENTES

9

Mas, por mais atraente que pareça tal redução dos fenômenos complexos do direito a esse único elemento simples, descobre-se, ao examiná-la mais de perto, que ela é uma distorção e uma fonte de confusão mesmo no caso de uma lei penal, em que uma análise em termos simples como estes pareceria mais plausível. Em que sentido, então, podemos dizer que o direito e a obrigação jurídica diferem das ordens sustentadas por ameaças e como se relacionam com estas? Este problema crucial tem estado sempre latente na pergunta "O que é o direito?".

Um segundo problema deriva de um segundo modo pelo qual uma conduta pode não ser opcional, mas obrigatória. As normas morais impõem obrigações e subtraem certas áreas de conduta à livre opção do indivíduo de agir como desejar. Assim como um sistema jurídico obviamente contém elementos que se assemelham de perto aos casos simples de ordens apoiadas por ameaças, assim, de modo igualmente óbvio, contém também elementos estreitamente relacionados a certos aspectos da moral. Em ambos os casos é igualmente difícil identificar precisamente qual é a relação, e em ambos existe a tentação de ver na estreita semelhança uma identidade. Não só o direito e a moral compartilham um mesmo vocabulário, de modo que há obrigações, deveres e direitos tanto jurídicos como morais, mas também todos os sistemas jurídicos internos ou intranacionais reproduzem a substância de certas exigências morais fundamentais. O homicídio e o uso gratuito da violência são apenas os exemplos mais óbvios da coincidência entre as proibições do direito e da moral. Além disso, há uma ideia, a de justiça, que parece unir os dois campos: esta é ao mesmo tempo uma virtude especialmente apropriada ao direito e a mais jurídica das virtudes. Pensamos e falamos sobre a "justiça *de acordo com* a lei", e também falamos da justiça ou injustiça *das* leis.

Esses fatos sugerem a interpretação de que o direito deve ser compreendido como um "ramo" da moral ou da justiça, e que é a congruência com os princípios da moral

ou da justiça, e não a incorporação de ordens e ameaças, que é seu elemento essencial. Esta é a doutrina que caracteriza não apenas as teorias escolásticas do direito natural, mas também uma parte da teoria do direito contemporânea que critica o “positivismo” jurídico herdado de Austin. Entretanto, também nesse caso, as teorias que promovem essa assimilação estreita do direito à moral parecem frequentemente confundir, no final, um tipo de conduta obrigatória com outro e deixar de lado as diferenças de espécie entre as normas jurídicas e morais, bem como as diferenças entre suas respectivas exigências. Essas diferenças são pelo menos tão importantes quanto as semelhanças e convergências que também podemos encontrar entre os dois tipos de normas. Assim, a afirmação de que “uma lei injusta não é uma lei”⁷ soa tão exagerada e paradoxal, ou mesmo falsa, quanto a declaração de que “as leis criadas pelo legislativo não são leis”, ou “o direito constitucional não é direito”. É característico dessa oscilação entre extremos que perpassa toda a história da teoria do direito que aqueles que não viram na estreita assimilação entre o direito e a moral nada além de uma dedução equivocada, tirada do fato de que o direito e a moral compartilham um vocabulário comum de direitos e deveres, tenham protestado contra isso em termos igualmente exagerados e paradoxais: “As previsões sobre o que os tribunais farão de fato são o que entendo por direito, e nada mais ambicioso que isso.”⁸

O terceiro dos temas principais a incitar perpetuamente a pergunta “O que é o direito?” é de caráter mais geral. À primeira vista, poderia parecer que a afirmativa de que um sistema jurídico é composto por *normas*, pelo menos em geral, dificilmente poderia ser posta em dúvida ou reputada como de difícil compreensão. Tanto os que encontraram a chave para a compreensão do direito na noção de ordens

7. “Non videtur esse lex quae justa non fuerit”: Santo Agostinho I, *De Libero Arbitrio*, 5; São Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, Qu. XCV, Arts. 2,4.

8. Holmes, loc. cit.

apoiadas por ameaças como aqueles que a encontraram em sua relação com a moral ou a justiça se referem ao direito como uma disciplina que contém – se é que não consiste principalmente em – normas. E, entretanto, a insatisfação, a confusão e a incerteza a respeito dessa noção aparentemente não problemática estão na base de boa parte da perplexidade sobre a natureza do direito. O que *são* as normas? Que significa dizer que uma norma *existe*? Os tribunais realmente aplicam as normas ou apenas simulam fazê-lo? Quando se questiona a noção de norma, como ocorreu especialmente na teoria do direito deste século, surgem diferenças importantes de opinião, que nos limitaremos a resumir brevemente.

Evidentemente, há muitos tipos diferentes de normas – não somente no sentido óbvio de que, além das normas jurídicas, existem as regras de etiqueta e as normas da língua, as regras de jogos e as normas de clubes, mas no sentido menos evidente de que, mesmo no interior de qualquer dessas esferas, o que chamamos “norma” pode ter origens diversas e relações muito diferentes com a conduta à qual a palavra se refere. Assim, no próprio direito, algumas normas resultam da legislação, enquanto outras não se originam de nenhuma ação deliberada desse tipo. O mais importante é que algumas normas são vinculantes, no sentido de que exigem que as pessoas se comportem de certa maneira: por exemplo, que se abstenham de cometer violência ou que paguem seus impostos, quer queiram, quer não; outras indicam o que as pessoas devem fazer para conferir validade a seus desejos, como as que estabelecem os procedimentos, formalidades e condições para a celebração de matrimônios e a redação de testamentos ou contratos. Observa-se o mesmo contraste entre esses dois tipos de norma também entre as regras de um jogo que proíbem certos tipos de conduta, sob pena de sanção (conduta antidesportiva ou insultos ao juiz), e aquelas que especificam o que deve ser feito para marcar pontos ou vencer o jogo. Mas, mesmo que ignoremos momentaneamente essa complexidade e consi-

deremos apenas o primeiro tipo de norma (típico do direito penal), encontraremos, mesmo entre os autores contemporâneos, grande divergência de pontos de vista quanto ao significado da afirmação de que uma simples norma vinculante desse tipo *existe*. Alguns desses juristas, de fato, creem que essa noção é sumamente misteriosa.

Precisamos abandonar, assim, a descrição que somos a princípio tentados a fazer, talvez naturalmente, da ideia aparentemente simples de uma norma de caráter obrigatório. Segundo tal descrição, dizer que uma norma existe significa apenas que um grupo de indivíduos, ou a maioria deles, se comporta “normalmente”, isto é, *geralmente*, de uma forma semelhante, específica, em certas circunstâncias. Assim, dizer que na Inglaterra há uma norma especificando que os homens não podem usar chapéu na igreja, ou que devemos nos levantar quando se toca “*God save the Queen*”*, significa que a maioria das pessoas geralmente faz essas coisas. É evidente que essa formulação não é suficiente, embora transmita parte do que se quer dizer. Pode existir uma convergência de comportamento entre os membros de um grupo social (pode ser que todos tomem chá regularmente no café-da-manhã ou frequentemente semanalmente o cinema), mas, mesmo assim, pode ser que não exista nenhuma norma que o *exija*. A diferença entre essas duas situações sociais, a de uma mera convergência de comportamentos e a da existência de uma norma social, frequentemente se manifesta na língua. Ao descrever a segunda situação podemos, embora isso não seja necessário, utilizar certas palavras que dariam margem a equívoco se pretendêssemos fazer somente a primeira das duas afirmações. Essas palavras são “precisa”, “deve” e “tem que”, as quais, apesar das diferenças, compartilham certas funções comuns ao indicarem a presença de uma norma que exige determinada conduta. Não há norma na Inglaterra segundo a qual

* *God Save the Queen* é o hino nacional do Reino Unido e o hino do Commonwealth. (N. do R. T.)

todos precisem, devam ou estejam obrigados a ir ao cinema toda semana, e nem todos fazem isso; tudo o que se pode dizer a esse respeito é que muitos frequentam regularmente o cinema. Mas *existe* uma norma que estipula que os homens devem descobrir a cabeça na igreja.

Qual é, então, a diferença crucial entre a mera convergência de comportamentos habituais num grupo social e a existência de uma norma, frequentemente assinalada pelo uso das palavras “precisa”, “deve” e “tem que”? Os teóricos do direito permanecem divididos sobre esse ponto, especialmente nos dias atuais, quando várias circunstâncias trazem esse tema para o primeiro plano. No caso das normas jurídicas, sustenta-se com frequência que sua diferença específica (o elemento traduzido por “deve” ou “precisa”) consiste no fato de que os desvios em relação a certos tipos de comportamento provavelmente se defrontarão com reações hostis e, em se tratando de normas jurídicas, serão punidos pela autoridade. Quanto ao que podemos chamar meros hábitos coletivos, como o de ir semanalmente ao cinema, os desvios não sofrem punição ou mesmo reprovação; mas, onde quer que haja normas que exigem determinada conduta – mesmo normas não-jurídicas, como aquela que requer que os homens descubram a cabeça na igreja –, pode-se esperar que uma infração da regra resulte em algo dessa espécie. No caso das normas jurídicas, essa consequência previsível é organizada de forma definida e oficial, ao passo que, no caso das não-jurídicas, embora se possa esperar uma reação hostil diante do desvio, essa reação não é organizada nem definida.

É óbvio que a previsibilidade da punição é um aspecto importante das normas jurídicas; mas não é possível aceitar isso como uma descrição exaustiva do significado da afirmação de que uma norma social existe ou do elemento traduzido por “deve” ou “precisa” que está envolvido nas normas. Há muitas objeções a essa descrição preditiva; e uma objeção em particular, que caracteriza toda uma escola da teoria do direito na Escandinávia, merece considera-

ção cuidadosa. É que, se observarmos de perto a atividade do juiz ou da autoridade que pune as infrações às normas jurídicas (ou daqueles cidadãos particulares que reprovam ou criticam os desvios em relação às normas não-jurídicas), veremos que as normas estão envolvidas nessa atividade de uma maneira totalmente inexplicada por aquele prognóstico. Pois, ao aplicar a punição, o juiz toma a norma como *guia*, e a infração àquela como sua *razão e justificativa* para punir o infrator. Não vê a norma como uma afirmação de que ele próprio e outros provavelmente punirão as infrações, embora um observador pudesse encará-la exatamente dessa maneira. O aspecto preditivo da norma (embora real) é irrelevante para os objetivos do juiz, enquanto a qualidade de guia e justificativa é essencial. Dá-se o mesmo com as repreensões informais aplicadas em virtude da violação de normas não-jurídicas. Essas censuras tampouco são meras reações previsíveis às infrações, mas algo que a existência da norma prescreve e que, segundo se acredita, justifica. Assim, dizemos que repreendemos ou punimos um homem *porque* infringiu a norma, e não apenas que era provável que ele sofreria repreensão ou punição.

No entanto, alguns dentre os críticos que fizeram essas objeções à descrição preditiva confessam existir aí algo obscuro, algo que resiste à análise em termos claros, definidos e concretos. O que *pode* haver em uma norma que a distinga de um simples hábito de um grupo, além da punição ou reprovação regulares e, portanto, previsíveis aplicadas àqueles que se afastam dos padrões usuais de conduta? Existe realmente algo acima e além desses fatos claramente verificáveis, algum elemento extra, que guia e justifica o juiz ou lhe dá uma razão para punir? A dificuldade em dizer em que consiste exatamente esse elemento levou esses críticos da teoria preditiva a insistir, a essa altura, em que toda a discussão sobre normas e o correspondente emprego de palavras como “tem que”, “precisa” ou “deve” estão impregnados de uma confusão que talvez faça crescer sua importância aos olhos humanos, mas não tem fundamento racional. De

acordo com esses críticos, nós *pensamos* haver alguma coisa na norma que nos obriga a fazer certas coisas e nos orienta ou justifica no ato de fazê-las; mas, segundo eles, esse pensamento é uma ilusão, ainda que útil. Tudo o que existe, além dos fatos claramente verificáveis do comportamento do grupo e da reação previsível ao desvio, são nossos próprios sentimentos fortes de compulsão no sentido de nos comportarmos de acordo com a norma e agirmos contra aqueles que não o fazem. Não reconhecemos esses sentimentos pelo que são, mas imaginamos existir algo externo, uma parte invisível da estrutura do universo, que nos guia e controla nessas atividades. Estamos aqui no domínio da ficção, com a qual se diz que o direito sempre esteve relacionado. É só pelo fato de adotarmos essa ficção que podemos falar solenemente de uma soberania “das leis, e não de homens”. Esse tipo de crítica, quaisquer que sejam os méritos de suas formulações positivas, pelo menos exige que elucidemos melhor a diferença entre as normas sociais e os meros hábitos convergentes de comportamento. Essa distinção é crucial para a compreensão do direito, e boa parte dos capítulos iniciais deste livro se ocupa dela.

No entanto, o ceticismo a respeito do caráter das normas jurídicas nem sempre tomou a forma extremada de condenar, como confusa ou fictícia, a própria noção de norma vinculante. Em vez disso, a forma de ceticismo que predomina na Inglaterra e nos Estados Unidos nos convida a reconsiderar a ideia de que um sistema jurídico consiste *inteiramente*, ou mesmo *principalmente*, em normas. Não há dúvida de que os tribunais formulam suas decisões de modo a dar a impressão de que estas são a consequência necessária de normas predeterminadas cujo significado é fixo e claro. Em casos muito simples isso pode ser verdadeiro; mas, na vasta maioria dos casos que transtornam os tribunais, nem a legislação nem os precedentes nos quais as normas estão supostamente contidas permitem um resultado único. Na maioria dos casos importantes, há sempre uma escolha. O juiz precisa escolher entre significados alternativos

a serem atribuídos às palavras da lei ou entre interpretações conflitantes sobre o que “significa” um precedente. O que oculta esse fato é tão-somente a tradição de que os juízes “encontram”, e não “criam”, o direito; e, sob essa ótica, as decisões deles são vistas como se fossem deduções feitas facilmente a partir de normas claras e preexistentes, sem a intromissão da escolha e do arbítrio do julgador. As normas jurídicas podem ter um núcleo central de significado incontestável, e em alguns casos pode ser difícil imaginar uma disputa quanto ao significado de uma norma. A seção 9ª da Lei dos Testamentos, de 1837, que dispõe que um testamento requer duas testemunhas, pode não parecer passível de dar origem a problemas de interpretação. Entretanto, todas as normas têm uma penumbra de incerteza na qual o juiz precisa escolher entre alternativas. Mesmo o significado da cláusula aparentemente inocente da Lei dos Testamentos, que diz que o testador deve necessariamente *firmar* o testamento, pode mostrar-se duvidosa em certas circunstâncias. Que ocorreria se o testador usasse um pseudônimo? Ou se sua mão tivesse sido guiada pela de outra pessoa? Ou se grafassem apenas suas iniciais? Ou ainda se assinasse seu nome completo e correto, sem necessidade de ajuda, mas no alto da primeira página e não no fim da última? Seriam todos esses casos equivalentes a “assinar” ou “firmar”, no sentido pretendido pela lei?

Se tanta incerteza pode surgir nas humildes esferas do direito privado, mais incerteza ainda poderemos encontrar nas expressões grandiloquentes de uma constituição, como a Quinta e a Décima Quarta Emendas à Constituição dos Estados Unidos, que estipulam que “ninguém será privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. Sobre isso, um autor⁹ observou que o verdadeiro significado dessa frase é bem claro. Significa que “nenhum *w* será *x* ou *y* sem *z*, onde *w*, *x*, *y* e *z* podem assumir quais-

9. J. D. March, “Sociological Jurisprudence Revisited”, 8 *Stanford Law Review* (1956), p. 518.

quer valores dentro de um amplo intervalo". Para terminar, os céticos nos lembram não só que as normas são vagas e duvidosas, mas também que sua interpretação pelo tribunal pode ser não apenas válida, como também definitiva. Tendo em vista tudo isso, não seria um exagero grosseiro, ou mesmo um erro, conceber que o direito depende essencialmente das normas? Esses raciocínios levam à negativa paradoxal que já citamos: "A legislação é fonte do direito, e não parte do próprio direito"¹⁰.

3. Definição

Eis, portanto, os três problemas recorrentes: em que o direito difere das ordens apoiadas por ameaças e como se relaciona com estas? Em que a obrigação jurídica difere do dever moral e como se relaciona com este? O que são as normas e até que ponto elas são os elementos essenciais do direito? O principal objetivo de grande parte das especulações sobre a "natureza" do direito tem sido o de dissipar as dúvidas e perplexidades que cercam essas três questões. Agora é possível perceber por que essa reflexão tem sido concebida geralmente como uma busca da definição de direito, e também por que pelo menos as formas familiares de definição contribuíram tão pouco para solucionar as dificuldades e dúvidas persistentes. Uma definição é, como a palavra sugere, principalmente uma questão de traçar linhas divisórias ou distinguir entre um e outro tipo de coisa, que a língua demarca pelo uso de palavras distintas. A necessidade de se traçarem essas linhas demarcatórias é sentida frequentemente mesmo por aqueles que estão perfeitamente à vontade com o uso cotidiano da palavra em questão, mas não conseguem explicitar ou explicar as distinções que, conforme seu sentir, separam um tipo do outro. Todos nos encontramos às vezes nessa situação difícil, que

10. Gray, loc. cit.